



Civil Procedure Review

AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

1

Processo Coletivo no Brasil: Sucesso ou Decepção?

Collective Redress in Brazil: Success or Disappointment?

Hermes Zaneti Jr.

Professor of Civil Procedural Law at the Federal University of Espírito Santo, Brazil. PhD (Università di Roma Tre, Italy), Post-Doc (University of Turin, Italy).

Sumário: 1. Introdução; 1.1 Modelos de Processo Coletivo e Tutela Coletiva: Modelo Brasileiro; 1.2 Nosso passado; 2. Uma História de Sucesso? Efetividade Quantitativa e Qualitativa das Ações Coletivas no Brasil; 2.1 Número Expressivo de Ações Coletivas Ajuizadas e Admitidas para Julgamento; 2.2 Encerramento de Processos por Autocomposição ou Autocomposição Extrajudicial como um Elemento Decorrente da Existência da Tutela Judicial; 2.3 Resultados das Ações Coletivas no Brasil; 2.4 Não-Taxatividade e Atipicidade da Ação Coletiva Brasileira; 2.5 Legitimação por Substituição Processual do Grupo: Órgãos Públicos e Privados; 2.6 Coisa Julgada *Secundum Eventum Litis*; 2.7 Interesse Público Primário e Maior Amplitude da Cognição: Microsistema do Processo Coletivo; 3. Processo Coletivo no Brasil: da Ação Civil Pública aos Casos Repetitivos; 3.1. Inovações Quanto a Estabilidade a Partir dos Casos Repetitivos, Precedentes e *Case Management* nos Processos Coletivos; 4. Processo Coletivo no Brasil: *Next Generation? Design* de Solução de Disputas, Processos Estruturantes e o Caso Rio Doce (Direito Processual dos Desastres); 5. Conclusões; Referências Bibliográficas.

Resumo: O texto está dividido em três linhas: apresentar a evolução histórica e consolidação da doutrina e jurisprudência em relação aos processos coletivos; demonstrar, apesar da necessidade do aprofundamento dos dados, a eficiência estratégica quantitativa e qualitativa do processo coletivo na defesa dos direitos coletivos *lato sensu*; informar possíveis tendências de desenvolvimento a partir da inter-relação entre ações coletivas, casos repetitivos e precedentes e o direito processual estruturante, com especial destaque para o direito processual dos desastres. A preocupação principal do texto é traçar um panorama do processo coletivo no Brasil, indicando algumas das tendências de desenvolvimento.

Palavras-chave: Tutela coletiva. Análise empírica. Ações coletivas. Casos repetitivos. Processo estruturante.

Abstract: The text has three major goals: to present the historical evolution and consolidation of the legal writing and jurisprudence in relation to the collective redress in Brazil; to demonstrate, despite the need for better data and further research, the quantitative and qualitative strategic efficiency of the collective judicial redress in the defense of group rights; to inform possible development trends based on the interrelation between class actions, aggregate litigation and precedents, and structural injunctions in procedural law, with special emphasis on the procedural law of disasters. The main concern of the text is to outline the collective process in Brazil by indicating some of the development trends.

Keywords: Collective redress. Empirical analysis. Class actions. Aggregate litigation. Structural injunctions.

1. INTRODUÇÃO

No Brasil corremos o risco de pela porta dos fundos transformar ações individuais em ações coletivas, vinculando todos a uma decisão para a qual não se garantiu o justo processo coletivo.

A única maneira de enfrentarmos seriamente este risco é compreender o processo coletivo como um gênero, composto por diversas técnicas e procedimentos, voltado para as necessidades de tutela das situações jurídicas ativas e passivas coletivas de que são titulares grupos de pessoas.

1.1. Modelos de Processo Coletivo e Tutela Coletiva: Modelo Brasileiro

É errado pensar que apenas as *class actions opt out* servem aos objetivos da tutela coletiva. Não há um só modelo, junto com as soluções judiciais existem também soluções extrajudiciais muito eficazes, mas a melhor solução tem sido aquela que permite a combinação de técnicas *opt out* e *opt in*, litígios agregados

(que por razões que iremos explicar a seguir consideramos espécie de tutela *opt in*) e estímulo à autocomposição, antes e durante o processo judicial¹ e um reforço na tutela administrativa através de agências reguladoras e da função mais ampla de *ombudsman*.

A solução que combina todas as hipóteses de tutela coletiva buscando o *design* mais efetivo é a que melhor atende as exigências da nova ciência econômica, que sugere que é possível um desenho institucional mais inteligente (*market design*) e uma arquitetura das escolhas (*choice architecture*) que nos permita estabelecer uma tutela padrão (default) mais eficiente para cada grupo de casos.²

Neste sentido, a doutrina delineou as técnicas mais utilizadas na Europa³, evidenciando o predomínio do *ombudsman*, das agências reguladoras e da ADR coletiva. A combinação de tais técnicas com o processo coletivo judicial, como veremos, é uma característica da tutela coletiva brasileira, muito embora se possam fazer críticas, é a interrelação do Ministério Público na função de *ombudsman* dos direitos fundamentais, que trabalha para permitir uma maior integração entre estes mecanismos de tutela.

Este texto pretende divulgar como o processo coletivo brasileiro atualmente está configurado, sua história de sucesso quantitativo e qualitativo e o futuro que lhe espera a partir da ampliação do tradicional modelo de ações coletivas pensadas a partir das *class actions* norte-americanas para um modelo combinado em que se agregam as técnicas de processo coletivo *opt in* (litígios agregados, , principalmente, mas também, ações por representação mediante autorização, centralização de processos para

1. “The bottom line is to connect the different dots. To put it simply, the approach should be ‘and ...and’ and not ‘or ... or’. It is not choosing between white or brown bread, it is looking at how it is baked. The ultimate goal should be an integrated and holistic framework, or, as was mentioned above, a ‘multilayered framework of regulation, lawmaking and law application (...) The focus should be on exploring and optimizing all options for mass harm situations. Even more important, is to connect these options so they can form an integrated (dispute resolution) framework. Only a broad and integrated instrumentarium, as a ‘dispute resolution continuum’, which can avoid empty enforcement gaps, can tackle mass harm situations effectively and efficiently”, VOET, Stefaan. ‘Where the wild things are’: reflections on state and future of European collective redress. In: KEIRSE, Anne L. M.; LOOS, Marco B. M. (eds.). *Waves in contract and liability law in three decades of Ius Commune*. Cambridge: Intersentia, 2017, p. 138/139; HODGES, Christopher; VOET, Stefaan. *Delivering Collective Redress. New Technologies*. Oxford: Hart, 2018; HODGES, Christopher. *The reform of class and representative actions in European legal systems*. Oxford: Hart, 2008; DODSON, Scott. An opt-in option for class actions. *Michigan Law Review*, v. 115, n. 2, 2016.
2. ROTH, Alvin. *Who Gets What – And Why. The New Economics of Matchmaking and Market Design*. New York: Mariner Books, 2016; THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge. Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness*. New York: Penguin Books, 2008; ROTH, Alvin. *Who Gets What – And Why. The New Economics of Matchmaking and Market Design*. New York: Mariner Books, 2016.
3. HODGES, Christopher; VOET, Stefaan. *Delivering Collective Redress. New Technologies*. Oxford: Hart, 2018.

produção de provas, entre outras) e uma ampla utilização de negócios processuais e meios autocompositivos controlados pelo juízo.

O Código de Processo Civil de 2015 aplica-se diretamente aos processos coletivos, em especial ao desenhar normas fundamentais e institutos que permitem repensar o desenho institucional da justiça brasileira e sustentar o processo justo coletivo: casos repetitivos, precedentes vinculantes, renovação da oralidade e estímulo à autocomposição.⁴

Ao final, a partir de um recente caso polêmico, o Caso do Rio Doce, o maior desastre ambiental da história da América Latina, iremos abordar a *next generation* da nossa tutela coletiva.

1.2. Nosso passado

O Brasil é devedor da Itália no processo coletivo. Basta olhar para alguns dos textos fundadores da nossa doutrina para perceber a influência da inteligência processual italiana. Foi através dos estudos de Vittorio Denti, Andrea Proto Pisani, Vincenzo Vigoritti, Mauro Cappelletti, Giorgio Costantino, Sergio Chiarloni e Michele Taruffo, ícones da processualística italiana, que importamos o modelo americano das *class actions*, nossa ação coletiva é uma *class action* à italiana.⁵

4. ZANETI JR., Hermes. El Nuevo Código de Proceso Civil brasileño de 2015 y los conflictos jurídicos: el Derecho Procesal como un camino para la paz social. *Revista de Derecho Procesal*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, p. 583/614, 2017-2.
5. Isto é verdade para a doutrina desenvolvida na década de 1970 na Itália, que influenciou a doutrina e a legislação brasileira, mas infelizmente não corresponde à atual situação da Itália atualmente. Para a doutrina italiana mais citada no Brasil na fase de formação do nosso processo coletivo: DENTI, Vittorio. Relazione introduttiva. In: Le azione a tutela di interessi collettivi: atti del convegno di studio di Pavia, 11-12 giugno 1974. Padova: Cedam, 1976; PISANI, Andrea Proto. Apunty preliminari per uno studio sulla tutela giurisdizionale degli interessi collettivi (o piu esattamente: superindividuali) innanzi al giudice civili ordinario. In: Le azione a tutela di interessi collettivi: atti del convegno di studio di Pavia, 11-12 giugno 1974. Padova: Cedam, 1976; VIGORITTI, Vincenzo. Interesse collettivi e processo: la legittimazione ad agire. Milano: Giuffrè, 1979; CAPPELLETTI, Mauro. Appunty sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi o diffusi. In: Le azione a tutela di interessi collettivi: atti del convegno di studio di Pavia, 11-12 giugno 1974. Padova: CEDAM, 1976; CAPPELLETTI, Mauro. Acceso a la justicia – programa de accion reformadora y nuevo método de pensamiento. Trad. Silvia Virginia Leo Vidaña. Boletín mexicano de derecho comparado: Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. Nueva Serie, Año XVI, n. 48, 1983. Em português, cf. CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. *Revista de Processo*, v. 2, n. 5, São Paulo, jan.-mar./1977, entre outros; COSTANTINO, Giorgio. Brevi note sulla tutela giurisdizionale degli interessi collettivi davanti al giudice civile. *Diritto e Giurisprudenza*, p. 817, 1974; COSTANTINO, Giorgio. L'azione di classe ai sensi dell'art. 140 bis del codice del consumo. La sentenza di accoglimento. Il giudizio preventivo di ammissibilità. *Diritto ed Economia dell'Assicurazione*, p. 1130, 2010; CHIARLONI, Sergio. Per la chiarezza di idee in tema di tutele collettive dei consumatori. *Riv. Dir. Proc.*, 2007; CHIARLONI, Sergio. Il nuovo articolo 140 bis del codice del consumo: azione di classe o azione collettiva? In: *Analisi Giuridica dell'Economia*, vol. 1, 2008. (Class Action (?)); TARUFFO, Michele. Interventi. In.: Le azione a tutela di interessi collettivi: Atti del

O processo coletivo é um exemplo de como o direito processual evoluiu por fases privatistas e publicistas, ligadas à ação, sua autonomia e ao papel da jurisdição na afirmação da vontade concreta da lei, para a centralidade do próprio processo na solução do conflito.

O processo coletivo brasileiro atua exatamente na perspectiva de garantir acesso à justiça e a solução dos conflitos para as situações mercedoras de tutela. Como afirmam a melhor doutrina, inclusive italiana,⁶ e as decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH), é necessário, para a tutela adequada, um modelo combinado de direitos e remédios, um processo que dê acesso às situações mercedoras de tutela: *ubi remedium ibi ius*⁷ ou *remedies precede rights*.

Para contar essa história do processo coletivo brasileiro e do nosso novo Código de Processo Civil, iremos iniciar, na primeira parte, com os resultados e o atual estágio das ações coletivas na doutrina e nos precedentes judiciais, descrevendo também como o CPC/2015 aplica-se diretamente ao processo coletivo e o surgimento dos litígios agregados como forma de tutela coletiva combinada com as ações coletivas. Na segunda parte deste texto, com o objetivo de mostrar as revoluções que estão ocorrendo indutivamente, iremos tratar dos processos estruturantes e do grande conflito socioambiental e socioeconômico resultante do Desastre do Rio Doce.

2. HISTÓRIA DE SUCESSO? EFETIVIDADE QUANTITATIVA E QUALITATIVA DAS AÇÕES COLETIVAS NO BRASIL E O NOVO PROCESSO CIVIL (CPC/2015)

O processo coletivo no Brasil tem uma longa história de sucesso. Evidentemente não há somente flores nesta jornada, mas, comparando a outros ordenamentos jurídicos autoproclamados de *civil law* que tentaram implantar o sistema de tutela judicial coletiva, o processo civil brasileiro representa um dos modelos mais avançados,

convegno di studio di Pavia, 11-12 giugno 1974. Padova: Cedam, 1976; TARUFFO, Michele. Modelli di tutela giurisdizionale degli interessi collettivi. La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi. Lucio Lanfranchi (org.). Torino: Giappichelli, 2003. Mais recentemente, na doutrina italiana cf. SANTIS, Angelo Danilo de. La tutela giurisdizionale collettiva. Napoli: Jovene, 2013; DONZELLI, Romolo. L'azione di classe a tutela dei consumatori. Napoli: Jovene, 2011; GIUSSANI, Andrea. Azioni collettive risarcitorie nel processo civile. Bologna: Il Mulino, 2008.

6. TARUFFO, Michele. Sui Confini. Scritti Sulla Giustizia Civile. Bologna: Il Mulino, 2002, p. 67/97; TROCKER, Nicolò. *La Formazione del Diritto Processuale Europeo*. Torino: Giappichelli, 2011, p. 302/303; MAZZAMUTTO, Salvatore; PLAIA, Armando. *I Rimedi nel Diritto Privato Europeo*. Torino: Giappichelli, 2012; PINO, Giorgio. Il Diritto All'Identità Personale: Interpretazione Costituzionale e Creatività Giurisprudenziale. Bologna: Il Mulino, 2003; DI MAJO, Adolfo. *La Tutela Civile dei Diritti*. 4ª ed. Milano: Giuffrè, 2003, p. 72; VARRANO, Vincenzo; BARSOTTI, Vittoria. *La Tradizione Giuridica Occidentale*. 4ª ed. Torino: Giappichelli, 2010; ZANETI JR., Hermes. A Legalidade na Era da Proteção das Necessidades de Tutela: Princípio da Constitucionalidade e Legalidade Ampla. In.: DIDIER JR., Fredie; NUNES, Dierle; FREIRE, Alexandre. *Normas Fundamentais*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 175/196 (Coleção Grandes Temas do Novo CPC, vol. 8, Coord. Geral: Fredie Didier Jr.).
7. DI MAJO, Adolfo. *La Tutela Civile dei Diritti*. 4ª ed. Milano: Giuffrè, 2003, p. 72.

talvez aquele que mais produziu ações coletivas e mudanças relevantes na sociedade a partir de litígios coletivos.

Iremos simplificar os dados, na falta de pesquisas empíricas e comparadas mais aprofundadas, a constatação das afirmações acima pode ser realizada a partir de dois critérios muito básicos: o *número de ações ajuizadas e admitidas em juízo e a efetividade do sistema processual para assegurar os direitos materiais definidos por sentença*, ou seja, as decisões efetivadas, que tiveram a capacidade de alterar a realidade das pessoas - o *Lebenswelt (o mundo da vida)*.

2.1. Número Expressivo de Ações Coletivas Ajuizadas e Admitidas para Julgamento

Temos um número expressivo de ações coletivas ajuizadas sobre as mais diversas matérias. Uma pesquisa em nossos sistemas de acompanhamento de processos judiciais pelos termos ação civil pública, processo coletivo e ação de improbidade administrativa revela números muito elevados. Somente no Superior Tribunal de Justiça, o equivalente a Corte de Cassação Italiana, são 18.881 decisões para o termo “ação civil pública”, e são 1.929 decisões para o termo “processo coletivo”.⁸ Exemplo de que este meio não é somente possível, ou seja, que a regulação normativa está madura para se *admitirem ações coletivas*, mas também que *as ações coletivas são um veículo muito utilizado na prática*. O número de ações admitidas e julgadas nos tribunais superiores é, portanto, um indicador de resultado positivo.

Temos ainda outras pesquisas que apresentam resultados conflitantes, mas que precisam ser mencionadas. A exemplo da comparação que pode ser feita entre o *Relatório Ações Coletivas*, do CNJ (RAC)⁹ e o relatório “Ministério Público: Um Retrato”,¹⁰ a partir das informações resultantes dos diversos ramos do Ministério Público no ano de 2017.

Ambos necessitam ser lidos criticamente. O RAC pode ser criticado por ser uma pesquisa aleatória realizadas por robôs (*crawlers*) e cruzada com entrevistas à juízes

8. Os dados podem ser imprecisos, uma vez que incluem a presença de expressões utilizadas na pesquisa, podendo registrar mais de uma vez o mesmo processo conforme a existência de mais de um recurso na mesma demanda, todavia é relevante observar que nem todas as ações coletivas terminam com sentença ou mesmo chegam ao Superior Tribunal de Justiça. Portanto, mesmo que impreciso os dados comprovam o volume das ações coletivas no Brasil. Problemas de metodologia semelhantes já foram apontados em outras pesquisas, como MENDES, Conrado Hubner *et al.* *Ações coletivas no Brasil: temas, atores e desafios da tutela coletiva*. Brasília: CNJ, 2018. A pesquisa na União Europeia resultou em números infinitamente menores de ações ajuizadas, HODGES; VOET, *Delivering Collective Redress. New Technologies*, p. 284/285.

9. MENDES, Conrado Hubner *et al.* *Ações coletivas no Brasil: temas, atores e desafios da tutela coletiva*. Brasília: CNJ, 2018.

10. CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Ministério Público: um retrato – 2018. Brasília: CNMP, 2018.

(*survey*), como veremos adiante essa metodologia deixou a desejar.¹¹ O relatório do CNMP pode ser criticado em razão da alimentação dos dados ser realizada pelas diversas promotorias e procuradorias de justiça espalhadas pelo país, sendo uma experiência recente e baseada na taxonomia unificada do CNMP/CNJ, ainda não plenamente conhecida, além da possibilidade de que ocorra uma sobreposição de informações. Visto que alguns procedimentos podem ter sido cadastrados em mais de um assunto.

O Relatório do Conselho Nacional de Justiça foi elaborado por acadêmicos, não especialistas na matéria processual e sem experiência prática. A iniciativa é louvável, vejamos as conclusões alcançadas. Em um breve resumo, as críticas do Relatório Ações Coletivas aos processos coletivos brasileiros apontam uma discrepância no número de ações civis públicas, afirmando que as ações na área de saúde muitas vezes são individuais e não coletivas e que haveria um desvirtuamento dessas ações pelo próprio Ministério Público que ao invés de buscar soluções estruturais com alcance social estaria privilegiando as ações individuais, inclusive pelos juízes pensarem ser essas ações as mais efetivas. A mesma pesquisa afirma, sem comprovar, que algumas ações coletivas seriam mal-sucedidas por dificuldades estruturais, por exemplo, as ações ambientais não teriam resultados positivos por ocorrerem deficiências na produção da prova pericial necessária aos julgamentos, muito custosa e de difícil produção, bem como, nas ações de combate a corrupção, as dificuldades de se provar o dolo nas condutas dos agentes públicos ímprobos.

Os dados podem ser contestados do ponto de vista da metodologia utilizada. Podemos apontar que a pesquisa utilizou robôs ineficientes para as buscas, incapazes de acessar, por exemplo, as diversas e conhecidas decisões em ações coletivas do Superior Tribunal de Justiça em matéria ambiental. O número de decisões do STJ é muito grande, tanto em questões processuais, como em questões de direito material, e várias delas resultaram em decisões *pro ambiente*. Outro aspecto é que a pesquisa também não foi eficiente para coletar o perfil dos magistrados, quer pela redação tendenciosa das perguntas na *survey*, quer pelos problemas de amostra, por exemplo, apenas 1 dos 11 ministros do Supremo Tribunal Federal respondeu ao questionário, o que é insuficiente para afirmar como pensa o Tribunal. Os resultados, justamente em razão destes problemas na coleta de dados, não são concludentes e aparecem claramente enviesados.¹²

11. Para uma crítica ampla a metodologia utilizada na pesquisa consultar VITORELLI, Edilson; ZANETI JR., Hermes. *O futuro do processo coletivo: considerações sobre o relatório analítico propositivo do Conselho Nacional de Justiça*, no prelo.

12. As pesquisas recentes em psicologia comportamental identificaram uma série de posturas enviesadas como a heurística da disponibilidade (*availability heuristic*), que podem ser aqui implicadas na pesquisa em análise. Tendemos a avaliar com atalhos mentais e prever a frequência de um evento a partir de exemplos que mais facilmente são acessíveis a nossa mente. Essa forma de heurística pode resultar no viés de confirmação (*confirmation bias*) que trata exatamente do fenômeno de validar resultados em conformidade com aquilo que já se pensava desde o início. Assim facilmente superestimamos a probabilidade de um evento e damos peso excessivo a achados em uma pesquisa

Por outro lado, os dados do CNMP no relatório “Ministério Público: Um Retrato”, obtidos a partir das tabelas taxonômicas, informam que somente no ano de 2017 foram ajuizadas 39.496 petições iniciais e firmados 12.627 compromissos de ajustamento de conduta com o Ministério Público. Mais, informam que foram instaurados 256.678 procedimentos preparatórios e inquéritos civis em matérias relativas aos direitos coletivos.

O total de investigações mostra a dimensão da tutela coletiva no Brasil e da atuação do Ministério Público brasileiro na área dos processos coletivos. Matérias como combate a corrupção, meio ambiente, proteção do patrimônio público, infância e juventude, saúde e educação, são prioridades da sociedade e do Ministério Público. Note-se que ao final da investigação ministerial existem três hipóteses: poderá arquivar o procedimento se entender que as questões estão resolvidas ou que não ocorreu lesão, realizar compromisso de ajustamento de conduta para o adimplemento (pelos particulares e pelo Poder Público) das obrigações determinadas em lei ou ajuizar a ação civil pública.

Conforme a tabela abaixo, o Ministério Público Federal e os Ministérios Públicos dos Estados e do Distrito Federal no ano de 2017 atuaram prioritariamente nas seguintes áreas:

Tema	Quantidade de Procedimentos Preparatórios e Inquéritos Civis em 2017
Improbidade Administrativa	31.476 (MPE e MPDFT) e 15.475 (MPF)
Meio Ambiente	27.238 (MPE e MPDFT) e 3.594 (MPF)
Patrimônio Público	19.746 (MPE e MPDFT) e 4.934 (MPF)
Direito da Criança e do Adolescente	18.405 (MPE e MPDFT) e Outros Assuntos (MPF) ¹³
Saúde	18.130 (MPE e MPDFT) e 4.448 (MPF)
Direito do Consumidor	9.362 (MPE e MPDFT) e 2.100 (MPF)
Ordem Urbanística	8.139 (MPE e MPDFT) e Outros Assuntos (MPF)
Educação	6.458 (MPE e MPDFT) e 3.670 (MPF)
Pessoa Idosa	5.292 (MPE e MPDFT) e Outros Assuntos (MPF)

em razão da nossa atenção estar concentrada em determinado resultado, esperarmos a confirmação de nossas pré-compreensões ou, simplesmente, por conforto cognitivo. KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar, duas formas de pensar*. p. 130/131. Resultado das pesquisas com Amos Tversky, TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Availability: a heuristic for judging frequency and probability. *Cognitive Psychology* 5 (1973): 207-32.

13. As tabelas do MPE e MPDFT e do MPF não correspondem em todas as matérias, adota-se como padrão a tabela do MPE e MPDFT por serem mais representativas da quantidade de procedimentos preparatórios e inquéritos civis. Na hipótese de não correspondência anotaremos “*outros assuntos*”, como no caso. Os assuntos e quantidades de procedimentos referentes a domínio público (2.236), servidor público civil (2.207) e responsabilidade civil (1.995), existentes na tabela do MPF, foram somados ao computo geral. Ressalvamos que a própria pesquisa informa a *possibilidade de cadastramento de mais de um assunto por procedimento*.

Tema	Quantidade de Procedimentos Preparatórios e Inquéritos Cíveis em 2017
Outros Assuntos	46.989 (MPE e MPDFT) e 24.784 (MPF)
Subtotal MPE e MPDFT	191.235
Subtotal MPF	65.443
Total	256.678

Os dados comprovam que há uma forte atuação dos Ministérios Públicos na tutela coletiva, o que, em um país de dimensões continentais, tem números realmente impressionantes do ponto de vista quantitativo.

2.2. Encerramento de Processos por Autocomposição ou Autocomposição Extrajudicial como um Elemento Decorrente da Existência da Tutela Judicial

Quanto ao aspecto efetividade, há de se acrescentar uma consideração de ordem prática: o Brasil aderiu ao movimento mundial de justiça multiportas, prevendo o CPC o dever de estímulo à autocomposição (art. 3, § 3º, CPC). No processo coletivo, é possível realizar o compromisso de ajustamento de conduta com as exigências legais e muitos dos casos são resolvidos extrajudicialmente.¹⁴

As ações coletivas no Brasil têm permitido a evolução da autocomposição.

Há nestes casos um reforço da BATNA (*Best Alternative to a Negotiated Agreement*).¹⁵ O Ministério Público e as partes que enfrentam uma negociação em processo coletivo sabem que, se não houver a busca pela identificação de interesses comuns e o atendimento às exigências legais, a questão será encaminhada para o litígio, muitas vezes com obtenção de tutela de urgência.

Qualquer um que tem alguma experiência em litigância civil sabe que só existem acordos e somente se pode falar de autocomposição quando a via judicial representa uma ameaça concreta de decisão contrária aos interesses do réu. A experiência mostra que, quando concedida a tutela provisória em uma ação coletiva, facilita-se muito a

14. O compromisso de ajustamento de conduta pode ser realizado por órgão público e é regulado pelo art. 5º, § 5º, da Lei nº 7.347/1985 (LACP) e, atualmente, pela Resolução CNMP nº 179/2017. A tendência é mundial. SILVESTRI, Elisabetta. *Class Actions in Italy*. In: HARSÁGI, Viktória; VAN RHEE, C. H. (eds.). *Multi-party redress mechanisms in Europe: Squeaking Mice?*. Cambridge: Intersentia, 2014, p. 200.

15. A judicialização tem sido mencionada como uma alternativa para a incoerência de acordos em questões complexas. A judicialização, por outro lado, também acarreta uma objetivação do conflito e um delineamento do conflito de maneira mais precisa, com a impossibilidade de alternativa após o ajuizamento da ação de retirada das negociações, ou seja, elimina o BATNA referente à saída da mesa de negociações. Caso não seja possível a negociação, após o ajuizamento da ação, a alternativa passa a ser a decisão adjudicada. PIGMAN, Geoffrey Allen. *Judicialization: The Third Transformation*. In.: *Trade Diplomacy Transformed*. London: Palgrave Macmillan, 2016, p. 187/215.

composição. Isso ocorre por estarem presentes elementos não só psicológicos, mas também jurídicos, pois já existe a indicação de que o juízo está propenso a reconhecer o direito de forma definitiva (*fumus boni iuris*).

Assim, a autocomposição tem crescido muito, mesmo os processos judiciais se encerram, muitas vezes, por autocomposição, facilitando a efetividade pela tendencial ausência de impugnações e execuções e reduzindo o prazo de tramitação dos processos cíveis.

É ainda muito maior o número de termos de ajustamento de conduta efetivados mesmo antes do ajuizamento da ação.¹⁶

2.3. Resultados das Ações Coletivas no Brasil

Os resultados das ações coletivas mencionadas acima são o pagamento de indenizações a consumidores lesados, como devolução de valores pagos a maior, obrigações de fazer e não-fazer ligadas ao meio ambiente, incluindo destruição de propriedades consolidadas, instalação de equipamentos antipoluentes e proibição de instalar determinados empreendimentos, assim como, recuperação da área degradada e políticas públicas para retorno da natureza ao *status quo ante*, determinação de reformas em presídios, hospitais e escolas, fornecimento de leitos hospitalares e vagas para crianças em creches pré-escolares, entre outras milhares de ações que julgadas no mérito asseguraram a tutela efetiva dos direitos e são exemplos que chegaram aos tribunais superiores e foram amplamente divulgados na imprensa nacional e internacional.

É bom registrar que não se tratam de experiências isoladas, membros do Ministério Público podem narrar casos e experiências bem-sucedidas de reformas de presídios, escolas, hospitais, anulação de cláusulas abusivas em contratos do consumidor, mudança de práticas abusivas do mercado que afetam o consumidor, proteção do meio ambiente em casos de poluição com a determinação de instalação de equipamentos, encerramento de atividade poluidora por parte de empresas, proibição de práticas locais de maltrato a animais, regularização fundiária, determinação de obras em loteamentos públicos, assim como o combate aos atos de improbidade administrativa, com a perda de cargo de políticos corruptos, proibição de contratar por parte das empresas envolvidas, devolução de recursos aos cofres públicos etc.

16. Na pesquisa “Ministério Público: Um Retrato”, citada acima, foram registrados mais de 12 mil compromissos de ajustamento de conduta firmados antes do ajuizamento da ação no ano de 2017, nas mais diversas materias. O site consumidor vencedor, ligado ao Ministério Público, existente nas diversas unidades da federação e na esfera federal, notícia mais de 4.000 ocorrências de termos de ajustamento de conduta em matéria do consumidor, muitas com alcance nacional. Para as mais de 2.000 decisões e termos de ajustamento de conduta nacionais em benefício dos consumidores brasileiros, cf. <http://rj.consumidorvencedor.mp.br/pesquisa-nacional>.

Evidentemente também existem experiências negativas. O ajuizamento de ações por membros isolados do Ministério Público contra a política de cotas de acesso à universidade, contrariando a política nacional de inclusão do Ministério Público Federal, e ações que não foram admitidas em juízo, como a ação que buscava impedir a adoção de tomadas elétricas de três pinos, exclusiva do Brasil, infelizmente.

O impacto das ações positivas é também cultural. Apenas para exemplificar com mais um caso recente e mundialmente conhecido. Na área da corrupção, no Brasil, os números da Operação Lava-Jato são impressionantes e falam por si mesmo. Há mais de 14,5 bilhões de reais em pedidos de condenação civil nas ações coletivas ajuizadas.¹⁷ Perceba-se que somente a combinação das tutelas penal e cível permitiu essa amplitude de resultados.

2.4. Não-Taxatividade (*Transubstantive Rights*) e Atipicidade da Ação Coletiva Brasileira (*Atypical Class Action*)

A demonstração desses resultados serve para comprovar uma das questões que defende a doutrina em relação ao processo coletivo brasileiro. O processo coletivo brasileiro é *atípico* (quaisquer espécies de ações) e *não-taxativo* (quaisquer direitos coletivos). Admite, portanto, diversas espécies de ações, como refere o Código de Defesa do Consumidor (art. 83, Lei Federal nº 8.078/1990); e *a tutela de amplas situações jurídicas coletivas*, como se lê na Constituição Federal brasileira, ao afirmar que o Ministério Público promoverá a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e *outros interesses difusos e coletivos* (art. 129, III, CF/1988).¹⁸

2.5. Legitimação por Substituição Processual do Grupo: Órgãos Públicos e Privados

Por outro lado, essas experiências não se limitam ao Ministério Público. Associações civis, pessoas jurídicas de direito público como União, Estados e Municípios e suas autarquias e fundações, Defensoria Pública e, no caso da ação popular, também o cidadão (Lei nº 4.717/1965), todas eles podem propor ações coletivas. Em todos os casos, o Ministério Público, quando não for autor, será órgão interveniente para a tutela do interesse público (*custos juris*, art. 178, CPC). A não intervenção do Ministério Público irá resultar na anulação do processo nos casos em que ele entenda que haja prejuízo (art. 279, § 1º e § 2º, CPC).

17. <http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-instancia/atuacao-na-1a-instancia/parana/resultado>.

18. DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes, *Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo*, p. 86. Na Itália o A.C 791, de julho de 2018, composto por seis artigos, propõem modificações na tutela coletiva através da alteração do Código de Processo Civil, com a ampliação das situações jurídicas tuteladas, modificações na disciplina de adesão à ação de classe, entre outras modificações.

A característica da legitimação coletiva ampla, com um número grande de colegitimados, é, portanto, outra peculiaridade do processo coletivo brasileiro. Esta legitimação é autônoma, exclusiva, concorrente e disjuntiva ou simples e, muito embora alguma divergência conceitual na doutrina, trata-se de espécie de substituição processual na qual o grupo (titular do direito) é substituído pelo legitimado coletivo previsto em lei (*ope legis*) e a sua legitimidade pode ser controlada judicialmente em concreto (*ope judicis*).

A evolução do modelo brasileiro caminha ainda no sentido de reconhecer ações coletivas passivas, nas quais o grupo está no polo passivo.¹⁹

2.6. Coisa julgada *Secundum Eventum Litis*

Outro elemento característico das ações coletivas brasileiras é a coisa julgada *erga omnes secundum eventum litis*. Mas é preciso compreender bem essa questão, nem sempre muito clara. O que é efetivamente *secundum eventum litis* é a extensão subjetiva da coisa julgada, e não a formação da coisa julgada em si. Forma-se a coisa julgada *pro et contra*, não se pode repropor ação coletiva (não importa o nome dado à ação) com a mesma causa de pedir e o mesmo pedido. Porém, a ação coletiva julgada improcedente não prejudica os titulares dos direitos individuais, que poderão ajuizar suas ações ou continuar até o julgamento das ações já ajuizadas (art. 103, CDC). Pelas mesmas razões, afirma-se que não há litispendência entre ação individual e ação coletiva (art. 104, CDC), ou seja, por não haver identidade entre a causa de pedir coletiva e a causa de pedir individual não ocorre litispendência, nem coisa julgada.

Essa formulação original representou sempre um dos aspectos mais críticos na doutrina brasileira e na crítica internacional sobre o nosso processo coletivo.²⁰ Isto porque a *class action opt out* se caracteriza pelo *binding effect*, pela vinculação *pro et contra* inclusive dos titulares de direitos individuais. Hoje estas críticas perdem um pouco de sua força em razão do fato de algumas *estabilidades* novas no direito brasileiro permitirem que as questões que afetam à tutela coletiva e aos litígios de massa sejam fixadas com “força vinculante” para todos os demais casos tramitando ou ações futuras, como veremos em um tópico adiante.

19. DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo*. 12ª ed. Vol. 4. Salvador: JusPodivm, 2018 (Cap. 13. Processo Coletivo Passivo).

20. GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil coletivo: A codificação das ações coletivas no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008; GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. São Paulo: RT, 2007; ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 374-380.

2.7. Interesse Público Primário e Maior Amplitude da Cognição: Microssistema do Processo Coletivo

Além da legitimação, atipicidade e não-taxatividade, extensão subjetiva da coisa julgada *secundum eventum litis*, o processo coletivo brasileiro é caracterizado pela forte presença de interesse público primário e pela maior amplitude da cognição. Estes elementos devem ser compreendidos de maneira combinada.

O interesse público primário é o resultado das preocupações do legislador com a defesa dos interesses de toda a sociedade nos processos coletivos (evidentemente plúrimos e não uniformes em uma democracia de direitos, como a brasileira) e desequilibra a relação processual em benefício da tutela coletiva.²¹

A herança italiana ajuda a compreender um fenômeno normativo do processo coletivo brasileiro, a formação de um microssistema processual coletivo com diversas leis que se interpenetram e subsidiam, aplicando-se reciprocamente, graças à influência da doutrina de Natalino Irti²² e por força da total ignorância do CPC/1973 em relação ao processo coletivo.

Existem uma série de exemplos da aplicação do microssistema do processo coletivo reconhecidos pela doutrina.

Basta lembrar aqui que: a) a pessoa jurídica ré nas ações coletivas poderá contestar ou optar pelo polo ativo ou não-contestar a ação (despolarização da demanda ou intervenção móvel); b) a execução das sentenças coletivas em relação ao réu que receber do poder público poderá ser mediante desconto em folha (com exclusão da conhecida impenhorabilidade dos salários); a remessa necessária para o tribunal de apelação nas sentenças de improcedência do mérito e nas sentenças de extinção do processo sem resolução do mérito, até mesmo nas ações de improbidade administrativa;²³ d) a competência do local do dano;²⁴ e) o princípio da primazia do mérito no processo coletivo, que entre outras coisas determina, por exemplo,

21. O conceito de interesse público primário resulta da influência italiana de ALESSI, Renato. *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*. Milano: Giuffrè, 1953, p. 148-155, citado no Brasil por MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003; MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003; DIDIER JR.; ZANETI JR., *Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo*, vol. 4, p. 42, e pelos tribunais superiores (STF RE 393175/RS).
22. IRTI, *L'Età della Decodificazione Vent'Anni Dopo*, In.: IRTI, Natalino. *L'Età della Decodificazione*. 4ª ed. Milano: Giuffrè, 1999.
23. REsp 1447774/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/08/2018, DJe 27/08/2018; REsp 1.108.542/SC, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 29/5/2009.
24. CC 97.351/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27/05/2009, DJe 10/06/2009.

a sucessão processual, com chamamento de colegitimado ao invés da extinção do processo por ilegitimidade ativa.²⁵

Nos processos coletivos também resulta da primazia do julgamento de mérito uma preocupação com o julgamento com esgotamento das questões referentes à prova. Assim, as ações julgadas por insuficiência de provas poderão ser repropostas, desde que apresentada prova nova capaz de, por si só, alterar o resultado do julgamento. Este instituto é chamado de coisa julgada *secundum eventum probationis* para afirmar que não é oponível a exceção de coisa julgada, quando possível a produção de prova que resulte em novo julgamento de mérito.²⁶

A maior amplitude da cognição é caracterizada pela existência de transporte *in utilibus*, ou seja, a sentença de procedência coletiva, na tutela de direitos difusos e de direitos coletivos em sentido estrito poderá ser executada pelos titulares de direitos individuais.

O microsistema serviu de escudo a um CPC individualista até 2015, que apenas se aplicava residualmente ao processo coletivo. O CPC/2015 mudou essa relação entre o processo coletivo brasileiro e o processo individual, a relação entre CPC e microsistema *deixou de ser residual e passou a ser direta*, como veremos a seguir.

3. PROCESSO COLETIVO NO BRASIL: DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA AOS CASOS REPETITIVOS

O que caracteriza, do ponto de vista dogmático, o sucesso do processo coletivo brasileiro é a flexibilidade e a adaptação.

O novo CPC previu expressamente a existência do processo coletivo, muito embora não tenha trazido um tópico próprio sobre o tema.

Assim, a partir do novo Código, todo o processo brasileiro será iluminado pelas normas fundamentais do processo, previstas já na novíssima Parte Geral do Código de Processo Civil de 2015 (doze primeiros artigos), mas espalhadas igualmente ao longo de todo o texto. Todas as normas fundamentais ali descritas aplicam-se integralmente aos processos coletivos, bem como aplica-se ao processo coletivo uma série de outras normas espalhadas pelo CPC. Como consequência, pode ser dito que, atualmente, o Código de Processo Civil de 2015 incide *diretamente* no microsistema do processo coletivo.

25. REsp 1177453/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/08/2010, DJe 30/09/2010.

26. É preciso destacar que muito embora a lei seja clara em relação aos direitos difusos e coletivos em sentido estrito, não há a mesma clareza em relação aos direitos individuais homogêneos. Para estes não há previsão expressa de coisa julgada *secundum eventum probationis*. A jurisprudência do STJ é no sentido de que a regra não se aplica nestes casos (REsp 1.302.596-SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Rel. para acórdão Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 9/12/2015, DJe 1º/2/2016).

Existem vários exemplos dessa aplicação, mas chamam atenção a referência às ações coletivas no art. 139, X, que trata dever de comunicação aos colegitimados da existência de ações individuais com potencial para coletivização, e nos artigos que tratam da suspensão ou sobrestamento ou da aplicação da tese firmada nos casos repetitivos às ações coletivas.

Portanto, o processo coletivo brasileiro atual é gênero de duas espécies, pelo menos: a) as ações coletivas, que descrevemos no tópico anterior, das quais o principal exemplo é a chamada ação civil pública; e, b) os casos repetitivos, de que são exemplos o chamado incidente de resolução de demandas repetitivas e os recursos especial e extraordinário repetitivos.

Estes *casos repetitivos* são uma espécie de agregação de litígios, na qual ações são suspensas para tramitação de um incidente de resolução de demandas repetitivas no tribunal de apelação, ou para julgamento de um recurso especial ou extraordinário repetitivo em questões de direito material ou processual (art. 928, CPC). A inspiração dessa nova espécie pode ser buscada no *Musterverfahren* (KapMuG, *Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz*), como expressamente mencionada na exposição de motivo pelos relatores do anteprojeto do CPC/2015, no *Pilotverfahren*, na *Group Litigation Order* (GLO) e na *Multidistrict Litigation* (MDL).

Ações coletivas e casos repetitivos convergem por trazerem uma situação jurídica coletiva ativa ou passiva que diz respeito a um grupo de pessoas.

A doutrina tem defendido que o grupo é formado *opt out* nas ações coletivas, incluindo todos que estão na mesma situação, sem exigir nenhum comportamento ativo; e que o grupo é formado *opt in* nos casos repetitivos, exigindo-se que efetivamente tenha ocorrido o ajuizamento de uma ação por parte dos indivíduos.²⁷

Muito embora o uso dessa classificação tenha outra tradição, conhecida e utilizada pela doutrina internacional, é necessário alterá-la para melhor tratar a questão na dogmática brasileira.²⁸ A tradicional classificação internacional diz respeito à vinculatividade da coisa julgada. Parte da doutrina brasileira inverte a classificação para objetivar não o final (a estabilidade da decisão), mas sim o início (a formação do grupo), e, dessa formação, extrair algumas consequências, como veremos a seguir.

27. DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Las Acciones Colectivas y el Enjuiciamiento de Casos Repetitivos: dos Tipos de Proceso Colectivo en el Derecho Brasileño, *International Journal of Procedural Law*, Cambridge: Intersentia, vol. 7, pp. 266/275, 2017/02.

28. Note-se, ademais, uma sensível tendência na doutrina para propor modelos mistos de classificação *opt in* e *opt out*. Entre eles VOET, Stefaan. 'Where the wild things are': reflections on state and future of European collective redress. In: KEIRSE, Anne L. M.; LOOS, Marco B. M. (eds.). *Waves in contract and liability law in three decades of lus Commune*. Cambridge: Intersentia, 2017. Este parece ser o sentido que irão tomar as *model rules* pensadas para a Europa pelo ELI/UNIDROIT.

A utilização das expressões *opt in* e *opt out* é comum na economia e na medicina, não existe uma forma natural ou correta, podendo ser a classificação feita por estipulação.²⁹

Percebe-se, então, a necessidade de combinar os métodos de tutela coletiva para que não ocorra uma ultrapassagem dos fins do processo, assim entendidos, como a garantia da tutela das pessoas e dos direitos de maneira adequada, efetiva e tempestiva, mediante o processo justo que possa tratar o conflito.

Nos processos coletivos, em especial, não será justo o processo que, ao compor a litigância de massa, não apresente uma solução dos conflitos *para além das pretensões individuais*.³⁰

A estrutura do processo justo coletivo deve permitir garantias processuais mínimas: a) representatividade das partes interessadas (*stakeholders* - na maior parte dos casos pessoas ou grupos ausentes do processo, na expressão em inglês: *absent members*); b) direito de influência dos representantes adequados do grupo e o dever de debates por parte do julgador em relação aos fundamentos de fato e de direito debatidos no caso, inclusive com a participação de grupos de interesse através de *amici curiae* ou audiências públicas para o reforço da representatividade argumentativa; c) que o resultado seja efetivo para compor/tratar o conflito coletivo para além das pretensões individuais.

Por essas razões, é preciso pensar o equilíbrio entre as diversas modalidades de tutela coletiva disponíveis.³¹

29. Ver, por exemplo, os debates em THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge. Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness*. New York: Penguin Books, 2008; ROTH, Alvin. *Who Gets What – And Why. The New Economics of Matchmaking and Market Design*. New York: Mariner Books, 2016.

30. A preocupação está clara, por exemplo, no contexto da litigância estratégica para a qual o fator de diferenciação entre processos individuais e litigância estratégica reside no impacto causado. Percebe-se que nos casos de litigância estratégica, como o foco é no conflito, o resultado pode ser medido de diversas maneiras, seja obtendo-se a procedência ou não da demanda, os resultados não se consideram bons ou ruins em abstrato e pode muitas vezes ser inclusive um resultado que apresente aspectos positivos e negativos ao mesmo tempo, DUFFY, Helen. *Strategic Human Rights Litigation. Understanding and Maximising Impact*. Oxford/New York: Hart, 2018.

31. Um exemplo dessa preocupação está refletido na lição da doutrina sobre a relação entre as ações coletivas e os casos repetitivos. “Além disso, no caso de serem distintos os objetos da ação coletiva e do incidente de julgamento de casos repetitivos – o que poderá ocorrer com frequência quando o julgamento de casos repetitivos tiver por objeto questão processual –, havendo entre as causas repetitivas uma ação coletiva, ela deve ser a escolhida como caso piloto (causa representativa da controvérsia, nos termos do § 6º do art. 1.036 do CPC).” No mesmo sentido o enunciado n. 615, FPPC: “Na escolha dos casos paradigmas, devem ser preferidas, como representativas da controvérsia, demandas coletivas às individuais, observados os requisitos do art. 1.036, especialmente do respectivo § 6º”. Isso resulta da aplicação do devido processo legal coletivo, da noção de processo justo coletivo. Há, assim, uma *diretriz normativa no sentido de priorizar a tutela coletiva por ação coletiva*. Essa opção revela-se com alguma clareza do art. 139, X, CPC: diante de casos repetitivos,

Por isso, pode-se afirmar que é “possível, inclusive, criar uma diretriz para o incidente de resolução de demandas repetitivas (...) a existência de ação coletiva, pendente no Estado ou na Região, enquanto não estiver no Tribunal, seria fato impeditivo da instauração do incidente; a pendência da ação coletiva deveria levar à suspensão, até mesmo de ofício, dos processos individuais”.³²

No Superior Tribunal de Justiça, decidiu-se que “*ajuizada ação coletiva atinente à macrolide geradora de processos multitudinários, suspendem-se as ações individuais, no aguardo do julgamento da ação coletiva*”. Na ação, que discutia expurgos inflacionários e direito do consumidor diante da conduta dos bancos, foi reconhecida a “prejudicialidade” (art. 313, V, a), por analogia, para entender que a sentença de mérito nos processos individuais “dependeria” do julgamento da causa coletiva com o fim de evitar as decisões contraditórias e atingir o que se consideram os objetivos gerais da justiça civil contemporânea, a responsabilidade conjunta e compartilhada pela solução justa, eficiente, célere e proporcional das disputas cíveis.³³

No próximo tópico, a partir das premissas firmadas até aqui e da experiência já demonstrada na prática e na doutrina brasileira, iremos tratar das possíveis inovações quanto à estabilidade das ações coletivas e no seguinte trataremos das novidades quanto ao processo estruturante do Caso Rio Doce (direito processual dos desastres) e da próxima geração do processo coletivo (*next gen collective redress*).

3.1. Inovações Quanto a Estabilidade a Partir dos Casos Repetitivos, Precedentes e do *Case Management* nos Processos Coletivos

Casos repetitivos, *case management* e precedentes ainda têm uma possível combinação para resolver um dos problemas levantados pela doutrina brasileira em relação ao modelo de coisa julgada *secundum eventum litis*.

Como vimos acima, a coisa julgada nos processos coletivos rigorosamente somente atinge os titulares de direitos individuais para beneficiá-los. Há, portanto, uma extensão subjetiva dos efeitos da coisa julgada apenas para beneficiar os titulares

é dever do juiz comunicar o fato aos legitimados, para que verifiquem a viabilidade do ajuizamento de uma ação coletiva. Perceba: constatando a repetição, o órgão julgador tem o *dever* de informar para fim de instauração da ação coletiva.” DIDIER JR.; ZANETI JR, *Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo*, p. 101/105.

32. DIDIER JR.; ZANETI JR, *Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo*, p. 101/105.

33. REsp. n. 1.110.549-RS, rel. Min. Sidnei Beneti, j. em 28.10.2009. A decisão é uma hipótese clara de *case management* por força de formação de precedente judicial, tendo sido reiteradamente aplicada pelos tribunais (REsp 1353801/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/08/2013, DJe 23/08/2013), Impede decisões contraditórias, facilita a gestão dos processos e resulta em economia processual. No litígio originário do precedente as ações individuais foram julgadas procedentes e convertidas de ações de conhecimento em processos de liquidação e execução (REsp 1189679/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 24/11/2010, DJe 17/12/2010).

dos direitos individuais. A doutrina aponta que, em razão disto, há uma falta de seriedade na ação coletiva brasileira e a exposição dos réus a um duplo risco, apesar de terem vencido no processo individual ainda assim estarão submetidos a novas ações individuais. Milhares de ações individuais podem ser propostos gerando igualmente decisões contraditórias e insegurança jurídica. A opção do Código de Defesa do Consumidor é clara, embora existam estes riscos a ação coletiva e a ação individual não se confundem, não induzem litispendência e a coisa julgada coletiva não afeta, na improcedência, a ação individual.

Há, contudo, o surgimento de três novas estabilidades: a) a vinculação à tese no julgamento de casos repetitivos; b) os precedentes normativos formalmente vinculantes; c) a prejudicialidade das ações coletivas em relação às ações individuais nas “macrolides geradoras de litígios multitudinários”.

As duas primeiras decorrem de uma análise da dogmática do CPC:

a) Primeiro, pelo advento dos *casos repetitivos*, técnica de julgamento e gestão de litígios agregados, que possibilita a *suspensão* de todas as ações individuais e coletivas para a aplicação da tese jurídica formada, seja ela favorável, seja ela contrária ao litigante individual (arts. 985, I e 1.040, III, CPC) uma vez julgada a tese ele se aplicará a todos os processos que estejam tramitando;

b) Segundo, por força dos *precedentes normativos formalmente vinculantes*.³⁴ Assim, mesmo quando não se tratar de um caso repetitivo, o caso julgado, na ação coletiva, poderá formar um precedente, vinculando a todos aqueles que tenham tese semelhante (arts. 926 e 927, CPC);

O último caso é uma construção judicial do Superior Tribunal de Justiça. O STJ por analogia estendeu os efeitos da regra da prejudicialidade para os processos coletivos em relação aos processos individuais gerados a partir do mesmo macrolitígio.

c) Terceiro, mas não menos importante, por força de uma *decisão em recurso especial repetitivo*, que garante a unidade do direito no Superior Tribunal de Justiça (STJ),³⁵ na qual se firmou entendimento que permite a suspensão de todas as ações individuais relacionadas por prejudicialidade com a ação coletiva (art. 313, V, *a*, questões de fato ou de direito), após o julgamento essas ações individuais, caso precedentes ou parcialmente precedentes, poderão ser convertidas em liquidação e

34. ZANETI JR., Hermes. *O Valor Vinculante dos Precedentes*. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

35. Nos termos do Tema 60: “Ajuizada ação coletiva atinente a macro-lide geradora de processos multitudinários, suspendem-se as ações individuais, no aguardo do julgamento da ação coletiva.” REsp 1110549/RS, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 28/10/2009, DJe 14/12/2009. O tema já foi aplicado em outras situações (REsp 1353801/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/08/2013, DJe 23/08/2013) e o STJ já definiu que após a decisão coletiva os processos de conhecimento individuais que estiverem suspensos poderão ser convertidos de ofício em liquidação e cumprimento de sentença.

execução, caso improcedente a ação coletiva a prejudicialidade afetará igualmente a ação individual.

Evidentemente existem uma série de situações em que essas estabilidades não afetarão o julgamento do mérito da demanda individual, mas diferentemente do regime das ações coletivas as estabilidades aqui citadas poderão sim afetar o julgamento da ação individual negativamente.

Esses apontamentos sobre a coisa julgada são uma novidade da técnica processual recente que gostaria de ressaltar para mostrar como o Código de Processo Civil de 2015 está sendo aplicado diretamente ao processo coletivo.

4. PROCESSO COLETIVO NO BRASIL: NEXT GENERATION? DESIGN DE SOLUÇÃO DE DISPUTAS, PROCESSOS ESTRUTURANTES E O CASO RIO DOCE (DIREITO PROCESSUAL DOS DESASTRES)

O Caso Rio Doce³⁶ é um litígio complexo que pode ser considerado como prova de força para este novo modelo de processo civil coletivo, a confirmação de sua efetividade, de seu êxito, ou a prova de sua insuficiência ou decepção.

O Caso Rio Doce é um exemplo do “direito processual dos desastres”: o direito que envolve litígios de alta complexidade causados pela ação humana ou natural e que impactem de forma irradiada um sem número de pessoas e grupos de atingidos em razão de um evento ou série de eventos com impactos humanos ou sociais, que possuam dimensão social para além da dimensão individual (art. 2º, II, Dec. 7.257/2010).³⁷

36. A expressão que entendemos mais correta para descrever todas as implicações jurídicas do caso é “Desastre do Rio Doce”. Algumas razões de ordem técnica indicam neste sentido: 1) desastre não se limita a questões de origem natural, incluindo as consequências provocadas por ações antrópicas, ações humanas, neste sentido, cf. CARVALHO, Delton Winter de. *Desastres Ambientais e sua Regulação Jurídica. Deveres de Prevenção, Resposta e Compensação Ambiental*. São Paulo: RT, 2015, parte I; 2) o Rio Doce é um *rio nacional* que se estende por dois estados da federação brasileira, Minas Gerais e Espírito Santo, sendo que o desastre atingiu de forma intensa ambos os Estados-membros. Muito embora a localidade inicial do impacto tenha sido a cidade de Mariana e a comunidade de Bento Rodrigues hoje a extensão do dano já atingiu todos os integrantes da bacia hidrográfica e em alguns casos, como será relatado, pelas dimensões do impacto, pessoas e grupos de pessoas que estão inclusive fora da bacia hidrográfica do Rio Doce, visto que o dano atingiu o mar territorial brasileiro e ecossistemas que não obedecem limites geográficos fixos; 3) o termo desastre inclui as três esferas de responsabilidade jurídica consequentes aos fatos, ou seja, a responsabilidade civil, a responsabilidade administrativa e a responsabilidade criminal, bem como, os danos e ilícitos que atingem grupos ou indivíduos, individuais ou coletivo, ambientais, sociais, econômicos entre outros.

37. Na doutrina, falando sobre o direito dos desastres: “Uma definição normativa de desastres (*lato sensu*) pode ser encontrada na própria legislação brasileira, segundo a qual este consiste no ‘resultado de eventos adversos, naturais ou provocados pelo homem sobre um ecossistema vulnerável, causando danos humanos, materiais ou ambientais e consequentes prejuízos econômicos e sociais’ [art. 2º, II, Dec. 7.257/2010].” (CARVALHO, Delton Winter de. *Desastres Ambientais e sua Regulação Jurídica*.

A complexidade dos litígios coletivos exige que a cada geração antecipemos problemas e desenhemos soluções que possam se mostrar adequada para a solução de novos conflitos ou de situações que muito embora ocorrentes no passado, por falhas sistêmicas de um modelo processual rígido, tenham ficado sem uma solução adequada.

A necessidade de enfrentarmos conflitos complexos que envolvem temas como os desastres ambientais de Mariana (Caso Rio Doce) e Brumadinho, os acidentes aéreos da TAM e da Air France, no Brasil, e o desastre do Golfo do México, nos Estados Unidos, o *Apartheid* na África, a cura da violência, em Chicago, as comissões pela verdade e pela reconciliação, no Canadá, as resoluções online realizadas no caso dos poupadores,³⁸ judicialmente, ou, extrajudicialmente, pelo eBay e pelo consumidor.gov e tantos outros exemplos, nos impulsionam para uma nova forma de atuar no processo civil: o *design* de solução de disputas.³⁹

Os objetivos do design de solução de disputas poderiam ser sumarizados nas seguintes potencialidades em relação aos processos tradicionais: a) auxiliam a identificar e absorver as oportunidades de ganhos mútuos; b) constroem e reforçam relacionamentos entre indivíduos, representantes, grupos de pessoas e comunidades; c) favorecem os objetivos da Justiça; d) promovem a paz e a reconciliação; e) garantem as reformas estruturais adequadas através do Estado de Direito, identificando os interesses e os direitos dos mais desfavorecidos e fracos nas relações de poder (*less powerfull stakeholders*), curando as deficiências ocorrentes nas práticas tradicionais de resolução de disputas prevalentes; e, f) são adaptáveis às modificações do tempo e das necessidades das vítimas e grupos interessados.⁴⁰

A solução adequada de litígios muito complexos passa por atividades de planejamento e design que permitam a adequação dos procedimentos ao fim de solução do conflito e aplicação do direito ao caso com o menor custo e a maior satisfação e efetividade.

Deveres de Prevenção, Resposta e Compensação Ambiental. São Paulo: RT, 2015, parte I - o autor deixa claro que se tratam de eventos que atingem comunidades e possuem uma dimensão social, para além da dimensão individual).

38. O caso dos poupadores durou 30 anos e somente foi homologado o acordo quando as demandas estavam tramitando no Supremo Tribunal Federal. Pairam muitas dúvidas sobre a efetividade da solução acordada. A decisão homologatória pelo STF suspende ações individuais e coletivas para a adesão individual de cada consumidor ao acordo em uma plataforma online (<https://www.pagamentodapoupanca.com.br/>).
39. Estes e outros exemplos já estão sendo tratados na literatura especializada, cf. ROGERS, Nancy H.; BORDONE, Robert C.; SANDER, Frank E. A.; McEWEN, Craig A. *Designing Systems and Processes for Managing Disputes*. New York: Wolters Kluwer, 2013; FALECK, Diego. *Manual de Design de Sistemas de Disputas. Criação de Estratégias e Processos Eficazes para Tratar Conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.
40. Adaptação livre de ROGERS, Nancy H.; BORDONE, Robert C.; SANDER, Frank E. A.; McEWEN, Craig A. *Designing Systems and Processes for Managing Disputes*. New York: Wolters Kluwer, 2013, p. xvii.

Muitas vezes são necessárias mudanças estruturais ou criação de novas estruturas, mediante processos estruturantes, para a efetivação de políticas públicas e de interesse público, quer sejam realizadas essas políticas pelo poder público, por atuação conjunta ou até mesmo por iniciativa dos responsáveis privados pelo conflito, pessoas naturais e jurídicas. A doutrina fala inclusive da criação de entidades com propósitos específicos para a resolução dos conflitos, as chamadas *claim resolution facilities*.⁴¹

Os processos estruturantes assim se caracterizam por reformas institucionais ou estruturais, nas burocracias públicas ou práticas privadas, relacionadas à efetivação de direitos fundamentais de um grupo de pessoas.⁴²

Para atingir este objetivo os processos estruturantes alteraram o direito processual coletivo tradicional para permitir novas formas de discussão, autocomposição, delimitação dos objetos do processo, definição de competência para julgamento, decisão e efetivação das medidas judiciais.

A característica principal destes processos é a necessidade de adequação e flexibilidade dos procedimentos para atingir um fim determinado: a efetivação da modificação estrutural da realidade para o tratamento do conflito.

Existem inúmeros casos estudados na doutrina, na experiência comparada e no Brasil, os exemplos estão relacionados ao fim da política de separação racial (*Brown v. Board of Education of Topeka*);⁴³ à poluição ambiental (Caso Mendonça⁴⁴ e Caso da

41. Para a ampla discussão desta questão, com farta bibliografia cf. CABRAL, Antonio do Passo; ZANETI JR., Hermes. Entidades de Infraestrutura Específica para a Resolução de Conflitos Coletivos: As Claim Resolution Facilities e a sua Aplicabilidade ao Brasil. *Revista de Processo*. Vol. 287, p. 445-483, jan/2019.

42. Nem todo processo coletivo será estrutural, nem todo processo estrutural será coletivo. A questão não é pacífica, na doutrina, entendendo que apenas as ações coletivas devem ser consideradas estruturantes GRINOVER, Ada Pellegrini. Seoul Conference 2014 – Constitution and proceedings – The Judiciary as an Organ of Political Control. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2015, v. 249, pp. 26-27, no mesmo sentido o Projeto de Lei n. 8058/2014, prevê que o controle jurisdicional de políticas públicas deverá ocorrer “por intermédio de ação coletiva” (art. 3º). No sentido contrário, aceitando a possibilidade de ações individuais DIDIER JR.; ZANETI JR., *Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo*, muito embora entendamos que o processo coletivo já ofereça melhores condições para as tutelas estruturantes isto não veda que a pretensão estruturante seja requerida em uma ação individual, a partir de uma situação individual merecedora de tutela que possa ser aplicável para além das partes envolvidas.

43. FISS, Owen M. *The Civil Rights Injunction*. Bloomington & London: Indiana University Press, 1978 (Addison Harris Lecture, 1976); FISS, Owen M.; RESNIK, Judith. *Adjudication and its Alternatives. An Introduction to Procedure*. New York: Foundation Press, 2003; JOBIM, Marco Félix. *Medidas estruturantes: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 93.

44. VERBIC, Francisco. El Remedio Estructural de la Causa ‘Mendoza’. Antecedentes, Principales Características, y Algunas Cuestiones Planteadas Durante los Primeros Tres Años de su Implementación. *Revista ANALES nº 43*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP, p. 267/286, 2013; VERBIC, Francisco. Manual de Introducción a los Procesos Colectivos y las Acciones de Clase. In.: GONZÁLEZ, Leonel; FANDIÑO, Marco. *Diálogo Multidisciplinario sobre la Nueva Justicia Civil de Latinoamérica*.

ACP do Carvão⁴⁵); à reforma de presídios (Caso do FUNPEM); à garantia de educação pré-escolar (Caso das Creches em São Paulo).⁴⁶

O Caso Rio Doce é mais um exemplo da crescente utilização de processos estruturantes e da importância dos processos coletivos no Brasil. Neste caso, um desastre ambiental documentado no Mundo todo, o maior da América Latina, foram ajuizadas mais de 30 ações coletivas, além de milhares de ações individuais e instauração de incidentes de resolução de demandas repetitivas no Estado de Minas Gerais, Espírito Santo e em Brasília, no Distrito Federal.

Um primeiro problema enfrentado foi a necessidade de conexão para evitar decisões conflitantes. As ações foram reunidas por uma decisão em conflito de competência julgado pelo Superior Tribunal de Justiça que fixou a competência da Justiça Federal da capital do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte. A decisão respeita a ideia de competência adequada por duas razões, desloca a competência para um dos Estados atingidos, evitando a via do Distrito Federal, e preserva as ações que tratem de impactos locais, ainda que coletivas, nas cidades atingidas. Assim, preserva a regra principal do processo coletivo ambiental brasileiro que é a competência do local do dano (art. 2º, LACP).

Duas eram as ações coletivas mais importantes e mais amplas. Uma ação coletiva movida pela União, Estados de Minas Gerais e do Espírito Santo, os Municípios atingidos e as autarquias ambientais responsáveis pela fiscalização, no valor de R\$ 20 bilhões, na qual logo no início de 2016, pouco tempo depois do Desastre, na qual foi formulado um compromisso de ajustamento de conduta (TTAC), que criou uma entidade de infraestrutura específica (*claim resolution facility*) para tratar das questões referentes ao Desastre, a Fundação Renova.

A entidade é financiada por recursos privados, depositados pelas empresas causadoras do Desastre (Samarco S.A. e suas controladoras, Vale S.A. e BHP Billiton do Brasil) e conta com 42 programas nos eixos socioambientais e socioeconômicos para recuperação integral do dano.⁴⁷ Um dado importante do processo é que foi

Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2017. [<https://classactionsargentina.files.wordpress.com/2018/01/3-dic3a1logo-multidisciplinario-sobre-la-nueva-justicia-civil-versic3b3n-definitiva.pdf>], esp. p. 275 e ss.

45. ARENHART, Sérgio Cruz. “Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do Carvão”. *Revista de Processo Comparado*, v. 2, jul./dez. 2015, versão digital, p. 7.
46. GRINOVER, Ada Pellegrini. Caminhos e descaminhos do controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Suzana Henriques da. O Processo para solução de conflitos de interesse público. Salvador: Juspodivm, 2017; COSTA, Suzana Henriques da; FERNANDES, Débora Chaves, Processo Coletivo e Controle Judicial de Políticas Públicas – Relatório Brasil. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Suzana Henriques da. O Processo para solução de conflitos de interesse público. Salvador: Juspodivm, 2017; MENDES, Conrado Hubner et all. Ações coletivas no Brasil: temas, atores e desafios da tutela coletiva. Brasília: CNJ, 2018, p. 203/209.
47. [<https://www.fundacaorenova.org/conheca-os-programas/>].

tentada a homologação deste acordo em juízo, tendo sido homologado pelo Tribunal Regional da 1ª Região e posteriormente cassada a homologação. Os argumentos para cassar a homologação foram justamente a falta de participação do Ministério Público na elaboração do acordo e a falta de participação dos atingidos, ou seja, a falta de representatividade argumentativa.

Na mesma época da tentativa de homologação, o Ministério Público ajuizou uma ação civil pública com amplos pedidos e o valor estimado de R\$ 155 bilhões, visando a reparação integral. Como o acordo continuou válido mesmo sem a homologação, mas apenas para as partes, as ações coletivas da União e do MPF foram reunidas para tramitar conjuntamente no juízo da 12ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte da Justiça Federal.

A partir desse quadro de concentração os interesses de todas as instituições de justiça convergiram para os mesmos autos principais. A novidade do ponto de vista institucional foi então a reunião dos Ministérios Públicos Federal, Ministério Público do Trabalho, Ministério Público do Estado de Minas Gerais e Ministério Público do Estado do Espírito Santo, bem como das Defensorias Públicas da União, dos Estados de Minas Gerais e do Espírito Santo para tratar conjuntamente desta questão.

A partir da tramitação da ACP de 155 bilhões foi possível ajustar a produção de prova independente e imparcial sobre os programas da Fundação Renova e reestruturar a governança da Fundação, com a criação de mais instâncias de deliberação para os atingidos e a maior participação dos atingidos, das Defensorias Públicas e dos Ministérios Públicos na gestão da Fundação e no Comitê Interfederativo, que atua como câmara técnica de supervisão. A repactuação da governança incluiu ainda o convite às instituições da sociedade civil para compor um Fórum de Observadores, com instituições universitárias isentas, externo e independente ao processo. A previsão da produção de auditorias técnicas independentes contratadas a pedido do Ministério Público e atuando para o juízo na conferência da eficiência e efetividade dos programas da Fundação.⁴⁸

Para a realização dessa reengenharia foram utilizados novos conceitos do Código de Processo Civil, em especial, o processo cooperativo, o estímulo permanente a solução autocompositiva e os negócios processuais, bem como, abriu-se espaço para outras tantas iniciativas, como a possibilidade de cooperação jurisdicional interna, inclusive entre órgãos da Justiça Federal e da Justiça Estadual (art. 69, CPC). Os termos ainda determinaram o saneamento geral dos processos coletivos que estão tramitando, com a extinção da ação de 20 bilhões movida pela União e prazos para analisar pedidos e causa de pedir das demandas pendentes para eventual extinção ou reunião com a ação de 155 bilhões, que passa a ser convencionalmente considerada a ação principal.

48. Essa repactuação da governança e auditoria externa foram firmadas em dois termos de ajustamento de conduta denominados TAC GOV e TAP.

Outro tema polêmico era a possibilidade de prescrição das pretensões individuais para as pessoas que ainda não tivessem ajuizado suas ações. Como o Desastre ocorreu em 05.11.2015 e o Código Civil prevê a ocorrência de prescrição no prazo de 03 (três) anos para as ações que visam a reparação civil por responsabilidade (art. 206, § 3º, V, CC) ocorreu uma grande discussão na imprensa e um debate jurídico muito intenso, pressionando para novos ajuizamentos de milhares de ações individuais. A questão é que a doutrina e a jurisprudência brasileira têm entendido que ajuizada a ação coletiva interrompe-se a prescrição para as ações individuais, justamente para evitar a corrida ao judiciário uma vez que a sentença de procedência irá beneficiar os titulares dos direitos individuais.⁴⁹ Finalmente, por atuação conjunta dos Ministérios Públicos e das Defensorias Públicas, foi afastada convencionalmente a prescrição, com as Empresas e a Fundação Renova reconhecendo expressamente a sua inoccorrência.⁵⁰

Entendemos que este último exemplo mostra a importância do papel do juiz como juiz de garantias nestes casos, devendo resolver conflitos que surgem no curso da instrução e da implementação de suas decisões. Como o juiz determinou a suspensão da ação de 155 bilhões para o saneamento geral e a realização das auditorias sobre os programas da Fundação Renova, inclusive o programa de indenização mediada (PIM) que trata da indenização por falta de água e por danos gerais, espécie de design de solução de disputas (DSD) desenhado pela Fundação, não faz sentido falar em prescrição. Não faz sentido falar em prescrição, ainda e principalmente, pelo simples fato de que a propositura da ação coletiva com pedido de condenação genérica para a indenização de todas as vítimas do Desastre, o que foi pedido na ACP de 155 bilhões, interrompe a prescrição, como reconhece precedente do Superior Tribunal de Justiça seguido por mais de 50 (cinquenta) decisões daquele tribunal. O ideal seria que o próprio juiz do caso reunisse as partes e esclarece-se a questão.

Afinal, se o ambiente criado é para a autocomposição como melhor alternativa para a tutela integral dos direitos afetados, seria comportamento contraditório das empresas insistir na tese prescricional. A decisão consensual resolveu a questão, depois de longo debate e do ajuizamento de milhares de ações individuais em razão da dúvida.

A série de situações que surgem em litígios dessa complexidade exigem uma abertura da causa de pedir e do pedido para acatar as novas situações jurídicas

49. Cf. ZANETI JR., Hermes; SOBRAL, Mariana Andrade; CAMPOS, Rafael Mello Portella; TRAZZI, Paulo; LINO, Daniela Bermudes. *Ações Individuais no Caso Rio Doce: Interrupção da Prescrição, Suspensão da Prescrição e Comportamento Contraditório dos Litigantes no Processo de Autocomposição, no prelo.*

50. No termo constou expressamente que “As EMPRESAS e a FUNDAÇÃO RENOVA reafirmam, conforme a legislação brasileira, o TTAC, o TAP e seu aditivo, e o TAC GOV, sua obrigação de reparar integralmente as pessoas atingidas pelo ROMPIMENTO DA BARRAGEM DE FUNDÃO (...) Não haverá perecimento de direitos e pretensões de pessoas atingidas, com fundamento em prescrição, na data de 05 de novembro de 2018”. Cf. [<http://laprocon.ufes.br/principais-terminos-de-ajustamento-de-conduta>], acesso em 14.11.2018.

relevantes para resolver o conflito.⁵¹ Todas essas soluções são possíveis porque o novo Código permite flexibilidade da congruência objetiva supõe, por isso, que a interpretação do pedido (art. 322, § 2º, CPC) leve em consideração a complexidade do litígio estrutural.

Segundo essa perspectiva, também é possível falar de decisões em cascata e ampliação do *thema in decidendum* para levar em consideração os fatos que surgem no curso da instrução, desde que preservado o contraditório (art. 493, parágrafo único, CPC), torna-se uma ferramenta fundamental para que o juiz, na etapa de efetivação das decisões estruturais, corrija os rumos da tutela executiva de modo a contemplar as necessidades atuais dos interessados. Por outro lado, enquanto a efetivação das decisões proferidas em processos não estruturais se dá, normalmente, de forma impositiva, é comum que a efetivação da decisão estrutural se dê de *forma dialética*, “a partir de um debate amplo cuja única premissa consiste em tomar a lide como fruto de uma estrutura social a ser reformada”.⁵² Trata-se o conflito, não apenas a pretensão inicial.

No Direito processual brasileiro, a base normativa para a execução das decisões estruturais, necessariamente atípica, decorre da combinação do art. 139, IV,⁵³ com o art. 536, § 1º, ambos do CPC. Os dispositivos são cláusulas gerais executivas, das quais decorre para o órgão julgador o poder de promover a execução de suas decisões por medidas atípicas.

Mas para além disto, deve também ser observada uma *refundação do princípio da oralidade* para a solução de temas complexos, com a possibilidade de o juiz determinar o comparecimento das partes a qualquer momento (art. 139, VIII, CPC) e convocar audiência de saneamento compartilhado em causas complexas, convidando as partes a integrar ou esclarecer suas alegações (art. 357, § 3º, CPC). Refundar o princípio da oralidade exige dos juízes e das partes um novo comportamento no processo, o comparecimento nesta audiência deve ser realizado com conhecimento das questões

51. Evidentemente isto não significa falta de clareza quanto ao objeto da demanda ou falta de clareza quanto ao direcionamento da atividade judicial pelos autores ao identificar este objeto. Existem um sem número de ressalvas a esta afirmação que dizem respeito ao processo ser um ambiente de discurso regrado, um ambiente do discurso prático do caso especial, não podendo ser compreendido como uma arena política ou moral simplesmente.

52. VIOLIN, Jordão. *Protagonismo judiciário e processo coletivo estrutural*, cit., p. 151. Sérgio Cruz Arenhart também destaca que, como a decisão estrutural almeja uma mudança substancial, para o futuro, em relação a uma determinada prática ou instituição, é importantíssimo garantir a participação não só da coletividade que será afetada, por meio de audiências públicas e amicus curiae, mas também de especialistas que “possam contribuir tanto no dimensionamento adequado do problema a ser examinado, como em alternativas à solução da controvérsia” (ARENHART, Sérgio Cruz. “Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do Carvão”, cit., p. 4).

53. JOBIM, Marco Felix. “A previsão das medidas estruturantes no artigo 139, IV, do novo Código de Processo Civil brasileiro”. *Repercussões do novo CPC – processo coletivo*. Hermes Zaneti Jr. (coord.). Salvador: Editora JusPodivm, 2016, p. 230-232.

debatidas e de forma a permitir o compromisso entre os presentes com o objeto do processo, a solução ou a construção de um procedimento que permita uma discussão o mais clara possível sobre os fatos e o direito controvertido.

Por fim, em razão da complexidade das matérias debatidas nos processos estruturais e da potencialidade de que as decisões aí proferidas atinjam um número significativo de pessoas, é preciso pensar em *novas formas de participação* de sujeitos no processo, como a admissão de *amicus curiae* e a designação de audiências públicas.⁵⁴ As fórmulas tradicionais de intervenção pensadas para os processos individuais não são suficientes para garantir participação ampla nos processos estruturais que exigem uma representação argumentativa qualificada para atingir sua finalidade.

Este aspecto da representação argumentativa deve atingir todas as novas formas de tutela coletiva. É preciso estar ciente que o respeito ao contraditório deve ser reforçado principalmente nos casos em que grupo de pessoas que não participem do processo venha a ser atingidos pelas decisões judiciais, como ocorre nos processos coletivos das ações coletivas, nos casos repetitivos e, até mesmo, na formação de precedentes judiciais.⁵⁵

5. CONCLUSÕES

A combinação de técnicas coletivas é a melhor solução para o avanço da proteção coletiva dos direitos.

No Brasil, existe o risco de que ações coletivas sejam substituídas por técnicas contenciosas agregadas, o que representaria um retrocesso. A combinação de ambas as formas de tutela judicial coletiva é possível e já prevista no CPC, mas deverá sempre privilegiar a ação coletiva quando a mesma questão disser respeito à distintas demandas individuais e, ao mesmo tempo, a proteção de direitos coletivos *lato sensu*.

Estudos empíricos em desenvolvimento e a contínua crítica aos resultados obtidos por meio desses estudos permitiram uma melhor gestão dos processos coletivos. As tabelas unificadas do CNMP e do CNJ são exemplos de potencial avanço na gestão e controle das ações coletivas, assim como outras iniciativas à exemplo do website consumidor vencedor que recolhe dados e informações da tutela do consumidor mediante ações coletivas e compromissos de ajustamento de conduta.

O cruzamento entre novas técnicas jurídicas previstas pelo Código de Processo Civil e estes estudos empíricos pode permitir avanços substanciais na tutela coletiva.

54. No mesmo sentido: GRINOVER, Ada Pellegrini. “Seoul Conference 2014 – Constitution and proceedings – The Judiciary as an Organ of Political Control”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2015, v. 249, p. 26.

55. DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes, *Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo*, p. 110.

A complexidade da gestão processual que envolve os conflitos coletivos e inovações como o direito dos desastres exigem uma revisitação da teoria dos litígios coletivos.

A próxima geração de processos coletivos requer maior atenção na resolução do conflito, com a participação mais intensa de órgãos públicos de controle (órgãos reguladores e *ombudsmen*), o estímulo à autocomposição, a descentralização do cumprimento de decisões judiciais (com a criação de *claims resolution facilities* – entidades de infraestrutura específica) e a ativação de Poder judiciário como instituição de garantia para a tutela dos direitos e efetiva resolução dos conflitos.

Estamos muito longe de uma tutela coletiva perfeita, mas já avançamos muito. Existe ainda um longo caminho a trilhar, mas os primeiros passos já foram dados. A exigência de tutela somente pode ser satisfeita quando há uma estrutura processual mínima que permita ser veiculada a demanda, os números do processo coletivo já provam que ultrapassamos essa fase. Agora é preciso continuar e, sem sair da trilha que permitiu o acesso à justiça, melhorar ainda mais os mecanismos de tutela coletiva.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do Carvão. *Revista de Processo Comparado*, v. 2, jul./dez. 2015.
- CABRAL, Antonio do Passo; ZANETI JR., Hermes. Entidades de Infraestrutura Específica para a Resolução de Conflitos Coletivos: As *Claim Resolution Facilities* e a sua Aplicabilidade ao Brasil. *Revista de Processo*. Vol. 287, p. 445-483, jan/2019.
- CAPPELLETTI, Mauro. Acceso a la justicia – programa de acción reformadora y nuevo método de pensamiento. Trad. Silvia Virginia Leo Vidaña. *Boletín mexicano de derecho comparado: Instituto de Investigaciones Jurídicas*. Universidad Nacional Autónoma de México. Nueva Serie, Año XVI, n. 48, 1983.
- CAPPELLETTI, Mauro. Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi o diffusi. In: *Le azione a tutela di interessi collettivi: atti del convegno di studio di Pavia, 11-12 giugno 1974*. Padova: CEDAM, 1976.
- CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. *Revista de Processo*, v. 2, n. 5, São Paulo, jan.-mar./1977.
- CARVALHO, Delton Winter de. *Desastres Ambientais e sua Regulação Jurídica. Deveres de Prevenção, Resposta e Compensação Ambiental*. São Paulo: RT, 2015.
- CHIARLONI, Sergio. Il nuovo articolo 140 bis del codice del consumo: azione di classe o azione collettiva? *Analisi Giuridica dell' Economia*, vol. 1, 2008.
- CHIARLONI, Sergio. Per l'achiaratezza di idee in tema di tutele collettive dei consumatori. *Riv. Dir. Proc.*, 2007.
- COSTA, Suzana Henriques da; FERNANDES, Débora Chaves, Processo Coletivo e Controle Judicial de Políticas Públicas – Relatório Brasil. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Suzana Henriques da. *O Processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: Juspodivm, 2017.

- COSTANTINO, Giorgio. L'azione di classe ai sensi dell'art. 140 bis del codice del consumo. La sentenza di accoglimento. Il giudizio preventivo di ammissibilità. *Diritto ed Economia dell'Assicurazione*, p. 1130, 2010.
- DENTI, Vittorio. Relazione introduttiva. In: *Le azione a tutela di interessi collettivi: atti del convegno di studio di Pavia, 11-12 giugno 1974*. Padova: Cedam, 1976.
- DI MAJO, Adolfo. *La Tutela Civile dei Diritti*. 4ª ed. Milano: Giuffrè, 2003.
- DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo*. 12ª ed. Vol. 4. Salvador: JusPodivm, 2018.
- DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Las Acciones Colectivas y el Enjuiciamiento de Casos Repetitivos: dos Tipos de Proceso Colectivo en el Derecho Brasileño, *International Journal of Procedural Law*, Cambridge: Intersentia, vol. 7, pp. 266/275, 2017/02.
- DODSON, Scott. An opt-in option for class actions. *Michigan Law Review*, v. 115, n. 2, 2016.
- DONZELLI, Romolo. *L'azione di classe a tutela dei consumatori*. Napoli: Jovene, 2011.
- FALECK, Diego. *Manual de Design de Sistemas de Disputas. Criação de Estratégias e Processos Eficazes para Tratar Conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.
- FISS, Owen M. *The Civil Rights Injunction*. Bloomington & London: Indiana University Press, 1978 (Addison Harris Lecture, 1976).
- FISS, Owen M.; RESNIK, Judith. *Adjudication and its Alternatives*. An Introduction to Procedure. New York: Foundation Press, 2003.
- GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. São Paulo: RT, 2007.
- GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil coletivo: A codificação das ações coletivas no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- GIUSSANI, Andrea. *Azioni collettive risarcitorie nel processo civile*. Bologna: Il Mulino, 2008.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Caminhos e descaminhos do controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Suzana Henriques da. *O Processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: Juspodivm, 2017.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Seoul Conference 2014 – Constitution and proceedings – The Judiciary as an Organ of Political Control. *Revista de Processo*. v. 249. São Paulo: RT, 2015.
- DUFFY, Helen. *Strategic Human Rights Litigation. Understanding and Maximising Impact*. Oxford/New York: Hart, 2018.
- HODGES, Christopher. *The reform of class and representative actions in European legal systems*. Oxford: Hart, 2008.
- IRTI, Natalino. L'Età della Decodificazione Vent'Anni Dopo, In.: IRTI, Natalino. *L'Età della Decodificazione*. 4ª ed. Milano: Giuffrè, 1999.
- JOBIM, Marco Felix. *A previsão das medidas estruturantes no artigo 139, IV, do novo Código de Processo Civil brasileiro*. Repercussões do novo CPC – processo coletivo. Hermes Zaneti Jr. (coord.). Salvador: Editora JusPodivm, 2016.
- JOBIM, Marco Félix. *Medidas estruturantes: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.
- MAZZAMUTTO, Salvatore; PLAIA, Armando. *I Rimedi nel Diritto Privato Europeo*. Torino: Giappichelli, 2012.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

- MENDES, Conrado Hubner et all. *Ações coletivas no Brasil: temas, atores e desafios da tutela coletiva*. Brasília: CNJ, 2018.
- PIGMAN, Geoffrey Allen. Judicialization: The Third Transformation. In.: *Trade Diplomacy Transformed*. London: Palgrave Macmillan, 2016.
- PINO, Giorgio. *Il Diritto all'Identità Personale: Interpretazione Costituzionale e Creatività Giurisprudenziale*. Bologna: Il Mulino, 2003.
- PISANI, Andrea Proto. Apunttipreliminari per uno studiosulla tutela giurisdizionale degli interessi colletivi (o pienesattamente: superindividuali) innanzi al giudice civili ordinario. In: *Le azione a tutela di interessi collettivi: atti del convegno di studio di Pavia, 11-12 giugno 1974*. Padova: Cedam, 1976.
- ROGERS, Nancy H.; BORDONE, Robert C.; SANDER, Frank E. A.; McEWEN, Craig A. *Designing Systems and Processes for Managing Disputes*. New York: Wolters Kluwer, 2013.
- ROTH, Alvin. *Who Gets What – And Why*. The New Economics of Matchmaking and Market Design. New York: Mariner Books, 2016.
- SANTIS, Angelo Danilo de. *La tutela giurisdizionale collettiva*. Napoli: Jovene, 2013.
- SILVESTRI, Elisabetta. Class Actions in Italy. In: HARSÁGI, Viktória; VAN RHEE, C. H. (eds.). *Multi-party redress mechanisms in Europe: Squeaking Mice?*. Cambridge: Intersentia, 2014.
- TARUFFO, Michele. Interventi. In.: *Le azione a tutela di interessi collettivi: Atti del convegno di studio di Pavia, 11-12 giugno 1974*. Padova: Cedam, 1976.
- TARUFFO, Michele. *Modelli di tutela giurisdizionale de gli interessi collettivi*. La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi. Lucio Lanfranchi (org.). Torino: Giappichelli, 2003.
- TARUFFO, Michele. *Sui Confini*. Scritti Sulla Giustizia Civile. Bologna: Il Mulino, 2002.
- THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge. Improving Decisions about Health, Walth, and Happiness*. New York: Penguin Books, 2008.
- TROCKER, Nicolò. *La Formazione del Diritto Processuale Europeo*. Torino: Giappichelli, 2011, p. 302/303.
- VARRANO, Vincenzo; BARSOTTI, Vittoria. *La Tradizione Giuridica Occidentale*. 4ª ed. Torino: Giappichelli, 2010.
- VERBIC, Francisco. El remedio estructural de la causa ‘Mendoza’. Antecedentes, principales características, y algunas cuestiones planteadas durante los primeros tres años de su implementación. *Revista ANALES*, nº 43, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP, p. 267/286, 2013.
- VERBIC, Francisco. Manual de Introducción a los Procesos Colectivos y las Acciones de Clase. In.: GONZÁLEZ, Leonel; FANDIÑO, Marco. *Diálogo Multidisciplinario sobre la Nueva Justicia Civil de Latinoamérica*. Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2017.
- VIGORITTI, Vincenzo. *Interesse collettivi e processo: la legittimazione ad agire*. Milano: Giuffrè, 1979.
- VIOLIN, Jordão. *Protagonismo judiciário e processo coletivo estrutural*. Salvador: Juspodivm, 2013.
- VOET, Stefaan. ‘Where the wild things are’: reflections on state and future of European collective redress. In: KEIRSE, Anne L. M.; LOOS, Marco B. M. (eds.). *Waves in contract and liability law in three decades of Ius Commune*. Cambridge: Intersentia, 2017.
- ZANETI JR., Hermes. A Legalidade na Era da Proteção das Necessidades de Tutela: Princípio da Constitucionalidade e Legalidade Ampla. In.: DIDIER JR., Fredie; NUNES, Dierle; FREIRE, Alexandre. Normas Fundamentais. *Coleção Grandes Temas do Novo CPC*, vol. 8, Coord. Geral: Fredie Didier Jr. Salvador: JusPodivm, 2016.

- ZANETI JR., Hermes. *O Valor Vinculante dos Precedentes*. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017.
- ZANETI JR., Hermes. El Nuevo Código de Proceso Civil brasileño de 2015 y los conflictos jurídicos: el Derecho Procesal como un camino para la paz social. *Revista de Derecho Procesal*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, p. 583/614, 2017-2.
- ZANETI JR., Hermes; SOBRAL, Mariana Andrade; CAMPOS, Rafael Mello Portella; TRAZZI, Paulo; LINO, Daniela Bermudes. Ações Individuais no Caso Rio Doce: Interrupção da Prescrição, Suspensão da Prescrição e Comportamento Contraditório dos Litigantes no Processo de Autocomposição, *no prelo*.