

# Tutela Processual Coletiva: os impactos e novidades do novo Código de Processo Civil

Gilberto Fachetti Silvestre<sup>1</sup>

Guilherme Valli de Moraes Neves<sup>2</sup>

Gabriela Azeredo Gusella<sup>3</sup>

**Resumo:** O objetivo desse trabalho é auxiliar no esclarecimento de questões controvertidas relacionadas ao Direito Processual Coletivo no Brasil. Será feita, primeiramente, uma breve exposição acerca dos elementos que compõe o seu conceito e qual é o conteúdo destes, bem como um confronto entre diferentes modelos de tutela coletiva existentes no direito comparado. Será revelado, ainda, o modelo trifásico do procedimento de tutela dos direitos individuais homogêneos no Brasil, evidenciando as divergências existentes na doutrina acerca do tema. Por fim, será abordada a postura do Novo Código de Processo Civil frente ao problema das demandas de massas e necessidade de dar ênfase à tutela coletiva de direitos e de direitos coletivos.

**Palavras-chave:** Ações Coletivas; Direitos Individuais Homogêneos; *Class Actions*; *Verbandsklagen*; Demandas Repetitivas.

## Introdução

Nas últimas décadas, passou a ser reconhecida a necessidade de se garantir uma efetiva tutela a novos tipos de direitos de alta relevância social, cuja titularidade não pertence a somente um indivíduo, mas a um agrupamento de pessoas, uma coletividade, tais como os direitos consumeristas, do meio ambiente, probidade administrativa, entre outros.

Além disso, com o emperramento do aparelho judiciário decorrente da multiplicação dos litígios de massa, percebeu-se que a tutela atomizada de certas situações jurídicas deveria ceder espaço para uma tutela molecular, que fomentasse a economia processual. Nesse contexto, a tradicional visão individualista do processo se tornou insuficiente e deficitária, o

---

<sup>1</sup> Professor do Departamento de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Docente permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFES, no Mestrado em Direito Processual. Doutor em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Mestre em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES).

<sup>2</sup> Advogado. Mestrando em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES).

<sup>3</sup> Advogada. Pós-Graduada em Direito Penal pela Faculdade Damásio (FD). Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES).

que forçou o estabelecimento de novos regramentos processuais que permitam a realização desses ideais (DIDIER JR., ZANETI JR., 2013, p. 51).

Esses novos regramentos giram em torno de um novo tipo de processo, o processo coletivo, capaz dar uma tutela mais efetiva a esses novos direitos, além de promover, a um só tempo, uma maior economia processual e acesso a Justiça através do tratamento molecular da matéria litigiosa.

A partir daí, surge no Brasil aquilo que pode ser chamado de “microsistema processual coletivo”, responsável pela tutela de massa com regras e princípios próprios, inicialmente, à margem do Código de Processo Civil anterior (CPC/73), dado caráter marcadamente individual deste (MAZZEI 2007, p. 263-280). O marco inicial do surgimento deste microsistema pode ser atribuído à elaboração do Código de Defesa do Consumidor (CDC) que, além de trazer grandes avanços e inovações no que se refere às tutelas coletivas, alterou a Lei da Ação Civil Pública, de modo a harmonizá-la com os novos regramentos coletivos, tornando-se um verdadeiro “Código Brasileiro de Processos Coletivos” (DIDIER JR., ZANETI JR., 2013, p. 51).

Feitas tais considerações, buscaremos, neste trabalho, expor quais são os principais elementos que compõem o conceito de processo coletivo e quais são as suas principais características. Além disso, faremos uma análise dos novos institutos trazidos pelo CPC/15, que guardam relação com a tutela processual coletiva, apontando suas semelhanças e diferenças. Devido a grande quantidade de temas aliada a brevidade deste trabalho, não será possível uma análise profunda de todas as temáticas, mas sim uma abordagem geral e dinâmica da matéria.

## As principais características do processo coletivo brasileiro

### *A afirmação de um direito coletivo lato sensu*

A importância de se conceituar os direitos coletivos *lato sensu* está diretamente relacionada à efetividade que se busca alcançar na proteção destes direitos. A tarefa de conceituá-los, entretanto, não é fácil, pois o entendimento que existe na doutrina sobre quais seriam os direitos coletivos *lato sensu* não é pacífico, existindo duas correntes divergentes sobre o assunto.

Para a corrente majoritária, denominada de “individualistas”, à qual se afilia Teori Zavascki (2014, p. 33), direito coletivo *lato sensu* seria gênero do qual os direitos coletivos *stricto sensu* e os direitos difusos seriam espécies. Já os direitos individuais homogêneos (DIH) não fariam parte dos chamados “direitos coletivos”, uma vez que seriam simplesmente direitos subjetivos individuais tutelados coletivamente, sendo imperioso que “não se confunda defesa de direitos coletivos com defesa coletiva de direitos (individuais)”.

O conceito de cada uma das espécies de direito coletivo *latu sensu* que foi trazido pelo legislador brasileiro, de forma inovadora, no artigo 81, parágrafo único, incisos I a III do CDC.

Pela simples leitura dos incisos, poderia se dizer que o legislador, ao conceituar, acabou por optar, por omissão, pela corrente majoritária, uma vez que só reconhece expressamente os direitos difusos e coletivos como transindividuais de natureza indivisível, não tendo dito o mesmo sobre os direitos individuais homogêneos, o que, a contrário senso, dá a entender, *a priori*, que estes seriam individuais e divisíveis.

Entretanto, isso não é verdade. Os DIH também possuem natureza transindividual para fins de tutela coletiva, sendo isto reconhecido inclusive em julgado dos tribunais superiores (RE 163231/SP). Da mesma forma, quanto à indivisibilidade do direito coletivo, os DIH são também indivisíveis para fins de tutela coletiva, uma vez que a condenação da ação de conhecimento será genérica (art. 10 da Lei 8.078/90).

Tecidos estes comentários, pode-se mais facilmente traçar os conceitos e características de cada uma das espécies de direito coletivo *lato sensu*. Os direitos difusos, quanto ao aspecto subjetivo, são transindividuais (metaindividuais, supraindividuais), uma vez que pertencem a uma coletividade. Em relação ao aspecto objetivo são indivisíveis, só podendo ser considerados de forma molecular, não atomizada. Já os titulares desses direitos, são pessoas indeterminadas, não havendo qualquer individualização dos sujeitos, ligadas por circunstâncias de fato, não existindo qualquer vínculo de natureza jurídica entre elas, a exemplo de pessoas que moram em uma mesma região. Por causa dessa característica, a coisa julgada das sentenças de procedência de ações coletivas que versem sobre direitos difusos será *erga omnes* (art. 103, I, CDC).

Os direitos coletivos *stricto sensu*, por sua vez, também são direitos transindividuais de natureza indivisível, da qual serão titulares pessoas indeterminadas, mas determinadas enquanto grupo, categoria ou classe de pessoas, ligadas por uma relação jurídica base anterior à lesão, a exemplo do Estatuto da OAB. Observa-se, pois, que o que diferencia esses direitos dos difusos é a "determinabilidade e a decorrente coesão como grupo, categoria ou classe anterior à lesão" (DIDIER JR., ZANETI JR., 2013, p. 78). A coisa julgada neste caso será *ultra partes* (art. 103, II, CDC), mas limitada ao grupo, categoria ou classe. Os autores individuais neste caso, não serão prejudicados se optarem pela suspensão do processo individual enquanto se processa a ação coletiva, ou poderão, ainda, excluir-se da ação coletiva pelo *right to opt out*, seguindo adiante com suas ações individuais (art. 104, CDC).

Os DIH, por fim, analisados como direitos coletivos, são aqueles "nascidos em consequência de uma própria lesão, ou mais raramente, ameaça de lesão, em que a relação jurídica entre as partes é *post factum* (fato lesivo)" (DIDIER JR., ZANETI JR., 2013, p. 80). Os fatos lesivos têm que ter uma homogeneidade de proporção tal que os torne de "origem comum", ou seja, o que se tem em comum nesses direitos é a procedência da lesão que lhes confere o grau de homogeneidade. Como já exposto, são direitos transindividuais e indivisíveis para fins de tutela coletiva, uma vez que são tratados na ação coletiva propriamente dita (primeira fase do procedimento) de maneira molecular e genérica, a partir da elaboração de uma tese geral. Aqui também, os sujeitos são indeterminados. Somente na segunda fase, após a sentença genérica de procedência ser proferida é que os titulares poderão ser individualizados. A coisa julgada será *erga omnes* (art. 103, III, CDC).

### *Legitimidade processual*

Como é do saber geral, a legitimação processual será ordinária (art. 6º CPC/73 e art. 18 CPC/15) quando houver coincidência entre o autor da ação e o titular do direito discutido em juízo (age-se em nome próprio para defesa dos próprios interesses). A legitimação extraordinária, por sua vez, ocorrerá quando aquele que defende o direito material em nome próprio é um terceiro, alheio a relação, que não é titular do direito (age-se em nome próprio para defender direito alheio)<sup>4</sup>.

No que tange ao processo coletivo, a tese dominante e a adotada neste trabalho é a da legitimação extraordinária por substituição processual em ações coletivas, que é defendida, entre outros, por Barbosa Moreira. A ideia é que essa substituição não precisa de autorização legal expressa para ocorrer, podendo ser depreendida da análise de todo o sistema. Isto se convencionou chamar de “legitimação conglobante”, ou seja, uma legitimação que é permitida pelo ordenamento jurídico, mesmo que não esteja prevista de forma expressa em lei, por não contrariar nenhuma norma do sistema ou estar em desacordo com os princípios do microsistema do processo coletivo.

Em linhas gerais, a legitimação coletiva possui as seguintes características: a) está disciplinada, *a priori*, em lei (art. 5º da Lei Federal nº 7.347/85; art. 82, CDC, etc.); b) é conferida a entes privados e públicos; c) ocorre por substituição processual; d) a coletividade que é titular do direito não tem personalidade jurídica<sup>5</sup>, logo, não pode atuar em juízo, cabendo a defesa dos seus direitos aos legitimados coletivos por substituição processual.

### *Coisa julgada diferenciada*

O regime jurídico da coisa julgada coletiva não é o mesmo do processo individual. No âmbito da tutela coletiva, “não existe somente uma coisa julgada, mas diversas espécies de coisa julgada, a depender da natureza do direito material litigioso e do resultado da demanda” (SANTOS, 2005, p. 66). O regime jurídico da coisa julgada coletiva<sup>6</sup>, portanto, será diferenciado, em relação aos seus limites subjetivos e objetivos, bem como pelo seu modo de produção.

Em relação ao limite subjetivo, poderá ser: *inter partes*, *ultra partes* e *erga omnes*. No que tange aos limites objetivos não há maiores dificuldades, tem-se no processo coletivo a mesma regra geral do processo individual. Já quanto ao modo de produção, existem três tipos

---

<sup>4</sup> Sobre a legitimação extraordinária, Lino Palacio aduz: “el hecho de que personas ajenas a la relación jurídica sustancial que se controvierte en el proceso resultan habilitadas para intervenir en él. En esta hipótesis (...) se opera una verdadera disociación entre los sujetos legitimados para obrar y los sujetos titulares de la respectiva relación sustancial” (PALACIO, 2004, p. 104).

<sup>5</sup> Exceção à regra, em que ocorre a legitimação ordinária de um grupo é a hipótese rara prevista no art. 37 do Estatuto do Índio que atribui capacidade à “comunidade” para defender os direitos do grupo.

<sup>6</sup> No processo coletivo existe um efeito positivo da coisa julgada, que é a possibilidade de se aproveitar a coisa julgada para os titulares de direitos individuais. Entretanto, há também um efeito negativo que é a vedação de repropor aquela mesma ação novamente (pressuposto processual negativo).

diferentes de coisa julgada: *pro et contra* (irá se formar independentemente do resultado do processo), *secundum eventum litis* (só será produzida se a demanda for julgada procedente, pois no caso de improcedência da ação) e *secundum eventum probationis* (só será formada se houver esgotamento de prova, caso se julgue por insuficiência de provas, não formará a coisa julgada material)<sup>7</sup>.

Avançando, faz-se necessário analisar o conteúdo do regime jurídico da coisa julgada coletiva a partir do exame do art. 103 do CDC, que se apresenta como regra geral do microsistema da tutela coletiva. Nos termos do referido dispositivo, quanto à extensão subjetiva, será *erga omnes* quando a ação versar sobre direitos difusos a coisa julgada (inciso I), e *ultra partes* quando versar sobre direitos coletivos *stricto sensu* (inciso II). Já com relação ao modo de formação, o regime da coisa julgada será para ambos *secundum eventum probationis*.

Já no tocante aos direitos individuais homogêneos, a coisa julgada coletiva terá extensão *erga omnes* apenas para beneficiar os titulares individuais, isto é, *secundum eventum probationis* (inciso III). Porém, no que tange à sua formação, há divergências entre a doutrina majoritária e minoritária sobre o regime jurídico da coisa julgada. Tais divergências decorrem da natureza atribuída a esses direitos – se são coletivos ou, apenas coletivamente tutelados. Para a corrente minoritária, à qual nos filiamos, será utilizado o mesmo regime já examinado para os direitos difusos e coletivos (coisa julgada *secundum eventum probationis*). Já para a corrente majoritária, não seria possível a exceção da coisa julgada *secundum eventum probationis* no caso dos direitos individuais homogêneos.

Diante do exposto, é possível sintetizar o conteúdo da coisa julgada nas ações coletivas da seguinte forma: a) no caso de sentença de procedência do pedido, terá eficácia *erga omnes* em caso de direitos difusos e individuais homogêneos, já nos direitos coletivos *stricto sensu* a eficácia será *ultra partes* (limitada ao grupo, categoria ou classe de pessoas); b) no caso de sentença de improcedência por falta de provas, a coisa julgada não vinculará os indivíduos e a ação poderá ser reproposta por qualquer legitimado, desde que sejam oferecidas novas provas; c) se a sentença for de improcedência com esgotamento da prova, a coisa julgada não atingirá os indivíduos, que poderão propor ações particulares, restando imutável a decisão para o processo coletivo, vedando-se a possibilidade de repropor ação coletiva com mesma causa de pedir e pedido (coisa julgada *pro et contra* para os legitimados processuais) (ZANETI JR, 2006, p. 103).

---

<sup>7</sup> Nesse sentido, comentando o modelo brasileiro de processo coletivo, Augusto Morello aduz: “Pero ese régimen (el de la cosa juzgada) en el proceso colectivo estará asimismo imbuido de otras manifestaciones según la manera en que se hubiera estructurado el proceso; si la sentencia hubiera sido desestimada por falta o deficiencia de prueba, no impedirá, sin embargo, que otro eventual legitimado inicie y gane un nuevo proceso por la misma causa de pedir”. (MORELLO, 2015. p. 265).

### **As diferenças entre a tutela dos direitos coletivos no Brasil e nos modelos das *Class Action* e da *Verbandsklagen* (ações associativas)**

Hermes Zaneti Jr. (2014, p. 01), citando o jurista italiano Michele Taruffo, aduz que, tradicionalmente, se conhece e defende a existência de dois grandes modelos distintos e contrapostos da tutela jurisdicional dos direitos coletivos. O primeiro desses modelos é o alemão, das ações associativas (*Verbandsklagen*), amplamente adotado nos países da Europa Continental. E o outro é o modelo norte-americano das *Class Actions*, modelo este que, não só influenciou fortemente a legislação brasileira quanto da tutela coletiva, como é aquele que possui maior influência entre todos os países que adotam o processo coletivo.

A partir de tal constatação, faremos agora uma breve análise estrutural de cada um desses grandes modelos e, ao mesmo tempo, uma análise comparativa de suas peculiaridades e distinções em face do modelo brasileiro de tutela dos direitos coletivos, cujas linhas mestras já foram expostas nos tópicos anteriores.

#### *O modelo alemão da Verbandsklagen (ações associativas)*

Na Alemanha, a defesa dos interesses coletivos, em sentido amplo, é realizada basicamente por intermédio das *Verbandsklagen*, que são as ações associativas (MENDES, 2012, p. 111), cuja disciplina legal encontra-se espalhada por diversos textos normativos. Esta fragmentação acaba por gerar uma dificuldade no tratamento do tema, sobretudo sob a perspectiva de um estrangeiro. Não obstante, a existência das ações coletivas na Alemanha é posta acima de qualquer suspeita pelos juristas locais (RAMOS, 2014, p. 02).

Estas ações visam a tutelar certos direitos materiais específicos, como os direitos do consumidor, do meio ambiente e o direito concorrencial, “não tendo como sede uma filosofia comum que oriente uma mudança da perspectiva individual do litígio para a perspectiva coletiva” (ZANETI JR, 2014).

Grande parte da dificuldade na aceitação de uma tutela coletiva mais ampla na Alemanha decorre, inicialmente, do fato de que, neste país, a necessidade de instrumentos de tutela coletiva dos direitos não é tão sensível, uma vez que muitas das questões que poderiam reclamar esta espécie de tutela jurisdicional são resolvidas administrativamente por órgãos fiscalizatórios governamentais que, ao contrário de outros países, atuam efetivamente em fazer cumprir as leis (CABRAL, 2007), que, ademais, já são cumpridas espontaneamente pela cultura de respeito às normas existente naquele país.

Outro grande entrave ao maior desenvolvimento dos mecanismos coletivos de tutela decorre da própria Constituição alemã, que prevê apenas a tutela de direitos individuais e toma a defesa de tais direitos como um corolário da propriedade privada, o que traz como consequência uma grande desconfiança com a legitimação extraordinária, o que, por sua

vez, gera um entrave teórico no que diz respeito à legitimidade para agir que nas ações associativas, uma vez que tal legitimidade é conferida às associações (CABRAL, 2007).<sup>8</sup>

Nesse diapasão, na Alemanha, de uma maneira majoritária, sustenta-se que tais associações estariam em juízo defendendo interesses que lhe são próprios, ao menos no que diz respeito à reintegração da situação lesada<sup>9</sup>. Assim, a legitimação de tais entidades para a tutela de direitos coletivos se diz ordinária e autônoma.

Tal problema é tratado de maneira muito mais satisfatória no direito brasileiro. Aqui, a nossa Constituição Federal garante uma proteção ampla a todos os direitos indistintamente, quer sejam ele individuais ou coletivos. Além disso, com o advento do CDC, a legislação brasileira passou a definir o conceito e a titularidade dos direitos coletivos *lato sensu* que se subdividem em direitos difusos (artigo 81, §único, inciso I, do CDC), coletivos *stricto sensu* (artigo 81, §único, inciso II, do CDC) e direitos individuais homogêneos (artigo 81, §único, inciso III, do CDC), sendo a tutela desses direitos feita em juízo no regime de substituição processual exclusiva e autônoma – legitimidade extraordinária.

Outro aspecto marcante acerca da disciplina da *Verbandsklagen* diz respeito à sua imprestabilidade para a persecução de indenizações decorrentes de perdas e danos (MENDES, 2012, p. 126), vale dizer, não há na Alemanha qualquer instrumento processual coletivo destinado à obtenção de provimentos condenatórios que imponham a obrigação de pagar determinada quantia aos indivíduos a título de indenização. Neste modelo, a tutela permitida em juízo se limita a pretensões inibitórias ou de injunção, relativas às obrigações de fazer e não-fazer, o que torna extremamente deficitária a proteção dos direitos coletivos no modelo em comento.

Também neste ponto, o ordenamento jurídico pátrio se mostra muito mais avançado. Aqui, a possibilidade de se obter uma tutela condenatória através de mecanismos de tutela jurisdicional coletiva é reconhecida desde o surgimento da Ação Popular em 1965 e ganhou ainda mais força com o advento do Código de Defesa do Consumidor, sobretudo no que se refere à tutela dos direitos individuais homogêneos, cuja disciplina já foi abordada no tópico anterior.

Na esteira do que já foi exposto até o momento, não poderíamos deixar de trazer à baila as brilhantes considerações feitas pelo Dr. Hermes Zaneti Júnior que resumiu as principais características do modelo das ações associativas alemãs da seguinte forma: "a) 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 de consumidores, tutela do meio ambiente pelas associações ambientais, etc.), exige-se ademais a autorização burocrática concedida pelo poder central para que as associações possam representar interesses coletivos;

---

<sup>8</sup> Isso decorre de um elemento cultural do povo alemão que é o seu forte "associativismo" para defesa e organização de interesses comuns, o que resulta na grande força da sociedade civil do país.

<sup>9</sup> Aluísio Mendes aponta para a existência de outra corrente teórica que defende que as associações não estariam fazendo valer nem interesses que lhe são próprios, nem de seus associados, mas, na verdade, interesses que seriam supraindividuais e públicos (2012, p. 126).

b) distanciamento da tutela dos direitos individuais de forma extremada e radical; c) duas formas de tutela coletivas são previstas para as associações, c') através da delegação da tarefa de representar o indivíduo, agindo a associação apenas mediante a autorização do titular da relação jurídica individual, método que mais do que uma tutela coletiva constitui apenas modalidade específica através da qual se faz valer um direito individual, c") hipóteses em que realmente a associação faz valer um direito supraindividual, que são infinitamente mais restritas e excepcionais no sistema" (ZANETI JR, 2014).

Por fim, vale destacar que, em paralelo às *Verbandsklagen*, mais recentemente o sistema processual alemão começou a introduzir outra espécie de instrumento de resolução coletiva de conflitos a partir do processamento e julgamento de ações-modelo, denominadas *Musterverfahren* (MENDES, 2012, p. 120). Este novo modelo será abordado de maneira mais ampla no próximo tópico, entretanto, que fique claro, desde já, que ele não se confunde com o das ações associativas aqui tratadas.

### O modelo das Class Actions

O modelo norte-americano das *Class Actions*, tal como conhecido nos dias atuais, é originário da *Federal Rule* nº 23, que surgiu no ano de 1938 e sofreu sucessivas modificações nos anos de 1966, 1987, 1998, 2003 e 2007 (MENDES, 2012, p. 71). Conforme dito, este é o modelo de tutela coletiva mais bem-sucedido e difundido ao redor do globo, tendo exercido forte influência na legislação brasileira sobre o tema.

A motivação do surgimento deste tipo de ação nos Estados Unidos esteve relacionada à necessidade: *i)* de se obter uma maior economia processual, com a redução do número de ações que seriam propostas individualmente; *ii)* de evitar decisões conflitantes sobre um mesmo assunto e; *iii)* facilitar a instauração de determinadas demandas que de outra forma não seriam formuladas, já que o direito individual subjacente, por ser de pequena monta, não suscitaria o interesse de seu titular em acionar uma onerosa tutela jurisdicional.

Nesse diapasão, a criação das *Class Actions* decorreu da necessidade prática de que fossem tutelados da melhor maneira possível os novos tipos de direitos que surgiam a partir da evolução e desenvolvimento de uma sociedade de massa – os direitos coletivos. É um modelo pragmático, que reflete a cultura jurídica norte-americana, na qual se está mais preocupado com os resultados do que com as premissas teóricas/ideológicas que justifiquem a criação do sistema a ser seguido.

Nos Estados Unidos, o modelo adotado pode ser chamado de privado, isto é, baseado na iniciativa individual do sujeito interessado (SALLES, 2009, p. 04). Aqui, a ação não é proposta diretamente como uma ação coletiva, mas sim como uma ação individual, em nome próprio, por um candidato a representante do grupo<sup>10</sup>, porém, em defesa de todas as demais pessoas (membros do grupo) que se encontrem em situação semelhante (VIANA, 2008, p. 10).

---

<sup>10</sup> Deve o interessado mostrar que também foi afetado pessoalmente, ao menos de maneira indireta, para que possa requerer a certificação da ação como coletiva.



A partir daí poderá o autor ou o réu requerer ao juiz que receba a ação na forma coletiva ou, ainda que nenhuma das partes requeira a certificação da ação coletiva, a jurisprudência autoriza que o juiz o faça *ex officio* (GIDI, 2007). O provimento que recebe a ação como uma ação coletiva é conhecido como *certification*<sup>11</sup> e depende da presença dos requisitos elencados na *Rule 23*, quais sejam: *i*) impraticabilidade do litisconsórcio (*numerosity*) – exige-se que a classe seja tão numerosa que a reunião de todos os membros no mesmo processo seja impraticável; *ii*) existência de questões de fato ou de direito que sejam comuns a toda a classe (*commonality*); *iii*) identidade de pretensões ou defesas (*typicality*) e; *iv*) representação adequada (*adequacy of representation*). Trata-se de requisitos dotados de amplo grau de indeterminação, o que confere amplos poderes ao juiz, cabendo a ele decidir caso a caso se eles estão presentes ou não.

De todos os requisitos acima elencados, o último deles é reconhecidamente o mais importante a ser analisado e controlado pelo juiz. Isso porque, além de estar intimamente ligado à ideia do devido processo legal coletivo, a coisa julgada na *Class Action* possui efeito vinculante *pro et contra* para todos os membros do grupo, isto é, atinge os indivíduos tanto em caso de procedência (para beneficiar) quanto de improcedência (para prejudicar) da ação. Logo, para que tal vinculação opere, é imprescindível que aqueles interessados que não tenham participado do processo (*absent class members*) ali estejam devidamente representados por quem tenha capacidade e interesse suficientes para demandar em seu nome. Nessa esteira, caso não haja a representação adequada, poderá ocorrer a decretação da ineficácia do que ficou decidido na *Class Action* em relação aos membros ausentes.

Uma vez que a ação é aceita como coletiva, deve o juiz, na mesma decisão, traçar os contornos básicos do grupo a que diz respeito a lide. Esta definição é de imprescindível para que se proceda à adequada notificação (*fair notice*) de todos os membros ausentes que venham a fazer parte da classe representada no processo.

Intimamente relacionada à noção de devido processo legal, caso a notificação seja considerada insuficiente ou inadequada, a coisa julgada não produzirá efeitos *erga omnes*. Ademais a importância dessa notificação se dá pelo fato de que, uma vez notificado, o membro da classe poderá fiscalizar a atuação do representante e participar do processo, ou poderá exercer o direito de “sair” do grupo (*right to opt-out*) a fim de que não ficar vinculado à ação de classe<sup>12</sup>. Destarte, caso não haja a devida notificação, novamente o julgado não será oponível ao membro ausente.

No Brasil, considerando sua inspiração no modelo norte-americano, também é possível encontrar as figuras da adequada representação e notificação dos ausentes, porém, infelizmente, em proporção e importância muito inferiores àquelas assumidas no modelo que tomou por inspiração. Feita apenas por meio de edital, no Brasil, a notificação dos interessados

---

<sup>11</sup> A doutrina destaca que esta decisão é considerada a mais importante em uma *class action*, no sentido de que há um forte entrave no qual os demandados lutam com todas as suas forças para evitar que uma ação individual seja certificada como *class action*.

<sup>12</sup> Este direito de “sair” do grupo não existe em todos os tipos de *class action*.

é completamente incipiente e ineficaz, vale dizer, inadequada, de modo que raramente os titulares dos direitos individuais tomam efetivo conhecimento do processo coletivo que se encontra em curso.

Já no que diz respeito à adequada representação, após uma fase inicial em que a legitimação ativa era vista apenas por critérios *ope legis*<sup>13</sup>, a jurisprudência nacional vem evoluindo no sentido de admitir o controle dessa legitimação prevista abstratamente em lei para a propositura da demanda coletiva, a fim de afastá-la quando o legitimado em abstrato não se mostre concretamente capaz de exercer a adequada tutela dos interesses do grupo. No entanto, este controle ainda se mostra pouco efetivo e atrelado a aspectos meramente de fundo, tal como a pertinência temática, deixando de lado a apreciação da real capacidade do ente legitimado de, naquele processo, fazer valer os interesses dos indivíduos substituídos.<sup>14</sup>

Tal “descaso” do processo coletivo brasileiro com aspectos tão relevantes para as *Class Actions* decorre, sobretudo, do fato de que, aqui, a coisa julgada coletiva assume contornos completamente distintos daquele modelo. Nos processos coletivos brasileiros, por uma opção legislativa, os efeitos da coisa julgada somente se estendem aos titulares de direitos individuais se for para beneficiá-los, de modo que, eventual improcedência da demanda coletiva não lhes causa qualquer prejuízo direto. Esta opção, “se por um lado preserva as garantias de acesso à justiça, contraditório e devido processo legal em favor de cada legitimado individual, por outro, pouco contribui para a economia processual e a estabilização de uma resposta jurisdicional uniforme para casos iguais” (TALAMINI, 2015, p. 16).

Não obstante as diferenças existentes, a legislação brasileira é reconhecida como uma das mais avançadas no que se refere à tutela dos direitos coletivos e não deve ser menosprezada. Tendo se inspirado no regime das *Class Actions*, o “modelo brasileiro” adaptou muitas de suas premissas, firmando uma forte base teórica que servirá de transposição das normas abertas do direito norte-americano para os ordenamentos de *Civil Law* (ZANETI JR., 2014). Vale lembrar que temas importantes como a definição do conceito de direitos coletivos *lato sensu*, a disciplina peculiar da legitimação por substituição processual e a extensão da coisa julgada *secundum eventum litis* ou *secundum eventum oprobationis* são peculiaridades próprias do direito brasileiro e que são imperativas da recepção dos institutos das *Class Actions*.

### **A tutela dos litígios agregados e o incidente de conversão da ação individual em coletiva do novo CPC: contraponto com a tutela coletiva pelas ações coletivas brasileiras**

Nas últimas décadas, um dos principais fatores que tem gerado a patológica morosidade da tutela jurisdicional no Brasil, com a mácula aos princípios tanto da efetividade quanto

---

<sup>13</sup> Entendia-se que, ao estabelecer a legitimidade ativa em favor de algumas entidades, o legislador já havia feito um juízo de valor e entendido que elas se apresentariam como representantes adequados para atuar em todas as situações.

<sup>14</sup> Vale dizer, a capacidade econômica, a boa técnica jurídica empregue no processo, a idoneidade moral do ente legitimado, etc.

da segurança jurídica, é justamente a propositura repetitiva de milhares de demandas que possuem o mesmo objeto e a mesma causa de pedir, diferenciando-se apenas quanto à sujeição ativa ou passiva da relação jurídica processual (SOUZA, 2014, p. 02).

Deslocou-se a litigiosidade de demandas individuais, que antes eram restritas e particularizadas, para abranger as demandas gerais e massificadas. Mudaram os litígios tanto em quantidade quanto em qualidade, em grande parte por conta da massificação da economia (AMARAL, 2011, p. 06). A privatização dos serviços públicos que passaram a alcançar a maior parte da população, aliada a maior disponibilidade de crédito em uma sociedade de consumo, levaram ao constante questionamento em juízo da qualidade dos serviços prestados, bem como as regulamentações aplicáveis a tais relações, gerando um “tsunami” de ações judiciais, muitas das vezes idênticas, que emperram o Judiciário.

Tal situação é percebida também fora do país, conforme se extrai das lições de Maite Aguirrezabal (2006, p. 69), a sociedade contemporânea é uma sociedade de massas na qual as relações travadas são cada vez mais complexas, visto que “hay agrupaciones de diversos tipo (partidos políticos, sindicatos, asociaciones, etc.) o simplemente individuos afectados por infracciones del ordenamiento jurídico que tiene relevancia colectiva”.

Outro fator que contribui para o abarrotamento do Judiciário é a ausência de uma punição vigorosa em casos de litigância de má-fé, bem como a análise não rigorosa da concessão da Gratuidade da Justiça, o que torna o processo no Brasil um negócio praticamente sem risco para o autor da ação (AMARAL, 2011, p. 07).

Ocorre que, conforme dito, essa massificação dos lítios importa em consequências graves, sobretudo no que diz respeito à efetividade e segurança na prestação da tutela jurisdicional. Vale dizer, além da morosidade na condução dos processos, a ausência de um julgamento concentrado de causas idênticas gera o risco da existência de decisões díspares, quando deveriam ser iguais.

Os processos coletivos surgiram e se apresentaram como uma forma de solucionar tais problemas decorrentes da massificação. Tal como foi dito no tópico referente às *Class Actions* - que inspiraram o modelo brasileiro de tutela coletiva – os objetivos desse tipo de processo são: obter maior economia processual, com a redução do número de ações que seriam propostas individualmente; evitar decisões conflitantes sobre um mesmo assunto e; ampliar o acesso à justiça.

Entretanto, no Brasil, o que se tem visto é que os dois primeiros objetivos não foram satisfatoriamente atingidos, isto é, as ações coletivas não foram capazes de efetivamente inibir a multiplicação exacerbada de demandas individuais de massa. Nesse sentido, destaca Aluisio Gonçalves Castro de Mendes: “A realidade dos últimos anos fala por si: embora tenham sido ajuizadas ações coletivas, nenhuma delas foi capaz de contar a verdadeira sangria de ações individuais que foram ajuizadas” (MENDES, 2007, p. 28).

Isso se deu, especialmente, pelos seguintes fatores: i) inexistência de um modo efetivo de notificação dos titulares de direitos individuais acerca da existência da ação coletiva, o que faz com que estes, sem ter conhecimento da ação coletiva em curso, busquem tutelar seu

direito de maneira individual; *ii*) soma-se a isso o fato de que, no Brasil, a existência de uma ação coletiva em curso não induz litispendência para as ações individuais que versem sobre o mesmo tema (art. 104 do CDC), que somente serão suspensas caso haja requerimento individual; *iii*) a coisa julgada dos processos coletivos *secundum eventum probationis* para os demais legitimados ou mesmo sua extensão subjetiva *secundum eventum litis* apenas para beneficiar os indivíduos substituídos faz com que o julgamento de uma ação coletiva não tenha, muitas das vezes, o fito de pôr um ponto final na controvérsia.

Nesse cenário e ciente dos malefícios que podem gerar a proliferação descontrolada de demandas repetitivas, o legislador brasileiro buscou introduzir no CPC/15 alguns institutos que visam a impedir a multiplicação desmesurada de processos similares, quais sejam, o incidente de resolução de demandas repetitivas e a possibilidade de conversão da demanda individual em coletiva<sup>15</sup>.

### *O incidente de resolução de demandas repetitivas*

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) se encontra regulado nos artigos 976 *usque* 987 do Código de Processo Civil de 2015. Tal instituto possui nítida inspiração no já mencionado *Musterverfahren* (processos-modelo) do direito alemão que, ao lado das *Verbandsklagen*, funciona como um meio de tutela coletiva naquele país, por meio do qual se elege uma “causa piloto” em que serão decididos alguns pontos litigiosos expressamente indicados pelo requerente e fixados pelo juízo, pontos estes que devem ser gerais e comuns a diversos casos já existentes.

Doravante, a decisão tomada em relação a estas questões será adotada para todas as ações pendentes sobre o mesmo tema, ficando estas últimas suspensas até o julgamento final da “causa piloto” (CABRAL, 2007).

Como se vê, o IRDR visa a dar uma solução mais adequada à massificação de demandas que tenham por objeto controvertido uma mesma questão, favorecendo a economia processual com a maior agilidade no julgamento desse tipo de processo massificado, que representam a maior parte das demandas hoje existentes. Também a segurança jurídica é privilegiada, já que a decisão proferida no incidente deverá ser aplicada de maneira uniforme a todos os processos que versem sobre o tema, não só aos que já estejam em curso – hipótese em que ficarão suspensos até o julgamento do incidente –, como também, aos que serão ainda ajuizados.

Confrontando os principais contornos do incidente em testilha com a disciplina das ações coletivas no direito, destacam-se os seguintes pontos: à semelhança do que ocorre nas *Class Actions*, as próprias partes e, até mesmo o juiz agindo de ofício, em uma ação individual têm legitimidade para querer a instauração do IRDR fazendo com que a questão que era

---

<sup>15</sup> Não obstante a abordagem deste instituto no presente trabalho, o dispositivo que tratava da possibilidade de conversão de demandas individuais em coletivas (artigo 333 do novo CPC) foi vetado pela presidente Dilma Rousseff.

inicialmente privada, seja decidida de maneira comum a um número indeterminado de indivíduos. Já as ações coletivas somente podem ser propostas por determinadas instituições e grupos previamente determinados na lei.

O IRDR permite, ainda, que a decisão nele proferida tenha aplicação *pro et contra* os indivíduos interessados, ao contrário das decisões preferidas nos processos coletivos, que, já foi dito, possuem uma extensão *in utilibus*.

Outro ponto de destaque é que o IRDR, uma vez admitido pelo Tribunal, induz a suspensão de todos os processos, individuais ou coletivos, nos quais a questão que aquele tem por objeto seja abordada (art. 982, inciso I, do Código de Processo Civil de 2015). Já as ações coletivas não induzem à litispendência das causas individuais, não obstante tenham objeto idêntico.

Por outro lado, as ações coletivas possuem uma cognição horizontal mais ampla quando comparadas ao IRDR. Naquelas, podem ser abordadas questões tanto de fato quanto de direito, ao passo que neste a questão controvertida, cuja repetitividade pode dar ensejo a sua instauração, deve ser unicamente de direito (art. 976, inciso I, do CPC/15).<sup>16</sup>

O que se vê é que, de certa forma, ao se trazer o IRDR no novo Código de Processo Civil, buscou-se atacar precisamente os pontos tidos como “problemáticos” das ações coletivas que fizeram com que este instituto não conseguisse dar uma solução adequada ao problema da massificação e aos males que dela advém.

A inovação é salutar, porém, é fácil perceber que este novo instituto, sozinho, também não será capaz de resolver todos os problemas que assolam o Judiciário brasileiro, sobretudo no que diz respeito ao número de demandas. Isso porque, por mais que a decisão proferida no IRDR deve ser aplicada *erga omnes* e *pro et contra*, isso dependerá de que novas ações sejam ajuizadas.

Portanto, o ideal será a boa convivência deste novo instituto, que tem o aparente potencial de resolver o problema da massificação de litígios sem as dificuldades impostas pela legislação das ações coletivas, juntamente com estas últimas e seu inegável mérito de promover o acesso à justiça (AMARAL, 2011, p. 12).

#### *A conversão da ação individual em coletiva*

O artigo 333 no CPC/15 inauguraria no ordenamento nacional a possibilidade de que, diante de certos pressupostos, a demanda que até então era individual, vinculativa de pretensão também individual, fosse convertida pelo juiz em demanda coletiva (SOUZA, 2014, p. 13). Entretanto, tal conversão não poderia se dar de ofício, dependeria de requerimento do Ministério Público, Defensoria Pública ou um dos legitimados previstos no art. 5º da Lei da Ação Civil Pública e no art. 82 do CDC.

---

<sup>16</sup> Essa mesma limitação não é encontrada no *Musterverfahren* alemão, onde podem ser suscitadas e decididas questões comuns tanto de fato e de direito.

Os requisitos elencados no *caput* do aludido dispositivo eram: a dificuldade de formação do litisconsórcio e a existência de relevância social. O primeiro desses requisitos é idêntico ao do *numerosity* existente para que uma ação seja certificada como *Class Action* no direito norteamericano e se caracteriza quando, no caso concreto, se mostrar extremamente inconveniente, difícil ou custosa a reunião de todos os indivíduos que serão atingidos pela decisão naquele mesmo processo. Já o segundo, decorre dos efeitos que poderão ser produzidos pela tutela jurisdicional individual, ou seja, a amplitude de seu círculo de abrangência nas esferas sociais e na promoção geral de certos valores, tais como o da efetividade, celeridade, isonomia, dentre outros (SOUZA, 2014, p. 16).

Além disso, para que fosse possível a conversão, a ação individual teria que veicular pedido que: *i*) tivesse alcance coletivo, em razão da tutela de bem jurídico difuso ou coletivo, e cuja ofensa afetasse, a um só tempo, as esferas jurídicas do indivíduo e da coletividade ou que; *ii*) tivesse por objetivo a solução de conflito de interesse relativo a uma mesma relação jurídica plurilateral, cuja solução, por sua natureza ou por disposição de lei, deva ser necessariamente uniforme, assegurando-se tratamento isonômico para todos os membros do grupo.

Feita a conversão, o autor originário da demanda passaria a atuar como litisconsorte do legitimado que tivesse requerido a conversão da ação em coletiva e o feito passaria a observar as regras do processo coletivo.

Ocorre que este dispositivo foi vetado antes mesmo que pudesse entrar em vigor. Nas razões para o veto foi dito que “da forma como foi redigido, o dispositivo poderia levar à conversão de ação individual em ação coletiva de maneira pouco criteriosa, inclusive em detrimento do interesse das partes. O tema exige disciplina própria para garantir a plena eficácia do instituto. Além disso, o novo Código já contempla mecanismos para tratar demandas repetitivas”.<sup>17</sup>

*Data vênia*, não há como concordar com as razões para o veto do dispositivo. Inicialmente, entendo que não haveria qualquer prejuízo às partes - o autor teria suas pretensões reforçadas pela entrada no processo de um dos legitimados para a condução do processo coletivo. Além disso, o §9º do artigo vetado já previa que, caso o pedido do autor tivesse natureza estritamente individual, o processamento desse pedido dar-se-ia em autos apartados, assim não ficaria afetada a duração razoável do processo por ele iniciado. Quanto ao réu, seria igualmente beneficiado por ter de responder a apenas uma ação ao invés de responder tanto à individual já proposta quanto à coletiva que, agora, terá que ser proposta em separado.

Por outro lado, no que pese os requisitos para a conversão sejam, de fato, dotados de certo grau de abstração, exigindo uma verificação caso a caso pelo magistrado, isso não significa dizer que as ações individuais seriam convertidas em coletivas de maneira pouco criteriosa, vez que a decisão deveria ser sempre devidamente fundamentada e precedida de efetivo contraditório, devendo ser ouvidos tanto o autor inicial da demanda quando o

---

<sup>17</sup> Texto disponível em: <<http://www.cpcnovo.com.br/blog/2015/03/18/os-vetos-do-poder-executivo-no-cpc-2015/>>. Acesso em: 17.05.2017.

Ministério Público<sup>18</sup>. Além disso, tal decisão poderia ser atacada por recurso, o que certamente possibilitaria um maior controle.

Por fim, vale lembrar que, *mutatis mutandis*, é este o regime adotado no modelo das *Class Actions* – reconhecidamente o melhor modelo de tutela coletiva –, no qual a ação é sempre inicialmente proposta como individual, podendo ser, desde que presentes certos pressupostos, certificada pelo juiz como coletiva. É o que tínhamos no Brasil. Enfim, perdeu-se a oportunidade de trazer à legislação pátria um bom mecanismo do direito comparado que iria incrementar e tornar ainda mais forte a tutela dos direitos coletivos em nosso país.

## Conclusão

Como foi possível perceber, os processos coletivos são uma realidade inexorável e imperativa, dado o atual estágio de evolução da sociedade. Regido por normas e princípios próprios, diametralmente opostos ao tradicional dogma individualista, este tipo de processo possui a dupla finalidade de tutelar os direitos de índole coletiva e proporcionar efetividade e ampliação do acesso à Justiça em sociedades de massa.

É certo que diferentes países, atentos ao seu contexto social e suas peculiaridades na tradição jurídica, adotam modelos diversos de ações coletivas, uns mais avançados outros ainda nem tanto. Nesse cenário, o Brasil se apresenta na vanguarda, além de ter aproveitado o que há de melhor em cada modelo estrangeiro, criou uma das legislações mais técnicas e bem elaboradas dentre os países que adotam o modelo da *Civil Law*.

Nesse diapasão, o CPC/15 também se mostrou atento ao novo cenário de valorização da tutela coletiva, buscando trazer novos institutos e mecanismos capazes de avançar ainda mais neste tipo de tutela. Embora não se confundam com os processos coletivos, estes institutos certamente buscarão atingir os mesmos objetivos, sendo, portanto, salutar a integração dos mesmos para a mais ampla efetivação dos direitos coletivos *latu sensu*.

## Referências

- AGUIRREZABAL GRUNSTEIN, Maite. Algunas precisiones en torno a los intereses supraindividuales (colectivos y difusos). *Revista chilena de derecho*, Santiago, v. 33, n. 1, p. 69-91, abr., 2006.
- AMARAL, Guilherme Rizzo. Efetividade, segurança, massificação e a proposta de um “incidente de resolução de demandas repetitivas”. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 196, p. 237-274, 2011.

---

<sup>18</sup> Por óbvio, apenas nos casos em que não tivesse sido ele quem formulou o pedido de conversão.

- CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa as ações coletivas. *Revista de Processo*, v. 147, p. 123, maio., 2007. Disponível em: <[https://www.academia.edu/215397/O\\_novo\\_Procedimento-Modelo\\_Musterverfahren\\_alem%C3%A3o\\_uma\\_alternativa\\_%C3%A0s\\_a%C3%A7%C3%B5es\\_coletivas](https://www.academia.edu/215397/O_novo_Procedimento-Modelo_Musterverfahren_alem%C3%A3o_uma_alternativa_%C3%A0s_a%C3%A7%C3%B5es_coletivas)>. Acesso em: 24 mai. 2017.
- DIDIER JR., Fredie. ZANETI JR., Hermes. Curso de direito processual civil: processo coletivo. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2013. v. 4.
- GIDI, Antonio Carlos Oliveira. A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos – as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- MAZZEI, Rodrigo Reis. A ação popular e o microsistema da tutela coletiva. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 394, a. 103, p. 263-280, nov.-dez., 2007.
- MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional. 3. ed. rev. atual. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- \_\_\_\_\_. O anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos: visão geral e pontos sensíveis. In: \_\_\_\_\_. GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (orgs.). *Direito processual coletivo e anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 1.
- MORELLO, Augusto. El proceso civil colectivo. *Themis*, Argentina, n.30, p. 261-270, 2015.
- PALACIO, Lino E. *Manual de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Lexis Nexis Abeledo Perrot, 2004.
- RAMOS, André Luiz Arnt Ramos. Lineamentos do Processo Civil Coletivo na Alemanha. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 232, p. 223, 2014.
- SALLES, Carlos Alberto de. Class Actions: algumas premissas para comparação. In: *Revista de Processo*, São Paulo, v. 174, p. 215, 2009.
- SANTOS, Ronaldo Lima do. Amplitude da coisa julgada nas ações coletivas. *Brasília: B. Cient. ESMPU*, a. 4, n.17, p. 61-86, out./dez., 2005.
- SOUZA, Artur César de. Conversão da demanda individual em demanda coletiva no novo CPC. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 236, p. 205-241, 2014.
- TALAMINI, Eduardo. Direito Individuais Homogêneos e seu substrato coletivo: ação coletiva e os mecanismos previstos no Código de Processo Civil de 2015. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 241, p. 337-358, 2015.
- VIANA, Flávia Batista. Algumas considerações sobre as class actions norte-americanas (pequenos contrapontos com as ações coletivas brasileiras). *Revista de Processo*, São Paulo, v. 159, p. 93-117, 2008.
- ZANETI JR., Hermes. *Processo Coletivo*. Salvador: Jus Podvim, 2006.
- \_\_\_\_\_. Três Modelos de Processo Coletivo no Direito Comparado: Class Actions, Ações Associativas/Litígios Agregados e o “Processo Coletivo: Modelo Brasileiro”. *Processos Coletivos*, v. 5, p. 1, 2014. Disponível em: <<http://www.processoscoletivos.net/revista->



eletronica/63-volume-4-numero-3-trimestre-01-07-2014-a-30-09-2014/1460-tres-modelos-de-processo-coletivo-no-direito-comparado-class-actions-acoooes-associativas-litigios-agregados-e-o-processo-coletivo-modelo-brasileiro>. Acesso em: 09 mar. 2017.

ZAVASCKI, Teori Albino. Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 6. ed. rev., atual.e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.