

CENTRO UNIVERSITÁRIO AUTÔNOMO DO BRASIL
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

THIAGO SIMÕES PESSOA

A AÇÃO PROBATÓRIA AUTÔNOMA APLICADA AO PROCESSO COLETIVO

CURITIBA

2019

THIAGO SIMÕES PESSOA

A AÇÃO PROBATÓRIA AUTÔNOMA APLICADA AO PROCESSO COLETIVO

Dissertação apresentada ao curso de Pós-Graduação do Programa de Mestrado do Centro Universitário Autônomo do Brasil – Unibrasil como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direitos Fundamentais e Democracia.

Orientador: Prof. Dr. William Soares Pugliese

CURITIBA

2019

TERMO DE APROVAÇÃO

THIAGO SIMÕES PESSOA

A AÇÃO PROBATÓRIA AUTÔNOMA APLICADA AO PROCESSO COLETIVO

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre no Curso de Pós-Graduação em Direitos Fundamentais e Democracia do Programa de Mestrado do Centro Universitário Autônomo do Brasil – Unibrasil pela seguinte banca examinadora:

Orientador: Prof. Dr. William Soares Pugliese
Centro Universitário UniBrasil

Membros: Prof. Dr.
instituição

Prof. Dr.
instituição

Prof. Dr.
instituição

Curitiba, de de 2019.

RESUMO

O processo coletivo, a partir das alterações legislativas e fáticas ocorridas no final do século XX e início do século XXI, sofreu uma severa mutação, podendo-se falar em verdade de coletivização do processo em substituição ao tradicional processo coletivo. Inúmeros fatores contribuíram para essa mudança de paradigma, porém, podem-se ter como principais fatores que influenciaram esta mudança a conceituação de direitos individuais homogêneos a partir de um viés processual e não material, bem como o crescente número de processos judiciais, o que demandou uma resposta eficiente notadamente para o problema das demandas repetitivas. O presente trabalho busca uma análise de uma forma específica de coletivização do processo, situada no campo da coletivização da prova, donde extrai suas bases jurídicas e conceituais. A partir deste campo específico, será objeto de análise a ação de produção antecipada de provas, observando suas peculiaridades e caracteres próprios para sua utilização no âmbito do processo coletivo. Ademais, esta peculiar forma de ação coletiva será vista a partir de finalidades práticas, visando outorgar máxima eficácia ao instituto, bem como atingir valores ligados à eficiência processual. Com isso, ao final, buscar-se-á traçar seus requisitos fundamentais, conceitos próprios e finalidades essenciais para sua utilização.

Palavras-chave: Coletivização do processo. Direitos individuais homogêneos. Coletivização da prova. Ação de produção antecipada de provas. Ação coletiva de produção antecipada de provas.

ABSTRACT

The collective process, from the legislative and factual changes that occurred in the late twentieth and early twenty-first centuries, has past for several mutations, in a way that one could say more about collectivization of the process in place of the traditional collective process. Numerous factors contributed to this paradigm shift, however, the main factors that influenced this change can be the conceptualization of homogeneous individual rights from a procedural and non-material bias, as well as the increasing number of judicial processes, which demanded an efficient response notably to the problem of repetitive demands. This paper seeks an analysis of a specific form of process collectivization, situated in the field of proof collectivization, from which it draws its legal and conceptual bases. From this specific field, will be the object of analysis the action of anticipated production of evidence, observing its peculiarities and proper characters for its use within the collective process. Moreover, this peculiar form of class action will be seen from practical purposes, aiming at granting the institute maximum effectiveness, as well as achieving values linked to procedural efficiency. With this, in the end, it will seek to outline its fundamental requirements, own concepts and essential purposes for its use.

Keywords: Collectivization of the process. Homogeneous individual rights. Collectivization of the evidence. Action of anticipated production of evidence. Class action of anticipated production of evidence.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 O PROCESSO COLETIVO E SUA NECESSÁRIA RECONFIGURAÇÃO	10
1.1 A MASSIFICAÇÃO DAS RELAÇÕES SOCIAIS E AS DEMANDAS REPETITIVAS.....	10
1.1.1 Da Contextualização História: a Origem dos Problemas.....	10
1.1.2 A Busca por Soluções por Meio do Processo Coletivo.....	11
1.2 MODELOS DE PROCESSO COLETIVO NO DIREITO COMPARADO: INSPIRAÇÕES DO DIREITO BRASILEIRO	12
1.2.1 O Processo Coletivo nos Estados Unidos	13
1.2.1.1 As <i>class actions</i> nos EUA	13
1.2.1.2 Outras formas de coletivização presentes no direito Norte Americano.....	16
1.2.2 O Processo Coletivo na Alemanha.....	18
1.2.2.1 As <i>verbandsklagen</i> ou ações associativas.....	19
1.2.2.2 O <i>Musterverfahren</i> ou procedimento modelo.....	19
1.3 O PROCESSO COLETIVO NO BRASIL.....	21
1.3.1 As Ações Coletivas no Brasil.....	22
1.3.2 A Insuficiência do Modelo de Processo Coletivo Tradicional no Brasil.....	24
1.3.3 A Busca por Respostas mais Eficientes: outras Formas de Coletivização ...	27
1.3.4 Reconfiguração do Conceito de Processo Coletivo a partir das Novas Formas de Coletivização	29
1.3.5 Algumas Implicações Práticas da Reconfiguração do Conceito de Processo Coletivo.....	31
1.3.5.1 Regra da legitimidade adequada	31
1.3.5.2 Regra da ampla informação e publicidade adequada.....	33
1.3.5.3 Princípio da competência adequada.....	33
1.3.5.4 Princípio da indisponibilidade da demanda coletiva.....	34
1.3.5.5 Outros princípios.....	35
1.4 O DIREITO AO PROCESSO COLETIVO ADEQUADO AO CASO CONCRETO COMO DECORRÊNCIA DO DIREITO DE AÇÃO.....	36
1.4.1 Direitos veiculados em processos coletivos: relação instrumental do processo.....	36

1.4.2 Adequação do caso concreto à respectiva forma de coletivização processual	39
2 A PROVA NO PROCESSO COLETIVO NUM MODELO DE PROCESSO COOPERATIVO	41
2.1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS.....	41
2.2 AUTONOMIA PRIVADA E UM MODELO DE PROCESSO COOPERATIVO.....	41
2.3 CONCEITO E DESTINATÁRIO DA PROVA.....	44
2.4 FINALIDADE E OBJETO DA PROVA.....	48
2.5 DIREITO FUNDAMENTAL À PROVA.....	49
2.6 A PRODUÇÃO DA PROVA E O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA.....	52
2.7 DISTRIBUIÇÃO E ÔNUS DA PROVA	55
2.7.1 Ônus da Prova e Distribuição Ordinária	55
2.7.2 Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova	55
2.8 CONVENÇÕES PROCESSUAIS PROBATÓRIAS.....	57
2.9 PROVA POR AMOSTRAGEM.....	59
2.10 O INQUÉRITO CIVIL E SEU VALOR PROBATÓRIO.....	60
2.11 PROVA EMPRESTADA NO PROCESSO COLETIVO	62
3 A AÇÃO PROBATÓRIA AUTÔNOMA E A SUA COLETIVIZAÇÃO	64
3.1 DISCOVERY ou DISCLOSURE: NOÇÕES GERAIS DA PROVA NO DIREITO COMPARADO	64
3.1.1 Regras Gerais acerca da Discovery	64
3.1.2. Vantagens e Desvantagens do Instituto	69
3.2 A AÇÃO DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS NO NOVO CPC....	72
3.2.1 Breves Notas Introdutórias	72
3.2.2 Natureza Jurídica e Hipóteses de Cabimento	73
3.2.3 Competência e Prevenção	74
3.2.4 Legitimidade	75
3.2.5 Objeto e Processamento da Demanda.....	76
3.2.6 Produção de Prova de Ofício pelo Juiz	77
3.2.7 Sentença e Entrega dos Autos	78
3.2.8 Despesas Processuais	79
3.3 ANTECIPAÇÃO E COLETIVIZAÇÃO DA PROVA.....	79

3.3.2	Coordenação entre Processo Coletivo e Processos Individuais.....	81
3.3.3	Espécies de Coletivização Parcial Relacionadas à Prova.....	84
3.3.4	Vantagens da Utilização das Formas Coletivização Parcial do Processo Voltadas à Instrução Probatória	85
4	AÇÕES PROBATÓRIAS AUTÔNOMAS NO PROCESSO COLETIVO.....	90
4.1	NOÇÕES INTRODUTÓRIAS.....	90
4.2	LEGITIMIDADE E PARTICIPAÇÃO NO PROCEDIMENTO	91
4.2.1	Representação Adequada.....	91
4.2.2	Momento de Controle da Legitimidade pelo Juízo e Preclusão.....	94
4.2.3	Participação no Procedimento e Meios de Participação Popular	94
4.2.4	Participação no Procedimento e (in)Existência de um Direito de Participação Individual.....	96
4.2.4	Ação Coletiva Passiva e Ação Probatória Autônoma	98
4.3	OBJETO LITIGIOSO E VINCULAÇÃO DOS PROCESSOS POSTERIORES.....	101
4.3.1	Meios de Prova Admissíveis.....	101
4.3.2	A Vinculação em Processos Posteriores.....	102
4.4	FINALIDADES DA AÇÃO PROBATÓRIA AUTÔNOMA NO ÂMBITO COLETIVO.....	105
4.4.1	Ação probatória autônoma como consectário do direito de acesso à justiça, eficiência e proporcionalidade	106
4.4.2	Ação Coletiva Probatória para Promoção da Autocomposição	110
4.4.3	Ação Coletiva Probatória como Instrumento de Investigação ou como Substituto do Inquérito Civil.....	113
	CONSIDERAÇÕES FINAIS	116
	REFERÊNCIAS.....	118

INTRODUÇÃO

O presente trabalho científico possui como base uma estrutura materialista, na qual se parte de uma base fática, obtida através de estudos empíricos realizados em grande medida pelo Conselho Nacional de Justiça e pelas próprias Cortes brasileiras (STJ e STF) acerca da litigância no âmbito do Poder Judiciário, bem como acerca do modelo atual de processo coletivo fundamentado em ações coletivas.

Nos estudos elaborados pelo CNJ e pelas Cortes, como se verá no decorrer do trabalho, será possível observar que, desde a inauguração do modelo de processo coletivo no país, houve um aumento significativo de processos no âmbito do Poder Judiciário. Este aumento fora sentido tanto no primeiro grau de jurisdição, como no julgamento de recursos nas Cortes Superiores.

Assim, o estrato fático demonstra que o modelo de processo coletivo, baseado somente em ações coletivas, não fora suficiente para conferir uma resposta efetiva ao problema da judicialização dos conflitos. Deste modo, a seara coletiva como originalmente idealizada se apresenta ineficiente, sendo necessário repensar o modelo de processo coletivo à luz do ordenamento jurídico existente, notadamente do Novo Código de Processo Civil.

Para tanto, amparado também em estudos de direito comparado, propõe-se a adoção de um novo modelo de processo coletivo, no qual seja possível a coordenação de ações propriamente coletivas com outras formas de coletivização do processo (seja de decisões, seja de outras fases processuais), possibilitando uma ação coordenada entre processos propriamente coletivos e processos individuais.

A partir da adoção deste novo modelo de processo coletivo, busca-se respostas eficientes ao problema da crescente judicialização dos conflitos, notadamente as demandas de massa e os direitos individuais homogêneos.

E é neste contexto que se situa o principal tema objeto desta dissertação, qual seja a utilização da ação de antecipação de provas sem o requisito da urgência no âmbito do processo coletivo. O escopo do emprego desta forma de coletivização do processo será o de proporcionar a prevenção de litígios individuais e coletivos, bem como promover a racionalização da prova (ou instrução probatória), a partir da coordenação entre processos coletivos e individuais. A metodologia adotada acarreta a divisão do estudo em 04 (quatro) capítulos.

No primeiro capítulo, buscar-se-á a realização de um retrato da ineficiência do modelo de processo coletivo atual para conferir respostas efetivas a judicialização dos conflitos, traçando as linhas teóricas do modelo de processo coletivo adotado no presente estudo.

No segundo capítulo, será realizada uma análise do direito probatório no âmbito do processo coletivo, buscando a definição de peculiaridades próprias deste campo no âmbito coletivo, tais como poder instrutório, ônus da prova, prova emprestada, prova por amostragem, dentre outros.

De outro lado, no capítulo três, far-se-á uma análise do instituto da antecipação da prova no Brasil e no direito comparado, verificando suas vantagens frente ao modelo tradicional brasileiro, no qual a fase instrutória é realizada em momento posterior à fase postulatória. Ademais, será inserido também tópico acerca da coletivização da prova, dada a conexão deste instituto com a conferência de autonomia à prova e a sua instrução antecipada, notadamente para fins do presente estudo.

Por fim, no quarto e último capítulo serão abordados temas correlacionados com a ação de antecipação da prova sem o requisito de urgência no processo coletivo (ação probatória coletiva), tais como legitimidade das partes, objeto litigioso e vinculação de processos futuros e finalidades específicas da mencionada técnica processual.

1 O PROCESSO COLETIVO E SUA NECESSÁRIA RECONFIGURAÇÃO

1.1 A MASSIFICAÇÃO DAS RELAÇÕES SOCIAIS E AS DEMANDAS REPETITIVAS

1.1.1 Da Contextualização História: a Origem dos Problemas

A partir do séc. XX, o mundo passou por uma transformação social. As relações antes locais, passaram a se desenvolver de forma interconectada pelo mundo, ganhando espaço as empresas multinacionais. Grande parte deste fenômeno se deu em razão do desenvolvimento desenfreado da tecnologia que proporcionou o encurtamento das fronteiras, o aumento da produção em massa e a criação de empresas de importância global.

Este fenômeno repercutiu de diversas formas na vida social dos indivíduos. No âmbito do direito consumidor, "o mundo virtual modificou hábitos de consumo, mudou o tempo do consumo, agilizou as informações e expandiu as possibilidades de publicidade, agravando os conflitos de consumo e a própria vulnerabilidade".¹

No âmbito do direito ambiental, a revolução verde trouxe a tecnologia para o campo, tornando a natureza um mero insumo de produção em massa a ser utilizada ao bel-prazer da humanidade. Assim, o aumento da produtividade não significou redução da produção, mas sim o aumento desenfreado do consumo e a consequente expansão da exploração do meio ambiente.²

Assim, surge um novo ramo do Direito para fazer frente a estas novas demandas sociais impostas pela modernidade, visando conferir proteção a um grupo muitas vezes indeterminado, qual seja o Direito difuso e coletivo. Os "interesses 'difusos' são interesses fragmentados ou coletivos, tais como o direito ao ambiente saudável, ou à proteção do consumidor".³ Registre-se que este novo ramo se inclui dentre os

¹ BENJAMIN, Herman Antônio; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p.48.

² MILARÉS, Carlos. De como a natureza foi expulsa da modernidade. **Revista Crítica do Direito**, São Paulo, v.66, p.100, 2015.

³ GARTH, Bryant; CAPPELLETI, Mauro. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988. p.26.

direitos transindividuais, se encontrando abrangidos dentre "os direitos fundamentais de terceira dimensão".⁴

Ademais, não se pode esquecer que o próprio período em que se deu o desenvolvimento deste novo ramo do Direito fora propício, uma vez que estes surgem na segunda metade do séc. XX, momento em que o próprio Direito se volta ao resgate do indivíduo como detentor de dignidade intrínseca⁵ e busca a constitucionalização de seus demais ramos.

Nada obstante, não fora só a parte substancial do direito que se viu alterada com as mudanças operadas na sociedade no séc. XX. Diante das novas mudanças operadas no campo do direito material, também coube ao processo apresentar respostas efetivas a essas novas demandas.

Portanto, "para que se possa falar em efetividade do processo, o ordenamento jurídico deve estar munido de mecanismos convergentes à tutela de todos os direitos que afloram a sociedade moderna"⁶, motivo pelo qual mudanças de paradigmas foram necessárias.

Outrossim, um novo problema começa a surgir no cenário global, qual seja a massificação e o ajuizamento de demandas repetitivas que passam a sobrecarregar o Poder Judiciário, demandando uma rápida e eficiente resposta para o trato da questão.

1.1.2 A Busca por Soluções por Meio do Processo Coletivo

Inicialmente, para a questão dos novos direitos substanciais transindividuais, fora conferida uma tutela processual difusa e coletiva, por meio de instrumentos processuais coletivos. Este cenário fora retratado por Mauro CAPPELLETI e Bryant GARTH como a segunda onda renovatória, pela qual se enfrentava "o problema da representação dos interesses difusos, assim chamados os interesses coletivos ou grupais, diversos daqueles dos pobres".⁷

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.276.

⁵ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Método, 2014. p.25.

⁶ TUCCI, José Rogério Cruz e. **"Class action" e mandado de segurança coletivo**. São Paulo: Saraiva, 1990. p.1.

⁷ GARTH, Bryant; CAPPELLETI, Mauro. Op. cit., p.49.

Posteriormente, para o problema da massificação dos interesses individuais, buscou-se uma tutela molecular das demandas individuais por meio de ações coletivas (ações para tutela de direitos individuais homogêneos), reunindo-se por meio de uma ficção jurídica interesses individuais, por meio de uma tutela unificada.⁸

Nada obstante, se revelou insuficiente a tutela molecular dos interesses individuais, o que se deu por uma série de fatores a serem analisados futuramente no presente texto. Assim, não só no Brasil, como em outros países do mundo, como Estados Unidos, Alemanha e Inglaterra, foram criados outros instrumentos para conferir um tratamento unificado das demandas individuais repetitivas (ou situações jurídicas repetitivas) a fim de proporcionar maior segurança jurídica, eficiência, duração razoável do processo e isonomia nas relações processuais.

A partir desta convivência de soluções (ações coletivas e outras técnicas de coletivização), é possível identificar o surgimento de espécies distintas de coletivização, podendo-se esta ser classificada em coletivização total e coletivização parcial⁹, dando azo assim a um novo modelo de processo coletivo.

Para fins do presente estudo será adotada a classificação que divide os mecanismos de coletivização em coletivização total e parcial, adotando como parâmetro classificatório as fases do processo de conhecimento (fase postulatória, fase saneadora, fase instrutória e fase decisória).

Assim, caso as 04 (quatro) fases sejam objeto de coletivização conjunta, será caso de coletivização total. De outro lado, caso cada fase processual seja objeto de coletivização específica, será caso de coletivização parcial.

1.2 MODELOS DE PROCESSO COLETIVO NO DIREITO COMPARADO: INSPIRAÇÕES DO DIREITO BRASILEIRO

No Brasil, o fenômeno do processo coletivo é relativamente antigo, tendo os primeiros textos legais relacionadas à matéria datados da década de 1960. Entretanto,

⁸ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil**. 11.ed. Salvador: Juspodvim, 2017. v.4. p.76.

⁹ Para maiores informações: OSNA, Gustavo. Coletivização total e coletivização parcial: aportes comparados e o processo civil brasileiro. **Revista de Processo Comparado**, São Paulo, v.1, p.115-138, 2015.

durante muito tempo se manteve atrelado o conceito de processo coletivo unicamente às ações coletivas, sendo necessária uma reconfiguração do sistema.

Para tanto, o sistema brasileiro, principalmente em suas recentes alterações editadas pelo Novo Código de Processo Civil, fora buscar inspiração em institutos presentes no direito comparado. Por esta razão, passa-se a análise dos modelos de processo coletivo e institutos presentes no direito comparado que mais influenciaram o desenvolvimento nacional na matéria, o que poderá contribuir na compreensão do novo modelo de processo coletivo brasileiro.

1.2.1 O Processo Coletivo nos Estados Unidos

Os Estados Unidos foram responsáveis por apresentar a maior contribuição ao sistema coletivo brasileiro, por meio do desenvolvimento das Class Actions. Porém, esta conhecida forma de coletivização não é a única no âmbito americano para a resolução de litigâncias de alta escala, convivendo com outras formas de coletivização, como *multi-district litigation*, *formal consolidation*, *informal aggregation* e *bankruptcy*.¹⁰

1.2.1.1 As *class actions* nos EUA

Inicialmente, vale mencionar que as ações coletivas possuem como principal antecedente histórico a *group litigation* inglesa, sendo os primitivos escritos desenvolvidos por Joseph Story, ao estudar as mencionadas ações inglesas.¹¹ Porém, as ações de grupo encontraram nos Estados Unidos seu grande precursor e desenvolvedor da matéria.

Menciona-se que será realizada uma análise das *class actions* no âmbito federal norte-americano, uma vez que também cabe aos Estados-membros legislar

¹⁰ HENSLER, Deborah R. Revisiting the monster: new myths and realities of class action and other large scale litigation. **Duke Journal of Comparative & Internacional Law**, v.11, p.182, 2001. Disponível em: <<https://scholarship.law.duke.edu/djcil/vol11/iss2/3/>>. Acesso em: 13 fev. 2019.

¹¹ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações coletiva e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.65.

sobre processo, apesar de serem grandemente influenciados pela *Federal Rules of Civil Procedure*.¹²

As *Class actions* norte americanas se encontram regulamentadas no bojo da *Rule 23*, com alterações posteriores, do *Federal Rules of Civil Procedure*¹³, no qual se encontram seus pré-requisitos, tipos de ações permitidas e outras regulamentações.

Este modelo de processo coletivo fora idealizado para a tutela de direitos semelhantes aos nossos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, não sendo recomendável a atribuição de nomes aos diferentes tipos de *class actions*, tendo a doutrina americana classificados a depender de sua previsão na *Rule 23*.¹⁴

Na doutrina especializada norte-americana¹⁵, afirma-se que as *Class Actions* via de regra são utilizadas em matérias como direitos do consumidor, matérias relacionadas a seguros e *antitrust*, meio ambiente, ações de indivíduos contra empresas em razão de prejuízos causados por seus produtos ou conduta (*mass torts*), bem como matérias relacionadas a direitos civis, como direitos de presos, direitos políticos, questões trabalhistas e outros.

Ainda sobre o funcionamento das *class actions*, Janet Cooper ALEXANDER¹⁶, afirma que este tipo de tutela funciona basicamente pelo oferecimento de incentivos aos advogados (honorários advocatícios) para levar ao Poder Judiciário estas demandas, sendo uma forma de fiscalização privada, na qual se reúnem indivíduos lesados, buscando a reparação de prejuízo ou mesmo o encerramento de uma prática lesiva.

Registre-se que existem 03 tipos *Class Actions*, podendo elas ser do tipo (b)(1), (b)(2) ou (b)(3). Inicialmente, cabe esclarecer que não existem maiores distinções entre as ações do tipo (b)(1) e (b)(2), "uma vez que o procedimento e os

¹² SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law**: introdução ao direito dos EUA. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p.108.

¹³ FEDERAL RULES OF CIVIL PROCEDURE. **Rule 23**: Class Actions. Disponível em: <<https://www.federalrulesofcivilprocedure.org/frcp/title-iv-parties/rule-23-class-actions/>>. Acesso em: 13 fev. 2019.

¹⁴ GIDI, Antonio. **A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos**: as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.141.

¹⁵ ALEXANDER, Janet Cooper. **An introduction to class action procedure in the United States**. Presented Conference: Debates over Group Litigation in Comparative Perspective. Genebra, 1-26 jul. 2000. p.3. Disponível em: <<https://www.law.duke.edu/grouplit/papers/classactionalexander.pdf>>. Acesso em: 13 fev. 2019.

¹⁶ Ibid., p.2.

requisitos de ambas são basicamente os mesmos".¹⁷ Ademais, poderia se dizer, a grosso modo, que enquanto "as ações do tipo (b)(3) são predominantemente voltadas para a tutela de pretensões de caráter pecuniário ou indenizatório (*damages*), as ações do tipo (b)(1) e (b)(2) são predominantemente voltadas para pretensões de caráter declaratório ou injuntivo (*equitable relief*)".¹⁸

Quanto aos requisitos para o ajuizamento das *class actions*, Janet Cooper ALEXANDER¹⁹ afirma que são basicamente quatro: *numerosity*, *commonality*, *typicality* e *adequacy of representation*. Porém, as *class actions for damage (b)(3)* devem ainda preencher outros dois requisitos, quais sejam:

First the questions that are common to the class must predominate over any questions that affect only individual class members. This requirement assures that the class will be "sufficiently cohesive to warrant adjudication by representation". Predominance is judge on the basis of how trial time and focus will be spent.

Second, class treatment must be "superior to other available methods for the fair and efficient adjudication of the controversy."²⁰

No tocante aos requisitos gerais para todas as *class actions*²¹, a *numerosity* ocorre quando o grupo for tão numeroso que torna inviável o litisconsórcio; a *commonality* está presente quando as questões de direito ou de fato são comuns ao grupo; A *typicality* ocorre quando os pedidos e defesas dos representantes forem típicos de grupo; e por fim, a *adequacy of representation* se dá quando o representante for adequado para a representação do grupo.

Vale esclarecer que, diferentemente do direito brasileiro, a demanda é proposta inicialmente de forma individual, sendo que somente após a certificação (conferência do preenchimento de seus requisitos) pelo juízo do caso é que a demanda adquire status coletivo, sendo que, caso não certificada, esta pode seguir na forma individual.²²

¹⁷ GIDI, Antonio. Op. cit., p.142.

¹⁸ Ibid., p.143.

¹⁹ ALEXANDER, Janet Cooper. **An introduction to class action procedure in the United States**. p.4.

²⁰ Ibid., p.5. Tradução livre: "Primeiro, as questões que são comuns para classe devem predominar sobre as questões que afetam individualmente outros membros da classe. Este requisito garante que a classe suficientemente coesa para garantir o julgamento por representação. Predominância é necessária para verificar o tempo e o foco do julgamento. Segundo, o tratamento de classe deve ser superior a outro método disponível para um julgamento justo e eficiente da controvérsia".

²¹ CARDOSO, Juliana Provedel. **O modelo brasileiro de processo coletivo**: as ações coletivas e o julgamento de casos repetitivos. Salvador: Juspodim, 2018. p.26-27.

²² GIDI, Antonio. Op. cit., 192.

Por fim, após julgada a demanda, e caso esta não seja finalizada por meio de um acordo entre as partes, esta transitará em julgado, sendo a coisa julgada *pro et contra*, ou seja, produzindo efeitos a todos os membros do grupo, independentemente de participação no processo judicial e do resultado da demanda judicial (procedente ou improcedente). Porém, para que esta coisa julgada se opere é necessário o preenchimento de dois requisitos: 1. A notificação dos representados, nos casos das *class actions for damages*, para que possa exercer o seu direito de exclusão (*right to opt out*); 2. Representação adequada.²³

Entretanto, recentemente, vem crescendo também nos Estados Unidos um movimento pela restrição na utilização das *class actions*. Robert H. Klonoff²⁴ elenca alguns dos motivos para o declínio das *class actions* nos EUA, como o maior rigor na análise do preenchimento dos requisitos para demanda coletiva como a *numerosity, commonality, adequacy of representation, typically (predominance)*, homologação de acordos realizados entre as partes, bem como pela eliminação da possibilidade de apresentação de *class actions* por meio de cláusulas em contratos que impõe a utilização da arbitragem como meio de resolução do conflito.

1.2.1.2 Outras formas de coletivização presentes no direito Norte Americano

Inicialmente, cabe esclarecer que, apesar as *class actions* terem sido o instituto de coletivização mais conhecido no âmbito americano, outras formas de coletivização, visando dar tratamento coletivo a questões individuais também se desenvolveram.²⁵

Diante do grande número de processos judiciais, e a insuficiência das *class actions* em conferir uma resposta adequada ao problema, o país vivencia uma substituição da utilização desta forma de coletivização por algumas formas de litígios

²³ PRATES, Marília Zanella. **A coisa julgada no direito comparado**: Brasil e Estados Unidos. Salvador: Juspodim, 2013. p.109-111.

²⁴ KLONOFF, Robert H. The decline of Class Actions. **Washington University Review**, v.90, n.3, p.734-735, 2013. Disponível em: <https://openscholarship.wustl.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=6004&context=law_lawreview>. Acesso em: 13 fev. 2019.

²⁵ OSNA, Gustavo. Multidistrict litigation e coletivização parcial: uma real opção ao modelo de ação de classe? **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro, v.13, n.20, p.253, maio/ago. 2019.

agregados.²⁶ Neste cenário, ganha espaço algumas formas de litigância, a exemplo do *Multi-district litigation, formal consolidation, informal aggregation e bankruptcy*.

O *multi-district litigation* (MDL), fora inserido no Direito Norte Americano em 1968, por meio da seção 1407 do título 28 do USC – United States Code, e tem como pretensão a reunião de ações civis envolvendo uma ou mais questões comuns de fato entre distritos distintos num mesmo juízo para fins de coordenação ou consolidação da fase de instrução (*pretrial*).²⁷

O maior benefício do MDL é proporcionar uma produção unificada de provas, evitando repetições desnecessárias, sendo que após a resolução das questões referentes ao *pretrial* pelo juízo, via de regra, as ações devem retornar ao juízo inicial para realização do julgamento (*trial*).²⁸ Assim, proporciona-se uma análise técnica por um único juízo, notadamente quanto à produção da prova, sendo uma forma de coletivização da prova.

Frise-se que este sistema fora inicialmente criado para a Justiça Federal Norte Americana em 1968, porém, recentemente, fora adotada por inúmeros entes da Federação, com a criação de MDL ou procedimentos coordenados estaduais.²⁹

Registre-se que este instituto pode influenciar o direito brasileiro em diversas formas, notadamente no tocante a algumas formas de coletivização da prova que vêm sendo objeto de estudo pela doutrina e que serão analisados ainda que brevemente em tópicos infra.

Além do MDL, principal forma de tratamento de litígios agregados, outros autores identificam ainda algumas outras formas de tratamento coletivo de questões, como *consolidated trials, bankruptcy e informal aggregation*.

Consolidated trials se trata de casos repetitivos sob a responsabilidade um único juízo, que diante de questões comuns, pode reuni-los para julgamento conjunto.³⁰

²⁶ MULLENIX, Linda S. Aggregate litigation and the death of democratic dispute resolution. **Northwestern University Law Review**, v.107, n.2, p.537, 2013. Disponível em: <<https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=1063&context=nulr>>. Acesso em: 13 fev. 2019.

²⁷ CARDOSO, Juliana Provedel. Op. cit., p.37.

²⁸ SHERMAN, Edward F. The Mdl model for solving complex litigation if a class action is not possible. **Tulane Law Review**, v.82, n.6, p.1-2, 2008. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1407588>. Acesso em: 13 fev. 2019.

²⁹ Ibid., p.7.

³⁰ HENSLER, Deborah R. Op. cit., p.187.

Porém, segundo a mesma autora, não há nos EUA uma pesquisa que confira precisão ao número de *consolidated trials* em litígios de larga escala nos EUA.³¹

Quanto a *bankruptcy*, vislumbra-se que se tratam de casos de empresas em situação de falência, nos quais são firmados acordos para pagamentos dos devedores e demandantes que preenchem certos requisitos. A autora ainda afirma que inúmeras empresas se utilizaram de procedimentos de *bankruptcy* nos processos envolvendo amianto e defeitos em implantes de silicones nos EUA.³²

Por fim, quanto aos casos de *informal litigation*, a autora ainda afirma que, em situações envolvendo *mass torts*, é comum quando já há um entendimento prévio quanto ao valor de certos tipos de ações, a elaboração de negociações e acordos em massa para pagamento dos lesados sem diferenciar a natureza das demandas e com pouca litigância.³³

Insta frisar ainda que os EUA vivenciam um sistema de common Law, no qual os precedentes possuem força vinculativa, o que também, ainda que indiretamente, pode contribuir para a resolução de casos repetitivos posteriores a edição do precedente.

1.2.2 O Processo Coletivo na Alemanha

Também como nos Estados Unidos, a Alemanha não se conteve apenas com uma única forma de coletivização, apresentando ao menos dois importantes procedimentos para a tutela destes casos: As *verbandssklagen* (ações associativas) e o *musterverfahren* (procedimento-padrão).

Porém, diferentemente dos EUA que possui um sistema ligado ao *common law*, a Alemanha se encontra mais diretamente ligada a um sistema de *civil law*, havendo algumas características que distinguem o primeiro do modelo germânico que incluem "*pre-trial Discovery, trial by a jury, American rule on costs, and, last but not least, class actions*".³⁴ Esta diferença de sistema demonstra que a necessidade de

³¹ HENSLER, Deborah R. Op. cit., p.188.

³² Id.

³³ Id.

³⁴ BAETGE, Dietmar. **Class actions, group litigation & other forms of collective litigation**. p.2. Disponível em: <http://globalclassactions.stanford.edu/sites/default/files/documents/Germany_National_Report.pdf>. Acesso em: 14 fev. 2019.

coletivização dos conflitos não é uma necessidade única de sistemas de *civil law*, mas de todos os sistemas jurídicos.

1.2.2.1 As *verbandssklagen* ou ações associativas

Esta forma de coletivização é a que mais se assemelha as *class actions* norte americanas, sendo introduzida na Alemanha originalmente em 1896 no *Act against Unfair Competition*, sendo estendida para outros casos sob o *Unfair Competition Act* em 1965, em 1977 pela *Law Regulating the Use of Standard Contract Terms*, e hoje com previsão no *Act on Injunctive Relief* de 2002.³⁵

As ações associativas na Alemanha possuem um reduzido campo de aplicação, uma vez que são utilizadas via de regra na luta contra a concorrência desleal e das cláusulas gerais dos negócios previstos em determinados contratos.³⁶ Ademais, os atos que autorizam as ações associativas preveem um número limitado de organizações para promover seu ajuizamento.³⁷

Ainda esclareça que uma das marcas das ações associativas alemãs "é a sua imprestabilidade para a persecução de indenizações decorrentes de perdas e danos"³⁸, não havendo "até o presente momento, qualquer instrumento processual coletivo voltado para as providências condenatórias em relações as obrigações e pagar".³⁹

1.2.2.2 O *Musterverfahren* ou procedimento modelo

Em 1991, o sistema processual alemão incluiu no Estatuto da Justiça Administrativa o parágrafo 93, com a previsão do *Musterverfahren*.⁴⁰ Em seguida, fora introduzido no âmbito do mercado mobiliário, com a edição da Lei sobre procedimento-

³⁵ BAETGE, Dietmar. Op. cit., p.4-5.

³⁶ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações coletiva e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional**. p.116.

³⁷ BAETGE, Dietmar. Op. cit., p.6.

³⁸ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Op. cit., p.117.

³⁹ Id.

⁴⁰ Ibid., p.123.

modelo nos conflitos jurídicos do mercado de capitais, porém, como vigência temporária, inicialmente até 2010, e hoje prorrogado até 2020.⁴¹

Sobre as razões da origem do procedimento-modelo na Alemanha, Juliana Provedel CARDOSO assim se pronuncia:

A edição da KapMug decorreu do caso concreto das ações da empresa Deutsche Telekom. Nos anos 1999 e 2000, foram inseridas ações da Telekom no mercado acionário, que, pouco tempo depois sofreram uma considerável desvalorização. OS acionistas insurgiram-se judicialmente em face da Telekom "argumentado especialmente que as indicações contidas no prospecto informativo eram errôneas ou lacunosas".

O ajuizamento de milhares de demandas individuais na Alemanha, sobretudo perante o Tribunal de Frankfurt, gerou demora nos julgamentos e reclamações dos autores. A situação culminou, em 2004, com "a proposição de um recurso direto de constitucionalidade perante o Tribunal Federal Constitucional (*Bundesverfassungsgericht*), por parte de alguns autores que se queixavam de uma lesão à garantia da razoável duração do processo". O Tribunal Constitucional mencionou, para os órgãos judiciais envolvidos, a possibilidade de empregar o julgamento do procedimento-modelo para a prestação jurisdicional.⁴²

Como característica, este procedimento proporciona o julgamento pelo rito de um procedimento-modelo, no qual o objetivo é formar uma decisão coletiva acerca de questões de fato ou de direito comuns, sendo que a Corte somente analisa as questões comuns, cabendo ao juízo competente o julgamento dos processos individuais.⁴³

Este procedimento funciona basicamente em 03 fases. Na primeira, é realizado o pedido de instauração pelas partes (não cabe o pedido pelo juiz), com os devidos apontamentos quanto aos pontos controvertidos e a indicação do escopo de tratamento coletivo, demonstrando que a lide possui repercussão extraprocessual.⁴⁴

Na segunda fase, é verificada a admissibilidade pelo juízo de origem, que, reconhecendo o seu cabimento, profere decisão solicitando ao tribunal de hierarquia superior a sua atuação.⁴⁵ O Tribunal, após determinar a instauração do incidente, procede a escolha de líder para os diversos autores e outro para o réu ou réus, que atuará diretamente na Corte, traçando estratégias processuais para a melhor solução

⁴¹ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações coletiva e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional**. p.123.

⁴² CARDOSO, Juliana Provedel. Op. cit., p.42-43.

⁴³ Id.

⁴⁴ Ibid., p.44.

⁴⁵ Id.

do litígio.⁴⁶ Ademais, deve o Tribunal publicar a instauração do procedimento-modelo e determinar a suspensão de todos os processos que veiculem a questão a ser decidida.⁴⁷

Por fim, na terceira fase, após o julgamento do procedimento-modelo pelo Tribunal, os processos retornam ao juízo de origem para o julgamento dos processos individuais.⁴⁸

Assim, como se pode observar, por meio deste procedimento-modelo, as demandas individuais são julgadas pelo juízo de origem, havendo uma análise em abstrato da tese jurídica ou das questões de fato comum pelo Tribunal Superior, o qual não possui competência para proceder ao julgamento das demandas individuais. Portanto, trata-se de forma de coletivização parcial, visando dar tratamento unificado a questões fáticas e jurídicas repetitivas, facilitando a atuação dos demais juízos inferiores.

Esclareça ainda que este procedimento-modelo fora utilizado como inspiração para a criação do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas no Brasil, constando referência ao instituto expressamente no bojo da Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 2015.⁴⁹ Nada obstante, como se verá *infra*, o IRDR brasileiro possui características próprias que em muito se diferem do procedimento-modelo alemão.

1.3 O PROCESSO COLETIVO NO BRASIL

Primeiramente, cabe esclarecer que o conceito de processo coletivo originariamente no país se manteve restrito as ações coletivas, sendo esta a primeira forma de coletivização presente no direito brasileiro, podendo identificar o processo como coletivo quando sua finalidade fosse a tutela de um interesse metaindividual.⁵⁰

⁴⁶ CARDOSO, Juliana Provedel. Op. cit., p.44.

⁴⁷ Ibid., p.45.

⁴⁸ Id.

⁴⁹ Exposição de Motivos Ante Projeto do Código de Processo Civil. (SENADO FEDERAL. Secretaria de Editoração e Publicações. Coordenação de Edições Técnicas. **Código de processo civil e normas correlatas**. 7.ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015. p.30. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>>. Acesso em: 14 fev. 2019).

⁵⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição coletiva e coisa julgada**: teoria geral das ações coletivas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p.58-59.

Nada obstante, a insuficiência deste modelo de processo coletivo baseado unicamente em ações coletivas incentivou os estudiosos a buscar em outros institutos (e em outros ordenamentos jurídicos) soluções para os problemas brasileiros, notadamente no tocante a litigância de massa e a questão dos direitos individuais homogêneos.

Assim, após a análise de diversas formas de coletivização presentes no direito comparado, cabe agora a análise de suas influências no âmbito nacional, bem como em que medida impactaram na própria definição do conceito atual de processo coletivo no Brasil.

1.3.1 As Ações Coletivas no Brasil

Inicialmente, em 1965, foi editada a Lei n.º 4.717, a qual disciplinava o cabimento da ação popular, ainda que de forma restrita a tutela do patrimônio público, este entendido originalmente como os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético ou histórico dos entes pertencentes a Administração direta e indireta, consoante redação originária do art. 1.º, §1.º, do mencionado instrumento legislativo.

Posteriormente a edição da Lei de Ação Popular, José Carlos Barbosa MOREIRA⁵¹ já afirmava que esta "foi marcante para o desenvolvimento da consciência e da problemática relacionada com a questão dos interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos".⁵²

Assim, na década de 1980, ainda surgem outras importantes previsões legislativas e constitucionais acerca da tutela dos direitos coletivos. Em 1981, são publicadas a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente e a Lei Orgânica do Ministério Público, ambas prevendo a legitimidade do *parquet* para apresentação de ações civis públicas para tutela do meio ambiente.⁵³ Registre-se que em 1985, fora editada a Lei de Ação Civil Pública, estendendo a proteção coletiva para, além do meio ambiente e o patrimônio público, proteção do direito do consumidor.

⁵¹ Para maiores esclarecimentos: MOREIRA, José Carlos Barbosa. A proteção jurídica dos interesses coletivos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v.139, p.1-10, jan./mar. 1980. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43129/41792>>. Acesso em: 14 fev. 2019.

⁵² MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações coletiva e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional**. p.200.

⁵³ *Ibid.*, p.201.

Ainda na década de 1980, é editada a Constituição Federal de 1988, que ampliou o objeto da ação popular, bem como elevou a nível constitucional "as ações populares, nos termos do art. 5.º, LXXIII, as ações civis públicas, conforme art. 129, III, e as ações de mandado de segurança coletivo, objeto do art. 5.º, LXIX e LXX".⁵⁴

Por fim, em 1990, é editado o Código de Defesa do Consumidor, responsável por dar um dos grandes avanços à proteção coletiva no Brasil, definindo os conceitos de direito difuso, coletivo e individual homogêneo, bem como estabelecendo inúmeras regras processuais para o trato do processo coletivo, motivo pelo qual alguns autores o entendem como um "Código de Processo Coletivo Brasileiro".⁵⁵

Esclareça-se que ainda na década de 1990 e seguintes, surgiram inúmeros outros diplomas normativos contemplando regras para proteção de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, como o Estatuto da Criança e do Adolescente, Estatuto do Idoso, dentre outras.

Diante deste emaranhado legislativo de normas com finalidade única de conferir proteção aos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, a doutrina nacional passou a defender a tese de que "aos processos coletivos se aplicaria a teoria sobre os microssistemas [...]. Assim, existiria no direito positivo brasileiro, já configurado, um 'microssistema processual coletivo'".⁵⁶

Cabe registrar que, apesar dos inúmeros diplomas normativos, estabelecendo ações tipicamente coletivas, também é possível a utilização de qualquer outro instrumento processual disponível no sistema, como decorrência do princípio da não taxatividade, o qual se discorrerá abaixo.

Ainda assim, vale frisar que o sistema de ações coletivas no Brasil apresenta peculiaridades próprias se comparado com o sistema das *class actions* norte-americanas. Assim, diferentemente do direito norte-americano, o Brasil previu a definição de conceitos como direitos coletivos, a não taxatividade, a atipicidade, disciplinou a legitimação por substituição processual (legitimados coletivos, via de regra), bem como

⁵⁴ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações coletiva e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional**. p.203.

⁵⁵ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil**. p.53.

⁵⁶ Ibid..., p.56.

tratou da extensão da coisa julgada *secundum eventum litis* apenas para beneficiar os direitos individuais, o que torna as ações coletivas brasileiras diferenciadas das demais.⁵⁷

1.3.2 A Insuficiência do Modelo de Processo Coletivo Tradicional no Brasil

Inicialmente, esclareça-se que para fins do presente estudo, entende-se por processo coletivo tradicional aquele baseado unicamente em ações coletivas, utilizando-se, portanto, a forma de coletivização total do processo.

Neste momento serão apresentados dados estatísticos elaborados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Cortes Superiores brasileiras, os quais demonstram que a tutela de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos por meio de ações coletivas não fora suficiente no combate da litigação de massa, falhando em dar concretização a princípios constitucionais como a eficiência, isonomia, segurança jurídica e duração razoável do processo.

Segundo dados oficiais⁵⁸, em 1989, foram distribuídos ao STJ apenas 6.103 novos processos, sendo que em 1990 já foram 14.087 novos processos e em 1991 o número já era de 23.368. Registre-se que em 2012 este número passou para 289.524 novos processos distribuídos na Corte.

No âmbito do STF, Segundo Relatório de Atividades elaborado pela Corte⁵⁹, no ano de 2017 foram autuados 103.650 novos processos, havendo um acervo final em dezembro do mesmo ano de 45.437 processos. Registre-se que somente quanto a recursos extraordinários e suas decorrências, como agravo interno e agravo em recurso extraordinário, se somaram um total de 85.018 processos recursais, sendo

⁵⁷ ZANETI JR., Hermes. Três modelos de processo coletivo no direito comparado: *class actions*, ações associativas/litígios agregados e o "processo coletivo: modelo brasileiro". **Revista Eletrônica de Processos Coletivos**, Porto Alegre, v.5, n.3, 2014. Disponível em: <https://www.academia.edu/16746386/Tr%C3%AAAs_Modelos_de_Processo_Coletivo_no_Direito_Comparado_Class_Actions_A%C3%A7%C3%B5es_Associativas_Lit%C3%ADgios_Agregados_e_o_Processo_Coletivo_Modelo_Brasileiro>. Acesso em: 16 fev. 2019.

⁵⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Relatório estatístico**: 2012. p.20. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Boletim/verpagina.asp?vPag=0&vSeq=185>>. Acesso em: 13 fev. 2019.

⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Relatório de atividades 2017**. Brasília: STF, Secretaria de Documentação, 2018. p.32. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/centralDoCidadao/AcessoInformacaoGestaoEstrategica/anexo/RelatorioAtividadesSTF2017.pdf>>. Acesso em: 09 jul. 2018.

que em 2016 o total era de 77.418 processos recursais, havendo, portanto, um aumento de recursos de um ano para o outro.

No tocante ao Superior Tribunal de Justiça⁶⁰, observa-se que no ano de 2017, a Corte recebeu o total de 332.284 novos processos, dentre competência recursal e originária. Deste total, 179.698 são Agravos em Recursos Especiais, sendo ainda 68.143 Recursos Especiais, o que demonstra a alta taxa de subida dos recursos extraordinários às Cortes Superiores.

Entretanto, a situação é ainda mais grave quando se leva em consideração a primeira instância, tendo em vista que é nesta que se concentra a grande massa de processos pendentes. Segundo relatório elaborado pelo CNJ, ao final do ano de 2017, dos 80,1 milhões de processos pendentes de resolução definitiva em todo o Poder Judiciário, cerca de 94,1% destes tramitavam perante a primeira instância, o que equivale a cerca de 75,37 milhões de processos pendentes de resolução definitiva na primeira instância das diversas justiças do país.⁶¹

Ressalte-se também que o número total de processos, se comparado com 2009, cresceu 31,9%, apresentando uma taxa média anual de crescimento de 4%⁶², demonstrando o aumento desenfreado dos processos decorrentes principalmente da judicialização de massa.

Portanto, em análise aos dados estatísticos, é possível afirmar que o número de processos judiciais cresceu vertiginosamente se comparado ao final da década de 1980 e início da década de 1990. É cediço que o aumento do número de processos judiciais se dá por inúmeros fatores, não só pela a insuficiência do modelo de processo coletivo, podendo-se apontar outros fatores como desenvolvimento tecnológico dos processos digitais, desenvolvimento das defensorias públicas e até mesmo o maior acesso à justiça por meio dos juizados especiais, dentre outros.

⁶⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Assessoria de Modernização e Gestão Estratégica. Coordenadoria de Gestão da Informação. **Relatório estatístico**. Brasília, 2017. p.15-19. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Boletim/verpagina.asp?vPag=0&vSeq=301>>. Acesso em: 09 jul. 2018.

⁶¹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Justiça em números 2018**: ano-base 2017. Brasília: CNJ, 2018. p.197. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/09/8d9faee7812d35a58cee3d92d2df2f25.pdf>>. Acesso em: 19 maio 2019.

⁶² CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Justiça em números 2018**: ano-base 2017. Brasília: CNJ, 2018. p.197. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/09/8d9faee7812d35a58cee3d92d2df2f25.pdf>>. Acesso em: 19 maio 2019.

No entanto, quando se observa dados referentes às ações coletivas, verifica-se que a insuficiência deste modelo de coletivização também contribuiu para que a situação conjuntural apenas se agravasse ainda mais.

O CNJ, em parceria com instituto de pesquisa, revelou que existe uma preferência pelos magistrados por ações individuais. Neste estudo, chegou-se ao seguinte resultado: 8,5% dos magistrados afirmaram que ações coletivas solicitando acesso a políticas/bens públicos têm mais sucesso do que ações individuais; 23,4% dos magistrados entrevistados disseram que não veem diferença significativa entre as ações coletivas e individuais em relação ao seu sucesso; enquanto a grande maioria (62,4%) dos magistrados entrevistados afirmaram as ações individuais solicitando acesso a políticas públicas/bens públicos têm mais sucesso que as ações coletivas; 5,7% não souberam opinar.⁶³

Ademais, fora possível verificar que as ações coletivas são direcionadas em sua grande maioria para a tutela de direitos individuais homogêneos, em detrimento de direitos difusos e coletivos⁶⁴, o que demonstra que estas estão direcionadas também ao combate da litigação de massa. Porém, este combate não é suficiente para conferir uma resposta eficiente ao problema, uma vez que, conforme demonstrado acima, o número de processos judiciais se mantém em crescimento constante e desenfreado.

Deste modo, em razão desta incapacidade do modelo tradicional de processo coletivo em conferir uma resposta adequada ao problema da litigação de massa, surgem outros instrumentos processuais no Brasil e mundo, buscando conferir uma forma de coletivização parcial do processo.

Registre-se que as formas de coletivização parcial do processo, apesar de não serem tão eficientes do ponto de vista da concretização do princípio do acesso à justiça, dado estarem focados na resolução eficiente de processos judiciais e não

⁶³ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Direitos e garantias fundamentais**: ações coletivas no Brasil: temas, atores e desafios da tutela coletiva. Brasília: CNJ, 2017. p.15. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/01/ee3f22cd4cddac54ce99ced5beeeaa91.pdf>>. Acesso em: 17 maio 2019.

⁶⁴ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Direitos e garantias fundamentais**: ações coletivas no Brasil: temas, atores e desafios da tutela coletiva. Brasília: CNJ, 2017. p.13. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/01/ee3f22cd4cddac54ce99ced5beeeaa91.pdf>>. Acesso em: 17 maio 2019.

propriamente na defesa de direitos, buscam conferir uma resposta adequada ao problema da judicialização de massa.

Assim, a soma destas duas formas de coletivização (total e parcial) em um novo modelo de processo coletivo pode ajudar, senão na resolução total do problema, talvez amenizar a situação existente, dando concretização a princípios importantes para o direito brasileiro como a isonomia, segurança jurídica, duração razoável do processo e eficiência.

1.3.3 A Busca por Respostas mais Eficientes: outras Formas de Coletivização

Neste contexto, buscou-se novas propostas para amenizar o número de processos distribuídos a cada ano, bem como a procura por novas fórmulas de tratamento de questões coletivas. É neste contexto que surgem, ainda no sistema do Código revogado, a repercussão geral e o julgamento de recursos repetitivos.

No que se refere, inicialmente, à repercussão geral, como mencionado, muito embora inserida na Constituição Federal por obra a EC n.º 45/2004, apenas em 03 de maio de 2007 passou a ser exigida no Supremo Tribunal Federal. Quanto à sistemática dos recursos especiais repetitivos, inserida no Código de Processo Civil pela Lei n.º 11.872/2008, foi regulamentada pela Resolução n.º 07/2008 do Superior Tribunal de Justiça.

A novidade, contudo, é que, diferentemente do que se passou com as tentativas anteriores, acima relatadas, as duas técnicas, da repercussão geral e dos recursos repetitivos testadas nos últimos anos de vida do CPC revogado, efetivamente conseguiram reduzir a quantidade de processos que chegaram àquela Cortes. O duplo arsenal mantido no novo CPC, ganhou mais um protótipo com o Novo CPC: o incidente de resolução de demandas repetitivas.⁶⁵

E assim, a partir de 2007, podemos afirmar que convivem no sistema brasileiro formas de coletivização total e parcial, uma composta por ações coletivas propriamente ditas, sob um regime de substituição processual, e outro composto por incidente de julgamento de recursos repetitivos, no qual se busca a tutela molecular de questões comuns, antes analisadas de forma atômica.

⁶⁵ RODRIGUES, Marcelo Abelha. Técnicas individuais de repercussão coletiva x técnicas coletivas de repercussão individual. In: ZANETI JR., Hermes (Coord.). **Repercussões do Novo CPC: processo coletivo**. Salvador: Juspodvim, 2016. p.627-628.

Ressalte-se que a partir da edição do Código de Processo Civil de 2015, há uma expansão das técnicas de coletivização parcial do processo, ganhando especial destaque a técnica de julgamento de casos repetitivos.

A definição de julgamento de casos repetitivos vem prevista no art. 928, do Código de Processo Civil, que o define como sendo a decisão proferida em Incidente de Julgamento de Demandas Repetitivas (IRDR) e Recursos Especiais e Extraordinários Repetitivos, sendo certo que esta forma de julgamento abrange questões de direito material ou processual.

O IRDR, vem regulamentado nos art. 976 e seguintes do Código de Processo Civil, e se trata de um incidente, por meio do qual, um Tribunal "julga por amostragem demandas repetitivas, que tenham por objeto controvertido uma mesma e única questão de direito".⁶⁶ Registre-se que selecionado o caso, ou conjunto deles, o Tribunal passa ao seu julgamento, aplicando-se posteriormente o resultado do julgamento do caso paradigma a todos os demais casos idênticos.⁶⁷

Este procedimento somente pode ser requerido pelo juiz de ofício, pelas partes, pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, conforme prevê o art. 977, do CPC.

De outro lado, os recursos especiais e extraordinários repetitivos, disciplinados nos art. 1.036 e seguintes do Código de Processo, se tratam de incidente por meio do qual os Tribunais Superiores (STF e STJ) selecionam recursos desta natureza para julgamento por amostragem, aplicando-se o resultado do julgamento a todos os demais casos com questões idênticas.⁶⁸

Entretanto, diferentemente do IRDR, os recursos repetitivos não possuem legitimados para proceder ao seu pedido de instauração previstos no Código. Porém, nada impede que os legitimados do IRDR e os legitimados coletivos para as ações coletivas ingressem com o presente pedido, aplicando-se a regra do microsistema coletivo de forma subsidiária.

⁶⁶ TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso avançado de processo civil**. 16.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v.2. p.726.

⁶⁷ Id.

⁶⁸ Ibid., p.640.

Assim, a partir destes instrumentos, verifica-se uma coletivização das decisões judiciais, buscando a racionalização de processos judiciais por meio de julgamento de questões de forma única, o que encontra em grande medida influência do direito alemão, notadamente ao seu procedimento-modelo.

Ademais, também surgem no direito brasileiro hipóteses de coletivização da prova, que podem aparecer em forma de coletivização total ou parcial do processo. Apesar desta peculiar forma de coletivização ser analisada de forma mais aprofundada em tópico infra, é possível elencar alguns instrumentos existentes.

Deste modo, seria possível sua coletivização por meio da produção de prova por meio de atos concertados, realizando-se, a grosso modo, um incidente de coletivização de produção de provas, inspirado no *multidistrict litigation (MDL)*⁶⁹, instrumento de coletivização Norte Americano; pela produção coletiva negociada da prova; por meio de negócios jurídicos processuais coletivos⁷⁰; e por fim pela utilização da ação de produção antecipada de provas.⁷¹

1.3.4 Reconfiguração do Conceito de Processo Coletivo a partir das Novas Formas de Coletivização

A partir das formas de coletivização existentes no direito brasileiro, influenciadas por institutos presentes no direito comparado, como o *multidistrict litigation*, as *class actions* e até mesmo o procedimento-modelo alemão, é possível notar uma alteração do conceito de processo coletivo, que desloca seu foco unicamente das ações coletivas (forma de coletivização total) para também abarcar outras formas de coletivização (coletivização parcial).

Nesta ótica, é possível afirmar que coexistem no direito brasileiro instrumentos de coletivização total e instrumentos de coletivização parcial, o que acarreta uma necessária confluência entre processos coletivos propriamente ditos (ações coletivas),

⁶⁹ LUNARDI, Thais Amoroso Paschoal. **Coletivização da prova: técnicas de produção coletiva da prova e seus reflexos na esfera individual**. 2018. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Humanas, Letras e Artes, Universidade Federal do Paraná, Curitiba. p.160-193.

⁷⁰ Ibid., p.227-243.

⁷¹ Ibid., p.194-227.

processos individuais e incidentes de coletivização parcial (técnicas processuais de coletivização).

Assim, identifica-se no direito brasileiro várias formas de tutela dos direitos, podendo-se esta se dar unicamente por meio de ações coletivas; unicamente por meio de ações individuais (em litisconsórcio ou não); por meio de ações coletivas coordenadas com ações individuais (ex. ação de produção antecipada de provas seguida de ações individuais – objeto principal de estudo deste trabalho); ou mesmo por ações individuais coordenadas com técnicas de coletivização, seja da decisão seja da prova.

Deste modo, para fins do presente trabalho, adota-se a classificação que considera para fins de conceituação de processo coletivo tanto as ações coletivas como os instrumentos de resolução agregada de conflitos (agregações administrativas).⁷² Assim, abrange-se as ações coletivas, o julgamento de casos repetitivos, bem como qualquer técnica de coletivização ou agregação para análise coletiva da matéria, seja na fase decisória ou instrutória.

No Brasil, esta também parece ser a posição de Fredie DIDIER JR. e Hermes ZANETI JR., para quem:

O processo é coletivo se a relação jurídica *litigiosa* (a que é objeto do processo) é coletiva. Uma relação jurídica é coletiva se em um de seus termos, como sujeito ativo ou passivo, encontra-se um *grupo* (comunidade, categoria, classe, etc.; designa-se qualquer um deles pelo gênero *grupo*) e, se no outro termo, a relação jurídica litigiosa envolver direito (situação jurídica ativa) ou dever ou estado de sujeição (situações jurídicas passivas) de um determinado grupo.⁷³

Ademais, os próprios autores são expressos em afirmar que estas situações jurídicas coletivas podem dar azo tanto a tutela por meio de ações coletivas, como também pela formação de um grupo somente a partir da técnica de julgamento de questões repetitivas.^{74,75}

⁷² CORDERO, Jorge A. Sánchez. **Principios del derecho de los procesos colectivos**: principles of the law of aggregate litigation. Tradução de Francisco Verbic. México: Universidad Nacional Autónoma de México (The American Law Institute), 2014. p.11. Disponível em: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3734/15.pdf>>. Acesso em: 13 fev. 2019.

⁷³ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil**. p.31.

⁷⁴ *Ibid.*, p.66.

⁷⁵ Para uma análise mais aprofundada: DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Ações coletivas e o incidente de julgamento de casos repetitivos: espécies de processo coletivo no direito brasileiro: aproximações e distinções. **Revista de Processo**, São Paulo, v.256, p.209-218, jun. 2016.

Portanto, há uma convivência de diversas formas de processo coletivo, os quais a pertinência dependerá do caso concreto e dos direitos a serem protegidos, sendo certo que o fim último da jurisdição é conferir uma adequada tutela do direito material, possuindo um caráter instrumental, devendo se ater as necessidades do direito material.⁷⁶

1.3.5 Algumas Implicações Práticas da Reconfiguração do Conceito de Processo Coletivo

Em tópico supra fora possível delinear o conceito de processo coletivo utilizado para fins do presente trabalho, o qual compreende a resolução de qualquer situação jurídica coletiva, na qual exista um grupo substituído e partes que atuam na representação deste. Assim, o processo coletivo abrangeria não somente as ações coletivas, mas também outras formas de coletivização, as quais também devem ser aplicadas as normas fundamentais existentes.

Frise-se que neste ponto serão utilizadas em grande medida as normas fundamentais elencadas na obra sobre processo coletivo desenvolvida por Fredie DIDIER JR. e Hermes ZANETTI JR.⁷⁷

Nada obstante, cabe esclarecer que neste tópico serão analisadas de forma breve algumas possibilidades de interferência das normas fundamentais nas formas de coletivização existentes, utilizando-se como premissa a possibilidade de aplicação do microsistema processual coletivo, agora composto por normas relacionadas as ações coletivas e àquelas previstas para outras formas de coletivização.

1.3.5.1 Regra da legitimidade adequada

A primeira norma fundamental analisada é a regra da legitimação adequada. Por meio desta regra, busca-se "que esteja a classe/grupo/categoria bem representada

⁷⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sergio Cruz. **Curso de processo civil**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. v.1. p.128.

⁷⁷ DIDIER JR., Fredie; ZANETTI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil**. p.104-129.

nas demandas coletivas, quer dizer, representada por legitimado ativo ou passivo que efetivamente exerça a situação jurídica coletiva em sua plenitude".⁷⁸

Assim, no bojo das ações coletivas, deve o substituto processual ser efetivamente representante da classe, devendo inclusive existir controle judicial de sua legitimidade. De outro lado, no âmbito do julgamento de casos repetitivos, a legitimação adequada também é prevista em lei, porém, não a um substituto coletivo, mas sim àqueles expressamente previstos no Código, como o Ministério Público, a Defensoria Pública e as partes, como previsto para o IRDR no art. 977, do NCPC.

Neste ponto, apesar de inexistir norma que determine o controle da legitimidade adequada dos indivíduos no bojo do IRDR e julgamento de recursos repetitivos, deve-se aplicar subsidiariamente o regime das ações coletivas, no qual é necessário um controle jurisdicional da legitimidade adequada dos substitutos processuais.⁷⁹ Com isso se evita que decisões judiciais sejam tomadas de forma coletiva sem a legitimação que destas se espera.

Ademais, no tocante a legitimidade para requerer a instauração do incidente de julgamento de recursos repetitivos, ante a lacuna normativa, deve-se aplicar também subsidiariamente as regras do microssistema coletivo, de modo a tornar legitimados àqueles previstos para o IRDR e para as ações coletivas.

Vale frisar também que, em razão do princípio da legitimidade adequada, se afigura preferível ao escolher a causa piloto para julgamento nos casos repetitivos que esta se trate de uma ação coletiva, o que é corroborado pelo teor do enunciado 615 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "na escolha dos casos paradigmas devem ser preferidas, como representativas da controvérsia, demandas coletivas às individuais [...]".⁸⁰

⁷⁸ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil**. p.106.

⁷⁹ Para maiores esclarecimentos: OSNA, Gustavo. O (s) problema (s) do incidente de resolução de demandas repetitivas: dialogando com Luiz Guilherme Marinoni. In: ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (Coord.); DOTTI, Rogéria (Org.). **O processo civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos**. São Paulo: RT, 2017. p.647-665.

⁸⁰ ENUNCIADOS do Fórum Permanente de Processualistas Civis. Florianópolis, mar. 2017. p.76. Disponível em: <<http://civileimobiliario.web971.uni5.net/wp-content/uploads/2017/07/Carta-de-Florian%C3%B3polis.pdf>>. Acesso em: 14 fev. 2019.

1.3.5.2 Regra da ampla informação e publicidade adequada

A segunda regra é a necessidade de ampla informação e publicidade a todos os membros da coletividade, seja para o exercício de seu direito de *opt out* (ações coletivas), dando andamento a suas respectivas ações individuais, ou seu direito de *opt in* (julgamento de casos repetitivos), no qual somente aqueles que efetivamente ingressarem com suas demandas judiciais serão beneficiados pela decisão.

Registre-se que nestes dois sistemas a disseminação da informação age diferentemente, tendo em vista que nas ações coletivas a coisa julgada somente atinge para beneficiar, enquanto no julgamento de casos repetitivos a coisa julgada se opera individualmente em cada demanda individual.

Assim, no primeiro (ações coletivas), a informação e publicidade contribui para que os sujeitos individuais possam tomar conhecimento da demanda coletiva, escolher entre a tutela individual, caso disponível, ou aguardar para se aproveitar de eventual coisa julgada coletiva.

De outro lado, quando se tratar de julgamento de casos repetitivos, os litigantes individuais devem tomar conhecimento para que possam ingressar com suas respectivas ações individuais, uma vez que não há a formação de coisa julgada decorrente do julgamento do incidente.

1.3.5.3 Princípio da competência adequada

Ainda temos o princípio da competência adequada, por meio do qual, a grosso modo, existem juízos distintos a depender da disseminação das lesões (litígios locais, regionais ou nacionais), regra essa aplicada as ações coletivas.

De outro lado, para os casos repetitivos a competência adequada é preenchida pela atribuição a um órgão diferenciado do Tribunal para julgamento dos incidentes, uma vez que a decisão será aplicada a todos os demais casos suspensos, devendo

atender parâmetros como "coerência, consistência, universalidade, objetividade, suporte, replicabilidade e contraditório aprofundado".⁸¹

Neste ponto, deve-se atentar para a possibilidade de utilização conjunta de formas de coletivização parcial de decisões com ações coletivas, a exemplo de IRDR (caso existam várias ações coletivas discutindo o tema) ou mesmo o incidente de assunção de competência. Assim, utilizando-se ambos os institutos poder-se-á conferir a abrangência regional ou nacional com maior facilidade e menores críticas.

1.3.5.4 Princípio da indisponibilidade da demanda coletiva

Seguindo a análise, há o princípio da indisponibilidade da demanda coletiva. Por meio deste princípio, é vedada a desistência da ação coletiva, sendo certo que caso o legitimado desista, caberá ao Ministério Público ou a outro legitimado coletivo dar prosseguimento ao feito.⁸² Porém, este princípio possui uma especial aplicação no bojo do julgamento dos casos repetitivos.

No âmbito dos casos repetitivos, prevalece a teoria que Brasil adotou o modelo de caso-piloto, no qual o "Tribunal, portanto, além de fixar a tese jurídica ainda julgará a causa, o que demonstra tratar-se de causa-piloto e não causa modelo. Essa é a posição compartilhada por Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneio da Cunha e Bruno Dantas".⁸³ Assim, neste ponto o IRDR se diferencia de seu predecessor do Direito Alemão. Registre-se que existe doutrina em sentido contrário, ao menos no tocante ao IRDR.⁸⁴

Nada obstante, existe uma possibilidade, em razão do princípio da indisponibilidade do processo coletivo, em que se afigura possível que a tese venha a julgamento em

⁸¹ PESSOA, Thiago Simões; FERREIRA, Luan Mora. O rol do agravo de instrumento no Novo Código de Processo Civil e o dever do Superior Tribunal de Justiça de criar precedentes universalizáveis. In: DREHMER, Anna Paula; FONSECA, Gabriel Vargas Ribeiro da (Orgs.). **Institutos de processo civil em perspectiva**. Foz do Iguaçu: IDESF, 2018. p.171. Para maiores informações: MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018; EISENBERG, Melvin Aron. **The Nature of the Common Law**. Cambridge: Harvard University Press, 1998; PUGLIESE, William. **Princípios da jurisprudência**. Belo Horizonte: Arraes, 2017.

⁸² DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil**. p.116-117.

⁸³ CARDOSO, Juliana Provedel. Op. cit., p.137-138.

⁸⁴ Por todos: TEMER, Sofia. **O incidente de resolução de demandas repetitivas**. Salvador: Juspodivm, 2016. p.68.

abstrato (caso-modelo), caso exista a desistência do recurso da parte, cabendo ao Ministério Público assumir o incidente.⁸⁵

1.3.5.5 Outros princípios

Ademais, há o princípio da primazia do julgamento de mérito, pelo qual o julgador deve sempre priorizar o julgamento do mérito da questão, sanando eventuais irregularidades processuais se possível.⁸⁶ Este princípio deve permear todos os institutos do processo coletivo, visando sempre a satisfação integral dos direitos.

Cabe mencionar que a doutrina especializada ainda traz outros princípios e regras aplicáveis ao processo coletivo como o dever de reparação integral do dano⁸⁷; princípio da não taxatividade ou atipicidade do processo coletivo⁸⁸ (possibilidade de utilização de qualquer procedimento existente para a melhor tutela do direito material, o que inclusive legitima a inclusão do julgamento de casos repetitivos como forma de processo coletivo); e o princípio da predominância de aspectos inquisitoriais no processo coletivo⁸⁹, por meio do qual se confere maiores poderes ao magistrado no bojo da demanda judicial, em razão do grande interesse público que envolve as demandas coletivas.

Por fim, insta registrar a importância impar da combinação de ambos os modelos de processo coletivo para o presente trabalho, uma vez que, por meio do princípio da atipicidade ou não taxatividade das ações coletivas, pretende-se utilizar ação de produção antecipada de provas sem o requisito da urgência para um fim coletivo.

Ademais, com isso pretende-se que seja possível a conjugação de ambos os modelos, coletivizando-se parte da demanda judicial (instrução probatória), dando prosseguimento as ações individuais numa fase posterior para ao final coletivizar novamente as demandas, agora para promover a produção da decisão judicial aplicável a todos os casos pendentes, por meio do julgamento de casos repetitivos.

⁸⁵ CARDOSO, Juliana Provedel. Op. cit., p.160.

⁸⁶ DIDIER JR., Fredie; ZANETTI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil**. p.113.

⁸⁷ Ibid., p.120.

⁸⁸ Ibid., p.121.

⁸⁹ Ibid., p.125.

1.4 O DIREITO AO PROCESSO COLETIVO ADEQUADO AO CASO CONCRETO COMO DECORRÊNCIA DO DIREITO DE AÇÃO

1.4.1 Direitos veiculados em processos coletivos: relação instrumental do processo

Inicialmente, cabe afirmar que o direito processual é instrumental face o direito material tutelado, sendo o direito de ação um direito à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva, mediante processo justo.⁹⁰ Deste modo, há uma relação de instrumentalidade entre o processo e a relação jurídica material controvertida.

No bojo de um processo coletivo, a situação não é diferente, apresentando este uma relação de instrumentalidade frente a direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Ressalte-se que esta classificação consta expressamente do Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 81, que assim prescreve:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Esclareça que existe pouca controvérsia na doutrina acerca da natureza coletiva dos direitos difusos e coletivos, uma vez que são "transindividuais (sem titular individualmente determinado) e materialmente indivisíveis".⁹¹ Porém, existe fundada controvérsia acerca da natureza ontologicamente coletiva dos direitos individuais homogêneos.

Uma primeira corrente, capitaneada por autores como Fredie DIDIER JR. e Hermes ZANETI JR.⁹², consideram os direitos individuais homogêneos direitos

⁹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Op. cit., p.347.

⁹¹ ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.34.

⁹² DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil**. p.80-81.

propriamente coletivos, e não direitos individuais coletivamente tratados por questões de eficiência e acesso à justiça. Entretanto, esta não é a visão adotada no presente trabalho.

A segunda corrente, adotada como norte neste estudo, entende que os direitos individuais homogêneos são direitos individuais, "cuja coletivização tem um sentido meramente instrumental, como estratégia para permitir sua mais efetiva tutela em juízo".⁹³

Sergio Cruz ARENHART também apresenta uma fundada crítica a classificação dos direitos individuais homogêneos à luz do direito material, adequando-os a classe dos direitos individuais com tratamento coletivo. Neste sentido:

Com efeito, pouco importa para caracterização dos direitos individuais homogêneos que os interesses em questão sejam indivisíveis ou de caráter indisponível. Não são esses elementos que caracterizam os direitos individuais como homogêneos. De fato, nada há na lei que autorize esse entendimento, nem há qualquer outra razão que assim o reclame. Substancialmente, a assimilação da ideia de direitos individuais homogêneos a uma suposta natureza indisponível do interesse tem sua origem numa deturpação decorrente da interpretação sobre a extensão da legitimidade dada ao Ministério Público para a tutela desses interesses.⁹⁴

Assim, os direitos individuais homogêneos se tratam em verdade de direitos individuais que reclamam um tratamento coletivo com base no princípio da proporcionalidade e da eficiência, em razão da maior "utilidade da proteção coletiva para o Estado, no sentido de distribuir de forma mais racional os recursos jurisdicionais entre os casos submetidos à apreciação judicial".⁹⁵

Ressalte-se que para análise desta utilidade três critérios poderiam ser elencados: "a inviabilidade da formação do litisconsórcio em demanda comum; b) a presença de afinidade de questões; e c) a existência de utilidade predominante para as partes e para o Judiciário no tratamento coletivo dos interesses individuais".⁹⁶

Ademais, com o desenvolvimento de ambas as formas de processo coletivo (ações coletivas e outras técnicas de coletivização), reforça-se ainda mais sua natureza de direitos individuais coletivamente considerados para tratamento processual,

⁹³ ZAVASCKI, Teori Albino. Op. cit., p.35.

⁹⁴ ARENHART, Sergio Cruz. **A tutela coletiva de interesses individuais**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.139.

⁹⁵ Ibid., p.153.

⁹⁶ Id.

uma vez que não se exige mais a criação de uma ficção para adequá-los à legitimidade dos entes coletivos.

Insta registrar ainda que recentemente doutrina brasileira também avançou consideravelmente no tocante aos distintos casos envolvendo direitos transindividuais, tendo Edilson VITORELLI classificados os litígios em a) litígios transindividuais de difusão global (aqueles em que o dano não atinge diretamente qualquer pessoa, havendo um baixo grau de conflituosidade⁹⁷); b) Litígios transindividuais de difusão local (as lesões atingem, de modo específico e grave determinado grupo ou grupos, apresentando grau médio de conflituosidade⁹⁸; c) Litígios transindividuais de difusão irradiada (as lesões afetam diretamente indivíduos, porém, estes não compõe nenhum grupo anterior, apresentando alto grau de conflituosidade).⁹⁹

Neste ponto, cabe frisar que, apesar do autor classificá-los todos como litígios transindividuais, ainda se trata de uma classificação útil, uma vez que não classifica os litígios de acordo com a natureza do direito material, mas sim de acordo com a complexidade e conflituosidade das lesões ocorridas.

Assim, existem diversos direitos e litígios, sendo que a cada caso será necessária uma forma de tutela diferenciada. Ademais, ganha especial destaque os "litígios transindividuais de difusão irradiada", uma vez que, em razão da grande conflituosidade, se apresenta de forma difícil a união de todos os interesses por meio de ações coletivas, optando muitas vezes os autores por manter suas respectivas ações individuais.

É neste viés que ganham espaço as formas de coletivização parcial, uma vez que buscam conferir maior celeridade a prestação jurisdicional coletiva, bem como se adequam melhor a determinados casos concretos que as ações coletivas tradicionais. Portanto, caberá ao caso concreto determinar qual a forma prestação jurisdicional coletiva será a mais adequada, seja por meio de ações coletivas, seja por meio do emprego de outras formas de coletivização.

⁹⁷ VITORELLI, Edilson. Tipologia dos litígios transindividuais: um novo ponto de partida para a tutela coletiva. In: ZANETI JR., Hermes (Coord.). **Repercussões do Novo CPC: processo coletivo**. Salvador: Juspodvim, 2016. p.89-92.

⁹⁸ Ibid., p.93-96.

⁹⁹ Ibid., p.97-105.

1.4.2 Adequação do caso concreto à respectiva forma de coletivização processual

De um modo geral, os litígios, a depender de suas peculiaridades, poderão ser tratados por diversas formas processuais. Assim, pode ser o caso de processo individual tradicional ou mediante a aglutinação da demanda por meio de litisconsórcio, bem como pode ser o caso de conferir tratamento coletivo, seja por meio do emprego de ações coletivas tradicionais, seja por meio da coordenação de procedimentos ou técnicas processuais coletivas e processos individuais, a exemplo do IRDR, julgamento de recursos repetitivos, ou mesmo a coletivização da prova.

Menciona-se que o critério da proporcionalidade, utilizado para a definição de direitos individuais homogêneos, também deve nortear a própria escolha da forma de tutela do direito material (coletivizada por ações coletivas; coletivizada de forma parcial por técnicas de coletivização ou procedimentos coletivos; ou mesmo puramente individuais) a ser utilizada no caso concreto.¹⁰⁰

Porém, outros parâmetros também devem ser utilizados para a escolha do meio processual mais adequado ao caso concreto, a exemplo do princípio da eficiência, o direito material discutido, o direito de acesso à justiça, e também todas as demais especificidades do caso concreto.

Para ilustrar melhor cabe o desenvolvimento de dois exemplos:

Caso referente ao direito do consumidor, em que um determinado fornecedor realiza a venda de produtos em menor quantidade da prevista na embalagem. Esta violação massiva de direitos produz um prejuízo de pequena monta para centenas (senão milhares) de consumidores. Diante do pequeno valor do prejuízo, se afigura difícil imaginar que os consumidores individualmente se mobilizarão na defesa de seus direitos, dado o alto custo financeiro e até mesmo emocional da judicialização dos conflitos. Assim, a tutela coletiva por meio de ação coletiva tradicional estaria mais adequada ao caso concreto.

Nada obstante, num outro caso, também pertencente ao direito do consumidor, no qual uma determinada montadora de veículos realiza a venda de automóveis com

¹⁰⁰ ARENHART, Sergio Cruz; OSNA, Gustavo. **Curso de processo civil coletivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p.48.

defeitos que acarretam graves prejuízos a integridade física de seus proprietários, de modo a dar ensejo a indenizações de valores altos, é difícil imaginar que os demandantes individuais confiem a resolução do problema nas mãos dos litigantes coletivos. Assim, é bem provável que os indivíduos mantenham suas respectivas ações individuais na busca de suas reparações, o que atrai para o caso concreto formas de coletivização parcial coordenadas com ações individuais.

Neste caso, por exemplo, seria possível o emprego de diversas formas de coletivização parcial do conflito em coordenação com as ações individuais pendentes: a) utilização da ação coletiva de antecipação de produção de provas para realização da instrução probatória unificada; b) utilização de atos concertados, visando a realização de incidente de coletivização da instrução probatória de forma incidental nos processos individuais; c) utilização do IRDR para questões controvertidas relacionadas à responsabilidade civil; d) julgamento de recursos repetitivos para definição de tese perante às Cortes Superiores quanto a questões relacionadas também à responsabilidade civil, entre outras.

Assim, o direito fundamental de ação, que abrange o direito a uma prestação jurisdicional adequada, tempestiva e efetiva, também abrange o direito ao processo coletivo adequado às peculiaridades do caso concreto, devendo o legislador criar meios coletivos adequados e o julgador apresentar formas típicas e atípicas para conferir o melhor julgamento da situação coletiva conflituosa, seja se utilizando de ações coletivas, seja se utilizando de outras formas de coletivização.

2 A PROVA NO PROCESSO COLETIVO NUM MODELO DE PROCESSO COOPERATIVO

2.1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

A produção da prova no âmbito do processo coletivo se trata de um tema que desperta pouco interesse da doutrina. É fácil verificar dos manuais e cursos sobre processo coletivo a ausência de tratamento individualizado do tema, havendo apenas menções ao inquérito civil, este um instrumento extrajudicial de investigação de titularidade do Ministério Público.

Assim, via de regra, é aplicável ao processo coletivo as noções gerais estabelecidas para o direito probatório de demandas individuais. Porém, como se mostrará neste capítulo, existem algumas peculiaridades do processo coletivo que podem afetar a instrução probatória,

Portanto, será realizada uma análise dos temas comuns referentes à prova, buscando um enfoque individualizado quanto sua aplicação no processo coletivo, devido às peculiaridades intrínsecas destes processos que envolvem direitos materiais de titularidade coletiva ou mesmo situações jurídicas que podem afetar inúmeros outros processos, como nos casos de julgamento de casos repetitivos.

2.2 AUTONOMIA PRIVADA E UM MODELO DE PROCESSO COOPERATIVO

Durante muitos anos, houve uma disputa entre o sistema inquisitivo de processo e o sistema dispositivo de processo. No primeiro sistema, era possível observar um elastecimento dos poderes do juiz, com o conseqüente ofuscamento das partes, dado que o objeto do processo seria a revelação da verdade.

De outro lado, no sistema dispositivo de processo, vislumbrava-se um fortalecimento das partes, com ofuscamento do juiz, o qual possuiria diminutos poderes na condução do feito, atuando quase que como um árbitro, fiscalizando as regras e adjudicando a vitória ao vencedor.

No entanto, há muito que a doutrina já afirma inexistir sistema puramente inquisitivo ou dispositivo, uma vez que com a evolução dos tempos houve uma mistura de concepções nos países que adotavam os respectivos sistemas, sendo que é

possível apenas dizer que haveriam àqueles em que predominava uma concepção inquisitiva e outros que predominava uma concepção dispositiva.¹⁰¹

Porém, reconhece-se a insuficiência de ambos os sistemas, notadamente em épocas dominadas por uma concepção neoconstitucionalista, na qual se observa uma mudança na teoria das fontes, na teoria da interpretação, bem como nos meios de produção legislativa, saindo de um sistema baseado em regras de mera subsunção para um sistema com inúmeras cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados.

Assim, no processo não poderia ser diferente. Tornou-se insuficiente a concepção inquisitiva de processo, uma vez que a busca pela democracia trouxe as partes de volta ao jogo processual, devendo todos os sujeitos processuais atuarem juntos na busca de um melhor provimento jurisdicional. Inclusive, para MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, a participação das partes, em contraditório, é até mesmo fator de legitimação da própria jurisdição.¹⁰²

Frise-se que nem mesmo a ideia publicística de processo pode ser levantada como impeditiva de conferição de maior autonomia às partes, uma vez que até mesmo Oskar BULOW, quando do desenvolvimento de sua teoria da relação jurídica, a criou como forma de se opor a inconsistência teórica da teoria das exceções dilatórias e a um modelo de processo contratual puro¹⁰³, e não propriamente à neutralização do papel das partes no processo. Inclusive, apresenta enfoque quanto à natureza material das exceções dilatórias e o ônus das partes de prová-las, como as demais matérias de mérito do processo.¹⁰⁴

No entanto, também não parece ser mais possível no processo civil contemporâneo retirar do magistrado a condução ativa do processo¹⁰⁵, senão em razão do enraizamento cultural, também porque em muitos casos se observa um

¹⁰¹ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. 17.ed. Salvador: Juspodivm, 2015. v.1. p.122-123.

¹⁰² MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sergio Cruz. **Curso de processo civil**. p.447.

¹⁰³ BULOW, Oskar Von. **A teoria das exceções processuais e dos pressupostos processuais**. Campinas: LZN, 2003. p.260.

¹⁰⁴ Ibid., p.261.

¹⁰⁵ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: do modelo ao princípio**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p.99.

desequilíbrio entre os demandantes, tornando imprescindível a conduta ativa do juiz, o qual detém inclusive a prerrogativa de produzir provas.

Dito isso, já se vislumbra que um novo sistema deveria ser inaugurado, no qual fosse possível a conciliação da autonomia privada das partes, bem como preservasse a importância do juiz na condução do feito.

Este novo sistema, em razão da necessidade de todos os sujeitos trabalharem em conjunto, sem estrelismos ou ostracismos, dividindo de forma equilibrada o trabalho entre todos os seus participantes, fora chamado de modelo cooperativo.¹⁰⁶

Assim, seria um modelo em que a condução do processo deixa de ser determinada pelas partes, mas também não pode ser objeto de condução exclusiva pelo magistrado. Neste sistema, o juiz não pode se encontrar em uma posição assimétrica frente às partes, mas sim chamá-las para conduzir o feito em pé de igualdade e de uma forma cooperativa.¹⁰⁷

A adoção de um modelo cooperativo impacta diretamente no campo probatório. Como todos os sujeitos processuais devem atuar em conjunto, se propõe que deve ser diferente a participação do juiz no feito a depender do direito material discutido em juízo.

Nesta linha, Flávio YARSHELL afirma que:

pensar que o poder de instrução do juiz deveria ser sempre o mesmo, sem qualquer cogitação acerca da relação de direito material controvertida, seria reputar – ainda que tacitamente – que o viés público do processo, determinado pelos seus escopos, seria também determinante de um caráter absolutamente indisponível da relação de direito processual.¹⁰⁸

Deste modo, caso discutido um direito material indisponível ou mesmo se encontrando em jogo um direito fundamental, deve-se privilegiar um poder instrutório amplo. Entretanto, vale a ressalva que o feito deve caminhar em conjunto com todos os sujeitos processuais. Assim, apesar do poder instrutório ser amplo, deve ser utilizado somente de forma complementar, proporcionando às partes primeiramente se desincumbir de seus ônus da forma que melhor lhe aprouver.

¹⁰⁶ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: do modelo ao princípio. p.50.

¹⁰⁷ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. p.125.

¹⁰⁸ YARSHELL, Flávio. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros, 2009. p.124.

Porém, em processos em que se discute relações jurídicas simétricas, como o direito civil e o empresarial, deve-se ter um poder instrutório extremamente reduzido, para não se dizer inexistente, dando primazia a vontade das partes, as quais, em última medida, são as mais interessadas na prestação da tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva.

Assim, no âmbito do processo coletivo, em razão do princípio da indisponibilidade da demanda coletiva, haverá um poder instrutório amplo ao juiz, o qual deve fiscalizar a produção probatória, bem como atuar ativamente na sua produção, inclusive com a possibilidade de averiguar a deficiência do substituto processual em produzi-la.

Registre-se que a prova produzida não só pertence ao processo em que surge, mas a todos os substituídos que possuem um direito à adequada produção da prova, atendendo-se aos requisitos do direito material discutido, bem como as peculiaridades do caso concreto. É certo que por serem os representantes escolhidos por um rol legal, ganha ainda mais destaque a função do juiz na instrução probatória, atuando ativamente, ainda que de forma complementar, suprimindo eventual deficiência dos substitutos processuais.

2.3 CONCEITO E DESTINATÁRIO DA PROVA

Inicialmente, é possível afirmar que sob um viés estático, as provas pertencem ao campo do direito material, pois sob este aspecto estas são consideradas como meios ou fontes, relacionadas à função de certeza dos negócios jurídicos.¹⁰⁹ De outro lado, sob um aspecto dinâmico, a prova ganha especial importância no direito processual, em razão de importar numa reprodução ao juízo do fato a provar, o que ocorre no bojo do processo e obriga todos os sujeitos processuais.¹¹⁰

O conceito de prova pode ser analisado por diversos ângulos, uma vez que a própria acepção da palavra "prova" pode ser vista por diferentes funções, limitando-se a

¹⁰⁹ SATTA, Salvatore. **Direito processual civil**. Campinas: LZN, 2003. v.1. p.395.

¹¹⁰ Ibid., p.396.

este estudo a 03 (três) acepções: a) Atividade de provar; b) A prova como meio; c) A prova como fonte.¹¹¹

A prova como atividade demonstra o ato por meio do qual cabe a um sujeito processual demonstrar a veracidade de suas alegações. Neste ponto, faz necessário frisar que não se provam fatos no âmbito do processo, mas sim alegações de fato, uma vez que os primeiros pertencem ao campo do ser e não do dever-ser.¹¹² Assim, "o fato não pode ser qualificado de 'certo', 'induvidoso' ou 'verdadeiro'. Ele existe ou não existe, sem comportar qualificação".¹¹³

Frise-se que o juízo de convencimento obtido ao final não se operará sobre os fatos (estes existentes ou não), mas sim sobre as afirmações de fato provenientes das partes que as buscam prová-las.¹¹⁴

Ainda pode se analisar a acepção do termo "prova" como meio e como fonte. Como meio de prova, temos a forma de extração das informações do objeto¹¹⁵, assim estes podem se constituir em uma prova testemunhal, prova pericial, confissão, dentre outras tantas. De outro lado, a fonte da prova se constitui no objeto do qual se extraem as informações pelo meio de prova, assim seriam as coisas, as pessoas e os fenômenos.¹¹⁶

Frise-se que não se desconhece a concepção de CARNELUTTI, para quem só há interesse na classificação em fonte de prova e meio de prova no tocante ao que o autor denomina de provas indiretas, sendo que no tocante às provas diretas não haveria aplicação daquela classificação.¹¹⁷ Porém, opta-se por não adotar neste trabalho esta classificação do autor italiano.

¹¹¹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarna; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**. Salvador: Juspodivm, 2018. v.2. p.48.

¹¹² Ibid., p.63.

¹¹³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. **Prova**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.103.

¹¹⁴ CALAMANDREI, Piero. Verità e verosimiglianza nel processo civile. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, v.10, p.171, 1955.

¹¹⁵ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarna; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Op. cit., p.63.

¹¹⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Provas atípicas. **Revista de Processo**, São Paulo, v.76, p.115, 1994.

¹¹⁷ O autor afirmar que na prova direta haveria o contato imediato entre o juiz e o fato a ser provado, de modo que o meio de conhecimento seria a atividade do juiz de perceber o fato a ser prova. De outro lado, na prova indireta haveria uma separação entre o juiz e o fato a ser provado, sendo o conhecimento revelado por um fato exterior. Assim, o meio de prova seria a atividade do juiz mediante a qual se procura a verdade do fato a ser provado, e fontes de prova o fato, do qual se serve para deduzir a mesma verdade. Para maiores informações: CARNELUTTI, Francesco. **A prova civil: parte geral: o conceito jurídico da prova**. São Paulo: Universitária de Direito, 2002. p.95-144.

Dita essas questões preliminares referentes a prova, cabe a análise de questão que mais atenção merece no direito probatório desenvolvido no âmbito de um processo cooperativo.

Inicialmente, sempre se acreditou que a finalidade da prova era promover a formação do convencimento do juiz.¹¹⁸ Assim, o juiz seria o destinatário direto das provas, podendo apenas se falar nas partes como destinatários indiretos, pois precisariam restar convencidas para aceitar a decisão como justa.¹¹⁹

Atualmente, ainda há autores que defendem ser o juiz o destinatário principal da prova, porém, atualizando o conceito ao desenvolvimento da teoria da argumentação jurídica e ao direito processual moderno. Assim, a prova seria "um meio retórico, regulado pela lei, dirigido, dentro dos parâmetros fixados pelo Direito e de critérios racionais, a convencer o Estado-juiz da validade das proposições".¹²⁰ Portanto, a finalidade da prova seria promover o convencimento do juiz, o que explicaria o por quê de dois juízes distintos, em casos idênticos, poderem chegar a conclusões distintas.¹²¹

Nada obstante, esta concepção se aplica melhor a um modelo inquisitivo de processo, no qual prevalece uma relação assimétrica entre as partes e o magistrado na condução do feito, o que se encontra em conflito com um modelo cooperativo de processo, adotado pelo Código de 2015.

Assim, no âmbito de um processo cooperativo, além da finalidade de convencimento do juiz acerca das alegações de fato realizadas, também não se pode esquecer que a prova tem o objetivo de promover o convencimento das partes acerca das situações jurídicas que pensam ter, bem como a demonstrabilidade destas em juízo.¹²²

Entretanto, não há graus de favoritismo entre os destinatários, dado que o convencimento de todos os sujeitos é incentivado igualmente, sendo preferível inclusive a finalização do processo por meio da autocomposição, em razão de seu

¹¹⁸ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 1989-1990. v.2. p.327.

¹¹⁹ Ibid., p.328.

¹²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. Op. cit., p.54.

¹²¹ Ibid., p.56.

¹²² DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarna; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Op. cit., p.61.

maior custo-benefício (relação tempo despendido x recursos gastos), o que pode ocorrer antes mesmo da formação da convicção pelo magistrado.

Neste sentido, Flávio YARSHELL afirma que "tanto o juiz quanto as partes realizam atividade de valoração da prova, embora em contextos e com resultados certamente diversos".¹²³ Assim, se ao juiz cabe se convencer para então prolatar uma decisão, às partes cabem se convencer para avaliar os riscos de uma demanda judicial, possibilidade de celebração de acordos e inclusive para aceitar eventual decisão, o que vai ao encontro do escopo de promover a pacificação social por meio da jurisdição.

Deste modo, as partes também devem ser vistas como destinatárias das provas, notadamente em um sistema de direito processual que permite às partes ingressar com ação autônoma de produção de provas, sem o requisito da urgência, com fins de promover a autocomposição ou mesmo a viabilidade da demanda, conforme possibilita o art. 381, II e III, do NCPC.

Nada obstante, no processo coletivo, a questão dos destinatários das provas ganha outra dimensão. Como já se viu em linhas precedentes, as ações coletivas funcionam basicamente por meio de representação extraordinária, no qual um legitimado conduz a demanda em nome próprio, porém, defendendo direito dos substituídos.

Deste modo, a prova produzida no âmbito coletivo ganha contornos ímpares, tendo em vista que os destinatários desta transcendem a relação processual, podendo ser considerados também destinatários todos aqueles substituídos.

É neste contexto que Flávio YARSHELL realiza um paralelo entre a produção da prova e a eficácia *ultra partes* da coisa julgada coletiva:

Com efeito, a prova produzida "coletivamente" (em sentido lato), analogamente ao que se passa na projeção *ultra partes* da eficácia de sentença de mérito proferida em pleitos de tal natureza, pode ser aproveitada por uma multiplicidade de sujeitos: pode servir tanto de elemento para os guiar na avaliação de suas chances em eventual demanda individual, com objeto idêntico ou relacionado ao do processo em que produzida a prova "coletiva"; como pode servir de prova pré-constituída para a obtenção de tutela antecipada, que, com visto antes, atua sobre o ônus da prova em concreto.¹²⁴

¹²³ YARSHELL, Flávio. Op. cit., p.68-69.

¹²⁴ Ibid., p.371.

Portanto, os destinatários da prova no modelo de processo cooperativo, além de incluir as partes do processo, também podem alcançar os titulares do direito material discutido quando estes não figurarem na demanda coletiva, de modo que estes possam analisar a viabilidade da propositura de ações individuais, sirvam como fundamentos para a solução consensual do conflito ou mesmo que embasem a concessão de tutela provisória de evidência (art. 311, IV, do CPC).

2.4 FINALIDADE E OBJETO DA PROVA

Inicialmente, quanto ao objeto da prova, a doutrina afirma que seu objeto seriam as alegações de fato. Assim, qualquer fato pode ser objeto de prova, sejam "fatos jurídicos (ex.: contrato) e fatos simples (ex.: cor de uma camisa, marca de um pneu); fatos positivos (celebração de um casamento) ou negativos (inexistência de ocorrência policial em nome de determinado sujeito)".¹²⁵ Assim, basta que o fato para ser admitido como objeto de prova seja controvertido, relevante e determinado.¹²⁶

No processo coletivo, via de regra, os fatos probandos são complexos, uma vez que visam a demonstração de danos ou prática de ilícitos que afetam inúmeros outros sujeitos, ainda que de forma indivisível. Assim, podem ser objeto de prova num processo coletivo a existência de defeito de fabricação que causa prejuízos a terceiros ou mesmo o derramamento de óleo no oceano e sua respectiva poluição.

No tocante à finalidade da prova, observa-se inicialmente a coexistência de três teorias na doutrina acerca da sua finalidade. A primeira corrente entende que a finalidade da prova é descobrir a verdade; a segunda entende que sua finalidade é fixar formalmente os fatos postos no processo; e a terceira entende que a finalidade da prova é produzir o convencimento do juiz, levando-o à certeza necessária para sua decisão.¹²⁷

Porém, como já explorou acima, em um modelo de processo cooperativo, as partes também figuram como destinatárias das provas.

¹²⁵ YARSHELL, Flávio. Op. cit., p.371.

¹²⁶ Ibid., p.64.

¹²⁷ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarna; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Op. cit., p.60.

Assim, também a finalidade da prova deve ser vista com outros olhos. Deste modo, a finalidade da prova, além de ser a promoção do convencimento do juiz acerca das alegações de fato formuladas, também deve ser permitir às próprias partes se convencerem "(i) de que efetivamente são titulares de situações jurídicas que, em princípio, pensam ter (ii) da demonstrabilidade em juízo das alegações de fato subjacentes a tais situações jurídicas".¹²⁸

E mais, no âmbito do processo coletivo, não são somente as partes no processo que são destinatários da prova, mas todos os titulares do direito material representados em juízos pelo legitimado extraordinário. Portanto, a finalidade da prova no processo coletivo é a promoção do convencimento do juiz, das partes, bem como de todos os sujeitos individuais e coletivos com legitimidade para atuar na causa ou titulares do direito material discutido.

2.5 DIREITO FUNDAMENTAL À PROVA

Nos tópicos precedentes, já se demonstrou que não só o processo, mas também a prova sofre uma alteração substancial em um modelo de processo cooperativo. Assim, a prova que antes era vista como instrumento de convencimento do juiz, passa a também trabalhar em favor das partes, as quais se apresentam como suas destinatárias diretas.

Porém, em um modelo de processo cooperativo, no qual a participação das partes deve ser vista como um dos fatores de legitimação da decisão judicial, deve-se reconhecer também um direito fundamental à prova, fruto do devido processo legal¹²⁹, constante da CRFB/88.

A prova é o meio pelo qual se pode reconstruir da melhor forma possível os fatos ocorridos, de modo a possibilitar aos sujeitos processuais a busca pela tutela de seu direito material da forma específica, sendo este o principal fim da jurisdição.

¹²⁸ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarna; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Op. cit., p.61.

¹²⁹ AMARAL, Paulo Osternack. **Provas**: atipicidade, liberdade e instrumentalidade. 2.d. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p.32.

Assim, para alguns a prova constituiria "um instrumento processual fundamental ao acesso à ordem jurídica justa e à legitimidade da tutela jurisdicional".¹³⁰ Porém, para outros, como DIDIER JR., Paula BRAGA e Rafael OLIVEIRA, a prova seria um direito fundamental de conteúdo complexo que abarcaria o direito à adequada oportunidade de requerer provas, o direito de produzir a prova, o direito de participar da produção da prova, direito de se manifestar sobre a prova produzida, e, por fim, o direito a ter a prova examinada pelo julgador.¹³¹

Registre-se que por se tratar de um direito fundamental, somente se aplica na relação dos sujeitos processuais parciais com o Estado-juiz, de modo que não há um direito do juiz de produzir provas, mas somente um direito das partes. Porém, como o fim da jurisdição é a tutela do direito material, surge para o juiz, a depender da relação jurídica discutida em juízo, o dever de produzir provas para melhor conferir tutela ao direito material.

Vale ressaltar que o direito fundamental à prova se encontra diretamente conectado ao direito fundamental de ação (ou de defesa), tendo em vista que de nada adianta conceder o direito do jurisdicionado ir ao judiciário se este não possui meios para demonstrar o seu direito alegado.

Flávio YARSHELL bem sintetiza a matéria:

Por outras palavras, se alegar sem provar é o mesmo que não alegar, de nada adianta superar óbices – jurídicos, econômicos, sociais e culturais – para o ingresso em juízo se, depois, obstáculos iguais ou análogos se apresentarem em relação à prova do quanto se alegou. Projetando tais aspectos para a relação jurídica processual, tem-se que o ônus da alegação que se apresenta ao autor, para invocar a tutela jurisdicional, é diretamente ligado ao ônus da prova dos fatos alegados, de tal sorte que de pouco adianta pensar no peso excessivo que o encargo inicial pode ter sem cogitar da intensidade do encargo que mais adiante se apresente, nos casos em que a resolução da controvérsia envolve questões de fato. Ainda que empiricamente, parece lícito reconhecer que muitas vezes o desestímulo do ingresso em juízo decorre exatamente da descrença quanto à viabilidade concreta de se provar o que se alega.¹³²

Entretanto, frise-se que o autor ainda vislumbra que o conteúdo do direito à prova, em sentido amplo, alcançaria também, além do direito de requerê-la, tê-la

¹³⁰ CAMBI, Eduardo. **A prova civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p.18.

¹³¹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarna; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Op. cit., p.51.

¹³² YARSHELL, Flávio. Op. cit., p.404.

admitida, de participar na sua produção e tê-la valorada, o direito de buscar a prova e a ela ter acesso.¹³³ Assim, seria possível a obtenção de providência instrutória, sem vinculação direta ao direito material, ingressando ao judiciário apenas para obter ou ter acesso a determinada prova, o que a conferiria, ao menos neste caso, um caráter autônomo, dado que não decorrente diretamente do direito fundamental de ação ou de defesa.¹³⁴

Cabe ressaltar, todavia, que o autor supramencionado posteriormente separa o direito de provar, decorrente do direito de ação, e exercido no bojo do processo declaratório, do direito à prova (em sentido estrito), no qual seria efetivamente o direito autônomo a prova, exercido antecipadamente ao processo declaratório.¹³⁵ Porém, para fins do presente estudo, se adotará a concepção tradicional de direito à prova, na qual não há a distinção promovida pelo autor, com critério no momento processual e na relação direta de decorrência do direito de ação.

É neste contexto que a prova assume um papel diferenciado no âmbito do processo coletivo, tendo em vista que todos os substitutos processuais possuem um direito fundamental à prova, porém, os sujeitos individuais também possuem um direito fundamental à que a prova seja produzida de forma mais ampla possível.

Frise-se, entretanto, que não decorre do direito fundamental à prova um direito de participação pessoal individual na sua produção¹³⁶, uma vez que este direito pode ser exercido pelo legitimado coletivo, não havendo um direito dos substituídos de participar em todos estes atos quando não possui qualificação para atuar como *amicus curiae*.

É por este motivo que se deve ter extremo cuidado ao se analisar a legitimidade dos entes coletivos, tendo em vista que exercem não só o seu direito fundamental à prova, mas também o direito dos substituídos. Ademais, como já se mostrou acima, esta prova não tem como destinatários unicamente as partes do processo e o juiz, mas também todos os interessados individuais, que podem se utilizar desta em seus respectivos processos.

¹³³ YARSHELL, Flávio. Op. cit., p.210.

¹³⁴ Ibid., p.211.

¹³⁵ Ibid., p.327.

¹³⁶ ARENHART, Sergio Cruz; OSNA, Gustavo. Op. cit., p.199.

Assim, a produção probatória no âmbito do processo coletivo também pode ser utilizada como facilitadora do acesso à justiça, concretizando o direito fundamental de ação, uma vez que a prova produzida pode ser importada para os processos individuais, por meio da prova emprestada, diminuindo os custos e tornando acessível o acesso ao judiciário em determinados casos de perícias complexas, por exemplo.

2.6 A PRODUÇÃO DA PROVA E O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

Anteriormente, a análise da produção da prova, um problema maior surge, qual seja a busca pela verdade no processo judicial. Durante muito tempo, o processo civil se limitava a uma possível busca da verdade formal, enquanto o processo penal tinha como fim a obtenção da verdade material.¹³⁷

Frise-se que a verdade formal, diversamente da verdade substancial, seria "aquela refletida no processo, e juridicamente apta a sustentar a decisão judicial"¹³⁸, não havendo "necessidade de identificação absoluta do conceito extraído com a essência do objeto".¹³⁹

Assim, durante muito tempo, deixou-se ao processo civil uma falsa noção de menor importância com a busca da verdade dos fatos discutidos em juízo, acreditando-se numa utopia¹⁴⁰, consistente na possibilidade de obtenção da verdade real, ao menos, no juízo criminal.

Porém, com o decorrer do tempo, fora possível observar que o próprio conceito de verdade real, ou ao menos a possibilidade de sua obtenção no bojo de um processo judicial, se encontrava equivocado, uma vez que a extração de um juízo acerca de fatos será sempre influenciada por aspectos subjetivos decorrentes das próprias limitações da cognição humana.¹⁴¹ Portanto, a certeza estaria no espírito, permeado pelo subjetivismo de quem a analisa, enquanto a verdade estaria nas coisas¹⁴², ou seja, no objetivismo dos fatos.

¹³⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. Op. cit., p.32.

¹³⁸ Id.

¹³⁹ Id.

¹⁴⁰ Ibid., p.36.

¹⁴¹ CALAMANDREI, Piero. Op. cit., p.165.

¹⁴² YARSHELL, Flávio. Op. cit., p.247.

Há muito CALAMANDREI já advertia que a verdade absoluta não seria possível de ser obtida pelo julgador, em razão de sua condição humana, naturalmente falha, podendo apenas ser atingido um juízo de verossimilhança ou aparência de verdade.¹⁴³ Assim, todo juízo de verdade se reduziria a um juízo de verossimilhança, que pode conferir certeza jurídica, mas nunca uma certeza psicológica ou sociológica.¹⁴⁴

Diante disso, a doutrina passou a trabalhar com um conceito de verdade processual¹⁴⁵, a qual deve ser buscada, independentemente da natureza do processo (cível ou criminal) ou do direito material discutido, mediante a participação em contraditório das partes e cooperação de todos os sujeitos envolvidos.¹⁴⁶

Esta mudança de paradigma é fundamental em um modelo de processo cooperativo, uma vez que a busca pela reconstrução dos fatos passa da mão do magistrado para a figura das partes, as quais devem demonstrar da melhor forma possível seus argumentos. Com isso, diminui a importância da figura do julgador na busca da verdade, a qual deixa de ser o objetivo fundamental do processo, buscando somente a reconstrução dos fatos por meio de instrumentos jurídicos lícitos permitidos pelo direito, tendo principal atuação a figura das partes.

A partir desta alteração de paradigma, deslocando o foco da busca da verdade a todo custo no processo para a resolução do conflito, inicia-se a busca pela racionalização da justiça e com isso ganha destaque a eficiência processual.

Segundo Remo CAPONI¹⁴⁷, existem três fatores que concorrem para tornar um processo eficiente: O primeiro é de ordem legislativa, devendo existir uma malha legislativa capaz de atender de forma adequada aos modernos problemas jurídicos; O segundo é a disponibilização de recursos materiais e humanos suficientes para dar aplicação a disciplina processual existente; e por fim, há o fator cultural, consistente em diversas práticas decorrentes de um determinado povo, o que impactará na aplicação dos fatores anteriores.

¹⁴³ CALAMANDREI, Piero. Op. cit., p.166.

¹⁴⁴ Ibid., p.188.

¹⁴⁵ YARSHELL, Flávio. Op. cit., p.119.

¹⁴⁶ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVERIA, Rafael Alexandria de. Op. cit., p.59.

¹⁴⁷ CAPONI, Remo. O princípio da proporcionalidade na justiça civil primeiras notas sistemáticas. **Revista de Processo**, São Paulo, v.192, p.397-415, fev. 2011.

Assim, deve-se buscar formas eficientes para a resolução dos litígios, atentando-se para interrelação entre os diversos fatores enumerados acima.

Um dos primeiros ordenamentos a buscar conferir concretização ao princípio da eficiência (e também da proporcionalidade) fora o inglês.¹⁴⁸ A partir deste princípio, o juiz tem o dever de distribuir igualmente os recursos e o tempo de acordo com a complexidade do processo envolvido.¹⁴⁹

No Brasil, a despeito da existência de norma específica determinando a utilização eficiente de recursos no âmbito do processo judicial, existe a previsão do princípio da eficiência (art. 8.º, do NPC), donde é possível extrair esta norma.

Na doutrina nacional, há quem trabalhe com a ideia de proporcionalidade panprocessual, por meio da qual a "alocação de recursos em um determinado processo deve ser ponderada com a possibilidade de se dispor desses mesmos recursos em todos os outros feitos judiciais (existentes ou potenciais)".¹⁵⁰

Assim, essa nova dimensão da proporcionalidade encontraria ligação direta com o princípio da eficiência da atividade pública, e em específico da eficiência do serviço judiciário, sendo que no Brasil o princípio da eficiência encontra previsão expressa na Constituição Brasileira.¹⁵¹

Assim, deve ser evitada a produção extensa de provas com o objetivo da busca da verdade, notadamente em processos individuais, nos quais o custo desta busca eleva sensivelmente o custo da prestação jurisdicional, tornando-a em muitos casos inacessíveis aos sujeitos individuais.

E é na busca da eficiência processual, com a alocação de recursos de forma consciente aos processos mais complexos, que se deve pensar a produção de provas no bojo do processo coletivo, com a realização extensa de uma fase instrutória, a qual pode ser preservada e aproveitada para os processos individuais futuramente, caso ainda existentes.

Com isso, deve-se pensar o processo coletivo com outros olhos, de modo que a produção de prova seja aprofundada e adequada ao direito material e sua repercussão

¹⁴⁸ CAPONI, Remo. Op. cit.

¹⁴⁹ CADIET, Loic. **Perspectivas sobre o Sistema da Justiça Civil Francesa**: seis lições brasileiras. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p.70.

¹⁵⁰ ARENHART, Sergio Cruz; OSNA, Gustavo. Op. cit., p.45.

¹⁵¹ Ibid., p.46.

em processos individuais, evitando o dispêndio de recursos em inúmeros processos individuais, concentrando-os em uma única instrução (ou ao menos uma única instrução aprofundada), atendendo-se aos reclames do princípio da eficiência.

2.7 DISTRIBUIÇÃO E ÔNUS DA PROVA

2.7.1 Ônus da Prova e Distribuição Ordinária

Ônus da prova é o encargo que a lei, o juiz ou convenção entre as partes, atribui a determinado sujeito processual para demonstrar as alegações de fato formuladas.¹⁵²

O Código de Processo Civil estabelece, em seu art. 373, a distribuição ordinária do ônus da prova, afirmando que cabe ao autor a prova do fato constitutivo de seu direito e ao réu a prova quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Nada obstante, existem outras previsões legais que também estabelecem uma distribuição do ônus da prova quando o processo veicular direitos materiais específicos. Neste contexto, é a previsão do art. 38, do CDC, que estabelece que o ônus de provar a veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária pertence a quem as patrocina.

2.7.2 Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova

De outro lado, é possível a edição de normas que atribuem ao juiz a possibilidade de realizar a redistribuição do ônus da prova, a depender do preenchimento de critérios previamente estabelecidos, ou mesmo às partes por meio de convenções processuais.

A primeira norma que possibilita a inversão do ônus da prova vem prevista no bojo do art. 373, §1.º, do Código que afirma que poderá o juiz, diante das peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, atribuir o ônus da prova de modo diverso. Porém, esta inversão deve se

¹⁵² DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarna; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Op. cit., p.126.

dar de maneira fundamentada, bem como em momento que possibilite a parte se desincumbir do ônus que lhe fora atribuído no decorrer do jogo processual.

Ademais, esta distribuição dinâmica do ônus da prova não pode acarretar a outra parte situação em que sua desincumbência seja impossível ou extremamente difícil, consoante se infere do art. 373, §2.º, do Código.

Cabe esclarecer que esta norma fora uma novidade do Código de 2015, tendo positivado teoria anteriormente defendida pela doutrina e pela jurisprudência, sendo que também se aplica no âmbito do processo coletivo, ante a ausência de norma em sentido contrário.¹⁵³

A segunda norma legal existente atribui ao juiz o poder de redistribuir o ônus da prova a depender das circunstâncias do caso concreto se encontra prevista no art. 6.º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, que possibilita a inversão do ônus quando os litígios versarem sobre relações de consumo, sejam em favor do consumidor, bem como ocorra uma das seguintes hipóteses: "a) quando verossímil a alegação do consumidor, segundo as regras ordinárias de experiência; b) quando o consumidor for hipossuficiente".¹⁵⁴

Frise-se que não há qualquer impedimento para a aplicação desta redistribuição do ônus da prova nas ações civis públicas que veiculem relações de consumo, desde que para beneficiar o consumidor (ou no caso o substituto processual dos consumidores).¹⁵⁵

No âmbito do direito ambiental, a doutrina vem sustentando a possibilidade de inversão do ônus da prova com base no princípio da precaução.¹⁵⁶ Este princípio "é considerado uma garantia contra os riscos potenciais que, de acordo com o estado atual do conhecimento, não podem ser ainda identificados".¹⁵⁷ Assim, por meio deste princípio, inverter-se-ia o ônus da prova, impondo ao autor provar que sua ação não

¹⁵³ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Op. cit., p.365.

¹⁵⁴ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarna; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Op. cit., p.150.

¹⁵⁵ LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual de processo coletivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.340-343.

¹⁵⁶ THOMÉ, Romeu. **Manual de direito ambiental**. 5.ed. Salvador: Juspodivm, 2015. p.666.

¹⁵⁷ Id.

causará danos ao meio ambiente.¹⁵⁸ Esclareça-se que o STJ¹⁵⁹ possui inúmeros julgados neste sentido, caminhando para adoção integral da tese defendida pela doutrina.

Por fim, há que se falar na possibilidade de inversão do ônus da prova por meio de convenções entre as partes (negócios processuais). Neste âmbito, vislumbra-se que o Código de Processo Civil prevê em seu art. 373, §3.º, do CPC, que é cabível convenções processuais para redistribuir o ônus da prova, desde que não se trate de direito indisponível da parte, bem como não tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

Porém, como esta convenção processual probatória pressupõe como requisito específico a ausência de indisponibilidade do direito, não será possível a sua celebração no âmbito do processo coletivo.

2.8 CONVENÇÕES PROCESSUAIS PROBATÓRIAS

À primeira vista, é cediço que existem duas grandes formas de convenções processuais. A primeira seriam aquelas convenções processuais que versam sobre mudanças no procedimento, sendo chamadas de convenções dispositivas. De outro lado, existem as convenções sobre os próprios ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, chamadas de obrigacionais.¹⁶⁰

Anteriormente, já se afirmou que o próprio poder instrutório do juiz funciona de maneira distinta a depender do direito material discutido em juízo. Da mesma forma, a liberdade para a celebração de convenções processuais probatórias se apresenta diferente a depender do direito discutido.

Assim, numa demanda em que se veicula direito disponível, com partes em pé de igualdade, haverá um direito amplo de celebrar convenções processuais probatórias, sendo possível às partes inclusive excluir determinados meios de prova da demanda judicial. De outro lado, quando se tratar de demandas que veiculem direito disponível ou

¹⁵⁸ THOMÉ, Romeu. Op. cit., p.666.

¹⁵⁹ Por todos ver: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AREsp 1311669/SC. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgamento: 03/12/2018. Órgão Julgador: Terceira Turma. Publicação: DJe 06/12/2018.

¹⁶⁰ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2018. p.79-80.

com partes hipossuficientes, o direito de celebrar convenções processuais probatórias se apresentará limitado.

Entretanto, a indisponibilidade do direito material não se afigura como impedimento da celebração de convenções processuais, uma vez que os direitos materiais podem ser indisponíveis e ainda assim as partes possuem necessidade de firmar acordos sobre aspectos processuais como a suspensão do processo, dilação de prazos, preclusões e formalidades dos atos do processo.¹⁶¹

No âmbito do direito probatório não é diferente, assim, apesar de não ser possível as partes firmarem acordos processuais acerca do ônus probatório (acordo obrigacional), é plenamente possível às partes firmarem acordos processuais probatórias dispositivos referentes a instrução probatória, como a inversão da ordem de oitiva de testemunhas, ampliação de prazo para assistentes técnicos se manifestarem acerca de laudo pericial¹⁶², tornar admissível a oitiva de testemunha pela via escrita e realizada extrajudicialmente¹⁶³, ou mesmo a possibilidade de escolha consensual de peritos (art. 471, do CPC).

Frise-se que outros autores vão ainda mais além, afirmando ser possível a utilização de convenções probatórias obrigacionais no âmbito do processo coletivo. Assim, Thais LUNARDI¹⁶⁴, em recente tese de doutorado, afirma ser possível a utilização das convenções processuais como técnica de coletivização da prova.

Assim, para autora, seria possível a celebração de acordos processuais que tornasse obrigatória uma fase prévia de produção de provas (espécie de *discovery* negociada)¹⁶⁵, ou possibilitasse a produção de prova de forma antecipada em ação já iniciada¹⁶⁶ ou ainda possibilitasse a produção de provas de forma extrajudicial pelas partes.¹⁶⁷

¹⁶¹ CABRAL, Antonio do Passo. Op. cit., p.341.

¹⁶² AMARAL, Paulo Osternack. Op. cit., p.157.

¹⁶³ MULLER, Julio Guilherme. **Negócios processuais e desjudicialização da prova**: análise econômica e jurídica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p.364-365.

¹⁶⁴ LUNARDI, Thais Amoroso Paschoal. Op. cit., p.234-243.

¹⁶⁵ Ibid., p.239.

¹⁶⁶ Ibid., p.240.

¹⁶⁷ Ibid., p.241.

2.9 PROVA POR AMOSTRAGEM

No âmbito do processo coletivo, as situações jurídicas discutidas são complexas, envolvendo direitos essencialmente coletivos, no qual a titularidade pertence a uma coletividade, ou direitos individuais homogêneos, onde existe um grande número de lesados.

Assim, a produção da prova no âmbito destas relações também se afigura dificultosa, uma vez que em muitas situações é impossível demonstrar a lesão aos sujeitos individuais, ou mesmo inviável diante do grande número de sujeitos eventualmente lesados.

Portanto, para amenizar o problema, surge como meio de prova a prova por amostragem. A prova por amostragem, uma variante da prova por estatística, "é aquela por meio do qual se demonstra uma universalidade de eventos a partir da prova de parte deles".¹⁶⁸

Assim, a partir da prova de um fato ou alguns fatos selecionados de um conjunto comum, formula-se um raciocínio indutivo no qual se pressupõe que uma vez demonstrada determinada situação para os objetos selecionados, esta também se repetirá para os demais componentes do conjunto. Desta forma, torna-se possível a análise de situações repetitivas (direitos individuais homogêneos, por exemplo) ou mesmo de lesões a sujeitos indeterminados, como a poluição de um rio por meio da análise de amostras.

A prova por amostragem pressupõe a existência de um conjunto de eventos/fatos que possam ser agrupados, por que semelhantes, de forma que a demonstração de parte deles possa conduzir o magistrado ao juízo acerca da existência de todos. Ou seja: a prova de parte do conjunto de fatos conduz à conclusão da existência acerca de todos os fatos que compõe esse mesmo conjunto.

Como exemplo, podemos citar a conclusão a que se chega, após o exame de um número adequado de amostras, de que determinada peça de um veículo apresenta inadequado funcionamento, o que pode ensejar a concessão de tutela para que a montadora seja compelida a fazer um *recall* de todo o lote ou de toda a frota.¹⁶⁹

¹⁶⁸ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarna; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Op. cit., p.88.

¹⁶⁹ Id.

Registre-se que este meio de prova vem sendo admitido na jurisprudência como válido, inclusive para fins penais, tendo o STJ definido em sua súmula 574, que "para a configuração do delito de violação de direito autoral e a comprovação de sua materialidade, é suficiente a perícia realizada por amostragem no produto apreendido [...]".¹⁷⁰

Ressalte-se que este meio de prova é de suma importância no âmbito do processo coletivo, uma vez que o aproveitamento da prova produzida neste pode ser objeto transporte para as demandas individuais, por meio da prova emprestada, evitando repetições desnecessárias, indo ao encontro do princípio da eficiência.

2.10 O INQUÉRITO CIVIL E SEU VALOR PROBATÓRIO

O Inquérito Civil se trata de "um procedimento administrativo investigatório, de caráter formal, tendencialmente inquisitivo, instaurado e presidido pelo Ministério Público".¹⁷¹ Existem várias previsões legais acerca deste procedimento, porém, as principais se encontram no art. 129, III, da CRFB/88, e no art. 8.º, §1.º, da Lei de Ação Civil Pública.

O art. 8.º, §1.º, da LACP, dispõe que o Ministério Público "poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, ou requisitar, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias [...]".

Inicialmente, é possível observar que se trata de um procedimento que busca a reunião de elementos para a propositura ou não de uma demanda coletiva pelo Ministério Público, tendo este ente legitimidade exclusiva para o procedimento.¹⁷²

Porém, como se trata de um procedimento preliminar ao processo, ocorre via de regra sem contraditório, apenas buscando a reunião de indícios suficientes para a propositura da demanda judicial.

Deste modo, os elementos colhidos nesta fase pré-processual não adquirem a qualidade de prova, não sendo possível sequer sua transposição como forma prova

¹⁷⁰ Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?processo=574&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 18 fev. 2019.

¹⁷¹ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil**. p.254.

¹⁷² MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses públicos em juízo**. 26.ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p.495.

emprestada, podendo ser levados posteriormente aos autos judiciais meramente com o valor de indícios¹⁷³, devendo inclusive eventuais perícias realizadas serem objeto de repetição na via judicial.

Hugo Nigro MAZZILLI realiza um paralelo entre o inquérito civil e o inquérito penal, inclusive afirmando que cabe ao juiz "recorrer subsidiariamente aos elementos de convicção existentes no inquérito civil, como, aliás, já se dá em relação inquérito policial, no processo criminal".¹⁷⁴

Porém, opta-se por não entrar no mérito da natureza distinta entre as diversas formas de inquérito (civil e policial), uma vez que ambas possuem características próprias que as distinguem, muito em razão da sua aplicação destinada às suas diversas funções, um na esfera civil e outro na esfera penal. Entretanto, nada impede que estas sejam utilizadas em conjunto, sendo possível que um inquérito civil forneça elementos para a abertura de um inquérito policial, caso verificada a prática de um ilícito penal, como também que um inquérito penal possa dar azo a abertura de um inquérito civil a fim de averiguar ilícitos civis.

Registre-se ainda que "nem mesmo o respeito ao contraditório na colheita das informações será suficiente para admissão processual das apurações ministeriais, pois não terão preenchido o requisito da autoridade imparcial".¹⁷⁵

Portanto, não se poderia reconhecer status de prova aos elementos colhidos pelo Ministério Público, em razão de ser este um sujeito parcial da demanda judicial, ainda que abra o procedimento ao contraditório dos envolvidos, ficando inclusive sujeito a controle jurisdicional, único órgão dotado de imparcialidade, e que possui poder para presidir a busca e a produção da prova preliminar.¹⁷⁶

Assim, com a edição do Novo Código de Processo Civil, adquire a ação probatória autônoma importância ímpar no sistema coletivo, uma vez que o Ministério Público e outros legitimados podem lançar mão deste instrumento para realizar a investigação dos fatos, tornando as informações obtidas em verdadeiras provas judiciais, admitidas no processo coletivo futuro ou nas demandas individuais.

¹⁷³ AMARAL, Paulo Osternack. Op. cit., p.113-114.

¹⁷⁴ MAZZILLI, Hugo Nigro. **O inquérito civil**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p.62.

¹⁷⁵ AMARAL, Paulo Osternack. Op. cit., p.113.

¹⁷⁶ YARSHELL, Flávio. Op. cit., p.230.

Com isso, supera-se a deficiência de legitimidade exclusiva para a condução do inquérito civil, bem como cria instrumento investigatório eficiente também a outros legitimados coletivos, o que será abordado de forma mais satisfatória em tópicos posteriores.

2.11 PROVA EMPRESTADA NO PROCESSO COLETIVO

A doutrina clássica já afirmava que "a prova de um fato, produzida num processo, seja por documentos, testemunhas, confissão, depoimento pessoal, ou exame pericial, pode ser translada para outro".¹⁷⁷ Esta questão que já era importante em outras épocas, ganha maior importância em tempos de litigância habitual e repetitiva.

Assim, a prova emprestada "consiste no aproveitamento no processo de provas produzidas anteriormente em outro processo".¹⁷⁸ Anteriormente a edição do Código de Processo de 2015, tratava-se de meio de prova atípico de produção de provas. Porém, a partir da edição do novo diploma processual, este meio fora consagrado no art. 372, do Código.

Dispõe o mencionado dispositivo que "o juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado contraditório".

Esclareça-se que a prova ingressa no processo posterior com status de prova documental, bem como se afigura irrelevante a fase do processo em que fora produzida (fase recursal, com trânsito em julgado ou em execução), bastando que a prova já tenha sido constituída no processo.¹⁷⁹

Registre-se que o único requisito para que a prova seja admitida no processo posterior é que "a parte contra quem a prova será utilizada tenha tido a oportunidade de participar, na condição de parte, da formação da prova que se pretende importar".¹⁸⁰

Este requisito afigura-se, ao menos em algumas situações, problemático no âmbito do processo coletivo. Inicialmente, quando a prova é favorável aos sujeitos

¹⁷⁷ SANTOS, Moacyr Amaral. Op. cit., p.365.

¹⁷⁸ AMARAL, Paulo Osternack. Op. cit., p.104.

¹⁷⁹ Ibid., p.104-105.

¹⁸⁰ Ibid., p.107.

individuais e demais legitimados coletivos, não se vislumbra maiores dificuldades, tendo em vista que o réu das demais demandas, via de regra o causador do ilícito, é comum a todos, tendo este participado do processo originário em que se produziu a prova.

De outro lado, quando a prova é desfavorável aos sujeitos individuais, se afigura problemática a transposição da prova para os demais processos individuais. À primeira vista, seria possível negar a utilização de prova emprestada nestes casos, uma vez que os sujeitos individuais não participaram da produção da prova, figurando como parte somente o legitimado coletivo.

Nada obstante, o legitimado coletivo age em nome próprio no interesse alheio. Assim, apesar dos indivíduos não se encontrarem presentes na demanda em que produzida a prova, o legitimado coletivo atua em seu nome, de modo que se encontram representados, sendo possível o exercício de um contraditório interposto. Daí a importância de se aferir a legitimidade adequada dos entes coletivos.

Frise-se assim que a participação dos indivíduos pode se dar de forma direta ou indireta, esta última "a partir do pressuposto de que houve efetiva participação de todos os interessados na produção da prova, o que se dá mediante a atuação do representante adequado".¹⁸¹

Este tema também se conecta com o tema das ações coletivas passivas, uma vez que a prova pode ser produzida em processo probatório autônomo, sendo que, independentemente do seu resultado, ou do polo ocupado pelo legitimado extraordinário, poderá ser transposta para os processos posteriores individuais.

Porém, como o caso se afigura mais grave que a ação coletiva comum, na qual somente o resultado positivo da demanda é aproveitado pelos sujeitos individuais (extensão da coisa julgada *secundum eventum litis* aos indivíduos), deve-se ter especial cuidado com o controle da legitimidade adequada do representante, sugerindo alguns autores inclusive que deve figurar no polo passivo "o maior número possível de associações conhecidas que congregassem os membros do grupo-réu".¹⁸²

¹⁸¹ LUNARDI, Thais Amoroso Paschoal. Op. cit., p.260.

¹⁸² GIDI, Antonio. Op. cit., p.415.

3 A AÇÃO PROBATÓRIA AUTÔNOMA E A SUA COLETIVIZAÇÃO

3.1 DISCOVERY OU DISCLOSURE: NOÇÕES GERAIS DA PROVA NO DIREITO COMPARADO

3.1.1 Regras Gerais acerca da Discovery

O instituto da *Discovery* é próprio de sistemas de common Law, sendo adotado em países como Canadá, Estados Unidos e também no Reino Unido.¹⁸³ Nada obstante, de maneira geral, será utilizada preponderantemente as disposições existentes para o instituto no sistema Norte Americano, o qual encontra sua regulamentação na Federal Rules of Civil Procedure¹⁸⁴, mais precisamente em seu título V, rules 26 a 37.¹⁸⁵

A discovery pode ser definida como o procedimento por meio do qual as partes obtêm informações uma das outras e de terceiros, independentemente de sua cooperação.¹⁸⁶

O sistema da Discovery tem início no direito inglês, especificamente no contexto da *equity*, no qual o instituto era utilizado para obtenção de interrogatório da parte contrária e de documentos relevantes para a controvérsia, "mecanismos desconhecidos do processo *in Law*, no qual se chegava ao julgamento (pelo Júri) sem qualquer conhecimento acerca da prova".¹⁸⁷ Posteriormente, com a fusão do *common Law* e da *equity*, no séc. XIX, a *Discovery* passou a integrar a fase processual, conhecida como *pretrial*.¹⁸⁸

¹⁸³ BEACH, Greg; PARKER, Marissa; DREW, Catherine. **Navigating Discovery/ disclosure in patent litigation in Canada, The United States and United Kingdom**. p.113-124. Disponível em: <<https://www.stradley.com/-/media/files/publications/2016/canadian-intellectual-property-review---parker.pdf>>. Acesso em: 11 mar. 2019.

¹⁸⁴ *Ibid.*, p.117.

¹⁸⁵ FEDERAL RULES OF CIVIL PROCEDURE. **Title V: Disclosure and Discovery (Rules 26-37)**. Disponível em: <<https://www.federalrulesofcivilprocedure.org/frcp/title-v-disclosures-and-discovery/>>. Acesso em: 11 mar. 2019.

¹⁸⁶ BONE, Robert G. Discovery. In. SANCHIRICO, Chris Willam (Coord.). **Procedural Law and Economics**. Cheltenham: Edward Elgar, 2012. p.1.

¹⁸⁷ YARSHELL, Flávio. Op. Cit. p.72.

¹⁸⁸ *Id.*

Porém, no direito inglês, o instituto aparece de forma mais restrita, cabendo a Corte determinar, após a primeira oitiva relacionada ao caso, se existirá ou não Discovery, e, caso exista, sua real extensão.¹⁸⁹

De outro lado, no âmbito do direito norte-americano, inicialmente se conheceu o instituto da *Bill of Discovery*, influenciado pelo direito inglês, pelo qual se permitia a obtenção de documentos relevantes e a oitiva do adversário antes da fase do *trial*.¹⁹⁰ Porém, o instituto fora consagrado efetivamente em âmbito federal com a edição da *Federal Rules of Civil Procedure*, o que se deu em 1938.¹⁹¹ Porém, quando criado, o instituto fora permitido da forma mais ampla possível dentre os países que o adotam.¹⁹²

Atualmente, no sistema Norte Americano, ao menos na órbita federal, uma vez que em âmbito estadual é possível a cada estado legislar em matéria de processo civil¹⁹³, o processo é dividido em duas etapas: o *pretrial* e o julgamento de mérito.¹⁹⁴

Registre-se que, como já fora mencionado acima, os Estados Unidos adotam um sistema próprio de *adversary system*, no qual a figura do juiz cede espaço para a liberdade das partes, tendo estas o foco do jogo processual.¹⁹⁵ No campo probatório, ao menos originalmente, se podia notar uma abstenção do magistrado em figurar nos litígios, uma vez que possui uma atuação diminuta na fase de *pretrial*.

Insta mencionar ainda que o sistema americano também é composto por uma dualidade de julgadores, contando com a presença do júri na fase da *trial* também nos procedimentos cíveis, sendo reservada a fase *pretrial* apenas para o magistrado. Assim, cabe ao júri questões de fato e ao magistrado questões de direito.¹⁹⁶

A fase *before trial* é extremamente técnica, tendo como principal característica a produção de elementos probatórios, no âmbito da *discovery*, sendo conduzida pelo

¹⁸⁹ HUNT, Laura. Comments: Trending: Proportionality in Electronic Discovery in Common Law Countries and the United States' Federal and State Courts. **University of Baltimore Law Review**, v.43, n.2, p.281, 2014.

¹⁹⁰ YARSHELL, Flávio. Op. Cit. p.74.

¹⁹¹ Ibid., p.75.

¹⁹² BONE, Robert G. Discovery. p.1.

¹⁹³ SOARES, Guido Fernando Silva. Op. cit., p.108.

¹⁹⁴ CAMBI, Eduardo; PITTA, Rafael Gomiero. Discovery no processo civil norte-americano e efetividade da justiça brasileira. **Revista de Processo**, São Paulo, v.245, p.4, jul. 2015. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.245.16.PDF>. Acesso em: 11 mar. 2019.

¹⁹⁵ SOARES, Guido Fernando Silva. Op. cit., p.104.

¹⁹⁶ Ibid., p.111.

magistrado e tendo como finalidade "definir, entre o embate factual e de razões jurídicas, o ponto controvertido entre o autor e o réu, no processo civil"¹⁹⁷, bem como também "definir a matéria sobre a qual o júri ira deliberar, evitando surpresas".¹⁹⁸

A *discovery* ocorre no âmbito da primeira fase, na qual se busca a realização da colheita de elementos para a formação da convicção do juízo e das partes acerca da causa, sendo que somente se passa ao julgamento do mérito, caso exista elementos suficientes para o seu julgamento. Registre-se que este momento processual ocorre via de regra somente entre as partes, cabendo ao juiz somente atuar em circunstâncias especiais.¹⁹⁹

Entretanto, após cerca de 40 anos da inauguração do instituto no direito norte americano, houve a constatação de uma mudança de paradigma. Assim, o instituto que antes era visto sem ressalvas passou a ser definido por juízes e litigantes como um pesadelo, monstruosidade e fiasco, em razão dos problemas gerados pela sua utilização abusiva.²⁰⁰

Dentre os maiores problemas, os operadores do direito locais afirmam que o custo do processo é o maior deles²⁰¹, o que somente se agravou ainda mais com a *eletronic Discovery*.²⁰² Em estudos realizados, fora constatado que a *discovery* representava 90% do total dos custos dos top 5% de casos mais caros dos EUA.²⁰³

De outro lado, existem benefícios de sua utilização, tendo a doutrina especializada afirmado que existem quatro finalidades preponderantes na fase da *discovery*, sendo elas: determinar a igualdade de acesso a informações, facilitar acordos, evitar o "julgamento de emboscada", ou seja, evitar situações que a parte não poderá reagir devidamente diante de revelações surpresas em audiência, bem como auxiliar o

¹⁹⁷ SOARES, Guido Fernando Silva. Op. cit., p.112.

¹⁹⁸ Id.

¹⁹⁹ CAMBI, Eduardo; PITTA, Rafael Gomiero. Op. cit., p.5.

²⁰⁰ NETZORG, Gordon W.; KERN, Tobin D. Proportional discovery: making it the norm, rather than the exception. **Denver University Law Review**. Denver, v.87, p.515, 2010.

²⁰¹ CARROLL, John L. Proportionality in Discovery: a Cautionary Tale. **Campbell Law Review**, Raleigh, v.32, n.3, p.456, 2010.

²⁰² HUNT, Laura. Op. cit., p.279.

²⁰³ BONE, Robert G. Discovery. p.13.

tribunal a conhecer detalhes precisos a respeito dos fatos, quando do julgamento de mérito.²⁰⁴

Assim, caso os elementos colhidos nesta fase sejam insuficientes, pode o réu (*defendant*) requerer o julgamento antecipado da causa sem o julgamento de mérito, o que nos Estados Unidos recebe o nome de *motion for summary judgment*.²⁰⁵ Porém, caso sejam suficientes e não exista acordo para resolução da causa, o caso será levado ao juízo para análise do mérito.

A *Rule 26 (1)(A)* do *Federal Civil Procedure* dispõe que existe um dever das partes de fornecer alguns elementos. Segundo as disposições legais, cabe a parte fornecer imediatamente os seguintes elementos:

- (i) *the name and, if known, the address and telephone number of each individual likely to have discoverable information – along with the subjects of that information – that the disclosing party may use to support its claims or defenses, unless the use would be solely for impeachment;*
- (ii) *a copy – or a description by category and location – of all documents, electronically stored information, and tangible things that the disclosing party has in its possession, custody, or control and may use to support its claims or defenses, unless the use would be solely for impeachment;*
- (iii) *a computation of each category of damages claimed by the disclosing party – who must also make available for inspection and copying as under Rule 34 the documents or other evidentiary material, unless privileged or protected from disclosure, on which each computation is based, including materials bearing on the nature and extent of injuries suffered; and*
- (iv) *for inspection and copying as under Rule 34, any insurance agreement under which an insurance business may be liable to satisfy all or part of a possible judgment in the action or to indemnify or reimburse for payments made to satisfy the judgment.*²⁰⁶

²⁰⁴ ANDREWS, Neil. **O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p.127.

²⁰⁵ CARDOSO, César. **O pré-julgamento (pretrial) e a conciliação como instrumentos de desoneração do sistema judicial norte-americano:** um paralelo com o sistema brasileiro. p.3. Disponível em: <www.agu.gov.br/page/download/index/id/9923695>. Acesso em: 11 mar. 2019.

²⁰⁶ FEDERAL RULES OF CIVIL PROCEDURE. **Rule 26:** Duty to Disclose; General Provisions Governing Discovery. Disponível em: <<https://www.federalrulesofcivilprocedure.org/frcp/title-v-disclosures-and-discovery/rule-26-duty-to-disclose-general-provisions-governing-discovery/>>. Acesso em: 11 mar. 2019. Tradução livre: "(i) o nome e, se conhecido, o endereço e o número de telefone de cada indivíduo susceptível de ter informações a serem reveladas – juntamente com os sujeitos dessas informações – que a parte divulgadora pode usar para apoiar suas reivindicações ou defesas, a menos que o uso seja apenas para impeachment; (ii) uma cópia – ou uma descrição por categoria e local – de todos os documentos, informações armazenadas eletronicamente e itens tangíveis que a parte divulgadora tenha em sua posse, custódia ou controle e possa usar para apoiar suas reivindicações ou defesas, a menos que o uso seja unicamente para impeachment; (iii) um cálculo de cada categoria de danos reivindicados pela parte divulgadora – que também deve disponibilizar para inspeção e cópia conforme a *Rule 34* os documentos ou outro material probatório, a menos que privilegiado ou protegido de divulgação, no qual cada

Portanto, verifica-se que as partes devem agir de acordo com a boa-fé, evitando manobras processuais para esconder dados e elementos probatórios que possam interferir no deslinde da demanda judicial.

Registre-se que nesta fase processual podem ocorrer diversos atos processuais, realizados via de regra extrajudicialmente, "tais como a oitiva da parte contrária, o interrogatório de testemunhas e o acesso a documentos e cópias".²⁰⁷

Esclareça-se que 05 (cinco) são os métodos probatórios disponíveis para os advogados nesta etapa processual: "*depositions, interrogatories*, requerimento para produção e provas, requerimento para avaliação física e mental e requerimento para *admission* (confissão/admissão de fatos)".²⁰⁸

Ainda vale frisar que caso as partes se recusem a apresentar os elementos solicitados ou mesmo o façam de forma incompleta, desde que de forma desarrazoada, caberá ao juízo estabelecer sanções²⁰⁹, sendo este dotado no Direito Norte Americano do poder da *contempt of Court*.²¹⁰

De outro lado, no direito inglês, a doutrina afirma que existem quatro regimes para garantir a produção da prova no âmbito da *disclosure*: Primeiro, pode existir a prolação de ordem judicial específica para a preservação do objeto da prova; Segundo, pode existir ordem judicial determinando a busca e apreensão a fim de evitar a destruição potencial de provas pelo réu; Ordens judiciais diversas para evitar a destruição potencial de provas pelo réu; E por fim, é possível compelir terceiros a fornecer elementos de provas em seu poder.²¹¹

cálculo se baseia, incluindo materiais sobre a natureza e extensão das lesões sofridas; e (iv) Para inspeção e cópia de acordo com a *Rule 34*, qualquer contrato de seguro ao abrigo do qual uma empresa de seguros seja susceptível de satisfazer a totalidade ou parte de uma possível sentença na ação ou de indenizar ou reembolsar pagamentos feitos para satisfazer a sentença".

²⁰⁷ CAMBI, Eduardo; PITTA, Rafael Gomiero. Op. cit., p.5.

²⁰⁸ Ibid., p.6.

²⁰⁹ FEDERAL RULES OF CIVIL PROCEDURE. **Rule 37**: Failure to Make Disclosures or to Cooperate in Discovery; Sanctions. Disponível em: <<https://www.federalrulesofcivilprocedure.org/frcp/title-v-disclosures-and-discovery/rule-37-failure-to-make-disclosures-or-to-cooperate-in-discovery-sanctions/>>. Acesso em: 11 mar. 2019.

²¹⁰ CAMBI, Eduardo; PITTA, Rafael Gomiero. Op. cit., p.5.

²¹¹ ANDREWS, Neil. Op. cit., p.133.

As *depositions* se encontram regulamentadas das *Rules 27 a 32*, sendo uma espécie de oitiva de testemunhas e partes, podendo serem realizadas na forma escrita ou oral. Porém, estas oitivas servem para compor o conhecimento das partes e um lastro probatório mínimo da causa, devendo ser repetidas na fase posterior, salvo as exceções previstas na *Rule 32 (4)*²¹², tais como morte ou impossibilidade de testemunhar em razão da idade, doença ou enfermidade.

De outro lado, os interrogatórios são procedimentos que somente podem incidir sobre as partes, sendo de costume serem utilizados para questões de conhecimento organizacional, que demandam investigações de registros corporativos, visando fornecer as partes maiores informações para traçar as perguntas para as *depositions*.²¹³

Também pode ocorrer o requerimento para apresentação de documentos e outros elementos de posse da parte contrária, o qual pode ser objeto de inspeção e cópia, bem como as partes podem requerer expressa e precisamente que a outra reconheça o direito vindicado na demanda judicial.

Com isso, é possível observar o sistema da *Discovery* possui diversas funções no Direito Americano, desde possibilitar a preservação de um depoimento em caso de sua perecibilidade até mesmo informar as partes acerca de suas potenciais chances de êxito, o que evita o julgamento de casos não maduros ou infundados.

3.1.2. Vantagens e Desvantagens do Instituto

Inicialmente, é possível afirmar que o instituto da *Discovery* é em grande medida responsável pela diminuição de casos que chegam ao *trial*, bem como pela obtenção de um alto percentual de litígios resolvidos por meio da autocomposição.²¹⁴

E não é nenhum segredo que a diminuição de casos que chegam a fase de *trial*, acaba por via transversa estabelecendo uma melhor qualidade da prestação jurisdicional, uma vez que o julgamento de mérito se concentra em um menor número de casos, podendo alocar recursos e tempo para a resolução de casos que

²¹² FEDERAL RULES OF CIVIL PROCEDURE. **Rule 32:** Using Depositions in Court Proceedings. Disponível em: <<https://www.federalrulesofcivilprocedure.org/frcp/title-v-disclosures-and-discovery/rule-32-using-depositions-in-court-proceedings/>>. Acesso em: 11 mar. 2019.

²¹³ CAMBI, Eduardo; PITTA, Rafael Gomiero. Op. cit., p.6.

²¹⁴ YARSHELL, Flávio. Op. cit., p.78.

realmente necessitam. Ademais, existem inúmeras outras vantagens com a adoção do instituto.

Nos estudos sobre a *Discovery stages* no Direito Norte Americano, Eduardo CAMBI e Rafael Gomiero PITTA, chegaram as seguintes conclusões acerca das vantagens do instituto:

é possível identificar diversas vantagens do Discovery, em especial devido a duas características de ordem prática extremamente eficazes: (a) a quantidade de processos encerrados mesmo antes da fase de julgamento é muito grande, posto que ao observar as provas potenciais e as já coletadas da outra parte, os litigantes preferem evitar maiores gastos e desgastes, o que, inclusive, estimula as autocomposições; (b) a redução do volume de processos após a fase pretrial permite ao juiz se ater com mais atenção aos casos resultantes de um processo de formulação de provas mais sólido, o que aprimora a qualidade da prestação jurisdicional e a qualidade dos serviços prestados pelo Poder Judiciário.²¹⁵

Assim, o instituto possui diversas funções, compreendendo o direito a informação acerca dos riscos efetivos da demanda, tornando a causa madura para julgamento, diminuindo a interferência do juízo na produção de provas, evitando sua contaminação, bem como possibilitando o encerramento de casos sem lastro probatório mínimo, indo ao encontro do princípio da eficiência.

Nada obstante, existem fatores negativos no âmbito da *Discovery*. Inclusive nos Estados Unidos²¹⁶ e Inglaterra²¹⁷ houve uma série de reformas buscando tornar o instituto mais efetivo, uma vez que torna o processo extremamente custoso e lento, reformas estas que abrangem desde a diminuição de documentos a serem apresentados até a maior outorga de participação do juiz, transferindo a este poderes para realizar o *case management*, incluindo uma análise de proporcionalidade²¹⁸ na produção da prova.

Ainda assim, também é possível elencar outros problemas no instituto: a questão da *fishing expedition*, consistente na busca especulativa por uma das partes, a fim de provocar uma ação imaginada, sem base jurídica; a questão da possível violação da confidencialidade e privacidade de terceiros, quando compelidos a fornecer

²¹⁵ CAMBI, Eduardo; PITTA, Rafael Gomiero. Op. cit., p.8.

²¹⁶ YARSHELL, Flávio. Op. cit., p.74-75.

²¹⁷ Ibid., p.73.

²¹⁸ CARROLL, John L. Op. cit., p.457.

elementos de prova; e o risco de que ordens na fase de *disclosure* possam aumentar os custos da solução de litígios.²¹⁹ Inclusive, no direito norte-americano, muitos autores afirmam que os formalismos da fase probatória são os grandes responsáveis por tornar os processos extremamente custosos e demorados no país.²²⁰

Atualmente, outros autores também buscam outras soluções para os problemas apontados para a *discovery*, a exemplo de utilização de *softwares* mais avançados para auxiliar na busca por informações em documentos digitais²²¹, a realização do procedimento da *Discovery* em fases escalonadas²²², a utilização da amostragem como medida de racionalização²²³, a alteração da distribuição dos ônus processuais na realização da prova²²⁴, e a própria cooperação entre as partes²²⁵.

Portanto, vislumbra-se que existem grandes benefícios advindos do sistema da *discovery*, porém, esta também possui inúmeros fatores negativos, os quais devem ser sopesados, notadamente no momento da transposição de normas de direito comparado para o direito brasileiro.

E é neste viés que se busca a transposição de elementos do instituto para o direito brasileiro, observando a experiência norte americana e inglesa como parâmetro para não incidir nos mesmos erros. No direito pátrio, nós conhecemos recentemente a positivação de mecanismo semelhante à *Discovery*, qual seja a ação probatória autônoma sem o requisito da urgência, constante do art. 381, I e II, do Código de Processo Civil de 2015, o que será melhor analisado em tópico posterior. Deste modo, é possível afirmar que o art. 381, do CPC de 2015, valoriza a *Discovery*, resultando em uma espécie de fase pré-julgamento também no ordenamento pátrio.²²⁶

Todavia, assim como já se explorou em tópico anterior, a produção da prova deve ser analisada em conjunto com o princípio da eficiência, proporcionando a alocação de recursos e tempo em processos de natureza mais complexa. Portanto, a produção antecipada de provas não pode ser utilizada de forma irrestrita, acarretando

²¹⁹ ANDREWS, Neil. Op. cit., p.139-140.

²²⁰ SOARES, Guido Fernando Silva. Op. cit., p.147.

²²¹ HUNT, Laura. Op. cit., p.299.

²²² Ibid., p.300.

²²³ Ibid., p.301.

²²⁴ Ibid., p.302.

²²⁵ Ibid., p.303.

²²⁶ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil**. p.272.

uma instrução probatória exauriente e aprofundada em todo e qualquer processo, sob pena de inviabilizar a implantação do instituto.

Assim, deve-se resguardar a produção antecipada de provas para processos mais complexas, tendo o seu ápice de aplicação e eficiência no âmbito do processo coletivo, por meio do qual pode se realizar instrução probatória hábil a ser aproveitada nos processos individuais decorrentes, coletivizando a produção da prova.

3.2 A AÇÃO DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS NO NOVO CPC

3.2.1 Breves Notas Introdutórias

Inicialmente, cabe esclarecer que anteriormente a edição do Código de Processo Civil de 2015, somente existia a previsão legal de três formas de antecipação da prova, sendo delas: a produção antecipada de provas, com base na urgência, restringindo-se a prova oral e pericial; a ação de justificação, que dispensava urgência e somente poderia ser utilizada para provas testemunhais; e a ação de exibição de documento.²²⁷

Assim, na vigência do Código anterior, a produção antecipada de provas possuía um caráter cautelar e nitidamente instrumental, atrelando-se diretamente ao processo principal²²⁸, de modo a se negar o exercício autônomo do direito à prova por meio de uma ação probatória, desvinculado do requisito da urgência. Entretanto, algumas vozes na doutrina já defendiam o contrário, a exemplo de Flávio YARSHELL²²⁹ e Daniel Amorim Assumpção NEVES²³⁰.

Porém, com a edição do Código de Processo Civil de 2015, o cenário se altera completamente, tendo o novo Código previsto o regime da produção de provas de forma específica no bojo de seus art. 381 a 383, no quais estabeleceu a possibilidade da produção antecipada versar sobre qualquer meio de prova, bem como se fundar tanto na urgência ou não.

²²⁷ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Op. cit., p.160.

²²⁸ ALVES, André Bruni Vieira. Da admissibilidade na produção antecipada de provas sem o requisito da urgência (ações probatórias autônomas) no novo CPC. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). **Direito probatório**. 3.ed. Salvador: Juspodivm, 2018. p.69. (Coleção Grandes Temas do Novo CPC).

²²⁹ YARSHELL, Flávio. Op. cit., p.210-211.

²³⁰ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Ações probatórias autônomas**. São Paulo: Saraiva, 2008. p.495.

3.2.2 Natureza Jurídica e Hipóteses de Cabimento

Primeiramente, cabe traçar a natureza jurídica da ação de produção antecipada de provas, que na vigência do Código de 1973 possuía natureza de processo cautelar.

Quanto à primeira hipótese de cabimento de produção antecipada de provas, vislumbra-se que o Código, em seu art. 381, I, afirma que esta será cabível quando houver fundado receio que a prova venha a se tornar impossível ou de difícil obtenção no decorrer da demanda. Portanto, ao menos na primeira hipótese de cabimento, não se vislumbra nenhuma novidade, tratando-se de caso de produção antecipada de provas, fundada na urgência, e, com isso, possuindo natureza assecuratória ou cautelar.

De outro lado, as duas outras hipóteses de cabimento se vinculam ao direito autônomo de prova, não exigindo, portanto, o requisito da urgência. Assim dispõe o Código acerca destas hipóteses:

Art. 381. A produção antecipada da prova será admitida nos casos em que:
II - a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito;
III - o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação.

Deste modo, é cabível a ação probatória autônoma para a produção de prova visando a viabilização da autocomposição ou outro meio de solução de conflito, bem como para informar as partes acerca dos fatos que possam justificar ou evitar o ajuizamento da demanda.

Ressalte-se que a produção antecipada da prova visando a composição do litígio de forma amigável ou mesmo apenas informar as partes da sua real extensão atuam na missão de dar concretização ao escopo social da jurisdição, ou seja, são adequadas a proporcionar a eliminação de controvérsias e atingir a pacificação social.²³¹

Assim, à primeira vista, já se observa que, conforme já explorado em tópicos precedentes, estas duas hipóteses evidenciam que os destinatários das provas também podem ser os demais sujeitos parciais, inclusive para proporcionar o conhecimento da real extensão da discussão, até mesmo para evitar um processo futuro. Porém,

²³¹ YARSHELL, Flávio. Op. cit., p.274.

como a matéria é nova no cenário positivado brasileiro, surge ao menos duas correntes acerca da natureza jurídica da presente ação.

Para parte da doutrina, a produção antecipada de provas possui natureza de jurisdição voluntária, uma vez que "não há necessidade de afirmação do conflito em torno da produção da prova"²³², sendo certo que a existência de litigiosidade potencial não altera a natureza de jurisdição voluntária, a qual não pressupõe a inexistência de conflito.²³³

De outro lado, há doutrina que nega o caráter de jurisdição voluntária, afirmando-se tratar de ação, formada por um procedimento sumário de cognição vertical e horizontal limitada, inserindo-se no contexto de um conflito, ainda que não tenha o objetivo principal de resolvê-lo definitivamente.²³⁴

Nada obstante, no tocante a controvérsia estabelecida acerca da natureza jurídica da ação de produção antecipada de provas sem o requisito de urgência (se jurisdição voluntária ou não), vislumbra-se que não há maiores impactos para o presente trabalho, tendo em vista que se reconhece como premissa para todos os fins o caráter de jurisdição também à jurisdição voluntária.

3.2.3 Competência e Prevenção

Existia fundada controvérsia acerca da competência para processamento de ações de antecipação de prova, porém, o Novo Código teve como objetivo dar fim as discussões e sedimentar a matéria de forma objetiva.

Para tanto, o art. 381, §§ 2.º, 3.º e 4.º, do CPC-2015, preveem regras que estipulam o juízo competente, definem a inexistência de prevenção, bem como estabelecem a competência para processamento quando envolvida a Fazenda Pública Federal, em caso de inexistência de vara federal na localidade.

Primeiramente, o art. 381, §2.º, do CPC, visando facilitar a produção de provas, estabelece que é competente para o seu processamento o juízo do foro onde a prova

²³² DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Op. cit., p.161.

²³³ Id.

²³⁴ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. 16.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v.2. p.369.

deva ser produzida ou do foro do domicílio do réu. Deste modo, cria-se uma competência concorrente, devendo o autor realizar sua escolha no momento da distribuição de sua petição inicial.

De outro lado, o art. 381, §3.º, do código, é expresso em afirmar que a competência estabelecida no parágrafo anterior não gera prevenção, tendo apenas sido definida com base na maior facilidade para a produção da prova, devendo a "ação principal", caso exista, obedecer os requisitos e critérios gerais de competência estabelecidos pelo Código.

Por fim, em seu art. 381, §4.º, do código, estabelece uma regra de delegação de competência da justiça federal para estadual, quando não houver vara federal na localidade em que deva ser produzida a prova ou o domicílio do réu. Assim, caso integrem o processo a Fazenda Pública federal, este deverá tramitar via de regra na justiça federal, porém, na inexistência de vara na localidade, caberá ao juízo estadual processar a ação de produção antecipada de provas, a qual, como já dito acima, não gera prevenção para a ação principal.

3.2.4 Legitimidade

Há legitimidade de figurar como sujeito ativo da demanda judicial todo aquele que é parte na relação material a ser discutida, bem como todo aquele que demonstrar fundado interesse jurídico na produção da prova.²³⁵ Ressalte-se que não necessariamente o autor da demanda probatória será o autor da demanda principal, uma vez que esta possui caráter dúplice. Ademais, também seria possível que aquele que venha a ser terceiro no processo principal, também tenha interesse em dar início a um processo probatório.

No polo passivo, como será explicitado infra, cabe ao juiz determinar a citação de todos os interessados, abrangendo aqueles que são partes na relação jurídica material, bem como àqueles que poderiam vir a fazer parte somente da relação jurídica processual (terceiro interessado, por exemplo), sendo importante este controle da

²³⁵ YARSHELL, Flávio. Op. cit., p.363-365.

legitimidade, uma vez que a prova somente pode ser utilizada de forma desfavorável contra aquele que participou de sua produção.

Assim, caso não seja realizado um controle adequado da legitimidade na produção da prova, poderá acarretar a ineficácia quase total do processo probatório, uma vez que a prova não poderá ser oponível contra todos os sujeitos processuais na demanda principal, exigindo, portanto, a sua repetição.

3.2.5 Objeto e Processamento da Demanda

Como já mencionado anteriormente, diferentemente do CPC-73, o Código de Processo de 2015 não realizou nenhuma limitação quanto aos meios de prova possíveis de serem objeto da ação de produção antecipada. Assim, não há qualquer limitação de meios de prova, de modo que podem ser produzidas provas de natureza testemunhal, documental, pericial, e até mesmo provas atípicas, desde que sejam estas lícitas.

Ademais, como se trata de uma ação, processada no bojo da jurisdição, cabe ao autor delimitar os meios de prova que pretende produzir no bojo de seus pedidos, delimitando o objeto do processo. Assim, prevê o art. 382, "caput", do CPC, que o autor deverá mencionar as razões que justifiquem a necessidade da prova (ou seja, qualquer das hipóteses de produção antecipada de provas, constantes do art. 381, do Código, bem como mencionar com precisão os fatos aos quais a prova deverá recair.

Recebida a petição inicial, caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar a citação dos interessados na produção da prova, os quais integrarão o polo passivo da demanda, ainda que não apresentem resistência a produção da prova, a qual sequer é fundamento para a demanda.

Porém, é possível que os citados apresentem resistência ao pedido do autor, formando-se um mérito do processo probatório, que não se confunde com o mérito do processo principal.

Insta frisar que o Código afirma em seu art. 382, §4.º, que neste procedimento não haverá defesa ou recurso. Nada obstante, a doutrina afirma que tal afirmação não pode ser entendida de modo literal, sendo possível aos interessados discutirem

direito à própria produção da prova, competência do órgão, legitimidade das partes, interesse ou o modo de produção da prova, entre outros.²³⁶

Neste ponto, vale frisar que a ação probatória autônoma possui natureza dúplice²³⁷, na medida em que a sua produção informará a real extensão do litígio para ambas as partes, não havendo nesta demanda judicial a manifestação do juízo acerca do mérito do processo (art. 382, §2.º, do CPC).

Informa-se ainda que o próprio Código de Processo, em seu art. 382, §3.º, reconhece um caso de pedido contraposto, possibilitando aos interessados formularem pedido para a produção de outras provas, desde que vinculados ao mesmo fato probando e desde que não acarrete excessiva demora.

Entretanto, há de se reconhecer também, por meio de um olhar macro do princípio da eficiência, a produção de provas quanto a outros fatos relacionados ao fato probando, o que poderia ser feito, ao menos em tese, por meio de reconvenção do interessado. Ressalte-se que nada impediria que o interessado ingressasse com sua própria ação de produção antecipada de provas, motivo pelo qual forçoso se faz reconhecer a possibilidade de ampliar objetivamente o processo por meio da reconvenção.

3.2.6 Produção de Prova de Ofício pelo Juiz

Ainda é necessário averiguar se seria possível que o juiz, no bojo de uma ação de produção antecipada de provas, determinasse a produção de ofício de provas que entenda pertinentes para a resolução do futuro litígio.

Primeiramente, cabe esclarecer que deve o magistrado se abster de se pronunciar acerca da ocorrência ou inoocorrência do fato, bem como suas respectivas conseqüências jurídicas, conforme prevê o art. 382, §2.º, do código, inclusive porque não necessariamente será o juiz que julgará a demanda "principal" caso existente, dado que a ação probatória não gera prevenção.

²³⁶ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Op. cit., p.169.

²³⁷ YARSHELL, Flávio. Op. cit., p.327-328.

Entretanto, diferente é a possibilidade de determinar a produção de provas, visando conferir maior eficiência a instrução probatória, uma vez que eventual dilação poderá retornar o processo a uma nova fase instrutória até então desnecessária na demanda "principal", em razão da ação probatória anterior.

Assim, entende-se possível ao juiz determinar a produção de provas que entenda necessárias, desde que se abstenha de se manifestar acerca do mérito do processo, uma vez que seria contraditório reconhecer ao juiz, no processo declaratório (dito "principal") "a liberdade para determinar providências de instrução não requeridas pelas partes e que, no entanto, não pudesse fazê-lo quando a prova é feita antecipadamente".²³⁸

Todavia, conforme já se explorou em tópicos anteriores, o exercício deste poder instrutório deve permanecer limitado ao direito material e as condições de vulnerabilidade das partes, de modo que não é possível seu exercício ilimitado em toda e qualquer demanda, mas somente quando também lhe seria possível o exercício no processo "principal".

3.2.7 Sentença e Entrega dos Autos

Revisando o que fora afirmado acima, é possível que no bojo da ação de produção antecipada de provas exista resistência dos interessados ou não, o que influenciará a natureza da sentença judicial proferida.

Caso não exista resistência, verifica-se que a sentença apenas possuirá natureza declaratória e homologatória da prova, não sendo possível ao juiz realizar qualquer juízo acerca das provas produzidas.

Entretanto, caso exista resistência, haverá a formação de um objeto litigioso, o qual deverá ser julgado por meio de sentença de mérito, que inclusive possui aptidão para a coisa julgada material, ao menos no tocante às matérias discutidas, a exemplo da existência ou inexistência do direito autônomo à prova.²³⁹

Ademais, após a extinção do feito, os autos permanecerão em cartório durante 01 (um) mês para a extração de cópias pelas partes e demais interessados, sendo

²³⁸ YARSHELL, Flávio. Op. cit., p.141.

²³⁹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Op. cit., p.173.

que, findo o qual, os autos serão entregues ao autor da demanda probatória, conforme prevê o art. 383, do CPC. Porém, em tempos de processo digital, vislumbra-se que este dispositivo apenas visou suprir eventual ação probatória protocolada de modo físico, devendo cair no desuso com a evolução tecnológica.

3.2.8 Despesas Processuais

Inicialmente, esclareça que as despesas processuais podem ser de 03 tipos: honorários advocatícios, custas processuais (abrangidos aqui os emolumentos) e despesas processuais em sentido estrito, as quais abrangem os honorários de perito.

Em regra, quanto às custas processuais e as despesas processuais em sentido estrito, devem estas seguir o regime estipulado para a produção de provas no processo declaratório, de modo que cabe a cada qual antecipar as despesas pelas suas provas e diligências requeridas, nos moldes do art. 82, do CPC.

Assim, como não há a valoração das provas produzidas e análise do mérito principal da controvérsia, não será possível neste momento processual realizar a condenação do adversário no reembolso destas despesas, o que deve permanecer como objeto do processo principal.

De outro lado, aparece a problemática dos honorários sucumbenciais. Ao que tudo indica, como apenas se antecipa a fase instrutória, não é possível a condenação em honorários advocatícios neste momento, os quais deverão ser objeto de fixação somente no processo "principal", caso existente, devendo neste momento cada sujeito processual arcar com as despesas de seu advogado.

Ressalte-se, todavia, que no caso de resistência dos interessados, a situação se altera, passando a existir a necessidade de resolução do mérito do processo probatório, o que também acarreta a condenação nos ônus sucumbenciais ao vencido, como honorários advocatícios, custas processuais e despesas com a produção da prova.

3.3 ANTECIPAÇÃO E COLETIVIZAÇÃO DA PROVA

Até o momento neste capítulo foram analisados temas relacionados à antecipação da prova. Porém, a antecipação da prova não pode ser vista como a única solução

para o problema, uma vez que sozinha não possui a aptidão de diminuir o número de processos judiciais.

Ressalte-se que a antecipação da prova sem o requisito da urgência também dá azo a um processo judicial, ainda que simplificado e não dotado de cognição exauriente no tocante ao mérito do processo principal. Porém, ao máximo, seria possível a eliminação do processo judicial principal, baseado no conteúdo da prova e no convencimento das partes acerca da (in)existência do direito vindicado.

De outro lado, a coletivização da prova aparece no sistema como forma de produção da instrução probatória (ou parte dela) de forma coletiva. Esta forma de produção de prova possui benefícios ligados à racionalização da prova, uma vez que confere tratamento unitário a diversos casos idênticos ou semelhantes.

Ambos os institutos podem ser combinados, visando uma produção da prova que atenda ditames de eficiência e racionalização processual, bem como proporcionem a realização de outros princípios processuais como a isonomia e segurança jurídica.

Na doutrina Norte Americana, após a análise de dados entre 1962 e 2002, fora constatado que houve uma diminuição dos casos resolvidos por julgamento na fase *Trial*, caindo de 11.5 por cento em 1962 para 1.8% em 2002.²⁴⁰ Assim, constatou-se que houve um aumento da resolução dos casos durante ou após o encerramento da fase do *pre-trial*.

Dentre os fatores que contribuíram para este resultado, Marc GALANTER elenca o aumento da utilização das *class actions* a partir de 1990²⁴¹ e a utilização do *multidistrict litigation (MDL)*.²⁴² Cabe esclarecer que ambos os institutos possuem ligação com a produção antecipada e coletiva da prova.

Inicialmente, as *class actions* se apresentam como ações coletivas, nas quais é realizada a instrução probatória antecipada, em razão da existência da *Discovery* no direito americano. Porém, na grande maioria destes casos não se passa para a fase de julgamento, decidindo-se o caso no *pre-trial*, seja por meio de acordos judiciais ou

²⁴⁰ GALANTER, Marc. The Vanishing Trial: An Examination of Trials and Related Matters in Federal and State Courts. **Journal of Empirical Legal Studies**, Ithaca, v.1, n.3, p.461, 2004.

²⁴¹ Ibid., p.485.

²⁴² Ibid., p.491.

extinção do processo, em razão do acolhimento de *motions to dismiss*, após a realização da *Discovery*.²⁴³

De outro lado, o *multidistrict litigation (MDL)* é instrumento de coletivização da prova no qual se realiza a produção probatória unificada de vários processos idênticos ou correlatos. Entretanto, segundo a doutrina, a experiência denota que poucos casos retornam ao juiz inicial, em razão da celebração de acordos durante ou em seguida da instrução probatória.²⁴⁴

Assim, baseando-se na experiência Norte Americana, é necessária a combinação do instituto da antecipação da prova sem o requisito da urgência com a produção coletiva da prova, visando o atingimento da máxima eficácia de ambos os institutos.

3.3.2 Coordenação entre Processo Coletivo e Processos Individuais

Anteriormente, fora demonstrado que o número de ações individuais continuaram a aumentar após a instauração do sistema de tutela coletiva de direitos por meio do CDC e da Lei n.º 7.347/85 (remete-se aos números lá demonstrados), de modo a demonstrar que as ações coletivas tradicionais não foram efetivas no combate a litigância individual. Ademais, é crescente o número de limitações impostas à utilização do processo coletivo tradicional, o que diminui sua eficácia e respectiva efetividade.

No tocante às limitações impostas ao processo coletivo tradicional, o Poder Executivo realizou uma série de ações objetivando diminuir o campo de aplicação do processo coletivo no Brasil. A título de exemplo, em razão da sua grande limitação imposta, fora o teor da Medida Provisória n.º 2.180-35 de 2001, a qual incluiu o parágrafo único, o art. 1.º, da Lei n.º 7.347/85, estabelecendo que não seria cabível a utilização de ação civil pública quando a matéria envolver tributos, contribuições previdenciárias, Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários possam ser determinados individualmente. Registre-se que a mesma Medida Provisória também deu nova redação ao art. 16,

²⁴³ GALANTER, Marc. Op. cit., p.487.

²⁴⁴ Ibid., p.491.

da Lei n.º 7.347/85, bem como inseriu o art. 2.º-A, na Lei n.º 9.494/97, ambos restringindo o alcance da coisa julgada coletiva.

Deste modo, criou-se uma limitação da utilização de ações coletivas em alguns casos recorrentes de direitos individuais homogêneos de grande impacto nas finanças estatais, deixando unicamente a via individual para os lesados, bem como restringindo a efetividade do processo coletivo.

De outro lado, o Poder Judiciário também em inúmeras decisões optou por restringir o alcance e a efetividade das ações coletivas. Cite-se neste momento dois julgamentos paradigmáticos.

No bojo do julgamento do RE 573.232, com repercussão geral (Tema 82), o STF definiu que a previsão estatutária genérica não é suficiente para autorizar a propositura de ação coletiva pelas associações, sendo necessária a autorização assemblear específica.

Em complemento ao mencionado julgamento, a Corte, no bojo do RE 612.043, também com repercussão geral reconhecida (Tema 499), fixou a tese no sentido de que a coisa julgada, em ações coletivas ajuizadas por associações, somente atinge àqueles que fossem filiados ao tempo da propositura da demanda, conforme documentos juntados na petição inicial.²⁴⁵

Entretanto, não se busca neste momento realizar uma análise das razões que levaram os jurisdicionados a optar pelas demandas individuais, assunto que envolve desde a imposição de limitações ao uso das ações coletivas até o próprio desconhecimento do jurisdicionado acerca de sua existência, o que demandaria um estudo próprio.

Porém, o aumento da litigância individual e a insuficiência do processo coletivo baseado em ações coletivas tradicionais é um fato. Inclusive, aceitando esta premissa o próprio Código de Processo Civil possibilitou a utilização de instrumentos processuais de coletivização parcial do processo, a exemplo do julgamento de casos repetitivos.

Deste modo, é possível inferir uma tendência do Código de Processo Civil de 2015 em também reconhecer a insuficiência do sistema coletivo originário,

²⁴⁵ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2826>>. Acesso em: 11 abr. 2019.

investindo em formas de coletivização do processo desenvolvidas em conjunto com processos individuais.

Assim, ao que tudo indica, parece um caminho natural a coletivização dos processos individuais por meio da utilização coordenada de formas de coletivização parcial.

Todavia, é necessário que seja observado o direito a tutela adequada ao caso concreto, de modo que se faça uso da tutela coletiva ou da tutela individual com técnicas processuais coletivas de forma adequada, proporcionando uma prestação jurisdicional de melhor qualidade a depender do direito discutido, as peculiaridades do caso concreto e a complexidade apresentada.

Interessante neste ponto estabelecer alguns parâmetros para análise do cabimento da tutela coletiva ao caso. Aqui, particularmente, se utilizará os parâmetros estabelecidos por Thais LUNARDI, em recente tese de doutorado, em razão da sua pertinência.

A análise do cabimento e conveniência da adoção da tutela coletiva parte necessariamente de um aspecto qualitativo, para que se verifique, no caso concreto, se a tutela coletiva dos interesses individuais é mais adequada do que a tutela individual. A adequação, diga-se desde já, deve levar em consideração os fatores (i) universalização, ou seja, a maior vocação da tutela coletiva para o alcance das questões ou pretensões individuais, com a conseqüente potencialização do acesso à Justiça; (ii) democratização, com uma preocupação sobre a participação inclusiva no procedimento; (iii) isonomia, viabilizando um mesmo tratamento a questões ou pretensões iguais; (iv) eficiência, que nada mais é do que a percepção de que o tratamento coletivo trará mais benefícios, sob o aspecto da justiça enquanto serviço público, do que a múltipla tutela individual; e (v) efetividade, a partir do manejo das técnicas adequadas à concretização dos direitos.²⁴⁶

Ressalte-se que estes critérios se tratam de conceitos jurídicos indeterminados que deverão iluminar o operador do direito na busca da tutela adequada ao caso concreto. Assim, a análise perpassa pela possibilidade de proporcionar maior acesso à justiça e participação aos sujeitos envolvidos, conferir isonomia no processo judicial, bem como tornar o processo judicial mais eficiente e efetivo da tutela dos direitos.

²⁴⁶ LUNARDI, Thais Amoroso Paschoal. Op. cit., p.55.

3.3.3 Espécies de Coletivização Parcial Relacionadas à Prova

Inicialmente, cabe esclarecer que a instrução probatória pode se desenvolver de forma individual, no bojo de cada processo individual isoladamente, ou de forma coletiva, realizando-se uma concentração de atos de produção de prova, objetivando-se a produção única.

Porém, nem sempre a forma coletiva de produção da prova será a mais adequada ao caso concreto. Assim, adaptando-se os parâmetros pela citada autora no tópico anterior, esta própria os adéqua ao problema da instrução probatória.

Assim, devem ser sopesados os seguintes critérios na busca da forma de tutela que melhor se adéqüe ao caso concreto:

i) a eficiência, na medida em que evitará a produção de reiteradas provas sobre uma mesma questão, (ii) a universalização, possibilitando a produção de prova que interesse a todos aqueles que se identifiquem com a questão de fato e sua utilização por todos eles, (iii) a efetividade, com o trâmite mais ágil de instrução única e o aproveitamento de seu resultado, sem a necessidade de repetições e conseqüente satisfatória concretização do direito; e (iv) isonomia, evitando a obtenção de resultados diversos acerca da prova de um mesmo fato.²⁴⁷

Deste modo, ao analisar o caso concreto, o operador do direito deverá observar parâmetros acima indicados a fim de verificar a possibilidade ou não (recomendabilidade ou não) da utilização da tutela coletiva, ou se o caso seria mais adequado a produção da prova de forma isolada no bojo de cada processo individual.

Superado este ponto, cabe tecer algumas considerações acerca de algumas hipóteses de produção coletiva de prova. Primeiramente, seria possível a produção de prova por meio de atos concertados, realizando-se, a grosso modo, um incidente de coletivização de produção de provas, semelhante ao que se dá no bojo do *multidistrict litigation (MDL)*²⁴⁸; pela produção coletiva negociada da prova, por meio de negócios jurídicos processuais coletivos²⁴⁹; por fim pela utilização da ação de produção antecipada de provas.²⁵⁰

²⁴⁷ LUNARDI, Thais Amoroso Paschoal. Op. cit., p.154.

²⁴⁸ Ibid., p.160-193.

²⁴⁹ Ibid., p.227-243.

²⁵⁰ Ibid., p.194-227.

Para fins do presente estudo há maior relevância a ação de produção antecipada de provas, a qual fora já vista sob um ponto de vista unicamente individual em tópico anterior, e será analisada sob o ponto de vista coletivo no próximo capítulo.

3.3.4 Vantagens da Utilização das Formas Coletivização Parcial do Processo Voltadas à Instrução Probatória

Em tópico anterior, já se mencionou que as restrições impostas à utilização das ações coletivas tradicionais é um dos motivos que incentivam a busca de outros meios para a adequada solução do conflito, a exemplo das formas coletivas de produção da prova e de decisões judiciais.

Agora se faz necessário elencar os benefícios da adoção destas novas formas de coletivização, a partir da possibilidade de coordenação entre formas de coletivização parcial do processo e a litigância individual.

A) Autocomposição e conhecimento da real extensão do litígio: É cediço que o processo coletivo brasileiro é beligerante, com poucas possibilidades de resolução pela autocomposição. Assim, a utilização da ação probatória autônoma (ação coletiva de produção antecipada de provas sem o requisito da urgência) contribuiria para informar as partes da real extensão do litígio e assim aumentar as chances de autocomposição.

Registre-se que esta ação probatória prévia ao processo declaratório tem o poder de diminuir os custos e o número de processos, uma vez que informa os litigantes coletivos das possibilidades de êxito, de modo a sopesar a viabilidade de assinatura de acordos.

Ressalte-se que não há qualquer incompatibilidade da autocomposição com o processo coletivo, uma vez que o princípio da indisponibilidade da ação civil pública não afeta a autocomposição do litígio, o qual somente não pode ser objeto de renúncia pelo titular coletivo, devendo este buscar a melhor solução para a tutela do direito material dos titulares do direito.

B) Inexistência de limitação de direitos materiais veiculados: Mencionou-se em tópico supra que há a limitação de direitos materiais que podem ser veiculados em ações coletivas ordinárias. Assim, não é possível a utilização de ação civil pública

para tratar de questões tributárias ou referentes a FGTS e outros fundos de natureza institucional com beneficiários determinados.

Assim, a via individual é a única possível para o trato destas questões. Nada obstante, nada impede a utilização de técnicas coletivas no bojo destes processos individuais. Deste modo, é possível que eventual instrução probatória possa se desenvolver coletivamente, por meio de atos concertados (semelhantemente ao que se dá no MDL).

Registre-se, entretanto, que a utilização da ação coletiva de produção antecipada de provas, por se tratar também de uma ação coletiva, também se mantém limitada em alguns casos, em razão de restrições legais expressamente impostas.

Ademais, também é possível (senão necessário, diante da repetição das demandas) a utilização de técnicas de coletivização da decisão judicial, por meio de institutos como o IRDR e o Julgamento de Recursos Repetitivos.

C) Inexistência de limitação de coisa julgada e segurança jurídica: Como já se teceu considerações anteriormente, o processo coletivo é composto por ações coletivas e outras formas de coletivização parcial do processo. No âmbito das técnicas coletivas de decisões (IRDR e Julgamento de Recursos Repetitivos), há um sistema *opt in*, no qual somente se beneficia da coisa julgada aquele que ingressa com a demanda individual. Assim, todos aqueles que ingressarem com a respectiva ação judicial terão direito a se aproveitar do Precedente fruto da coletivização da decisão.

Porém, quanto à coletivização da prova, não há que se falar em coisa julgada, uma vez que o produto da coletivização da prova poderá ser utilizado indefinidamente nos processos individuais posteriores por meio do instituto da prova emprestada, trazendo segurança jurídica àqueles que ingressam judicialmente, evitando a incerteza das ações coletivas quanto à abrangência da sua coisa julgada.

Assim, a coordenação entre formas de coletivização parcial (produção antecipada de provas e julgamento de casos repetitivos) e demandas propriamente individuais pode conferir maior segurança jurídica aos jurisdicionados, bem como eficiência no trato do direito material.

D) Possibilidade de utilização dos juizados especiais pelos lesados individuais: As ações civis públicas não podem tramitar perante os juizados especiais (art. 2.º, §1.º, I, da Lei n.º 12.153/2009 e art. 3.º, §1.º, I, da Lei n.º 10.259/2001), o que incentiva

a utilização de demandas individuais, uma vez que, via de regra, existe uma maior celeridade no trâmite das demandas judiciais nos juizados. Registre-se ainda que quando o réu é a Fazenda Pública, a utilização dos juizados especiais para as ações individuais é até mesmo obrigatória, sendo caso de competência absoluta.

Porém, vale ressaltar que os juizados são destinados a causas de menor complexidade (art. 3.º, *caput*, da Lei n.º 9.099/95), o que é aferido pela complexidade da prova, e não pelo direito material (Enunciado 54, do FONAJE²⁵¹). Deste modo, somente ações que não demandam a produção complexa de prova podem tramitar perante os juizados.

Portanto, é possível a utilização da ação probatória autônoma de forma coletiva visando somente a produção da prova, a qual poderá ser utilizada como prova emprestada nos processos individuais. Frise-se que a ação probatória tramitará perante as varas comuns, por se tratar de ação coletiva, enquanto as ações individuais poderão tramitar naturalmente pelos juizados especiais, conferindo maior efetividade ao processo coletivo, bem como ao direito de acesso à justiça.

Com isso, é possível a utilização desta forma de coletivização parcial do processo para possibilitar o acesso aos juizados pelos jurisdicionados, no qual sequer é exigida a presença de advogado a depender do valor da causa em discussão.

E) Isonomia na instrução probatória: É cediço que os litigantes habituais possuem um maior preparo para o enfrentamento de questões judiciais perante a justiça. Deste modo, surge uma desigualdade decorrente da hipossuficiência dos lesados, os quais não possuem o preparo jurídico, técnico ou econômico para enfrentar determinadas demandas judiciais.

Porém, existem determinadas demandas judiciais nas quais a grande complexidade do processo consiste exatamente na produção da prova, sendo o restante do processo de fácil resolução. Assim, a produção da prova de forma coletiva sanaria a única necessidade dos lesados individuais, qual seja a produção de prova complexa, custosa e de difícil produção.

²⁵¹ FÓRUM NACIONAL DE JUIZADOS ESPECIAIS (FONAJE). **Enunciado 54:** A menor complexidade da causa para a fixação da competência é aferida pelo objeto da prova e não em face do direito material. Disponível em: <<http://www.amb.com.br/fonaje/?p=32>>. Acesso em: 11 abr. 2019.

Um exemplo pode esclarecer melhor a situação. Quando há o vazamento de resíduos em um determinado rio provocando sua poluição com a diminuição da capacidade produtiva daquele, surge o dever de indenizar as pessoas que do rio extraíam seu sustento, como pescadores. Assim, a única complexidade apresentada neste processo consiste na produção da prova pericial que comprove que o rio fora poluído por resíduos vazados pela empresa poluidora.

Frise-se que os pescadores individualmente, apesar de possuir meios para processar a empresa poluidora (exemplo juizados especiais que sequer exigem a presença de advogado), não possuem conhecimento técnico ou mesmo capacidade financeira de arcar com uma produção de prova pericial complexa.

Portanto, a utilização da ação probatória autônoma de forma coletiva proporciona a isonomia na produção da prova, trazendo paridade de armas, uma vez que um legitimado coletivo, como o Ministério Público ou uma associação, possui meios para enfrentar a situação em pé de igualdade, evitando a produção da prova de forma deficitária.

Ao mesmo tempo, após a produção da prova, possibilita-se que os lesados individuais efetivamente escolham o caminho processual mais adequado ao seu caso, seja aderir a eventual ação coletiva principal, ou ingressar com a ação individual. Porém, agora a escolha é efetivamente possível, uma vez que de nada adianta conferir esta escolha, se os lesados individuais não possuem meios próprios para produzir a prova necessária em seu respectivo processo individual.

F) Eficiência e racionalização de recursos: Voltando ao exemplo anterior da poluição do rio por vazamento de resíduos, é possível observar que a prova pericial a ser realizada será única para todas as relações jurídicas dali provenientes, uma vez que não há qualquer possibilidade do rio estar poluído para um indivíduo e não estar para outro.

Assim, racionaliza-se a produção da prova a partir de uma única instrução probatória, a qual deve ser realizada com maior participação democrática, diante de um contraditório ampliado e diferenciado, seguindo-se por analogia, com base no princípio do microssistema, as previsões para a o Julgamento de Casos Repetitivos, pois também se trata de forma de técnica de coletivização do processo. Assim, deve existir uma disseminação da informação maior, bem como a participação de *amici*

curiae e possibilidade de realização de audiências públicas, tudo para qualificar a produção da prova.

Com isso, evita-se a repetição desnecessária de produção de provas nos respectivos processos individuais, produzindo-a uma única vez, o que torna o sistema mais eficiente e racional, bem como confere maior segurança jurídica na gestão da prova, aumentando inclusive a qualidade da prova produzida.

Ressalte-se que a prova também pode ser utilizada em outras ações coletivas, uma vez que é cediço que um fato pode dar origem a diversas relações jurídicas coletivas, lesando, por exemplo, o meio ambiente (direito difuso), pescadores, populações ribeirinhas, populações tradicionais (direitos individuais homogêneos), ou mesmo o meio ambiente do trabalho daqueles que trabalhavam na empresa poluidora (direito coletivo), sendo que cada um destes grupos possui o seu respectivo representante adequado. Assim, todos atuam na produção da prova, e cada grupo (ou indivíduos) segue com sua respectiva demanda judicial, prescindindo de uma nova instrução probatória para a produção de prova dos fatos comuns.

4 AÇÕES PROBATÓRIAS AUTÔNOMAS NO PROCESSO COLETIVO

4.1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

As necessidades atuais decorrentes da sociedade de massa, caracterizada por repetição de processos idênticos ou semelhantes, deu origem a busca pela tutela diferenciada destes interesses, o que já se demonstrou poder se dar por meio do processo coletivo em suas duas vertentes: formas de coletivização total e parciais do processo.

Inicialmente, o processo coletivo tratou somente das ações coletivas, tendo posteriormente inserido o julgamento de casos repetitivos e hoje se faz necessária a utilização de outras formas de coletivização para o tratamento de questões processuais repetitivas.

A coletivização da prova se tornou uma realidade (e porque não dizer uma necessidade), o que fora melhor desenvolvido em tópico supra. Neste momento será apenas desenvolvida uma das formas de coletivização da prova, qual seja a ação probatória autônoma.

É cediço que "sempre que uma prova possa interessar a vários sujeitos – e, em especial, quando se trate de prova de difícil produção ou de custo elevado, a exemplo de perícias complexas – pode-se cogitar do emprego da técnica coletiva".²⁵² Assim, a "a avaliação conjunta da prova pode não apenas diminuir os custos de demandas individuais e, indiretamente, o esforço jurisdicional na produção de provas complexas, mas ainda dar uma visão macroscópica do conflito".²⁵³

Frise-se que a escolha pelo manejo desta técnica processual coletiva deve ser realizada somente quando trazer maior utilidade para as partes e para o Poder Judiciário do que a produção de provas de forma individual.

Portanto, a utilização da ação coletiva como forma de unicamente produzir provas para outros processos coletivos ou mesmo individuais poderá contribuir para

²⁵² ARENHART, Sérgio Cruz. Op. cit., p.165.

²⁵³ Id.

uma análise racional do conflito, abrindo as portas para a autocomposição, bem como informando as partes de suas reais chances de êxito.

E por outro viés, agora de cunho eminentemente público, pode contribuir para a solução mais eficiente do conflito, produzindo a prova de maneira mais qualificada, bem como evitando sua repetição desnecessária em outros processos, manejando o caso concreto para a forma de tutela que melhor se adéque.

Ademais, devido ao caráter de absoluta instrumentalidade da tutela coletiva²⁵⁴, é possível se utilizar de toda e qualquer ação para a adequada e efetiva tutela dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, consoante inclusive previsão expressa no art. 83, do CDC, o que possibilita o manejo da ação probatória autônoma também no âmbito do processo coletivo.

Assim, neste capítulo final serão analisadas as peculiaridades de ação coletiva probatória, tais como sua legitimidade e necessidade de participação no procedimento, o objeto da mencionada ação e meios prova admissíveis e sua finalidade por meio da ilustração de exemplos práticos de sua utilização.

4.2 LEGITIMIDADE E PARTICIPAÇÃO NO PROCEDIMENTO

4.2.1 Representação Adequada

No âmbito individual, conforme já exposto em tópico supra, é possível afirmar que é parte legítima a figurar no polo ativo da ação probatória autônoma todo aquele que é parte na relação material a ser discutida, bem como todo aquele que demonstrar fundado interesse jurídico na produção da prova.

Nada obstante, no âmbito coletivo, ao menos no tocante as ações coletivas, há um rol de legitimados aptos a ingressar com a demanda, tratando-se de legitimação *ope legis*, a qual se dá via substituição processual dos litigantes individuais.²⁵⁵

Porém, este sistema fora pensado, via de regra, para as ações de conhecimento, nas quais há um regime peculiar de coisa julgada (extensão da coisa julgada *secundum*

²⁵⁴ VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo**. São Paulo: Malheiros, 2007. p.152.

²⁵⁵ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses públicos em juízo**. p.64.

eventum litis para os sujeitos individuais), de modo que, somente em caso de vitória na demanda judicial coletiva, esta faria efeito para os litigantes individuais.

Portanto, em caso de insucesso do litigante coletivo, não haveria que se falar em coisa julgada para os litigantes individuais, motivo pelo qual estes poderiam dar continuidade em suas demandas individuais, podendo-se falar somente em um efeito psicológico da sentença coletiva, a qual seria sopesada pelos demais magistrados no momento de julgamento das demandas individuais.

De outro lado, a ação probatória autônoma, apesar de não fazer coisa julgada quanto ao mérito da questão principal, a qual sequer pode ser objeto de análise pelo juízo desta ação, interfere diretamente na futura e eventual ação principal, uma vez que a prova produzida (e eventuais provas indeferidas) não deverão ser re-produzidas.

Com isso ganha especial destaque a questão da legitimidade para o ingresso da ação probatória coletiva, uma vez que os sujeitos individuais (e demais legitimados coletivos) restarão vinculados à prova produzida, independentemente de sua participação pessoal.

Inicialmente, cabe desde já estabelecer que a simples legitimidade *ope legis*²⁵⁶, ou seja, aquela prevista em abstrato nas leis que tratam da tutela coletiva, é insuficiente para conferir uma resposta adequada ao problema da ação probatória coletiva. Deste modo, outras respostas devem ser buscadas para suprir eventual déficit de representatividade, em razão da maior vinculação das partes ao conteúdo da demanda judicial.

A resposta que melhor surge para a questão é a análise da representatividade em concreto dos legitimados coletivos (representação adequada). Por meio da regra da adequada representação busca-se que o grupo ou classe esteja bem representado nas demandas coletivas, de modo que o legitimado ativo ou passivo efetivamente exerça a situação jurídica coletiva em sua plenitude, bem como possua ligação com o grupo representado e recursos financeiros, boa técnica e probidade no trato da questão coletiva.²⁵⁷

²⁵⁶ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. A legitimação, a representatividade adequada e a certificação nos processos coletivos e as ações coletivas passivas. **Revista de Processo**, São Paulo, v.209, p.243-264, 2012.

²⁵⁷ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil**. p.106.

Registre-se que a análise da representatividade adequada é a chave para a promoção da maior vinculação dos substituídos, o que alguns autores já vêm trabalhando no âmbito do processo coletivo.²⁵⁸ No mesmo sentido, também a doutrina italiana²⁵⁹, assim como a americana²⁶⁰.

O primeiro passo para a análise da representação adequada é averiguação de vínculo de afinidade temática entre o legitimado e o objeto litigioso.²⁶¹ Porém, tal comprovação por si só não é suficiente, também deve ser exigido do representante coletivo que demonstre a ligação com o grupo substituído, de modo a ser possível aferir a existência de uma relação mínima de confiança entre o substituto processual e seus substituídos.

Essa exigência de demonstração de um relacionamento prévio entre o substituto e os substituídos é colocado com maior evidência no âmbito do direito norte americano quanto às *defendant class actions* (ação coletiva passiva americana), sendo certo que, quando o relacionamento entre os substituídos e o substituto é claramente demarcado, as Cortes tendem a encontrar menos barreiras para aceitar a certificação destas demandas.²⁶²

Assim sendo, a partir desta regra, deve o legitimado coletivo, além de se encontrar dentre aqueles constante em rol legal, também deve demonstrar em concreto que possui uma ligação intrínseca com o grupo representado e com o objeto material do processo principal, de modo a possibilitar a extensão dos efeitos pretendidos com a demanda probatória coletiva, qual seja a vinculação do grupo à instrução probatória realizada.

²⁵⁸ FORNACIARI, Flávia Hellmeister Clito. **Representatividade adequada nos processos coletivos**. 2010. 189p. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo. p.153-162.

²⁵⁹ Para maiores informações: VINCENZO, Vigoritti. **Interessi collettivi e processo**. Milano: Giuffrè, 1979. p.270-283.

²⁶⁰ FISS, Owen. The allure of individualism. **Iowa Law Review**, v.78, n.5, p.970-971, 1993. Disponível em: <<https://pdfs.semanticscholar.org/f0e0/398853bf3069b8bae978fbd11c1206a13281.pdf>>. Acesso em: 03 jul. 2019.

²⁶¹ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil**. p.202.

²⁶² SHEN, Francis. The overlooked utility of the defendant class action. **Denver University Law Review**, Denver, v.88, n.1, p.83, 2011.

4.2.2 Momento de Controle da Legitimidade pelo Juízo e Preclusão

Definida a exigência do controle da legitimidade em concreto para o ingresso da demanda probatória coletiva, em razão da gravidade dos efeitos decorrente da vinculação à instrução probatória realizada, cabe verificar o momento em que o juízo deve realizar tal controle.

Assim, a exemplo do que se dá nos Estados Unidos (vide capítulo 1) deve ser proferida uma decisão no início da demanda judicial certificando a legitimidade adequada do representante coletivo para atuar na causa, recebendo somente neste momento a petição inicial. Esta decisão deve ser proferida após a apresentação da contestação (caso existente), ou seja, no fim da fase postulatória e no início da fase de saneamento.²⁶³

Ademais, certificada a existência de legitimidade do ente coletivo, esta decisão se torna passível de recurso de imediato.²⁶⁴ Caso a decisão reconheça a ausência de legitimidade do ente coletivo, deverá extinguir o processo sem resolução do mérito, dando ensejo ao cabimento de apelação. De outro lado, caso reconheça a legitimidade do ente coletivo, admitindo o processamento do feito (e assim recebendo a petição inicial), será o caso de cabimento de agravo de instrumento, com base no art. 17, §10, da Lei n.º 8.429/92, aplicado por força do microssistema coletivo.

4.2.3 Participação no Procedimento e Meios de Participação Popular

Após a finalização do processo coletivo probatório, os substituídos e demais legitimados coletivos restarão vinculados à instrução probatória realizada, salvo a comprovação posterior de vício na representação pelo legitimado coletivo^{265,266}, motivo

²⁶³ Entendendo que a certificação de qualquer ação coletiva deve ser feita no momento do saneamento, inclusive como garantia do réu: DIDIER JR., Fredie; ZANETTI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil**. p.106.

²⁶⁴ Entendendo que toda decisão sobre a admissibilidade de coletivização de demandas deve ser recorrida de imediato, sob pena de preclusão sobre o cabimento ou não da demanda coletiva: ARENHART, Sergio Cruz. Op. cit., p.272.

²⁶⁵ Adota-se solução semelhante à Norte Americana, na qual é possível aos litigantes individuais, alegando violação ao devido processo legal, baseada na inadequada representação, requerer posteriormente que não sejam atingidos pela coisa julgada: GIDI, Antonio. Op. cit., p.279-280.

pelo qual deve ser discutida a ampliação e qualificação do contraditório na demanda coletiva probatória.

Não basta que o processo coletivo probatório seja travado entre o representante adequado e o sujeito violador de direitos coletivos *lato sensu*. Também se faz necessário a ampliação e qualificação do debate na demanda. Nesta seara ganha destaque os instrumentos de participação popular, quais sejam a participação de *amici curiae* e a realização de audiências públicas.

Esclareça que no âmbito do STF, a adoção destes meios de participação popular já vem sendo vistos há muito com bons olhos, sendo formas de proporcionar um diálogo direto com outras instituições e com o povo a fim de legitimar a decisão exarada.²⁶⁷

Deste modo, deve-se abrir às portas para a participação de *amici curiae*, os quais podem consistir em pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, conforme expressamente possibilita o Código de Processo Civil, em seu art. 138, bastando a comprovação da relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia. Inclusive pode consistir em membros do grupo representado, tido por estes como representante adequado e legítimo de seus interesses, a exemplo de um dirigente sindical.

Registre-se que a repercussão social da controvérsia se apresenta implícita em todas as demandas coletivas, em razão da natureza essencialmente transindividual deste processo.

Ademais, em instruções probatórias mais complexas, também é possível a realização de audiências públicas, proporcionando a participação direta dos substituídos interessados, o que pode (e deve) ser levado em consideração no momento da produção da prova, a exemplo da realização de quesitos específicos em laudos periciais, ou mesmo a própria ampliação objetiva do processo coletivo probatório.

Com isso, busca-se atingir a maior eficácia possível da instrução, ao tempo que confere uma legitimação maior ao seu resultado, a partir de uma representação adequada dos interesses dos indivíduos substituídos.

²⁶⁶ Adotando entendimento semelhante, porém quanto à extensão da coisa julgada de forma prejudicial: FORNACIARI, Flávia Hellmeister Clito. Op. cit., p.162.

²⁶⁷ GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a Constituição ao povo**: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p.170.

4.2.4 Participação no Procedimento e (in)Existência de um Direito de Participação Individual

Em tópicos anteriores, foram tratadas questões-chaves para a legitimidade do processo coletivo, quais sejam: a questão da representação adequada e meios de participação popular indiretos e diretos, a exemplo de *amici curiae* e audiências públicas. Nada obstante, ainda resta pendente de análise a (in)existência de um direito à participação individual no procedimento.

Inicialmente, cabe mencionar que a questão é objeto de debate há muito nos Estados Unidos. No caso *Martin v. Wilks*, de 1989, a Suprema Corte entendeu à época pela existência de um direito à participação pessoal (*the right of participation or a right to a day in court*), a partir do qual nenhuma pessoa poderia ser atingida pelos efeitos de uma decisão judicial sem participar de sua formação.²⁶⁸

O caso sob julgamento possuía algumas peculiaridades, sendo de bom alvitre a explanação de seu resumo:

*The Petitioners, the City of Alabama and the Jefferson County Personnel Board (Petitioners), had entered into a consent judgment with black firefighters setting goals for hiring blacks and promoting them. Subsequently, the Respondents, white firefighters (Respondents), nonparties to the aforementioned consent judgment, brought a reverse discrimination lawsuit against the Petitioners. The Petitioners responded that the consent decrees in the earlier suits brought by blacks mandated the procedures followed and precluded the current suit. The District Court held that the earlier consent decrees were a defense to the white firefighters' suits, but the Court of Appeals reversed holding that because the white firefighters were not parties to the earlier litigation, their claims could not be precluded.*²⁶⁹

Deste modo, a questão sob julgamento girava em torno da possibilidade de vinculação dos bombeiros brancos ao processo anterior que determinava uma política de contratação de bombeiros negros. A Suprema Corte à época entendeu que não seria possível esta vinculação, em razão da ausência de participação dos bombeiros brancos no processo anterior.

²⁶⁸ FISS, Owen. Op. cit., p.967.

²⁶⁹ CASE BRIEFS. **Martin v. Wilks**. Disponível em: <<https://www.casebriefs.com/blog/law/civil-procedure/civil-procedure-keyed-to-cound/the-binding-effect-of-prior-decisions-res-judicata-and-collateral-estoppel/martin-v-wilks/>>. Acesso em: 08 jul. 2019.

Nada obstante, como bem descreve Owen FISS, a questão não fora tratada corretamente à época pela Corte. À primeira vista, o caso demonstra em verdade não só que os bombeiros brancos não participaram pessoalmente do julgamento anterior, mas também que não tiveram seus interesses adequadamente representados, sendo esta a verdadeira causa de sua não vinculação.²⁷⁰

Registre-se que o Estado não é obrigado a conferir uma participação individual sempre que uma decisão puder interferir na esfera pessoal dos indivíduos, o que pode ser bem visualizado na esfera do poder legislativo, no qual a representação se dá forma indireta, não havendo um direito de participação pessoal em qualquer decisão.²⁷¹

Portanto, o que *"the Constitution guarantees is not a right of participation, but rather what i will call a 'right of representation': not a day in court, but the right to have one's interest adequately represented"*.²⁷² Assim, o direito ao devido processo legal, ao menos nos EUA, garantiria *"a full and fair day in court enjoyed in person or through a representative"*.²⁷³ Voltando os olhos para o direito brasileiro, cabe uma análise da questão à luz de nosso sistema jurídico:

É cediço que o direito de ação, ou seja, o direito à uma prestação jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva, engloba o direito a participação por meio do procedimento.²⁷⁴ Porém, não é possível extrair do direito de ação (e mais precisamente do direito ao contraditório) um direito à participação pessoal, tendo em vista que toda ferramenta de coletivização importa em sacrifícios à participação individual, sendo necessária apenas a adequada e suficiente representação do indivíduo, passando o contraditório ser analisado a partir de um viés qualitativo.²⁷⁵

Assim, o direito ao devido processo legal não compreende sempre um direito de participação pessoal no procedimento. Portanto, o controle da legitimidade adequada do substituto processual é suficiente para garantir os direitos fundamentais dos

²⁷⁰ FISS, Owen. Op. cit., p.971.

²⁷¹ BONE, Robert G. Procedure, Participation, Rights. **Boston University Law Review**, v.90, n.2, p.1.028, 2010.

²⁷² FISS, Owen. Op. cit., p.970-971.

²⁷³ CLERMONT, Kevin M. **Principles of Civil Procedure**. Saint Paul: Thomson West, 2005. p.387.

²⁷⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Op. cit., p.315-316.

²⁷⁵ ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. Op. cit., p.199.

substituídos, uma vez que estes não possuem um direito absoluto à participação pessoal no procedimento.

Há que se lembrar que a mesma racionalidade se encontra prevista para o julgamento de casos repetitivos (forma de processo coletivo), bem como na própria essência do controle de constitucionalidade, nos quais também não é assegurado aos sujeitos vinculados pela decisão o direito de participação individual no julgamento, mas sim o direito a uma decisão qualificada.²⁷⁶

4.2.4 Ação Coletiva Passiva e Ação Probatória Autônoma

Como é possível inferir de tópicos anteriores, vislumbra-se que a ação probatória autônoma visa a produção de prova anteriormente ao ajuizamento do processo principal, sendo certo que não necessariamente haverá identidade entre autor e réu do processo coletivo probatório com o processo de conhecimento.

Deste modo, é possível que o eventual réu da demanda coletiva principal (ou demanda individual principal), no caso aquele suspeito de perpetrar violação a direitos coletivos *lato sensu*, seja o autor da demanda coletiva probatória, visando a produção eficiente e qualificada da prova, evitando eventual multiplicação de instruções probatórias em inúmeras ações coletivas ou individuais.

A partir deste contexto, surge a possibilidade de utilização da ação coletiva passiva probatória, na qual o legitimado coletivo (após inclusive a certificação de sua representação adequada - supra) figurará no polo passivo da demanda, visando conferir à produção probatória a qualificação do debate, atuando no melhor interesse dos substituídos.

Esclareça-se que se entende que haverá ação coletiva passiva quando "um agrupamento humano (titular do direito coletivamente considerado) for colocado como

²⁷⁶ Para maiores informações acerca de precedentes e a natureza qualificada destas decisões no direito brasileiro: PUGLIESE, William. Op. cit. e MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação.

sujeito passivo de uma relação jurídica na petição inicial – demanda-se contra os interesses de uma dada coletividade, coletividade de pessoas ou grupo de pessoas".²⁷⁷

O instituto tem inspiração no direito americano, no qual esta especial forma de demanda é conhecida como *defendant class action* e tem como finalidade a promoção de uma demanda de forma concentrada em face de algum ou alguns membros da classe, vinculando os demais quanto às questões comuns.²⁷⁸

Porém, também no âmbito americano, há estudos que demonstram que esta forma de ação coletiva é pouco usada se comparado às ações coletivas comuns²⁷⁹, encontrando-se vários obstáculos como a falta de incentivo financeiro para o substituto representar os demais²⁸⁰ e a dificuldade na busca pela representação adequada²⁸¹, havendo autores que consideram impossível sua realização nestas demandas.²⁸²

Vale ressaltar que não existe no direito brasileiro a regulamentação legal das ações coletivas passivas, sendo estas fruto de construção doutrinária e jurisprudencial decorrente das exigências de situações concretas, nas quais o direito existente não supre as necessidades materiais do caso concreto.²⁸³

Entretanto, insta frisar que o problema da busca pela representação adequada nas ações coletivas passivas no Brasil é menor que aquele apresentado no direito norte americano, pois o substituto processual será sempre uma entidade que apresente um vínculo com os substituídos.²⁸⁴ Assim, ameniza-se a dificuldade americana consistente na ausência de interesse em tutelar os interesses dos indivíduos não participantes na demanda.

Deste modo, no controle da legitimidade nas ações coletivas passivas, haverá sempre um duplo juízo, o primeiro referente ao rol legal de legitimados (*ope legis*) e

²⁷⁷ DIDIER JR., Fredie. O controle jurisdicional da legitimação coletiva e as ações coletivas passivas (o art. 82 do CDC). **Revista Dialética de Direito Processual**, n.25, p.52, abr. 2005.

²⁷⁸ WOLFSON, Barry. Defendant Class Actions. **Ohio State Law Journal**, Ohio, v.38, n.3, p.459, 1977.

²⁷⁹ SHEN, Francis. Op. cit., p.80.

²⁸⁰ Ibid., p.85.

²⁸¹ WOLFSON, Barry. Op. cit., p.460-461.

²⁸² Barry Wolfson enumera uma série de autores com este entendimento a exemplo de Anderson & Roper, Kalven & Rosenfield e outros. Ver: WOLFSON, Barry. Op. cit., p.478.

²⁸³ ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. Op. cit., p.397-398.

²⁸⁴ Para maiores informações: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. A legitimação, a representatividade adequada e a certificação nos processos coletivos e as ações coletivas passivas.

um segundo referente a existência de forma concreta do vínculo entre os substituídos e o substituto (*ope judicis*).²⁸⁵

Atualmente, como também se torna necessária a produção da prova de forma coletiva, por imperativos da eficiência e proporcionalidade, sendo necessária a adequação do mundo jurídico à realidade material do caso, deve-se abrir as portas para a utilização da ação coletiva passiva, a qual pode ser providencial para proporcionar uma instrução probatória coletiva.

Nos dias atuais, a partir de uma racionalidade coletiva, e com fulcro nos princípios da eficiência e da proporcionalidade, é possível afirmar que a escolha da forma coletiva de processo não é mais uma opção exclusiva do autor, como era no modelo de ações coletivas tradicionais, tendo em vista que cabe ao réu (da demanda de conhecimento) também a legitimidade para requerer a instauração de incidentes de coletivização, seja da decisão (IRDR, por exemplo) seja da instrução probatória (possibilidade de realização de instrução conjunta, por meio de atos concertados entre juízes cooperantes – art. 69, §2.º, II, do NCPC), sendo do juiz ou relator a competência para admiti-los ou não.

Assim, também não se pode negar ao réu da futura demanda de conhecimento, a possibilidade de coletivizar a instrução probatória por meio da ação de produção de provas, sendo um direito seu a verificação dos riscos da futura demanda judicial, inclusive para fins de análise de celebração de acordos prévios ao ajuizamento da ação principal.

Ademais, conforme já analisado em tópicos supra, os princípios da eficiência e proporcionalidade, justificam medidas de coletivização não só quando benéficas ao interesse das partes, mas também quando benéficas ao próprio Poder Judiciário, não sendo possível deixar ao bel-prazer das partes a escolha ou não pela repetição de atos desnecessários, notadamente quando a prova pode ser produzida uma única vez, em meio a um processo qualificado, com a participação ampla de interessados.

Porém, como é exigida a representação adequada do grupo, a ação coletiva passiva probatória somente será permitida quando existir legitimado coletivo que

²⁸⁵ ROSSI, Júlio César. A ação coletiva passiva. **Revista de Processo**, São Paulo, v.198, p.259-280, ago. 2011.

atenda todos os parâmetros de excelência na representação dos substituídos, sendo ônus do autor em sua petição inicial demonstrar também os motivos que o levaram à escolha do ente coletivo.²⁸⁶

Entretanto, tal exigência de alegação pelo autor, não exclui do ente coletivo a possibilidade de alegar a ausência de representatividade adequada, o que deve ser decidido pelo juízo em decisão de certificação e admissibilidade da demanda coletiva.

Ainda assim, como forma de garantir ainda mais o controle da representatividade adequada, é possível, com base no princípio da adequada publicidade da demanda coletiva, que sejam publicados editais nos meios de comunicação, informando a existência da demanda coletiva probatória, bem como chamando outros interessados para participar do feito na qualidade de *amicus curiae*.

Também, ao menos quando se tratar de direitos individuais homogêneos, a depender da possibilidade fática de realização da diligência, pode-se determinar a expedição de notificação individual, informando os eventuais substituídos acerca da existência da demanda coletiva probatória.

4.3 OBJETO LITIGIOSO E VINCULAÇÃO DOS PROCESSOS POSTERIORES

4.3.1 Meios de Prova Admissíveis

Quando da análise da ação probatória autônoma no âmbito individual, afirmou-se que o Código de Processo Civil de 2015 não realizou qualquer limitação quanto ao objeto desta demanda judicial, de modo que seria cabível a produção de todo e qualquer meio de prova admitido em direito, desde que seja lícita.

Assim, cabe ao autor e ao réu delimitar o objeto litigioso, em razão de sua natureza dúplice, requerendo as provas que desejam produzir, sejam elas provas periciais, testemunhais, ou mesmo documentais.

²⁸⁶ TOZZI, Thiago Oliveira. A ação coletiva passiva: conceito, características e classificação. **Revista de Processo**, São Paulo, v.205, p.267-296, mar. 2012.

Nada obstante, surge uma peculiar forma de produção de prova no bojo desta ação coletiva, que vai ao encontro dos princípios da eficiência e da proporcionalidade, qual seja a prova por amostragem.

A produção coletiva da prova pode revelar que a situação alegada possui uma massividade ímpar, de modo que se torna inviável a realização da prova em todos os processos individuais e coletivos posteriores, sendo necessária a realização da prova por meio de amostras (seleção de alguns casos paradigmas) para verificar a veracidade dos fatos.

4.3.2 A Vinculação em Processos Posteriores

Inicialmente, cabe traçar algumas linhas introdutórias acerca da diferença entre a vinculação quanto à prova produzida e a coisa julgada.

Existe fundada controvérsia no direito brasileiro acerca do conceito da coisa julgada, porém, "certo é que a coisa julgada (material) é um instituto jurídico que torna uma determinada decisão – que, em nosso sistema, é a decisão de mérito final sobre a qual não caiba mais recurso – imutável, imune a futuras discussões judiciais".²⁸⁷ Registre-se que hoje, com base no art. 503, do NCPC, esta decisão de mérito pode ser sobre a questão principal ou prejudicial expressamente decididas, desde que cumpridos alguns requisitos.

No tocante à coisa julgada coletiva, já se teve oportunidade de se mencionar supra, que esta opera efeitos *secundum eventum litis* para as demandas individuais, ou seja, esta apenas opera efeitos para beneficiar os sujeitos individuais, em razão de expressa previsão legal.

Registre-se que esta limitação fora prevista como forma de outorgar proteção adicional aos substituídos, tendo em vista a gravidade da coisa julgada que se origina desta forma de coletivização total do processo. Assim, trata-se de uma exceção no sistema jurídico, uma vez que a regra é a de que o substituído, nos

²⁸⁷ PRATES, Marília Zanella. Op. cit., p.73.

casos de legitimação extraordinária, se mantém vinculado à coisa julgada, ainda que do processo não participe.²⁸⁸

Diversa é a vinculação originada das formas de coletivização parcial do processo. O sistema processual brasileiro em diversas hipóteses demonstra que esta forma de vinculação opera independentemente do seu resultado, uma vez que não se confunde com a coisa julgada, bastando para tanto que haja um processo qualificado pelo contraditório ampliado e pela representação adequada dos interesses.

Neste ponto é possível observar que a vinculação decorrente das formas de coletivização parcial já se encontra prevista no sistema, ao menos, para a coletivização da fase decisória, na qual deverão os juízes e tribunais observar as decisões prévias formadas em controle de constitucionalidade pelo STF, em acórdãos de incidente de assunção de competência ou julgamento de casos repetitivos, consoante prevê o art. 927, do NCPC. O mesmo pensamento deve ser trazido para a coletivização da fase instrutória.

Ademais, no tocante à fase instrutória de forma específica, ainda vige o princípio da comunhão das provas, na qual às provas pertencem ao processo de um modo geral, e não em específico às partes. Portanto, é indiferente para fins instrutórios o sujeito produtor da prova e se essa apenas operará em seu benefício.

Por fim, vale esclarecer que não é possível invocar o mesmo raciocínio da coisa julgada *secundum eventum litis* para à produção coletiva da prova, tendo em vista que não há como saber de forma concreta se a prova efetivamente será valorada de forma negativa ou positiva pelo magistrado, tendo em vista que esta atividade cognitiva pertence ao íntimo do julgador na fase de formação de seu convencimento.

Deste modo, caso produzidas, ou indeferidas as provas requeridas, estas não poderão ser objeto de nova produção em processo posterior, dado se encontrar preclusa a matéria. Assim, os demais legitimados coletivos, bem como os substituídos se encontrarão vinculados às provas produzidas (ou mesmo indeferidas), bastando

²⁸⁸ Para maiores esclarecimentos: TESHEINER, José Maria. **Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p.128; CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Campinas: Bookseller, 1998. v.1. p.502; ARMELIN, Donaldo. **Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979. p.128.

para tanto que o processo tenha sido conduzido por legitimado coletivo dotado de representatividade adequada e tenha sido aberto a um contraditório qualificado.

Frise-se, como já mencionado anteriormente, que cabem aos sujeitos individuais (e outros legitimados coletivos) o poder de se excluir da vinculação da ação probatória autônoma, caso obtenha sucesso em demonstrar vício de representação na demanda probatória, tendo em vista que a vinculação decorre exatamente da representatividade adequada. Tal matéria deve ser alegada como prejudicial em processo posterior, não sendo exigível o ajuizamento de ação rescisória, tendo em vista que não há coisa julgada para as partes não participantes do processo originário.

O direito individual à produção da prova, que abrange o direito de requerer, participar de sua realização, bem como ter sua prova valorada (vide capítulo 2), também se encontra limitado por outros imperativos constitucionais, a exemplo do princípio da eficiência e da proporcionalidade.

Assim, o direito ao devido processo legal, do qual decorre o direito à prova, determina que o processo seja justo, porém, não a ponto de determinar que a proteção do indivíduo importe em sacrifício de outros importantes direitos.²⁸⁹

Portanto, não há que se falar em violação ao direito à prova, quando esta for realizada de forma coletiva, tolhendo da parte do eventual processo principal (coletivo ou individual) a prerrogativa de re-produzir a prova, uma vez que aquela teve seu direito exercido por meio de seu representante adequado, em meio a um processo qualificado, realizando-se uma compatibilização deste direito individual com outros imperativos constitucionais.

Ademais, o próprio Código de Processo, em seu art. 370, afirma que o juiz indeferirá as provas inúteis ou protelatórias, sendo certo que a repetição de uma prova já produzida, sem possibilidade de um resultado diverso, deve ser vista como protelatória e inútil para a resolução da controvérsia.

Neste ponto, merece especial destaque a questão da prova por amostragem. É certo que a ação probatória autônoma pode utilizar este meio de prova, porém, pode ocorrer que devido alguma peculiaridade do caso concreto, este não se encontre abrangido pelo resultado da prova anterior. Assim, em tese, é possível que a

²⁸⁹ FISS, Owen. Op. cit., p.979.

produção da prova apresente resultado diverso, apesar de militar em seu favor uma presunção relativa, o que pode dar ensejo a uma verdadeira inversão do ônus da prova.

Assim, caso o resultado da prova seja positivo aos substituídos, estes possuem a presunção relativa de que seu caso concreto também é positivo, e assim caberá ao réu desconstituir a presunção aventada. De outro lado, caso o resultado da prova por amostragem for positivo a outra parte, caberá aos substituídos, caso queira ver seu caso analisado de forma diferenciada, o ônus de produzir a prova. Portanto, não se aplicarão as regras gerais quanto ao ônus da prova previstas para o processo coletivo nestes casos.

4.4 FINALIDADES DA AÇÃO PROBATÓRIA AUTÔNOMA NO ÂMBITO COLETIVO

A ação probatória, além da possibilidade relacionada à urgência, possui suas finalidades (hipóteses de cabimento) previstas no Código de Processo Civil, mais precisamente em seu art. 381 e incisos. A partir deste dispositivo, é possível verificar que a ação probatória autônoma pode ser utilizada para viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflitos, bem como para proporcionar o prévio conhecimento dos fatos que possam justificar ou evitar o ajuizamento de uma demanda judicial.

No âmbito do processo coletivo, as finalidades e hipóteses de cabimento permanecem as mesmas, porém, outorgando a elas uma dimensão ímpar, uma vez que os interessados e atingidos pela prova a ser produzida consistem em grupos determinados ou indeterminados, transcendendo o interesse das partes no processo.

Na primeira hipótese pode se vislumbrar a possibilidade de construção de um processo coletivo probatório, no qual o único objeto do processo judicial é a produção de provas complexas para exportação para demandas individuais, de modo a proporcionar a consagração de imperativos constitucionais, a exemplo do acesso à justiça, a eficiência e a proporcionalidade.

A segunda hipótese é a realização da instrução probatória coletiva prévia a fim de averiguar a real extensão dos danos, bem como possibilitar a resolução do conflito por meio da autocomposição, seja através de acordos coletivos ou individuais judiciais, ou extrajudiciais, a exemplo da celebração de compromisso de ajustamento de conduta.

Por fim, a terceira hipótese traz a possibilidade de criação de um processo coletivo investigatório, o qual seria utilizado como meio de produção de provas a fim de averiguar a existência de um lastro probatório mínimo a embasar o ajuizamento de ações coletivas de conhecimento. Assim, busca-se o combate a ações temerárias, tendo em vista que o único instrumento de investigação disponível no ordenamento jurídico é o inquérito civil, o qual inclusive é destituído de contraditório, impossibilitando o aproveitamento dos elementos nele colhidos a título de prova em futuro processo judicial.

4.4.1 Ação probatória autônoma como consectário do direito de acesso à justiça, eficiência e proporcionalidade

O processo coletivo inicialmente fora criado visando conferir uma proteção adequada aos direitos difusos e coletivos, sendo estes direitos materiais que necessitavam de uma tutela processual diferenciada.

Posteriormente, também fora criado o processo coletivo para dar tratamento adequado aos direitos individuais homogêneos. Porém, naquele cenário temporal, estes direitos individuais homogêneos que reclamavam proteção eram aqueles referentes a "danos relativamente pequenos, contra grandes organizações"²⁹⁰, o que dificultava o interesse dos indivíduos em tutelá-los, em razão dos custos do processo individual.

Nada obstante, com o decorrer do tempo, verificou-se um novo fenômeno, a massificação dos processos judiciais e o abarrotamento do Poder Judiciário com causas repetitivas, surgindo um novo problema relacionado aos direitos individuais homogêneos, os quais não foram previstos e não se adequavam sequer ao modelo de processo coletivo existente, qual seja as ações coletivas.

De outro lado, nos dias atuais, vislumbra-se a coexistência de diversos tipos de direitos individuais homogêneos (não somente aqueles referentes a danos de pequena monta), sendo que, quanto maior o dano individual envolvido, maior é a probabilidade dos litigantes renunciarem a tutela coletiva por meio de ações coletivas para promover seus próprios interesses via ação individual.

²⁹⁰ GARTH, Bryant; CAPPELLETI, Mauro. Op. cit., p.28.

Ressalte-se que a própria tutela individual em muitos casos é incentivada pelo direito brasileiro, em razão de apresentar facilidades que a tutela coletiva por ações coletivas não apresenta, a exemplo de ser possível a prestação jurisdicional via juizados especiais, o tempo menor de duração do processo, insegurança quanto às ações coletivas (ex. prescrição da pretensão individual e a suspensão desta durante o trâmite de ação coletiva) e a desnecessidade de se promover posteriormente uma liquidação/execução complexa.

A fim de comprovar a preferência pelas ações individuais, em pesquisa realizada em parceria com o CNJ, chegou-se ao seguinte resultado: 8,5% dos magistrados afirmaram que ações coletivas solicitando acesso a políticas/bens públicos têm mais sucesso do que ações individuais; 23,4% dos magistrados entrevistados disseram que não vêem diferença significativa entre as ações coletivas e individuais em relação ao seu sucesso; enquanto a grande maioria (62,4%) dos magistrados entrevistados afirmaram as ações individuais solicitando acesso a políticas públicas/bens públicos têm mais sucesso que as ações coletivas; 5,7% não souberam opinar.²⁹¹ Ademais, o mesmo estudo concluiu também, após as análises quantitativas e qualitativas, no tocante a formação de demandas coletivas, o uso estratégico das ações coletivas para a tutela de direitos individuais homogêneos ou mesmo direitos individuais, em detrimento de direitos difusos e coletivos.²⁹²

Assim, fora necessária a remodelação do processo coletivo brasileiro, com a inclusão de outras formas de coletivização (IRDR, julgamento de recursos repetitivos, técnicas de coletivização da prova, etc.), o que veio consagrado no Novo Código de Processo Civil de 2015, ajustando o ordenamento jurídico à realidade material, na qual há a preferência pela tutela individual dos interesses nestes casos.

E é neste cenário que surge a possibilidade de utilização da ação probatória como instrumento de acesso à justiça e promoção da eficiência e da proporcionalidade.

²⁹¹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Direitos e garantias fundamentais**: ações coletivas no Brasil: temas, atores e desafios da tutela coletiva. Brasília: CNJ, 2017. p.15. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/01/ee3f22cd4cddac54ce99ced5beeeaa91.pdf>>. Acesso em: 17 maio 2019.

²⁹² CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Direitos e garantias fundamentais**: ações coletivas no Brasil: temas, atores e desafios da tutela coletiva. Brasília: CNJ, 2017. p.13. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/01/ee3f22cd4cddac54ce99ced5beeeaa91.pdf>>. Acesso em: 17 maio 2019.

Assim, deve a ação probatória autônoma ser utilizada para a produção de provas complexas para posterior transposição para os processos individuais. Para elucidar esta possibilidade dois exemplos são necessários para aferir sua utilidade para as partes e para o Poder Judiciário.

Exemplo 1: Pense novamente no caso de uma fabricante de veículos que realizou a venda de um lote de automóveis em que fora suscitado defeito de fabricação, o que teria acarretado graves prejuízos a integridade física de seus proprietários. Frise-se que nestes casos, em razão do valor dos danos serem altos, apesar da ausência de um estudo empírico, a realidade nos mostra que há uma preferência pela tutela individual, com a manutenção dos processos individuais em detrimento da tutela coletiva.

Neste caso, mostra-se necessária a realização de prova pericial para demonstrar se o lote de veículos efetivamente é defeituoso. Porém, a realização da prova de forma individual em todos os processos individuais se mostra por demais custosa, indo de encontro aos princípios da eficiência e da proporcionalidade. Assim, é possível a utilização da ação probatória autônoma para a realização de prova pericial por amostragem, a fim de averiguar não só a viabilidade dos processos individuais, como também racionalizar a produção da prova, retirando também estes custos dos litigantes individuais, muitas vezes caracterizados como hipossuficientes técnicos, econômicos e fáticos.

No bojo deste processo coletivo probatório, deve ser realizada a prova pericial por amostragem na qual se analisarão amostras, as quais indicarão se o lote indicado de veículos possui ou não defeito de fabricação.

Ademais, caso seja positiva a resposta, ou seja, seja demonstrado mediante prova pericial por amostragem que há defeito de fabricação, seria possível exigir a re-produção das provas no âmbito de cada processo individual, ou bastaria a comprovação pelo consumidor de que seu veículo pertence ao lote indicado? Ao que tudo indica, bastaria a indicação de que o veículo pertenceria ao lote defeituoso, ficando dispensada a produção de nova prova pericial, importando-se a prova para o processo posterior por meio do instituto da prova emprestada. Porém, caso o réu buscasse a demonstração de peculiaridades próprias do caso concreto, caberia a este o ônus de produzir a prova individual.

Exemplo 2: Imagine a situação na qual policiais militares utilizaram por determinado tempo coletes balísticos vencidos, surgindo-se a controvérsia acerca da exposição a risco ou não destes servidores públicos durante o período indicado, o que poderia dar ensejo a condenação do ente estatal a danos morais (ou materiais, em caso de danos concretos a integridade física).

Não seria crível nesta hipótese exigir a produção de prova pericial complexa em cada um dos processos individuais a fim de aferir se cada colete balístico possuiria ou não aptidão para causar danos a integridade física. Frise-se que como se trata de demanda que envolve a Fazenda Pública, a depender de seu valor, esta deve tramitar via juizados especiais (inclusive se trata de competência absoluta), nos quais não é admitida a produção de provas complexas.

Assim, torna-se viável a utilização da ação probatória autônoma, seja esta apresentada por qualquer uma das partes (legitimado coletivo ou fazenda pública) para realização da prova pericial complexa por amostragem, a fim de aferir a potencialidade lesiva dos coletes balísticos lesivos.

Por fim, cabe uma última indagação: se ao final da demanda probatória coletiva, se chegar a conclusão técnica de que os coletes, apesar de vencidos, não acarretavam riscos a integridade física dos policiais, seria possível possibilitar aos litigantes individuais a produção de nova prova pericial, com o mesmo objeto, com base no direito à prova? Também neste caso, parece não ser possível a re-produção da prova já produzida na via coletiva, em razão da vinculação ao processo coletivo anterior, que se dá com base nos imperativos da eficiência e da proporcionalidade. Porém, caso os sujeitos individuais busquem demonstrar peculiaridades próprias em seu caso, caberá a estes o ônus da prova.

Esclareça ainda que a ação coletiva probatória nestes casos se apresenta como matéria prejudicial das demais ações principais (coletivas ou individuais), de modo que eventuais processos já ajuizados devem permanecer suspensos até a finalização do primeiro, nos moldes do que prevê o art. 313, V, "a", do CPC de 2015.²⁹³

²⁹³ Art. 313. Suspende-se o processo: V - quando a sentença de mérito: a) depender do julgamento de outra causa ou da declaração de existência ou de inexistência de relação jurídica que constitua o objeto principal de outro processo pendente;

Portanto, a ação coletiva probatória apresenta utilidade para os litigantes individuais, uma vez que retira destes os ônus da realização de provas complexas em processos individuais, facilitando seu acesso à justiça, bem como apresenta utilidade para o Poder Judiciário, uma vez que diminui o risco de produção de provas contraditórias e evita sua realização desnecessária, indo ao encontro dos princípios da eficiência e da proporcionalidade.

4.4.2 Ação Coletiva Probatória para Promoção da Autocomposição

Em tópico precedente já se teve a oportunidade de tratar dos benefícios da ação probatória autônoma, a qual teria trazido para o sistema brasileiro uma espécie de fase pré-processual, assemelhando-se a *Discovery* Norte Americana.²⁹⁴ A partir deste sistema, possibilita às partes o conhecimento da real extensão do litígio, o que contribui para a resolução maior dos conflitos via a autocomposição, assim como ocorre no direito americano (vide capítulo 3, *supra*).

Frise-se que o conhecimento prévio da real extensão do litígio concede base para a celebração de acordos, redimensionando os interesses das partes, bem como fornecendo critérios objetivos para a negociação, o que é de fundamental importância para a resolução do conflito.²⁹⁵

Em pesquisa realizada pelo CNJ em parceria com a USP constatou-se que a duração dos processos que terminam mediante homologação após conciliação ou mediação é em média 50% menor do que aqueles que não terminam de forma consensual.²⁹⁶ Ressalte-se que o tempo de duração dos processos judiciais se encontra diretamente conectado com o direito à uma prestação jurisdicional adequada, tempestiva e efetiva.

²⁹⁴ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil**. p.106.

²⁹⁵ FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim: a negociação de acordos sem concessões**. 2.ed. Rio de Janeiro: Imago, 2005. p.98-100.

²⁹⁶ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Mediação e conciliação avaliadas empiricamente: jurimetria para a proposição de ações eficientes**. Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2019/7/art20190717-05.pdf>>. Acesso em: 29 jul. 2019.

Ademais, é cediço que os processos coletivos, notadamente aqueles promovidos via ações coletivas, possuem um grande impacto econômico-financeiro no ente violador (seja grandes empresas ou mesmo a própria fazenda pública), o que pode acarretar inclusive em muitas oportunidades até mesmo a falência da empresa-ré.

A partir destes fatos, torna-se importante a verificação prévia da real extensão dos danos, a fim de que, não só se evite a promoção de ações civis públicas infundadas (tópico posterior), como também possibilite a realização de acordos coletivos (ou até individuais), levando-se em consideração os aspectos da realidade material, como a necessidade de indenização de todos os sujeitos envolvidos, bem como a própria preservação da empresa. Mais uma vez o caso deve ser ilustrado para verificação de sua utilidade prática.

Exemplo 1: Imagine que uma empresa fornecedora de próteses de silicone tenha contra si suscitada dúvida acerca da qualidade de seus produtos, o que poderia ter acarretado graves danos a integridade física de milhares de mulheres. Inicialmente, não se sabe efetivamente a real qualidade do material utilizado nos produtos da empresa, de modo que ao menos para esta se torna desinteressante a celebração de acordos prévios.

Assim, poderia ser utilizada ação coletiva probatória a fim de dar conhecimento às partes (litigantes coletivos, individuais e a própria empresa) acerca da procedência ou não das próteses vendidas pela empresa. Constatada via prova pericial por amostragem que os produtos são de baixa qualidade e efetivamente possuem aptidão para causar risco à integridade de seus usuários, surge um interesse da empresa-ré em celebrar acordos a fim de evitar inclusive a sua própria falência, a depender da extensão dos danos.

E mais, o interesse existente não se apresenta unicamente para a empresa em evitar sua falência, mas aos próprios lesados individuais, uma vez que em caso de falência, ou seja, o encerramento das atividades da empresa, esta deixará de produzir lucros e assim deixará de arrecadar recursos para pagamento das indenizações.

De outro lado, também apresenta utilidade para o próprio sistema jurisdicional, tendo em vista que a verificação da real extensão dos danos, possibilita aos legitimados coletivos a celebração de acordos que viabilizem ao menos uma indenização mínima a todos os atingidos, evitando que somente aqueles que ingressaram com suas

demandas primeiro sejam indenizados, faltando recursos para os demais lesados, o que violaria frontalmente a igualdade, um dos princípios que a jurisdição deve se ocupar em conferir concretização.

Exemplo 2: Imagine que seja verificada a mortandade de peixes em determinado rio, sendo suscitada a culpa de determinada empresa local por poluição por meio do deságue de detritos tóxicos nos afluentes. Inicialmente, não há a certeza de que os resíduos desaguados pela empresa teriam potencialidade para causar a morte da vida aquática do local.

A partir deste caso, torna-se possível o manejo da ação probatória coletiva visando a produção da prova, a fim de averiguar se os resíduos produzidos pela empresa efetivamente se encontram nas águas do rio supostamente poluído, bem como se estes resíduos possuem aptidão para causar a morte dos animais locais.

Realizada a mencionada prova pericial, surge o interesse ou não da empresa poluidora em celebrar acordos para despoluir o rio, bem como interromper o desague dos resíduos poluidores. Ressalte-se que este acordo pode ser realizado na via judicial, mas também pode ser objeto de Compromisso de Ajustamento de Conduta²⁹⁷, o que viabilizaria à empresa melhores condições para negociar a forma de reparação do dano causado.

Deste modo, mais uma vez se verifica a utilidade para as partes, bem como para o Poder Judiciário, da utilização da ação coletiva probatória, uma vez que incentiva a resolução de conflitos via autocomposição, diminuindo o número de processos futuros em causas repetitivas. Ademais, também contribuem para uma reparação do dano de forma mais imediata, evitando que a reparação do dano (notadamente em causas ambientais) venha ser feita somente após longos anos de tramitação de processos coletivos ou individuais.

²⁹⁷ Para maiores informações acerca do Compromisso de Ajustamento de Conduta: MAZZILLI, Hugo Nigro. **O inquérito civil**. p.359-395.

4.4.3 Ação Coletiva Probatória como Instrumento de Investigação ou como Substituto do Inquérito Civil

Inicialmente, esclareça que o inquérito civil "é uma investigação administrativa prévia, presidida pelo Ministério Público, que se destina basicamente a colher elementos de convicção"²⁹⁸ acerca de um lastro probatório mínimo para o ajuizamento de uma ação coletiva. A partir deste conceito, surgem algumas questões que merecem a análise.

O inquérito civil é um procedimento administrativo, realizado via de regra sem contraditório, e por isto destituído do valor de prova, ao menos em seu sentido técnico, como elemento colhido em meio a um processo judicial mediante contraditório. Assim, os elementos colhidos no bojo de um inquérito civil não podem ser utilizados como prova, devendo ser objeto de repetição no âmbito judicial²⁹⁹, agora respeitando todos os princípios constitucionais, a exemplo do contraditório.³⁰⁰

Deste modo, a primeira das insuficiências apresentadas pelo inquérito civil é a impossibilidade de utilizar os elementos nele colhidos no processo judicial a título de prova, de modo a requisitar uma nova produção dos elementos em âmbito judicial, o que viola o princípio da eficiência.

Um segundo aspecto que deve ser sopesado é a titularidade exclusiva do inquérito civil, de modo que somente cabe ao Ministério Público a competência para dar início e prossecução ao procedimento, permanecendo os demais legitimados coletivos alheios a fase investigatória por falta de instrumentos disponíveis para tanto.

Assim, surge a ação probatória autônoma como substituta do inquérito civil, tendo em vista que apresenta vantagens para todos os envolvidos, sejam os demais legitimados coletivos, que passam a ter instrumental para desenvolvimento de investigação, ao Ministério Público que passa a ter seus elementos colhidos transformados em verdadeiras provas, bem como ao Poder Público, que economizará com a dispensa da duplicidade de produção de diligências probatórias (lembrando

²⁹⁸ MAZZILLI, Hugo Nigro. **O inquérito civil**. p.53.

²⁹⁹ Entendendo ser possível a valoração dos elementos colhidos no bojo do inquérito civil como prova indiciária: *Ibid.*, p.62.

³⁰⁰ Para maiores esclarecimentos verificar tópico supra no capítulo 2.

que o Ministério Público também é órgão estatal e utiliza dinheiro público em suas diligências). Novamente exemplos se fazem necessários:

Exemplo 1: Imagine um caso em que determinado supermercado é suspeito de realizar a venda de produtos em desacordo entre a pesagem prevista na etiqueta e o real peso do produto. Nestes casos, as associações de consumidores possuíam apenas duas saídas: a) Levar o caso ao Ministério Público para que o órgão promova a investigação via inquérito civil, e assim realize perícia pré-processual; b) Realizar desde já o ajuizamento da ação coletiva, na qual será produzida a prova a fim de averiguar as alegações.

Com o advento da ação probatória autônoma no âmbito coletivo, também surge uma nova possibilidade para as associações, qual seja a utilização desta como instrumento de investigação a fim de averiguar a viabilidade de uma demanda coletiva futura. Assim, bastaria o ajuizamento da mencionada ação visando unicamente a produção da prova pericial, averiguando se efetivamente está ocorrendo a venda de produtos em desacordo com a legislação consumerista, libertando-se das amarras investigatórias exclusivas do Ministério Público.

Exemplo 2: Imagine que uma determinada empresa busque a instalação de uma fábrica em determinado local, não se sabendo precisar se a sua instalação será prejudicial ao meio ambiente. Registre-se que o direito ambiental, em razão do princípio da precaução, protege o meio ambiente de atividades que possam causar riscos, quando não há certeza científica acerca de seus impactos³⁰¹, justificando a utilização da ação probatória autônoma para inclusive demonstrar a existência de risco ou não ao meio ambiente.³⁰²

Diante dos fatos postos, com a utilização do processo coletivo tradicional, duas situações surgem:

- a) O Ministério Público deverá realizar a abertura de inquérito civil a fim de averiguar se a atividade exercida pela empresa trará riscos ao meio

³⁰¹ THOMÉ, Romeu. Op. cit., p.68.

³⁰² ALMEIDA, Ursula Ribeiro de. Produção antecipada de prova sem urgência no direito ambiental: risco ao meio ambiente. **Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo**, São Paulo, v.3, p.159, 2013. Disponível em: <http://www.esmp.sp.gov.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/79>. Acesso em: 19 maio 2019.

ambiente local, o que deverá ser feito mediante prova pericial. Assim, o órgão ministerial ou ingressará com a ação coletiva sem a sua realização, tornando o processo coletivo uma loteria, dependendo o mérito unicamente desta prova pericial; ou realizará a prova pericial ainda na fase de inquérito civil, evitando o ajuizamento de ação coletiva sem lastro probatório mínimo, porém, acarretando duplicidade de gastos de recursos públicos com perícia, uma vez que esta deverá ser repetida no âmbito judicial, mediante contraditório e presença do juiz.

- b) Outro legitimado coletivo ingressará com a ação coletiva de conhecimento, na qual se discutirá o mérito do processo, após a realização da prova pericial, tornando também o resultado do processo única e exclusivamente dependente da prova pericial. Registre-se que sequer surge para outro legitimado coletivo eventual possibilidade de investigação dos fatos, uma vez que destituído de instrumento hábil, bem como não é dotado de poderio econômico-financeiro para realização de perícias de altos valores.

Deste modo, a ação probatória coletiva surge no presente caso para possibilitar a investigação prévia, tanto pelo Ministério Público como pelos demais legitimados coletivos, tornando os elementos colhidos nesta "fase investigativa" verdadeiros elementos probatórios, produzidos mediante contraditório prévio e na presença do juiz. Assim, evita-se a duplicidade de gastos públicos com a repetição de diligências, bem como traz novamente os demais legitimados coletivos para a arena coletiva, dado que hoje permanecem quase alheios ao processo coletivo, remanescendo unicamente ao Ministério Público a atuação³⁰³, em razão da ausência de poderio econômico financeiro daquelas entidades.

³⁰³ Em pesquisa realizada em conjunto com o CNJ, após análise de cerca de 52 mil processos nas diferentes instâncias e justiças, chegou-se a conclusão de que o Ministério Público lidera como demandante de ações coletivas. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Direitos e garantias fundamentais: ações coletivas no Brasil: temas, atores e desafios da tutela coletiva.** Brasília: CNJ, 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/01/ee3f22cd4cddac54ce99ced5beeeaa91.pdf>>. Acesso em: 17 maio 2019. p.14).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Há muito já restou consolidada a noção instrumentalista do processo civil, de modo que se trata de campo do conhecimento jurídico que visa fornecer uma tutela adequada aos direitos materiais, devendo estar em consonância com os anseios da sociedade e com as alterações sociais.

No campo do direito material, o final do séc. XX, bem como o início do séc. XXI, mostraram que as demandas sociais coletivas apresentaram fundada alteração. Assim, o movimento que era de busca pela concretização do direito ao acesso à justiça se transformou na busca pela efetividade deste direito.

Ademais, fora possível observar que as respostas outorgadas pelo direito processual ao problema dos direitos coletivos foram insuficientes, de modo que o conceito de processo coletivo tradicional não fora passível de conferir uma resposta adequada aos conflitos instaurados.

A situação fica ainda mais clara no tocante aos direitos individuais homogêneos, nos quais a multiplicidade de questões comuns não fora albergada pelo direito processual coletivo de forma suficiente, de modo a incentivar a litigância individual.

A partir disso fora necessária uma reconfiguração do próprio conceito de processo coletivo, fornecendo o direito processual outros instrumentos hábeis a promover a coletivização do processo, fazendo nascer uma categoria nova no cenário jurídico, quais sejam os meios de coletivização parcial do processo.

Deste modo, passou a ser possível a coletivização integral de todas as fases processuais (postulatória, saneadora, instrutória e decisória) ou de forma isolada de cada uma delas, o que fez surgir inúmeros instrumentos processuais hábeis a conferir uma tutela adequada dos direitos materiais.

E é nesta seara que se encontra o tema da coletivização da prova (e mais especificadamente, a ação coletiva de produção antecipada de provas). Assim, este instrumento processual fora criado como forma de promover o direito autônomo à prova, porém, quando utilizado no processo coletivo, acaba servindo como verdadeiro instrumento de concretização do direito acesso à justiça e outros importantes princípios, a exemplo da eficiência.

No presente trabalho, buscou-se traçar primeiro a possibilidade de utilização desta importante ação no campo do direito coletivo, bem como suas principais características e requisitos, adaptando suas funcionalidades ao campo do direito transindividual.

Assim, foram identificados alguns de seus pontos frágeis, a exemplo da vinculação posterior em processos individuais ao seu conteúdo, bem como ao problema da representação adequada. Porém, também foram apresentadas respostas aos mencionados problemas processuais, sendo certo que a chave para a vinculação se encontra em duas ideias fundamentais.

Primeiramente, o princípio da eficiência traz uma nova dimensão ao gasto de recursos públicos, de modo que é necessário repensar o sistema judiciário a ponto de promover sua adequada racionalização, utilizando-se de forma proporcional os recursos financeiros e de pessoal a depender do grau de complexidade da demanda. Ademais, este princípio incentiva a concentração de atos comuns, visando a realização unitária de fases processuais, conferindo não só eficiência na prestação jurisdicional, notadamente no campo da instrução probatória, como também isonomia entre os jurisdicionados.

De outro lado, há a representação adequada, importante fator a ser considerado no momento da coletivização das demandas individuais, sejam estas formas de coletivização total (ações coletivas) ou parciais do processo (IRDR, coletivização da prova, etc.). Assim, a chave para a promoção da vinculação dos substituídos se encontra na representação de seus interesses por sujeitos capacitados e que possuam uma relação próxima com os titulares do direito.

Porém, a participação dos substituídos também deve ser incentivada, o que não significa necessariamente a sua participação individual em todos os casos. Ressalte-se que a participação individual, quando possível, será sempre recomendada, a exemplo de audiências públicas. Porém, esta participação pode se dar também por meios indiretos como a admissão de *amici curiae*, os quais podem ser pessoas físicas ou jurídicas, inclusive membros do grupo reconhecidos por estes como legitimados a lhes representar, como dirigentes sindicais, por exemplo.

Portanto, chega-se ao final deste estudo com a conclusão pela possibilidade do emprego da ação de antecipação de provas no campo coletivo, desde que respeitadas algumas peculiaridades próprias deste ramo jurídico.

REFERÊNCIAS

- ALEXANDER, Janet Cooper. **An introduction to class action procedure in the United States**. Presented Conference: Debates over Group Litigation in Comparative Perspective. Genebra, 1-26 jul. 2000. Disponível em: <<https://www.law.duke.edu/grouplit/papers/classactionalexander.pdf>>. Acesso em: 13 fev. 2019.
- ALMEIDA, Ursula Ribeiro de. Produção antecipada de prova sem urgência no direito ambiental: risco ao meio ambiente. **Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo**, São Paulo, v.3, p.137-164, 2013. Disponível em: <http://www.esmp.sp.gov.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/79>. Acesso em: 19 maio 2019.
- ALVES, André Bruni Vieira. Da admissibilidade na produção antecipada de provas sem o requisito da urgência (ações probatórias autônomas) no novo CPC. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). **Direito probatório**. 3.ed. Salvador: Juspodivm, 2018. p.693-706. (Coleção Grandes Temas do Novo CPC).
- AMARAL, Paulo Osternack. **Provas**: atipicidade, liberdade e instrumentalidade. 2.d. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- ANDREWS, Neil. **O moderno processo civil**: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- ARENHART, Sergio Cruz. **A tutela coletiva de interesses individuais**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- ARENHART, Sergio Cruz; OSNA, Gustavo. **Curso de processo civil coletivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- ARMELIN, Donaldo. **Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.
- BAETGE, Dietmar. **Class actions, group litigation & other forms of collective litigation**. p.1-31. Disponível em: <http://globalclassactions.stanford.edu/sites/default/files/documents/Germany_National_Report.pdf>. Acesso em: 14 fev. 2019.
- BEACH, Greg; PARKER, Marissa; DREW, Catherine. **Navigating Discovery/disclosure in patent litigation in Canada, The United States and United Kingdom**. p.113-124. Disponível em: <<https://www.stradley.com/-/media/files/publications/2016/canadian-intellectual-property-review---parker.pdf>>. Acesso em: 11 mar. 2019.
- BENJAMIN, Herman Antônio; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- BONE, Robert G. Procedure, Participation, Rights. **Boston University Law Review**, v.90, n.2, p.1011-1028, 2010.

_____. Discovery. In. SANCHIRICO, Chris Willam (Coord.). **Procedural Law and Economics**. Cheltenham: Edward Elgar, 2012. p.1-22.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 16 fev. 2019.

BRASIL. Lei n.º 4.717, de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4717.htm>. Acesso em: 16 fev. 2019.

BRASIL. Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869impresao.htm>. Acesso em: 16 fev. 2019.

BRASIL. Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm>. Acesso em: 16 fev. 2019.

BRASIL. Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 16 fev. 2019.

BRASIL. Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 16 fev. 2019.

BRASIL. Lei n.º 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8429.htm>. Acesso em: 16 fev. 2019.

BRASIL. Lei n.º 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 16 fev. 2019.

BRASIL. Lei n.º 9.494, de 10 de setembro de 1997. Disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, altera a Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9494.htm>. Acesso em: 16 fev. 2019.

BRASIL. Lei n.º 10.259, de 12 de julho de 2001. Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LEIS_2001/L10259.htm>. Acesso em: 16 fev. 2019.

BRASIL. Lei n.º 10.741, de 1.º de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm>. Acesso em: 16 fev. 2019.

BRASIL. Lei n.º 12.153, de 22 de dezembro de 2009. Dispõe sobre os Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12153.htm>. Acesso em: 16 fev. 2019.

BRASIL. Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 16 fev. 2019.

BRASIL. Medida Provisória n.º 2.180-35, de 24 de agosto de 2001. Acresce e altera dispositivos das Leis n.ºs 8.437, de 30 de junho de 1992, 9.028, de 12 de abril de 1995, 9.494, de 10 de setembro de 1997, 7.347, de 24 de julho de 1985, 8.429, de 2 de junho de 1992, 9.704, de 17 de novembro de 1998, do Decreto-Lei n.º 5.452, de 1.º de maio de 1943, das Leis nos 5.869, de 11 de janeiro de 1973, e 4.348, de 26 de junho de 1964, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2180-35.htm>. Acesso em: 16 fev. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Relatório estatístico**: 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Boletim/verpagina.asp?vPag=0&vSeq=185>>. Acesso em: 13 fev. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AREsp 1311669/SC. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgamento: 03/12/2018. Órgão Julgador: Terceira Turma. Publicação: DJe 06/12/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 573.232. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Julgamento: 24/07/2013. Publicação: DJe 149 DIVULG 01/08/2013 PUBLIC 02/08/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 612043. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgamento: 10/05/2017. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJe-229 DIVULG 05-10-2017 PUBLIC 06-10-2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Relatório de atividades 2017**. Brasília: STF, Secretaria de Documentação, 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/centralDoCidadaoAcessoInformacaoGestaoEstrategica/anexo/RelatorioAtividadesSTF2017.pdf>>. Acesso em: 09 jul. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Assessoria de Modernização e Gestão Estratégica. Coordenadoria de Gestão da Informação. **Relatório estatístico**. Brasília, 2017. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Boletim/verpagina.asp?vPag=0&vSeq=301>>. Acesso em: 09 jul. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Súmula 574**: Para a configuração do delito de violação de direito autoral e a comprovação de sua materialidade, é suficiente a perícia realizada por amostragem do produto apreendido, nos aspectos externos do material, e é desnecessária a identificação dos titulares dos direitos autorais violados ou daqueles que os representem. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?processo=574&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 18 fev. 2019.

BULOW, Oskar Von. **A teoria das exceções processuais e dos pressupostos processuais**. Campinas: LZN, 2003.

CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

CADIET, Loic. **Perspectivas sobre o Sistema da Justiça Civil Francesa**: seis lições brasileiras. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

CALAMANDREI, Piero. Verità e verosimiglianza nel processo civile. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, v.10, p.164-192, 1955.

CAMBI, Eduardo. **A prova civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CAMBI, Eduardo; PITTA, Rafael Gomiero. Discovery no processo civil norte-americano e efetividade da justiça brasileira. **Revista de Processo**, São Paulo, v.245, p.1-15, jul. 2015. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.245.16.PDF>. Acesso em: 11 mar. 2019.

CAPONI, Remo. O princípio da proporcionalidade na justiça civil primeiras notas sistemáticas. **Revista de Processo**, São Paulo, v.192, p.397-415, fev. 2011.

CARDOSO, César. **O pré-julgamento (pretrial) e a conciliação como instrumentos de desoneração do sistema judicial norte-americano**: um paralelo com o sistema brasileiro. p.1-8. Disponível em: <www.agu.gov.br/page/download/index/id/9923695>. Acesso em: 11 mar. 2019.

CARDOSO, Juliana Provedel. **O modelo brasileiro de processo coletivo**: as ações coletivas e o julgamento de casos repetitivos. Salvador: Juspodim, 2018.

CARNELUTTI, Francesco. **A prova civil**: parte geral: o conceito jurídico da prova. São Paulo: Universitária de Direito, 2002.

CARROLL, John L. Proportionality in Discovery: a Cautionary Tale. **Campbell Law Review**, Raleigh, v.32, n.3, p.455-466, 2010.

CASE BRIEFS. **Martin v. Wilks**. Disponível em: <<https://www.casebriefs.com/blog/law/civil-procedure/civil-procedure-keyed-to-cound/the-binding-effect-of-prior-decisions-res-judicata-and-collateral-estoppel/martin-v-wilks/>>. Acesso em: 08 jul. 2019.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Campinas: Bookseller, 1998. v.1.

CLERMONT, Kevin M. **Principles of Civil Procedure**. Saint Paul: Thomson West, 2005.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Direitos e garantias fundamentais: ações coletivas no Brasil: temas, atores e desafios da tutela coletiva**. Brasília: CNJ, 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/01/ee3f22cd4cddac54ce99ced5beeeaa91.pdf>>. Acesso em: 17 maio 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Justiça em números 2018: ano-base 2017**. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/09/8d9faee7812d35a58cee3d92d2df2f25.pdf>>. Acesso em: 19 maio 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Mediação e conciliação avaliadas empiricamente: jurimetria para a proposição de ações eficientes**. Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2019/7/art20190717-05.pdf>>. Acesso em: 29 jul. 2019.

CORDERO, Jorge A. Sánchez. **Principios del derecho de los procesos colectivos: principles of the law of aggregate litigation**. Tradução de Francisco Verbic. México: Universidad Nacional Autónoma de México (The American Law Institute), 2014. Disponível em: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3734/15.pdf>>. Acesso em: 13 fev. 2019.

DIDIER JR., Fredie. O controle jurisdicional da legitimação coletiva e as ações coletivas passivas (o art. 82 do CDC). **Revista Dialética de Direito Processual**, n.25, p.50-56, abr. 2005.

_____. **Curso de direito processual civil**. 17.ed. Salvador: Juspodivm, 2015. v.1.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarna; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**. Salvador: Juspodivm, 2018. v.2.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Ações coletivas e o incidente de julgamento de casos repetitivos: espécies de processo coletivo no direito brasileiro: aproximações e distinções. **Revista de Processo**, São Paulo, v.256, p.209-218, jun. 2016.

_____. **Curso de direito processual civil**. 11.ed. Salvador: Juspodvim, 2017. v.4.

EISENBERG, Melvin Aron. **The Nature of the Common Law**. Cambridge: Harvard University Press, 1998.

ENUNCIADOS do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis. Florianópolis, mar. 2017. p.76. Disponível em: <<http://civileimobiliario.web971.uni5.net/wp-content/uploads/2017/07/Carta-de-Florian%C3%B3polis.pdf>>. Acesso em: 14 fev. 2019.

FEDERAL RULES OF CIVIL PROCEDURE. **Rule 23: Class Actions**. Disponível em: <<https://www.federalrulesofcivilprocedure.org/frcp/title-iv-parties/rule-23-class-actions/>>. Acesso em: 13 fev. 2019.

FEDERAL RULES OF CIVIL PROCEDURE. **Rule 26:** Duty to Disclose; General Provisions Governing Discovery. Disponível em: <<https://www.federalrulesofcivilprocedure.org/frcp/title-v-disclosures-and-discovery/rule-26-duty-to-disclose-general-provisions-governing-discovery/>>. Acesso em: 11 mar. 2019.

FEDERAL RULES OF CIVIL PROCEDURE. **Rule 32:** Using Depositions in Court Proceedings. Disponível em: <<https://www.federalrulesofcivilprocedure.org/frcp/title-v-disclosures-and-discovery/rule-32-using-depositions-in-court-proceedings/>>. Acesso em: 11 mar. 2019.

FEDERAL RULES OF CIVIL PROCEDURE. **Rule 37:** Failure to Make Disclosures or to Cooperate in Discovery; Sanctions. Disponível em: <<https://www.federalrulesofcivilprocedure.org/frcp/title-v-disclosures-and-discovery/rule-37-failure-to-make-disclosures-or-to-cooperate-in-discovery-sanctions/>>. Acesso em: 11 mar. 2019.

FEDERAL RULES OF CIVIL PROCEDURE. **Title V:** Disclosure and Discovery (Rules 26-37). Disponível em: <<https://www.federalrulesofcivilprocedure.org/frcp/title-v-disclosures-and-discovery/>>. Acesso em: 11 mar. 2019.

FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim:** a negociação de acordos sem concessões. 2.ed. Rio de Janeiro: Imago, 2005.

FISS, Owen. The allure of individualism. **Iowa Law Review**, v.78, n.5, p.965-979, 1993. Disponível em: <<https://pdfs.semanticscholar.org/f0e0/398853bf3069b8bae978fbd11c1206a13281.pdf>>. Acesso em: 03 jul. 2019.

FORNACIARI, Flávia Hellmeister Clito. **Representatividade adequada nos processos coletivos.** 2010. 189p. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.

FÓRUM NACIONAL DE JUIZADOS ESPECIAIS (FONAJE). **Enunciado 54:** A menor complexidade da causa para a fixação da competência é aferida pelo objeto da prova e não em face do direito material. Disponível em: <<http://www.amb.com.br/fonaje/?p=32>>. Acesso em: 11 abr. 2019.

GALANTER, Marc. The Vanishing Trial: An Examination of Trials and Related Matters in Federal and State Courts. **Journal of Empirical Legal Studies**, Ithaca, v.1, n.3, p.459-570, 2004.

GARTH, Bryant; CAPPELLETI, Mauro. **Acesso à justiça.** Porto Alegre: Fabris, 1988.

GIDI, Antonio. **A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos:** as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a Constituição ao povo:** crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

HENSLER, Deborah R. Revisiting the monster: new myths and realities of class action and other large scale litigation. **Duke Journal of Comparative & Internacional Law**, v.11, p.179-213, 2001. Disponível em: <<https://scholarship.law.duke.edu/djcil/vol11/iss2/3/>>. Acesso em: 13 fev. 2019.

HUNT, Laura. Comments: Trending: Proportionality in Eletronic Discovery in Common Law Countries and the United States' Fedeal and State Courts. **University of Baltimore Law Review**, v.43, n.2, p.279-305, 2014.

KLONOFF, Robert H. The decline of Class Actions. **Washington University Review**, v.90, n.3, p.739-838, 2013. Disponível em: <https://openscholarship.wustl.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=6004&context=law_lawreview>. Acesso em: 13 fev. 2019.

LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual de processo coletivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LUNARDI, Thais Amoroso Paschoal. **Coletivização da prova: técnicas de produção coletiva da prova e seus reflexos na esfera individual**. 2018. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Humanas, Letras e Artes, Universidade Federal do Paraná, Curitiba.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. **Prova**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sergio Cruz. **Curso de processo civil**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. v.1.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **O inquérito civil**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. **A defesa dos interesses públicos em juízo**. 26.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Método, 2014.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. A legitimação, a representatividade adequada e a certificação nos processos coletivos e as ações coletivas passivas. **Revista de Processo**, São Paulo, v.209, p.243-264, 2012.

_____. **Ações coletiva e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MILARÉS, Carlos. De como a natureza foi expulsa da modernidade. **Revista Crítica do Direito**, São Paulo, v.66, p.88-105, 2015.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

_____. **Colaboração no processo civil: do modelo ao princípio**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A proteção jurídica dos interesses coletivos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v.139, p.1-10, jan./mar. 1980. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43129/41792>>. Acesso em: 14 fev. 2019.

_____. Provas atípicas. **Revista de Processo**, São Paulo, v.76, p.114-126, 1994.

MULLENIX, Linda S. Aggregate litigation and the death of democratic dispute resolution. **Northwestern University Law Review**, v.107, n.2, p.511-564, 2013. Disponível em: <<https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=1063&context=nulr>>. Acesso em: 13 fev. 2019.

MULLER, Julio Guilherme. **Negócios processuais e desjudicialização da prova: análise econômica e jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

NETZORG, Gordon W.; KERN, Tobin D. Proportional discovery: making it the norm, rather than the exception. **Denver University Law Review**. Denver, v.87, p.513-532, 2010.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Ações probatórias autônomas**. São Paulo: Saraiva, 2008.

OSNA, Gustavo. Coletivização total e coletivização parcial: aportes comparados e o processo civil brasileiro. **Revista de Processo Comparado**, São Paulo, v.1, p.115-138, 2015.

_____. O (s) problema (s) do incidente de resolução de demandas repetitivas: dialogando com Luiz Guilherme Marinoni. In: ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (Coord.); DOTTI, Rogéria (Org.). **O processo civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos**. São Paulo: RT, 2017. p.647-665.

_____. Multidistrict litigation e coletivização parcial: uma real opção ao modelo de ação de classe? **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro, v.13, n.20, p.245-266, maio/ago. 2019.

PESSOA, Thiago Simões; FERREIRA, Luan Mora. O rol do agravo de instrumento no Novo Código de Processo Civil e o dever do Superior Tribunal de Justiça de criar precedentes universalizáveis. In: DREHMER, Anna Paula; FONSECA, Gabriel Vargas Ribeiro da (Orgs.). **Institutos de processo civil em perspectiva**. Foz do Iguaçu: IDESF, 2018. p.163-175.

PRATES, Marília Zanella. **A coisa julgada no direito comparado: Brasil e Estados Unidos**. Salvador: Juspodim, 2013.

PUGLIESE, William. **Princípios da jurisprudência**. Belo Horizonte: Arraes, 2017.

- RODRIGUES, Marcelo Abelha. Técnicas individuais de repercussão coletiva x técnicas coletivas de repercussão individual. In: ZANETI JR., Hermes (Coord.). **Repercussões do Novo CPC: processo coletivo**. Salvador: Juspodvim, 2016. p.623-640.
- ROSSI, Júlio César. A ação coletiva passiva. **Revista de Processo**, São Paulo, v.198, p.259-280, ago. 2011.
- SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 1989-1990. v.2.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- SATTA, Salvatore. **Direito processual civil**. Campinas: LZN, 2003. v.1.
- SENADO FEDERAL. Secretaria de Editoração e Publicações. Coordenação de Edições Técnicas. **Código de processo civil e normas correlatas**. 7.ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>>. Acesso em: 14 fev. 2019.
- SHEN, Francis. The overlooked utility of the defendant class action. **Denver University Law Review**, Denver, v.88, n.1, p.73-181, 2011.
- SHERMAN, Edward F. The Mdl model for solving complex litigation if a class action is not possible. **Tulane Law Review**, v.82, n.6, p.1-29, 2008. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1407588>. Acesso em: 13 fev. 2019.
- SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law: introdução ao direito dos EUA**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso avançado de processo civil**. 16.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v.2.
- TEMER, Sofia. **O incidente de resolução de demandas repetitivas**. Salvador: Juspodvim, 2016.
- TESHEINER, José Maria. **Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- THOMÉ, Romeu. **Manual de direito ambiental**. 5.ed. Salvador: Juspodvim, 2015.
- TOZZI, Thiago Oliveira. A ação coletiva passiva: conceito, características e classificação. **Revista de Processo**, São Paulo, v.205, p.267-296, mar. 2012.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. **"Class action" e mandado de segurança coletivo**. São Paulo: Saraiva, 1990.
- VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo**. São Paulo: Malheiros, 2007.

VINCENZO, Vigoritti. **Interessi collettivi e processo**. Milano: Giuffrè, 1979.

VITORELLI, Edilson. Tipologia dos litígios transindividuais: um novo ponto de partida para a tutela coletiva. In: ZANETI JR., Hermes (Coord.). **Repercussões do Novo CPC: processo coletivo**. Salvador: Juspodvim, 2016. p.49-107.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. 16.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v.2.

WOLFSON, Barry. Defendant Class Actions. **Ohio State Law Journal**, Ohio, v.38, n.3, p.459-497, 1977.

YARSHELL, Flávio. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros, 2009.

ZANETI JR., Hermes. Três modelos de processo coletivo no direito comparado: *class actions*, ações associativas/litígios agregados e o "processo coletivo: modelo brasileiro". **Revista Eletrônica de Processos Coletivos**, Porto Alegre, v.5, n.3, 2014. Disponível em: <https://www.academia.edu/16746386/Tr%C3%AAs_Modelos_de_Processo_Coletivo_no_Direito_Comparado_Class_Actions_A%C3%A7%C3%B5es_Associativas_Lit%C3%ADgios_Agregados_e_o_Processo_Coletivo_Modelo_Brasileiro>. Acesso em: 16 fev. 2019.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.