

Uso EXCLUSIVO DO DOUTOR

REVISTA DE
PROCESSO

Ano 45 • vol. 310 • dezembro/2020

A COOPERAÇÃO NACIONAL COMO MECANISMO DE COLETIVIZAÇÃO: ALGUMAS QUESTÕES PRELIMINARES

NATIONAL COOPERATION AS A TOOL FOR COLLECTIVE REDRESS: SOME PRELIMINARY QUESTIONS

SÉRGIO CRUZ ARENHART

Pós-Doutor pela Università degli Studi di Firenze. Doutor e Mestre em Direito pela UFPR. Professor Visitante na Universidade de Zagreb (Croácia). Professor-Associado dos cursos de Graduação, Mestrado e Doutorado da UFPR. Procurador Regional da República. arenhart@mpf.mp.br

GUSTAVO OSNA

Doutor em Direito das Relações Sociais pela UFPR. Mestre em Direito das Relações Sociais pela UFPR. Professor Adjunto dos Programas de Graduação e de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. Advogado. gustavo@mosadvocacia.com.br

Recebido em: 10.07.2020
Aprovado em: 25.08.2020

ÁREAS DO DIREITO: Processual; Civil

RESUMO: O texto examina a figura da cooperação nacional – em seu desenho proposto pelo Código de Processo Civil – e a possibilidade de seu emprego como técnica de coletivização, particularmente importante para a colheita de provas e a determinação coletiva de fatos.

PALAVRAS-CHAVE: Cooperação nacional – Tutela coletiva – Coletivização da prova – Declaração sobre fato.

ABSTRACT: The text deals with the "national cooperation" – accordingly to the design established by the Code of Civil Procedure – and the possibility of using it as a tool for collective redress, particularly relevant for the gathering of evidence and the collective establishment of facts.

KEYWORDS: National cooperation – Collective redress – Collective gathering of evidence – Fact declaratory relief.

SUMÁRIO: 1. Notas introdutórias. 2. Da cooperação à coletivização: um caminho de flexibilidade. 2.1. A cooperação nacional como meio de coletivização. 2.2. A concertação como substituta da ação coletiva: breves ponderações. 2.3. A concertação de atos probatórios e a tutela coletiva na realidade brasileira. 3. Possibilidades e caminhos para a coletivização mediante concertação. 3.1. Além da produção probatória: a concertação de atos para o acerto de questões. 3.2. Declarações de fato e vinculatividade coletiva. 3.3. O caso específico da execução coletiva. 4. Considerações finais: todo fim de uma jornada é o começo de uma nova. 5. Referências Bibliográficas.

1. NOTAS INTRODUTÓRIAS

Conforme se tem amplamente destacado, o Código de Processo Civil de 2015, em diferentes momentos, procurou estabelecer pilares que em certa medida discrepam daqueles mais tradicionais em nosso discurso processual. Nesse sentido, entre outros aspectos, buscou ampliar o espaço para a *customização procedimental*; o caminho para que, diante de determinada disputa, seja *alterado* o percurso generalista originalmente fixado em lei.

O presente ensaio pretende analisar um dos elementos que, em nossa visão, se inserem nessa quadra: a *cooperação nacional*, com particular ênfase em sua relação com a tutela coletiva. Em termos breves, a técnica permite uma *concertação de atos*, viabilizando uma articulação otimizada do serviço de justiça. E, como temos defendido¹, é factível que esse percurso se converta em (mais) uma via de *coletivização de interesses*.

Para demonstrar esse ponto, é apresentada, primeiramente, a ideia geral da técnica em questão – assim como alguns de seus paralelos mais óbvios, próprios à coletivização, vistos no direito estrangeiro. Suscita-se, aqui, a potencial insuficiência desses caminhos, dado o seu flerte com a dispersão processual.

Procurando contraria essa lógica, procura-se expor, na sequência, alguns campos e reconstruções nos quais a aglutinação gerada pela cooperação nacional pode se mostrar mais frutífera. Por meio dela, torna-se crível a formação de um caminho propenso à pacificação conjunta de questões, assim como à centralização de atos executivos. Trata-se de campo ainda recente em nossa realidade, mas cujas potencialidades merecem destaque e justificam atenção.

2. DA COOPERAÇÃO À COLETIVIZAÇÃO: UM CAMINHO DE FLEXIBILIDADE

2.1. A cooperação nacional como meio de coletivização

Como premissa para o presente estudo, deve-se, então, estabelecer o seguinte ponto: o Código de Processo Civil de 2015, ao procurar alterar a dinâmica tradicional da disciplina, adotou um caminho mais tendente à *flexibilidade procedimental*. Em poucas palavras, buscou estabelecer rotas que não se confundem com o léxico ortodoxo da matéria, abrindo espaço para que sua atividade possua maior aderência com necessidades concretas.

Foi precisamente nesse sentido que, além de outras hipóteses, construiu-se o mecanismo da *concertação de atos processuais*, a ser adotada por meio do exercício de *cooperação nacional*. É certo que, no atual momento, o uso da técnica ainda é bastante incipiente, ensejando interrogações a respeito de seu campo de incidência e das suas potencialidades.

1. Ver, assim, ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. *Curso de Processo Civil Coletivo*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2020.

De qualquer modo, o próprio Código oportuniza que resida aí um caminho voltado à *coletivização* do processo, criando cenário que merece atenção.

Procurando enquadrar esse aspecto, o ponto de partida reside na previsão pelo diploma, em seu art. 68, de que “aos órgãos do Poder Judiciário, estadual ou federal, especializado ou comum, em todas as instâncias e graus de jurisdição, inclusive aos tribunais superiores, incumbe o dever de recíproca cooperação, por meio de seus magistrados e servidores”. Na sequência, fixa-se também que “o pedido de cooperação jurisdicional deve ser prontamente atendido” e que “prescinde de forma específica” (art. 69), podendo ser operacionalizado sob diferentes formas: “I – auxílio direto; II – reunião ou apensamento de processos; III – prestação de informações; IV – atos concertados entre os juízes cooperantes” (art. 69).

Já de maneira preliminar, vê-se então, inequivocamente, que a disposição procura superar alguns pilares bastante solidificados na tradição do nosso processo, desafiando qualquer versão rígida de ideias como “juízo natural”.² Por outro turno, abre-se uma janela bastante compatível com a noção de *case management*, permitindo uma gestão mais *proporcional* das disputas e reconhecendo sua necessária ductibilidade. Chega-se, assim, a um caminho repleto de dilemas.

De modo geral, para quais finalidades a *cooperação nacional* poderia ser manejada? De que maneira, ou em qual dimensão, o deslocamento de atos ligados à condução do feito deveria se dar? Como conferir enquadramento razoável à afirmação normativa de que o pedido de cooperação deve ser “prontamente atendido”? Diante dela, não seria facultado ao juízo a que a cooperação fosse solicitada apreciar sua efetividade ou sua pertinência – sendo-lhe defeso, por qualquer motivo, rejeitá-la?

Por mais que apenas o tempo e o uso do mecanismo possam consolidar essas respostas, alguns dos indicativos relacionados aos caminhos e aos objetivos da técnica parecem ser em certa medida trazidos pelo próprio Código de Processo Civil. Sinaliza-se, assim, ao menos de maneira preliminar, parcela das possíveis rotas a que a *concertação* poderia conduzir. E a formação de *arranjos coletivos*, no curso do processo, explicitamente se insere nessa quadra.

De fato, veja-se primeiramente que o legislador estabeleceu, no próprio art. 69, responsável por permitir a adoção de “atos concertados entre os juízes cooperantes”, que referida *concertação* poderia consistir, exemplificativamente:

“[...] no estabelecimento de procedimento para: I – a prática de citação, intimação ou notificação de ato; II – a obtenção e apresentação de provas e a coleta de depoimentos;

2. Demonstrando a inexistência de vício à garantia do juiz natural com o emprego da técnica dos atos concertados, v., CABRAL, Antonio do Passo. *Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil*. Tese apresentada no concurso de provas e títulos para provimento do cargo de professor titular de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2017.

III – a efetivação de tutela provisória; IV – a efetivação de medidas e providências para recuperação e preservação de empresas; V – a facilitação de habilitação de créditos na falência e na recuperação judicial; VI – a centralização de processos repetitivos; VII – a execução de decisão jurisdicional.”

O rol, além de não possuir natureza taxativa, pontuaria alguns dos espaços em que a ferramenta poderia ser empregada na condução do processo. Em nossa visão, essa abertura deve estar em franco e constante diálogo com os próprios propósitos descritos na parte geral do diploma³.

Enfim, sendo esse o cenário, a plasticidade outorgada ao mecanismo poderia efetivamente torná-lo um caminho compatível com a *coletivização*. Mais que isso, soma-se a essa maleabilidade o fato de a própria disposição anteriormente transcrita estabelecer que a *concertação* poderia se prestar à “centralização de processos repetitivos”, corroborando esse acoplamento funcional. Nesse ponto, o caminho poderia aparentemente assumir feição análoga àquela desempenhada por técnicas como o *multidistrict litigation* estadunidense, servindo como uma pretensa alternativa às ações de classe.

Em relação a esse particular ponto, a constatação decorre do fato de, hoje, a coletivização de interesses por meio de ações coletivas constituir apenas *uma* das possíveis portas procedimentais inseridas no corredor do processo coletivo. Ao lado dela, há também outras vias que, embora parcialmente, viabilizam alguma escala de aglutinação de questões. No ordenamento brasileiro, é o que ocorre explicitamente com a ferramenta do *incidente de resolução de demandas repetitivas*, previsto com esse óbvio objetivo. E, do mesmo modo, trata-se de função a que o mecanismo de *concertação* pode se prestar.

Em sede comparada, é interessante notar que essa *pluralidade* de desenhos inseridos dentro de um mesmo pano de fundo pode ser facilmente notada. É assim que, embora as *class actions* norte-americanas sejam o paradigma mais usualmente ligado⁴, um exame detido revela a existência de outros mecanismos voltados à *coletivização*, mas de modo parcial.

Ainda que haja diferenças sensíveis entre ambas, as principais ferramentas inseridas nesse grupo são fornecidas pelo modelo alemão de *Musterverfahren* e pelo sistema inglês de *Group Litigation Order*. É que, de modo geral, os dois possuem a seguinte essência

3. Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.
4. Sobre o avanço do mecanismo, ver HENSLER, Deborah. *Class Action Dilemmas: Pursuing public goals for private gain*. Santa Monica: Rand, 2000. p. 10-11. Ver, sobre o tema, na doutrina brasileira, GIDI, Antonio. *A Class Action como instrumento de tutela coletiva de direitos*. São Paulo: Ed. RT, 2007. ROQUE, André Vasconcelos. *Class Action: Ações Coletivas nos Estados Unidos – o que podemos aprender com eles?* Salvador: Editora JusPodivm, 2013. CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Class action e mandado de segurança coletivo, diversificações conceituais*. São Paulo: Ed. RT, 1990.

procedimental: diante da existência de inúmeros processos debatendo a mesma questão, forma-se um *incidente-piloto* para que esse aspecto seja decidido; nesse ínterim, as ações individuais têm seu trâmite suspenso, aguardando o resultado da decisão coletiva para se vincular aos seus termos⁵.

Indo além, mesmo no território estadunidense (em que as *class actions* atingiram um acentuado “sucesso” material e acadêmico⁶), as diferentes críticas conduzidas à sua direção também levaram à sua gradual convivência com vias alternativas de coletivização. Em termos gerais, o principal elemento trazido nesse contexto foi a possível incompatibilidade entre a *ação coletiva* e a noção de *devido processo*. O problema contraporía diferentes formas de conceber o mecanismo⁷ – passando por discursos, como aquele posto por Martin Redish, que vislumbram a necessidade de uma maior proteção do individualismo⁸.

Essas críticas ligadas à *Federal Rule 23* foram, em grande medida, responsáveis pelo fato de o *multidistrict litigation* (outra via de coletivização, provida de viés *parcial*) ter passado a desempenhar um importante papel. Por meio dele, mesmo que em menor escala,

5. Nesse particular, ver CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (*Musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 147, 2007; ANDREWS, Neil. *O Moderno Processo Civil*. Trad. Teresá Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Ed. RT, 2009; OSNA, Gustavo. Coletivização total e coletivização parcial: aportes comparados e o processo civil brasileiro. *Revista de Processo Comparado*, São Paulo, v. 1, 2015; ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. São Paulo: Ed. RT, 2013. ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. Ob. cit.
6. Deve-se a Oscar G. Chase o alerta quanto à necessidade de que, ao falar-se no “sucesso” do mecanismo, utilize-se tonalidade suave e ponderada. Isso porque, sem óbice de seu uso recorrente, não são poucas as ressalvas trazidas pela doutrina e pelos tribunais à sua utilização.
7. “There are two dominant views of the class action’s structure and two dominant views of the class action lawyer. Some see the class action as an aggregation of individuals, a complex joinder device and nothing more. Others view the class action as transforming the class members into an entity. Similarly, there are two dominant views of the class action lawyer. Many see the class action lawyer as an entrepreneur, seeking out litigation and personally benefitting from gains accruing to class members. Others view the class action lawyer as a public servant or a ‘private attorney general,’ privately vindicating rights through lawsuits that public officials do not have the resources to pursue”. Cita-se: LAHAV, Alexandra D. Two Views of Class Action. *Fordham Law Review*, New York, n. 79, 2011. p. 1939.
8. Delineando sua perspectiva da *class action* como mecanismo de agregação de direitos, o autor enfatiza que as teorias divergentes “ignore or reject core notions of liberal individualism which, I believe, underlie American liberal democracy in general and our adversary system of litigation”, constatando que “there are, to be sure, potential tensions between the class action procedure and the political theory of process-based individualism. In situations where this tension is inescapable, the dominant normative force of process-based individualism requires that the class action procedure be justified by a showing of a truly compelling justification” (REDISH, Martin. *Wholesale Justice: Constitutional Democracy and the Problem of the Class Action Lawsuit*. Stanford: Stanford University Press, 2009. p. 88 e 125).

seria possível conferir tratamento parcialmente *coletivo* a questões *individuais*⁹. Numericamente, estima-se que cerca de 40% (quarenta por cento) das disputas atualmente em trâmite na esfera federal tenham em algum momento sido afetadas pela instauração do mecanismo – o que, logicamente, demonstra a sua importância concreta¹⁰.

Em resumo, a técnica, regulamentada em 1968 (28 USC, § 1407), prevê que, “quando demandas civis envolvendo uma ou mais questões comuns de fato ou de direito estejam pendentes de julgamento em distintos distritos, elas sejam transferidas para qualquer um deles para consolidação ou coordenação dos procedimentos de *pre-trial*”¹¹. Sua incidência estaria adstrita à esfera federal, podendo, nesse campo, ser impulsionada tanto por alguma das partes quanto pelo *Judicial Panel on Multidistrict Litigation* – órgão elementar para o seu funcionamento.

Diante disso, Tidmarsh argumenta que, em sua leitura original, a técnica possuía como vocação a tentativa de *agregar medidas individuais* para finalidades *especificamente afetas à produção probatória*¹². Seria essa a sua atribuição essencial. Veja-se, ainda, que a ideia se mostrava bastante inovadora no contexto de aprovação do texto legislativo – anunciando-se como uma peça inédita no quebra-cabeça processual¹³. Seria para contribuir nessa especial seara que o mecanismo encontraria justificativa, tratando-se também da razão pela qual lhe foi conferida acentuada flexibilidade procedimental.

9. Ver, sobre o tema e a aproximação aqui proposta, OSNA, Gustavo. *Multidistrict Litigation e Coletivização Parcial: uma Real Opção ao Modelo de Ações de Classe?* *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 20, 2019. p. 245.
10. “If there is one thing every first-year law student knows a lot about, it is personal jurisdiction – a staple of every introductory Civil Procedure course. But any 1Ls who have survived the journey from Pennoyer to International Shoe to the Supreme Court’s recent flurry of jurisdiction cases might be surprised to learn that in nearly 40 percent of the cases on the federal civil docket, much of what they learned is practically irrelevant. That is because those cases – as of August 2017, some 125,000 of them – are consolidated as part of a multidistrict litigation, or MDL” (BRADT, Andrew. *The Long Arm of Multidistrict Litigation*. *William & Mary Law Review*, Williamsburg, v. 59, 2018. p. 1168).
11. “(a) When civil actions involving one or more common questions of fact are pending in different districts, such actions may be transferred to any district for coordinated or consolidated pretrial proceedings. Such transfers shall be made by the judicial panel on multidistrict litigation authorized by this section upon its determination that transfers for such proceedings will be for the convenience of parties and witnesses and will promote the just and efficient conduct of such actions. Each action so transferred shall be remanded by the panel at or before the conclusion of such pretrial proceedings to the district from which it was transferred unless it shall have been previously terminated: Provided, however, That the panel may separate any claim, cross-claim, counter-claim, or third-party claim and remand any of such claims before the remainder of the action is remanded”.
12. “The original concept underpinning the MDL statute was to provide a mechanism to coordinate discovery – through such means as common discovery orders, national depositions conducted for use in individual cases on remand, and centralized document depositories” (TIDMARSH, Jay. *The MDL as De Facto Opt-In Class Action*. Disponível em: [www.law.gwu.edu/sites/g/files/zaxdzs2351/f/downloads/Tidmarsh-MDL-Paper.pdf]. Acesso em: 20.03.2020).
13. Ver: BRADT, Andrew. Ob. cit., p. 1199 e ss.

2.2. A concertação como substituta da ação coletiva: breves ponderações

Na linha das considerações formuladas anteriormente, percebe-se que a *concertação de atos* autorizada pela regra da *cooperação nacional* poderia se prestar a funções análogas àquelas desempenhadas pelas ideias de *coletivização parcial*. Como exemplo, seria possível vislumbrar, por meio dela, um mecanismo idôneo para propiciar a *produção coletiva* de determinada prova, em sentido próximo ao do mencionado *multidistrict litigation*.

Essa dinâmica poderia ser aparentemente útil, por exemplo, em circunstâncias nas quais se efetivam danos ambientais de larga escala, como aquelas recentemente vivenciadas por nossa sociedade na região do Vale do Rio Doce. Nesse caso, além do evidente dano metaindividual, há diferentes prejuízos estritamente individuais mercedores de reparação. E, potencialmente, permitir a *produção coletiva* da prova de um elemento comum a esses aspectos (como o nexo de causalidade entre a atuação de determinada empresa e o abalo) poderia representar um caminho benéfico à prestação jurisdicional¹⁴.

Além disso, seria possível pensar, como realizado por Thaís Paschoal, em circunstâncias nas quais a *coletivização da prova* poderia ser pertinente a partir do curso paralelo de medidas tipicamente individuais. O exemplo dado pela autora é o do notório caso das *pilulas de farinha*, havido no Brasil pouco mais de duas décadas atrás. Nesse contexto, a produção coletivizada da prova também teria aptidão para facilitar a posterior apreciação das pretensões iniciais¹⁵.

Ocorre que, analisando o tema em perspectiva, constata-se que o avanço do *multidistrict litigation*, na verdade, parece coincidir exatamente com uma *expansão* do seu próprio uso – fazendo com que sua coletivização *não seja tão parcial* quanto se poderia supor.

De fato, foi visto anteriormente que foi em meio às críticas às *class actions* que o modelo de *multidistrict litigation* se fortaleceu¹⁶. E isso porque, devido à sua feição *parcial*, a restrição ao direito individual de ação que é típica das ações coletivas ali não se repetiria¹⁷. Embora as duas técnicas pudessem atuar no mesmo campo, fá-lo-iam de modo sensivelmente diverso.

Compreendendo a questão, pensemos em uma situação hipotética que, em princípio, poderia impulsionar o uso tanto de uma técnica como a *class action* quanto de um

14. Assim, LUNARDI, Thais Amoroso Paschoal. *Coletivização da Prova: Técnicas de produção coletiva da prova e seus reflexos na esfera individual*. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná (UFPR), 2018.

15. Idem.

16. “MDL, once thought to be an obscure, technical device, has now become the centerpiece of nationwide mass tort litigation in the wake of the decline of the tort class action. Under the MDL statute, 28 U.S.C. § 1407, thousands of cases pending around the country that share a common question of fact can be transferred to a single district judge in any district for pretrial proceedings” (BRADT, Andrew. Ob. cit., p. 1168-1169).

17. Colocando as duas figuras lado a lado, ERICHSON, Howard M. What MDL and Class Actions Have in Common. *Vanderbilt Law Review*, Nashville, v. 70, 2017.

mecanismo análogo ao *multidistrict litigation*: após verificação de grave abalo ambiental em uma baía, próximo a polo industrial petrolífero ali situado, constata-se a existência de diferentes prejuízos individuais a comunidades localizadas na região. Mais que isso, cogita-se haver responsabilidade direta da sociedade empresária pelo ocorrido, tornando-a ré em potencial das diferentes pretensões relacionadas ao evento.

Nesse caso, por meio de uma técnica de ação de classe, seria possível que *todos os sujeitos individualmente lesados pelo ato fossem protegidos dentro de um mesmo processo*. Adicionalmente, essa tutela poderia bater em sua porta sem que jamais tivessem adotado qualquer impulso individual para tanto. Analisando o cenário em termos de benefício, então: (i) o ganho de isonomia seria flagrante, já que a resposta atribuída a todos os integrantes da classe seria a *mesma*, proferida na lide coletiva; (ii) o incremento do *acesso à justiça* também seria nítido, tendo em conta que, ao proteger os sujeitos sem a necessidade de impulso individual, conferir-se-ia amparo àqueles que não dispunham de estímulo ou de condição de ingressar isoladamente em juízo; e (iii) em relação à gestão da justiça, o benefício igualmente seria óbvio – já que, em vez de diferentes ações individuais ligadas ao mesmo tema, os esforços seriam concentrados e consolidados em um único feito.

Por outro lado, também é certo que o exemplo mencionado poderia servir como campo para o emprego de um mecanismo de *concertação*, como o *multidistrict litigation*. Tomando como base especificamente essa técnica, seria razoável que, diante dos diversos litígios decorrentes do dano ambiental, realizasse-se a *produção coletiva* de prova pericial ligada à participação da empresa petrolífera no abalo. Procedimentalmente, o cenário assumiria os seguintes contornos: (i) verificados diferentes debates em juízo ligados à questão, seria suscitado o incidente, com o propósito de produzir conjuntamente determinada prova relacionada ao evento; (ii) a produção probatória, então, ocorreria perante o *Panel*, a quem também incumbiria a atribuição de nomear, entre advogados qualificados para tanto, o representante da classe¹⁸; e, (iii) enfim, após produzida a prova, as medidas individuais retomariam sua tramitação original, podendo se valer de tal acervo probatório.

Diante desse trajeto, percebe-se que há uma maior *timidez* no que toca aos benefícios que o mecanismo poderia alcançar. Aqui: (i) o ganho à isonomia seria relativo, já que, após a produção de prova, ocorreria uma nova *dispersão dos processos*. Assim, considerando que o *Panel* não julgaria o caso, mas apenas facilitaria sua instrução, seria possível que diferentes juízes atingissem conclusões diversas a respeito do material probatório; (ii) em relação ao acesso à justiça, o benefício alcançado pela *class action* sequer seria perseguido – já que a prova beneficiaria apenas os sujeitos que efetivamente viessem a ingressar em juízo; e, (iii) por último, no que toca ao ganho ocasionado para a administração da justiça, também haveria uma vantagem (apenas) relativa. Embora não se

18. Problematicando essa questão, ver BURCH, Elizabeth Chamblee. Repeat Players in Multidistrict Litigation: The Social Network. *Cornell Law Review*, Ithaca, v. 102, 2017.

chegasse à redução de processos alcançada pela ação coletiva, ao menos os esforços ligados à produção probatória seriam centralizados – evitando-se a reiteração desse ponto.

Ocorre que, no caso específico do *multidistrict*, tem sido comum constatar-se que essa função originária tem sido objeto de uma sensível (embora silenciosa) dilatação¹⁹. Valendo-se de seu regime normativo propositadamente aberto, o mecanismo viria assim servindo cada vez menos como um meio efetivamente voltado à produção coletiva da prova – convertendo-se, em verdade, em uma ferramenta para a *resolução coletiva* de questões individuais; em uma *quasi-class action*²⁰.

Procurando elucidar o problema, lembremos novamente a eventual aplicação do *multidistrict* ao possível abalo ambiental ligado à atividade de uma indústria petrolífera. Nesse caso, vimos que o mecanismo em questão poderia gerar uma espécie de *incidente de coletivização da prova*. Perante o *Panel*, então, realizar-se-ia conjuntamente a produção probatória ligada a um ou mais aspectos em comum, como o nexo de causalidade entre o dano e as atividades da empresa. Na sequência, porém, as medidas retomariam seu curso de forma pulverizada.

Ocorre que, como visto, esse cenário traria diferentes áleas para o processo, revelando uma efetividade reduzida. Além de inexistir um ganho sensível à administração da justiça, sequer a isonomia seria verdadeiramente preservada. Isso porque, diante de uma mesma prova, *nada garantiria* que diferentes magistrados atingiriam uma mesma conclusão. A cisão entre *produção* e *valoração* da prova, como consequência, assumiria papel central.

Não obstante, o *multidistrict litigation* vem materialmente possuindo uma aplicabilidade que *não coincide* com a do seu desenho teórico. Embora a ideia original do mecanismo pressupusesse esse *retorno* ao juízo originário após a produção da prova coletiva, a realidade demonstra que essa *retomada não costuma ocorrer*. Na verdade, menos de três por cento dos processos submetidos ao *multidistrict* realizam esse trajeto²¹. Nas demais hipóteses, acaba-se chegando a alguma forma de acordo coletivo – de tal modo que a fase de *pre-trial* passa a responder por toda a tramitação do processo²². Conforme Tidmarsh,

19. Assim, TIDMARSH, Jay. Ob. cit.

20. Ver, expondo a aproximação, ISSACHAROFF, Samuel. Private Claims, Aggregate Rights. *The Supreme Court Review*, Chicago, 2008. Perceba-se que a questão não é vista sem olhares críticos. Assim, MUELLENIX, Linda S. Aggregate Litigation and the Death of Democratic Dispute Resolution. *Northwestern University Law Review*, Chicago, v. 105, 2013. p. 52 e ss.

21. “After such pretrial proceedings, the cases are to be remanded to the courts from which they came for trial, but this rarely happens – less than 3 percent of the cases ever exit the MDL court. Instead, most of the cases are either settled or resolved in the MDL proceeding, meaning that, as in most federal litigation, pretrial proceedings are the whole ballgame” (BRADT, Andrew. Ob. cit., p. 1169).

22. Ver, NAGAREDA, Richard. 1938 All Over Again? Pre-Trial as Trial in Complex Litigation. *DePaul Law Review*, Chicago, v. 60, 2011.

o mecanismo então se aproxima, e muito, de uma verdadeira *class action* marcada pelo exercício de *opt-in*²³ – razão pela qual não surpreende que sua legitimidade passe a ser questionada, a partir de balizas similares àquelas dirigidas às ações de classe²⁴.

Por outro lado, também direcionando os olhares às demais formas de *coletivização parcial* mencionadas no presente capítulo, percebe-se que há um constante risco de que esses percursos não alcancem o rol de benefícios mais compatíveis com a atual realidade brasileira. De que, dessa forma, não se mostrem os mais *amplamente proporcionais*²⁵. Ato contínuo, torna-se necessário que esse crivo atue constantemente em sua análise e em sua aferição.

De fato, é certo que as ações de classe tendem a possuir um peso mais efetivo em aspectos como a gestão da estrutura judiciária – resolvendo em um único processo situações que poderiam ensejar milhares de medidas²⁶. Da mesma maneira, também é nítido que esse ponto tenderia a contribuir de forma mais firme para a efetivação do *acesso à justiça* – por proteger *toda a classe*, superando barreiras ou desestímulos precedentes ao ingresso em juízo²⁷. Ainda, a técnica exerceria maior autoridade no que toca à isonomia

23. “In short, the realities and practicalities of the modern MDL diminish the effective differences between an MDL process and an opt-in class action. Of course, opt-in class actions have one remaining, and highly critical, difference from the MDL process. Opt-in class actions traditionally rely on the consent of the members of the class to join together. With the MDL, the consent is more attenuated: the plaintiffs at best consent to bring their cases in federal court, aware (assuming knowledge of the law) of the powers of the Panel to consolidate their cases with other like cases. They need not, however, consent to the consolidation in the MDL process itself. The responsibility for construction of the class is instead undertaken by the Judicial Panel – an undertaking that can occur either at the request of any party or on its own initiative” (TIDMARSH, Jay. Ob. cit.).
24. Assim, REDISH, Martin H. KARABA, Julie M. One size doesn't fit all: multidistrict litigation, due process, and the dangers of procedural collectivism. *Boston University Law Review*, Boston, v. 95, 2015. passim.
25. Ver, sobre o tema, ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. Complexity, proportionality and the “pan-procedural” approach: some bases of contemporary civil litigation. *International Journal of Procedural Law*, Cambridge, n. 4, 2014.
26. No mesmo sentido, BONE, Robert G. *Civil Procedure: The Economics of Civil Procedure*. New York: Foundation Press, 2003. p. 202. Também Gidi, afirmando que “o objetivo mais imediato das ações coletivas é o de proporcionar eficiência e economia processual, ao permitir que uma multiplicidade de ações individuais repetitivas em tutela de uma mesma controvérsia seja substituída por uma única ação coletiva [...] a possibilidade de julgar em um único processo uma controvérsia complexa envolvendo inúmeras pessoas, por outro lado, representa uma notável economia para o Judiciário” (GIDI, Antonio. Ob. cit., p. 26).
27. Afinal, seriam superados os óbices ligados àquilo que Cappelletti e Garth denominaram de “capacidade jurídica pessoal”, consistente nas “inúmeras barreiras que precisam ser pessoalmente superadas, antes que um direito possa ser efetivamente reivindicado através de nosso aparelho judiciário”. Esclarecendo, afirmam que “num primeiro nível está a questão de reconhecer a existência de um direito juridicamente exigível. Essa barreira fundamental é especialmente séria para os despossuídos, mas não afeta apenas os pobres. Ela diz respeito a toda a população em muitos

processual. Afinal, ao vincular todo o grupo a *uma única* decisão, é óbvio que os interessados também receberiam *uma mesma* decisão.

Diversamente, pelo fato de qualquer via de *coletivização parcial* tender a gerar algum grau de *dispersão* ou de *fracionamento* das pretensões individuais, cada um desses benefícios poderia ser minorado. Afinal, os perigos, os riscos e as desvantagens decorrentes dessa *pulverização* voltariam a existir – inibindo-se ou reduzindo-se a sua verificação apenas em determinado aspecto pontual. É assim que, embora a *cooperação nacional* possa servir como técnica de *coletivização*, esse uso exige elevado grau de atenção.

2.3. A concertação de atos probatórios e a tutela coletiva na realidade brasileira

Diante das ressalvas feitas até aqui, consideramos que a eventual utilização da concertação de atos como mecanismo de tutela coletiva poderia incorrer nos mesmos pontos cegos da *coletivização parcial*, típica do regime instituído para o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, no CPC.²⁸ Isso porque tanto o incidente mencionado como a concertação, aqui examinada, partem de uma premissa fincada em demandas individuais. É a partir de demandas individuais que esses instrumentos se estruturam, para atuar de forma coletiva – com maior ou menor intensidade – na solução de problemas comuns.

Com isso, porém, não se pretende desconsiderar a possível utilidade do mecanismo. De fato, a concertação pode não ser *sempre a melhor alternativa para a proteção coletiva de interesses*. Todavia, não se pode negar que ela pode, *sim*, servir como importante ferramenta nesse segmento, sobretudo para situações concretas em que, embora preferível a resposta individualizada às pretensões levadas a juízo, haja parcelas do procedimento que possam – com maior eficiência para as partes e para o Judiciário – ser resolvidas de maneira comum.

Assim, calha lembrar que um dos campos nos quais mais usualmente se costuma mencionar a capacidade da *concertação* para atuar em sentido favorável ao da tutela coletiva é o da instrução probatória. É que, como já posto, por meio da abertura inerente a esse mecanismo, seria possível que determinada *prova* pertinente a diversas pretensões tivesse sua produção realizada de maneira *coletiva*. A questão poderia assumir relevância em diferentes hipóteses, sendo capaz, inclusive, de revelar com maior clareza a dimensão do problema.

tipos de conflitos que envolvem direitos [...] mesmo consumidores bem informados, por exemplo, só raramente se dão conta de que sua assinatura num contrato não significa que precisem, obrigatoriamente, sujeitar-se a seus termos, em quaisquer circunstâncias. Falta-lhes o conhecimento jurídico básico não apenas para fazer objeção a esses contratos, mas até mesmo para perceber que sejam passíveis de objeção” (CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Editora Sérgio Fabris, 1988. p. 22-23).

28. V., sobre isso, ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. *Curso de processo civil coletivo*. p. 387 e ss.

Nos tópicos anteriores, foram mencionadas algumas situações que se amoldariam a esse cenário, corroborando essa potencial funcionalidade. Como exemplo, indicou-se que o instrumento poderia ser empregado nas circunstâncias (frequentemente ligadas a abalos ambientais) em que um mesmo evento enseja danos de diferentes escalas – experimentados tanto de maneira metaindividual quanto de modo individual. Nesses casos, é certo que determinados pontos, como a demonstração da relação de causalidade entre a conduta e o dano, poderiam exigir um elemento de prova comum aos inúmeros processos. Como consequência, sua produção coletiva tenderia a beneficiar a atividade jurisdicional, conferindo-lhe eficácia e coerência.

No entanto, para que a ferramenta possa ter alguma concreta utilidade, é fundamental compreender a mecânica pela qual a instrução probatória funciona. Recorde-se que uma coisa é *produzir* uma prova; outra, bem diferente, é ter por certificada a ocorrência do fato a que se refere aquela prova. Por outras palavras, produzir determinada prova que possa ser utilizada em diversos processos não significa ter por certo que todos os juízes que examinarão o seu conteúdo concluirão da mesma forma a respeito da ocorrência do fato probando. É que, verdadeiramente, *não há coincidência* entre a *produção da prova* e a sua posterior *avaliação*; entre elementos como a *elaboração de um laudo pericial*, ou a *oitiva de uma testemunha*, e a *valoração* a ser a partir deles posteriormente formada. Sendo assim, caso a ferramenta se limite a uma produção de prova que possa ser empregada em vários processos, a concertação poderá se distanciar dos seus propósitos, passando a ser apenas um instrumento de economia dos custos com a realização da prova.

Qual seria a garantia de que, a partir de um mesmo laudo pericial, juízes diversos chegariam a uma conclusão análoga a respeito do eventual dever de indenizar? Haveria como tolher a possibilidade de que, na hipótese de não estar convencido do resultado de uma primeira perícia, o julgador responsável por sentenciar o feito determinasse a realização de novo laudo por profissional diverso? Nessa circunstância, esse novo meio de prova também deveria ser produzido coletivamente? Em caso contrário, ele poderia ser de algum modo considerado nas demais medidas judiciais relacionadas ao mesmo evento?

O exemplo da prova pericial é bastante revelador desse dado. E isso porque, por mais que se trate de verdadeira regra geral do nosso sistema, nesse especial ponto o próprio Código de Processo Civil faz questão de afirmar que o órgão julgador *não é vinculado* por quaisquer constatações expressas no laudo – estipulando que “o juiz apreciará a prova pericial de acordo com o disposto no art. 371, indicando na sentença os motivos que o levaram a considerar ou a deixar de considerar as conclusões do laudo, levando em conta o método utilizado pelo perito” (art. 479). Da mesma forma, o diploma também estabelece que “o juiz determinará, de ofício ou a requerimento da parte, a realização de nova perícia quando a matéria não estiver suficientemente esclarecida” (art. 480). Por qualquer das pontas, então, essa forma de concertação de atos poderia até criar uma comunhão entre diferentes medidas quanto ao seu *ponto de partida*, mas não quanto ao seu *ponto de chegada*; embora a mesma prova pudesse ser levada a diferentes processos, nada garantiria que dela seriam obtidas iguais conclusões. O propósito de coletivização, então, teria sido frustrado.

É precisamente por força disso que, como visto anteriormente, a recorrência do instituto do *multidistrict litigation* se deve ao fato de sua tramitação *raramente* ser encerrada com um retorno às medidas individuais. E é somente assim que igual funcionalidade poderia ser pensada em nosso sistema para a prática da concertação limitada à produção de provas. Sua potencialidade, então, não estaria no eventual proveito a ser processualmente obtido pelo ato praticado coletivamente – mas sim na sua capacidade de desvelar a dimensão global do litígio e, por essa frente, gerar alguma forma de estímulo à auto-composição.²⁹

Nesse cenário, é ainda certo que inúmeras outras indagações obrigatoriamente deveriam ser postas na mesa. Afinal, temas como a representatividade adequada e a fixação do responsável pela condução do incidente coletivo, advindo da concertação, teriam que entrar em cena. Diferentes respostas poderiam aqui surgir – ora procurando estabelecer maior proximidade com a dinâmica da Ação Civil Pública, ora buscando inspiração no modelo de coletivização parcial já trazido pelo Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.

De qualquer modo, consideramos que as próprias indagações mais pertinentes afetadas a esse tema são prévias. É que, como dito, por mais que a eventual concertação para produção probatória possa trazer benefícios pontuais em determinadas hipóteses – particularmente de ordem econômica, no custeio de eventuais provas mais caras –, eles não parecem aqueles mais consentâneos com os reais dilemas da nossa sociedade e do nosso Judiciário. É preciso indagar preliminarmente, então, o que efetivamente se quer com a técnica. Somente assim é possível avaliar criteriosamente se ela é ou não capaz de produzir esse impacto, adotando-se eventuais linhas procedimentais voltadas a esse fim.

3. POSSIBILIDADES E CAMINHOS PARA A COLETIVIZAÇÃO MEDIANTE CONCERTAÇÃO

3.1. Além da produção probatória: a concertação de atos para o acerto de questões

Dessa forma, investigando o problema a partir da perspectiva indicada anteriormente, a principal conclusão obtida é que a concertação voltada tão somente à produção de determinado meio de prova pode ser insuficiente. Em poucas palavras, a segmentação entre produção e valoração da prova, inevitavelmente, potencializa os riscos inerentes à dispersão – fazendo com que quaisquer benefícios ligados ao incidente coletivo sejam mitigados.

Diante disso, porém, seria possível indagar: há viabilidade de que essa aresta seja superada? Dado o permissivo de concertação de atos previsto pelo Código de Processo Civil, pode haver saídas para maximizar seu conteúdo? Como potencializar o mecanismo, aprimorando seu uso no processo coletivo?

29. ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais*, cit., p. 164.

Procurando enfrentar esses problemas, consideramos que um primeiro ponto a ser enfatizado é que, efetivamente, mostra-se equivocado identificar nesse instrumento um elemento capaz de substituir plenamente as ações coletivas. Esse aspecto é especialmente reforçado na realidade brasileira, em que se verificam déficits de acesso à justiça e problemas ligados à administração judiciária que parecem tornar a coletivização total o caminho mais proporcional.

De qualquer forma, acreditamos que, dada a abertura inerente à previsão normativa, é, sim, possível que a *concertação de atos* seja vista como *mais* uma ferramenta que pode agregar para a consolidação do nosso processo coletivo. Para tanto, contudo, parece necessário conferir ao mecanismo um conteúdo mais amplo do que a mera produção probatória, fazendo-o ingressar também em sua *avaliação*. Torna-se imprescindível dar um passo adiante, identificando a *concertação* como um real caminho para a *coletivização de questões*; como um instrumento por meio do qual *aspectos fáticos*, comuns a inúmeros processos, possam ser *resolvidos* (e não apenas *instruídos*) de maneira coletiva.

Ilustrando esse aspecto, lembremos o exemplo mencionado nos tópicos anteriores, ligado a um dano ambiental de larga escala cuja ocorrência poderia se relacionar com a atividade de determinada sociedade empresária. Como visto, nesse tipo de hipótese, a concertação de atos voltada à *produção* da prova poderia resultar em um laudo *pericial* válido para todas as disputas. Isso, porém, não garantiria que a própria *questão*, a ser pericialmente instruída, receberia a mesma resposta. Pelo contrário, seria crível que diferentes juízes, apreciando o mesmo material probatório, chegassem a conclusões diversas quanto à sua suficiência ou ao seu resultado. Por consequência, as vantagens trazidas pela prova conjunta seriam, no menor dos casos, bastante limitadas.

Sendo assim, a funcionalidade do mecanismo pode estar diretamente ligada à própria superação desse hiato. Se o principal risco inerente à produção de um ato concertado consiste na sua superveniente *avaliação* por um juízo diverso, parece bastante razoável que a solução consista exatamente em *coletivizar* também essa *avaliação*. Sob esse viés, o mecanismo passaria a ser utilizado como uma verdadeira técnica de *coletivização de questões*.

Sob essa moldura, mais do que *produzir* coletivamente determinado meio de prova, a técnica se prestaria a acertar a *questão* que lhe é subjacente. Tomando por base o exemplo anterior, a *concertação* não se limitaria à elaboração de perícia ligada ao dano ambiental, coletivizando-se a própria deliberação a respeito da responsabilidade da empresa pelo abalo. Mais do que se delegar ao juízo concertado a mera execução do ato, seria a ele transferida a tomada de decisão a respeito da questão que o motivou. Somente assim seria garantida uma verdadeira *vinculação* de certo posicionamento para os diferentes processos, alcançando maior isonomia e coerência.

Mas seria isso viável? É possível que um magistrado certifique, com vinculatividade própria da coisa julgada, a ocorrência ou não *de um fato*?

De um lado, a fim de responder a essa indagação, parece fundamental compreender a ideia de sentenças complexas. De outro, impõe-se cogitar sobre a possibilidade de a tutela jurisdicional incidir sobre a declaração de um fato.

Quanto ao primeiro ponto, não parece haver maiores dificuldades. Há muito, a doutrina trabalha com a possibilidade de que um ato jurisdicional seja formado pela atuação da vontade de mais de um magistrado. Como aponta Calamandrei, a cooperação de vários órgãos jurisdicionais – a fim de caracterizar uma sentença complexa única – pode ocorrer quando se tem a *cooperação de vários órgãos distintos de um único juízo (ou tribunal)* ou quando ocorre a *cooperação de vários juízos (ou tribunais) distintos*.³⁰ Nessas sentenças complexas, o que se tem é a presença de mais de um órgão, cada um exercendo *porção da atividade jurisdicional*, contribuindo para a formação do resultado final. Pense-se nos casos da repartição de atribuições existentes no campo do Tribunal de Júri, no Brasil, ou no regime de competência próprio de países que adotam o controle exclusivamente concentrado de constitucionalidade.

Esses exemplos revelam a existência de situações em que a atividade de decidir não é exercitada por um único órgão (seja ele formado por um ou por mais magistrados). A decisão é produto da intervenção de vários sujeitos, cada um deles exercendo parcela da atividade. No caso do Tribunal do Júri, por exemplo, cabe ao corpo de sentença a determinação dos fatos e ao juiz-presidente da causa a aplicação do direito e a determinação final da sentença. Logicamente, essa repartição de atribuições pressupõe que um órgão *não interfira* na atribuição dada ao outro. Assim, não cabe, ainda usando o exemplo do Tribunal do Júri, ao juiz negar que os fatos tenham ocorrido da forma estabelecida pelos jurados; nem aos jurados indicar qual é a pena a ser aplicada ou qual é a regra que deve incidir no caso concreto.

Por outras palavras: nos atos judiciais complexos, cada órgão reserva com exclusividade certa parcela de atribuição que contribuirá para o resultado final. Isso pressupõe que um órgão não possa avançar na atribuição do outro, devendo respeitar a parcela de atividade jurisdicional praticada por ele.

Ao que parece, essa pode ser exatamente a situação ocorrida na cooperação jurisdicional – e, em particular, na técnica dos atos concertados, de que trata o art. 69 do CPC. A lei, ao estabelecer um rol exemplificativo de atos que podem permitir a cooperação, viabiliza, ao que parece, também o fracionamento da decisão entre vários órgãos cooperantes. Assim, nada impediria que, se a lei permite a obtenção de provas e a coleta de depoimentos (art. 69, § 2º, inc. II), permitisse inclusive o fracionamento da decisão de causas repetitivas, de modo que um juiz (aquele que colheu a prova) ficasse responsável pela certificação dos fatos (ou de alguns dos fatos) ocorridos, deixando a outro(s) magistrado(s) o restante da atividade jurisdicional.

De fato, note-se que todas as hipóteses elencadas no art. 69, § 2º, envolvem algum tipo de cisão de competência. Ainda que todos os exemplos ali dados sejam de cisão de competência para a *prática de atos diversos*, nada impede que essa cisão ocorra para a

30. CALAMANDREI, Piero. La sentencia subjetivamente compleja. *Estudios sobre el proceso civil*. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1945. p. 477-478.

prática de um único ato, que então se tornará um ato complexo. Assim, parece que o preceito não impede que se possa distribuir entre vários magistrados a determinação dos fatos da causa e do direito aplicável (ou da solução final das pretensões deduzidas). E, se é assim, então seria evidente que somente o juiz responsável pela determinação dos fatos teria competência para essa especificação, cabendo ao(s) outro(s) magistrado(s) tomar aquela certificação como premissa de sua atividade.

Aceita a viabilidade dessa figura, sequer seria necessário ir além na investigação do problema.

Porém, caso se acredite que essa solução seria pouco ortodoxa, convém esmiuçar um pouco mais a possibilidade (ou não) de que a tutela jurisdicional (autônoma) possa incidir apenas sobre a declaração a respeito da existência ou não de fatos.

3.2. Declarações de fato e vinculatividade coletiva

Sabe-se que é da tradição brasileira negar a possibilidade de que alguém possa postular a declaração de fatos em juízo, exceto na hipótese da falsidade ou da autenticidade de documento³¹ (art. 19 do CPC). Wach, a propósito, examinando a lei alemã da época, pontuava que o fim do processo é a *proteção do direito*, e não a obtenção de prova ou a declaração de fatos.³²

A doutrina mais moderna sobre o tema defende que essa restrição ocorre, sobretudo, em homenagem à garantia de defesa do réu, que precisa ter a exata dimensão das consequências que podem decorrer de sua atividade ou inércia no processo. Como lembra Proto Pisani,³³ não há razão dogmática ou lógica entre a atividade declaratória e a certificação de fatos. No entanto, a necessidade de preservar o direito de defesa do réu – de dimensão constitucional – exige que a parte possa compreender contra o que exatamente se defende e qual é o prejuízo que lhe pode advir em razão do acolhimento da pretensão

31. Para Pontes de Miranda, sequer essa situação traduz verdadeira hipótese de “declaração sobre fato”. Segundo o autor, também quando se pretende a declaração de falsidade documental, o que verdadeiramente se almeja é a declaração de inexistência da relação jurídica representada pelo instrumento (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998. t. II. p. 41). Não parece que a observação esteja correta. E isso, sobretudo, porque a lei não condiciona a arguição de falsidade apenas a instrumentos (que constituam elemento de validade do ato jurídico). Qualquer documento – seja ele substancial ou não – pode ser objeto da arguição de falso, de sorte que nem sempre a falsidade do documento implicará a invalidade do ato jurídico ou do fato por ele representado.

32. WACH, Adolf. *La pretensión de declaración*. Trad. Juan M. Semon. Buenos Aires: EJE. p. 94-95.

33. PROTO PISANI, Andrea. La tutela di mero accertamento. *Appunti sulla giustizia civile*. Bari: Cacucci, 1982. p. 92. Identicamente, v. CAPONI, Remo; PROTO PISANI, Andrea. *Lineamenti di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene, 2001. p. 120-121. No direito brasileiro, sustentando a mesma conclusão, v. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Ed. RT, 2016. v. I. p. 397.

do autor. Ainda, como sustenta o autor, se fosse admissível a declaração apenas sobre fatos (ou mesmo sobre o teor de normas jurídicas), seria impossível que o réu pudesse antever as consequências do acolhimento da pretensão do autor ou os prejuízos que poderiam ser por ele sofridos em razão de eventual inabilidade no exercício de sua defesa.

Por isso, não seria aceitável que a tutela jurisdicional fosse exercitável apenas sobre fatos.³⁴

Entretanto, parece que o óbice levantado pela doutrina pode ser facilmente superado, sobretudo diante das ferramentas hoje disponíveis.

Tomem-se os argumentos empregados para a restrição quanto à declaração a respeito de fatos. De início, ter-se-ia a expressa dicção do art. 19 do CPC a referir que “o interesse do autor pode limitar-se à declaração” da existência, da inexistência ou do modo de ser de relação jurídica ou da autenticidade ou falsidade de documento. Frequentemente, a doutrina atribui a impossibilidade da declaração sobre fato aos termos desse preceito legal.

Contudo, parece absolutamente insuficiente pretender apenas com base nesse dispositivo rechaçar qualquer viabilidade na busca por uma atividade jurisdicional que reconheça a ocorrência ou não de fatos.

De um lado, porque a lei não *veda* a possibilidade de declaração sobre fato. Limita-se a dizer que o interesse da parte pode expressar-se apenas na declaração dos elementos que arrola, sem excluir expressamente qualquer outra situação. De outro, porque é sabido que a função desse comando sempre foi a de esclarecer a figura do *interesse processual*, espancando qualquer dúvida sobre a possibilidade de que esse interesse exista, ainda que não tenha o autor condições de buscar a *satisfação* da pretensão que afirma ostentar. Ou seja, porque era discutível a presença do interesse processual em situações nas quais a parte não pudesse *exigir a satisfação* de seu “direito”, optou-se por positivar a existência da utilidade jurídica na busca da simples *certeza jurídica*.³⁵

Por outras palavras, preceitos como o art. 2º, parágrafo único, do CPC/39, o art. 4º do CPC/73 ou o art. 19 do CPC atual jamais foram pensados para *proibir a ação declaratória em casos que não os expressamente arrolados no texto legal*. Seu objetivo era apenas deixar

34. Em sentido diverso, entendendo pela possibilidade da existência de ação declaratória sobre fato, e mencionando como exemplo dessa possibilidade o art. 152, § 2º, do CPP de 1930 italiano (que se refere à declaração de inexistência do fato ilícito que havia sido imputado ao réu), v. MICHELLI, Gian Antonio. *Corso de diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè, 1959. v. I. p. 45-46.

35. A propósito, considera Pedro Batista Martins, ainda a respeito do CPC/39, que, “tendo o Código condicionado o direito de ação à legitimidade de um interesse, era de incontestável vantagem que definisse logo, como definiu, a natureza e a extensão desse interesse. Constituíam uma *vexata quaestio* o problema do fundamento jurídico da ação, que a corrente dominante na doutrina sustentava ser o próprio direito ameaçado ou violado. Com a ação declaratória firmou-se a independência e autonomia do direito de ação, cujo exercício nem sempre supõe a violação de um direito preexistente” (MARTINS, Pedro Batista. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1940. v. I. p. 30).

clara a opção do legislador por seguir a orientação doutrinária³⁶ que aceitava a existência de um interesse processual mesmo em casos nos quais não se alegasse a violação ou a ameaça de certa pretensão.³⁷

Logo, a ausência de previsão expressa no art. 19 do CPC (ou nos seus correspondentes anteriores) não pode ser tomada como indicativo de que o legislador objetivava vedar a possibilidade de que ações declaratórias fossem empregadas para a declaração da existência ou não de fatos que eventualmente pudessem ser relevantes para a parte.

A doutrina também invoca como obstáculo legal à admissão de pretensões declaratórias sobre fato preceitos como o art. 504, inc. II, do CPC (equivalente ao art. 469, II, do CPC/73).³⁸ A regra afirma que não faz coisa julgada “a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença”. Novamente, porém, parece que o preceito não impede o exercício de pretensões declaratórias sobre fato. A uma, porque a previsão afirma que não incide a coisa julgada sobre a verdade dos fatos *que seja estabelecida como fundamento da sentença*, nada afirmando a respeito de eventuais pretensões (que sejam objeto da prestação jurisdicional) que envolvam a estabilização da verdade de fatos.³⁹ A duas, porque, ainda que se tratasse de discutir apenas a *fundamentação* da sentença, o contido

-
36. Wach, nesse sentido, esclarecia que a pretensão à declaração é uma forma autônoma de “pretensão de proteção do direito pelo Estado” (WACH, Adolf. *Ob. cit.*, p. 37) em que o interesse não se dirige a eliminar a violação a um direito, mas a remover a situação de insegurança jurídica presente, de onde surgem prejuízos para a parte postulante (*ibidem* p. 103). Também Chiovenda sempre defendera que “a declaração da vontade da lei é por si mesma um bem, pois que da certeza decorrem imediatamente vantagens”, concluindo que “tal produção da certeza jurídica como fim em si mesma é, de um lado, a mais autônoma função do processo, porque acarreta um bem de outra forma inatingível; de outro, é na verdade a sua mais elevada função” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Trad. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1942. v. 1. p. 303). E, no direito brasileiro, precisa é a constatação de Botelho de Mesquita, que afirma que “através da ação declaratória é feito valer um direito à segurança de uma concreta situação jurídica favorável ao autor, ao qual corresponde o dever estatal de produzir um efeito jurídico de natureza puramente processual, consistente na vinculação do Estado, através de seus órgãos judiciários, em qualquer processo futuro, à declaração favorável contida na sentença” (BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. *Da ação civil. Teses, estudos e pareceres de processo civil*. São Paulo: Ed. RT, 2005. v. I. p. 111).
37. Nesse exato sentido é a crítica de Pontes de Miranda (v. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995. t. I. p. 133 e ss.).
38. Assim, SILVA, Ovídio Baptista da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2005. v. I. p. 70.
39. Eduardo Talamini, comentando o art. 504 do CPC, observa que o inc. II do dispositivo já está incluído pela previsão contida no inc. I, apenas confirmando o teor dessa previsão (TALAMINI, Eduardo. *Comentários ao art. 504*. In: José Rogério Cruz e Tucci et alii (Coord.). *Código de Processo Civil anotado*. Rio de Janeiro: GZ, 2016. p. 719). O dispositivo, de todo modo, trata apenas da *motivação* da sentença, não se prestando, assim, para refutar a possibilidade de que a declaração de fatos venha a ser o objeto do processo e, portanto, que figure no dispositivo da sentença.

no art. 504 deveria ser interpretado em harmonia com o art. 503, que permite – dentro de certas condições – que incida a coisa julgada sobre *questão prejudicial*. Embora tradicionalmente a interpretação do que seja “questão prejudicial” exclua as questões de fato, vale lembrar que isso se dá apenas em razão do pensamento de que *não caberia a declaração sobre fato*. Há, portanto, um raciocínio circular aí que não encontra fundamentação alguma na legislação em vigor: para fins do art. 503, a questão de fato não pode ser qualificada como questão prejudicial porque o art. 504, II, vedaria a declaração de veracidade de fatos incidentalmente reconhecida em sentença; e, para interpretar o art. 504, não se pode nunca admitir a estabilização da declaração sobre questão de fato, porque ela não entra na definição de questão prejudicial do art. 503. Essa premissa, se tinha substrato na legislação anterior, não se sustenta na legislação atual, não se prestando para justificar que a lei brasileira impeça expressamente a declaração sobre fato. No modelo atual, a justificativa dada para que só se considere como “questão prejudicial” alguma relação jurídica envolve clara petição de princípio, como visto anteriormente, que não tem qualquer fundamento.

Se não há óbice legal expresso, então a única razão que poderia levar à inadmissão de provimento declaratório a respeito de fato é aquela apontada *supra*, ou seja, a necessidade de preservação do direito de defesa do réu, que precisa ter ciência perfeita a respeito das consequências de sua inércia ou de seu insucesso.

O argumento é, de fato, forte. Mas não parece que se deva tomá-lo com a dimensão tradicionalmente considerada. Aliás, se o argumento tivesse, de fato, o peso que em regra se lhe dá, dificilmente seria explicável a *exceção tradicionalmente admitida à declaração sobre fato*. Ora, se o direito de defesa – que é uma garantia constitucional inquestionável – fosse insuperavelmente infringido com as declarações sobre fato (porque colocariam o réu em condição de não poder antever as consequências do acolhimento da pretensão do autor), então a ação declaratória de falsidade documental seria também, e de forma indiscutível, inconstitucional. Afinal, dificilmente se justificaria que se autorizasse, ainda que fosse nesse específico caso, colocar o réu em condição de imprevisibilidade, violando o seu direito de defesa, em especial sem base constitucional.

Não se diga que a situação é excepcional. Afinal, nem mesmo de forma excepcional é legítimo atropelar garantia constitucional, sobretudo sem que isso seja imprescindível para a proteção de outro valor de mesma hierarquia.

Mais do que isso, é importante recordar que autores de relevo apontam para a eficácia *erga omnes* da declaração de falsidade ou *autenticidade* de documento.⁴⁰ Do mesmo

40. Com esse entendimento, v. BARBI, Celso Agrícola. *Ação declaratória*. 3. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1968. p. 157-158; BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. I. p. 94. No direito italiano, essa também é a conclusão, entre outros, de Giuseppe Chiovenda (*Instituições de direito processual civil*. Trad. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva 1945. v. 3. p. 196), Vittorio Denti (*Querela di falso. Novissimo digesto italiano*. Torino: UTET, 1967. t. XIV. p. 662-663) e Virgílio Andrioli (*Commento al codice*

modo, ilustres processualistas e vários julgados admitem que a arguição de falso possa ter por objeto a falsidade ideológica⁴¹ e, portanto, a *demonstração da existência ou não de fatos retratados pelo documento*. Independentemente do acerto ou não dessas conclusões, fato é que essas orientações não parecem ver nenhum obstáculo no direito de defesa para admitir tamanha extensão à declaração de falso.

Na realidade, ao que parece, não surge a preocupação com o direito de defesa nesses casos porque se considera que, tanto em um caso como no outro, as partes podem perfeitamente antever as consequências do sucesso ou do insucesso da demanda. Uma vez que a questão girará em torno apenas do documento (ou do fato ali retratado), é possível que as partes tenham a exata dimensão daquilo que pode suceder, seja com o acolhimento, seja com a rejeição da arguição de falsidade.

Dessa forma, o óbice da proteção ao direito de defesa pode e deve ser superado não com a peremptória negativa de que a declaração sobre fato possa ser aceita. Deve, sim, ser superado com a adequada preservação do direito de defesa e, eventualmente, com a limitação às situações em que as partes possam gizar com suficiência as consequências do pronunciamento judicial.

Algo semelhante ocorre com o chamado transporte *in utilibus* da coisa julgada coletiva, de que trata o art. 103, §§ 3º e 4º, do CDC. Ali, o que prevê a lei é que a coisa julgada formada em relação a direitos coletivos e difusos (ou aquela formada em demanda penal) pode beneficiar *as demandas individuais das vítimas e seus sucessores*. Obviamente, essa vantagem não se dá porque *as pretensões individuais tenham sido julgadas pela sentença coletiva*; ao contrário, as relações jurídicas individuais não foram sequer examinadas, visto que o objeto do processo era apenas a pretensão difusa ou coletiva posta como causa de pedir. No entanto, reconhece a lei que *os fatos* que ensejaram a violação ao direito coletivo ou difuso podem também ter ocasionado a lesão a direitos individuais. Por isso, a regra autoriza que se aproveite a certificação dada àqueles fatos, que se tornam indiscutíveis nas demandas individuais subsequentes.⁴²

Não é, portanto, novidade que, em certos casos, autorize-se que o reconhecimento de certos fatos transcenda os limites do processo, tornando-se indiscutível também em outros feitos.

di procedura civile. Napoli: Jovene, 1964, v. 2. p. 166-169). Por uma análise do tema, v. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2019. p. 800 e ss.

41. V., sobre a questão, por todos, MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*, cit., p. 778 e ss. Nos Tribunais, v., entre outros, STJ, 3ª Turma, REsp 9.197/SC, rel. Min. Waldemar Zveiter, DJU 11.11.1991, p. 16.145; STJ, 4ª Turma, REsp 19.920/PR, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU 25.10.1992, p. 22498; STJ, 3ª Turma, AgRg no Ag 354.529/MT, rel. Min. Castro Filho, DJU 03.06.2002, p. 202.

42. Sobre o tema, v. ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. *Curso de processo civil coletivo*. p. 244 e ss.

Aliás, sequer é estranho que, inclusive em casos excepcionais, seja autorizada ação puramente para o reconhecimento da existência ou inexistência de certo fato jurídico relevante. Pense-se, para além do caso da autenticidade ou falsidade documental, na hipótese de ação para o reconhecimento de tempo de serviço, muito comum em causas previdenciárias.⁴³ Igualmente constituem uma inequívoca hipótese de declaração sobre fato as “ações declaratórias de produtividade de imóvel”, frequentemente utilizadas para afastar eventual pretensão de desapropriação do Poder Público.⁴⁴

Os exemplos pontuais poderiam multiplicar-se. A própria doutrina, que classicamente limita a pretensão declaratória apenas para a determinação da existência ou da inexistência de relação jurídica, flexibiliza essa ideia para permitir o exercício dessa pretensão também para outros quadrantes. É o caso, por exemplo, de Ovídio Baptista da Silva. Embora o autor defenda que “nunca um simples fato, ou um *fato simples*”⁴⁵ pode ser objeto da ação declaratória (com exceção da hipótese da falsidade ou da autenticidade documental), logo a seguir afirma que nem sempre é possível a separação entre fato e direito. Por isso, ao examinar a ação em que se postulava o reconhecimento do concubinato ou a existência de posse, acentua ele que:

“[...] na verdade, o que está em causa, tanto no caso do concubinato quanto no da relação possessória, é que ambos não configuram apenas um fato simples, considerado em sua pura historicidade, mas, ao contrário, caracterizam-se fatos complexos, capazes de gerar importantes consequências no campo do direito.”⁴⁶

A partir daí, o autor expande a possibilidade de ações declaratórias também para *estados jurídicos* e para *direitos absolutos* – que obviamente não se confundem com a noção de relação jurídica.⁴⁷

Outros tantos exemplos podem ser colhidos da doutrina, que dificilmente se amoldariam à ideia de declaração de “existência, inexistência ou modo de ser” de uma relação

43. A admissão dessa ação é objeto até da Súmula 242 do c. Superior Tribunal de Justiça (“cabe ação declaratória para reconhecimento de tempo de serviço para fins previdenciários”). A jurisprudência admite a medida tanto no âmbito público (v.g., STJ, 5ª Turma, AgRg no Ag 1.013.217/MT, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, *DJe* 25.08.2008) quanto no privado (v.g., STJ, 6ª Turma, REsp 232.021/PR, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, *DJU* 06.08.2007, p. 702).

44. V.g., STJ, 2ª Turma, AgRg no AREsp 85.621/BA, rel. Min. Humberto Martins, *DJe* 19.03.2012; STJ, 2ª Turma, REsp 725.470/MG, rel. Min. Eliana Calmon, *DJe* 11.11.2009.

45. SILVA, Ovídio Baptista da. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 52.

46. *Ibidem*, p. 55-56.

47. *Ibidem*, p. 56. E, nessa toada, arrola o autor a possibilidade, admitida pela jurisprudência, de ações declaratórias para que “o juiz *qualificasse* uma dada relação litigiosa, para dizer qual seria sua natureza”, tal como nas situações em que se pede o reconhecimento do estado de concubinato, da condição de comerciante, do estado de solteiro, da situação de possuidor, a ocorrência de prescrição ou a caracterização de simulação *inocente* (*ibidem*, p. 63-64).

jurídica, tal como, em regra, se admite para o campo da ação declaratória. Celso Barbi admite essa ação em caso julgado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, confirmado pelo Supremo Tribunal Federal, no qual “o pedido de declaração era de que determinada pessoa era a mesma pessoa referida em uma escritura de reconhecimento e filiação, na qual a caracterização do perfilhado foi pouco explícita”.⁴⁸ O autor arrola também outros casos questionáveis, como o pleito “de que a cessão e transferência de direitos ficaram perfeitos e acabados porque se verificou a condição necessária para isso”⁴⁹, ou a de “quais os bens transferidos por uma escritura”.⁵⁰

O que se tem nesses exemplos é, sem dúvida, a tentativa de ampliar o espaço das ações declaratórias para bem além das fronteiras tradicionalmente anunciadas. Nota-se, em suma, que muitas situações da vida *podem reclamar a necessidade de certeza e de estabilidade*, ainda que elas não envolvam exatamente relações jurídicas. Muitas vezes, o estado de dúvida se põe apenas sobre *parcela da relação jurídica* ou, mais exatamente, sobre *fatos jurídicos* que possam ser relevantes para a conformação daquela.⁵¹ E, se a incerteza se dá quanto a esses fatos jurídicos – que, em conjunto com outros, levam à existência ou não de efeitos jurídicos, seja dentro de uma relação jurídica, seja em outras espécies de estruturas jurídicas admitidas –, então deve ser admissível a declaração incidente sobre eles.

De certa forma em harmonia com essa ideia, afirmava Hélio Tornaghi, ainda na vigência do CPC/73, que, “conquanto na maioria dos casos o que se discute é a existência de direito subjetivo, a lei não exclui que a controvérsia possa versar apenas sobre parte ou aspecto do direito”.⁵²

Sem dúvida, essa “parte ou aspecto do direito” pode bem ser o suporte fático – ou parte dele – de onde se extrairá a pretensão futuramente exercitável. Se não há proibição expressa à possibilidade de que essa parcela da relação jurídica seja objeto do pedido declaratório, então nada justifica que se exclua, sem maiores considerações, essa possibilidade. Afinal, recordando novamente a conclusão apresentada por Botelho de Mesquita,

48. *Ibidem*, p. 90. Para o processualista, “na verdade, tratava-se de declaração de fato, mas este era de tal forma ligado à existência de uma série de consequências jurídicas de natureza familiar, hereditária e patrimonial, que negar a ação seria deixar os autores ao desamparo de proteção jurídica de que tinham suma necessidade”.

49. *Ibidem*, p. 96.

50. *Ibidem*, p. 98.

51. Tratando da questão sob o prisma do art. 503, e admitindo claramente a possibilidade de que fatos jurídicos constituam questão prejudicial no direito atual, v., amplamente, MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada sobre questão*. São Paulo: Ed. RT, 2018. p. 236 e ss.

52. TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1976. v. I. p. 94. No mesmo sentido, Goldschmidt afirma que “se considera como *hecho susceptible de protección jurídica* cualquier relación jurídica, es decir, todo derecho subjetivo, y aun una parte de este derecho, o un crédito ya prescrito [...] y aun un derecho a oponer excepciones, o un derecho de carácter constitutivo” (GOLDSCHMIDT, James. *Derecho procesal civil*. Trad. Leonardo Prieto Castro. Barcelona: Labor, 1936. p. 105).

o interesse na declaração não está na verificação da veracidade de algo. Está, sim, na vinculação do Estado-jurisdicção, em relação a qualquer processo futuro, à declaração favorável produzida pela sentença.⁵³ E, se há interesse em que o Estado se vincule à certificação de que *certos fatos jurídicos* realmente ocorreram – porque eles importam para a determinação futura de pretensões outras –, então se deve admitir que a declaração – com força de certeza – incida sobre esses fatos.

Quanto à preservação do direito de defesa, parece que é possível suplantar o óbice com as observações já feitas. Se a parte *tem condições de antecipar as consequências da vitória do autor ou da insuficiência de sua atuação defensiva*, então não se põe problema para a tutela do direito ao contraditório. Os exemplos anteriormente vistos, aliás, são a maior prova dessa circunstância: em todos eles, o que se tem é que, embora a proteção declaratória incida sobre fatos (ou até sobre a interpretação do direito), havia para o réu a perfeita determinação das consequências da procedência da demanda e da eventual rejeição de suas defesas. Logo, o problema da defesa se equaciona *caso a caso*, a partir da aferição sobre a possibilidade de o réu enxergar o horizonte das consequências do reconhecimento sobre os fatos. Isso pode dar-se, até mesmo, com a prévia indicação pela parte autora da utilidade buscada com a certificação sobre os fatos.

Não há, porém, algo que justifique a exclusão da possibilidade da certificação estável de fatos, sobretudo quando respeitados os limites já expostos.

Por derradeiro, convém recordar que o CPC português não vê entrave – principalmente ligado ao direito de defesa do réu – na admissão da ação declaratória sobre fato. Ao contrário, prevê expressamente essa possibilidade, ao dispor no art. 10º, n. 3, *a*, que a finalidade das ações admissíveis naquele ordenamento pode ser “obter unicamente a declaração da existência ou inexistência de um direito ou de um facto”.⁵⁴

Naquele ordenamento, diga-se, jamais se cogitou supor essa possibilidade como inconstitucional, ou como abusiva, ou ainda como infringente ao direito de defesa. Havendo um *fato jurídico* – do qual possam advir consequências jurídicas –, pode, sem dúvida, haver interesse e utilidade na obtenção da certificação judicial, de modo a vincular o Estado, em demandas futuras, ao reconhecimento da existência ou não desse fato.⁵⁵

53. Ob. cit., p. 111.

54. O preceito está assim redigido: “Art. 10º. Espécies de ações, consoante o seu fim. 1 – As ações são declarativas ou executivas. 2 – As ações declarativas podem ser de simples apreciação, de condenação ou constitutivas. 3 – As ações referidas no número anterior têm por fim: a) As de simples apreciação, obter unicamente a declaração da existência ou inexistência de um direito ou de um facto; [...]”.

55. Logicamente, para a admissão dessa ação, então, deverá a parte autora demonstrar a existência do *interesse jurídico* na declaração do fato, que consistirá na certificação desse fato jurídico para o exercício futuro de outras pretensões. A propósito, já decidiu o Tribunal da Relação de Coimbra que, “ao invés do que tipicamente acontece com a acção de condenação, a acção de simples apreciação não pressupõe qualquer lesão ou violação de um direito, são meios de tutela de direitos e

Respeitado o direito de defesa do réu – que se faz com a adequada proteção de sua consciência sobre as consequências decorrentes do acolhimento ou da rejeição da ação –, não há o que impeça a admissão da medida.

Enfim, calha apontar que, ao menos com relação à “questão de direito”, a lei processual brasileira parece claramente ter-se afastado da vedação ao emprego da tutela declaratória para sua certificação.

A visão tradicional do processo civil sempre negou a possibilidade de que houvesse tutela jurisdicional declaratória também sobre questão de direito.⁵⁶ Todavia, basta uma rápida leitura do código atual para notar que essa vedação ficou no passado. Técnicas como o incidente de resolução de demandas repetitivas, os recursos especial e extraordinário repetitivos ou o incidente de assunção de competência abertamente se prestam para emprestar *estabilidade e transcendência* a declarações judiciais formuladas sobre *questões de direito*.⁵⁷ Se isso foi possível – superando dogmas formados há muito tempo –, não há razão que justifique solução diversa para *questões de fato*.

E, se é admissível que uma questão de direito possa ser resolvida de forma coletiva – por meio dos incidentes anteriormente indicados –, também se deve admitir igual sucesso para a solução *coletiva* de questões de fato.

Por fim, reitera-se que essa inovação procedimental exigiria diferentes debates. Questões como a legitimidade para a concertação, o controle de representatividade existente em seu âmbito ou a sua potencial submissão às regras de coisa julgada previstas para a Ação Civil Pública entrariam em cena. Ainda assim, o ponto nuclear a ser aqui firmado é prévio: se o mecanismo previsto no art. 67 do Código de Processo Civil pretende se relacionar com o processo coletivo, essa parece ser a principal linha de aproximação.

quem não é posta em causa a sua violação, quer efectiva, quer receada. Porém, o autor na acção tem de demonstrar que tem um interesse na obtenção da declaração judicial da existência ou inexistência que pede, pois esta, como qualquer outra acção, supõe a existência de interesse em agir” (JTRC 32/18.2T8MGR.C1, rel. Antonio Carvalho Martins, j. 08.05.19).

56. Vg., ARRUDA ALVIM, José Manoel. *Manual de direito processual civil*. 18. ed. São Paulo: Ed. RT, 2019. p. 175; LOPES, João Batista. *Ação declaratória*. São Paulo: Ed. RT, 1995. p. 57. Apontando que constitui exceção a essa vedação a possibilidade de almejar a interpretação do direito em processos objetivos, v. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 822.
57. A respeito, afirma Fredie Didier Jr. que “É importante afirmar que não pode haver tutela declaratória sobre tese jurídica. O objeto da declaração judicial deve ser um caso concreto, e não apenas a relação jurídica em abstrato. Apesar de não haver tutela declaratória sobre tese jurídica, o ordenamento prevê o julgamento de tese em alguns casos, como no incidente de resolução de demandas repetitivas, na assunção de competência e nos julgamento de recursos repetitivos” (DIDIER JR., Fredie. *Comentários ao art. 19. Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: GEN, 2015. p. 71).

3.3. O caso específico da execução coletiva

Arrematando, menciona-se ainda outro caso de concertação em particular que merece atenção, porque pode descortinar novos espaços para a atuação jurisdicional coletiva. Trata-se da previsão contida no art. 69, § 2º, inc. VII, do CPC, que autoriza os atos concertados para a “execução de decisão jurisdicional”.

Embora a previsão não seja muito clara, parece evidente que o que pretende a regra é autorizar a centralização dos procedimentos executivos com relação a situações em que a execução pulverizada não é recomendável.

A hipótese assemelha-se à chamada *limited fund class action* regulada, nos Estados Unidos, pela regra 23, (b), (1), (B). A figura envolve situações em que a resposta jurisdicional em relação a um caso individual acabaria por dispor de interesses de outros sujeitos, ou implicaria a concreta inviabilidade de tutela do interesse desses terceiros.⁵⁸ Imagine-se um caso em que o réu comum a vários credores possui patrimônio limitado. Supondo a procedência de várias demandas individuais de cunho indenizatório de alto valor, ter-se-ia situação em que, iniciadas as execuções individuais, ocorreria a satisfação apenas dos primeiros credores. Depois disso, com o esgotamento do patrimônio do réu, todos os outros credores – embora reconhecidos como tal por decisões judiciais transitadas em julgado – ou teriam de se sujeitar a um regime concorrential, como a falência, ou simplesmente veriam seus direitos “insatisfeitos”. Tais casos revelam a necessidade, no modelo norte-americano, de empregar aqui o regime de *class action*, de modo que se possa distribuir equitativamente o valor das indenizações, permitindo que todos os credores possam ser satisfeitos.⁵⁹

Algo semelhante pode ser pensado por meio do emprego da técnica de coletivização aqui examinada. Embora fosse mais adequado tratar a situação como uma ação coletiva desde seu início, também não se deve descartar a possibilidade de que, iniciadas diversas ações individuais (com pretensão indenizatória), sejam todas reunidas na fase de execução, para aferição de eventuais limites necessários à preservação de todos os interesses.

58. Como explica Gidi, “a situação típica em que esse tipo de ação coletiva é cabível se dá nos casos em que o dinheiro disponível para o pagamento das indenizações devidas a um grupo é insuficiente para satisfazer as pretensões de todos os lesados pela conduta ilícita do réu. Isso acontece, por exemplo, no caso em que o réu está falido ou irá à falência se as ações individuais de todos os membros do grupo lesado forem julgadas procedentes. As primeiras ações individuais executadas contra tal fundo insuficiente podem esgotar prematuramente o dinheiro disponível, deixando os demais membros do grupo sem a possibilidade de receber qualquer indenização. Nesses casos, não se está tecnicamente violando os direitos dos membros retardatários, uma vez que eles não são atingidos pela coisa julgada produzida *inter alia*. Todavia, na prática, os membros estão sendo prejudicados em seus interesses econômicos” (GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. São Paulo: Ed. RT, 2007. p. 151).

59. E que, dependendo das circunstâncias, se possa ainda preservar a atividade da ré, que pode mostrar-se relevante do ponto de vista social ou econômico.

Assim, eventualmente, seria possível que o juiz das execuções pudesse aferir uma forma específica de atuação das sentenças (v.g., a penhora de faturamento) ou que pudesse estabelecer um plano de pagamentos, que fosse compatível com as necessidades de todos.

Sob outro ângulo, também se poderia cogitar do emprego dessa técnica de concertação para a eleição de técnicas de execução que fossem mais adequadas para casos complexos. Imagine-se o concurso de várias sentenças que imponham ao Poder Público o fornecimento de certa medicação a um grupo de pessoas. Tradicionalmente, deixa-se a cargo de cada magistrado a efetivação de sua própria decisão, o que implica a convivência de diversos meios de coerção ou iniciativas para a realização da ordem judicial. Haverá juízes, por exemplo, que determinarão o bloqueio de verbas públicas, ou que imporão certas garantias para o fornecimento da medicação, ou, ainda, que tentarão o emprego de multas coercitivas em variados patamares.

Essa disparidade de soluções individuais, por óbvio, é prejudicial não apenas para as partes – que terão, algumas, soluções eventualmente mais eficiente do que outras – mas também para o Judiciário. Essas soluções várias estimularão recursos e discussões longas sobre técnicas viáveis ou não, promovendo desigualdade, seleção de juízos mais favoráveis e uma multiplicidade de outros debates. Logo, parece muito mais razoável que se concentre nas mãos de um só magistrado a efetivação dessas várias ordens, até para que se possa criar mecanismos uniformes de atuação da decisão, com eventual gestão do fornecimento global do fármaco.

Em síntese, pode-se notar que essa forma de atos concertados, que implica a *coletivização de parcela do processo* (em vez de um processo coletivo como um todo), pode ter seu espaço útil como técnica de solução de casos de massa.

Trata-se, por isso, de outra dimensão de pesquisa, aberta aos mecanismos de tutela coletiva na ordem jurídica brasileira.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS: TODO FIM DE UMA JORNADA É O COMEÇO DE UMA NOVA

Ao final desta breve análise, parece estar claro o potencial dos atos de cooperação judicial, principalmente no campo coletivo.

Não se pode imaginar mais que a cooperação se preste apenas para a economia processual em relação a *um único processo* ou a *uma única demanda*. A figura apresenta aplicação muito mais ampla e flexível, não se esgotando na incidência tradicional do instituto.

Recorde-se que o ordenamento anglo-americano iniciou a cogitação a respeito das ações coletivas derivando-as de instrumentos clássicos de agregação de causas e de sujeitos. Dali se apresentou ao mundo o arsenal hoje mundialmente conhecido e aplicado de ações de grupo e de tutela de interesses metaindividuais. Em sua origem, via-se a utilidade no tratamento uniforme de questões, racionalizando o trabalho e os recursos do Poder Judiciário.

Os atos de cooperação também têm, em sua essência, o propósito de racionalizar esses recursos e de trazer eficiência ao sistema judiciário.⁶⁰ Se, então, essas figuras todas encerram o mesmo propósito e a mesma essência, não deve haver dúvida de que seu parentesco exige sua aproximação, de modo que igualmente os atos de cooperação se prestem ao exercício da tutela coletiva. Tampouco deve haver dúvida da utilidade dos atos de cooperação para o aperfeiçoamento da tutela jurisdicional.

Cumpra, agora, aos tribunais determinar a extensão a ser dada a esse singular instrumento, sobretudo tendo em vista eventuais dificuldades na aplicação dos mecanismos ordinariamente reservados à proteção coletiva, em particular das ações coletivas.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANDREWS, Neil. *O Moderno Processo Civil*. Trad. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Ed. RT, 2009.
- ANDRIOLI, Virgílio. *Commento al codice di procedura civile*. Napoli: Jovene, 1964.
- ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. São Paulo: Ed. RT, 2013.
- ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. Complexity, proportionality and the “pan-procedural” approach: some bases of contemporary civil litigation. *International Journal of Procedural Law*, Cambridge, n. 4, 2014.
- ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. *Curso de Processo Civil Coletivo*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2020.
- ARRUDA ALVIM, José Manoel. *Manual de direito processual civil*. 18. ed. São Paulo: Ed. RT, 2019.
- BARBI, Celso Agrícola. *Ação declaratória*. 3. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1968.
- BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- BONE, Robert G. *Civil Procedure: The Economics of Civil Procedure*. New York: Foundation Press, CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Editora Sérgio Fabris, 1988.
- BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. Da ação civil. *Teses, estudos e pareceres de processo civil*. São Paulo: Ed. RT, 2005.
- BRADT, Andrew. The Long Arm of Multidistrict Litigation. *William & Mary Law Review*, Williamsburg, v. 59, 2018.
- BURCH, Elizabeth Chamblee. Repeat Players in Multidistrict Litigation: The Social Network. *Cornell Law Review*, Ithaca, v. 102, 2017.
- CABRAL, Antonio do Passo. *Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil*. Tese apresentada no concurso de provas e títulos para provimento do cargo de professor titular de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2017.

60. V., sobre isso, JOBIM, Marco Felix. *As funções da eficiência no processo civil brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 2017. passim.

- CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (*Musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 147, 2007.
- CALAMANDREI, Piero. La sentencia subjetivamente compleja. *Estudios sobre el proceso civil*. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1945.
- CAPONI, Remo; PROTO PISANI, Andrea. *Lineamenti di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene, 2001.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Trad. J. Guimarães Mene-gale. São Paulo: Saraiva, 1942.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Class action e mandado de segurança coletivo, diversificações conceituais*. São Paulo: Ed. RT, 1990.
- DENTI, Vittorio. *Querela di falso*. In. *Novissimo digesto italiano*. Torino: UTET, 1967.
- DIDIER JR., Fredie. Comentários ao art. 19. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: GEN, 2015.
- ERICHSON, Howard M. What MDL and Class Actions Have in Common. *Vanderbilt Law Review*, Nashville, v. 70, 2017.
- GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. São Paulo: Ed. RT, 2007.
- GOLDSCHMIDT, James. *Derecho procesal civil*. Trad. Leonardo Prieto Castro. Barcelona: Labor, 1936.
- HENSLER, Deborah. *Class Action Dilemmas: Pursuing public goals for private gain*. Santa Monica: Rand, 2000.
- ISSACHAROFF, Samuel. Private Claims, Aggregate Rights. *The Supreme Court Review*, Chi-cago, 2008.
- JOBIM, Marco Felix. *As funções da eficiência no processo civil brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 2017.
- LAHAV, Alexandra D. Two Views of Class Action. *Fordham Law Review*, New York, n. 79, 2011.
- LOPES, João Batista. *Ação declaratória*. São Paulo: Ed. RT, 1995.
- LUNARDI, Thais Amoroso Paschoal. *Coletivização da Prova: Técnicas de produção co-letiva da prova e seus reflexos na esfera individual*. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná (UFPR), 2018.
- MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Ci-vil*. São Paulo: Ed. RT, 2016.
- MARTINS, Pedro Batista. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1940.
- MICHELI, Gian Antonio. *Corso de diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè, 1959.
- MUELLENIX, Linda S. Aggregate Litigation and the Death of Democratic Dispute Resolu-tion. *Northwestern University Law Review*, Chicago, v. 105, 2013.
- NAGAREDA, Richard. 1938 All Over Again? Pre-Trial as Trial in Complex Litigation. *De-Paul Law Review*, Chicago, v. 60, 2011.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.
- OSNA, Gustavo. Coletivização total e coletivização parcial: aportes comparados e o proces-so civil brasileiro. *Revista de Processo Comparado*, São Paulo, v. 1, 2015.
- OSNA, Gustavo. *Multidistrict Litigation e Coletivização Parcial: uma Real Opção ao Modelo de Ações de Classe?* *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 20, 2019.

- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998.
- PROTO PISANI, Andrea. *La tutela di mero accertamento. Appunti sulla giustizia civile*. Bari: Cacucci, 1982.
- REDISH, Martin H. KARABA, Julie M. One size doesn't fit all: multidistrict litigation, due process, and the dangers of procedural collectivism. *Boston University Law Review*, Boston, v. 95, 2015.
- REDISH, Martin. *Wholesale Justice: Constitutional Democracy and the Problem of the Class Action Lawsuit*. Stanford: Stanford University Press, 2009.
- ROQUE, André Vasconcelos. *Class Action: Ações Coletivas nos Estados Unidos – o que podemos aprender com eles?* Salvador: Editora JusPodivm, 2013.
- SILVA, Ovídio Baptista da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2005.
- TALAMINI, Eduardo. Comentários ao art. 504. In: José Rogério Cruz e Tucci et alii (Coord.). *Código de Processo Civil anotado*. Rio de Janeiro: GZ, 2016.
- TIDMARSH, Jay. *The MDL as De Facto Opt-In Class Action*. Disponível em: [www.law.gwu.edu/sites/g/files/zaxdzs2351/f/downloads/Tidmarsh-MDL-Paper.pdf]. Acesso em: 20.03.2020).
- TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1976.
- WACH, Adolf. *La pretensión de declaración*. Trad. Juan M. Semon. Buenos Aires: EJEA, 1962.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- Federalismo judiciário brasileiro e a impossibilidade de um estado-membro submeter-se à competência jurisdicional de outro: uma análise dos arts. 46, § 5º, e 52, *caput* e parágrafo único, do novo Código de Processo Civil, de Léo Ferreira Leoney e Marcos de Araújo Cavalcanti – *Doutrinas Essenciais – Novo Processo Civil 1 e RePro 267/23-40* (DTR\2017\1027);
- Os poderes do juiz de adaptação de procedimentos processuais no âmbito do CPC/15 como uma forma de preservar os direitos fundamentais das partes, de Cláudio Tessari – *RePro 278/55-70* (DTR\2018\10620);
- Processos estruturantes (multipolares, policêntricos ou multifocais): gerenciamento processual e modificação da estrutura judiciária, de Felipe Barreto Marçal – *RePro 289/423-448* (DTR\2019\23968); e
- Repensando os mecanismos de ampliação do contraditório, de Felipe Barreto Marçal – *RePro 283/107-131* (DTR\2018\18430).