

International Journal of Procedural Law



Revue internationale de droit processuel
Internationale Zeitschrift für Prozessrecht
Revista Internacional de Derecho Procesal
Rivista Internazionale di Diritto Processuale

VOLUME 7 / 2017 / 02

- 216 An Investigation into the Nature and Role of Non-Settled ADR
MASOOD AHMED
- 250 Small Value Claims and Digital Justice in Spain:
Cost and Efficiency
RICARDO JUAN-SÁNCHEZ
- 266 Las acciones colectivas y el enjuiciamiento de casos repetitivos:
dos tipos de proceso colectivo en el Derecho brasileño
FREDIE DIDIER JR. AND HERMES ZANETI JR.
- 276 Freezing of Assets in Swiss Banks
DANIEL STAEHELIN
- 288 Les limites objectives de la chose jugée en droit comparé :
vers un Code européen de procédure civile
LUCA IACUMIN
- 318 Grandes Décisions / Leading Cases
MICHELE ANGELO LUPOI
- 325 Justice transitionnelle et droit processuel
LOÏC CADIET



TABLE DES MATIÈRES / CONTENTS

EDITORIAL	
PETER GOTTWALD	215
DOCTRINE / STUDIES	
An Investigation into the Nature and Role of Non-Settled ADR	
MASOOD AHMED	216
Small Value Claims and Digital Justice in Spain: Cost and Efficiency	
RICARDO JUAN-SÁNCHEZ	250
Las acciones colectivas y el enjuiciamiento de casos repetitivos: dos tipos de proceso colectivo en el Derecho brasileño	
FREDIE DIDIER JR. and HERMES ZANETI JR.	266
Freezing of Assets in Swiss Banks	
DANIEL STAEHELIN	276
PRATIQUE / PRACTICE	
Analyse Comparative / Comparative Perspectives	
Les limites objectives de la chose jugée en droit comparé: vers un Code européen de procédure civile	
LUCA IACUMIN	288
Grandes Décisions / Leading Cases	
MICHELE ANGELO LUPOI	318
DÉBAT / DEBATE	
Justice transitionnelle et droit processuel	
LOÏC CADIET	325
INFORMATIONS / INFORMATION	
I Législation / Legislation	
CAROLINE KLEINER and MICHAEL STÜRNER	349
II Bibliographie / Bibliography	
ELISABETTA SILVESTRI and JENS ADOLPHSEN	357

III	Congrès, Séminaires, Conférences et Activité des Organisations Professionnelles / Congresses, Seminars, Conferences and Professional Organisations Activities	
	MARIE NIOCHE, SAMUEL BAUMGARTNER and FRANCISCO VERBIC	364
IV	Vie de l'Association Internationale de Droit Processuel / Life of the International Association of Procedural Law	366

LAS ACCIONES COLECTIVAS Y EL ENJUICIAMIENTO DE CASOS REPETITIVOS: DOS TIPOS DE PROCESO COLECTIVO EN EL DERECHO BRASILEÑO*

FREDIE DIDIER JR.** and HERMES ZANETI JR.***

Abstract

This paper aims to present similarities and differences between class actions and aggregation of cases by “enjuiciamiento de casos repetitivos” (judgment of aggregate cases). Therefore, we begin with the premise that both are species of collective process, in order to suggest guidelines to solve problems related to the simultaneous use of both techniques.

Ce travail vise à présenter les points en commun et les différences entre les actions collectives et pour le règlement d'affaires répétitives du droit brésilien. Les auteurs partent

* Este trabajo ha sido traducido del portugués al español por Jairo Ramos Coelho Lins de Albuquerque Sento-Sé. Es una versión ampliada, con nuevas reflexiones, del siguiente ensayo DIDIER Jr., Fredie; ZANETI Jr., Hermes. “Ações coletivas e o incidente de julgamento de casos repetitivos – espécies de processo coletivo no Direito brasileiro: aproximações e distinções”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2016, n. 256.

** Profesor Asociado de la Faculdade de Derecho de la Universidade Federal da Bahia (pregrado, máster y doctorado). Director Académico de la Faculdade Baiana de Direito, Miembro de la Associação Internacional de Direito Processual (IAPL), del Instituto Iberoamericano de Direito Processual, del Instituto Brasileiro de Direito Processual, de la Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo y de la Associação Brasileira de Direito Processual. Máster (UFBA), Doctorado (PUC/SP), Livre-docente (USP) y Pos-doctorado (Universidade de Lisboa). Abogado y consultor jurídico. www.frediedidier.com.br.

*** Profesor de la Faculdade de Derecho da Universidade Federal do Espírito Santo (pregrado y máster). Máster y Doctor en Derecho Procesal (UFRGS – 1998 a 2005). Doctor en Teoría y Filosofía del Derecho en la Università degli Studi di Roma Tre (UNIROMA3 – 2009 a 2014). Pos-doctorado en Procesos Colectivos en la Università degli Studi di Torino (UNITO). Miembro del Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Miembro del Instituto Ibero-Americano de Direito Processual (IIDP). Miembro de la Associação Internacional de Direito Processual (IAPL). Miembro de la ABRAMPA (Associação Brasileira do Ministério Público de Meio Ambiente) y del MPCOn (Associação Nacional do Ministério Público do Consumidor). Fiscal (Promotor de Justiça) en el Ministerio Público del Estado de Espírito Santo. E-mail: hermeszanetijr@gmail.com.

de la base qu'il s'agit, dans les deux cas, de modalités de procédure collective, pour offrir par la suite des guides qui servent à résoudre les problèmes découlant d'une possible co-existence de l'un et de l'autre.

Der Aufsatz möchte Ähnlichkeiten und Unterschiede zwischen Class Actions und der Klagenverbindung nach dem brasilianischen Verfahren „enjuiciamiento de casos repetitivos“ aufzeigen. Da es sich nach Ansicht der Verfasser um verschiedene Arten des kollektiven Rechtsschutzes handelt, entwickeln sie Vorschläge, wie die Probleme, die sich aus der gleichzeitigen Anwendung beider Verfahrensarten ergeben, gelöst werden können.

Questo articolo intende presentare i punti in comune e le differenze tra le azioni collettive e la aggregazione di casi ripetitivi, secondo il nuovo diritto processuale brasiliano. A tal fine, parte della premessa che entrambe costituiscono modalità del processo collettivo. Inoltre propone linee guida per risolvere i problemi relativi alla pendenza simultanea di uno o l'altro.

Este artículo pretende presentar los puntos en común y las diferencias entre las acciones colectivas y el enjuiciamiento de casos repetitivos. Para hacerlo, parte de la premisa de que ambos son modalidades de proceso colectivo. Propone, además, directrices para resolver los problemas relacionados con la pendencia simultánea de uno u otro.

Keywords: civil procedure code; class actions; aggregate litigation; “enjuiciamiento de casos repetitivos”

Mots-clefs: code de procédure civile; actions de groupe; procédures collectives; “enjuiciamiento de casos repetitivos”

Stichwörter: Zivilprozessordnung; class actions; kollektiver Rechtsschutz; “enjuiciamiento de casos repetitivos”

Parole chiave: codice di procedura civile; class actions; litigazione collettiva; “enjuiciamiento de casos repetitivos”

Palabras clave: código de proceso civil; proceso colectivo; acción colectiva; “enjuiciamiento de casos repetitivos”

Contents

I.	Nota introductoria	268
II.	Concepto de proceso colectivo	268
III.	Tutela de las situaciones jurídicas colectivas: acción colectiva y enjuiciamiento de casos repetitivos	270

I. NOTA INTRODUCTORIA

El Código de Proceso Civil brasileño de 2015 ha estructurado un complejo sistema de enjuiciamiento de casos repetitivos. La relación entre este sistema y el sistema de las acciones colectivas es uno de los desafíos que el nuevo Código impone a la doctrina y a los tribunales brasileños.

Partimos de la premisa de que ambos son instrumentos de tutela colectiva de derechos – ambos, son, por tanto, procesos colectivos.

Las relaciones, aproximaciones y distinciones entre ellos deben empezar a ser identificadas y sistematizadas.

Este ensayo intenta ser un punto de partida en esta materia.

II. CONCEPTO DE PROCESO COLECTIVO

El proceso colectivo¹ pertenece al género del proceso jurisdiccional: procedimiento (acto complejo) destinado a la producción de norma jurídica en razón del ejercicio de la jurisdicción.² No se incluyen, en este trabajo, el proceso administrativo colectivo, que puede ser visualizado en la averiguación civil pública, ni el proceso negocial colectivo, vislumbrado en las negociaciones para la celebración de convenios colectivos (de trabajo o de consumo). El enfoque es el proceso jurisdiccional colectivo.

La especificidad del proceso colectivo está en el objeto litigioso.

El proceso es colectivo si la relación jurídica litigiosa es colectiva. Una relación jurídica es colectiva si en uno de sus términos, como sujeto activo o pasivo, se encuentra un grupo (comunidad, categoría, clase, etc.; se designa cualquiera de ellos por el género *grupo*). Si la relación jurídica litigiosa involucra un derecho (situación jurídica activa) o un deber o un estado de sujeción (situaciones jurídicas pasivas) de un determinado grupo, su enjuiciamiento en sede jurisdiccional habrá de hacerse por medio de un proceso colectivo.

Así, *proceso colectivo* es aquel *en que se postula un derecho colectivo lato sensu (situación jurídica colectiva activa)*³ o *se afirma la existencia de una situación jurídica colectiva pasiva (deberes individuales homogéneos, p. ej.)*.⁴ Obsérvese, por tanto,

¹ Sobre el tema, más ampliamente, DIDIER Jr., Fredie; ZANETI Jr., Hermes. “Conceito de processo jurisdiccional coletivo”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2014, v. 229, p. 273–280.

² Cf. DIDIER Jr., Fredie. *Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida*. 2ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2013, p. 68.

³ Derechos difusos, derechos colectivos en sentido estricto y derechos individuales homogéneos, en el caso del derecho brasileño (art. 81 del Código de Defensa del Consumidor).

⁴ Sobre el proceso colectivo pasivo, DIDIER Jr., Fredie. *Código Modelo de Procesos Colectivos un diálogo iberoamericano comentarios artículo por artículo*. Antonio Gidi y Eduardo Ferrer Mac-Gregor (org.). Cidade do México: Porrúa, 2008; DIDIER Jr., Fredie; ZANETI Jr., Hermes. “Processo coletivo passivo”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2008, n. 165.

que el núcleo del concepto de proceso colectivo está en su objeto litigioso: colectivo es el proceso que tiene por objeto litigioso una situación jurídica colectiva activa o pasiva.⁵

Esa definición se distingue de la propuesta por Antonio Gidi: “Según pensamos, acción colectiva es la propuesta por un legitimado autónomo (*legitimación*), en defensa de un derecho colectivamente considerado (*objeto*), en la que la inmutabilidad del mandato de la sentencia afectará a una comunidad o colectividad (*cosa juzgada*). Aquí está, en breves líneas, explicada nuestra definición de acción colectiva. Consideramos elementos indispensables para la caracterización de una acción como colectiva la legitimación para actuar, el objeto del proceso y la cosa juzgada” (traducción libre).⁶

No parece correcto colocar, en la definición de proceso colectivo, las circunstancias de ser instaurado por un legitimado autónomo y de tener un especial régimen de cosa juzgada.

En primer lugar, la legitimación extraordinaria no es una exclusividad de los procesos colectivos – no es, en definitiva, una especificidad. Basta recordar los casos de legitimación extraordinaria individual existentes en todos los ordenamientos jurídicos; *v. g.*, en el ordenamiento brasileño, la legitimación extraordinaria: (a) del Ministerio Público para promover la acción de alimentos para un incapaz; (b) de la administradora de un consorcio para cobrar la cuota mensual del consorciado; (c) del tercero que puede solicitar un juicio de amparo (“*mandado de segurança*”) en favor de otra persona, de acuerdo con el art. 3º de la Ley n. 12.016/2009, etc.

Además, es posible acoger, al menos en el derecho brasileño, una acción colectiva llevada a juicio por la propia comunidad envuelta: así sucede con la acción colectiva propuesta por las comunidades indígenas en virtud del art. 37 de la Ley n. 6.001/1973 (Estatuto del Indio): “Los grupos tribales o comunidades indígenas son partes legítimas para la defensa de sus derechos en juicio, admitiendo, en el caso, la asistencia del Ministerio Público Federal o del órgano de protección al indio” (traducción libre).

Tampoco el régimen de la cosa juzgada es una especificidad del proceso colectivo. Decir que la cosa juzgada vinculará a toda la colectividad, en proceso colectivo, no agrega nada al concepto, ya que, siendo la situación jurídica litigiosa perteneciente a la colectividad, obviamente la eventual cosa juzgada se referirá a la misma. Además, nada impide que el legislador pueda crear una regulación de la cosa juzgada colectiva que, en ciertos casos, no vincule a una colectividad – por ejemplo, la cosa juzgada

⁵ Sobre el conflicto colectivo y la tutela de los bienes o derechos colectivos o individuales cf. VERBIC, Francisco. *Procesos colectivos*. Buenos Aires: Astrea, 2007, p. 37/38, proponiendo el respeto a la garantía del debido proceso legal como clave para la regulación del proceso colectivo (idem, p. 40).

⁶ GIDI, Antonio. *Cosa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 16. Nótese que seguimos substancialmente, con alguna pequeña diferencia, el concepto de Gidi hasta la 8ª ed. del v. 4 de nuestro *Curso de Direito Processual Civil*. En sentido diverso, entendiendo que la cosa juzgada es fundamental SALGADO, José María. *Tutela Individual Homogénea*. Buenos Aires: Astrea, 2011, p. 1.

penal, solamente ocurre en los casos de sentencia absolutoria o, también, el régimen de la *extensión* de los efectos de la cosa juzgada *secundum eventum litis* para beneficiar a los titulares de los derechos individuales, regulada en el Código de Defensa del Consumidor (art. 103 de la Ley n. 8.078/1990). *Finalmente, nada impide que se pueda crear un instrumento de tutela colectiva cuyo propósito no sea la producción de la cosa juzgada*, como es el caso del incidente de resolución de demandas repetitivas.

Legitimación y cosa juzgada colectiva no componen el concepto de proceso colectivo. Ambas podrían recibir autonomía jurídica, de forma peculiar en relación al proceso individual, pero no es, dicho motivo, lo que torna colectivo a un proceso. El examen de cada una de ellas es importante para identificar cómo se estructura el proceso colectivo en un determinado país, pero no para identificar qué es un proceso colectivo.

Es cierto que después de la definición de *proceso colectivo* será necesario definir un régimen de garantías procesales adecuadas al objeto definido en él, del mismo modo que se establecen garantías para los procesos jurisdiccionales individuales, pero esto ya es propio de un momento posterior, que no interfiere en el concepto definido. Así, la importancia de la distinción es exactamente esta, pues aislar los objetos permite percibir las diferencias de su desarrollo teórico.

III. TUTELA DE LAS SITUACIONES JURÍDICAS COLECTIVAS: ACCIÓN COLECTIVA Y ENJUICIAMIENTO DE CASOS REPETITIVOS

En el Derecho brasileño, las situaciones jurídicas colectivas pueden ser tuteladas por dos tipos de instrumento: las *acciones colectivas* y el *enjuiciamiento de casos repetitivos* (art. 928, CPC), como tipo de incidente o recurso en procesos que se tramitan ante tribunales.⁷

Ambos instrumentos pueden ser considerados “procesos colectivos”,⁸ de acuerdo con lo que es defendido en este trabajo, pues tienen por objeto la solución de una situación jurídica colectiva – de la que es titular un grupo/colectividad/comunidad.

En la *acción colectiva*, la situación jurídica colectiva es la cuestión principal del proceso – su objeto litigioso. Algunas cuestiones no pueden ser cuestiones principales de una acción colectiva, si se tiene en cuenta la prohibición derivada del art. 1º,

⁷ Sobre el enjuiciamiento de casos repetitivos, DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. 13ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2016, v. 3, p. 583–652; ZANETI Jr., Hermes. “Comentários ao art. 928”. *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Antonio Cabral e Ronaldo Cramer (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1,332–1,338.

⁸ En sentido diverso, entendiendo que el incidente de resolución de demandas repetitivas no es técnica de proceso colectivo, TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2016, p. 91–92.

par. ún., Ley n. 7.347/1985. Su propósito es el pronunciamiento de una decisión final que tenga capacidad para la formación de cosa juzgada colectiva: la situación jurídica colectiva litigiosa pasa a ser situación jurídica colectiva juzgada. La cosa juzgada puede ser deshecha por los instrumentos usuales del proceso colectivo (acción rescisoria, acción para producción de prueba nueva capaz de alterar el resultado de la decisión anterior, resultante de la cosa juzgada *secundum eventum probationis*). En el Derecho brasileño la cosa juzgada colectiva solamente puede *beneficiar* a los miembros del grupo. La acción colectiva puede ser propuesta por algunos legitimados y la decisión final vincula al grupo, *necesariamente*, y a los miembros del grupo, en caso de ser favorable. Pendiente la acción colectiva, corresponde al miembro del grupo, si quiere *salir (opt out)* del ámbito de incidencia de la acción colectiva, proponer su acción individual o continuar en ella, una vez informado de la pendencia del proceso colectivo.

El enjuiciamiento de casos repetitivos tiene por objeto la definición sobre cuál es la solución que ha de darse a una cuestión jurídica (procesal o material, individual o colectiva; no hay restricciones como las resultantes del art. 1º, par. ún., Ley n. 7.347/1985) que se repite en diversos procesos pendientes. Esos procesos pueden ser homogéneos (tienen por objeto litigioso una cuestión de derecho similar) o heterogéneos (tienen objeto litigioso diferente, pero hay cuestiones comunes, normalmente procesales, que se repiten en todos ellos – en todos se discute, por ejemplo, si una persona jurídica puede ser beneficiaria de la gratuidad de la justicia, aunque en los procesos pendientes la discusión de fondo sea totalmente diferente).⁹ La repetición de la cuestión en diversos procesos hace que surja el grupo de aquellos en cuyo proceso la cuestión se repite; surge, así, la situación jurídica colectiva consistente en el derecho a la certificación de la cuestión repetitiva. El enjuiciamiento de casos repetitivos tiene algunos propósitos: (a) definir la solución uniforme para una cuestión de derecho que se repite en procesos pendientes, permitiendo el enjuiciamiento inmediato de todos ellos en un mismo sentido;¹⁰

⁹ Percibiendo el punto, TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2016, p. 91 y segs.; TALAMINI, Eduardo. “A dimensão coletiva dos direitos individuais homogêneos: ações coletivas e os mecanismos previstos no Código de Processo Civil”. *Repercussões do novo CPC – Processo Coletivo*. Hermes Zaneti Jr. (coord.). Salvador: Editora Jus Podivm, 2016, p. 127; DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. 13ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2016, v. 3, p. 587.

¹⁰ Esto no es igual a la cosa juzgada pero tampoco al precedente, es una técnica de estabilización del conflicto colectivo y todos los miembros del grupo estarán vinculados, en este sentido no tiene contradicción con el concepto de vinculación a las *class actions* de MULHERON, Rachael. *The Class Action. In Common Law Systems. A Comparative Perspective*. Oxford-Portland, Oregon: Hart Publishing, 2004, p. 3. En el derecho brasileño, según defendemos en este texto, la formación del grupo define si la acción es colectiva (*opt-out*, ningún comportamiento activo del individuo es necesario para ser miembro del grupo) o enjuiciamiento de casos/cuestiones repetitivas (*opt-in*, es necesario el enjuiciamiento de una pretensión para ser miembro del grupo), aunque pueden existir también casos en que no se dé la opción (*idem*, p. 29, también denominados *mandatory class actions*), siendo en estos casos la acción siempre colectiva.

(b) eventualmente, una vez observadas las exigencias formales y materiales del sistema de precedentes brasileños (como, por ejemplo, la obtención de mayoría sobre determinado fundamento determinante), producir un precedente obligatorio que deba ser seguido en procesos futuros, en que esa cuestión vuelva a aparecer. La tesis jurídica *vinculará a todos los miembros del grupo, independientemente del resultado favorable o desfavorable, como precedente-norma*; no se trata de cosa juzgada, sino de fuerza obligatoria del precedente. El enjuiciamiento de casos repetitivos puede ser promovido a instancia del propio órgano juzgador, del Ministerio Público, de la Defensoría Pública o de la parte de un proceso pendiente. Los legitimados para la presentación de una *acción colectiva*, que no se hallen en una de esas situaciones de legitimación, podrán participar del incidente como intervinientes (asistentes o *amici curiae*). La tesis jurídica que resulte ser la vencedora podrá ser revisada después de la instauración de un nuevo incidente de enjuiciamiento de demandas repetitivas – noten que no se trata de cosa juzgada, que vendrá de la aplicación de la tesis jurídica en los casos pendientes y futuros. La definición de la cuestión de derecho vincula a todos los miembros del grupo que estén con procesos pendientes o que se sometan a enjuiciamiento con posterioridad. Para *entrar (opt in)* en el ámbito de incidencia de esa decisión, es necesario que el miembro del grupo permanezca con el proceso en trámite – por eso, el art. 1.040, §2º, CPC, permite que el miembro del grupo desista de su proceso, *saliendo* del ámbito de incidencia del enjuiciamiento de casos repetitivos – o que interponga una demanda, de modo que la decisión sea aplicada también a su caso.

Las distinciones entre ambas técnicas facilitan que se puedan percibir, también, las similitudes entre ellas.

Además de que ambas funcionan en favor de la tutela de los derechos de grupo, hay aspectos técnicos similares, como la regulación especial del desistimiento (sea de la acción colectiva, sea del caso que originó la instauración del enjuiciamiento de casos repetitivos), la legitimación extraordinaria para la provocación de uno u otro, la realización de audiencias públicas, la intervención obligatoria del Ministerio Público como fiscal del orden jurídico y el aumento de la participación de otros sujetos en el proceso en cualquiera de los casos.

El uso de una técnica o de otra dependerá, de un lado, evidentemente, de las definiciones estratégicas de los litigantes: legitimados colectivos, miembros del grupo (litigantes eventuales) y los litigantes habituales. La búsqueda de (o la prevención contra) una cosa juzgada o un precedente obligatorio son las variables en torno a las cuales se producirán las discusiones sobre los costos (financieros, políticos, sociales, etc.) que surgirán del litigio.¹¹ Opciones como el desistimiento del caso en trámite (arts. 976, §1º, 998, par. ún., e 1.040, §1º, CPC), la intervención como *amicus curiae* o interesado (art. 983, CPC), la suscitación del incidente, la elección del caso a

¹¹ Proponiendo la elección estratégica y adecuada entre acciones colectivas *opt-in* e *opt-out*, cf. DODSON, Scott. “An Opt-In Option for Class Actions”, *Michigan Law Review*, vol. 115, n. 2, 2016.

partir del cual deba partir el incidente partir o la presentación de la acción colectiva son herramientas a disposición de los litigantes en la definición de sus estrategias procesales.

De otro lado, la elección de la técnica que deba ser utilizada deberá observar el principio de la adecuación. Es también una cuestión de estrategia procesal del grupo.

Hay situaciones jurídicas colectivas que no son susceptibles de solución por la técnica de la acción colectiva – es inconcebible la instauración de una acción colectiva cuyo propósito sea definir si una persona jurídica (en teoría) puede ser beneficiaria de la gratuidad de la justicia o para definir si un determinado bien puede ser embargado o no.

Del mismo modo, hay situaciones jurídicas colectivas que no son susceptibles de solución por medio del enjuiciamiento de casos repetitivos. Es inconcebible la instauración de un incidente de resolución de demandas repetitivas para definir si existe el deber de una industria de colocar un filtro anti polución en sus chimeneas. Ese es un tipo de situación jurídica colectiva que solamente puede ser vehiculada por medio de una acción colectiva.¹²

Puede haber, sin embargo, coincidencia entre los objetos de una acción colectiva y un enjuiciamiento de casos repetitivos. O sea: una misma situación jurídica colectiva puede ser objeto de acción colectiva y de enjuiciamiento de casos repetitivos.

Basta pensar en la hipótesis de una acción colectiva que trata sobre el “derecho de las alumnas de una universidad a usar faldas” y un incidente de resolución de demandas repetitivas, eventualmente instaurado en razón de la existencia de diversas acciones individuales incoadas por estudiantes que quieran utilizar esa prenda. Cuando eso ocurre, es necesario priorizar el enjuiciamiento de la acción colectiva, por ser la técnica más adecuada, ya que la situación jurídica colectiva lleva a la cosa juzgada y es integralmente conducida por un legitimado colectivo. Es posible, incluso, crear una directriz para el incidente de resolución de demandas repetitivas en Tribunal: la existencia de acción colectiva, pendiente en el Estado o en la Región, mientras no esté en el Tribunal, sería un hecho que impida la instauración del incidente; la pendencia de la acción colectiva debería llevar a la suspensión, hasta de oficio, de los procesos individuales, tal como ha sido defendido por nosotros en otro lugar¹³ y sufragado por el Superior Tribunal de Justicia (Resp. n. 1.110.549/RS, recurso especial repetitivo).

¹² ROQUE, André Vasconcelos. “As ações coletivas após o novo Código de Processo Civil: para onde vamos?”. *Repercussões do novo CPC – Processo Coletivo*. Hermes Zaneti Jr. (coord.). Salvador: Editora Jus Podivm, 2016, p. 180.

¹³ DIDIER Jr., Fredie; ZANETI Jr., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. 9ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2014, v. 4, p. 171–175.

Siendo distintos los objetos de la acción colectiva y del enjuiciamiento de casos repetitivos – lo que podrá ocurrir con frecuencia cuando el enjuiciamiento de casos repetitivos tenga por objeto una cuestión procesal –, pero existiendo entre las causas repetitivas vínculos suficientes como para justificar una acción colectiva, esta debe ser la elegida como caso piloto (causa representativa de la controversia, de acuerdo con el §6º del art. 1.036 del CPC).¹⁴

Existe, así, una directriz normativa en el sentido de priorizar la tutela colectiva por medio de la acción colectiva. Esa opción se revela con alguna claridad del art. 139, X, CPC/2015: frente a casos repetitivos, es deber del juez de comunicar el hecho a los legitimados, para que verifiquen la viabilidad de la presentación de una acción colectiva. Entiéndase: constatando la repetición, el órgano juzgador tiene el *deber* de informar para determinar si procede la instauración de la acción colectiva.¹⁵

En el caso Mariana, el mayor desastre ambiental de la historia de Brasil, existirán, probablemente, varias acciones individuales de indemnización, pero la acción colectiva ya incoada para discutir la responsabilidad y su extensión debe ser analizada prioritariamente como caso piloto, si se produce su afectación a un incidente de resolución de demandas repetitivas, porque la característica de indivisibilidad del grupo, derivada del litigio global envolviendo el medio ambiente, y la mayor representatividad de los intereses del grupo en la acción colectiva, son esenciales al enjuiciamiento del incidente en este caso. Aunque exista una concomitancia de situaciones jurídicas distintas, hay una predominancia de la tutela colectiva. La acción colectiva en este caso no admite la opción por la exclusión: tutela derechos

¹⁴ Como, incluso, sugirió CABRAL, Antonio do Passo. “A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2014, v. 231, p. 217–220; “Do incidente de resolução de demandas repetitivas”. *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 2ª ed. Antonio Cabral e Ronaldo Cramer (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 1,457. En este sentido, también, el enunciado n. 615 del Fórum Permanente de Procesalistas Civiles: “En la elección de los casos paradigmas, deben ser preferidas, como representativas de la controversia, demandas colectivas en perjuicio de demandas individuales, observados los requisitos del art. 1.036, especialmente del respectivo §6º” (traducción libre).

¹⁵ Cuestión difícil es la compatibilización de ese deber con la facultad del juez de provocar la instauración del incidente de resolución de demandas repetitivas (art. 977, I, CPC). Son dos las directrices de este texto: (a) el deber del art. 139, X, es compatible con la facultad del art. 977, I: el juzgador puede cumplir el deber y provocar la instauración del incidente de resolución de demandas repetitivas; (b) el juez solamente puede provocar la instauración del incidente de resolución de demandas repetitivas si hay algún proceso en el tribunal desde el que el incidente pueda ser generado; así, teniendo conocimiento de la repetición, que se revela apenas en primera instancia, debe al juzgar cumplir su deber previsto en el art. 139, X, CPC. La previsión de ese deber confirma dogmáticamente la tesis aquí sustentada: el proceso colectivo brasileño posee dos especies: (a) acciones colectivas; (b) incidente de enjuiciamiento de casos/cuestiones repetitivos. Ambas técnicas poseen distinciones y similitudes que permiten hablar de un debido proceso colectivo (*fair trial, processo justo, giusto processo, procès équitable*) para la tutela de los grupos y de las situaciones jurídicas activas y pasivas colectivas.

difusos. Cuando la situación jurídica ambiental es lo principal, la técnica de las acciones colectivas *opt-out* debe predominar para garantizar la adecuada tutela.

Si hay desistimiento o abandono del caso en trámite, elegida la acción colectiva como caso-piloto en el enjuiciamiento de casos repetitivos, podrá el Ministerio Público o cualquier otro colegitimado asumir el polo activo. La conducción de la discusión de la tesis jurídica que deba ser sostenida continuará vinculada al caso-piloto, porque se trata de un desistimiento ineficaz – se aplica al caso-piloto la regulación diferenciada del desistimiento o abandono en proceso colectivo (art. 5º, §3º, Ley n. 7.347/1985). En ese caso, la tesis que resulte fijada *será aplicada* al caso-piloto.

Si hay desistimiento del caso en trámite, no siendo una acción colectiva, el Ministerio Público asumirá la conducción de la discusión de la tesis jurídica que deba establecerse, pasando de la posición de *fiscal del orden jurídico* a la posición de *parte del incidente*. En ese caso, la tesis que se establezca *no se aplicará* al caso-piloto.¹⁶ El incidente será juzgado; el caso, no. El incidente será juzgado, con la fijación de la tesis jurídica; el caso no será juzgado. El incidente se transforma de “caso-piloto” en “caso-modelo”, con enjuiciamiento de la tesis sin la existencia de un proceso *en tramitación* ante el tribunal. En tal situación, cabe recurso contra la decisión del tribunal que juzga el incidente, cuyo propósito es exclusivamente discutir la tesis jurídica establecida;¹⁷ ese recurso es un proceso colectivo, porque su objeto litigioso se resume en la definición de la situación jurídica colectiva; a ese recurso debe ser aplicada la *regla de la ineficacia del desistimiento infundado en proceso colectivo* (art. 5º, §3º, Ley n. 7.347/1985) y no la regla general de desistimiento de los recursos (art. 998, CPC); o sea, no será eficaz, en tanto que se funde en causa justa, el desistimiento de recurso interpuesto contra el acuerdo que juzga un incidente de casos repetitivos que tenga por objeto exclusivo la discusión de la tesis jurídica definida en el incidente.

Así, es necesario llevar a cabo una sintonía final entre esos dos instrumentos que, juntos, componen el complejo sistema de la tutela de las situaciones jurídicas colectivas y de los grupos en Brasil.

¹⁶ Así, el enunciado n. 213 del Fórum Permanente de Procesalistas Civiles: “En el caso del art. 998, parágrafo único, el resultado del enjuiciamiento no se aplica al recurso de que se desistió”.

¹⁷ Así, el enunciado n. 604 del Fórum Permanente de Procesalistas Civiles: “Es apropiado recurso especial o extraordinario aunque haya ocurrido el desistimiento o abandono de la causa que dio origen al incidente”. En ese sentido, también, DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. 13ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2016, v. 3.