

LÚCIO FLÁVIO SIQUEIRA DE PAIVA

A COISA JULGADA NAS AÇÕES COLETIVAS

**Goiânia
2010**

LÚCIO FLÁVIO SIQUEIRA DE PAIVA

A COISA JULGADA NAS AÇÕES COLETIVAS

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento da PUC/GO, para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Mercado Ambiental.

Orientador: Prof. Dr. Jean-Marie Lambert.

**Goiânia
2010**

LÚCIO FLÁVIO SIQUEIRA DE PAIVA

A COISA JULGADA NAS AÇÕES COLETIVAS

Dissertação defendida e aprovada aos 15 dias do mês de Abril de 2010, pela Banca Examinadora composta pelos professores:

Professor Dr. Jean-Marie Lambert

Presidente da Banca (orientador)

Dr. Rabah Belaidi /UFG

Avaliador Externo

Dr. José Antônio Tietzmann e Silva /PUC-GO

Avaliador Interno

SUMÁRIO

RESUMO	06
ABSTRACT	07
INTRODUÇÃO	08
1 A EVOLUÇÃO DO SISTEMA PROCESSUAL: DOS DIREITOS INDIVIDUAIS AOS DIREITOS COLETIVOS	10
1.1 Antecedentes Históricos: Generalidades	10
1.2 Histórico e Evolução das Ações Coletivas nos Estados Unidos da América	13
1.3 Histórico e Evolução das Ações Coletivas no Brasil	16
2 DIREITOS DIFUSOS, DIREITOS COLETIVOS <i>STRICTO SENSU</i> E DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS	22
2.1 Noções Gerais	22
2.2 A Conceituação de Direito Difuso, Coletivo e Individual Homogêneo de acordo com o Código de Defesa do Consumidor e a Majoritária Doutrina Brasileira	23
2.3 Lições da Doutrina Brasileira sobre os Conceitos de Direito Difuso, Coletivo <i>Stricto Sensu</i> e Individuais Homogêneos	25
2.3.1 Os direitos difusos	26
2.3.2 Os direitos coletivos <i>Stricto Sensu</i>	27
2.3.3 Os direitos individuais homogêneos	29
2.3.4 As denominadas situações jurídicas heterogêneas	31
2.4 Abordagem Crítica: Interpretação dos Direitos Coletivos <i>Lato Sensu</i> sob uma Nova Perspectiva	32
2.5 Análise das Ações Coletivas em Espécie, Segundo as Lições de Márcio Flávio Mafra Leal	33
2.5.1 O modelo coletivo para a tutela de direitos difusos: ACDD	35
2.5.2 O modelo individualista sob forma coletiva: ACDI	37
2.5.2.1 Os direitos coletivos <i>stricto sensu</i> como direitos individuais com tratamento processual coletivo	39
3 A COISA JULGADA	45
3.1 Panorama Geral	45

3.2 A Coisa Julgada Formal e a Coisa Julgada Material	48
3.3 O Núcleo Essencial da Coisa Julgada Material	50
3.4 Os Limites Objetivos da Coisa Julgada	58
3.5 Limites Subjetivos da Coisa Julgada	67
4 A COISA JULGADA NAS AÇÕES COLETIVAS	71
4.1 Generalidades	71
4.2 As Teorias sobre a Representação da Coletividade em Juízo	73
4.3 A Coisa Julgada nas Ações Coletivas de acordo com o Código de Defesa do Consumidor e a Majoritária Doutrina Brasileira	77
4.4 A Coisa Julgada nas Ações Coletivas de acordo com o Código de Defesa do Consumidor	78
4.4.1 A disciplina da coisa julgada nas ações coletivas fundamentadas em direitos difusos	79
4.4.2 A disciplina da coisa julgada nas ações coletivas fundamentadas em direitos coletivos <i>stricto sensu</i>	81
4.4.3 A disciplina da coisa julgada nas ações coletivas fundamentadas em direitos individuais homogêneos	82
4.4.4 O denominado transporte <i>in utilibus</i> da coisa julgada coletiva	83
4.4.5 A polêmica da restrição territorial ditada pelo artigo 16 da lei de Ação Civil Pública e artigo 2º-a da Lei Federal nº 9.494/97	85
4.4 Abordagem Crítica: Interpretação do Sistema de Coisa Julgada nas Ações Coletivas sob uma Nova Perspectiva	89
4.4.1 Coisa julgada e efeitos da sentença: separando conceitos que o CDC confundiu	
4.4.2 Direitos difusos, coisa julgada e extensão dos efeitos do julgado coletivo	92
4.4.3 O transporte <i>in utilibus</i> da sentença de procedência da ação coletiva que tutela direito difuso	95
4.4.4 A limitação territorial ditada pelo artigo 16 da lei de ação civil pública e sua influência na ação coletiva que tutela direito difuso	96
4.4.5 Direitos coletivos <i>stricto sensu</i> , coisa julgada e extensão dos efeitos do julgado coletivo	100

4.4.6 As limitações territoriais ditadas pelos artigos 16 da lei de ação civil pública e artigo 2º da lei federal nº 9.494/97 e sua influência na ação coletiva que tutela direito coletivo <i>stricto sensu</i>	102
4.5 Direitos Individuais Homogêneos, Coisa Julgada e Extensão dos Efeitos do Julgado Coletivo	105
4.5.1 As limitações territoriais ditadas pelos artigos 16 da lei de ação civil pública e artigo 2º-a da lei federal nº 9.494/97 e sua influência na ação coletiva que tutela direito individual homogêneo	106
CONCLUSÕES	108
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	111

RESUMO

A sociedade moderna presencia o surgimento de uma nova classe de direitos: os interesses e direitos da coletividade. Higiene ambiental, conflitos de massa decorrentes das relações de consumo, lealdade da concorrência nos mercados, proibição administrativa, inclusão e não-discriminação de minorias são alguns dos exemplos dessa nova classe de direitos, que são de todos e de ninguém ao mesmo tempo.

O Código de Defesa do Consumidor constitui-se no mais importante normativo de regulação dos direitos coletivos, divididos e classificados por esse mesmo diploma legal em três espécies: direitos difusos, direitos coletivos *stricto sensu* e direitos individuais homogêneos.

Esses direitos coletivos, por sua própria natureza, transcendem os esquemas tradicionais do direito individual e reclamam uma diferenciada tutela processual, com novos mecanismos de legitimação ativa, efeitos e abrangência da sentença e da coisa julgada.

No Brasil, é acesa a discussão, em doutrina e jurisprudência, sobre a coisa julgada nas ações coletivas, sua extensão *erga omnes* e *ultra partes* a terceiros que não participaram da demanda coletiva, a influência dessa mesma ação no âmbito dos direitos dos legitimados individuais e a extensão subjetiva dos efeitos benéficos da sentença coletiva ao plano individual.

É também polêmica a limitação territorial dos efeitos da sentença coletiva ditada pelo Artigo 16 da Lei de Ação Civil Pública e Artigo 2º-A da Lei Federal nº 9.494/97.

ABSTRACT

Modern society witnesses the emergence of a new class of rights: the rights and interests of the community. Healthiness environmental, conflicts arising from the mass consumer relations, fair competition in the markets, administrative fairness, inclusion and non-discrimination of minorities are examples of this new class of rights, which belongs to nobody and everybody at the same time.

The Consumer Defense Code constitutes the most important legal regulation of collective rights, divided and classified by that same law in three species: diffuse rights, collective rights and individual homogeneous rights.

These collective rights, by their very nature, transcend the traditional schemes of individual rights and claims a different procedural protection, with new mechanisms of active legitimation, effects and extent of the sentence and *res judicata*.

In Brazil is fueling discussion in doctrine and jurisprudence on the *res judicata* in class actions, their extent and *erga omnes* or *ultra partes* to third parties not involved in the class action, the influence of that action under the legitimate rights of individual and extent subjective beneficial effects of the individual to the collective verdict.

It is also controversy over the territorial limitation of the effects of collective sentence dictated by Article 16 of the Law of Public Civil Action and Article 2-A ° of the Federal Law n. 9.494/97.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho cuida de um dos temas mais complexos e interessantes do moderno direito processual civil, qual seja, as ações para a defesa de direitos coletivos em sentido lato.

A experiência pátria com essa modalidade de tutela processual coletiva de direitos data ainda do ano de 1965, com a publicação da Lei de Ação Popular (Lei nº 4.717/65); na década de 1980 ganha corpo com a edição Lei de Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85) e, claro, com a promulgação da Constituição da República de 1988. É, porém, com o Código de Defesa do Consumidor, já na década de 1990, que a temática das ações coletivas recebe a feição legislativa que hoje conhecemos e ganha o impulso definitivo para conquistar a atenção da doutrina e dos tribunais.

De lá para cá, muito já se escreveu sobre a tutela processual dos direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos, bem como inúmeras vezes nossos tribunais foram chamados a decidir demandas que envolviam esses “novos” direitos. Entretanto, a despeito dessa considerável produção doutrinária e de um arcabouço jurisprudencial já respeitável, ainda carece a dogmática da ação coletiva de estudos e construções doutrinárias que contribuam para delinear seus institutos mais importantes.

A presente dissertação se propõe a enfrentar e lançar novas luzes sobre um dos mais áridos, complexos e divergentes temas dessa seara: o regime da coisa julgada nas ações coletivas.

Para o alcance de tal desiderato, iniciamos, no Capítulo 01, com o resgate da história das ações coletivas, dando especial ênfase à sua evolução no direito norte-americano, berço tradicional dessas ações coletivas, e, claro, ao direito brasileiro, ordenamento jurídico à luz do qual o tema foi estudado.

O segundo capítulo dedica-se a pesquisar os conceitos relacionados ao direito material discutido em juízo nas ações coletivas, oportunidade em que são escandidas as categorias do direito difuso, coletivo *stricto sensu* e individual homogêneo, segundo os entendimentos oferecidos pela majoritária doutrina brasileira que cuidou do tema. Nesse mesmo capítulo são apresentadas, ao final, conclusões à luz de uma nova perspectiva interpretativa, que basicamente pretendem demonstrar que a categoria dos direitos difusos é a única que encerra um direito natural e essencialmente coletivo; as duas outras categorias constituem-se de direitos individuais perfeitamente dedutíveis em juízo por seus titulares

individuais, mas que, por opção legislativa, receberam da lei um tratamento como se coletivos fossem. Esse capítulo é de absoluta relevância para a dissertação, porquanto o regime da coisa julgada no processo coletivo cambia de acordo e em razão do direito coletivo deduzido em juízo.

O capítulo 03 se propõe a estudar o instituto da coisa julgada no direito processual civil individual. Tal capítulo é igualmente muito relevante para o estudo, pois é em seu desenvolvimento que se demonstra que coisa julgada e efeitos das decisões judiciais são fenômenos distintos e inconfundíveis. É nessa passagem também que são tratados temas como limites objetivos e subjetivos da coisa julgada. Todos esses conceitos servem de preparação e base para o capítulo final, no qual a coisa julgada é projetada e analisada no âmbito coletivo.

No último capítulo, todas as premissas teóricas erigidas ao longo dos capítulos dois e três são trazidas à baila, a fim de construir o panorama da coisa julgada nas ações coletivas. Primeiramente, tal qual fizemos no capítulo 02, cuidamos de expor o *status* da doutrina processual majoritária sobre o tema. Após, externaremos nossas opiniões, não raro em discordância com as lições correntes. Ao final, nos encarregamos de mostrar que o legislador incorreu em confusões graves, como o baralhamento dos conceitos de coisa julgada e efeitos do julgado, e a par de esclarecer equívocos tais, oferecemos ao leitor a nossa opinião quanto à sistematização da coisa julgada no processo coletivo, enfrentando, inclusive, o complexo cipoal de limitações ditado pelo artigo 16 da Lei de Ação Civil Pública e pelo artigo 2º-A da Lei Federal nº 9.494/97.

1 A EVOLUÇÃO DO SISTEMA PROCESSUAL: DOS DIREITOS INDIVIDUAIS AOS DIREITOS COLETIVOS

1.1 Antecedentes Históricos: Generalidades

É com naturalidade que se fala, nos dias atuais, na defesa dos denominados *direitos coletivos*. Mesmo entre aqueles que não fazem parte do mundo jurídico, expressões como direitos difusos, direitos coletivos e direitos individuais homogêneos não mais soam como exótica novidade. Todavia, nem sempre foi assim. Os antecedentes históricos revelam que longa foi a caminhada percorrida pela ciência jurídica, e mais especificamente pela ciência processual, para se alcançar o *status* que atualmente se tem na compreensão e na tutela dos direitos e metas individuais.

Segundo ensina abalizada doutrina¹, a distinção que hoje verificamos entre direitos individuais e direitos coletivos deita raízes no direito romano, notadamente na construção conhecida como *summa divisio*, que diferenciava o direito público do direito privado em razão dos únicos entes que então se apresentavam como possíveis titulares de direitos, a saber, o indivíduo, de um lado, e o Estado, de outro.

Essa divisão nascida no direito romano acabou por influenciar de maneira marcante a dinâmica processual. Ao indivíduo, potencial titular de um direito, deferiu-se a legitimidade para buscar a defesa desse “seu” direito privado em juízo. Ao Estado, por sua vez, deferiu-se a legitimidade para tutelar os direitos não-privados ou públicos.

Essa dinâmica de legitimação fica bem evidenciada quando se examinam os códigos brasileiros de processo civil e penal. O CPC, que bem espelha a feição individualista que o inspirou, verbera em seu artigo 6º que “ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”. Dito de outro modo, o direito do indivíduo somente pode ser defendido em juízo por esse mesmo indivíduo, que é o seu potencial titular. Noutro giro, espelhando a tendência de outorgar ao Estado a defesa dos direitos não-privados ou públicos, temos o diploma processual penal, que confere inegável primazia ao Ministério Público para agir em relação a enorme gama de crimes, os quais são vistos como um golpe desferido não só contra a vítima, mas sobretudo contra a sociedade.

Entretanto, essa dicotomia de titularização e legitimação para a defesa de direitos passou a se mostrar insuficiente à medida que a sociedade, ao evoluir, tomou consciência da

¹ FERREIRA, Rony. *Coisa Julgada nas Ações Coletivas: Restrição ao Artigo 16 da LACP*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editora, 2004, p. 33.

existência de interesses outros, eventualmente até mais importantes que os conhecidos até então e que verdadeiramente transcendiam a esfera do indivíduo ou mesmo do Estado. A crescente consciência ecológica, por exemplo, que passou a não mais aceitar as agressões ao meio ambiente, foi um dos fatores que se pode apontar como responsáveis por esse despertar. Na esteira da percuciente observação lançada pelo emérito e saudoso jurista italiano MAURO CAPPELLETI², “... *o ar que respiramos não é meu, nem seu, é de todos e de ninguém, ao mesmo tempo. Não é do indivíduo, nem do Estado*”.

Impunha-se, pois, alargar conceitos e romper com a dicotomia público x privado forjada na *summa divisio* romana. Esses recém descobertos direitos (ou pelo menos a consciência de sua existência), que a um só tempo não são de ninguém e são de todos, demandavam novas técnicas processuais, ante a insuficiência dos instrumentos de vertente notadamente individualista existentes nos diplomas processuais vigentes.

De fato, a doutrina passou a identificar a emergência de um direito material titularizado por uma massa indeterminada de indivíduos sem representação formal, tais como os direitos à higidez ambiental, o direito ao patrimônio público e cultural. Essa nova³ classe de direitos, justamente por ausência de titularidade determinada, acabava ficando sem proteção no plano judicial. Era preciso, pois, conceber instrumentos processuais que viabilizassem a judicialização desses direitos.

Sobre esses novos interesses coletivos e a necessidade de sua proteção, CAPPELLETTI, citado por ALMEIDA (2003), pontua que:

Os interesses difusos representam um fenômeno típico e de importância crescente, da sociedade moderna, caracterizado pela passagem de uma economia baseada principalmente em seus relatórios individuais para uma economia em cujo trabalho, produção, turismo, comunicação, assistência social e previdência, etc, são fenômenos de massa. Se pensarmos no desenvolvimento dos direitos sociais, típicos, ressaltado, do moderno Estado social ou promocional esses podem comportar benefícios ou vantagens nos confrontos das vastas categorias. A contestação, por exemplo, de uma norma constitucional nessa matéria pode interessar a milhares, a milhões de pessoas. Se pensa agora nos produtos de uma indústria: um leve defeito na produção pode tornar-se um dano para muitíssimos consumidores deste produto. Se pensarmos ainda no envenenamento, da parte de um complexo industrial, de um rio ou de um lago: de novo, um número impreciso de pessoas são potencialmente atingidas, pelo dano causado pelo envenenamento da atmosfera, ou pela poluição.⁴

² FERREIRA, Rony. *Coisa Julgada nas Ações Coletivas: Restrição ao Artigo 16 da LACP*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2004, p. 34.

³ É bom frisar que quando se diz “nova” classe de direitos não se quer afirmar que tais direitos não tivessem existência anterior, porque tinham. O que se verificou foi a tomada de consciência de sua existência.

⁴ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual Coletivo Brasileiro: Um Novo Ramos do Direito Processual*, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 79.

Acrescente-se, também, que a doutrina europeia passou a observar e estudar com maior cuidado o fenômeno das *class action* nos Estados Unidos da América, instrumento processual que naquele país já era largamente utilizado como mecanismo de defesa e judicialização desses direitos de massa.

É, pois, nesse contexto e nesse verdadeiro despertar para novas realidades que surge no final da década de 1960 e começo da década de 1970, o movimento de ACESSO À JUSTIÇA, impulsionado pelos escritos de MAURO CAPPELLETTI e BRYANT GARTH. Em junho de 1974 realiza-se o famoso congresso de Pávia, na Itália, com o tema “Ações para a Tutela de Interesses Coletivos”, conclave que é considerado como o grande marco no estudo científico do processo coletivo, pelo menos para os países de tradição da *civil law*, porquanto os países da *common law* possuem trajetória razoavelmente distinta, como oportunamente se observará.

ZAVASCKI (2006), eminente Ministro do Superior Tribunal de Justiça e um dos maiores estudiosos do processo coletivo no direito brasileiro, quando em exame aos antecedentes históricos do processo coletivo, também indica a década de 1970 como de absoluta importância para esse novo ramo do direito processual, pontuando que

Nos países da *civil law*, a preocupação de aperfeiçoar os sistemas processuais tradicionais, no intuito de dotá-los de mecanismos adequados a promover a tutela de direitos coletivos, bem como a tutela de direitos individuais atingidos ou ameaçados por atos lesivos de grande escala, se fez notar, de modo bem acentuado, a partir dos anos 70 do século XX. O fenômeno se deveu especialmente à tomada de consciência, pelos meios sociais mais esclarecidos, de ser inadiável a operacionalização de medidas destinadas (a) a preservar o meio ambiente, fortemente agredido pelo aumento cada vez maior do número de agentes poluidores, e (b) proteger os indivíduos na sua condição de consumidores, atingidos, com acentuada intensidade, pelas consequências negativas de uma economia de mercado cegamente voltada para o lucro, num ambiente caracterizado por renitentes crises inflacionárias.⁵

Toda essa efervescência acadêmica proveniente do continente europeu empolgou também os estudiosos brasileiros, fazendo com que também aqui a discussão sobre a tutela dos direitos difusos ganhasse impulso e importância. Inspirados pelas obras de MAURO CAPPELLETTI, VICENZO VIGORITTI, MICHELE TARUFFO, VITTORIO DENTI, dentre outros, importantes processualistas brasileiros como JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, ADA PELEGRINI GRINOVER, KAZUO WATANABE e WALDEMAR

⁵ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo*. São Paulo: RT, 2006, p. 33.

MARIZ DE OLIVEIRA JUNIOR publicaram trabalhos que fizeram despertar a necessidade premente de promover no Brasil um incremento na tutela dos direitos difusos.

A propósito, o item 03 *infra* é integralmente dedicado ao histórico do processo coletivo brasileiro. Antes, porém, de estudar o caso brasileiro, mostra-se interessante destacar, ainda que brevemente, o histórico, a evolução e as principais características da ação coletiva nos Estados Unidos da América, por força da influência que esse modelo exerceu e exerce na construção do processo coletivo nos países da *civil law*.

1.2 Histórico e Evolução das Ações Coletivas nos Estados Unidos da América

De acordo com LEAL (1998), em excelente obra dedicada ao estudo das ações coletivas, os EUA herdaram, na qualidade de ex-colônia inglesa, a matriz processual daquele país, inclusive quanto aos processos coletivos. Todavia, enquanto na Inglaterra ações de gênero coletivo apresentaram declínio, nos Estados Unidos constatou-se um constante crescimento, ao longo do tempo, na sua utilização.⁶

Atualmente, as denominadas *class action* constituem, nos Estados Unidos, um dos mais poderosos mecanismos postos à disposição do cidadão para litigar contra grandes conglomerados econômicos, notadamente montadoras de automóveis, redes de *fast food* e outras, com o fim de recuperar prejuízos (danos) na utilização de produtos ou serviços. Outrossim, as *class actions* são também utilizadas nos Estados Unidos como importante mecanismo de implementação de políticas públicas e judicialização de direitos difusos, sistemática denominada de “processo de interesse público” ou *public law litigation*⁷.

Essas denominadas *class action* possuem sua origem remota na denominada jurisdição de *equity*, herdada dos ingleses, que no tocante aos processos coletivos recebeu relevante contribuição do Justice Joseph Story da Suprema Corte, que segundo dados históricos⁸ foi responsável pelo desenvolvimento inicial das *class action* nos Estados Unidos, isso ainda no ano de 1820, quando proferiu voto no paradigmático caso *West v. Randall*.

Todavia, apesar do início da *class action* americana situar-se em tão remota data, foi na década de 1960, com a eclosão dos *civil rights* que o impulso definitivo foi dado, tendo as ações coletivas servido de instrumento de influência no sistema político e no mercado.

⁶ LEAL, Marcio Flavio Mafra. *Ações Coletivas: Histórico, Teoria e Prática*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1998, p. 18.

⁷ DIDIER JR, Fredie; ZANETTI JUNIOR, Hermes. *Curso de Direito Processual Coletivo*. Salvador-BA: JusPodivm, 2007, p. 35.

⁸ LEAL, Marcio Flavio Mafra. *Ações Coletivas: Histórico, Teoria e Prática*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1998, p. 149.

Foram, por exemplo, importante mecanismo de luta contra a doutrina do *separated but equal*, durante o processo de desagregação racial na década de sessenta⁹.

O aumento do número de *class action* nos Estados Unidos coincide, também, com a reforma legislativa implementada no ano de 1966, em que a Suprema Corte Americana conferiu nova redação – que em linhas gerais é até hoje vigente, com pontuais reformas em 2003 e 2006 – à Regra nº 23 do *Federal Rules of Civil Procedure*. De acordo com tal regra, os requisitos para o cabimento e processamento de uma *class action* são os seguintes: a) número de pessoas envolvidas: a classe tem de ser numerosa, tornando impraticável a reunião de todos os seus membros; b) questões comuns: a existência de questões de fato e de direito comuns a toda a classe; c) teses jurídicas típicas: os argumentos deduzidos pelos representantes da classe devem corresponder aos interesses de toda a classe; d) representatividade adequada: os representantes da classe deverão proteger de maneira justa e adequada os interesses da classe.

Em excelente artigo doutrinário, no qual compara o processo coletivo brasileiro com o americano, BARROSO¹⁰ assevera que as normas federais de processo admitem, nos Estados Unidos, três modalidades de *class action*, a saber:

- I) *class action* prevista na Regra 23 (b) (1) do *Federal Rules of Civil Procedure*, que tutela hipóteses em que a propositura de ações individuais poderia criar o risco de gerar decisões conflitantes ou prejudicar os interesses de outros membros da classe. Trata-se de *class action* que conta com pouquíssimos casos processados nessa categoria e que muito se assemelha ao sistema brasileiro de litisconsórcio unitário. Segundo a regra de processo, nesse tipo de *class action* os membros da classe não podem exercer seu *right to opt out*, ou seja, não podem se furtar aos efeitos da sentença prolatada na ação coletiva, seja de procedência ou improcedência do pedido. Destaque-se, desde logo, que essa inexorável extensão subjetiva da coisa julgada, como será visto oportunamente, não ocorre no processo coletivo brasileiro;
- II) *class action* prevista na Regra 23 (b) (2) do *Federal Rules of Civil Procedure*, adequada a situações em que o réu adota comportamento que vulnera direitos de toda a classe, fazendo nascer a pretensão a uma sentença condenatória em obrigação de fazer ou não fazer. Segundo aponta LUÍS ROBERTO BARROSO, trata-se de *class action* típica da tutela dos *civil rights*, em que um grupo, normalmente minoria ou excluído (negros,

⁹ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Direito Processual Civil nos Estados Unidos*. Revista de Processo nº 127. São Paulo, RT, 2005, p. 113.

¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. *A Proteção Coletiva dos Direitos no Brasil e Alguns Aspectos da Class Action Norte-Americana*. Revista de Processo nº 130. São Paulo: RT, 2005, p. 148.

mulheres, imigrantes), alega discriminação praticada por um empregador, por exemplo. Nesse tipo de *class action* igualmente inexistente direito de *opt out*;

III) *class action* prevista na Regra 23 (b) (3) do *Federal Rules of Civil Procedure*, conhecida como *class action for damages*, em que dois basicamente são os requisitos: predominância de questões comuns sobre questões que afetem apenas os membros individualmente e superioridade da tutela coletiva, via *class action*, em relação a quaisquer outros meios processuais disponíveis¹¹. Nessa modalidade de *class action*, ao contrário das duas anteriores, existe o direito dos membros da classe exercerem o *opt out* e ficarem imunes aos efeitos da coisa julgada formada na demanda coletiva.

Outra característica importante da *class action* é o modelo peculiar de legitimação ativa, denominado *representação adequada* ou *adequacy of representation*. De acordo com a Regra 23 (a) (4)¹² do *Federal Rules of Civil Procedure*, um ou mais membros da classe podem processar e ser processados na qualidade de representantes de toda a classe se, e somente se, houver uma representação adequada que efetivamente proteja os interesses da classe.

Citando COUND e outros, LEAL (1998) informa que:

A representação adequada possui três elementos. O primeiro refere-se ao próprio membro da classe que se apresenta como representante dos demais. O tribunal deve se assegurar de que o indivíduo tenha uma soma considerável em disputa e/ou que tenha uma grande motivação pela causa.¹³

O segundo elemento diz respeito à adequação do advogado da classe, sua boa-fé, sua competência técnica, experiência profissional, entre outras qualidades. Por último, o tribunal examinará a própria classe, para verificar se há conflito de interesses entre seus membros que inviabilize a representação requerida.

A seu turno, VIANA¹⁴ afirma que a aferição da representatividade adequada do membro da classe é o requisito mais importante a ser avaliado pelo juiz, dado ser requisito indispensável para observar o devido processo legal no que toca aos membros da classe

¹¹ Rule 23 (b) (3): *the court finds that the questions of law or fact common to members of the class predominate over any questions affecting only individual members, and that a class action is superior to other available methods for the fair and efficient adjudications of the controversy.*

¹² Rule 23 (a) (4): *Prerequisites. One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all members only if: (4) the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class.*

¹³ LEAL, Marcio Flavio Mafra. *Ações Coletivas: Histórico, Teoria e Prática*, Sergio Fabris Editor, Porto Alegre, 1998, p. 135.

¹⁴ VIANA, Flavia Batista. *Algumas considerações sobre as class actions norte-americanas (pequenos contrapontos com as ações coletivas brasileiras)*. Revista de Processo nº 159. São Paulo: RT, 2008, p. 98.

ausentes do feito (*absent parties*), sendo essa uma condição indispensável para que se lhes possa vincular a coisa julgada formada no processo, notadamente naqueles casos em que, como visto acima, o *right to opt out* não pode ser exercido.

Caso entenda o juiz que o indivíduo que demanda em nome da classe é um representante adequado emitirá uma autorização, denominada *certification* pela *Rule 23 (c) do Federal Rules of Civil Procedure*, para que a ação proposta tramite como uma *class action*. Caso seja negada a *certification* isso não quer dizer que a ação será extinta, mas sim que o representante ou representantes continuam no processo a título individual, sem que haja, por exemplo, extensão de coisa julgada aos membros da classe.

1.3 Histórico e Evolução das Ações Coletivas no Brasil

Como antes apontado, a efervescência dos debates e estudos acadêmicos sobre direitos coletivos travados na Europa durante a década de 1970, notadamente os vigorosos estudos de MAURO CAPPELLETTI, VICENZO VIGORITTI, MICHELE TARUFFO e VITTORIO DENTI, fizeram despertar na consciência jurídica brasileira a necessidade premente de promover, também por aqui, um incremento na tutela dos direitos difusos.

Entretanto, conforme observa, com percuciência, LEAL (1998)¹⁵ esse despertar não se deveu, no Brasil, aos movimentos sociais ou à crescente conscientização acerca dos direitos difusos, como aconteceu nos Estados Unidos da América, notadamente com onda dos *civil rights* da década de sessenta. Entre nós, o que se passou foi uma verdadeira “revolução de professores e profissionais do Direito”, que estudando a doutrina estrangeira reivindicaram para o Brasil um tratamento processual adequado para os conflitos transindividuais, nada obstante não se constatasse, no seio da sociedade brasileira, qualquer movimento nesse sentido.

Aliás, curioso notar que, conquanto tenham os estudos sobre tutela coletiva se originado na Europa, notadamente entre renomados autores italianos, naquele continente as ações coletivas não floresceram como era de se esperar. Já no Brasil, que a princípio foi contaminado por esses estudos e embarcou na moda sem que se verificasse um real movimento social que lastreasse de maneira ampla essa iniciativa, as ações coletivas floresceram como em nenhum outro país da *civil law*, sendo o Brasil atualmente celeiro de

¹⁵ LEAL, Marcio Flavio Mafra. *Ações Coletivas: Histórico, Teoria e Prática*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1998, p. 135.

criações doutrinárias nesse campo, bem como modelo de legislação para diversos países da própria Europa.

Entretanto, se atualmente o processo coletivo goza de importância ímpar em nosso sistema legal, devemos reconhecer que nem sempre foi assim, notadamente porque muitas de nossas leis e códigos, inclusive o Código de Processo Civil, carregam feição ainda marcadamente liberal e individualista, na esteira do modelo avelhentado da *summa divisio* romana que tivemos a oportunidade de colocar em destaque no item 01 do presente capítulo. O histórico das tutelas coletivas no Brasil bem mostra essa origem e essa herança individualista.

DIDIER e ZANETTI JUNIOR (2007)¹⁶, com o brilhantismo peculiar a ambos, tomam o Código Civil de 1916 como marco zero para fins de comentários quanto ao histórico das tutelas coletivas em nosso país e com bom humor pontuam que “como uma missa dos mortos encomendada para as tutelas coletivas, em 1916, com o Código Civil de Beviláqua, o iluminismo que fomentou a “Era dos Códigos” chega ao Brasil: a partir daí, o Brasil adquire sua independência jurídica de Portugal”.

Assim se pronunciam os eméritos processualistas porque aquela codificação, de fato, esposando viés de acendrado individualismo, dispunha em seu artigo 76 que “para propor ou contestar uma ação é necessário ter legítimo interesse econômico, ou moral. Parágrafo único. O interesse moral só autoriza a ação quando toque diretamente ao autor, ou à sua família”. Com tal dispositivo, o legislador pretendeu, fiel ao valor individualista que permeava a codificação, expungir daquele corpo legislativo qualquer resquício de direito público e qualquer tutela coletiva de direitos que pudesse então existir. A real intenção de Clóvis Beviláqua era realmente extinguir ações populares e qualquer tutela coletiva que insinuasse no quadro legislativo brasileiro, pelo que somente restava, conforme observaram os juristas antes citados, rezar a missa da morta ação popular.

Aliás, não se pode perder de vista que as regras jurídicas abstratas são informadas e formadas por princípios, de modo que tais normas refletem, essencialmente, os valores vigentes à época em que a lei foi criada¹⁷. Naquele momento histórico o modelo em voga era o do Estado Liberal, que erigido sobre pilares ideológicos diametralmente opostos àqueles que serviram de base para o modelo do Estado Absolutista, que o precedeu, propugnava por total não intervenção estatal na liberdade individual. A participação desse ente supremo dever-se-ia

¹⁶ DIDIER JR, Fredie; ZANETTI JUNIOR, Hermes. *Curso de Direito Processual Coletivo*. Salvador-BA: JusPodivm, 2007, p. 28.

¹⁷ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ações Constitucionais*. Organizador Fredie Didier Jr. Salvador-BA: JusPodivm, 2006, p. 266.

dar por abstenção. Protegia-se a esfera jurídica do indivíduo e nada nela deveria intervir. Essa a máxima de então.

A propósito, não foi só o Código Civil de 1916 que recebeu marcante influência individualista. Também o Código de Processo Civil Brasileiro espelha, às claras, sua forte vertente individualista, quando verbera em seu artigo 6º que “ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”. Dito de outro modo, o direito do indivíduo somente pode ser defendido em juízo por esse mesmo indivíduo, que é o seu potencial titular. Aliás, falando em CPC, causa certa perplexidade a afirmação que se acabou de fazer, mormente porque esse diploma legal, ainda vigente, data do ano de 1973, quando o modelo do Estado Liberal já tinha cedido passo, em larga medida, para o Estado Social, mais intervencionista. Recrudescer esse estado de perplexidade quando se verifica que justamente na década de 1970, conforme expusemos no primeiro parágrafo do presente item 03, impulsionados e empolgados pelos estudos da doutrina européia, “gigantes do direito processual civil brasileiro”¹⁸, tais como JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, ADA PELLEGRINI GRINOVER, KAZUO WATANABE e WALDEMAR MARIZ DE OLIVEIRA JUNIOR, fomentaram a “revolução de professores e profissionais do Direito”, que reivindicava para o Brasil um tratamento processual adequado para os conflitos transindividuais, o que revelava a consciência e a adoção dos valores do novo Estado Social, com a conseqüente intervenção estatal em prol da realização de direitos que garantissem uma igualdade real na sociedade.

Dito de outro modo, praticamente no mesmo momento histórico em que a vanguarda da doutrina processual civil brasileira abraçava esses novos valores e direitos, a principal legislação processual, o Código de Processo Civil, entrava em vigor esposando valores ultrapassados, individualistas, o que gerou um sistema adjetivo absolutamente infenso às mudanças que a tutela dos direitos difusos exigia. Contradição que talvez só o Brasil seja capaz de gerar...

De todo modo, a despeito de localizarmos o nascedouro do processo coletivo nesse movimento de professores brasileiros da década de 1970, é forçoso reconhecermos que o direito pátrio já contava, então, com alguns instrumentos processuais destinados a promover a tutela coletiva. É bem verdade que nem mesmo a doutrina de então identificava, com clareza, que tais mecanismos eram típicos do processo coletivo.

¹⁸ DIDIER JR, Fredie; ZANETTI JUNIOR, Hermes. *Curso de Direito Processual Coletivo*. Salvador-BA: JusPodivm, 2007, p. 28.

Nesse sentir, de acordo com autorizada doutrina¹⁹, um dos pioneiros textos legais brasileiros que tratava de tutela coletiva foi a Lei nº 1.134, de 14 de junho de 1950, que deferia às associações de classe de funcionários ou empregados de empresas industriais da União, administradas ou não por ela, dos Estados, dos Municípios e de entidades autárquicas de modo geral legitimidade para representar coletiva ou individualmente seus associados, em juízo ou fora dele. Merecem menção, também, o antigo Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, Lei nº 4.215/63, que deferia legitimidade à Ordem para agir, em juízo ou fora dele, em nome próprio, em todos os casos que tocassem à Advocacia e suas prerrogativas, bem como a Lei nº 6.708/79, que conferia legitimidade aos sindicatos para o ajuizamento de reclamação trabalhista em nome dos empregados sindicalizados, na qualidade de substituto processual.

Gozando de especial relevo nesse contexto histórico, temos a Lei da Ação Popular, Lei nº 4.717/65, que pioneiramente estendia a qualquer cidadão a legitimidade para, em nome próprio, defender o patrimônio público, notadamente bens e direitos de valor econômico, histórico, artístico, turístico e estético. Esse diploma legal, com antes dito, tem especial relevo no traço histórico do processo coletivo no Brasil, mormente porque foi a primeira legislação a prever a tutela de direitos eminentemente difusos.

No ano de 1981 é editada a lei 6.938, conhecida como Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, que a par de muito avançar no terreno da proteção à higidez ecológica (típico direito difuso), outorgava ao Ministério Público legitimidade para manejar ações civis e penais contra causadores de danos ao meio ambiente.

Foi também na década de 1980 que o diploma legal divisor de águas no campo do processo coletivo vem à lume. A proposta redigida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo (PL 4.984/85 na Câmara e 20/85 no Senado) converteu-se na Lei 7.347/85, denominada Lei da Ação Civil Pública. Prevendo a proteção ao meio ambiente, consumidor e patrimônio cultural, a nova lei foi recebida com grande entusiasmo pela comunidade jurídica, pois que representava avanço sensível em diversos pontos da tutela dos direitos difusos, que, relembre-se, contava apenas com a Lei da Ação Popular e com as disposições na Lei da Política Nacional do Meio Ambiente.

Ainda na década de 1980, outras duas leis vieram compor o arcabouço legislativo sobre tutelas coletivas: Lei nº 7.853/89, que cuida dos direitos difusos e coletivos dos portadores de deficiência, e a Lei nº 7.913/89, que dispõe sobre danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários.

¹⁹ FERREIRA, Rony. *Coisa Julgada nas Ações Coletivas: Restrição ao Artigo 16 da LACP*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editora, 2004, p. 42.

Na seqüência histórica do que se denominou de garantismo coletivo brasileiro, vem a promulgação da Constituição Federal de 1988, que contemplou em diversos dispositivos a tutela processual coletiva de direitos: (i) incluiu expressamente no art. 5º, LXXIII, a preservação da moralidade administrativa, do meio ambiente e do patrimônio público; (ii) inovou ao criar, no art. 5º, LXX, o mandado de segurança coletivo; (iii) outorgou às associações, quando autorizadas por lei, a defesa e representação de seus filiados, judicial ou extrajudicialmente; (iv) sublinhou, no art. 8º, III, caber ao sindicato a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria; (v) ampliou e esclareceu, no artigo 129, as funções institucionais do Ministério Público, inclusive para promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

Finalmente, mas longe de ser menos importante, o ano de 1990 brinda a sociedade brasileira com um verdadeiro monumento legislativo: a lei 8.078 ou, simplesmente, Código de Defesa do Consumidor, legislação responsável por verdadeira guinada nas relações entre consumidores e fornecedores. Depois do CDC podemos afirmar que o mercado e as relações de consumo no Brasil nunca mais foram os mesmos.

Como destacam GRINOVER (2007); VASCONCELOS; BENJAMIN, dois dos autores do CDC, a proteção do consumidor se descortina como desafio absolutamente atual, fenômeno típico dos tempos modernos, em que:

O homem do século XX vive em função de um modelo novo de associativismo: a sociedade de consumo (*mass consumption* ou *Konsumgesellschaft*), caracterizada por um número crescente de produtos e serviços e pelo domínio do crédito e do *marketing*, assim como pelas dificuldades de acesso à justiça. (...) ²⁰

A sociedade de consumo, ao contrário do que se imagina, não trouxe apenas benefícios para seus atores. Muito ao revés, em certos casos, a posição do consumidor, dentro desse modelo, piorou em vez de melhorar. Se antes consumidor e fornecedor encontravam-se em uma situação de relativo equilíbrio de poder de barganha (até porque se conheciam), agora é o fornecedor (fabricante, produtor, construtor, importador ou comerciante) que, inegavelmente, assume a posição de força na relação de consumo e que, por isso mesmo, “dita as regras”. E o Direito não pode ficar alheio a tal fenômeno.

Daí a necessidade de intervenção estatal, via legislação, com o objetivo primordial de reequilibrar essas relações, caracterizadas pela posição de extrema vulnerabilidade do consumidor em relação ao fornecedor.

²⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 6.

O Código de Defesa do Consumidor carrega o mérito de ter transcendido o aspecto do direito material, inovando também no campo da tutela processual desses direitos, com o que veio a dar completeza ao sistema processual coletivo brasileiro. De fato, o CDC, sob o título “Da Defesa do Consumidor em Juízo”, conceitua o que são direitos coletivos, dividindo-os em difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos; define os legitimados ativos das ações coletivas, bem como disciplina a complexa sistemática de extensão da coisa julgada nas ações coletivas.

Além disso, por força das normas constantes dos arts. 90 e 117, o CDC passou a formar, juntamente com a Lei da Ação Civil Pública, um sistema próprio de processo coletivo, pois que esses diplomas legais passaram a se comunicar intensamente quanto aos aspectos processuais. Ademais, o sistema brasileiro de proteção aos direitos transindividuais é complementado por outras leis esparsas, como a Lei de Prevenção e Repressão às Infrações Contra a Ordem Econômica (Lei nº 8.884/94), Estatuto da Criança e do Adolescente, e Estatuto do Idoso.

Todo esse arcabouço legislativo conduziu MARINONI²¹ a afirmar ser admissível, perante o direito nacional, a proteção de qualquer direito transindividual, fazendo com que o Brasil detenha, hoje, um subsistema de tutela coletiva de direitos que, segundo outro notável processualista²², mostra-se rico, sofisticado e aparelhado para atender aos conflitos coletivos típicos da sociedade moderna.

É óbvio, todavia, que dificuldades há nessa complexa e nova seara do direito processual civil. Os desafios são inúmeros, a principiar pelo próprio entendimento e definição do que sejam direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, tema que ocupa o Capítulo seguinte do presente estudo.

²¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. 5. ed., São Paulo: RT, 2006, p. 723.

²² ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo*. São Paulo: RT, 2006, p. 39.

2 DIREITOS DIFUSOS, DIREITOS COLETIVOS *STRICTO SENSU* E DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

2.1 Noções Gerais

Para bem compreender o processo civil coletivo, e mais ainda, o funcionamento da coisa julgada nessa seara, mostra-se de fundamental importância o estudo do objeto material em jogo, qual seja, os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Somente a partir da exata fixação de seu conceito e de sua perfeita compreensão é que podem ser explicados os institutos processuais típicos do processo coletivo, dentre os quais nos interessa particularmente a dinâmica da coisa julgada, objeto deste trabalho.

No presente capítulo, buscaremos escandir os conceitos de direito difuso, direito coletivo e direito individual homogêneo, justamente com o objetivo de compreendê-los com a profundidade que o presente estudo requer.

Em homenagem à clareza didática, utilizaremos um sistema de exposição que obedecerá à ordem seguinte: (i) primeiro, abordaremos os conceitos constantes do próprio Código de Defesa do Consumidor, destacando algumas generalidades introdutórias importantes à compreensão do tema; (ii) em seguida, trataremos dos mesmos conceitos, mas à luz do que ensina a majoritária doutrina brasileira, passagem em que tentaremos repercutir o pensamento de vários juristas pátrios que já se pronunciaram sobre esse tema; (iii) por fim, faremos uma abordagem crítica acerca desse entendimento majoritário e proporemos uma nova interpretação para os direitos coletivos *lato sensu*.

Todo esse esforço metodológico justifica-se e serve de calço para as conclusões que pretendemos oferecer na continuidade do trabalho, pois que segundo concluímos, a dinâmica da coisa julgada nas ações coletivas cambia de acordo com o direito material nela discutido. Com efeito, se não houver perfeita compreensão do objeto material do processo, vale dizer, se não houver perfeita compreensão do direito discutido em uma demanda coletiva (se difuso, coletivo ou individual homogêneo), a confusão conceitual provocará equívocos na fixação dos limites subjetivos da coisa julgada.

Mais: na abordagem crítica que faremos ao final do capítulo, correndo o risco consciente de abraçarmos posição flagrantemente minoritária, buscaremos demonstrar que a doutrina brasileira, em alguns pontos vitais, baralha conceitos e não empresta aos direitos coletivos a melhor interpretação. Ao assim proceder, cria uma espécie de neblina que impede

a exata compreensão desses direitos coletivos e da conseqüente sistemática de extensão subjetiva da coisa julgada.

Antes, porém, de passarmos a essa importante exposição, calha fazer um acerto de nomenclatura. Nas linhas que seguem, a expressão *direitos coletivos* ou *direitos coletivos* “*lato sensu*” será empregada sempre como gênero, sendo suas espécies o *direito difuso*, o *direito coletivo* “*stricto sensu*” e o *direito individual homogêneo*.

2.2 A Conceituação de Direito Difuso, Coletivo e Individual Homogêneo de acordo com o Código de Defesa do Consumidor e a Majoritária Doutrina Brasileira

O Código de Defesa do Consumidor encarregou-se de definir, em sede legal, o que seriam direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos, assim dispondo:

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

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

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

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

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

Primeiro alerta: não se pense que por se tratar de norma veiculada em um código consumerista, somente a essa seara tais definições seriam aplicáveis. Conforme já tivemos a oportunidade de explicitar quando cuidamos, no capítulo 01 deste trabalho, do histórico e da evolução do processo coletivo, o CDC integra, juntamente com a Lei da Ação Civil Pública, um verdadeiro microsistema de processo coletivo, sendo que suas disposições são aplicáveis a quaisquer litígios em que a categoria dos direitos coletivos *lato sensu* esteja em jogo.

No que tange ao texto legal transcrito, algumas observações de índole geral merecem ser feitas.

A primeira dessas observações toca à expressão “interesses ou direitos” que, utilizada em todos os três incisos do parágrafo único do artigo 81 do CDC desperta o inevitável questionamento: seriam “interesses” e “direitos” expressões sinônimas?

Segundo a doutrina majoritária, a resposta é positiva. Apesar de admitirem, diversos autores, que diferenças conceituais há entre “interesse” e “direito”, a maioria deles reconhece que no caso do art. 81 do CDC pretendeu o legislador empregar tais expressões como sinônimas, de modo a evitar estéreis questionamentos, por um lado, e também para garantir que quaisquer tipos de interesses e direitos coletivos em sentido lato seriam alcançados pela tutela concebida no CDC. NUNES (2008): “oportunamente ensina que “interesse”, semanticamente falando, tem sentido de prerrogativa, sendo que esta é exercício de direito subjetivo. Por conseguinte, conclui o respeitado autor, “direito” e “interesse” têm o mesmo valor semântico”²³.

WATANABE (2007), um dos mais prestigiados autores no campo do processo coletivo e um dos autores do anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor, pontua que:

Os termos “interesses” ou “direitos” foram utilizados como sinônimos, certo é que a partir do momento em que passam a ser amparados pelo direito, os “interesses” assumem o mesmo *status* de “direitos”, desaparecendo qualquer razão prática, e mesmo teórica, para a busca de uma diferenciação ontológica entre eles.²⁴

A segunda observação que se faz, ainda a título de generalidades, é que o legislador claramente pretendeu conferir tutela processual coletiva a dois tipos diferentes de direitos: aos direitos que a lei considera *essencialmente* coletivos, explicitados nos incisos I e II do parágrafo único do art. 81, e aqueles que são apenas *acidentalmente* coletivos, trazidos no inciso III do mesmo dispositivo.

Consideram-se *essencialmente* coletivos os direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, porquanto neles, segundo afirma a ampla doutrina, presente o requisito da indivisibilidade do direito em discussão; os direitos individuais homogêneos são tidos apenas por *acidentalmente* coletivos, pois que, por terem objeto divisível são, antes de tudo, direitos individuais que por sua homogeneidade mereceram do legislador uma tutela processual como se coletivos fossem.

Desse modo, conforme observa ZAVASCKI (2006), o Código de Defesa do Consumidor acabou por criar um *sistema de defesa de direitos coletivos*²⁵ – aqui entendidos os difusos e coletivos *stricto sensu*, definidos nos incisos I e II do parágrafo único do art. 81 - e um *sistema de defesa coletiva de direitos individuais*. Esses últimos comportam, como não

²³ NUNES, Rizzatto. *Curso de Direito do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 723.

²⁴ WATANABE, Kazuo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 819.

²⁵ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo*. São Paulo: RT, 2006, p. 41.

poderia ser diferente, tutela *atomizada*, ou seja, o titular individual pode defender seu direito em ação individual, mas a lei propicia, justamente em razão do elevado número de pessoas que se encontram em idêntica situação jurídica (eis a homogeneidade), sejam tais direitos tutelados *molecularmente*, como se coletivos fossem²⁶.

Cumpre destacar que por ora acolheremos, como corretas, essas lições que aparecem na doutrina. Aliás, o presente item 02 é dedicado basicamente a uma atividade de exposição do que diz a lei e a doutrina. Nossa opinião sobre o tema virá apenas ao final do capítulo, quando, após todo o desenvolvimento das idéias pertinentes ao tema, ofereceremos ao leitor uma conclusão um pouco distinta desta que se expõe.

Terceira e última observação, igualmente ainda a título de generalidades, é que o CDC, em suas definições, utilizou-se de dois critérios combinados para conceituar os direitos coletivos *lato sensu*: o critério subjetivo, relativo à transindividualidade dos direitos, e o critério objetivo, relativo à indivisibilidade dos mesmos.

Vejamos, pois, como se manifesta a doutrina brasileira acerca dos conceitos atinentes aos direitos coletivos *lato sensu*.

2.3 Lições da Doutrina Brasileira sobre os Conceitos de Direito Difuso, Coletivo *Stricto Sensu* e Individuais Homogêneos

Conforme expusemos no item anterior, o CDC organizou e conceituou os direitos coletivos *lato sensu* de modo tal que nos permite dizer que, de acordo com o texto da lei, são considerados coletivos os direitos denominados difusos e coletivos *stricto sensu*. Já os direitos individuais homogêneos não passariam de direitos individuais típicos, mas que por razões específicas mereceram do legislador tratamento coletivo. Daí as expressões *essencialmente coletivos* e *acidentalmente coletivos* profusamente utilizadas pela doutrina.

Essa disposição trazida pelo Código é aceita e esposada pela doutrina amplamente majoritária, que praticamente não discrepa quando se põe a explicar os conceitos trazidos pelo CDC, conforme se constatará a seguir.

²⁶ WATANABE, Kazuo. *Relação entre Demanda Coletiva e Demanda Individual*. Revista de Processo n. 139. São Paulo: RT, 2006, p. 28.

2.3.1 Os direitos difusos

Considera o CDC direitos difusos os *transindividuais*, de natureza *indivisível*, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato. Trata-se de conceito que destaca, no plano subjetivo, a indeterminação dos sujeitos titulares do direito e a ausência entre eles de uma relação jurídica preexistente; no plano objetivo, o conceito admite que o direito difuso é indivisível, ou seja, não é passível de apropriação por quem quer que seja.

Examinemos, primeiramente, a questão da indeterminação dos sujeitos, denominada pelo CDC de transindividualidade. Aqui, é impossível que um indivíduo, isoladamente, seja titular desse direito, pois o mesmo pertence à coletividade como um todo, daí ser metaindividual ou transindividual. MARINONI e ARENHART²⁷ exemplificam a transindividualidade a partir da comparação entre o direito à imagem e o direito ao meio ambiente saudável. Quanto ao primeiro, nada obstante se tratar de direito universal, pois todos têm direito à proteção de sua imagem, é fácil identificar, em cada pessoa, tal direito; quanto ao segundo, por pertencer à coletividade, de forma diluída, não admite que ninguém, isoladamente, seja considerado seu titular.

Outro exemplo de transindividualidade é trazido por NUNES (2008)²⁸ o caso de um vendedor de remédios que anuncie um medicamento que promete que o usuário emagrecerá 5 kg por dia apenas tomando um comprimido, sem que isso prejudique sua saúde. Seria um caso de propaganda enganosa, que atinge toda a comunidade que esteja exposta a ela.

Além dessa destacada transindividualidade, o CDC também trata da *indivisibilidade* do direito difuso. Essa indivisibilidade liga-se à idéia de que não há possibilidade de fruição individual desse direito, de modo que a proteção do direito difuso é, ou não, gozada por todos indistintamente.

Tome-se o exemplo de uma ação civil pública que vise compelir uma indústria a instalar um filtro que controle emissão de poluentes no ar. Deferida e efetivada a medida, toda e qualquer pessoa, indistintamente, será beneficiada por uma atmosfera mais limpa e um ar mais puro. Não há, pois, como dividir o objeto da tutela jurisdicional: ou se instala o filtro e todos são beneficiados ou não se instala e todos continuarão submetidos à poluição.

²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. 5. ed. São Paulo: RT, 2006, p. 724.

²⁸ NUNES, Rizzatto. *Curso de Direito do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 724.

Esse caráter de indivisibilidade do direito material é nota característica nessa classe de direitos coletivos, uma vez que, quando o juiz determina (i) a interrupção de uma publicidade enganosa (ii) ou a cessação de uma atividade poluente, pessoas indeterminadas serão beneficiadas e atingidas pelos efeitos dessa decisão judicial. Essa extensão de efeitos do provimento jurisdicional decorre, exatamente, da natureza indivisível do direito material discutido na demanda e sequer é necessário que a lei diga haver extensão da coisa julgada ou efeitos *erga omnes*, pois estes são, por assim dizer, automáticos e decorrem logicamente da natureza indivisível do direito difuso.

Finalmente, ressalta a lei que essas pessoas indeterminadas ficam unidas por circunstâncias de fato, ou seja, os interessados ligam-se a partir do momento em que a lesão ao direito difuso ocorre. Como ensina VIGLIAR (2007):

Todos esses indetermináveis interessados (que não podem ser contados) passam a se unir, em torno da lesão provocada ao interesse difuso, mediante a simples ocorrência da lesão.

Ocorreu a lesão? A lesão está em vias de ocorrer? Se as respostas forem positivas, todos os interessados ficam, imediatamente, unidos em torno do interesse, saibam ou não, concordem ou não com a defesa desse mesmo interesse.²⁹

Ainda segundo a doutrina majoritária, essa união decorrente de circunstância fática é o que diferencia o direito difuso do direito coletivo *stricto sensu*. Nesses, a união dos interessados dá-se em função de uma relação jurídica base que é preexistente à lesão e que une os membros de um grupo, categoria ou classe entre si ou com a parte contrária. Na categoria dos direitos difusos, essa relação jurídica base simplesmente não existe, o que leva a doutrina a apontar esse aspecto subjetivo como o fator de diferenciação entre esses dois tipos de direitos que, ainda segundo a doutrina dominante, podem ser considerados *essencialmente* coletivos.

2.3.2 Os direitos coletivos *Stricto Sensu*

Conforme dispõe o CDC, os direitos coletivos *stricto sensu* teriam como características, a exemplo dos direitos difusos, a transindividualidade e a indivisibilidade. Aqui, entretanto, é possível determinar a titularidade do direito, pois que esse necessariamente

²⁹ VIGLIAR, José Marcelo. *Ações Coletivas*. Salvador-BA: Juspodivm, 2007, p. 33.

pertencerá a um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base.

A nota marcante, pois, da categoria dos direitos coletivos *stricto sensu* e que os diferencia dos direitos difusos é justamente a existência de uma relação jurídica base, que deve ser preexistente à lesão e que une os titulares entre si ou com a parte contrária. Conforme WATANABE (2007):

Nas duas modalidades de interesses ou direitos “coletivos”, o traço que os diferencia dos interesses ou direitos “difusos” é a determinabilidade das pessoas titulares, seja por meio da relação jurídica base que as une (membros de uma associação de classe ou ainda acionistas de uma mesma sociedade), seja por meio do vínculo jurídico que as liga à parte contrária (contribuintes de um mesmo tributo, prestamistas de um mesmo sistema habitacional ou contratantes de um segurador com o mesmo tipo de seguro, estudantes de uma mesma escola etc).³⁰

Os direitos coletivos *stricto sensu* seriam, nessa ordem de idéias, direitos indivisíveis que não possuem a mesma abrangência dos direitos difusos, justamente porque nestes é possível identificar a coletividade titular do direito. É o caso, por exemplo, da violação de determinado tipo de direito que atinja a classe dos médicos, advogados ou juízes. A indivisibilidade do direito, nesse caso, decorreria do fato que a fruição do direito coletivo *stricto sensu* se dá naquela categoria ou classe determinada.

Os exemplos fornecidos pela doutrina certamente ajudarão a esclarecer o conceito.

MAZZILLI³¹ cita o caso de uma ação civil pública que pretenda a declaração de nulidade de uma cláusula abusiva em determinado contrato de adesão. Nesse caso, afirma, a sentença não vai conferir um bem divisível aos integrantes do grupo lesado, pois o interesse em ver reconhecida a ilegalidade da cláusula é compartilhado pelos integrantes do grupo de forma não quantificável e, portanto, indivisível. E conclui: a ilegalidade da cláusula não será maior para quem tenha dois ou mais contratos em vez de apenas um. A ilegalidade será igual para todos eles (interesse coletivo, em sentido estrito).

WATANABE (2007) “anuncia tratar-se de tutela de direitos coletivos *stricto sensu* uma demanda que tenha por objetivo proporcionar aumento à classe dos aposentados.

VIGLIAR (2007) também busca elucidar o direito coletivo *stricto sensu* por intermédio de situações fáticas que servem de exemplos. Relata o respeitado Autor o que seguinte caso:

³⁰ WATANABE, Kazuo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 823 e 824.

³¹ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. 15. ed., São Paulo: Saraiva, 2002, p. 48.

Tomemos um exemplo – que já foi objeto de discussão nos tribunais: a revista pessoal que se faz nos empregados da indústria têxtil, quando esses terminam suas jornadas de trabalho e se retiram do estabelecimento industrial. Os tribunais firmaram entendimento que referida revista não afeta nenhuma garantia constitucional dos trabalhadores daquela classe, daquela categoria, daquele grupo. Contudo, em algumas empresas, a revista diária a que se submetiam os trabalhadores era realizada sem nenhum critério. Foi ajuizada uma ação (...) que objetivava uma uniformização na forma da realização de referida revista. A ação foi julgada procedente: de fato, já que a revista poderia ser realizada, que fosse realizada com um mínimo de critério (em local reservado, que pessoas do mesmo sexo revistem pessoas do mesmo sexo, que seja permitida a presença de uma testemunha dos empregados e uma do empregador etc).

Pergunta-se: será que o resultado da referida demanda será aproveitada pelos engenheiros químicos? Será que será aproveitada pelos jogadores de futebol? E pelos ortodontistas? Obviamente, não.

Quem se beneficiará dessa decisão? Os que pertencerem ao mesmo grupo, categoria, ou classe (cada funcionário das indústrias têxteis; se preferir: todos os funcionários das indústrias têxteis).³²

Em resumo, seguindo as lições da doutrina, podemos afirmar que a indivisibilidade do direito aproxima os conceitos de direitos difusos e coletivos *stricto sensu* e é justamente o que os torna, segundo essa mesma doutrina dominante, essencialmente coletivos; a determinabilidade, por sua vez, dos titulares do direito é o que diferencia essas espécies entre si: por força da relação jurídica base preexistente, nos direitos coletivos *stricto sensu* a titularidade determinável, o que não ocorre quanto aos direitos difusos.

2.3.3 Os direitos individuais homogêneos

Como já afirmado, o Código de Defesa do Consumidor não se limitou a tratar da tutela processual dos direitos tidos por essencialmente coletivos, quais sejam, os difusos e coletivos *stricto sensu*. Criou ainda uma nova espécie, à qual denominou de direitos individuais homogêneos, possibilitando a tutela de direitos individuais via processo coletivo. Nesse sentir, forçoso reconhecer que os direitos individuais homogêneos não passam de direitos materialmente individuais, mas com tratativa processualmente coletiva. Isso, ressalte-se, é ponto pacífico na doutrina.

Como bem observa RODRIGUES (2006)³³, esses direitos são coletivos apenas por ficção legal; ontologicamente são individuais, pois que perfeitamente divisíveis e atribuíveis a específicos titulares. Essa opção do legislador facilmente se explica. A

³² VIGLIAR, José Marcelo. *Ações Coletivas*. Salvador-BA: Juspodivm, 2007, p. 33.

³³ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ações Constitucionais*. Organizador Fredie Didier Jr. Salvador-BA: JusPodivm, 2006, p. 289.

homogeneidade desses direitos individuais provoca os chamados litígios de massa (*mass torts*), em que incontável número de pessoas vê-se na mesma situação jurídica, causada pelo mesmo evento. Nesse sentido, é muito mais racional, econômico e seguro ter-se uma única ação coletiva que tutele os direitos homogeneamente partilhados por essa massa de pessoas, do que cada uma delas propor a sua própria ação individual, que acabarão abarrotando o Poder Judiciário e ainda rendendo ensejo a decisões potencialmente conflitantes sobre situações jurídicas exatamente idênticas. Daí a indiscutível vantagem de tratar esses conflitos de maneira molecular, ou seja, coletivamente, e não de forma atomizada, ou seja, individualmente.

A forma como o CDC sistematizou os direitos individuais homogêneos possui invidiosa inspiração na experiência americana das *class action for damages*³⁴, em que se busca, coletivamente, o reconhecimento da responsabilidade civil do réu em decorrência de um fato, com danos cuja extensão varia entre os titulares dos direitos individuais.

Um famoso litígio dessa modalidade de *class action* nos Estados Unidos ficou conhecido como *Agent Orange Case*³⁵, no qual veteranos da Guerra do Vietnã, por intermédio de um representante adequado, moveram uma ação coletiva e processaram várias indústrias químicas americanas que manipularam esse agente químico. Em tal demanda, buscava-se o reconhecimento da responsabilidade civil dos réus, bem como o dever de indenizar as vítimas, em montantes a serem individualmente apurados. Tutela coletiva de direitos individuais, portanto.

Em ações como essas, conforme destaca ERICHSON (2000)³⁶, o que está em jogo são alegações de condutas ilícitas que causaram danos extensos e dispersos (*widespread harm*), atos esses praticados por agentes tão poderosos que pareciam imunes a ações judiciais individuais. Justamente por isso, muitas pessoas que sofreram danos decorrentes dessas condutas ilícitas não se animariam, ou não se arriscariam, a litigar individualmente com esses gigantes, inclusive pelos custos que ações judiciais de tal natureza envolvem. A ação coletiva que tutela direitos individuais serviria para a superação de obstáculos como esses, colocando os litigantes em situação de maior equilíbrio.

³⁴ WATANABE, Kazuo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 9. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 823 e 824.

³⁵ RUBENSTEIN, William B. *Finality in Class Action Litigation: Lesson from Habeas*. New York University Law Review, 2007.

³⁶ ERICHSON, Howard M. *Coattail Class Action: Reflections on Microsoft, Tobacco, and the Mixing of Public and Private Lawyering in Mass Litigation*. U.C. Davis Law Review, vol. 34, Fall 2000.

Esse modelo de litigação coletiva de direitos essencialmente individuais foi transportado para o direito brasileiro por intermédio das ações para a tutela de direitos individuais homogêneos, obviamente com as adaptações necessárias à realidade brasileira.

O Código de Defesa do Consumidor, ao conceituar essa modalidade de direito coletivo *lato sensu*, foi bastante econômico, limitando-se a dizer que são “*interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os de origem comum*”. Aliás, é justamente essa origem comum que adiciona aos direitos individuais a característica da homogeneidade, que por sua vez justifica o tratamento coletivo.

VIGLIAR fornece um excelente e didático exemplo em que se tem em pauta um típico direito individual homogêneo:

Uma determinada fábrica de automóveis produz algumas centenas de veículos com o mesmo defeito. Todos – suponhamos – apresentam um problema no dispositivo que aciona os vidros elétricos. Da análise dos casos, percebe-se que, no período que determinados veículos foram montados, houve instalação de dispositivos que apresentavam defeito. Obviamente, cada proprietário do veículo poderia ajuizar a sua demanda individual, alegando seus prejuízos pela aquisição de um automóvel fabricado com dispositivo defeituoso. Contudo, há a possibilidade de uma defesa coletiva desses interesses porque, no caso, a origem é comum. Todos os veículos fabricados em determinado período receberam os dispositivos de acionamento dos vidros elétricos com defeito. Os proprietários desses veículos, acabaram por formar uma coletividade de pessoas, que se uniram pelo simples fato da aquisição daquela marca, modelo e ano.³⁷

2.3.4 As denominadas situações jurídicas heterogêneas

O termo “situações jurídicas heterogêneas” é utilizado TEORI ALBINO ZAVASCKI³⁸, que com ele pretende referir-se às situações da vida prática que não se amoldam, à perfeição, aos conceitos de direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos previstos na lei. Segundo o mesmo Autor, há situações em que os direitos tuteláveis se apresentam, a um só tempo, como transindividuais ou individuais homogêneos, ou ainda na forma cumulada de ambos, tudo em razão de determinadas circunstâncias fáticas. Cita a tutela do meio ambiente e do consumidor como campos férteis na ocorrência de situações tais.

No campo do direito ambiental, relata o caso de transporte irregular de produto tóxico, que constitui ameaça ao meio ambiente e, portanto, direito difuso por excelência. Contudo, se o veículo que transporta tal produto tóxico acidentalmente, com a contaminação de

³⁷ VIGLIAR, José Marcelo. *Ações Coletivas*. Salvador-BA: Juspodivm, 2007, p. 33.

³⁸ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo*. São Paulo: RT, 2006, p. 46.

lençol freático, haverá violação a direito difuso e, ao mesmo tempo, poderá causar danos aos moradores da vizinhança, o que configurará lesão a direitos individuais homogêneos.

Cita também o caso do artigo 6º do CDC, que garante a todos a “proteção contra a publicidade enganosa e abusiva”. Enquanto não ocorrer o evento lesivo, enquanto nenhuma propaganda enganosa for efetivamente veiculada, esse direito tem típica conformação de direito difuso. Contudo, violado o preceito normativo com a veiculação da propaganda enganosa, poderá haver prejuízo a consumidores que, iludidos pela propaganda, adquiriram aquele produto. Aqui, está-se no campo do direito individual homogêneo.

NERY JUNIOR percebeu exatamente o mesmo fenômeno, constatando que de um mesmo fato podem originar-se pretensões difusas, coletivas e individuais homogêneas. Cita o famoso caso de acidente naval ocorrido no Rio de Janeiro. Confira-se:

O acidente com o “Bateau Mouche IV”, que teve lugar no Rio de Janeiro há alguns anos, poderia ensejar ação de indenização individual por uma das vítimas do evento pelos prejuízos que sofreu (direito individual), ação de obrigação de fazer movida por associação das empresas de turismo que teriam interesse na manutenção da boa imagem desse setor da economia, a fim de compelir a empresa proprietária da embarcação a dotá-la de mais segurança (direito coletivo), bem como ação ajuizada pelo Ministério Público, em favor da vida e segurança das pessoas, para que se interditasse a embarcação a fim de se evitarem novos acidentes (direito difuso).³⁹

Essas denominadas situações jurídicas heterogêneas em nada infirmam os conceitos que o CDC espousa sobre direitos coletivos *lato sensu*. Servem, porém, para demonstrar que a realidade fática é dinâmica e que o profissional do direito deve estar atento para o fato de que um mesmo evento pode gerar pretensões distintas e inconfundíveis na seara dos direitos coletivos *lato sensu*.

2.4 Abordagem Crítica: Interpretação dos Direitos Coletivos *Lato Sensu* sob uma Nova Perspectiva

Conforme exposto no item anterior, a doutrina brasileira praticamente não discrepa quanto aos conceitos de direito difuso, direito coletivo *stricto sensu* e direito individual homogêneo. Essa marcante uniformidade doutrinária, especulamos, talvez tenha raiz no fato de que a própria lei (Código de Defesa do Consumidor) encarregou-se de definir cada uma dessas classes de direitos coletivos, acarretando uma certa timidez na doutrina

³⁹ FERREIRA, Rony. *Coisa Julgada nas Ações Coletivas: Restrição ao Artigo 16 da LACP*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2004, p. 34.

quanto ao exame da correção dos conceitos constantes do texto legal. Acresça-se a esse fator o próprio perfil da doutrina brasileira, nem sempre disposta ao debate franco e ao questionamento de lições que, repetidas como mantras, acabam se tornando verdades inquestionáveis.

O objetivo do presente item é analisar as definições que expusemos nas linhas anteriores sob um diferente ângulo de visão, de modo a expandir, agitar, arejar esses estagnados conceitos e lançar luzes sobre o tema central do presente estudo, que é a dinâmica da coisa julgada nas ações coletivas.

E tudo começa por uma pergunta: a doutrina brasileira realmente fornece explicações corretas acerca dos direitos coletivos *lato sensu*?

Parece-nos que a resposta é negativa. A nosso ver, algumas importantes questões sobre o tema passaram e passam despercebidas pelos doutrinadores brasileiros, muito dos quais se limitam a repetir lições de famosos processualistas, como se a autoridade da fonte fosse suficiente para garantir a correção científica do pensamento.

Por isso, para evitar a mera repetição do quanto tem sido dito, precisamos adotar uma nova perspectiva no que toca ao entendimento desses direitos coletivos, o que passa, inevitavelmente, pela análise das lições do Professor LEAL (1998).

2.5 Análise das Ações Coletivas em Espécie, Segundo as Lições de Márcio Flávio Mafra Leal

Tantas vezes citado no presente trabalho, o livro *Ações Coletivas: História, Teoria e Prática*⁴⁰, de autoria de LEAL (1998), possui o inquestionável mérito de transcender, em muito, o estágio atual da doutrina brasileira em matéria de processo coletivo. Saindo do lugar comum, lastreado em estudo pormenorizado da sistemática da *class action* norte-americana, o Professor LEAL (1998) fornece os elementos necessários para a perfeita identificação e definição das categorias de direitos coletivos *lato sensu* e das respectivas ações processuais para a sua tutela em juízo. Essas lições, que apresentaremos nas linhas seguintes, servirão de base para as conclusões que ofereceremos ao leitor ao final do presente estudo.

Com efeito, principia citado professor por distinguir dois tipos de ações coletivas: (i) as ações coletivas para a tutela de direitos materialmente individuais, que denomina de ACDI's (ações coletivas para tutela de direitos individuais), e (ii) as ações coletivas

⁴⁰ LEAL, Marcio Flavio Mafra. *Ações Coletivas: Histórico, Teoria e Prática*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1998, p. 18.

destinadas à tutela de direitos materialmente coletivos, que denomina de ACDD's ações coletivas para tutela de direitos difusos). São, por assim dizer, duas famílias distintas de ações coletivas; na ACDI, o destaque é o direito individual tutelado processualmente sob forma coletiva; na ACDD, o ponto marcante é o próprio direito material, efetivamente difuso, indivisível e sem titularidade determinada. A diferenciação entre essas duas famílias liga-se, como intuitivamente se pode concluir, à idéia, já exposta no presente trabalho, de que existem direitos *essencialmente coletivos* e direitos *acidentalmente* coletivos (ver item 02 *supra*).

Nas palavras do próprio LEAL:

O primeiro conceito é o das ações para defesa de direitos individuais sob tratamento processual coletivo, que se denomina de ACDI: trata-se de uma ação de representação, em juízo, por uma ou mais pessoas (físicas ou jurídicas) de direitos *individuais*, cujos titulares não figuram na relação processual, direitos esses que processualmente são tratados de maneira uniforme, como se fossem direitos de uma classe, em virtude da extensão da coisa julgada, que atinge todos seus integrantes.

A outra ação coletiva também se vale de um modelo representativo de um direito alheio: o direito de uma comunidade, considerada como uma *unidade* sem personalidade jurídica, representada processualmente por um terceiro em virtude de lei ou por autorização judicial. A disciplina da extensão da coisa julgada, nesse caso, é desnecessária, em virtude de o direito material ser atribuído à comunidade e não a seus membros, ou, em outra perspectiva, aos membros enquanto inseridos no contexto comunitário. A essa ação, vai-se denominar *ação coletiva para defesa de direitos difusos* – ACDD.⁴¹

A compreensão que se tem hoje desses modelos de ações coletivas é devida, em larga escala, aos estudos do emérito Professor CHAYES, especialista em direito internacional, professor da *Harvard Law School*, que ainda no ano de 1976 publicou um artigo intitulado *The Role of the Judge in Public Law Litigation*⁴², no qual forneceu um excelente comparativo entre as ações de modelo individualista e as ações de modelo coletivo, que então denominou de *ações de interesse público*.

Nesse famoso trabalho, citado em qualquer doutrina que cuide do tema ações coletivas, CHAYES observa o surgimento de uma nova sistemática processual, diferente daquela recebida por tradição, caracterizada, de acordo com suas próprias palavras, por se ver no processo um veículo para acerto de disputas entre partes privadas, acerca de direitos privados. Já o modelo de litigação pública, segundo o professor norte-americano, teria características bem diferentes desse modelo individualista tradicional, tais como: (i) a peculiar estrutura das partes no processo, espalhada e amorfa; (ii) a atuação do juiz, mais participativa,

⁴¹ LEAL, Marcio Flavio Mafra. *Ações Coletivas: Histórico, Teoria e Prática*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1998, p. 44.

⁴² CHAYES, Abram. *The Role of the Judge in Public Law Litigation*. Harvard Law Review, V. 89, p. 1281.

criadora e regedora do processo e da decisão; (iii) a eficácia da sentença, que atinge pessoas que não foram partes (*effects on persons not before the court*); (iv) e o tipo de direitos discutidos, como questões de concorrência, discriminação nas relações de emprego, direitos do consumidor, meio ambiente⁴³ etc..

Partindo, assim, dos pioneiros estudos de CHAYES e tomando por ponto de partida as lições de LEAL (1998), podemos afirmar que coexistem, no direito pátrio, três modelos de processo judicial: (i) o modelo individualista e tradicional, em que o titular é o legitimado a ir a juízo buscar a tutela de seu direito subjetivo, tal como expressa o art. 6º do CPC; (ii) um modelo ainda individualista, quanto ao direito material, mas que recebe tratativa processual coletiva, a que se denominou de ACDI; (iii) e o modelo coletivo para a tutela de direitos essencialmente coletivos (difusos), a que se deu o nome de ACDD.

Dada a relevância dos dois últimos modelos de processo para os objetivos do presente trabalho, os desenvolveremos com mais detalhamento nos itens a seguir.

2.5.1 O modelo coletivo para a tutela de direitos difusos: ACDD

As ACDD's (ações coletivas para defesa de direitos difusos) possuem notas marcantes e que as diferenciam sobremaneira do modelo individualista de litígio, conforme já notara CHAYES na década de 1970.

Primeiramente, foge a ACDD do sistema clássico de partes no processo. Enquanto no processo individual tradicional temos duas partes bem definidas, em que uma pretende que seu interesse se sobreponha ao interesse do outro, que a isso opõe resistência (eis a lide), no modelo coletivo para tutela de direitos difusos uma das partes é amorfa e fluida, e por isso mesmo precisa de um representante (terceiro) que judicialize eventuais lesões a esses direitos difusos.

Em segundo lugar, as características do direito difuso tutelado nesse modelo processual são marcantes, destacando-se o seu (i) conteúdo eminentemente não-patrimonial e

⁴³ CHAYES: “*The characteristic features of the public law model are very different from those of the traditional model. The party structure is sprawling and amorphous, subject to change over the course of the litigation. (...) Most important, the trial judge has increasingly become the creator and manager of complex forms of ongoing reliefs, which have widespread effects on persons not before the court and require the judge’s continuing involvement in administration and implementation. School desegregation, employment discrimination, and prisoners’ or inmates’ rights cases come readily to mind as avatars of this new form of litigation. But it would be mistaken to suppose that it is confined to these areas. Antitrust, securities fraud and other aspects of the conduct of corporate business, bankruptcy and reorganizations, union governance, consumers fraud, housing discrimination, electoral reapportionment, environmental management – cases in all these fields display in varying degrees the features of public law litigation*”.

sua (ii) transindividualidade e indivisibilidade, pois que aqui não se tem como visualizar o titular do direito, que por ser essencialmente coletivo é de todos e de ninguém, a um só tempo.

De fato, quanto ao conteúdo, os direitos difusos não se mostram tendentes à tutela de qualquer propriedade. São direitos insuscetíveis de redução a valores monetários, afinal: quanto vale a proteção de uma espécie em extinção? Quanto custa o ar puro? E a concorrência leal no mercado? E a proteção contra propaganda enganosa ou abusiva no âmbito do consumidor? E o direito de não ser discriminado? E o direito de ser incluído? Essas perguntas bem demonstram que o direito difuso é eminentemente não-patrimonial, o que conduz a decisões judiciais de cunho declaratório ou que imponham obrigações de fazer e não fazer.

Segundo LEAL (1998), os direitos difusos têm conteúdo não-patrimonial e cuidam de dois aspectos fundamentais: qualidade de vida e direito à integração. De acordo com citado professor:

O conteúdo dos direitos difusos são de duas ordens:

I) o direito à vida no seu aspecto qualitativo ou, sinteticamente, de um direito à *qualidade de vida*, expresso no sacrifício de vantagens econômicas imediatistas em nome da preservação de determinados valores, tais como o ambiente natural, espaços culturais (históricos, estéticos, etc.), disponíveis para essas e futuras gerações, e

II) o direito à integração social mediante o *devido reconhecimento jurídico e político*, referindo-se a titularidade de grupos de indivíduos dispersos ou organizados, unidos por alguma circunstância fática ou por afinidades étnicas, sociais, de gênero ou origem, entre outras, que reivindicam tratamento digno por parte da lei, ainda que isso signifique a afirmação de uma identidade especial, não assimilável ao valor de *igualdade universal*. Esse fator distintivo (v.g. racial), que une o grupo ou *minorias*, determina uma situação de desvantagem que exclui seus membros do reconhecimento e tratamento específico, concretamente oponíveis à vontade da maioria.

Pode-se sintetizar o significado dessa *igualdade* como *direito de não-exclusão* ou direito de *integração*, dentro de uma perspectiva constitucional de valores.⁴⁴

Outrossim, o direito difuso tem por nota frisante a sua transindividualidade, o que significa dizer que inexistente titular determinável no plano individual e a eventual violação de um direito difuso atinge de forma indiscriminada toda a comunidade. Basta pensar na veiculação de uma propaganda enganosa ou na poluição de um rio.

Mais: o direito difuso obedece a dois princípios: (i) indivisibilidade dos benefícios e (ii) não-exclusão dos beneficiários. A proibição de veiculação de uma propaganda enganosa ou a cessação da poluição em um rio beneficia toda a comunidade, sem que nenhum de seus

⁴⁴ LEAL, Marcio Flavio Mafra. *Ações Coletivas: Histórico, Teoria e Prática*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1998, p. 49.

membros possa se apropriar com exclusividade desse benefício (indivisibilidade dos benefícios), e nenhum dos membros possa ser excluído desses mesmos benefícios, pois não há como o rio ser poluído para uns e limpo para outros.

No direito brasileiro, forçoso reconhecer, somente se pode considerar ACDD aquela que vise tutelar direito essencialmente coletivo que, ao contrário do que afirma a doutrina majoritária, é apenas a espécie dos direitos difusos, elencada no inciso I do parágrafo único do art. 81 do CDC.

Quanto à espécie direitos coletivos *stricto sensu*, conceituada no inciso II do mesmo artigo 81 do CDC, como veremos no item seguinte, por se tratar de direitos essencialmente individuais mas processualmente tratados (artificialmente) como se coletivos fossem, o modelo será o individualista sob forma coletiva – ACDI.

2.5.2 O modelo individualista sob forma coletiva: ACDI

A primeira característica desse modelo é que, como se trata de direitos individuais, nada obsta que o próprio titular vá a juízo, sozinho ou em litisconsórcio com outros que estejam em situação idêntica/similar e proponha a sua própria ação individual.

Entretanto, a lei processual permite que esses direitos individuais recebam tutela coletiva, por razões variadas como o acesso à justiça (os custos das ações individuais poderiam ser excessivos ou não compensatórios), o equilíbrio de forças entre os litigantes (notadamente porque o pólo passivo tende a ser uma grande corporação), a necessidade de se evitar decisões contraditórias acerca da mesma questão jurídica (o que mina a segurança jurídica e causa descrédito ao Poder Judiciário), a possibilidade de resolver com uma única ação o que poderia render milhares de demandas e abarrotar o Judiciário ainda mais etc.⁴⁵.

LEAL (1998) identifica no direito brasileiro dois tipos de ACDI:

I) ACDIs que, devido a tratamento processual coletivo, tornam o objeto da ação e o provimento jurisdicional uniforme, completo e indivisível; II) ACDIs indenizatórias, em que se fixa a responsabilidade civil do réu. (...)

O primeiro tipo de ACDI é conhecida no Brasil como “ação para defesa de interesses coletivos”. A definição de interesses *coletivos* encontra-se no art. 81, parágrafo único, II, do CDC. Apesar do nome, na verdade, trata-se de interesses

⁴⁵ EISENBERG, Theodore; MILLER, Geoffrey P. *The Role of Opt-Outs and Objectors in Class Action Litigation: Theoretical and Empirical Issues*, New York University, Law & Economics Research Series, Working Paper No. 04-004: “Class action are a usefull means for achieving economies of scale in litigation, facilitating the prosecution of claims that would otherwise be uneconmic to litigate individually, and strengthening enforcement of the law”.

individuais cujo pedido na ação coletiva, se procedente, produz um provimento jurisdicional que aproveita a *toda* a classe necessariamente. (...)

A outra ACDI é conhecida no Brasil por ação para defesa de interesses individuais homogêneos e *class action for damages* nos Estados Unidos e países que adotam sistemas afins.⁴⁶

No que toca à ACDI para a tutela de direitos individuais homogêneos, nenhuma novidade, pois que a doutrina massivamente acolhe a lição de BARBOSA MOREIRA quanto a serem esses direitos apenas *acidentalmente coletivos*, pois que a despeito de poderem receber tutela coletiva, ontologicamente são direitos individuais. Sobre essas ações coletivas para tutela de direitos individuais homogêneos, não faremos maiores comentários por ora.

A novidade da lição decorre da colocação dos direitos coletivos *stricto sensu* também como direitos individuais com tratativa processual coletiva, ponto de vista vanguardista – e bem veremos adiante que inteiramente correto –, pois que a doutrina brasileira, conforme pudemos verificar 2.2.1 *supra*, é convergente no sentido de colocar os direitos coletivos *stricto sensu* como direitos essencialmente coletivos, transindividuais e indivisíveis, portanto.

Calha, pois que extremamente esclarecedor, transcrevermos as lições de LEAL, ao defender tal ponto de vista:

A transindividualidade, assim como a *indivisibilidade*, por exemplo, é característica do direito difuso no seu aspecto material (art. 81, único, I *supra*), que *não* é a mesma *transindividualidade* e *indivisibilidade* dos interesses e direitos coletivos (art. 81, único II, e III *supra*), que é tão somente processual. Para este último, essas características decorrem da formação uniforme sobre a classe da *coisa julgada* e não do direito material em si.

Exemplificando, o direito ao ambiente sadio é materialmente de um titular – *comunidade* – e qualquer ação judicial ou política pública que vise a implementar esse direito aproveitará a toda essa comunidade uniformemente, isto é, de maneira *transindividual* e *indivisível*. Já em uma ação coletiva que tem por objeto a nulidade de cláusulas contratuais abusivas, cujo réu seja uma empresa de grande atuação no mercado consumidor, será uma ação para defesa de direitos materialmente individuais, que se tornam *transindividuais* e *indivisíveis* por força da extensão da coisa julgada. Assim, a sentença que declarar a nulidade das referidas cláusulas, transitada em julgado, formará coisa julgada para todos os consumidores indistintamente (*transindividualidade*) e na mesma medida, em relação ao direito material (*indivisibilidade*).

Portanto, no primeiro caso, trata-se de transindividualidade *material* e, no outro, *processual*.⁴⁷

⁴⁶ LEAL, Marcio Flavio Mafra. *Ações Coletivas: Histórico, Teoria e Prática*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1998, p. 44.

⁴⁷ Idem.

A nosso ver, irrepreensível o raciocínio, que tem o indiscutível mérito de pôr em destaque o que passou totalmente despercebido pela doutrina brasileira: enquanto a transindividualidade do direito difuso é, por assim dizer, natural, inerente a ele próprio, a transindividualidade do direito coletivo *stricto sensu* é artificial, decorrente da vontade da lei.

Tal peculiaridade tem conseqüências diretas no regime de coisa julgada que exporemos no capítulo final do presente trabalho, motivo pelo qual se mostra relevante desenvolver um pouco mais essa nova configuração do direito coletivo *stricto sensu* como direito *acidentalmente* ou apenas *processualmente* coletivo, o que se faz no item seguinte.

2.5.2.1 Os direitos coletivos *stricto sensu* como direitos individuais com tratamento processual coletivo

Como visto no item 2.2.1 *supra*, a doutrina brasileira considera que a transindividualidade e a indivisibilidade dos direitos difusos (art. 81, parágrafo único, I, do CDC) é exatamente a mesma transindividualidade e indivisibilidade dos direitos coletivos *stricto sensu* (art. 81, parágrafo único, II, do CDC). E se são iguais esses conceitos, conclui a doutrina, o que diferenciaria os direitos difusos dos coletivos em sentido estrito seria o aspecto subjetivo, consubstanciado na relação jurídica base que, preexistente à lesão, une os membros da classe entre si ou com a parte contrária. Essa a lição sempre encontrada na doutrina nacional. Relembremos WATANABE:

Nas duas modalidades de interesses ou direitos “coletivos”, o traço que os diferencia dos interesses ou direitos “difusos” é a determinabilidade das pessoas titulares, seja por meio da relação jurídica base que as une (membros de uma associação de classe ou ainda acionistas de uma mesma sociedade), seja por meio do vínculo jurídico que as liga à parte contrária (contribuintes de um mesmo tributo, prestamistas de um mesmo sistema habitacional ou contratantes de um segurador com o mesmo tipo de seguro, estudantes de uma mesma escola etc).⁴⁸

Entretanto, parece-nos equivocada essa interpretação. De fato, uma análise acurada do tema mostra que a transindividualidade e a indivisibilidade dos direitos coletivos *stricto sensu* é puramente processual, ditada pela lei e, portanto, artificial. A análise dos exemplos carreados pela doutrina, como sendo casos de direitos coletivos *stricto sensu* e bem por isso transindividuais e indivisíveis, bem demonstra isso.

⁴⁸ WATANABE, Kazuo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 9. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 823 e 824.

Quando nos dedicamos a tratar desses direitos coletivos em sentido estrito, citamos MAZZILLI⁴⁹, que cita o exemplo de uma ação civil pública que pretenda a declaração de nulidade de uma cláusula abusiva em determinado contrato de adesão. Nesse caso, afirma MAZZILLI, a sentença não vai conferir um bem divisível aos integrantes do grupo lesado, pois o interesse em ver reconhecida a ilegalidade da cláusula é compartilhado pelos integrantes do grupo de forma não quantificável e, portanto, indivisível. E conclui: a ilegalidade da cláusula não será maior para quem tenha dois ou mais contratos em vez de apenas um. A ilegalidade será igual para todos eles (interesse coletivo, em sentido estrito).

Data venia, somos obrigados a dizer que não se trata de direito nem indivisível e nem transindividual. É perfeitamente possível que esse consumidor, sozinho, maneje uma ação contra o fornecedor e logre obter uma sentença que declare a nulidade da cláusula contratual, sentença essa que, obviamente, beneficiará apenas esse consumidor. Por isso, onde a transindividualidade? Outrossim, nada obsta que um outro cidadão, submetido a situação jurídica idêntica, maneje também uma ação com a mesma pretensão, mas essa, distribuída a juízo distinto, venha a receber uma sentença de improcedência. Ora, onde a indivisibilidade?

É certo que situações como essa revelam sentenças logicamente incompatíveis, o que acarreta insegurança jurídica e depõe contra a credibilidade do Poder Judiciário. Entretanto, a incompatibilidade nesse caso é apenas lógica, pois uma sentença não exclui a outra, podendo ambas coexistir sem qualquer agressão ao sistema processual vigente.

Outro exemplo que também citamos no item 2.2.1 *supra*. WATANABE⁵⁰ anuncia tratar-se de tutela de direitos coletivos *stricto sensu* uma demanda que tenha por objetivo proporcionar aumento à classe dos aposentados. Ora, esse direito – aumento dos proventos – é perfeitamente decomponível e atribuível a cada um dos aposentados brasileiros. Mais: é perfeitamente possível o manejo de ações individuais para tutela desse direito, o que revela tratar-se, ontologicamente, de direito individual puro.

Finalmente, citamos também VIGLIAR (2007), que relata o seguinte caso:

Tomemos um exemplo – que já foi objeto de discussão nos tribunais: a revista pessoal que se faz nos empregados da indústria têxtil, quando esses terminam suas jornadas de trabalho e se retiram do estabelecimento industrial. Os tribunais firmaram entendimento que referida revista não afeta nenhuma garantia constitucional dos trabalhadores daquela classe, daquela categoria, daquele grupo. Contudo, em algumas empresas, a revista diária a que se submetiam os trabalhadores era realizada sem nenhum critério. Foi ajuizada uma ação (...) que objetivava uma uniformização na forma da realização de referida revista. A ação foi julgada

⁴⁹ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. 15. ed., São Paulo: Saraiva, 2002, p. 48.

⁵⁰ WATANABE, Kazuo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 9. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 827.

precedente: de fato, já que a revista poderia ser realizada, que fosse realizada com um mínimo de critério (em local reservado, que pessoas do mesmo sexo revistem pessoas do mesmo sexo, que seja permitida a presença de uma testemunha dos empregados e uma do empregador etc).

Pergunta-se: será que o resultado da referida demanda será aproveitada pelos engenheiros químicos? Será que será aproveitada pelos jogadores de futebol? E pelos ortodontistas? Obviamente, não.

Quem se beneficiará dessa decisão? Os que pertencerem ao mesmo grupo, categoria, ou classe (cada funcionário das indústrias têxteis; se preferir: todos os funcionários das indústrias têxteis).⁵¹

Outra vez rogando as necessárias *venias*, entendemos que as perguntas estão mal formuladas. Certo seria questionar: poderia um dos trabalhadores dessa indústria têxtil ingressar com uma ação individual e obter um provimento que obrigasse a fábrica a realizar a revista, com relação a ele, dessa ou daquela forma? Claro que sim. Outra: poderia um dos outros trabalhadores invocar o precedente firmado na ação do colega e querer ser revistado da mesma forma? Claro que não, a menos que ele ingressasse com a sua ação individual. E mais: acaso viesse a manejar tal demanda, nada obstaria que a decisão, para ele, fosse de improcedência do pedido. De novo: onde a transindividualidade e a indivisibilidade do direito?

Não podemos esquecer que os direitos difusos, esses sem dúvida *essencialmente coletivos*, possuem os princípios da (i) indivisibilidade dos benefícios e da (ii) não-exclusão dos beneficiários. Em todos os exemplos que a doutrina diz serem coletivos em sentido estrito os direitos, os benefícios são perfeitamente divisíveis e os potenciais beneficiários, passíveis de exclusão dos efeitos do eventual provimento jurisdicional.

E aí surge a grande questão que nos ajudará a decifrar o sistema de coisa julgada nesse tipo de demanda: a indivisibilidade dos benefícios e a não exclusão dos beneficiários pode ocorrer em casos tais, mas não por causa do direito material discutido, mas sim por imposição da lei processual, que artificialmente a eles confere a modelagem de um direito *essencialmente* coletivo.

RODRIGUES⁵², conquanto não chegue às conclusões aqui expostas quanto aos direitos coletivos *stricto sensu*, formula raciocínio que muito se aproxima do que ora se defende, afirmando que:

⁵¹ VIGLIAR, José Marcelo. *Ações Coletivas*. Salvador-BA: Juspodivm, 2007, p. 33.

⁵² RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ações Constitucionais*. Organizador Fredie Didier Jr. Salvador-BA: JusPodivm, 2006, p. 286.

A diferença entre o interesse difuso e o interesse coletivo é *ontológica*, porque enquanto o interesse coletivo está diretamente ligado ao atendimento de um interesse privado de uma coletividade, exclusivo e egoísta dessa mesma coletividade, que quase sempre se organiza para defender às suas exigências e pretensões (caráter egoísta em prol da coletividade), o interesse difuso possui uma veia pública, não exclusiva, heterogênea (por causa da dispersão) e plural.

(...) Ora, se no interesse coletivo os titulares são determináveis, então é sinal de que existe o caráter exclusivo de fruição desse interesse por parte da categoria a qual o interesse pertença.

Curiosamente, a despeito de ter chegado tão perto de reconhecer o caráter essencialmente individual dos direitos coletivos *stricto sensu*, o mesmo RODRIGUES (2006) conclui “assim, por exemplo, será titular de direito coletivo e portanto atingido pela coisa julgada, tanto aquele que seja quanto o que não seja sindicalizado, numa demanda proposta pelo sindicato para obrigar o patrão a colocar filtro sonoro no interior da fábrica”.⁵³

Ora, no exemplo, temos um direito marcadamente não-patrimonial, em que presentes a (i) indivisibilidade dos benefícios e a (ii) não-exclusão dos beneficiários, o que revela tratar-se, ao contrário do que supôs o respeitado professor citado, de direito difuso, essencialmente coletivo. É por isso que todos os trabalhadores da fábrica se beneficiarão do provimento jurisdicional. Mais: todo e qualquer futuro trabalhador dessa mesma fábrica também experimentará tais benefícios, mesmo que hoje nem sequer saiba ele que haverá de trabalhar naquele local. Essa a marca do direito difuso, tipicamente indivisível e transindividual em essência.

Esse exemplo da colocação de filtro sonoro na fábrica, quando confrontado com aquele outro que citamos, da revista nos trabalhadores da indústria têxtil, bem demonstra como são seguros os critérios da (i) indivisibilidade dos benefícios e da (ii) não-exclusão dos beneficiários. Na questão revista, o direito é perfeitamente fruível individualmente, pois poderá a fábrica fazer uma revista “x” para o autor da ação que tenha demandado tratamento especial, e uma revista “y” para os demais que não manejaram a ação. Na questão do filtro, todos os trabalhadores, presentes e futuros, bem como todo e qualquer visitante dessa fábrica, fruirão igualmente dos benefícios da sentença judicial. Aqui, a fruição por todos e por qualquer um e a não exclusão dos beneficiários é automática e inerente ao direito, naturalmente difuso. Lá (na revista), essa fruição e essa não exclusão não são automáticas; dependem de um dispositivo legal que estenda os benefícios da sentença para aqueles que,

⁵³ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ações Constitucionais*. Organizador Fredie Didier Jr. Salvador-BA: JusPodivm, 2006, p. 288.

conquanto na mesma situação jurídica, não manejaram ações na defesa de seus direitos individuais.

Lógico que a opção do legislador em dar tratamento molecular aos direitos coletivos *stricto sensu* tem inúmeras vantagens. Facilita-se o acesso à justiça (os custos das ações individuais poderiam ser excessivos ou não compensatórios), implementa-se um maior equilíbrio de forças entre os litigantes (o sindicato tem muito mais condições de lutar com a indústria têxtil no caso das revistas), evita-se a prolação de decisões contraditórias acerca da mesma questão jurídica (o que mina a segurança jurídica e causa descrédito ao Poder Judiciário), além do efeito numérico de se resolver com uma única ação o que poderia render dezenas, centenas ou milhares de demandas.

Nada disso se questiona. O que é preciso pôr em destaque é apenas a importante constatação de que tudo isso ocorre, quanto aos direitos coletivos *stricto sensu* (e não nos esqueçamos que também quanto aos direitos individuais homogêneos), por obra e graça do legislador, e não pela natureza em si dessa classe de direitos, como equivocadamente assevera a majoritária doutrina brasileira.

Concluimos, pois, com LEAL (1998) que:

I) a nota de *transindividualidade*, do ponto de vista *material*, é típica somente dos direitos difusos. Do ponto de vista *processual*, a transindividualidade se verifica pela permissão de que determinado direito individual seja veiculado por intermédio de ação coletiva, quando a coisa julgada beneficia ou prejudica indistintamente todos os representados;

II) a *indivisibilidade* dos direitos difusos independe de um regime especial para a coisa julgada, pois deflui do atendimento do direito material, enquanto que, para os interesses coletivos, a *indivisibilidade* decorre somente em razão da previsão legal de extensibilidade da coisa julgada, sendo possível sentenças transitadas em julgado com comandos diversos sobre o mesmo objeto em ações individuais;

III) existem, na verdade, *duas* ações coletivas no Brasil e não *três* como conceitua a lei e a doutrina. Uma na defesa de direitos difusos (ACDD – art. 81, único, I do CDC) e outra na defesa de direitos individuais com tratamento processual coletivo (ACDI – art. 81, único, II e III do CDC).⁵⁴

Com essas conclusões, um passo importante foi dado para desvendarmos o sistema da coisa julgada no processo coletivo. Imperioso, porém, antes de ferir o tema central do presente trabalho, estudar a sistemática da coisa julgada no processo individual, pois que conceitos importantes como *coisa julgada formal e material*, *limites objetivos e subjetivos* da

⁵⁴ LEAL, Marcio Flavio Mafra. *Ações Coletivas: Histórico, Teoria e Prática*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1998, p. 196.

coisa julgada, entre outras noções, aplicam-se, com as acomodações necessárias, ao processo coletivo e ao seu regime diferenciado de coisa julgada.

Com efeito, o próximo Capítulo cuidará do interessante polêmico tema da coisa julgada, com os conceitos e polêmicas que foram erigidos no estudo do processo individual.

3 A COISA JULGADA

3.1 Panorama Geral

Estudar a coisa julgada no processo coletivo tem por pressuposto o exame desse instituto à luz do quanto sobre ele se construiu na dinâmica do processo individual. E assim deve ser porque o processo coletivo, quanto à coisa julgada, busca seus conceitos mais importantes no processo individual, com todas as evoluções que quanto ao instituto da coisa julgada a doutrina já realizou, desde as suas origens mais remotas localizadas no direito romano.

Aliás, desde que os romanos forjaram a noção de *res judicata* os juristas se esforçam por compreender, em toda a extensão e complexidade, seu conceito. O presente capítulo se dedica a esse estudo, sempre com olhos voltados para o lançamento das bases essenciais da construção que se pretende fazer no Capítulo 04, em que estudaremos a coisa julgada nas ações coletivas.

Com efeito, o processo, como tantas vezes já afirmado em doutrina, é o instrumento através do qual o Estado presta a tutela jurisdicional, resolvendo a *crise jurídica*⁵⁵ que lhe foi levada pelo jurisdicionado.

Em palavras mais simples, o processo é uma espécie de *máquina transformadora*, que busca tornar *certas* relações jurídicas *incertas*: essa a função precípua do processo de conhecimento, que mais de perto nos interessa no presente estudo.

Entretanto, essa *certeza jurídica* não é obtida instantaneamente e de inopino. Necessário é observar um *passo a passo*, que naturalmente conduzirá essa máquina rumo a seus produtos finais. Esse *passo a passo* recebe a denominação de *procedimento*⁵⁶⁵⁷, o qual, por sua vez, é composto por sucessivos *atos processuais*.

O procedimento e os atos processuais que o integram podem, pois, para fins didáticos, ser entendidos como o modo de ligação entre os dois principais pontos do processo: o ponto inicial, que consiste em um ato da parte, que é a demanda, e um ponto final, consubstanciado em um ato do Estado-juiz, qual seja, a sentença.

⁵⁵ DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil II*. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2002.

⁵⁶ Como ensina autorizada doutrina, o procedimento é a manifestação *extrínseca* do processo, ao passo que a manifestação *intrínseca* seria a relação jurídica processual. *Procedimento* é, assim, comportamentos coordenados em vista de um fim predeterminado.

⁵⁷ DINAMARCO, Candido Rangel. *Processo = Relação Jurídica Processual + Procedimento*. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2002.

Segundo o professor SANTOS (2008):

Até agora, a doutrina não conseguiu encontrar formulação definitiva para o vocábulo (processo), embora grandes avanços tenham sido realizados a partir dos estudos de Elio Fazzalari (ver *Instituzioni di diritto processuale civil*, p. 80-86). Segundo ele, o processo pode ser traduzido pela idéia de 'procedimento em contraditório'. Não sem fazer observações ao entendimento do jurista italiano, os processualistas pátrios têm dito que a noção de processo envolve as de procedimento e de relação processual. O procedimento é a forma pela qual se sucedem os atos processuais, é o caminho pelo qual o processo segue; a relação processual, por sua vez, é o vínculo jurídico que une o juiz e as partes, estabelecendo, entre eles, conforme sua qualidade, poderes, faculdades, deveres, ônus e sujeições. Assim o processo é o somatório desses dois elementos, ou seja, é o instrumento exteriorizado e materializado por um procedimento e que, além disso, é animado por uma relação jurídica processual⁵⁸.

Toda essa concatenação lógica de atos processuais tem por fim, portanto, viabilizar o ato final, no qual o juiz, após a realização de cognição exauriente, diz o direito aplicável ao caso, resolvendo a crise jurídica submetida pelas partes: eis aí a sentença.

Não é demais destacar que a Constituição da República assegura, a todos os litigantes, o devido processo legal, com oportunidade de exercício do contraditório e da ampla defesa. Isso, sem dúvida, legitima a decisão final que o juiz profere, porquanto dela puderam as partes envolvidas efetivamente participar, expor suas razões, produzir as provas dos fatos alegados etc.. Além disso, a observância do devido processo legal tem o objetivo de proporcionar decisões ponderadas, seguras e, na medida do possível, mais justas.

Entretanto, essa busca pela justiça, pela decisão perfeita, deve encontrar limites, sob pena de um processo judicial jamais se encerrar, perpetuando os litígios indefinidamente e jamais se atingindo o fim precípua da Jurisdição, que é pacificar os conflitos de interesse que turbam a paz social. Em determinado momento, pois, a decisão do Poder Judiciário deve ser tida por imutável, não se permitindo às partes retornarem com demandas que visem rediscutir aquilo que já foi objeto de resolução.

Como bem destaca o Professor RUBENSTEIN (2007)⁵⁹, a imutabilidade de uma decisão é um tema central em qualquer sistema judiciário, pois que tangencia tormentosos questionamentos, tais como: a partir de que condições estamos preparados para aceitar que o resultado de um processo é imutável? Quando estamos habilitados a dizer que a justiça realmente foi feita?

⁵⁸ SANTOS, Nilton dos. *Código de Processo Civil Interpretado*. Antônio Carlos Marcato, coordenador. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2008.

⁵⁹ RUBENSTEIN, William B. *Finality inc Class Action Litigation: Lesson from Habeas*. New York University Law Review, 2007, pag. 792.

A resposta a esses complexos questionamentos talvez seja: NUNCA. Todavia, para um sistema judiciário que pretende ser racional e atingir a sua finalidade de dar solução a litígios, essa é uma resposta absolutamente inaceitável. Em algum momento, pois, o conflito deve se encerrar e a solução ditada pelo Poder Judiciário deve ser definitiva. Alguma hora deve cessar a busca pelo valor justiça, a fim de se assegurar outro valor igualmente importante: a segurança jurídica.

Surge aí a *coisa julgada*.

Para GUERRA FILHO (2008):

A coisa julgada, para um teórico do processo do porte de James Goldschmidt, em sua obra clássica *Der Prozess als Rechtslage* (cf. §§ 14 e 15), é o próprio objetivo que com o desenrolar do procedimento deverá ser alcançado, em se tratando de um processo judicial. Realmente, o ato que cumpre a finalidade própria da jurisdição, isto é, a sentença, reveste-se, em determinado momento, de uma autoridade conferida pela lei, adquirindo com isso a estabilidade para garantir a 'segurança' nas relações sociais, ameaçadas pelas controvérsias submetidas à apreciação do órgão judicial. Por uma questão de 'justiça', as decisões judiciais estão sujeitas a serem modificadas, uma vez impugnadas e levadas ao conhecimento do órgão superior. A essa possibilidade de revisão, no entanto, se contrapõem limites, fixando um número razoável delas e estipulando um prazo rígido dentro do qual se pode solicitá-la. Uma vez que a sentença não está mais sujeita a alterações, pelo esgotamento da possibilidade de se recorrer contra ela, ocorre o trânsito em julgado e ela adquire a autoridade de coisa julgada (*autorictas res judicata*).⁶⁰

Irrepreensível a lição transcrita. De fato, a coisa julgada é um fenômeno que se liga à própria finalidade da jurisdição, na exata medida em que a estabilização da ordem jurídica torna-se impossível de ser obtida se os conflitos entre as pessoas se eternizarem. Daí porque, conforme já anotava ilustre processualista⁶¹, a possibilidade de que essa decisão final e imutável seja injusta é um mal menor comparado com a perpétua incerteza das relações do mundo jurídico.

No presente capítulo, como antes já exposto, buscaremos estudar a fundo essa ficção jurídica denominada *coisa julgada*. Afinal de contas, conquanto a coisa julgada nas ações coletivas tenha regime diferenciado, seu arcabouço teórico foi todo construído à partir das construções doutrinárias e dos conceitos da coisa julgada no processo individual, sendo, pois, indispensável o estudo destes para que possamos bem compreender a sua aplicação nos processos coletivos.

⁶⁰ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Notas fenomenológicas sobre a relativização dos limites subjetivos da coisa julgada em conexão com o litisconsórcio necessário*. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (Org.). *Coisa Julgada Inconstitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 65-83.

⁶¹ COSTA, Lopes da. *Manual Elementar de Direito Processual Civil*. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 218.

3.2 A Coisa Julgada Formal e a Coisa Julgada Material

Como visto no item anterior, em algum momento é preciso dar cabo da busca pela decisão ideal e conformar-se com a decisão possível, tudo em homenagem à segurança jurídica e à pacificação das relações litigiosas. Afirmou-se, também no item anterior, que a cessação dessa busca pela justiça e a assunção do valor segurança vem com a coisa julgada. Não se disse, entretanto, o momento em que a coisa julgada se forma, ou seja, qual o exato instante, no tempo, em que o que era modificável deixa de sê-lo.

É preciso afirmar, pois, que esse é o instante do chamado *trânsito em julgado* da sentença⁶² e que se dá no exato momento em que contra a decisão não mais é possível o manejo de qualquer recurso, seja porque a parte irresignada os manejou todos e esgotou os meios impugnativos, seja porque deixou transcorrer *in albis* o prazo de que dispunha para oferecer o recurso cabível. Certo é que, a partir do exato instante em que a sentença não mais pode ser impugnada por recurso, ela *transita em julgado* e torna-se imutável. A expressão *trânsito em julgado* é, nesse sentido, bastante apropriada, pois que bem denota a migração de um estado para outro, vale dizer, a sentença *transita* do estado de *mutabilidade* para o estado de *imutabilidade*.

Ocorre que essa imutabilidade da sentença decorrente da sua inimpugnabilidade por recurso projeta efeitos em dois planos distintos: a sentença se torna imutável naquele mesmo processo em que foi proferida, ao que se dá o nome de *coisa julgada formal*, e em se tratando de sentença de mérito (art. 269 do CPC), a sua imutabilidade se projeta também para outros processos, ao que se dá o nome de *coisa julgada material*. Em palavras outras, a *coisa julgada formal* opera efeitos “dentro” do processo em que a sentença foi proferida, no que consiste, antes de tudo, em uma preclusão, enquanto a *coisa julgada material* opera efeitos “fora” do processo em que a sentença veio a lume.

Conforme a lição sempre abalizada de THEODORO JUNIOR (2007):

A coisa julgada formal atua dentro do processo em que a sentença foi proferida, sem impedir que o objeto do julgamento volte a ser discutido em outro processo. Já a coisa julgada material, revelando a lei das partes, produz seus efeitos no mesmo processo ou em qualquer outro, vedando o reexame da *res in iudicium deducta*, por já definitivamente apreciada e julgada.⁶³

⁶² Utilizaremos, no texto, a expressão sentença com o sentido genérico de decisão final, de modo a abarcar não só o ato sentença (art. 162, §1º do CPC), como também os acórdãos dos Tribunais.

⁶³ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil Vol. I*. 47. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 595.

No manejo desses conceitos é preciso ter cuidado para não incidir no erro de se vincular o conceito de *coisa julgada formal* às sentenças proferidas com base no artigo 267 do CPC e *coisa julgada material* às sentenças proferidas com base no artigo 269 do mesmo diploma legal. Tal equívoco, muito comum entre profissionais do direito, é resultado da inadequada percepção do fenômeno da coisa julgada em relação aos tipos de sentença, terminativa ou definitiva, conforme o caso.

Como se sabe, o processo se encerra por intermédio da prolação de uma sentença, que pode extinguir o feito *sem a resolução do mérito* (art. 267 do CPC) ou *com a resolução do mérito* (art. 269 do CPC). No primeiro caso, a sentença recebe a denominação de *terminativa* e é resultado de um pronunciamento judicial que reconhece a presença de óbices formais⁶⁴ que impedem o juiz de decidir o mérito daquela lide; no segundo caso, a sentença recebe a denominação de *definitiva* e é resultado de pronunciamento judicial que enfrenta o mérito da demanda.

Ora, tanto a sentença *terminativa* quanto a sentença *definitiva* alcançam o trânsito em julgado em seu aspecto *formal*, porquanto ambas, em algum momento, deixam de ser impugnáveis por recurso e, por isso mesmo, tornam-se imutáveis naquele processo. Entretanto, se a sentença transitada em julgado adentrou o mérito, ela projetará efeitos também para outros processos em que as partes pretendam discutir aquela mesma lide, alcançando, pois o trânsito em julgado em seu aspecto *material*.

Segundo CÂMARA:

Em outros termos, e com base na teoria até aqui exposta, no momento em que a sentença se tornasse irrecurável, transitando em julgado, tornar-se-ia impossível alterá-la. A esta imutabilidade da sentença chamar-se-ia *coisa julgada formal*. Tratando-se de sentença definitiva, porém, a esta coisa julgada formal se acresceria ainda a imutabilidade dos efeitos da sentença (declaratórios, constitutivos, condenatórios), e a esta imutabilidade dos efeitos é que se daria o nome de *coisa julgada material*.

A coisa julgada formal seria, assim, um pressuposto lógico da coisa julgada substancial, haja vista que seria impossível a formação desta sem a daquela.⁶⁵

Em suma, todas as sentenças formam *coisa julgada formal*, mas apenas as sentenças definitivas atingem a *coisa julgada material*.

⁶⁴ Esses óbices formais ligam-se, no mais das vezes, ao juízo de admissibilidade do processo, composto pela categoria dos pressupostos processuais e das condições da ação.

⁶⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil vol. I*. 15. ed., Rio de Janeiro: LumenJuris, 2007, p. 474.

3.3 O Núcleo Essencial da Coisa Julgada Material

Esclareceu-se no item anterior que a coisa julgada material, revelando a lei das partes, produz seus efeitos no mesmo processo ou em qualquer outro, vedando o reexame da *res in iudicium deducta*. Em palavras outras, o que foi decidido pelo juiz torna-se imutável e indiscutível nesse e em qualquer outro processo no qual aquela relação jurídica venha a ser debatida.

O que, entretanto, torna-se imutável pela coisa julgada material? Qual o núcleo essencial da coisa julgada material? Seria a declaração contida na sentença? Seria o conteúdo da sentença? Seus efeitos?

A questão é dotada de complexidade razoável.

Com raízes nas lições de índole romanística, por muito tempo vigorou o ensinamento de que a coisa julgada seria um efeito da sentença, ao lado ou junto com os efeitos típicos e conhecidos, como os efeitos declaratório, condenatório e constitutivo.

A evolução desse conceito, segundo TALAMINI⁶⁶, coube a LIEBMAN, que fixou distinções entre coisa julgada e efeitos da sentença. Para o autor italiano, a coisa julgada seria uma qualidade dos efeitos da sentença e não exatamente um de seus efeitos. Para o processualista italiano, cujas lições muito influenciaram o direito processual civil pátrio, a coisa julgada qualificaria todos os efeitos da sentença.

Tal concepção goza de ampla aceitação na doutrina brasileira; não chega a ser, porém, uma unanimidade.

O emérito processualista carioca JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, em diversos ensaios, é um dos que lança críticas ao pensamento do jurista italiano. Segundo o processualista guanabariano, seria equivocada a afirmação de que a coisa julgada tornaria imutáveis os efeitos da sentença, porquanto esses, os efeitos, modificam-se naturalmente, a qualquer tempo, mesmo depois da coisa julgada. Cita, dentre vários exemplos, o seguinte: a decisão que acolhe o pedido, na ação renovatória, produz o efeito de estender por certo prazo, e com fixação de determinado aluguel, o vínculo locatício. Sobre isso, questiona: o que impediria as partes de no curso desse prazo, de comum acordo, modificarem o aluguel fixado, alterarem esta ou aquela cláusula e até porem fim à locação?

Por certo, responde o jurista citado, que seria dado às partes promoverem todas essas modificações, pelo que restaria demonstrado que a coisa julgada não se projeta sobre os

⁶⁶ TALAMINI, Eduardo. *Coisa Julgada e sua Revisão*. São Paulo: RT, 2005, p. 33.

efeitos da sentença, tal como quereria LIEBMAN. Para BARBOSA MOREIRA, a coisa julgada tornaria imutável o próprio conteúdo da sentença e não, repita-se, os seus efeitos.

Outro a criticar a concepção dominante foi o saudoso jurista gaúcho OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA (1995)⁶⁷. Para SILVA, a coisa julgada não seria uma qualidade dos efeitos da sentença, mas sim apenas a imutabilidade da declaração contida na sentença.

A posição de SILVA aproxima-se muito do entendimento esposado pelo genial PONTES DE MIRANDA (1974), que também opondo críticas à doutrina de LIEBMAN, pontuava: “a função declaratória da sentença, ou prepondere (ações declarativas), ou seja apenas relevante (ações condenatórias, mandamentais ou outras), é condição *sine qua non* da coisa julgada material”.⁶⁸

Entre os processualistas da nova geração, CÂMARA⁶⁹ repercute e acolhe os ensinamentos de seu conterrâneo MOREIRA. Explica CÂMARA:

De outro lado, não podemos deixar de referir outra crítica, ainda mais forte, segundo a qual seria equivocada a afirmação de que a coisa julgada material tornaria imutáveis os efeitos da sentença. Isto porque, segundo os autores que a formularam, os efeitos da sentença podem se alterar a qualquer tempo, mesmo depois da formação da coisa julgada substancial. Esta crítica é, em verdade, procedente. Os efeitos da sentença definitiva são, por natureza, mutáveis, e não se destinam a durar para sempre. (...)

Não são, pois, os efeitos da sentença que se tornam imutáveis com a coisa julgada material, mas sim o seu conteúdo (...). É este conteúdo, ou seja, é o ato judicial consistente na fixação da norma reguladora do caso concreto, que se torna imutável e indiscutível, quando da formação da coisa julgada. Ainda que desapareçam os efeitos da sentença, não se poderá jamais pôr em dúvida que a sentença revela a norma que se mostrava adequada para a resolução daquela hipótese que fora submetida à cognição judicial. É este conteúdo da sentença que se faz imutável e indiscutível. Não é, pois, a eficácia da sentença que se torna imutável, mas a própria sentença.

Como se vê, a despeito de estudos aprofundados sobre a coisa julgada e da manifestação dos mais respeitados processualistas brasileiros e estrangeiros, a coisa julgada material e sua imutabilidade ainda é tema prenhe de controvérsias.

Nada obstante, para o quanto interessa ao presente trabalho, é possível, e mesmo necessário, adotarmos algumas conclusões.

⁶⁷ SILVA, Ovídio Baptista da. *Sentença e Coisa Julgada*. 3. ed., Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1995.

⁶⁸ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil Tomo V*. Forense, 1974, p. 127.

⁶⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil vol. I*. 15. ed., Rio de Janeiro: LumenJuris, 2007, p. 478/479.

A primeira delas é que, independentemente das particularidades de cada posição doutrinária citada, todas convergem para um ponto essencial: coisa julgada material e efeitos da sentença são realidades inconfundíveis. Aliás, estes, os efeitos, podem ou não operar independentemente da formação da coisa julgada, tal qual coorre, por exemplo, com a execução provisória (art. 475-O e art. 521 do CPC). Nesse caso, a sentença gera o efeito condenatório, em que pese penda recurso de apelação e, justamente por ainda haver questionamento recursal, não há que se falar em trânsito em julgado.

Essa constatação é de suma importância para o presente estudo, pois como veremos no capítulo seguinte, o Código de Defesa do Consumidor, quando trata da coisa julgada em ações coletivas, que é o tema deste trabalho, incorre exatamente nessa confusão, vale dizer, mistura coisa julgada com os efeitos da sentença proferida em processo coletivo. Tal imprecisão será oportunamente explorada no capítulo próximo, mas desde logo é preciso ter presente que se trata de fenômenos distintos e inconfundíveis.

Retomando, em função do que restou até aqui exposto, podemos afirmar que a coisa julgada definitivamente não é um efeito da sentença. Entretanto, afirmar o que um determinado instituto *não é* mostra-se insuficiente sob o prisma científico; é preciso avançar para dizermos o que a coisa julgada *é*.

LIEBMAN bem demonstrou a diferenciação entre efeito da sentença e coisa julgada, superando o conceito então vigente de que seria a coisa julgada um dos efeitos da sentença. Entretanto, o processualista italiano defendia ser a coisa julgada uma qualidade dos efeitos da sentença, o que não parece realmente ser o mais adequado. Nesse particular, a censura – ou quem sabe apenas o reparo - oposta por BARBOSA MOREIRA à sua teoria é correta.

Sendo assim, sobram-nos as outras duas posições doutrinárias expostas: a de BARBOSA MOREIRA, segundo a qual a coisa julgada torna imutável o conteúdo da sentença, e a de OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, para quem a coisa julgada torna imutável apenas a declaração contida da sentença.

Essa disputa doutrinária, que já é clássica, repercute entre importantes processualistas brasileiros da atualidade, dentre os quais citaremos CÂMARA e MARINONI.

CÂMARA, respeitado processualista da nova geração, adota a posição de BARBOSA MOREIRA e defende que a coisa julgada torna imutável o conteúdo da sentença. Aliás, o processualista carioca fixa a diferença entre *conteúdo* da sentença e *efeitos* da sentença, em interessante trecho que merece transcrição:

A sentença, como qualquer ato jurídico, tem um conteúdo, assim entendidas as notas essenciais que a distinguem dos outros atos jurídicos. Além disso, é a sentença, em tese, e também aqui como todos os atos jurídicos, suscetível de produzir efeitos no mundo do direito. Designa-se por *eficácia* essa aptidão para produzir efeitos. É certo que os efeitos de um ato jurídico guardam correspondência com seu conteúdo, o que se dá por imputação. Explique-se: o ordenamento jurídico atribui a cada ato jurídico uma série de efeitos, os quais são, em linha de princípio, correspondentes ao seu conteúdo. Nada impede, porém, que o ordenamento atribua efeitos diferentes a atos de idêntico conteúdo e vice-versa.

O efeito, porém, não confunde com o conteúdo do ato jurídico, uma vez que este se localiza dentro do ato, enquanto aquele é necessariamente extrínseco. Como muito bem dito por *Barbosa Moreira*, “conteúdo e efeito são entidades verdadeiramente inconfundíveis. Aquilo que integra o ato não resulta dele; aquilo que dele resulta não o integra.

Assim é que a sentença, como os atos jurídicos em geral, possui um conteúdo e produz efeitos, não se podendo confundir estes com aquele. Em algumas hipóteses é bastante óbvia a diferença. Por exemplo, a sentença condenatória produz o efeito de permitir a instauração de uma execução forçada, e ninguém situaria este efeito dentro da sentença, como se integrasse seu conteúdo. Em outros casos, porém, a distinção não é tão nítida, como se dá, por exemplo, na sentença meramente declaratória. Nesta, o conteúdo da sentença consiste no ato judicial de acerto quanto à existência (ou inexistência) de uma relação jurídica, e seu efeito consiste em que a relação jurídica valerá para as partes na forma como foi acertada, tornando-se irrelevante qualquer impugnação. Da mesma forma, na sentença constitutiva, há um conteúdo da sentença, consistente no reconhecimento da existência de um direito à obtenção de uma modificação jurídica (como, *e.g.*, a anulação de um contrato ou a dissolução de uma sociedade), e na atuação deste mesmo direito; e há um efeito, consistente na situação nova, criada pela sentença (como, por exemplo, o rompimento dos laços criadores de direitos e obrigações entre os sujeitos do contrato anulado, ou entre os sócios a sociedade dissolvida).⁷⁰

Por sua vez, MARINONI (2006), em obra escrita em parceria com ARENHART (2006), claramente filia-se ao pensamento de OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, conforme se nota do trecho a seguir transcrito:

*De modo que nem todos os efeitos tornem-se imutáveis em decorrência da coisa julgada. Retomando as considerações lançadas no início deste Capítulo, se a coisa julgada representa imutabilidade decorrente da formação da lei do caso concreto, se ela representa a certificação dada pela jurisdição a respeito da pretensão de direito material exposta pelo autor, somente isso é que pode transitar em julgado. Somente o efeito declaratório é que pode, efetivamente, tornar-se imutável em decorrência da coisa julgada.*⁷¹

De nossa parte, após investigar ambas as teorias, concluímos que as concepções de MOREIRA e SILVA possuem, em verdade, mais similitudes que distinções. Ambos divisam a sentença, e o que nela está contido, dos efeitos daí decorrentes, e localizam a

⁷⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil vol. I*. 15. ed., Rio de Janeiro: LumenJuris, 2007, p. 449..

⁷¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. 5. ed., São Paulo: RT, 2006, p. 633.

imutabilidade da coisa julgada incidindo não nesses últimos, mas sim naquilo que se encontra contido na decisão judicial. MOREIRA, entretanto, parece propor algo mais amplo que SILVA: enquanto para esse jurista gaúcho a imutabilidade da coisa julgada decorreria da declaração contida na sentença, para o processualista fluminense a coisa julgada incidiria sobre todo o conteúdo dela.

Essa aproximação dos entendimentos foi reconhecida pelo próprio OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, que em um de seus últimos ensaios sobre o tema, intitulado CONTEÚDO DA SENTENÇA E MÉRITO DA CAUSA, assim se manifestou: “Os três pontos de vista, neste particular se equivalem: o *conteúdo* do ato jurisdicional fica, para Liebman e Barbosa Moreira, imutável, enquanto para nós apenas uma porção de seu conteúdo – o efeito declaratório – adquire o selo da imutabilidade”.⁷²

Em termos tais, e desde já pedindo escusas se eventualmente falseamos o real pensamento de quaisquer um desses gigantes do processo civil brasileiro, entendemos que basicamente os respeitadores autores querem dizer a mesma coisa.

E a nosso ver, aproveitando todas as luzes que os juristas citados lançaram sobre esse intrincado tema, o que realmente se torna imutável pela coisa julgada é o que restou decidido pelo juiz na sentença, vale dizer, a regra por ele proclamada para a solução do caso concreto que lhe foi submetido pelas partes. Essa regra, uma vez operado o trânsito em julgado da sentença, não poderá ser objeto de nova decisão pelo Poder Judiciário.

Em palavras distintas, pensamos que realmente a coisa julgada projeta-se sobre o *conteúdo* da sentença. Necessário, pois, explicar o que entendemos ser o *conteúdo* da sentença.

Primeiramente, é preciso destacar que a sentença, como qualquer ato jurídico, é dotada de aptidão para gerar efeitos, ao que denominamos *eficácia*. Vale dizer, o ato jurídico processual *sentença* tem a potencialidade de gerar determinados efeitos, mas essa eficácia ainda não é o próprio efeito. Recorrendo a uma comparação, dizemos que um medicamento tem essa ou aquela virtude curativa (eis aí a sua eficácia); se haverá de curar efetivamente o doente, que é o efeito, não se sabe.

Portanto, a sentença tem um *conteúdo*, composto pela *declaração*, *constituição* ou *condenação* e esse *conteúdo* possui determinada aptidão para gerar efeitos, ou seja, tal conteúdo é dotado de *eficácia*; os efeitos dessa sentença, entretanto, ressalvados certos casos, não se encontram nela mesma.

⁷² SILVA, Ovídio Baptista da. *Sentença e Coisa Julgada*. 3. ed., Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1995.

Em linhas anteriores, citamos a lição de CÂMARA, que bem demonstra a diferença que há entre conteúdo da sentença e efeito dela; faltou, todavia, à lição do mestre do Rio de Janeiro, o conceito de *eficácia*.

Retomando o raciocínio, entendemos, com BARBOSA MOREIRA, que a sentença realmente tem um *conteúdo*, que a nosso ver é composto pela *decisão* do juiz consistente na *declaração*, *constituição* ou *condenação*, e para os que adotam a classificação quinária de PONTES DE MIRANDA, também a *mandamentalidade* e a *executividade* em sentido lato. Tal *conteúdo*, ainda a nosso ver, é composto também pela *eficácia* dessa decisão, aí entendida como sua aptidão para gerar efeitos. Esses efeitos, porém, não estão compreendidos nesse *conteúdo* sentencial, pois que se projetam para “fora” do decisório.

Nesses termos, desde que entendido que *conteúdo* é igual a *decisão* (declaração, constituição e/ou condenação) mais a *eficácia*, permitimo-nos afirmar que é esse *conteúdo* que transita em julgado e torna-se imutável. Os efeitos, como dissemos, em regra não são alcançados pela imutabilidade. Dizemos que os efeitos, *em regra*, não são alcançados pela imutabilidade da coisa julgada pois, como destacaremos, nos casos das sentenças declaratórias e constitutivas, são, pelos motivos que explicaremos oportunamente.

A análise de dois exemplos contribuirá para deixar mais claro nosso pensamento.

Imaginemos que A ingresse com “ação indenizatória” em face de B, pedindo ao juiz que reconheça a existência do ato ilícito, com a conseqüente condenação deste último a ressarcir o primeiro os danos material e moral experimentados. Após o devido tramitar do feito, o juiz prolata sentença na qual julga os pedidos procedentes e, reconhecendo a existência do ato ilícito e o valor do dano, condena o réu a pagar R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) de indenização ao autor.

Ora, qual o *conteúdo* dessa sentença? Seu conteúdo é composto pela decisão que *declara* a existência de um ato ilícito que causou dano ao autor da demanda e que *declara* que esse dano teve a extensão de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), além da *condenação* do réu a pagar esse valor ao autor da ação.

Qual a eficácia dessa sentença? Permitir que o autor execute o *quantum debeatur*, invadindo o patrimônio do réu para receber tal valor.

E seu efeito, qual é? A efetiva instauração da execução.

À luz dessas considerações, questiona-se:

- I) Poderá uma sentença posterior que envolva as mesmas partes negar a existência desse ato ilícito e o tamanho do prejuízo? Vale dizer, poderá sentença posterior desautorizar essas

declarações? Ressalvado o caminho excepcional da ação rescisória, claro que não. É impensável uma nova decisão judicial que diga que o ilícito incorreu ou, em tendo ocorrido, que o valor do mesmo não é 50, mais sim 100 ou 200 mil reais? Com efeito, o *conteúdo* consistente na *declaração* torna-se imutável;

- II) Poderá uma sentença posterior que envolva as mesmas partes negar *eficácia* a esse decisório? Em outros termos, poderá um juiz negar ao autor o direito de requerer a execução do julgado, ou seja, o *cumprimento da sentença*? Uma vez que o exequente satisfaça as condições necessárias para tanto, a resposta é negativa, o que mostra que também o *conteúdo* consistente na *eficácia* da sentença também se torna imutável e indiscutível;
- III) Por fim: pode o autor não executar o julgado, perdoar a dívida, aceitar menos do que tinha direito de receber, desistir da execução instaurada etc? Sim, o que mostra que os *efeitos* da sentença, projetados no mundo dos fatos e portanto não integrando seu *conteúdo*, são absolutamente mutáveis, pois que externos à sentença e, por isso mesmo, não são acobertados pela coisa julgada.

Vejamos outro caso: A ingressa com demanda em face de B, a fim de ver rescindido contrato de compra e venda entre eles firmado. O juiz, na sentença, julga o pedido procedente e, reconhecendo o direito à rescisão (etapa declaratória), rescinde o contrato (etapa constitutiva negativa).

Submetamos também esse exemplo aos questionamentos *supra*:

Qual o *conteúdo* dessa sentença? Seu conteúdo é composto pela *declaração* de que um contrato de compra e venda existe entre as partes e que, por vício qualquer, deve ser desconstituído. Outrossim, é composto pela *desconstituição* ditada pelo juiz, de modo que o contrato que existia, deixará de existir, pois que desconstituída essa relação jurídica.

Qual a *eficácia* dessa sentença? A extinção da relação jurídica contratual. Todavia, e eis aqui uma peculiaridade das sentenças constitutivas (e também das declaratórias), a um só tempo tem ela a eficácia e também o efeito, pois que com essa sentença o contrato estará definitivamente desconstituído. Em palavras outras, queremos afirmar que o *efeito*, nesse caso, está contido na própria sentença e não fora dela, como ocorrera no exemplo anterior do efeito condenatório.

Assim, no caso em análise, o *conteúdo* da sentença é composto pela *declaração*, mais a *desconstituição*, mais a *eficácia* e ainda o *efeito*. Nessa hipótese, se antes afirmamos

que é o *conteúdo* que transita em julgado, todo esse *conteúdo* tem que se tornar imutável. Vejamos, à luz dos questionamentos seguintes, se de fato assim o é:

- I) Poderá uma sentença posterior que envolva as mesmas partes negar que um contrato de compra e venda existiu, e que pela presença de vícios “x” ou “y” foi desconstituído, deixando de existir? Vale dizer, poderá sentença posterior desautorizar essas *declarações* e essa *desconstituição*? Claro que não. É impensável uma nova decisão judicial que diga (i) que um contrato de compra e venda nunca existiu ou que (ii) esse contrato ainda existe e que não foi desconstituído. Com efeito, o *conteúdo* consistente nessas *declarações* e nessa *desconstituição* torna-se imutável;
- II) Poderá uma sentença posterior que envolva as mesmas partes negar *eficácia* a esse decisório? Em outros termos, poderá um juiz, qualquer que seja ele, negar que o contrato de compra e venda não mais existe? Outra vez não, o que mostra que também o *conteúdo* consistente na *eficácia* da sentença também se torna imutável e indiscutível;
- III) Por fim, se nas sentenças constitutivas a *eficácia* gera *efeito* imediato, não poderão as partes, por vontade delas, ter por existente o que a sentença desconstituiu. Aqui, por inserir-se o *efeito* no *conteúdo* da sentença (pois que consequência direta da *eficácia* desconstitutiva), esse também transita em julgado.

É lógico que as partes poderão, caso queiram, realizar nova compra e venda, do exato mesmo bem e em idênticos termos. Estarão, aqui, todavia, a constituir uma *nova* relação jurídica, pois que a elas não é dado ressuscitar aquela anterior, que o *conteúdo* da sentença transitada em julgado fez definitivamente desaparecer.

Podemos, pois, apresentar a seguinte síntese conclusiva: a nosso ver, o que transita em julgado é o *conteúdo* da sentença, entendido esse *conteúdo* como a *declaração*, *constituição* ou *condenação* exaradas pelo juiz, mais as *eficácias* decorrentes das mesmas. Os *efeitos*, todavia, por projetarem-se para “fora” da sentença não integram seu *conteúdo*, salvo no que toca às sentenças declaratórias e constitutivas, nas quais o *efeito* está embutido na *eficácia* e, por isso, integram o *conteúdo* da sentença.

Certamente, pois, fora das malhas da imutabilidade da coisa julgada tudo aquilo que não se encontre no *conteúdo* da sentença, o que será o efeito condenatório, mandamental e executivo em sentido *lato*.

No mais, a coisa julgada resulta, realmente, da impossibilidade de que aquilo que foi analisado e decidido pelo Poder Judiciário, que aqui estamos a denominar de *conteúdo*,

volte a sê-lo em outro processo. Essa a conclusão de TALAMINI, com a qual concordamos integralmente:

Mas, uma vez estabelecida esta distinção, cumpre reconhecer que a qualidade de imutabilidade – recaia ela sobre os efeitos da sentença (Liebman), sobre o conteúdo do comando (Barbosa Moreira) ou sobre o efeito declaratório da sentença (Ovídio Baptista da Silva) – está necessariamente vinculada à idéia de que antes era possível examinar algo e depois já não é mais. Ou seja, está indissociavelmente atrelada à noção de *mudança da situação jurídica* (de permitido para proibido).⁷³

3.4 Os Limites Objetivos da Coisa Julgada

Firmada a premissa de que a imutabilidade da coisa julgada se projeta sobre o *conteúdo* da sentença de mérito, impende continuar na investigação desse fenômeno, agora dando relevo aos seus limites objetivos.

Primeiramente, cumpre lembrar que a sentença, a teor do artigo 458 do Código de Processo Civil, é ato que se subdivide em três partes, que constituem seus requisitos formais de validade: (i) o relatório, que conterà a história do processo, (ii) a fundamentação, em que o juiz lançará os motivos de seu convencimento, e o (iii) dispositivo, em que o juiz efetivamente resolve a lide, decidindo as questões que as partes lhe submeteram.

Dentre esses requisitos, a coisa julgada tornará imutável apenas o quanto constar do dispositivo, não atingindo outros pontos da sentença, como a fundamentação, ainda que essa seja de absoluta importância para a compreensão e determinação daquilo que o juiz decidiu na parte dispositiva. Essa a regra constante do artigo 469 do CPC:

Art. 469. Não fazem coisa julgada:

- I- os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença;
- II- a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença;
- III- a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo.

Um exemplo servirá para esclarecer o dispositivo em comento.

Imagine-se que *Joaõzinho*, afirmando ser filho de *Pedro*, proponha em face deste uma *ação de alimentos*. Citado, *Pedro* comparece ao processo e oferece contestação, negando ser pai do autor e, por isso, requerendo que o pedido seja julgado improcedente. O juiz da causa, ao proferir a sentença desse processo para decidir se os alimentos são devidos ou não,

⁷³ TALAMINI, Eduardo. *Coisa Julgada e sua Revisão*. São Paulo: RT, 2005, p. 33.

deverá, por imperativo lógico, enfrentar a questão *paternidade* antes de julgar o pedido de alimentos, pois que a existência dessa relação jurídica, a paternidade, depende o julgamento do pedido. E o enfrentamento dessa questão será feito pelo juiz da causa na fundamentação da sentença, em caráter *incidenter tantum*. Caso o juiz considere que o réu *Pedro* é pai de *Joaõzinho*, deverá isso afirmar na fundamentação da sentença como razão de decidir, para, logo a seguir, no dispositivo do decisório, condenar o réu a pagar alimentos ao autor.

Nesse exemplo, a questão paternidade não consta do dispositivo da sentença, mas sim em sua fundamentação, de modo que a resolução ali constante quanto a ser ou não ser pai, ainda que importante para a decisão final daquele processo, não será atingida pela coisa julgada, podendo ser rediscutida em processo futuro.

Vale lembrar, por oportuno, que essas questões, aqui denominadas prejudiciais ou *incidenter tantum*, não são atingidas pela coisa julgada em regra; podem, entretanto, sê-lo, caso uma das partes pretenda que o juiz se manifeste, com força de coisa julgada, também sobre a questão prejudicial controvertida, o que se viabiliza processualmente pelo manejo da denominada *ação declaratória incidental* (art. 5º, art. 325 e art. 470 do CPC), que verdadeiramente transforma a questão *incidenter* em questão *principalliter tantum*.

De todo modo, ressalvada a possibilidade de manejo de ação declaratória incidental, o que faz coisa julgada material é aquilo que foi deduzido pelo autor em sua petição inicial e que será objeto de cognição pelo juiz e decisão no dispositivo da sentença. As demais questões que aí não se insiram não serão atingidas pela imutabilidade da coisa julgada. É isto que quer dizer o artigo 468 do Código de Processo Civil, que proclama:

Art. 468. A sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas.

Aliás, o artigo transcrito traz duas informações importantes: a primeira, já examinada nos parágrafos anteriores, é de que a coisa julgada incide sobre as *questões decididas*; a segunda é que tal coisa julgada obedece aos *limites da lide*.

Surge, assim, o questionamento: *quem* estabelece e *como* se estabelecem os limites da lide?

Para responder a essa indagação devemos relembrar que a jurisdição tem por característica básica a *inércia*, de modo que o juiz somente se manifesta quando provocado e nos limites dessa mesma provocação. Trata-se do princípio dispositivo, contemplado logo no artigo 2º do Código de Processo Civil, que afirma que nenhum juiz ou tribunal prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado requerer.

Mais do que isso, se incumbe à parte requerer a prestação da tutela jurisdicional, o que se faz mediante o exercício do direito de ação, a ela incumbe também traçar os limites dessa mesma prestação jurisdicional. Por isso que ao juiz é defeso manifestar-se sobre aquilo que não foi pedido, sob pena de proferir julgamento *extra petita*, eivado de nulidade. Ora, se não foi pedido é porque a parte não pretendia a manifestação jurisdicional sobre aquele ponto, e a jurisdição, inerte por natureza e imposição legal, não pode avançar sobre temas que a parte não lhe submeteu.

Com efeito, fica fácil responder à indagação formulada. É a parte autora quem estabelece os limites da lide. Como? Por intermédio da petição inicial, que é o instrumento da demanda, especificamente ao formular a sua *causa de pedir* e o seu *pedido*. Conforme anota com acurada percepção VIGLIAR, “lembramos com Eduardo Couture que a petição inicial constitui um verdadeiro “projeto de sentença de mérito” (...). A denominada *coisa julgada material* será formada nos limites dos pedidos formulados”.⁷⁴

E completa o raciocínio o mestre BEDAQUE, ao afirmar que:

À luz dos arts. 128, 459 e 460, está o juiz objetivamente limitado aos elementos da demanda deduzidos pelo autor na inicial. O pedido formulado e os motivos deduzidos pelo autor representam o âmbito de atuação do julgador. Não pode ele conceder mais ou coisa diversa da pretendida, nem apresentar razões diferentes das apresentadas. Se o fizer, dar-se-á o fenômeno do julgamento *ultra* ou *extra petita*, o que pode implicar nulidade da sentença.⁷⁵

Fica claro, portanto, que para descobrirmos os *limites da lide*, tal qual enunciado no artigo 468 do CPC, justamente para saber os limites objetivos da coisa julgada, precisamos perscrutar a petição inicial do autor, notadamente o que expôs ele em sua *causa de pedir* e os *pedidos* por ele formulados.

Nesse mesmo capítulo, já tivemos a oportunidade de asseverar que a coisa julgada resulta da impossibilidade de que aquilo que foi analisado e decidido pelo Poder Judiciário volte a sê-lo em outro processo. Assim, para haver o óbice da coisa julgada material, que impede novo julgamento acerca do que já foi decidido, é preciso que a nova ação proposta seja idêntica àquela anteriormente julgada. Para tanto deverá ter, além das mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido. Essa tríplice identidade ou *tria eadem* é exigível

⁷⁴ VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Código de Processo Civil Interpretado*. Org. ANTÔNIO CARLOS MARCATO. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2008, p. 1526.

⁷⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Código de Processo Civil Interpretado*. Org. ANTÔNIO CARLOS MARCATO. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2008, p. 375.

para a configuração do óbice da coisa julgada material. Fora desse *limite* ditado pelo artigo 468 do CPC, inexistente coisa julgada e a nova ação pode ser apreciada sem qualquer óbice.

Não se pense, entretanto, que a análise do *tria eadem* para fins de aferição dos limites objetivos da coisa julgada seja tarefa fácil. Muito ao contrário, não raras vezes essa operação exige pesquisa aprofundada sobre a causa de pedir e o pedido das demandas, a fim de se saber se realmente está-se diante de uma *nova* ou da *mesma* demanda.

TALAMINI⁷⁶ fornece-nos importantes critérios para ao desenvolvimento dessa análise, propondo exemplos que, por esclarecedores, merecem ser aqui reproduzidos.

Quanto à análise do *pedido*, propõe o notável processualista paranaense o exemplo seguinte. Imagine-se uma ação na qual o autor, com fundamento em vício redibitório, formula pedido de abatimento do preço. Julgado improcedente o pedido, volta esse mesmo autor ao judiciário para com base no mesmo fundamento, vício redibitório, agora formular pleito de desfazimento do negócio jurídico.

Haveria, em caso tal, coisa julgada material a impedir a apreciação desse novo processo?

Segundo citado autor a resposta é negativa, pois que os pedidos formulados nessas ações são diferentes.

E com razão assim conclui, a nosso ver. No exemplo em análise é possível que o juiz, no primeiro processo, tenha entendido que o vício redibitório, conquanto existente, não gerasse a consequência jurídica pretendida pelo autor, qual seja, o abatimento do preço - que foi o seu pedido - daí tê-lo julgado improcedente. É possível, ainda, que naquele primeiro processo tenha o juiz entendido inexistente o vício redibitório e, por isso mesmo, julgou o pedido de abatimento do preço improcedente. Tanto num caso como noutro será possível a dedução de nova demanda, desde que lastreada em pedido diferente, pois que a questão do vício redibitório foi, na primeira sentença, enfrentada em sua fundamentação (pois é fundamento do pedido e não o pedido em si) e, por isso, não atingida pela coisa julgada material, nos termos do já abordado artigo 469 do Código de Processo Civil. Assim, fica livre o juiz do segundo processo para apreciar o novo pedido, agora de desfazimento do negócio, e novamente analisar a questão do vício redibitório.

Com efeito, formulado novo pedido, a ação é outra, ainda que estribada no mesmo fundamento, pois que não configurada a perfeita identidade do *tria eadem*. E se é nova ação, não há que se falar em coisa julgada material.

⁷⁶ TALAMINI, Eduardo. *Coisa Julgada e sua Revisão*. São Paulo: RT, 2005, p. 68.

Entretanto, é de bom alvitre sublinhar que nem sempre a pura e simples alteração do pedido terá o condão de subtrair a nova ação das malhas de uma anterior coisa julgada formada anteriormente. E é novamente TALAMINI quem fornece parâmetros interessantes para a solução desses casos:

- a) LIMITE 01: novo pedido que, conquanto não idêntico ao anterior, esteja contido nele. É o que se dá com o pedido condenatório de 100 que venha a ser julgado improcedente; não pode o mesmo autor voltar ao judiciário e pleitear a condenação do mesmo réu em 50, pois este pedido está contido naquele anterior.
- b) LIMITE 02: o pedido de um resultado que seja prática e objetivamente incompatível com o resultado estabelecido da decisão passada em julgado. TALAMINI propõe o seguinte caso: julgada procedente ação condenatória, se o condenado propuser ação pedindo a declaração da inexistência do crédito, invocando fundamentos anteriores à sentença condenatória, esbarrará na coisa julgada. A declaração de inexistência do crédito fica diretamente excluída pela anterior declaração de sua existência e condenação a seu pagamento. Parece-nos, aqui, incidir os termos do artigo 474 do CPC e a eficácia preclusiva da coisa julgada, que abaixo teremos a oportunidade de destacar.
- c) LIMITE 03: o pedido que esteja prejudicado pelo *decisum* do processo anterior. Aqui poderíamos voltar ao caso da paternidade e alimentos. Imagine-se que FULANO ingresse com ação em face de BELTRANO pretendendo ver declarada a inexistência do vínculo de paternidade. Julgado procedente tal pedido, não poderá BELTRANO voltar ao judiciário e manejar ação de alimentos tendo por fundamento a existência do vínculo de paternidade, pois que inexoravelmente esbarrará no óbice da coisa julgada formada no processo anterior, que já declarara, por sentença transitada em julgado, que a paternidade não há.

Noutro giro, não menos tormentosa é a análise da *causa de pedir* para fins de aferição da existência ou não de coisa julgada. Essa, a causa de pedir, é assim explicada pelo professor DINAMARCO:

Todo direito a um determinado bem da vida nasce necessariamente de dois elementos: um preceito que a lei preestabelece e um fato previsto na lei como antecedente lógico do preceito (*ex facto oritur ius*). Em toda norma jurídica existe uma previsão genérica e abstrata de fatos tipificados com maior ou menor precisão (*fattispecie*), seguida do preceito a aplicar cada vez que na vida concreta das pessoas ou grupos venha a acontecer um fato absorvido nessa previsão (*sanctio juris*).

Por isso, para coerência lógica com o sistema jurídico como um todo, o sujeito que postula em juízo deve obrigatoriamente explicitar quais os fatos que lhe teriam dado direito a obter o bem e qual é o preceito pelo qual esses fatos geram o direito

afirmado. Isso explica a composição mista da *causa petendi*, indicada no Código de Processo Civil como *factos e fundamentos jurídicos do pedido* (art. 282, inc. III).⁷⁷

Conquanto a causa de pedir seja composta tanto pelos fatos quanto pelos fundamentos jurídicos, apenas os fatos vinculam o juiz da causa. A fundamentação jurídica da petição não passa de uma proposta, endereçada pela parte ao juízo, de qualificação jurídica dos fatos. Como proposta, não vincula, não havendo impedimento para que o juiz, com base em fundamento jurídico diverso daquele invocado pela parte, conceda a ela o que foi pleiteado.

Assim, se um pedido é julgado improcedente em função da causa de pedir “x” e a parte autora formula o mesmo pedido em nova ação, agora estribada na causa de pedir “y”, não haverá óbice de coisa julgada a impedir a análise da segunda demanda.

A questão tormentosa que se põe sobre o tema é se saber quando que a causa de pedir é realmente *nova*, notadamente em função do disposto no artigo 474 do Código de Processo Civil, que disciplina a chamada *eficácia preclusiva* da coisa julgada. Eis o dispositivo:

Art. 474. Passada em julgado a sentença de mérito, reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas, que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido.

Aclaremos um pouco mais as razões que nos conduziram a considerar *tormentosa* a incidência do artigo 474 do CPC.

Nos termos do artigo 468 do diploma processual civil, a coisa julgada faz lei nos limites da lide e, conforme expressamos, tais limites se encontram delimitados pela *causa de pedir e pedido*. Nesses termos, tudo aquilo que não conste dessa conjugação *causa de pedir e pedido* ficaria fora dos limites do que fora decidido pelo juiz e, portanto, subtraído das malhas da coisa julgada.

Entretanto, em aparente contradição, dispõe o artigo 474 que ficam abrangidas pela coisa julgada material tanto as alegações e defesas que as partes efetivamente fizeram, quanto aquelas que poderia ter feito, a fim de ensejar a procedência ou improcedência do pedido. Nos termos do dispositivo em comento, as alegações e defesas que poderiam ter sido feitas e não foram restam *implicitamente decididas*, ou, como prefere a doutrina dominante, seriam colhidas pela eficácia preclusiva da coisa julgada.

⁷⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil II*. 2 ed., São Paulo: Malheiros, 2008, p. 126.

A harmonização desses dois artigos, que se encontram em aparente rota de colisão, é que nos parece bastante tormentosa. Quando podemos dizer que determinada alegação é *nova causa de pedir* e que, justamente por ser nova, não esbarra em eventual coisa julgada já formada, e quando podemos dizer que determinada alegação foi implicitamente julgada na sentença anterior e que, por isso, não pode servir de fundamento a nova demanda sem atingir a coisa julgada formada e sua conseqüente eficácia preclusiva?

Vejam os alguns exemplos⁷⁸ em que nos deparamos com essa sensível configuração processual.

EXEMPLO 01:

Ação de cobrança proposta pelo mutuante em face do mutuário, em que sejam pedidos o pagamento do capital e dos juros. O réu, ignorando que seu procurador havia pago a dívida em cobrança, contesta a ação, limitando-se a alegar a prescrição do débito, e perde a demanda. Poderá este réu após o trânsito em julgado da sentença, pretender a repetição do que pagou, sob a alegação de que a dívida objeto do primeiro processo já havia sido paga?

EXEMPLO 02:

Ação de rescisão de contrato de parceria agrícola proposta pelo proprietário da terra em face do colono, alegando que o réu causou, culposamente, danos à colheita, mediante uso inadequado de fertilizantes e defensivos agrícolas. Julgada tal demanda improcedente, poderia o proprietário da terra voltar ao judiciário com novo pedido de rescisão contratual, agora alegando danos não à colheita mas à gleba?

EXEMPLO 03:

Ação de indenização por acidente de trânsito em que o réu alega que autor cometeu ato ilícito por estar dirigindo em velocidade incompatível com a via. Julgado improcedente o pedido, pode o autor formular novo pedido indenizatório, agora sob a alegação de que o réu se encontrava dirigindo sob o efeito do álcool?

EXEMPLO 04:

Proposta uma ação de despejo fundada no fato de que o inquilino não cumpriu o contrato, na cláusula em que se obrigara a pintar o imóvel e reparar os assoalhos, uma vez rejeitada a ação por não provados tais fatos, poderá o locador propor uma segunda ação em que alegue que o locatário infringira outra cláusula contratual de que resultou o corte no fornecimento de energia elétrica e do telefone por falta de pagamento, obrigações essas que lhe cabiam?

⁷⁸ SILVA, Ovídio Baptista da. *Limites Objetivos da Coisa Julgada no Direito Brasileiro Atual*, em *Sentença e Coisa Julgada*. 3. ed., Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1995.

Nos quatro casos citados, temos em comum a circunstância de que os temas pagamento (exemplo 01), danos à gleba (exemplo 02), direção em estado de embriaguez (exemplo 03) e infração contratual por não pagamento de luz e telefone (exemplo 04), não foram deduzidos nos processos originários, não foram debatidos pelas partes e não foram examinados e julgados pelo juiz.

Seriam estas, pois, *novas* causas de pedir a viabilizar novas discussões perante o judiciário ou, ao contrário, seriam fundamentos dedutíveis já naqueles feitos originários e, por isso, estariam sob as malhas do efeito preclusivo da coisa julgada, tal qual exposto no artigo 474 do CPC?

Antes de externarmos nossa opinião no que toca às indagações formuladas, mostra-se oportuno expor o atual panorama doutrinário acerca do tema, tal qual indicado por DIDIER JUNIOR, BRAGA e OLIVEIRA⁷⁹.

Segundo citados autores, a corrente majoritária considera que a eficácia preclusiva da coisa julgada somente atinge os argumentos e provas que sirvam para embasar a *causa petendi* deduzida pelo autor. O efeito preclusivo não atingiria, assim, todas as causas de pedir que pudessem ter servido para fundamentar a pretensão formulada em juízo, mas tão-somente aquela que efetivamente embasou o pedido apresentado e as alegações que a ela se refiram. Prosseguem apresentando uma segunda corrente doutrinária, minoritária, que entende que a eficácia preclusiva da coisa julgada alcança todas as causas de pedir que pudessem ter sido deduzidas, mas não foram.

A nosso sentir, a primeira corrente doutrinária apresentada está coberta de razão, desde que efetivamente se trate de uma nova causa de pedir; eventualmente a segunda corrente doutrinária também pode estar certa, quando se demonstrar que aquilo que chamam de nova causa de pedir não seja efetivamente isso, mas sim a mesma causa de pedir, com roupagem diferente.

Voltamos, pois, às indagações que já formulamos e que as correntes doutrinárias apontadas não respondem: quando podemos dizer que determinada alegação é *nova causa de pedir* e quando podemos dizer que determinada alegação foi implicitamente julgada na sentença anterior sendo apanhada pela eficácia preclusiva da coisa julgada?

Quem, a nosso sentir, apresenta a melhor solução para o caso é o memorável professor OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA (1995)⁸⁰, que em aprofundado estudo intitulado

⁷⁹ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael de. *Curso de Direito Processual Civil* 2. 4. ed., Salvador-BA: JusPodivm, 2007, p. 427 e 428.

⁸⁰ SILVA, Ovídio Baptista da. *Sentença e Coisa Julgada*. 3. ed., Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1995.

LIMITES OBJETIVOS DA COISA JULGADA NO DIREITO BRASILEIRO ATUAL, no qual expõe e analisa as doutrinas de CARNELUTTI e BUZAID, acaba por adotar a posição do processualista alemão SCHWAB, dizendo:

Outra, aliás, não é a conclusão a que chega Schwab, em sua obra, considerada já clássica, sobre o assunto, quando afirma que o *efeito de exclusão* causado pela coisa julgada atingirá toda a cadeia de fatos similares, mas não abrangerá os *fatos que não guardem relação com o material do primeiro processo*, vale dizer que correspondam a uma pretensão *discrepante* da exposta na primeira demanda (op. Cit., p. 225), pois “o objeto litigioso é a petição de uma resolução designada no pedido. Essa petição necessita, contudo, em qualquer caso, ser fundamentada por fatos” (p. 251).

Para a doutrina de Schwab, que nos parece na essência correta e conforme a nossa lei – ao contrário do que seguidamente imaginam seus opositores – não é o pedido só que importa, mas o *pedido convenientemente interpretado* (p. 243). E para interpretá-lo, diz o egrégio processualista de Nüremberg, deve recorrer-se aos fatos, ou ao que ele denomina de *estado das coisas* que verdadeiramente abrange *fatos e relações jurídicas deduzidas ou deduzíveis*.

Forte nessas lições, segundo as quais a eficácia preclusiva da coisa julgada atinge *toda a cadeia de fatos similares* mas não abarca *fatos que não guardem relação com o material do primeiro processo*, podemos finalmente oferecer ao leitor nossas respostas aos quatro exemplos figurados em parágrafos anteriores.

Quanto ao *exemplo 01*, entendemos que a alegação de pagamento da dívida não pode servir de fundamento a uma ação de repetição, pois que se trata de fundamento ou tema totalmente inserido no material discutido no primeiro processo. Nesses termos, não se tratando de *nova* causa de pedir, estará compreendida na eficácia preclusiva da coisa julgada prevista no artigo 474 do CPC.

De igual forma pensamos quanto ao *exemplo 02*. A alegação de danos à gleba não se trata de questão externa à temática discutida. Ao contrário, é questão compatível e inserida no mesmo contexto. *Fato similar*, na lição de Schwab, dedutível já naquele primeiro processo e, por isso, atingido pela eficácia preclusiva do artigo 474 do código.

Não é diferente a nossa resposta ao *exemplo 03*. A embriaguez é *fato similar*, inserido no contexto do primeiro processo, razão pela qual não pode ser tida por *nova* causa de pedir.

Apenas no *exemplo 04* identificamos a inexistência da eficácia preclusiva, pois que a alegação de falta de pagamento que acarretou o corte de energia e telefone não guarda qualquer relação com o material discutido no primeiro processo, consistente no descumprimento de cláusula contratual que obrigava o inquilino a pintar o imóvel e reparar o assoalho. Aqui, sim, temos verdadeiramente uma *nova* causa de pedir, que por isso mesmo não resta apanhada pela eficácia preclusiva da coisa julgada.

Aliás, ao examinarmos cada um dos exemplos expostos, nos demos conta de interessante fenômeno. Nos casos dos exemplos 01, 02 e 03, em que concluímos pela presença da eficácia preclusiva, no curso dos processos originários seria dado ao juiz da causa conhecer de todos os fundamentos, ainda que as partes não os tenham alegado. O pagamento, no exemplo 01, poderia ser levado em conta pelo juiz, caso ao autor da ação de cobrança, por exemplo, tivesse confessado tal fato em eventual depoimento pessoal ou mesmo se no curso do processo, em momento imediatamente anterior à prolação da sentença, o recibo de pagamento viesse aos autos. O mesmo se diga quanto à questão dos danos à gleba e a embriaguez. Em nenhum desses casos estaria o juiz vulnerando o princípio da adstrição, caso levasse em consideração esses temas em sua decisão.

O mesmo não se diga quanto ao exemplo 04. Por ser outra causa de pedir, não seria dado ao juiz julgar procedente o pedido com base na falta de pagamento que acarretou corte da energia e telefone. Estaria ele limitado à causa de pedir efetivamente deduzida.

Com efeito, ousamos aqui propor uma nova perspectiva que pode auxiliar no exame do tema: questões e fundamentos que, mesmo não deduzidas pelas partes, poderiam ter sido conhecidas pelo juiz da causa sem que isso importasse em violação da regra da adstrição, serão apanhadas pela eficácia preclusiva da coisa julgada. Por outro lado, questões e fundamentos que não foram deduzidas pelas partes e que não poderiam ser conhecidas pelo juiz, sob pena de, em o fazendo, violar a adstrição, não serão atingidas pela eficácia preclusiva da coisa julgada.

3.5 Limites Subjetivos da Coisa Julgada

A coisa julgada, da mesma forma que tem limites objetivos, encontra na lei também o traçar de seu limite subjetivo, conforme a regulamentação inserida no artigo 472 do Código de Processo Civil:

Art. 472. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Nas causas relativas ao estado da pessoa, se tiverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros.

À luz do artigo transcrito, a regra geral de nosso ordenamento jurídico é de que a coisa julgada opera entre as partes, não atingindo terceiros. Nada a se estranhar, reconheça-se, pois que conseqüência direta das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Ora, como proibir alguém, que não foi parte no processo, de discutir determinada relação jurídica? Mais: como pretender invadir a esfera de direitos de alguém se a ele não foi permitido participar do processo, com o exercício do contraditório e da ampla defesa? Por isso, não se pode impor a quem não foi parte o resultado de um processo no qual não teve participação.

Todavia, afirmar, como acabamos de fazer, que os terceiros não ficam vinculados à coisa julgada, não significa asseverar que terceiros não sofram os efeitos da sentença. Tal como demonstramos no presente capítulo (ver itens 03 e 04 *supra*), a coisa julgada acoberta o conteúdo da sentença de mérito, nos limites da lide proposta. Não diz, pois, a coisa julgada, com os efeitos da sentença, que invariavelmente serão sentidos por todos, partes e terceiros.

De fato, não se pode ignorar que a sentença judicial tem uma eficácia natural, que não se confunde com a coisa julgada que se forma quando contra ela não mais são oponíveis recursos. Conforme anota SANTOS⁸¹, a eficácia natural da sentença vale para todos, enquanto a autoridade da coisa julgada forma-se e existe somente para as partes.

Um exemplo⁸² servirá para mostrar que os efeitos da sentença se fazem sentir por terceiros, a despeito de não serem atingidos pela coisa julgada. Imagine-se uma sentença que decrete o despejo de alguém. Ora, tal ato jurisdicional operará efeitos para o inquilino (que deverá deixar o imóvel), mas também em relação à sua família (que o acompanhará), a seus amigos (que haverão de reconhecer que aquela pessoa não mais reside naquele endereço), a seus credores etc. Tal sentença também gerará efeitos sobre o sublocatário, que eventualmente tenha alugado um quarto no imóvel locado.

Constata-se, pois, que os efeitos da sentença são *subjetivamente ilimitados*, fenômeno que TALAMINI, na obra tantas vezes citada no presente estudo, explica à perfeição:

Como qualquer outro ato ou fato jurídico, a sentença ingressa no mundo jurídico e produz seus efeitos indistintamente. Mais ainda, como ato jurídico do poder estatal, a sentença tem igual eficácia e valor de preceito perante todos os sujeitos da ordem jurídica. Reveste-se, como todo ato estatal, de presunção de legitimidade, a qual independe da coisa julgada e, portanto, se põe também para os terceiros. Na edição originária de sua obra, Liebman referiu-se a esse fenômeno como sendo a “eficácia natural” da sentença como ato do estado. No prefácio da reimpressão italiana de 1962, ele reconheceu tratar-se do mesmo fenômeno que os administrativistas denominam, mais propriamente, de “imperatividade” do ato público. Assim, a sentença de divórcio que desconstitui o casamento, faz com que o casamento deixe de existir perante todos, e não apenas em relação aos cônjuges, que figuraram como

⁸¹ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil Vol. 3*. 24. ed., Saraiva, 2010, p. 76 e 77.

⁸² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. 5. ed., São Paulo: RT, 2006, p. 638.

partes no processo; a condenação obtida pelo autor em face do réu põe-se como tal diante de qualquer terceiro; a declaração de nulidade de um ato vigora igualmente perante terceiros – e assim por diante. Mesmo porque as relações jurídicas entre as várias pessoas não têm existência isolada. Elas “subordinam-se”, conectam-se, relacionam-se, umas com as outras, de diferentes modos e em diferentes graus. Por isso, as vicissitudes a que se submete cada uma delas – inclusive as acarretadas por decisões judiciais – tendem a interferir sobre outras. Desse modo, a eficácia natural da sentença (i.e., a potencialidade de produzir efeitos), subjetivamente ilimitada, irá produzir efeitos concretos sobre todas as situações jurídicas que estejam em conexão com aquela que seja objeto do *decisum*.⁸³

De outro modo a coisa julgada que, entendida como a imutabilidade do conteúdo da sentença, vincula apenas as partes do processo, que ficam proibidas de rediscutir, em nova ação, o que foi objeto de decisão pelo judiciário.

Note-se que tanto as partes, quanto terceiros, experimentam os efeitos da decisão judicial; as partes, por força da coisa julgada, não podem mais pretender rediscutir o conteúdo do que resta decidido; os terceiros, na medida em que os efeitos da sentença repercutam de tal modo em sua esfera jurídica a ponto de outorgar-lhes legitimidade e interesse processual para tanto, poderão buscar o judiciário e rediscutir aquela questão novamente. Isso prova que os terceiros não estão “fora” do alcance dos efeitos do *decisum* (pois que estes são subjetivamente ilimitados), mas sim fora das malhas da coisa julgada material formada.

Essa diferença que há entre coisa julgada e efeitos da sentença, e entre coisa julgada e obrigatoriedade da sentença, foi também estudada por PONTES DE MIRANDA, que magistralmente a esclarece nos termos seguintes:

A eficácia de coisa julgada material é a vedação relativa de discutir-se a matéria, o *decisum*. Nada tem com o que o comum chama de “obrigatoriedade” da sentença: essa obrigatoriedade é a de todos os atos estatais, com diferença apenas de sanção. Trazer tal conceito à discussão é turbar a exposição mesma do problema, pela extraneidade dele. A coisa julgada material produz-se como criação de indiscutibilidade entre as partes.⁸⁴

Em suas lições, PONTES DE MIRANDA também enxergou a extensão dos efeitos da sentença a quem não foi parte e foi além, asseverando que em muitos casos o terceiro é atingido pelos efeitos da sentença e deve *respeito* a tal decisório. Uma vez mais, vejamos as lições do mestre das Alagoas em suas próprias palavras:

A coisa julgada também vincula as partes para que a “respeitem” mesmo outras pessoas que o juiz. Vincula as partes, eis tudo. Se A é credor de B e C de A, a

⁸³ TALAMINI, Eduardo. *Coisa Julgada e sua Revisão*. São Paulo: RT, 2005, p. 97.

⁸⁴ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil Tomo V*. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 127.

sentença de prescrição que foi proferida entre A e B tem de ser respeitada por C, que pretendia penhorar o crédito de A. Esse “respeito” nada tem com a eficácia, tanto que, se houve fraude contra credores, pode C ter a sua ação, sem valer qualquer coisa para C a *res iudicata* entre A e B.

Uma vez mais, pois, afirmemos, tanto as partes, quanto terceiros, experimentam os efeitos da decisão judicial; as partes, por força da coisa julgada, não podem mais pretender rediscutir o conteúdo do que resta decidido; os terceiros, na medida em que os efeitos da sentença repercutam de tal modo em sua esfera jurídica a ponto de outorgar-lhes legitimidade e interesse processual para tanto, poderão buscar o judiciário e rediscutir aquela questão novamente.

É nesses termos que deve ser entendido o limite subjetivo da coisa julgada.

4 A COISA JULGADA NAS AÇÕES COLETIVAS

4.1 Generalidades

A disciplina jurídica dos direitos coletivos, conforme tivemos a oportunidade de demonstrar nos capítulos 01 e 02 do presente trabalho, apresenta peculiaridades marcantes. Resultado do rompimento com a dicotomia público x privado arraigada em nossa tradição jurídica desde a *summa divisio* romana, esses “novos” direitos, que a um só tempo não são de ninguém e são de todos, demandam da ciência jurídica um tratamento capaz de atender a essas peculiaridades.

Características como a transindividualidade, a indivisibilidade e a possibilidade de lesão difusa a atingir milhares ou milhões de pessoas, exigiu fossem forjados novos instrumentos processuais que pudessem atender às necessidades desses direitos cuja complexidade em muito supera os tradicionais esquemas do direito puramente individual.

Nas ações coletivas, é forçoso reconhecer, temos um processo diferente, uma legitimidade (extraordinária) especial e um direito material peculiar (direito coletivo). A completar essa sistematização, não poderia faltar um regime diferenciado de coisa julgada, que se amolde às peculiaridades desse específico direito material deduzido em juízo.

Dizemos regime diferenciado de coisa julgada porque, por um lado, não se podem dispensar os conceitos teóricos mais importantes da coisa julgada no processo individual, daí porque os estudamos no Capítulo 03 deste trabalho. Por outro lado, também não podemos simplesmente transportar aquele modelo para o processo coletivo; as devidas adequações são, pois, imprescindíveis.

De fato, no processo coletivo ou tratamos de direitos *essencialmente* coletivos, como é o caso dos direitos difusos, ou tratamos de direitos individuais com tratamento coletivo, como é o caso dos direitos coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos⁸⁵. Em ambos os casos, seja por força do próprio direito material, seja por obra das disposições processuais aplicáveis, os efeitos do julgado possuem extensão subjetiva *erga omnes* ou *ultra partes*, conforme o caso, ao contrário do sistema *inter partes* da coisa julgada individual.

Entretanto, essa extensão subjetiva da decisão nas ações coletivas deve ser regulada com cuidado pelo legislador, visto que, conforme destacam DIDIER JUNIOR e ZANETTI JUNIOR, existe:

⁸⁵ Como exposto no Capítulo 02 do presente trabalho, entendemos que apenas os direitos difusos são *essencialmente* coletivos.

a) o risco de interferência injusta nas garantias individuais do titular do direito subjetivo (princípio da inércia do judiciário e do contraditório), submetendo o “sujeito” à “imutabilidade” de uma decisão da qual não participou: o problema decorre da circunstância de que o legitimado à tutela coletiva é sempre um ente que não é o titular do direito coletivo em litígio (legitimação extraordinária); b) a exposição indefinida do réu ao judiciário (“no person should be twice vexed by the same claim”) e a estabilidade jurídica para o Estado (“It is in the interest of the State that there be na end to litigation): é preciso, de outro lado, proteger o réu, que não pode ser demandado infinitas vezes sobre o mesmo tema, e limitar o poder do Estado, que não pode estar autorizado a sempre rever o que já foi decidido.⁸⁶

Como veremos mais a frente, a extensão subjetiva da coisa julgada, para utilizar a linguagem do Código de Defesa do Consumidor, é peça central no mecanismo da tutela processual dos direitos coletivos, visto que, se dentre os objetivos das ações coletivas encontram-se o acesso à justiça, a tutela e a judicialização de direitos de titularidade indeterminada, a economia processual, a diminuição de demandas aforadas, a prevenção da prolação de decisões judiciais contraditórias, entre outras, metas tais somente são alcançáveis mediante a extensão subjetiva dos efeitos do julgado proferido na ação coletiva. Assim não fosse quase perderia o sentido falar-se em processo coletivo.

Mas se a extensão subjetiva do julgado é um imperativo nas ações coletivas, compatibilizar essa técnica com os princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal não é tarefa simples. Ora, como atingir terceiros com o julgado proferido na ação coletiva se eles, os terceiros, desse processo não participaram? Como impor-lhes o resultado de um processo no qual esses terceiros não tiveram a oportunidade de exercer suas garantias constitucionais?

Questões tais afligiram juristas e legisladores de praticamente todos os países que se dedicaram à tarefa de regular o processo coletivo, colhendo-se nos ordenamentos alienígenas soluções variadas para essa necessária compatibilização entre extensão subjetiva do julgado e devido processo legal.

Em sede teórica, o principal desafio é justificar e dar fundamento a essa extensão subjetiva do julgado a terceiros. Algumas teorias foram construídas acerca desse tema, compartilhando todas elas um elemento similar: a extensão do julgado a terceiros não atentaria contra a cláusula do devido processo legal porque esses terceiros estariam de alguma forma representados em juízo pelo autor ideológico (legitimado extraordinário) da ação coletiva.

⁸⁶ DIDIER JR, Fredie; ZANETTI JUNIOR, Hermes. *Curso de Direito Processual Coletivo*. Salvador-BA: JusPodivm, 2007, pag. 338.

Vejam, pois, como a *representação* da coletividade, segundo teorias tais, justificaria a extensão subjetiva do julgado nas ações coletivas sem mácula ao devido processo legal.

4.2 As Teorias sobre a Representação da Coletividade em Juízo

O excessivo aprofundamento sobre as teorias que justificam a representação da coletividade em juízo, dada sua complexidade, por certo fugiria do assunto central do presente trabalho, melhor se acomodando a um estudo que tratasse especificamente dos mecanismos de legitimação para as ações coletivas. Entretanto, ainda que superficialmente devemos passar em revista a tais construções teóricas, notadamente porque poderemos identificar os motivos que conduziram o legislador brasileiro a escolher os legitimados ativos à propositura das ações coletivas, bem como demonstrar que a extensão do julgado, nas ações coletivas, não causa mácula ao devido processo legal.

E nessa breve, porém essencial tarefa, contamos com as lições sempre esclarecedoras de LEAL⁸⁷, que a par de advertir que a discussão acerca de teorias sobre a representação de grupos em juízo nas ações coletivas ainda é pouco desenvolvida, apresenta as principais delas, a saber: (i) teoria da corporação de fato ou da pessoa jurídica *ad hoc*; (ii) teoria da hipossuficiência; (iii) teoria do consentimento; (iv) teoria do interesse; (v) teoria institucional ou objetivista.

A *teoria da corporação de fato* surge com a modernização da sociedade e o desenvolvimento da idéia de personalidade jurídica (legal person), ligada à concepção fundada na *summa divisio* romana, nesse trabalho já apresentada, de os tribunais reconhecerem somente o Estado ou o indivíduo como centro de imputações jurídicas. Nessa ordem de idéias, grupos de pessoas que pretendessem o reconhecimento de um direito comum a todos deveriam organizar-se na forma de uma pessoa jurídica, que representaria os interesses desse grupo em juízo. Com efeito, a própria existência da entidade corporativa já implicaria no consentimento do grupo para a representação de seus interesses em juízo.

A *teoria da hipossuficiência* parte da premissa de que, em determinadas situações e em função de específicas relações de direito material, como os direitos do consumidor, os indivíduos titulares desses direitos encontrar-se-iam em uma situação de hipossuficiência presumida para a defesa do interesse violado. Por essa razão, a tutela desses direitos deveria

⁸⁷ LEAL, Marcio Flavio Mafra. *Ações Coletivas: Histórico, Teoria e Prática*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1998, p. 53.

ocorrer em perspectiva coletiva, escolhendo adequados representantes dessa classe para a judicialização de seus interesses. Em sendo esse representante efetivamente considerado adequado à tutela daquele interesse do grupo, justificada estaria a extensão subjetiva do julgado a terceiros.

Outra teoria erigida para a explicação do fenômeno ora apresentado é a *teoria do consentimento*, segundo a qual para que haja a extensão do julgado aos terceiros integrantes da classe representada em juízo, devem esses expressar seu consentimento quanto a essa representação. A aplicação dessa teoria mostra-se presente, em notas claras, nas *class action for damages* do direito norte-americano, em que se exige a notificação dos membros da classe para que exerçam, caso queiram, o *right to opt out*, que nada mais é do que expressa manifestação do indivíduo que não deseja ser representado por aquele determinado autor coletivo. Aquele que notificado não se manifesta, está externando com seu silêncio o consentimento com a representação, o que justificaria a extensão subjetiva do julgado a esses indivíduos.

Pro fim, de acordo com a *teoria do interesse* a representação estaria justificada em razão da coincidência e da identificação do interesse do grupo com o interesse do autor coletivo, de forma que não se conceberia, ante essa identidade de interesses, que o indivíduo representado não aprovasse a representação de seu direito. A identidade dos interesses pode ser bem visualizada à partir do seguinte exemplo⁸⁸, citado em doutrina⁸⁹:

Quando uma pessoa tiver sofrido um dano, em virtude de um fato de consumo ou ambiental ou oriundo de um contrato, e várias outras estiverem na mesma situação da primeira, na hipótese de esta ajuizar uma ação de reparação de danos e requerer que o pedido condenatório seja estendido para beneficiar as demais vítimas, não se coloca em dúvida o interesse do grupo representado em recuperar o patrimônio lesado. Ou seja, o interesse da classe coincide com o interesse do autor.

Citadas teorias por certo influenciaram a opção, pelo legislador de cada país, de adotar esse ou aquele sistema de legitimação e de coisa julgada no processo coletivo, ainda que a elas as legislações não façam menção expressa. No direito norte-americano (ver item 03 do Capítulo 02), por exemplo, podemos perceber que o sistema das *class actions for damages*, notadamente voltada à tutela coletiva de direitos essencialmente individuais, adota a *teoria do interesse*, na medida em que o autor da ação coletiva é um dos indivíduos que experimentou o

⁸⁸ O exemplo citado, cumpre esclarecer, não seria aplicável ao sistema brasileiro, que por razões de ordem legal não admite que um indivíduo, na qualidade de representante do grupo, pleiteie direitos de todos eles. Isso se passa, sim, no sistema das *class action for damages* dos EUA.

⁸⁹ LEAL, Marcio Flavio Mafra. *Ações Coletivas: Histórico, Teoria e Prática*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1998, p. 64.

dano sofrido por toda a classe. Outrossim, nesse tipo de *class action* constatamos também notas da *teoria do consentimento*, com os expedientes da *notice* e do *right to opt out*.

Já no direito brasileiro, percebemos a influência, até certo ponto, da *teoria da corporação* e da *teoria do interesse* nas ações coletivas para a tutela de direitos essencialmente individuais, quais sejam, as ações coletivas para a tutela de direitos coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos⁹⁰, pois nesses casos temos como representantes associações, entidades sindicais e outros que se identificam com a noção de *corporação* que representa a classe e em tese defensor dos mesmos interesses.

Entretanto, as teorias até aqui expostas mostram-se insuficientes por não explicar adequadamente a representação da coletividade nas ações de defesa dos direitos essencialmente coletivos. Por isso, a doutrina aqui adotada sobre o tema indica outra teoria como justificadora da legitimação para a defesa dos direitos difusos: a *teoria institucional ou objetivista*. Como bem observa LEAL:

As Teorias do Consentimento e do Interesse fundamentam razoavelmente as ACDIs, que tratam de uma coleção de direitos individuais, disponíveis, em princípio, e autônomos, tutelados por um *representante* da classe. Esse modelo, porém, não é suficiente para explicar como se dá a legitimação do autor nas ACDD, em que se representa uma comunidade não-organizada e sem personalidade jurídica e que possa mesmo *consentir* na representação de seu *direito* pelo representante ou que consiga verificar objetivamente o seu interesse.

A justificativa que se propõe é de que a atuação desses autores coletivos se dá pelo que se quer chamar de Teoria Institucional ou Objetivista. Nesse caso, a legitimação não decorre propriamente da *representação da classe*, mas de uma atividade pública que tem estreita ligação com a estrutura constitucional do Estado-providência, que atribui às entidades legitimadas a incumbência de defesa e concretização de direitos difusos.

(...)

A *identidade* do representante como membro ou possuindo alguma pertinência com a comunidade representada, nesse caso, é irrelevante ou secundária. A idéia é que as ações coletivas focalizam direitos e valores tais que devem ser judicializados com a mera constatação *objetiva* das normas que consagram direitos difusos, bastando essa verificação para desencadear a legitimação e o interesse de agir.⁹¹

O direito brasileiro exhibe notas claras de adoção da *teoria institucional* para a defesa dos direitos difusos, pois conforme se colhe da Lei da Ação Civil Pública, para citar apenas um exemplo, encontramos como legitimados ativos, em seu artigo 5º, o Ministério

⁹⁰ Sempre lembrando que, ao contrário do que entende a doutrina majoritária e nos termos expostos no item 03 do Capítulo 02 do presente trabalho, entendemos que apenas os direitos difusos são essencialmente coletivos.

⁹¹ LEAL, Marcio Flavio Mafra. *Ações Coletivas: Histórico, Teoria e Prática*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1998, p. 68.

Público, a Defensoria Pública, a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, além de autarquias, empresas públicas e sociedade de economia mista, apenas para citar os entes legitimados que de alguma forma têm ligação com o aparato estatal.

Com efeito, seja porque a coletividade consente com a representação por intermédio de uma corporação, seja porque os interesses do autor ideológico coincidem com os interesses dos substituídos, seja ainda porque ao representante incumbe institucionalmente a defesa desses direitos coletivos, de algum modo a coletividade titular do direito metaindividual debatido em juízo liga-se ao autor ideológico, justificando, pois, a extensão subjetiva do julgado àqueles que não participaram do processo, sem que isso atente contra as garantias constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal.

Conforme explica GRINOVER (2007):

A parte ideológica leva a juízo o interesse metaindividual, representando concretamente a classe, que terá exercido seus direitos processuais por meio das garantias de defesa e do contraditório assegurados ao representante. O mecanismo baseia-se na concepção de que o esquema representativo é apto a garantir aos membros da categoria a melhor defesa judicial, a ponto de afirmar-se que, nesse caso, o julgado não atuaria propriamente *ultra partes*, nem significaria real exceção ao princípio da limitação subjetiva do julgado, mas significaria antes um novo conceito de representação substancial e processual, aderentes às novas exigências da sociedade.⁹²

Como tivemos a oportunidade de demonstrar no Capítulo 01 do presente trabalho, a representação adequada da classe é, no direito norte-americano, aferida pelo juiz caso a caso, na fase inicial da ação; caso entenda o magistrado pela presença da *adequacy of representation*, emitirá o julgador uma autorização, denominada *certification* pela *Rule 23 (c)* do *Federal Rules of Civil Procedure*, para que a ação proposta tramite como uma *class action*.

No direito brasileiro, a representação adequada não é aferida pelo juiz, mas sim previamente pelo legislador, que indica na lei os legitimados à proposição de ações coletivas. Diríamos que a representação adequada em nosso direito é *ope legis*, enquanto no direito norte-americano é *ope judices*.

Justamente por esse esquema de adequada representação, pelo autor ideológico, da coletividade titular do direito metaindividual discutido em juízo, nos Estados Unidos a coisa julgada formada em uma *class action* opera perante os substituídos *pro et contra*,

⁹² GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 9. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 924.

impedindo a rediscussão da mesma ação pelos legitimados individuais⁹³, por força dos institutos da *claim preclusion (res judicata)* e do *collateral estoppel*⁹⁴. O sistema norte-americano de coisa julgada nas ações coletivas, nada obstante a tradição que esse país possui no lidar com essas demandas de massa, não é imune a críticas e problemas, sendo mesmo alvo de intensos debates em sede doutrinária⁹⁵.

O legislador brasileiro, no que tange à regulamentação da coisa julgada no processo coletivo, seguiu trilha diferente da tradição das *class action*, adotando postura cautelosa, não estendendo aos legitimados individuais a coisa julgada *contra* eventualmente operada na ação coletiva. Tal opção, segundo GRINOVER:

Leva em conta todas as soluções apontadas, visando a harmonizar a índole da coisa julgada nas ações coletivas e sua necessária extensão a terceiros com as garantias do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, incs. LIV e LV da CF), as quais obstam a que o julgado possa desfavorecer aquele que não participou da relação jurídico-processual, sem o correlato, efetivo controle sobre a representatividade adequada e sem a segurança da efetiva possibilidade de utilização de técnicas de intervenção no processo e de exclusão da coisa julgada.⁹⁶

Vejamos, pois, como o legislador brasileiro regulou a coisa julgada nas ações coletivas e como a doutrina pátria majoritária interpreta tal regulação.

4.3 A Coisa Julgada nas Ações Coletivas de acordo com o Código de Defesa do Consumidor e a Majoritária Doutrina Brasileira

Seguiremos neste item a mesma sistemática já adotada no Capítulo 02 do presente trabalho, quando nos encarregamos de estudar os direitos coletivos. Lá optamos por apresentar as disposições legais atinentes ao tema, seguida das manifestações doutrinárias pertinentes. Ao final do Capítulo, oferecemos ao leitor nossas críticas e nossa posição, razoavelmente discrepante das posições majoritárias esposadas pela doutrina apresentada.

⁹³ Ressalvadas as hipóteses em que, quando possível, o indivíduo tenha exercido seu *opt out right*.

⁹⁴ ALVIM, Artur Da Fonseca. *Coisa Julgada nos Estados Unidos, RePro n. 132, ano 31, fevereiro de 2006*. Revista de Processo n. 132. São Paulo: RT, 2006, p. 75/81.

⁹⁵ WOLF, Tobias Barrington. *Preclusion in Class Action Litigation, Columbia Law Review, Vol. 105, pag. 717: When litigants make bad choices, or when they fail to consider the preclusive consequences of a lawsuit at all, we consider it an appropriate expression of litigant autonomy to bind them to the result. In a class action, however, these observations cease to be merely prosaic. There is a deep tension between the doctrine of preclusion as it is frequently applied in individual litigation and the conditions that serve to limit the use of the class action device. When absent class members are bound to a judgment, they are bound by virtue of the commonality of interest that makes it possible to find individual plaintiffs who will serve as proper representatives for them all.*

⁹⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 9. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 931.

Aqui, para fins didáticos, pretendemos repetir o sistema, porquanto entendemos que o Código de Defesa do Consumidor, ao regular a matéria coisa julgada nas ações coletivas, não primou pela técnica; outrossim, a doutrina majoritária que cuida de examinar o assunto também incorre, a nosso ver, em equívocos graves, decorrentes muitas vezes das premissas equivocadas que assumem.

Nessa ordem de idéias, calha expor, em primeiro plano, as disposições legais e o pensamento doutrinário majoritário sobre o tema, para, ao final, expormos nossas críticas e nossa visão sobre a coisa julgada nas ações coletivas.

4.4 A Coisa Julgada nas Ações Coletivas de acordo com o Código de Defesa do Consumidor

O Código de Defesa do Consumidor, assim como se encarregou de oferecer as definições de cada um dos direitos coletivos em seu artigo 81, também traçou a regulação geral da coisa julgada nas ações coletivas, fazendo-o no artigo 103 e nos termos seguintes:

Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este Código, a sentença fará coisa julgada:

I- *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por improcedência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81;

II- *ultra partes*, mas limitadamente ao grupo categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81;

III- *erga omnes*, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81.

§1º. Os efeitos da coisa julgada previstos nos incisos I e II não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe.

§2º. Na hipótese prevista no inciso III, em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual.

§3º. Os efeitos da coisa julgada de que cuida o art.16, combinado com art. 13 da Lei 7.347, de 24 de julho de 1985, não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste Código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos arts. 96 a 99.

§4º. Aplica-se o disposto no parágrafo anterior à sentença penal condenatória.

Da análise das disposições legais transcritas, podemos perceber que o CDC, em realidade, acabou regulando diferentes esquemas de coisa julgada, que ora variam (i) de acordo com o direito transindividual discutido em juízo (difuso, *erga omnes*; coletivo *stricto*

sensu, ultra partes; individual homogêneo, *erga omnes*), com o (ii) resultado da demanda (ou seja, *secundum eventum litis*, pois a extensão a eventuais titulares de direitos individuais ocorre quando procedente o pedido, mas não quando improcedente), ou ainda quanto à (iii) suficiência da atividade probatória (*secundum eventum probationis*).

Dada essa diversidade de abordagens, trataremos da matéria nos itens separados que seguem, sempre lembrando que, por ora, nosso trabalho se limitará a expor o pensamento doutrinário dominante, ao qual, como ao final se verá, não aderimos integralmente, seja quanto às conclusões que oferecem, seja mesmo quanto à nomenclatura que adotam.

4.1.1 A disciplina da coisa julgada nas ações coletivas fundamentadas em direitos difusos

Conforme a disposição legal constante do artigo 103, I, do CDC, a coisa julgada nas ações que sejam fundadas na defesa de direitos difusos terá eficácia *erga omnes*, o que significa que a coisa julgada formada alcança a todos aqueles que se encontram na sua esfera jurídica de proteção.

De fato, como já tivemos a oportunidade de demonstrar (Cap. 02), as ações coletivas para a defesa de direitos difusos - que lá denominamos ACDD, com base em autorizada doutrina - têm uma natural eficácia *erga omnes*, vale dizer, naturalmente atingem todos, ante os princípios da indivisibilidade dos benefícios e da não exclusão dos beneficiários. Quando, pois, a sentença judicial determina, *v.g.*, a paralisação de uma atividade poluente, toda a coletividade se beneficia dos efeitos dessa determinação.

É importante destacar que no que toca aos direitos difusos, vários são os possíveis autores ideológicos, conforme dispõe o art. 5º da Lei de Ação Civil Pública. Assim, em uma ação coletiva para defesa de direito difuso a sentença transitada em julgado estende-se a todos esses co-legitimados, de modo que não poderão propor novamente a mesma ação, ou seja, não poderão levar ao judiciário a mesma causa de pedir e o mesmo pedido.

Tal imutabilidade do conteúdo da sentença prolatada na ACDD ocorre tanto nos casos de procedência do pedido, quanto nos casos de improcedência. É certo que se o pedido foi julgado procedente o direito difuso restará resguardado, faltando mesmo interesse de agir aos demais autores ideológicos; no caso, porém, de improcedência, os demais co-legitimados não poderão intentar nova ação, com base na mesma causa de pedir e pedido, pois esbarrarão na coisa julgada material anteriormente formada.

Excepcionalmente, entretanto, pode acontecer de a sentença de improcedência não obstar a propositura de nova e idêntica ação: caso se trate de sentença que julgou o pedido da

ACDD improcedente por insuficiência de provas. Essa a famosa coisa julgada *secundum eventum probationis*. Nessa hipótese, qualquer autor ideológico pode reprisar a demanda anterior, caso disponha de nova prova que, caso tivesse sido produzida no primeiro processo, teria conduzido o juiz a julgar o feito de maneira distinta.

Sobre essa técnica de coisa julgada *secundum eventum probationis*, a doutrina se divide em dois posicionamentos principais: (i) de acordo com a corrente que se pode denominar *restritiva*, para a caracterização da sentença judicial nessa hipótese seria indispensável que o juiz, ao prolatar a sentença de improcedência, diga que o faz ante a ausência de provas, chegando mesmo alguns a defenderem o cabimento de embargos de declaração para que o juiz esclareça tal situação; (ii) outra corrente, que denominamos *liberal*, bastaria a propositura da segunda ação coletiva, agora como novo material probatório, para demonstrar que a improcedência da demanda anterior ter-se-ia dado em função do material probatório insuficiente.

Inclina-se a doutrina majoritária por adotar a segunda corrente de pensamento⁹⁷.

Por último, mas não menos importante, a regra do §1º do artigo 103 do CDC: o resultado negativo da ação coletiva, ou seja, sua improcedência, não afeta os direitos individuais decorrentes do mesmo acontecimento, não inibindo a propositura de ações indenizatórias individuais.

Para fins didáticos podemos oferecer o seguinte quadro comparativo das “coisas julgadas” nas ações coletivas fundadas em direitos difusos, segundo as lições de SANTOS:

I) Extinção do processo sem resolução do mérito (art. 267 do CPC) – coisa julgada formal – possibilidade de propositura de nova demanda com o mesmo objeto e causa de pedir, inclusive pelo autor que havia proposto a ação anterior;

II) Procedência do pedido – coisa julgada material – eficácia *erga omnes*. Impossibilidade de propositura de nova demanda com o mesmo objeto e causa de pedir, por qualquer ente legitimado;

III) Improcedência do pedido por qualquer motivo que não a insuficiência de provas – coisa julgada material – eficácia *erga omnes*. Impossibilidade de propositura de nova demanda com o mesmo objeto e causa de pedir, por qualquer ente legitimado;

IV) Improcedência do pedido por insuficiência de provas – coisa julgada *secundum eventum probationis* – possibilidade de propositura de nova demanda com o mesmo objeto e causa de pedir, baseado em novas provas, inclusive pelo autor que havia proposto a ação anterior.⁹⁸

⁹⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 9. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 951.

⁹⁸ SANTOS, Ronaldo Lima dos. *Amplitude da Coisa Julgada nas Ações Coletivas*. Revista de Processo n. 142. São Paulo: RT, 2006, p. 47.

4.4.2 A disciplina da coisa julgada nas ações coletivas fundamentadas em direitos coletivos *stricto sensu*

Nas ações coletivas para a defesa de direitos coletivos *stricto sensu*, a coisa julgada será, segundo a lei, *ultra partes*, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe.

Optou a legislação por dar uma eficácia menor do que aquela emprestada à tutela dos direitos difusos. No caso de direitos coletivos *stricto sensu* são beneficiados pelo julgado coletivo aqueles que fizerem parte da coletividade titular do direito posto em juízo. Nessa hipótese é possível determinar-se aqueles que serão atingidos pela extensão subjetiva do julgado a partir da relação jurídica base que une os membros da classe entre si ou com a parte contrária, previamente à lesão, conforme disciplina o artigo 81, parágrafo único, inciso II do CPC.

Aqui também, em caso de improcedência da demanda coletiva, a coisa julgada se forma *secundum eventum probationis*, sendo, pois, aplicável tudo o quanto se disse quanto a esse tema quando comentamos a coisa julgada na defesa de direitos difusos.

Por fim, também o resultado negativo da ação coletiva não afeta os direitos individuais decorrentes do mesmo acontecimento, não inibindo a propositura de ações indenizatórias individuais, conforme esclarece o §1º do art. 103 do CDC.

Assim sendo, o quadro comparativo das “coisas julgadas” nas ações coletivas fundadas em direitos coletivos *stricto sensu* pode ser construído na forma seguinte:

- I) Extinção do processo sem resolução do mérito (art. 267 do CPC) – coisa julgada formal – possibilidade de propositura de nova demanda com o mesmo objeto e causa de pedir, inclusive pelo autor que havia proposto a ação anterior;
- II) Procedência do pedido – coisa julgada material – eficácia *ultra partes*. Impossibilidade de propositura de nova demanda com o mesmo objeto e causa de pedir, por qualquer ente legitimado;
- III) Improcedência do pedido por qualquer motivo que não a insuficiência de provas – coisa julgada material – eficácia *ultra partes*. Impossibilidade de propositura de nova demanda com o mesmo objeto e causa de pedir, por qualquer ente legitimado;
- IV) Improcedência do pedido por insuficiência de provas – coisa julgada *secundum eventum probationis* – possibilidade de propositura de nova demanda com o mesmo objeto e causa de pedir, baseado em novas provas, inclusive pelo autor que havia proposto a ação anterior.

4.3.3 A disciplina da coisa julgada nas ações coletivas fundamentadas em direitos individuais homogêneos

A doutrina, em uníssono⁹⁹, afirma que a coisa julgada nas ações para defesa de direitos individuais homogêneos é diferente daquela das ações para a defesa dos direitos difusos e coletivos *stricto sensu*. São igualmente concordes os doutrinadores ao afirmarem que diferença tal reside em um ponto: enquanto aqueles são direitos que consideram essencialmente coletivos, os direitos individuais homogêneos são acidentalmente coletivos, daí não poderem, por essa exata razão, submeter-se a idêntico sistema de coisa julgada.

Assim, por essa peculiaridade, previu-se que a coisa julgada nas ações coletivas para a defesa de direitos individuais homogêneos será *erga omnes*, apenas no caso de procedência do pedido, a fim de beneficiar todas as vítimas e seus sucessores. No caso de a demanda coletiva ser julgada improcedente, a eficácia *erga omnes* desaparece.

Em palavras outras, os terceiros individualmente considerados, que estejam na mesma situação jurídica daquela discutida em juízo – o CDC denominou tais terceiros de vítimas – são beneficiados pela procedência do pedido deduzido na ação coletiva, podendo liquidar seus danos e executá-los, prescindindo de nova sentença condenatória, pois que aproveitam aquela genérica prolatada na ação coletiva. Entretanto, não ficam esses terceiros com seus direitos individuais obstados por coisa julgada, caso a ação coletiva seja julgada improcedente.

Tem-se aqui o que a doutrina denomina de coisa julgada *secundum eventum litis*, conforme explica SANTOS:

Em resumo, consoante o fenômeno da coisa julgada *secundum eventum litis*, as pretensões individuais dos particulares beneficiam-se das vantagens advindas com o proferimento de eventual sentença de procedência em ação coletiva, de modo que a coisa julgada possuirá efeitos *erga omnes*. Em sentido contrário, as pretensões individuais dos particulares não são prejudicadas pelo advento de sentença desfavorável, ou seja, somente são abrangidos *secundum eventum litis*; nesse caso, a existência de sentença coletiva desfavorável não obsta que os indivíduos enquadrados na hipótese fática ou jurídica que fora objeto da ação coletiva promovam ações individuais.¹⁰⁰

Quanto aos eventuais co-legitimados à tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos, haverá sempre formação de coisa julgada material, *pro et contra*. Outrossim,

⁹⁹ FERREIRA, Rony. *Coisa Julgada nas Ações Coletivas: Restrição ao Artigo 16 da LACP*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2004, p. 114.

¹⁰⁰ SANTOS, Ronaldo Lima dos. *Amplitude da Coisa Julgada nas Ações Coletivas*. Revista de Processo n. 142. São Paulo: RT, 2006, p. 47.

nessa hipótese não se aplica o sistema de coisa julgada *secundum eventum probationis*, ou seja, ainda que a sentença da ação coletiva seja de improcedência do pedido por insuficiência de provas, haverá coisa julgada material suficiente a impedir que qualquer co-legitimado proponha idêntica ação.¹⁰¹

Por fim, um último detalhe: a sentença favorável da ação coletiva fundada em direito individual homogêneo não beneficiará o indivíduo que, possuindo ação individual ao tempo da propositura da demanda coletiva, tomando ciência da mesma, não requereu a suspensão da sua ação no prazo de 30 (trinta) dias, conforme reza o artigo 104 do Código de Defesa do Consumidor.

Nessa ordem de idéias, o quadro comparativo das “coisas julgadas” nas ações coletivas para a defesa de direitos individuais homogêneos é o seguinte:

- I) Extinção do processo sem resolução do mérito (art. 267 do CPC) – coisa julgada formal – possibilidade de propositura de nova demanda com o mesmo objeto e causa de pedir, inclusive pelo autor que havia proposto a ação anterior;
- II) Procedência do pedido – coisa julgada material – eficácia *erga omnes*. Impossibilidade de propositura de nova demanda com o mesmo objeto e causa de pedir, por qualquer ente legitimado. A execução poderá ser efetuada a título coletivo ou individual. Não será beneficiado pela coisa julgada coletiva o indivíduo que não requereu a suspensão do processo individual;
- III) Improcedência do pedido, inclusive por insuficiência de provas – coisa julgada material – Impossibilidade de propositura de nova demanda com o mesmo objeto e causa de pedir, por qualquer ente legitimado. Os interessados individuais que não tiverem intervindo no processo poderão pleitear seus direitos em ações individuais.

4.3.4 O denominado transporte *in utilibus* da coisa julgada coletiva

Fechando a sistematização geral da coisa julgada nas ações coletivas, o §3º do art. 103 do CDC veicula o denominado transporte *in utilibus* da sentença proferida na ação coletiva.

¹⁰¹ FERREIRA, Rony. *Coisa Julgada nas Ações Coletivas: Restrição ao Artigo 16 da LACP*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2004, p. 114.

Por tal mecanismo, a sentença de procedência de uma ação coletiva em defesa de direitos difusos ou coletivos *stricto sensu* pode ser aproveitada pelos indivíduos, que promoverão a respectiva liquidação e execução de danos.

É bom que se diga que esse transporte *in utilibus* não se confunde com a eficácia *erga omnes* das ações coletivas para defesa de direitos individuais homogêneos prevista no inciso III do artigo 103 do CDC. Nesse caso, a ação coletiva tutela o mesmo direito individual dos legitimados individuais, mas o faz de forma coletiva e justamente com o objetivo de obter uma sentença condenatória genérica que possa beneficiar os legitimados individuais que se encontrem no mesmo enquadramento fático-jurídico debatido na demanda coletiva.

No caso do §3º do artigo 103, ora tratado, o fenômeno é diverso, pois que o transporte se dá a partir de uma sentença prolatada em uma ação coletiva para defesa de direitos tidos pela lei como *essencialmente* coletivos, quais sejam, os difusos e coletivos *stricto sensu*. Ocorre que em casos tais é possível, senão comum, que a mesma lesão a um direito difuso, por exemplo, possa causar repercussões, ao mesmo tempo, na esfera dos indivíduos, conforme oportunamente demonstramos no Capítulo 02, item 2.1.4 (situações jurídicas heterogêneas). E é justamente aí que surge o transporte *in utilibus*, beneficiando o titular de direito individual decorrente da lesão de um direito metaindividual. Note-se, aliás, que nesses casos a ação coletiva não deduz pedido de tutela condenatória em benefício dos titulares de direito individual e, ainda assim, como efeito anexo da procedência do pedido, o transporte *in utilibus* pode ser realizado.

SANTOS expõe hipótese esclarecedora:

Tome-se como exemplo, uma ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Trabalho cujo objetivo é a eliminação da insalubridade no estabelecimento de determinada empresa. Embora o pedido seja a proteção de um bem essencialmente coletivo (meio ambiente do trabalho), em sendo julgada procedente a demanda, o reconhecimento da insalubridade do meio ambiente daquele estabelecimento, e dos danos reais ou potenciais à saúde dos trabalhadores, aproveita *in utilibus* os trabalhadores individuais, que não necessitarão discutir novamente a salubridade daquele ambiente, podendo promover diretamente a execução do julgado, demonstrando na liquidação, que se processará por artigos, os elementos necessários à fixação do adicional de insalubridade.¹⁰²

A técnica do transporte *in utilibus* representa, para alguns doutrinadores, verdadeira ampliação *ope legis*, do objeto do processo, conforme defende GRINOVER¹⁰³, no

¹⁰² SANTOS, Ronaldo Lima dos. *Amplitude da Coisa Julgada nas Ações Coletivas*. Revista de Processo n. 142. São Paulo: RT, 2006, p. 53.

¹⁰³ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 9. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 951.

que é seguida por FERREIRA¹⁰⁴; DIDIER JUNIOR e ZANETTI JUNIOR¹⁰⁵. Em sentido contrário, TUCCI¹⁰⁶, que a nosso ver com razão, pontua:

Essa técnica, contudo, não implica ampliação, *ope legis*, do objeto do processo, para incluir o julgado sobre a obrigação de indenizar. Na verdade, trata-se de efeito secundário ou anexo da sentença ditado pela lei, que autoriza a liquidação e a execução individual, pelos respectivos titulares do direito material. A eficácia condenatória é inerente à própria sentença, não havendo qualquer dilatação objetiva da *res in iudicium deducta*.

Aliás, a técnica de transporte *in utilibus* nas ações coletivas não se limita à esfera cível. Inspirado, por certo, no conhecido efeito anexo da sentença penal condenatória, que gera para a vítima automático direito indenizatório no cível, o legislador o CDC previu, no §4º do artigo 103, que a sentença penal condenatória que apure lesão a direitos coletivos também enseja a possibilidade de transporte *in utilibus* para fins de indenização individual. Basta pensar no caso de demanda que condena o réu pelo crime de propaganda enganosa. Tal sentença permitirá ao consumidor lesado por tal violação proceder a liquidação e execução dos danos, com base na eficácia condenatória gerada pela sentença penal.

4.3.5 A polêmica da restrição territorial ditada pelo artigo 16 da lei de Ação Civil Pública e artigo 2º-a da Lei Federal nº 9.494/97

Um dos temas mais polêmicos sobre a coisa julgada nas ações coletivas envolve o atual artigo 16 da Lei de Ação Civil Pública, com a modificação introduzida pela Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997, fruto, a seu turno, da Medida Provisória nº 1.570 e suas cinco edições, que acabou por consolidar a seguinte redação do dispositivo:

Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

¹⁰⁴ FERREIRA, Rony. *Coisa Julgada nas Ações Coletivas: Restrição ao Artigo 16 da LACP*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2004, p. 124.

¹⁰⁵ DIDIER JR, Fredie; ZANETTI JUNIOR, Hermes. *Curso de Direito Processual Coletivo*. Salvador-BA: JusPodivm, 2007, p. 346.

¹⁰⁶ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Limites Subjetivos da Eficácia da Sentença e da Coisa Julgada nas Ações Coletivas*. Revista de Processo n. 143. São Paulo: RT, 2007, p. 57.

Trata-se de alteração legislativa que buscou, claramente, limitar os efeitos dos julgados em ações coletivas, restringindo a sua eficácia aos limites de competência territorial do órgão prolator da sentença.

A doutrina processual brasileira, em uníssono, levantou-se contra a alteração referida, produzindo uma verdadeira avalanche de textos doutrinários contrários à Medida Provisória, posteriormente convertida em lei. Além dos argumentos que a seguir cuidaremos de expor, a tese central esposada pela doutrina é a de que o legislador teria confundido conceitos como limites subjetivos da coisa julgada, com jurisdição e competência dos órgãos jurisdicionais. Essa posição de NERY JUNIOR, que assevera:

(...) o Presidente da República confundiu limites subjetivos da coisa julgada, matéria tratada na norma, com jurisdição e competência, como se, *v.g.*, a sentença de divórcio proferida por juiz de São Paulo não pudesse valer no Rio de Janeiro e nesta última comarca o casal continuasse casado! (...) Portanto, se o juiz que proferiu a sentença na ação coletiva *tout court*, quer verse sobre direitos difusos, quer coletivos ou individuais homogêneos, for competente, sua sentença produzirá efeitos *erga omnes* ou *ultra partes*, conforme o caso (*v. CDC 103*), em todo o território nacional – e também no exterior – independente da ilógica e inconstitucional redação dada...

107

Ao pensamento de NERY JUNIOR adere a amplamente majoritária doutrina pátria, que ainda aponta outros equívocos no artigo em comento, como a (i) incompatibilidade da mudança com o sistema de coisa julgada nas demandas coletivas, a (ii) invalidade e ineficácia da alteração em face de outros dispositivos que integram o sistema legislativo da tutela coletiva, ou ainda a (iii) inconstitucionalidade material do dispositivo.

A respeitada processualista GRINOVER, tantas vezes citada nesse trabalho, considera que a alteração promovida pela Lei nº 9.494/97 contraria frontalmente a filosofia das ações coletivas, cuja proposta é justamente tratar molecularmente os conflitos de massa, de sorte que a disposição em comento contribui justamente para a multiplicação de processos. A ilustre professora vai além, arguindo a ineficácia da alteração legislativa, forte nos argumentos seguintes:

Em conclusão: a) o art. 16 da LACP não se aplica à coisa julgada nas ações coletivas em defesa de interesses individuais homogêneos; b) aplica-se à coisa julgada nas ações em defesa de interesses difusos e coletivos, mas o acréscimo introduzido pela Medida Provisória é inoperante, porquanto é a própria lei especial que amplia os limites da competência territorial, nos processos coletivos, ao âmbito nacional ou regional; c) de qualquer modo, o que determina o âmbito de abrangência da coisa julgada é o pedido, e não a competência. Esta nada mais é do que uma relação de

¹⁰⁷ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 5. ed., São Paulo: RT, 2007, p. 1558.

adequação entre o processo e o juiz. Sendo o pedido amplo (*erga omnes*), o juiz competente o será para julgar a respeito de todo o objeto do processo; d) em consequência, a nova redação do dispositivo é totalmente ineficaz.¹⁰⁸

Praticamente no mesmo sentido posicionam-se DIDIER JUNIOR e ZANETTI JUNIOR, que acrescentam a tese de inconstitucionalidade material por violação do princípio da razoabilidade. Afirmam os autores que:

Atualmente, sabe-se que é plenamente possível a análise dos dispositivos legais sob a perspectiva do princípio da razoabilidade. As leis não de ser razoáveis, proporcionais, e somente assim podem ser aplicadas. A doutrina do *substantive due process of law*, surgida nos Estados Unidos da América, já apontava para a direção da possibilidade de controle do conteúdo das leis a partir dessa perspectiva.¹⁰⁹

Pois bem:

Os dispositivos são irrazoáveis, pois impõem exigências absurdas, bem como permitem o ajuizamento simultâneo de tantas ações civis públicas quantas sejam as unidades territoriais em que se divida a respectiva Justiça, mesmo que sejam demandas iguais, envolvendo sujeitos em igualdade condições, com a possibilidade teórica de decisões diferentes em cada uma delas.

Seguindo trilha muito semelhante, temos ainda as respeitáveis opiniões de RODRIGUES¹¹⁰, ALMEIDA¹¹¹ e SANTOS¹¹².

Nada obstante essa profusão de posicionamentos doutrinários contrários ao artigo 16 da Lei de Ação Civil Pública, a jurisprudência, conforme noticia RONY FERREIRA¹¹³, longe está de pacificar o tema, encontrando-se julgados que ora negam e ora conferem aplicação a esse polêmico dispositivo, sendo uma tendência o prevalectimento dessa segunda posição.

Com o mesmo objetivo de restrição de eficácia das decisões proferidas em sede de ações coletivas, o legislador, repetindo a técnica adotada para o artigo 16 da Lei de Ação Civil

¹⁰⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 9. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 943.

¹⁰⁹ DIDIER JR, Fredie; e ZANETTI JUNIOR, Hermes. *Curso de Direito Processual Coletivo*. Salvador-BA: JusPodivm, 2007, p. 144.

¹¹⁰ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ações Constitucionais*. Organizador Fredie Didier Jr. Salvador-BA: JusPodivm, 2006, p. 330.

¹¹¹ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual Coletivo Brasileiro: Um Novo Ramos do Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 357.

¹¹² SANTOS, Ronaldo Lima dos. *Amplitude da Coisa Julgada nas Ações Coletivas*, Revista de Processo nº 142, São Paulo: RT, p. 54/55.

¹¹³ FERREIRA, Rony. *Coisa Julgada nas Ações Coletivas: Restrição ao Artigo 16 da LACP*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2004, p. 124.

Pública, inseriu no ordenamento jurídico brasileiro o artigo 2º-A por intermédio também da lei 9.494/97, que reza:

Art. 2º-A. A sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator.

Parágrafo único. Nas ações coletivas propostas contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas autarquias e fundações, a petição inicial deverá obrigatoriamente estar instruída com a ata da assembléia da entidade associativa que a autorizou, acompanhada da relação nominal dos seus associados e indicação dos respectivos endereços.

Basicamente fundados na mesma ordem de argumentação que expusemos acerca do artigo 16 da Lei de Ação Civil Pública, a doutrina majoritária também reage forte e contrariamente ao dispositivo transcrito. Visto como um *novo ataque à coisa julgada erga omnes e ultra partes*¹¹⁴ nas ações coletivas, as mesmas alegações de invalidade, ineficácia e inconstitucionalidade são erigidas, conforme se constata da lição de SANTOS:

Acrescente-se que a exigência de apresentação do rol de substituídos é ineficaz, e desnecessária, tendo em vista a vigência dos arts. 103, I, 95 e 96 do CDC, que prevêm, respectivamente, a eficácia *erga omnes* da decisão (que abrangerá todos os lesados, independentemente de constar ou não de eventual rol de substituídos), a prolação de sentença genérica (cujo conteúdo não nomeará os beneficiados) e a possibilidade de execução por todos os lesados. Do mesmo modo, é inoperante a exigência de autorização assemblear, em se tratando de legitimação para agir no âmbito das ações coletivas basta o preenchimento dos requisitos dos arts. 5º da LACP e 82 do CDC, referentes à pertinência temática e à pré-constituição. A satisfação da pertinência temática perfaz-se pela simples autorização estatutária, com a dispensa de autorização assemblear, esta aplicável somente nos casos de representação processual e não à legitimação para agir em sede de ações coletivas.¹¹⁵

A despeito dessa firme posição doutrinária, assim como acontece com o artigo 16 da Lei de Ação Civil Pública, percebe-se a tendência de os tribunais pátrios¹¹⁶ darem aplicação ao dispositivo inserido pela lei 9.494/97.

¹¹⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 9. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 944.

¹¹⁵ SANTOS, Ronaldo Lima dos. *Amplitude da Coisa Julgada nas Ações Coletivas*. Revista de Processo n. 142. São Paulo: RT, 2006, p. 54/55.

¹¹⁶ Ver REsp nº 665.947/SC, 1ª Turma, rel. min. José Delgado, j. de 2.12.2004, DJ de 12.12.2005).

4.4 Abordagem Crítica: Interpretação do Sistema de Coisa Julgada nas Ações Coletivas sob uma Nova Perspectiva

Encerrada a tarefa expositiva a que nos dedicamos no item anterior e, por isso mesmo, delineado o *status* atual da doutrina brasileira sobre a coisa julgada nas ações coletivas, é chegado o momento de propormos uma nova perspectiva para a interpretação e entendimento de tão relevante quanto complexo fenômeno.

Para que alcancemos esse desiderato de forma satisfatória, resgataremos no presente item diversos conceitos que foram estudados nos Capítulos 02 e 03 do presente trabalho e que, conforme lá anunciamos, serviriam de base para o entendimento dessa nova perspectiva que ora propomos quanto ao fenômeno da coisa julgada nas ações coletivas.

Na realidade, tudo o que expusemos até aqui é de indiscutível utilidade, mas não passou de um preparo para o momento que agora atingimos; como dizia o saudoso Professor OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, dedicamo-nos, até aqui, a uma operação preliminar de limpeza do campo onde as sementes deverão ser lançadas e de onde devemos esperar os frutos.

4.4.1 Coisa julgada e efeitos da sentença: separando conceitos que o cdc confundiu

Avançando, pois, mais um passo na direção dos resultados que nos propomos a oferecer ao leitor, precisamos reconhecer que o legislador do Código de Defesa do Consumidor não primou pela técnica ao redigir o artigo 103 desse diploma legal, porquanto confundiu *coisa julgada* com *efeitos da sentença*, equívoco em que também incidiu o legislador no artigo 16 da Lei de Ação Civil Pública.

De fato, no Capítulo 03 do presente estudo tivemos a oportunidade de verificar que *coisa julgada* e *efeitos da sentença* são fenômenos distintos e inconfundíveis.

A *coisa julgada* é a imutabilidade que incide sobre o *conteúdo* da sentença de mérito e que impede que aquilo que foi decidido pelo judiciário volte a sê-lo em outro processo que envolva as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido. Outra coisa bem diferente são os *efeitos* da sentença judicial, que nada tendo que ver com a imutabilidade do restou decidido, ligam-se à própria natureza do ato sentença enquanto ato estatal, com aptidão para gerar efeitos subjetivamente ilimitados.

No caso do artigo 103 do CDC, o que o legislador está estendendo aos indivíduos que não participaram do processo, em caráter *erga omnes* ou *ultra partes* conforme o caso,

são os efeitos da sentença prolatada na ação coletiva e não, propriamente, a coisa julgada ali formada. Noutra giro, o polêmico artigo 16 da lei de Ação Civil Pública restringe territorialmente não a coisa julgada, mas sim os efeitos da sentença judicial da ação coletiva.

O prestigiado constitucionalista goiano JULIANO TAVEIRA BERNARDES, em excelente artigo doutrinário que cuida do tema em estudo, bem percebeu essa diferença entre coisa julgada e efeito *erga omnes*, afirmando que:

Dessarte, não existe um tipo *erga omnes* de coisa julgada, pois o efeito *erga omnes* não diz com a qualidade desta. É simples artifício jurídico mediante o qual se obtém a **extensão dos limites subjetivos** que naturalmente decorrem da coisa julgada e de outras hipóteses de preclusão. Equivale a dizer, a eficácia *erga omnes* constitui um *plus* que se acresce aos efeitos normas da coisa julgada.¹¹⁷

Um exemplo bem esclarecerá essas idéias. Imagine-se uma demanda coletiva, manejada por uma associação de consumidores, que pretenda ver reconhecido o vício de um determinado produto, com a conseqüente condenação do réu a indenizar individualmente os consumidores que adquiriram tal produto. Julgado procedente o pedido, o que se estende *erga omnes*, nos termos do inciso III do art. 103 do CDC, é o efeito condenatório desse julgado, que por força desse dispositivo legal se estende aos legitimados individuais, beneficiando-os; não fosse a regra legal, o efeito condenatório não seria extensível àqueles que não integraram a relação processual, ante a regra limitativa do art. 472 do CPC.

O mesmo se diga quanto ao artigo 16 da Lei de Ação Civil Pública: o que fica limitado à competência territorial do órgão prolator da decisão é justamente esse fenômeno de extensão dos efeitos da decisão judicial e não a coisa julgada.

MARINONI e ARENHART perceberam essa confusão técnica com exatidão, asseverando: “em essência, não é a coisa julgada que opera efeitos *erga omnes*, e sim os efeitos diretos da sentença”.¹¹⁸

De igual modo, TALAMINI:

Outras questões atinentes à relação entre sentença coletiva e litigante individual dizem respeito, antes, à própria extensão do *decisum* e da eficácia da sentença, e apenas por essa via indireta repercutem no tema da coisa julgada. Contudo, os dispositivos que tratam dessas questões, no mais das vezes, incidem em confusão terminológica, aludindo aos “efeitos da coisa julgada”.¹¹⁹

¹¹⁷ BERNARDES, Juliano Taveira. *Art. 16 da Lei da Ação Civil Pública e efeitos “erga omnes”*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n.916, 5 já. 2006. Disponível em: [HTTP://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7791](http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7791). Acesso em: 18 fev. 2101.

¹¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. 5. ed., São Paulo: RT, 2006, p. 744.

¹¹⁹ TALAMINI, Eduardo. *Coisa Julgada e sua Revisão*. São Paulo: RT, 2005, p. 126.

É preciso, porém, reconhecer, que no plano coletivo, quanto aos co-legitimados, o fenômeno é realmente de coisa julgada *erga omnes*, ou seja, contra todos e para além das partes. Isso pois, como vimos anteriormente, a sentença de improcedência da ação coletiva, por qualquer fundamento que não a insuficiência de provas, faz coisa julgada material e impede que o mesmo ou qualquer outro autor ideológico proponha idêntica demanda. Ora, aqui sim temos a extensão da imutabilidade do julgado para quem não foi parte no processo, justamente os co-legitimados, que ficam alcançados pela imutabilidade daquele julgado.

Nesse particular, concordamos com a opinião de MESQUITA, para quem: “a expressão *erga omnes*, na redação do art. 103, I, do CDC, possui alcance bem mais limitado do que se supõe: alcança apenas os co-legitimados”.¹²⁰

O mesmo se diga quanto à expressão *ultra partes* do art. 103, II, que cuida dos direitos coletivos *stricto sensu*: também aqui a coisa julgada se estende a todos os demais autores ideológicos que não foram partes no feito coletivo que gerou aquela sentença.

Também esse importante detalhe restou captado por MARINONI; ARENHART:

Apenas em relação aos co-legitimados para a ação coletiva é que se verifica a extensão da coisa julgada para além dos limites das partes. Isto, porém, também ocorre naturalmente, porque o trânsito em julgado da sentença abarca o efeito declaratório da sentença, que se torna imutável *em face da relação jurídica exposta* no pedido formulado. Ora, se os co-legitimados (*extraordinários*, porque o direito postulado não lhes pertence, mas sim a toda a coletividade ou, ao menos a um plexo indeterminado de sujeitos) podem expor em juízo apenas uma única relação jurídica material, o trânsito em julgado da sentença torna imutável a declaração sobre *essa relação jurídica* para as partes materiais e também para os legitimados extraordinários, que, afinal, nada mais são que *longa manus* dos titulares do direito, com autorização para agirem em nome destes.¹²¹

Nessa ordem de idéias, para que o tema que estamos a expor possa ser adequadamente compreendido, faz-se necessário um acerto terminológico: somente falaremos, doravante, em coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes* quando o fenômeno processual for realmente esse, o que ocorrerá quando se tratar de estender a coisa julgada aos autores ideológicos no plano coletivo; nos demais casos, nos quais a lei pretendeu falar não sobre coisa julgada, mas sobre efeitos da sentença, falaremos em *extensão subjetiva dos efeitos do julgado coletivo*.

¹²⁰ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Limites Subjetivos da Eficácia da Sentença e da Coisa Julgada nas Ações Coletivas*. Revista de Processo n. 143. São Paulo: RT, 2007, p. 54.

¹²¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. 5. ed., São Paulo: RT, 2006, p. 744.

Separados, pois, os conceitos que a lei confundiu, passamos agora ao estudo da *coisa julgada* e da *extensão subjetiva dos efeitos do julgado* nas ações coletivas.

4.4.2 Direitos difusos, coisa julgada e extensão dos efeitos do julgado coletivo

Enfrentemos, em primeiro plano, o fenômeno da coisa julgada nas ações coletivas para defesa de direitos difusos.

Segundo o artigo 103, I, do CDC, nas ações coletivas para tutela de direito difuso a sentença fará coisa julgada *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

A primeira hipótese de que se cogita é de improcedência do pedido, por fundamento outro que não a falta de provas. Nessa hipótese, a sentença faz coisa julgada material e se torna, por isso mesmo, imutável e indiscutível, tanto por aqueles que foram partes no processo – autor e réu -, quanto pelos demais co-legitimados, que não poderão propor novamente a mesma ação coletiva.

Caso um outro autor ideológico proponha a mesma demanda, contra o mesmo réu, pretendendo a tutela do mesmo direito coletivo, esbarrará indubitavelmente na coisa julgada do feito precedente e esse pressuposto processual negativo certamente será argüido pelo réu da segunda ação, invocando o resultado – improcedência do pedido – da primeira ação coletiva.

Assim, tal qual concluímos no item anterior, a sentença de improcedência da ação coletiva para defesa de direito difuso faz coisa julgada *erga omnes* apenas no plano da tutela coletiva, no sentido de apanhar todos os demais autores ideológicos que não poderão intentar, em face daquele réu, a mesma ação novamente.

Quanto à eventual influência da sentença de improcedência da ação coletiva para tutela de direito difuso no plano individual, a regra a ser observada é a do §1º do mesmo artigo 103: *os efeitos da coisa julgada previstos nos incisos I e II não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe*. À luz desse dispositivo, fica claro que a improcedência da ação coletiva e a coisa julgada aí formada não se estendem ao plano individual, podendo, portanto, o indivíduo que se julgar lesado manejar, contra aquele réu da ação coletiva, a sua própria demanda, sem que se lhe possa opor o óbice da coisa julgada material. Nota-se, nesse particular, a opção do legislador brasileiro de

não estender a coisa julgada *contra* aos legitimados individuais, como forma de preservação e garantia do devido processo legal.

A segunda hipótese que se cogita é de improcedência do pedido por insuficiência de provas. Nesse caso, nada a acrescentar ao quanto já se disse no item 2.1.1. *supra*: qualquer co-legitimado poderá intentar a mesma demanda outra vez, desde que agora com novo conjunto probatório. Sinal claro de que, nessa hipótese, a coisa julgada é *secundum eventum probationis* e a insuficiência probatória enseja a formação de coisa julgada apenas formal e não material.

A terceira hipótese a merecer exame liga-se à procedência do pedido formulado na ação coletiva para defesa de direito difuso. Nessa hipótese, a coisa julgada opera normalmente, tornando imutável para autor e réu o conteúdo do decisório. Ficam, igualmente, submetidos à imutabilidade desse julgado os demais co-legitimados, afinal, como defendemos, no plano coletivo a coisa julgada é realmente *erga omnes* e apanha, *pro et contra*, os demais autores ideológicos. No mais, se a sentença da ação coletiva foi de procedência, é perfeitamente possível assumir que os demais co-legitimados sequer teriam interesse processual na propositura de nova demanda, porquanto o direito difuso já se encontraria devidamente tutelado pela sentença do primeiro processo.

Por fim, é de se perquirir se a sentença de procedência do pedido formulado na ação coletiva para defesa de direito difuso faz coisa julgada com relação aos legitimados individuais. Entendemos que a resposta é negativa; de coisa julgada efetivamente não se trata, porquanto sentença tal não se torna imodificável para esses legitimados individuais e não os vincula ou obsta o exercício de seu direito de ação individual em qualquer sentido. É certo que esses indivíduos são *beneficiados* por essa sentença, seja pela tutela do direito difuso, que por força da indivisibilidade a todos beneficia, seja pela possibilidade que terão tais indivíduos de promover o transporte *in utilibus* dessa decisão. Todavia, essas duas últimas situações operam no plano dos efeitos da sentença, nada tendo a ver com a coisa julgada enquanto imutabilidade da decisão judicial.

Por isso que dissemos anteriormente que o que é *erga omnes* nesse tipo de sentença são os seus efeitos e não a coisa julgada, desde que analisado o fenômeno com relação às consequências que pode provocar no plano individual. Aliás, desponta óbvio que sequer precisaria o legislador ter dito que os efeitos são *erga omnes*, pois, ante a indivisibilidade do direito difuso, os efeitos da sentença que tutele direito tal são por todos os membros da coletividade experimentados automaticamente, ainda que a lei seja omissa

quanto à extensão *erga omnes* dos mesmos. Diríamos que a eficácia *erga omnes* está *in re ipsa*, pois que decorre da própria natureza difusa e essencialmente coletiva do direito tutelado.

Relembre-se, por oportuno, o que já afirmamos quanto ao direito difuso e sua obediência a dois princípios: (i) indivisibilidade dos benefícios e (ii) não-exclusão dos beneficiários. Com efeito, tutelado um direito difuso, todos os membros da comunidade se beneficiam e nenhum deles pode ser excluído da fruição desses mesmos benefícios.

Quando, por exemplo, a sentença de uma ação civil pública determina a paralisação de uma atividade responsável pela poluição de um rio, o direito aí tutelado, por difuso ser, faz com que os efeitos dessa decisão venham a ser indistintamente experimentados por todos os membros da coletividade, sejam os que vivem às suas margens, sejam os que freqüentam esporadicamente para pescaria, seja um turista do Japão que, naqueles dias posteriores à cessação da atividade poluidora, visitava um amigo que vive às margens do rio, seja ainda a comunidade ribeirinha do município vizinho, que agora recebe águas limpas. Todos experimentam os efeitos benéficos daquela sentença, subjetivamente ilimitada quanto a esses efeitos; *erga omnes*, portanto. E o outro lado da moeda também é válido: caso a sentença seja de improcedência e a poluição continue existindo, também aí os efeitos da sentença serão *erga omnes*, pois a poluição continuará a atingir a todos, indistintamente.

Tanto é verdade que estamos a lidar com algo diferente da coisa julgada que, caso na ação coletiva o juiz determine a cessação da atividade poluente via decisão interlocutória liminar (em cognição sumária, portanto sem o condão de gerar coisa julgada), a projeção de efeitos benéficos *erga omnes* ocorrerá exatamente da mesma forma, o que comprova que não se pode confundir, como fez o legislador, coisa julgada com efeitos de decisão judicial.

Com efeito, somente se pode falar, com correção, em coisa julgada *erga omnes* nas ações coletivas para a defesa de direitos difusos quando se analise o fenômeno de estender a coisa julgada, *pro et contra*, aos demais autores ideológicos no plano coletivo. Tudo o mais que impacta individualmente os membros da coletividade, em função da decisão judicial proferida na ação coletiva, processa-se no plano dos efeitos da decisão, tratando-se, pois, de *extensão subjetiva dos efeitos do julgado coletivo*.

Conscientes dessa realidade, podemos afirmar que ante a indivisibilidade do direito difuso, as decisões judiciais (não só sentenças!) proferidas em ações coletivas que tenham por objeto direito tal possuem *extensão subjetiva ilimitada dos efeitos do julgado*; um efeito *erga omnes* verdadeiramente *in re ipsa*.

Assim sendo, à luz dessas considerações, precisamos enfrentar três questões que dizem respeito à influência, no plano individual, do julgado de procedência do pedido

proferido em ação coletiva que tutela direito difuso: (i) o transporte *in utilibus*; (ii) a limitação territorial ditada pelo artigo 16 da Lei de Ação Civil Pública; e (iii) a limitação ditada pelo artigo 2º-A da Lei 9.494/97.

4.4.3 O transporte *in utilibus* da sentença de procedência da ação coletiva que tutela direito difuso

Conforme já expusemos, o §3º do art. 103 do CDC veicula o denominado transporte *in utilibus* da sentença proferida na ação coletiva, que pode ser aproveitada pelos indivíduos, que promoverão a respectiva liquidação e execução de danos pessoais eventualmente sofridos.

Muitos identificam, nessa hipótese, uma forma de transporte da própria coisa julgada *erga omnes* do processo coletivo para o âmbito individual. Todavia, não se trata aqui de transporte da coisa julgada, mas sim da extensão dos efeitos da sentença a quem não foi parte no processo.

Explica TALAMINI:

Há quem veja nessa regra uma extensão do objeto do processo (e do *decisum*) aos fundamentos da sentença coletiva. O reconhecimento da ilicitude da conduta do réu, que estaria situado apenas na fundamentação, assumiria, por força de lei, o caráter de uma condenação ao ressarcimento dos danos individuais, que então dependeria apenas de “liquidação” e “execução”, segundo referido parágrafo. No entanto, se fosse o caso de ver na regra em questão um fenômeno de especial ampliação de eficácia da sentença, seria preferível qualificá-lo como um **efeito anexo** (ou secundário, a depender da terminologia adotada): a simples técnica de extensão da eficácia e autoridade típicas do *decisum* à fundamentação não bastaria para fazer surgir uma condenação, ali não contida. Então, pareceria mais adequado dizer que **a lei imputa (anexa) esse efeito à sentença em questão: o de constituir título executivo em prol dos indivíduos prejudicados.** (sem grifos no original)¹²²

Conforme os trechos grifados, o fenômeno aqui estudado se passa no plano dos efeitos do julgado coletivo; ou melhor, é um efeito que o julgado naturalmente não tem, mas que a lei, por opção do legislador, resolveu a essa decisão judicial anexar.

Trata-se de técnica conhecida e tradicional no direito pátrio, sendo idêntica à sentença penal condenatória, que tem o efeito anexo de gerar título executivo no juízo cível, conforme expressamente previsto pelo artigo 475-N, II, do Código de Processo Civil. A

¹²² TALAMINI, Eduardo. *Coisa Julgada e sua Revisão*. São Paulo: RT, 2005, p. 125.

doutrina, ao tratar dessa situação que se passa com a sentença penal condenatória, não titubeia em qualificá-lo no plano dos efeitos do julgado – efeito anexo¹²³.

Já dissemos, em momento oportuno que um mesmo fato pode gerar lesão a direito coletivo e individual: as chamadas situações jurídicas heterogêneas. Em casos tais, a sentença prolatada na ação coletiva traz a declaração judicial de que houve a violação ao direito difuso; declara, pois, a ilicitude. Esse conteúdo, uma vez transitada em julgado a sentença, torna-se imutável para partes que integraram a relação processual, notadamente o réu da demanda, que não poderá, na ação individual de ressarcimento, pretender que o judiciário negue aquilo que já disse existir: o ato ilícito. E não pode fazê-lo porque ele, tendo sido réu naquela demanda coletiva, está submetido à imutabilidade da coisa julgada lá formada.

Em palavras outras, não é o legitimado individual que se beneficia da coisa julgada coletiva; para ele não há coisa julgada, afinal não foi parte. O que passa é que o réu da ação coletiva não pode furtar-se àquela coisa julgada lá formada, estando vinculado aos limites objetivos da lide coletiva, tal como decidida.

Nesse mesmo sentido, TALAMINI:

Ademais, o fundamental é que o réu da ação coletiva em questão não se possa subtrair da autoridade da coisa julgada da sentença de procedência, inclusive quando demandado subsequentemente pelo legitimado individual. Mas para se assegurar tal resultado, basta o regime normal da coisa julgada: o réu da ação coletiva foi *parte* naquele processo, portanto, mesmo pelos tradicionais, já *está adstrito à coisa julgada lá formada*, ainda quando ela seja invocada pelo legitimado individual que não participou do processo.¹²⁴

O transporte *in utilibus*, portanto, não é da coisa julgada coletiva para a demanda individual, mas sim efeito anexo daquela, que chega ao legitimado individual da ação de ressarcimento por *extensão subjetiva dos efeitos do julgado coletivo* – outra vez, é o efeito anexo que a ele aproveita.

4.4.4 A limitação territorial ditada pelo artigo 16 da lei de ação civil pública e sua influência na ação coletiva que tutela direito difuso

Como exposto no item 2.1.5 *supra*, a redação do artigo 16 da Lei de Ação Civil Pública, ditada pela Lei nº 9.494/97, constitui uma das mais aceras polêmicas envolvendo o

¹²³ ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. São Paulo: RT, 2007, p. 162.

¹²⁴ TALAMINI, Eduardo. *Coisa Julgada e sua Revisão*. São Paulo: RT, 2005, p. 124.

direito processual coletivo. Os argumentos pela invalidade, ineficácia ou mesmo inconstitucionalidade foram devidamente apresentados, pelo que não os iremos repisar.

Apenas destacamos que, inobstante todos os óbices erigidos pela respeitável doutrina processual pátria, os tribunais têm, amiúde, aplicado referenciado artigo, o que parece demonstrar que aos olhos da jurisprudência, tais argumentos não são convincentes.

Ademais, aderimos integralmente ao pensamento de BERNARDES¹²⁵, que a par de concordar que o dispositivo em referência representa retrocesso na tutela dos direitos coletivos, afirma que esse retrocesso foi consciente, vez que:

A intenção tanto da MP 1.570/97 quanto da lei em que se converteu, sem dúvida, foi atenuar a eficácia prática dos conflitos de massa julgados em sede de ação civil pública. Bem por isso, são compreensíveis as tentativas da doutrina processual de “desconstruir” a nova proposição legislativa. Todavia, a tarefa de definir os limites da coisa julgada ainda pertence ao legislador. Ademais, argumentos baseados em meras opiniões doutrinárias, por mais respeitáveis que sejam do prisma científico, não são parâmetro suficiente para invalidar leis editadas com o objetivo de alterar os contornos da coisa julgada ou dos institutos a ela correlatos.

Com efeito, nossa abordagem sobre tão polêmico assunto parte da premissa que a alteração legislativa, a despeito de criticável, é plenamente válida, eficaz e constitucional.

O prisma de nossa análise é outro: enquanto toda a doutrina se encarrega de vergastar o dispositivo sob a acusação de que limita a coisa julgada nas ações coletivas, pretendemos demonstrar que o fenômeno se processa no plano não da coisa julgada, mas sim dos efeitos da decisão judicial.

De fato, quando o artigo 16 da Lei de Ação Civil Pública diz que *a sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência do órgão prolator*, o que está realmente querendo dizer é que os *efeitos* da sentença proferida em ação civil pública ficam adstritos aos limites territoriais de competência do órgão prolator e não, propriamente, a coisa julgada.

Também no artigo 16 da Lei de Ação Civil Pública, assim como já ocorrera com o artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor, o legislador incorreu no lamentável equívoco de confundir coisa julgada com efeitos do julgado.

Ocorre que, como bem destaca ZAVASCKI¹²⁶, não se pode pretender circunscrever a coisa julgada a limites territoriais, pois que se trata de tarefa incompatível com

¹²⁵ BERNARDES, Juliano Taveira. *Art. 16 da Lei da Ação Civil Pública e efeitos “erga omnes”*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n.916, 5 já. 2006. Disponível em: [HTTP://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7791](http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7791). Acesso em: 18 fev. 2101.

¹²⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo*. São Paulo: RT, 2006, p. 79.

o próprio instituto, que não admite cisão do juízo de certeza sobre a existência ou inexistência ou modo de ser de uma relação jurídica.

Em palavras outras, a coisa julgada, enquanto imutabilidade do conteúdo de uma sentença contra a qual não mais são oponíveis recursos, somente comporta limitação quanto às partes que são por ela atingidas (limitação subjetiva) e sobre aquilo que se torna imutável, ou seja, o *decisum*, o conteúdo da sentença (limitação objetiva) que se torna imutável.

Assim, para o autor e para o réu a sentença judicial transitada em julgado se torna obrigatória e imutável, independentemente do juízo que prolatou a sentença e de onde se encontrem as partes: São Paulo, Recife ou Goiânia.

O que eventualmente comporta limitação são os efeitos da sentença judicial proferida na ação coletiva, ou seja, sua maior, menor ou nenhuma extensão subjetiva a terceiros que não foram partes do processo. O que, pois, pretendeu o legislador limitar com a redação do artigo 16 da Lei de Ação Civil Pública foi a extensão subjetiva do julgado e não a coisa julgada.

Entretanto, no que concerne às ações coletivas para a tutela de direitos difusos, a alteração é, na prática, absolutamente inoperante, ante a indivisibilidade do direito material tutelado na ação coletiva. Como vimos em linhas anteriores, os efeitos de uma decisão judicial que trate de direito difuso é subjetivamente ilimitada por natureza, seu efeito é automaticamente *erga omnes*, independentemente de o legislador pretender estender ou restringir tais efeitos.

Alguns exemplos são sempre úteis à percepção das idéias expostas.

Imaginemos que a Empresa X esteja a veicular propaganda enganosa em determinado canal de televisão com âmbito de alcance em todo o Estado de Goiás. O Ministério Público estadual ingressa, então, com ação civil pública perante o juízo cível da comarca de Goiânia, a fim de proibir a Empresa X de veicular tal propaganda. Deferida a medida e cessada a propaganda, os efeitos dessa decisão serão experimentados por todos os cidadãos do Estado de Goiás, que não mais estarão sujeitos àquela propaganda enganosa. Como o objeto é indivisível, de nada adianta dizer o artigo 16 da Lei de Ação Civil Pública que a decisão se restringe aos limites de competência do órgão prolator; os efeitos da decisão são subjetivamente ilimitados, queira a lei ou não.

Sendo, pois, uma eficácia natural e automática da tutela do direito difuso a sua ilimitada extensão subjetiva, é forçoso concluir que a limitação territorial inserida pelo artigo 16 da Lei de Ação Civil Pública em nada impacta as ações coletivas que visem a tutela de direito tal.

Bem mais tormentosa é a análise do eventual impacto dessa limitação territorial ditada pelo dispositivo em análise ao fenômeno do transporte *in utilibus* para os feitos individuais.

Como defendemos no item 3.2.1. *supra*, o transporte *in utilibus* é um efeito anexo da sentença proferida na ação coletiva, efeito anexo esse estipulado e imputado pelo legislador. E se assim o é, e considerando que o artigo 16 da Lei de Ação Civil Pública, segundo nosso entendimento, limita justamente os efeitos do julgado coletivo aos limites territoriais de competência do órgão prolator, questiona-se: seria o transporte *in utilibus* atingido pela limitação imposta por esse polêmico dispositivo?

Somos inclinados, ainda que a contragosto, a responder positivamente.

Como dito, o transporte *in utilibus* gera, para os legitimados individuais, título executivo judicial, permitindo a esses que caminhem direto para a liquidação dos danos experimentados e respectiva execução (cumprimento de sentença), em sistemática idêntica à que ocorre com a sentença penal condenatória (art. 475-N, II, do CPC).

Esse efeito, qual seja, gerar título executivo para legitimados individuais, que não é natural da sentença, mas sim outorgado pela lei pode, por essa mesma lei, ser limitado ou mesmo suprimido. Dessa forma, os legitimados individuais que se encontrem fora dos limites territoriais da competência do órgão prolator da decisão não poderão, por força da limitação do artigo 16 da LACP, beneficiar-se desse específico efeito, ou seja, não terão em seu favor a formação de título executivo.

Nessa ordem de idéias, os legitimados individuais que se situem dentro dos limites territoriais do órgão prolator da decisão terão título executivo formado em seu favor, bastando a eles promover a liquidação e execução. Os demais legitimados individuais que nessa condição não estejam deverão, caso pretendam receber seu ressarcimento, manejar a devida ação de conhecimento, pois que não têm formado a seu favor título executivo.

Cumpra lembrar, por oportuno, que essas ações cognitivas individuais serão propostas em face do mesmo réu da ação coletiva, o qual estará vinculado à coisa julgada material formada naquela demanda, que traz a declaração judicial de que houve a violação ao direito difuso. Esse conteúdo da sentença torna-se imutável para o réu da demanda coletiva, que não poderá, na ação individual de ressarcimento, pretender que o judiciário negue aquilo que já disse existir: o ato ilícito.

Assim, a ação cognitiva individual não discutirá novamente o ilícito, pois sobre isso há coisa julgada material, mas tão somente o nexo causal, o dano e a sua extensão.

Por fim, a limitação ditada pelo artigo 2º-A da Lei Federal nº 9.494/97 não tem aplicação às ações coletivas para a tutela de direitos difusos, razão pela qual não carece de ser abordada nesse item.

4.4.5 Direitos coletivos *stricto sensu*, coisa julgada e extensão dos efeitos do julgado coletivo

Em primeiro plano, examinaremos a questão da coisa julgada na ação coletiva que tutela direito coletivo *stricto sensu*; após, as questões relativas à *extensão subjetiva dos efeitos do julgado* em ação tal, exatamente como fizemos para os direitos difusos no item anterior.

Primeiro, pois, a coisa julgada.

Segundo o artigo 103, II, do CDC, nas ações coletivas para tutela de direito coletivo *stricto sensu* a sentença fará coisa julgada *ultra partes*, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

Examinemos como hipótese inicial a improcedência do pedido, por fundamento outro que não a falta de provas. Nesse caso, assim como ocorre com a ação coletiva para a tutela de direitos difusos, a sentença faz coisa julgada material e se torna imutável e indiscutível, tanto por aqueles que foram partes no processo – autor e réu –, quanto pelos demais co-legitimados, que não poderão propor novamente a mesma ação coletiva. A expressão *ultra partes*, quando analisada sob o prisma coletivo, tem a função de jungir à coisa julgada os demais autores ideológicos, que não poderão reprisar a demanda coletiva.

Da mesma forma como acontece nas ações coletivas para defesa de direito difuso, a improcedência do pedido formulado na ação coletiva para defesa de direito coletivo *stricto sensu* e a coisa julgada aí formada não se estendem ao plano individual, podendo, portanto, o indivíduo integrante do grupo, categoria ou classe manejar, contra aquele réu da ação coletiva, a sua própria demanda, sem que se lhe possa opor o óbice da coisa julgada material. Como já dito, trata-se opção do legislador brasileiro de não estender a coisa julgada *contra* aos legitimados individuais, como forma de preservação e garantia do devido processo legal.

A segunda hipótese que se cogita é de improcedência do pedido por insuficiência de provas. Nesse caso, nada a acrescentar ao quanto já se disse no item 2.1.1. *supra*: qualquer co-legitimado poderá intentar a mesma demanda outra vez, desde que agora com novo conjunto probatório. Sinal claro de que, nessa hipótese, a coisa julgada é *secundum eventum*

probationis e a insuficiência probatória enseja a formação de coisa julgada apenas formal e não material.

A terceira hipótese a merecer exame liga-se à procedência do pedido formulado na ação coletiva para defesa de direito coletivo *stricto sensu*. Nessa hipótese, a coisa julgada opera normalmente, tornando imutável para autor e réu o conteúdo do decisório. Conforme já explicamos nos comentários à ação coletiva para defesa de direito difuso, aqui também ficam submetidos à imutabilidade do julgado de procedência os demais co-legitimados, afinal, no plano coletivo a coisa julgada é realmente *ultra partes* e apanha, *pro et contra*, os demais autores ideológicos. No mais, faltaria mesmo aos demais co-legitimados interesse processual na propositura de nova demanda, porquanto o direito coletivo *stricto sensu* já se encontraria devidamente tutelado pela sentença do primeiro processo.

Por fim, é de se perquirir se a sentença de procedência do pedido formulado na ação coletiva para defesa de direito coletivo *stricto sensu* faz coisa julgada para os membros do grupo, categoria ou classe. Também aqui entendemos que a resposta é negativa; de coisa julgada efetivamente não se trata, porquanto sentença tal não se torna imodificável para esses legitimados individuais integrantes do grupo, categoria ou classe e não os vincula ou obsta o exercício de seu direito de ação individual em qualquer sentido.

Tal como ocorre no âmbito dos direito difusos, os integrantes do grupo, categoria ou classe serão *beneficiados* por essa sentença, mas aí o que se estende *ultra partes*, ao plano individual, são os efeitos da decisão judicial e não propriamente a coisa julgada. Aliás, por força do disposto no §3º do artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor os indivíduos integrantes do grupo, categoria ou classe poderão promover o transporte *in utilibus* dessa decisão, o que também se processa no plano dos efeitos da decisão, nada tendo a ver com a coisa julgada enquanto imutabilidade da sentença judicial.

Resta, assim, o exame da *extensão dos efeitos do julgado* proferido em ação coletiva de defesa de direito coletivo *stricto sensu*, que guarda diferenças com relação a esse mesmo fenômeno na ação coletiva de defesa de direito difuso. Quanto a essa última, afirmamos que sua natural e intrínseca indivisibilidade faz com que os efeitos da sentença que tutele direito tal sejam naturalmente *erga omnes*, ainda que a lei nada diga a esse respeito.

Quanto aos direitos coletivos *stricto sensu*, porém, assim não é. Conforme demonstramos no Capítulo 02, item 3.1.2.1., ao contrário do que propaga a majoritária doutrina pátria, os direitos coletivos *stricto sensu* são direitos ontologicamente individuais, que recebem tratativa processual coletiva. Nesse passo, são direitos cuja indivisibilidade e transindividualidade são conferidas pela lei; artificialmente, portanto.

Com efeito, considerando que direitos tais são perfeitamente divisíveis e individualizáveis, é indispensável que a lei dite o modo de ser da *extensão subjetiva dos efeitos do julgado coletivo*. No caso, como se trata de direito coletivo *stricto sensu*, o Código de Defesa do Consumidor, no artigo 103, II, erige um sistema de extensão dos efeitos do julgado *ultra partes* que alcança limitadamente o grupo, categoria ou classe.

Quando, pois, uma associação de defesa dos segurados de determinado plano de saúde ingressa com ação coletiva contra determinada cláusula contratual considerada abusiva inserida nos contratos comuns a todos os membros, a sentença judicial que julgar nula cláusula tal haverá de beneficiar indistintamente todos os consumidores que tenham aquele tipo de contrato, com aquele respectiva seguradora de saúde. Vê-se, nesse exemplo, com perfeição a extensão subjetiva *ultra partes* dos efeitos do julgado coletivo, que alcança não indeterminados sujeitos, como ocorreria se difuso fosse o direito, mas sim sujeitos determinados pela relação jurídica base que os une com a parte contrária.

A princípio, aliás, todos aqueles que tenham tal modalidade de contrato com aquela seguradora de saúde são aptos a se beneficiar dos efeitos da sentença coletiva, ainda que não sejam integrantes da associação que propôs a ação e independentemente de seu domicílio.

Ressalte-se que dizemos que assim funciona *a princípio* porque, como será visto nos itens seguintes, as limitações impostas pelo artigo 16 da Lei de Ação Civil Pública e pelo artigo 2º-A da Lei Federal nº 9.494/97 atingem em cheio essa sistemática de extensão dos efeitos do julgado quando se tratar de ação coletiva para a defesa de direitos coletivos *stricto sensu*.

4.4.6 As limitações territoriais ditadas pelos artigos 16 da lei de ação civil pública e artigo 2º-a da lei federal nº 9.494/97 e sua influência na ação coletiva que tutela direito coletivo *stricto sensu*

Defendemos que a limitação territorial ditada pelo artigo 16 da LACP é ineficaz quanto aos direitos difusos, pois que estes são essencialmente indivisíveis e, nessa qualidade, sua tutela tem o condão de gerar uma eficácia automaticamente *erga omnes*.

O mesmo não se pode dizer no caso da ação coletiva para a tutela de direito coletivo *stricto sensu*. Ora, se essa modalidade de direito coletivo tem a sua indivisibilidade artificialmente ditada pela lei, vale dizer, se são direitos coletivos por obra e graça do

legislador, nada obsta que esse mesmo legislador venha conferir regime diferenciado, mais ou menos abrangente, à artificialidade que ele mesmo criou.

É exatamente o que se passa com o artigo 16 da Lei de Ação Civil Pública. Caso o direito coletivo deduzido na ação seja coletivo *stricto sensu*, a extensão subjetiva dos efeitos do julgado é perfeitamente confinável aos limites da competência territorial do órgão prolator da decisão judicial. Ou seja, da mesma forma que a lei criou a categoria dos direitos coletivos *stricto sensu*, com o objetivo de conferir tutela jurisdicional uniforme aos membros do grupo, categoria ou classe, essa mesma lei pode limitar a extensão subjetiva dos efeitos da decisão proferida na ação coletiva.

De novo: o que o artigo 16 da LACP faz é impor limites à extensão subjetiva dos efeitos da decisão judicial prolatada na ação coletiva e não à coisa julgada que venha a se formar.

Concordamos que as críticas oponíveis ao dispositivo são todas procedentes, notadamente no sentido de representar um retrocesso na resolução de conflitos de massa. Entretanto, essa é uma opção que se encontra integralmente nas mãos do legislador, que caso entenda por bem impor esse retrocesso, a ele é dado fazê-lo sem qualquer pecha de ilegalidade ou inconstitucionalidade.

Conclusão: se os direitos coletivos *stricto sensu* são indivisíveis por força de lei e não por sua própria natureza, e justamente por isso dependem de lei que expressamente estenda os efeitos da sentença coletiva àqueles que não fizeram parte do processo, os limites desses efeitos serão ditados por essa mesma lei, que pode tornar a extensão ilimitada ou impor limites, como a competência territorial do juízo prolator da decisão, tal qual faz o artigo 16 da Lei de Ação Civil Pública.

Nesse ponto, discordamos do professor BERNARDES quando assevera que:

Em matéria de ação civil pública ajuizada para proteger interesses difusos ou coletivos, a mudança legislativa é irrelevante. Nessas ações, como se trata de interesses que não comportam defesa individual, pois são essencialmente metaindividuais, a legitimidade ativa é do tipo ordinária, como ensina a doutrina. Logo, eventual limitação territorial a restringir os efeitos *erga omnes* não impede a plena executividade da decisão, pois tanto autor quanto réu estão sujeitos à autoridade da coisa julgada, não importa onde estiverem.¹²⁷

¹²⁷ BERNARDES, Juliano Taveira. *Art. 16 da Lei da Ação Civil Pública e efeitos “erga omnes”*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n.916, 5 já. 2006. Disponível em: [HTTP://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7791](http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7791). Acesso em: 18 fev. 2101.

Ora, como se viu, o direito coletivo *stricto sensu* não é essencialmente metaindividual; ele é essencialmente individual e apenas processualmente coletivo. Logo, o artigo 16 da LACP atinge em cheio as ações coletivas que tutelem esse tipo de direito.

Quanto ao transporte *in utilibus* da sentença da ação coletiva para defesa de direitos coletivos *stricto sensu*, por essas mesmas razões já expostas, só haverá formação de título executivo em prol daqueles que se encontrem nos limites do órgão prolator da decisão judicial. Os demais legitimados individuais que pertençam ao grupo, categoria ou classe deverão manejar as suas ações de conhecimento individuais.

Por fim, incumbe examinar os potenciais efeitos do artigo 2º-A da Lei Federal nº 9.494/97 às ações coletivas para a tutela de direitos coletivos *stricto sensu*. Reza tal dispositivo:

Art. 2º. A sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator.

Parágrafo único. Nas ações coletivas propostas contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas autarquias e fundações, a petição inicial deverá estar obrigatoriamente instruída com a ata da assembléia da entidade que a autorizou, acompanhada da relação nominal de seus associados e indicação dos respectivos endereços.

Com esse artigo, a lei impôs ainda outra restrição à extensão da eficácia subjetiva da decisão prolatada em ação coletiva de defesa de direito coletivo *stricto sensu*. Com essa disposição, não basta que o membro da categoria, grupo ou classe tenha domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator; é preciso também que esse indivíduo pertença aos quadros da entidade associativa para que se beneficie dos efeitos da decisão judicial proferida no processo coletivo.

E de novo somos obrigados a reconhecer que nenhuma ilegalidade cometeu o legislador. Simplesmente está a lei retirando a amplitude eficaz que, um dia, com o Código de Defesa do Consumidor, concedeu às decisões relativas aos direitos coletivos *stricto sensu*.

Um exemplo bem demonstrará essa escalada de restrições. Imaginemos uma ação coletiva para a tutela de direitos coletivos *stricto sensu* proposta, perante a Justiça Federal da Seção Judiciária de Goiás, pela Associação Nacional dos Mutuários da Habitação em face da Caixa Econômica Federal, a fim de beneficiar mutuários de todo o Brasil contra determinada cobrança reputada ilegal.

Na sistemática original do Código de Defesa do Consumidor, a sentença (ou mesmo decisão interlocutória) que julgasse procedente o pedido para impedir cobrança tal seria subjetivamente extensível a todos os mutuários que se encontrassem naquela mesma situação jurídica, em qualquer lugar do Brasil e independentemente de serem associados da entidade que propôs a demanda.

Com a restrição imposta pelo artigo 16 da Lei de Ação Civil Pública, somente os mutuários com domicílio na Seção Judiciária de Goiás da Justiça Federal (âmbito de competência do juízo prolator da decisão) poderiam usufruir dos efeitos daquela decisão, independentemente de fazerem parte da entidade associativa.

Finalmente, com a derradeira restrição imposta pelo artigo 2º-A da Lei Federal nº 9.494/97, somente os mutuários com domicílio na Seção Judiciária de Goiás da Justiça Federal e devidamente associados, na data de propositura da ação, à entidade que aforou a demanda, poderiam usufruir dos efeitos daquela decisão.

O eventual transporte *in utilibus* dessa sentença, como também se situa no plano dos efeitos da decisão, obedecerá ao exato mesmo sistema de limitação ditado pelos artigos 16 da LACP e 2º-A da Lei Federal nº 9.494/97, somente formando título executivo para esses substituídos.

4.5 Direitos Individuais Homogêneos, Coisa Julgada e Extensão dos Efeitos do Julgado Coletivo

Por derradeiro, cumpre analisar o regime de coisa julgada e extensão subjetiva do julgado para os casos de ação coletiva de defesa de direito individual homogêneo.

Lembramos que os denominados direitos individuais homogêneos são direitos apenas *acidentalmente* coletivos; sua natureza é de direito individual que dada a homogeneidade recebeu do legislador uma tratativa na forma coletiva.

Nesse passo, o mecanismo de coisa julgada e extensão dos efeitos do julgado se processa de maneira muito similar à dos direitos coletivos *stricto sensu*. Não por coincidência, óbvio, mas sim porque ambos são direitos ontologicamente individuais que, por opção do legislador, podem receber tratamento coletivo.

Vejamos, pois, a coisa julgada nas ações coletivas para tutela de direitos individuais homogêneos.

No caso de sentença de improcedência do pedido, a coisa julgada opera efeitos *erga omnes* de modo a apanhar todos os demais legitimados à propositura da ação coletiva.

Aqui uma importante particularidade com relação à dinâmica da coisa julgada para direitos difusos e coletivos *stricto sensu*: tanto a improcedência do pedido com suficiência de provas, quanto a improcedência do pedido por insuficiência de provas, são aptas a formar coisa julgada material. Assim, na ação coletiva para tutela de direito individual homogêneo não se aplica a técnica de coisa julgada *secundum eventum probationis*; seja qual for o motivo da improcedência do pedido, a sentença será acobertada pela coisa julgada material.

No plano individual, da mesma forma como se passa para os demais direitos coletivos e por força do que dispõe o §2º do artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor, a improcedência do pedido da ação coletiva não faz coisa julgada para os legitimados individuais. Aqui, entretanto, uma condição: desde que esses legitimados individuais não tenham participado, na qualidade de litisconsortes, da ação coletiva, uma vez que, nesse caso, foram partes e a coisa julgada *contra* os apanhará, nos exatos termos do artigo 472 do Código de Processo Civil.

No caso de procedência da ação coletiva para a tutela de direitos individuais homogêneos, a sentença fará coisa julgada *erga omnes* no plano coletivo, atingindo autor e réu, além de todos os demais co-legitimados, que não poderão reproduzir a mesma ação coletiva. Fará, também, coisa julgada para aqueles legitimados individuais que tenham participado do feito coletivo na qualidade de litisconsortes.

A sentença de procedência do pedido, finalmente, beneficia os legitimados individuais, que poderão se habilitar no feito, liquidar seus danos e executar o *quantum*. A nosso ver, não se trata de transporte *in utilibus*, como ocorre nas ações coletivas para tutela de direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, pois nessas não há pedido condenatório expresso de indenização das vítimas, sendo que o transporte *in utilibus* é efeito que a lei anexa. Já no caso das ações coletivas para defesa de direitos individuais homogêneos há, dentre os pedidos passíveis de formulação, o pleito condenatório. Nesses casos, o juiz efetivamente dedica um capítulo do dispositivo da sentença para condenar o réu da ação coletiva a indenizar os danos individualmente sofridos pelos legitimados individuais. Assim, não há transporte *in utilibus*, mas sim a liquidação e execução daquela mesma sentença proferida no processo individual.

4.5.1 As limitações territoriais ditadas pelos artigos 16 da lei de ação civil pública e artigo 2º-a da lei federal nº 9.494/97 e sua influência na ação coletiva que tutela direito individual homogêneo

A limitação territorial ditada pelo artigo 16 da Lei de Ação Civil Pública opera, para a ação coletiva que tutela direito individual homogêneo, da mesma forma que ocorre para a ação coletiva de defesa de direito coletivo *stricto sensu*.

A justificativa para tanto é idêntica: sendo, tanto os direitos coletivos *stricto sensu*, quanto os individuais homogêneos direitos *acidentalmente* coletivos, cuja indivisibilidade é artificialmente ditada pela lei, é dado ao legislador restringir os limites e a extensão dos efeitos da decisão judicial aos legitimados individuais.

Voltamos a repetir o alerta que já fizemos em outra passagem desse trabalho: o que o artigo 16 da LACP faz é impor limites à extensão subjetiva dos efeitos da decisão judicial prolatada na ação coletiva e não à coisa julgada que venha a se formar.

Com efeito, se os direitos individuais homogêneos são indivisíveis por força de lei e não por sua própria natureza, e justamente por isso dependem de lei que expressamente estenda os efeitos da sentença coletiva àqueles que não fizeram parte do processo, os limites desses efeitos serão ditados por essa mesma lei, que pode tornar a extensão ilimitada ou impor limites, como a competência territorial do juízo prolator da decisão, tal qual faz o artigo 16 da Lei de Ação Civil Pública.

Por idênticas razões, a limitação contida no artigo 2º-A da Lei Federal nº 9.494/97 é perfeitamente aplicável às ações coletivas para a tutela de direitos individuais homogêneos.

Assim, para que o legitimado individual possa ser beneficiado pelos efeitos da sentença proferida na ação coletiva de defesa de direito individual homogêneo, inclusive a condenação do réu no dever de indenizar a vítima, deverá ele ter, por força do disposto no artigo 16 da LACP, domicílio no âmbito territorial da competência do juízo prolator da decisão e, além disso, deverá pertencer aos quadros da entidade associativa que aforou a demanda coletiva, no momento da propositura desta, nos exatos termos do artigo 2º-A da Lei Federal nº 9.494/97.

CONCLUSÕES

Diante de todo o conteúdo que expusemos nos capítulos anteriores, podemos extrair as seguintes conclusões acerca da coisa julgada no processo coletivo:

- 1) Os denominados *direitos coletivos* entram na pauta de preocupação de juristas e legisladores no momento em que a sociedade, ao evoluir, tomou consciência da existência de interesses que verdadeiramente transcendiam a esfera do indivíduo ou mesmo do Estado. Direitos que, nas palavras de CAPPELLETI, são de todos e de ninguém, ao mesmo tempo.
- 2) Essa nova classe, representada inicialmente pela consciência ecológica, pelos emergentes direitos dos consumidores e pelos *civil rights*, por suas características peculiares, passa a exigir uma tratativa processual diferenciada, com a releitura de institutos processuais clássicos, notadamente a legitimidade para agir, a sentença e seus efeitos, e a coisa julgada.
- 3) No Brasil, o despertar para essa realidade se deve ao esforço de “gigantes do direito processual civil brasileiro”, tais como MOREIRA, GRINOVER, WATANABE e OLIVEIRA JUNIOR, que empolgados pelos estudos acadêmicos sobre direitos coletivos travados na Europa durante a década de 1970, notadamente os vigorosos trabalhos de CAPPELLETTI, VIGORITTI, TARUFFO e DENTI, fizeram despertar na consciência jurídica brasileira a necessidade premente de promover, também por aqui, um incremento na tutela dos direitos coletivos:
- 4) Após diversas legislações que passaram a cuidar da matéria, com especial relevo para a Lei de Ação Popular (Lei nº 4.717/65) e para a Lei de Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85), o sistema de tutela coletiva de direitos alcança seu ápice legislativo com o Código de Defesa do Consumidor, que regulou os principais institutos de direito material e processual relacionados aos direitos de massa.
- 5) Quanto às definições, o Código de Defesa do Consumidor divide os direitos coletivos em três espécies: direitos difusos, direitos coletivos *stricto sensu* e direitos individuais homogêneos. A doutrina amplamente majoritária defende que os direitos difusos e coletivos *stricto sensu* são *essencialmente* coletivos, enquanto que os direitos individuais homogêneos seriam *acidentalmente* coletivos. Todavia, conforme fartamente demonstrado, a única classe de direitos essencial e verdadeiramente coletiva são os

direitos difusos; os direitos coletivos *stricto sensu* e os individuais homogêneos são coletivos por obra e vontade do legislador. Ou seja, são direitos *artificialmente* coletivos e *essencialmente* individuais.

- 6) A exata compreensão desses conceitos acerca do direito material mostra-se imprescindível para o entendimento do sistema de coisa julgada e seus efeitos no processo coletivo, uma vez que esse sistema varia de acordo com o direito coletivo deduzido em juízo. Em palavras outras: as ações coletivas para a defesa de direitos difusos tem regime processual de sentença e coisa julgada distinto das ações para defesa de direitos coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos, exatamente porque esses últimos são direitos apenas *acidentalmente* coletivos.
- 7) Quanto à regulamentação existente no Código de Defesa do Consumidor, bem como no artigo 16 da Lei de Ação Civil Pública e no artigo 2º-A da Lei nº 9.494/97, percebe-se que o legislador confundiu os conceitos de coisa julgada, entendida como a imutabilidade da sentença de mérito para as partes no processo, com os efeitos da sentença judicial proferida em ações para defesa de direitos coletivos.
- 8) Nesses termos, somente há que se falar em coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes* quanto aos autores ideológicos no plano coletivo, ou seja, aos demais co-legitimados, que são apanhados pela coisa julgada *pro et contra* formada, salvo nos casos de improcedência do pedido por insuficiência de provas.
- 9) No plano dos indivíduos integrantes da coletividade cujos direitos são representados em juízo pelo autor ideológico, não se pode falar em coisa julgada, nem *pro* e nem *contra*. O que efetivamente se estende a esses legitimados individuais são os *efeitos subjetivos do julgado coletivo* e não, como confunde a lei, a coisa julgada.
- 10) Com relação às limitações impostas pelo artigo 16 da Lei de Ação Civil Pública e artigo 2º-A da Lei nº 9.494/97, o que resta confinado aos limites territoriais da competência do órgão prolator são os efeitos do julgado coletivo e não a coisa julgada, pois nesses normativos o legislador também confundiu os conceitos de coisa julgada com efeitos das decisões judiciais.
- 11) Tais restrições, nada obstante, projetam efeito nenhum quanto às ações coletivas para a defesa de direitos difusos, pois que ante a indivisibilidade desse direito, os efeitos *erga omnes* são experimentados por toda a coletividade, queira ou não o legislador. A limitação ditada atinge, no máximo, o transporte *in utilibus* da sentença proferida na ação coletiva que tutela direito difuso.

- 12) Diferentemente se passa quanto às ações coletivas que tutelam direitos coletivos *stricto sensu* e direitos individuais homogêneos. Tratando-se de direitos que são, por obra do legislador, artificialmente coletivos, é dado a esse mesmo legislador restringir a eficácia subjetiva dos julgados nesses tipos de tutela coletiva. Desse modo, as restrições impostas pelo artigo 16 da Lei de Ação Civil Pública e pelo artigo 2º-A da Lei nº 9.494/97 atingem em cheio essas duas modalidades de ações coletivas, limitando consideravelmente a extensão subjetiva do julgado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual Coletivo Brasileiro: Um Novo Ramos do Direito Processual*, São Paulo: Saraiva, 2003.

ALVIM, Artur Da Fonseca. *Coisa Julgada nos Estados Unidos, RePro n. 132, ano 31, fevereiro de 2006*. Revista de Processo n. 132. São Paulo: RT, 2006.

ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. São Paulo: RT, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. *A Proteção Coletiva dos Direitos no Brasil e Alguns Aspectos da Class Action Norte-Americana*. Revista de Processo nº 130. São Paulo: RT, 2005.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Código de Processo Civil Interpretado*. Org. ANTÔNIO CARLOS MARCATO. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2008.

BERNARDES, Juliano Taveira. *Art. 16 da Lei da Ação Civil Pública e efeitos “erga omnes”*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n.916, 5 já. 2006. Disponível em: [HTTP://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7791](http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7791). Acesso em: 18 fev. 2101.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil vol. I*. 15. ed., Rio de Janeiro: LumenJuris, 2007.

CHAYES, Abram. *The Role of the Judge in Public Law Litigation*. Harvard Law Review, V. 89.

COSTA, Lopes da. *Manual Elementar de Direito Processual Civil*. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1982.

DIDIER JR, Fredie; e ZANETTI JUNIOR, Hermes. *Curso de Direito Processual Coletivo*. Salvador-BA: JusPodivm, 2007.

DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil II*. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2002.

EISENBERG, Theodore; MILLER, Geoffrey P. *The Role of Opt-Outs and Objectors in Class Action Litigation: Theoretical and Empirical Issues*, New York University, Law & Economics Research Series, Working Paper No. 04-004: “*Class action are a usefull means for achieving economies of scale in litigation, facilitating the prosecution of claims that would otherwise be uneconmic to litigate individually, and strengthening enforcement of the law*”.

ERICHSON, Howard M. *Coattail Class Action: Reflections on Microsoft, Tobacco, and the Mixing of Public and Private Lawyering in Mass Litigation*. U.C. Davis Law Review, vol. 34, Fall 2000.

FERREIRA, Rony. *Coisa Julgada nas Ações Coletivas: Restrição ao Artigo 16 da LACP*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2004.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Direito Processual Civil nos Estados Unidos*. Revista de Processo nº 127. São Paulo, RT, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Notas fenomenológicas sobre a relativização dos limites subjetivos da coisa julgada em conexão com o litisconsórcio necessário*. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (Org.). *Coisa Julgada Inconstitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

LEAL, Marcio Flavio Mafra. *Ações Coletivas: Histórico, Teoria e Prática*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1998.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. 5. ed., São Paulo: RT, 2006.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. 15. ed., São Paulo: Saraiva, 2002.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil Tomo V*. Forense, 1974.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 5. ed., São Paulo: RT, 2007.

NUNES, Rizzatto. *Curso de Direito do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ações Constitucionais*. Organizador Fredie Didier Jr. Salvador-BA: JusPodivm, 2006.

RUBENSTEIN, William B. *Finality in Class Action Litigation: Lesson from Habeas*. New York University Law Review, 2007.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil Vol. 3*. 24. ed., Saraiva, 2010.

SANTOS, Nelton dos. *Código de Processo Civil Interpretado*. Antônio Carlos Marcato, coordenador. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2008.

SANTOS, Ronaldo Lima dos. *Amplitude da Coisa Julgada nas Ações Coletivas*. Revista de Processo n. 142. São Paulo: RT, 2006.

SILVA, Ovídio Baptista da. *Limites Objetivos da Coisa Julgada no Direito Brasileiro Atual, em Sentença e Coisa Julgada*. 3. ed., Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1995.

———. *Sentença e Coisa Julgada*. 3. ed., Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1995.

TALAMINI, Eduardo. *Coisa Julgada e sua Revisão*. São Paulo: RT, 2005.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil Vol. I*. 47. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Limites Subjetivos da Eficácia da Sentença e da Coisa Julgada nas Ações Coletivas*. Revista de Processo n. 143. São Paulo: RT, 2007.

VIANA, Flavia Batista. *Algumas considerações sobre as class actions norte-americanas (pequenos contrapontos com as ações coletivas brasileiras)*. Revista de Processo nº 159. São Paulo: RT, 2008.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Código de Processo Civil Interpretado*. Org. ANTÔNIO CARLOS MARCATO. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2008.

VIGLIAR, José Marcelo. *Ações Coletivas*. Salvador-BA: Juspodivm, 2007.

WATANABE, Kazuo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

WATANABE, Kazuo. *Relação entre Demanda Coletiva e Demanda Individual*. Revista de Processo n. 139. São Paulo: RT, 2006.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo*. São Paulo: RT, 2006.