

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO

MARCELLA PEREIRA FERRARO

**TUTELA JURISDICIONAL E DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS:
a problemática da coisa julgada**

CURITIBA

2012

MARCELLA PEREIRA FERRARO

**TUTELA JURISDICIONAL E DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS:
a problemática da coisa julgada**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito, Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Sérgio Cruz Arenhart

CURITIBA

2012

TERMO DE APROVAÇÃO

MARCELLA PEREIRA FERRARO

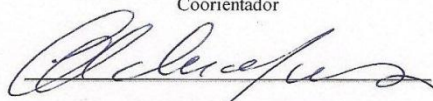
**Tutela jurisdicional e direitos individuais homogêneos: a
problemática da coisa julgada**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de
Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de
Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte
banca examinadora:




SÉRGIO CRUZ ARENHART
Orientador

Coorientador



ALCIDES ALBERTO MUNHOZ DA CUNHA -
Direito Civil e Processual Civil
Primeiro Membro



RICARDO ALEXANDRE DA SILVA
Segundo Membro

AGRADECIMENTOS

A graça da faculdade está em fazer grandes amigos e ter grandes professores, duas coisas que certamente me foram proporcionadas, e agora resta agradecer.

Agradeço ao meu orientador, Prof. Dr. Sérgio Arenhart, professor excepcional e fonte de inspiração também para muitos outros de seus alunos. Como já li em outro lugar e repito por ser a mais pura verdade, suas aulas têm um duplo efeito. Saímos, por um lado, com a sensação de que aprendemos muito em pouco tempo; e, por outro, com a de que é preciso estudar muito mais. Aqui fica então registrada a minha gratidão por todas as aulas ministradas nos últimos três anos, por todo o conhecimento repassado e por todo incentivo à pesquisa. Agradeço, ainda, pela paciência nas respostas dos (muitas vezes absurdos) questionamentos e perguntas, bem como pela oportunidade na pós-graduação.

Agradeço, igualmente, ao Prof. Dr. Clayton Maranhão, por ter possibilitado a participação nos últimos dois anos no programa de monitoria. Também, ao Prof. Dr. Roberto Del Claro, pelas tardes e aulas no NPJ e pelo incentivo que dá aos seus alunos.

Na esteira dos grandes Professores, aos membros da banca, obrigada pela disponibilidade para avaliar mais um trabalho de conclusão de curso.

Quanto aos amigos, embora o agradecimento também seja devido a todos, o faço nominalmente àqueles de convivência diária nos últimos cinco anos. Assim: Adriano, Amália, Bruno, Carol, Mane, Maureen, Mayaras, Paula, Paulos, Rafinha e Zá, obrigada por todos os momentos e pela compreensão quanto às ausências, ainda mais frequentes nos últimos meses.

Registro também que sou grata à Elaine e ao Emerson do “xerox da biblioteca”, sempre dispostos a me ajudar, ainda que às 21h57 de sexta-feira! Sem as cópias, este trabalho não seria o mesmo; tampouco o curso.

Não menos, aos amigos, chefes e colegas da Procuradoria da República, pela ótima convivência durante os períodos de estágio. Na linha traçada acima, personifico o agradecimento a todos na Letícia e na Sandra, pelo carinho durante os muitos meses de convívio diário, que contaram inclusive com diligências um tanto quanto inusitadas. De cachorros abandonados a passarinhos causadores de acidentes aéreos, foi possível, no mínimo, se divertir. Não somente por isso, mas também pelo conhecimento adquirido na Tutela Coletiva – e o tema deste trabalho não me deixa negar a afeição que tenho por ela –, muito obrigada.

Ainda que seja pressuposto, agradeço finalmente à minha família, que é quem, no fundo, dá o apoio necessário a toda e qualquer empreitada.

RESUMO

É corrente a afirmação de que o fenômeno da coisa julgada é e precisa ser diferente no campo coletivo. Especificamente quanto aos direitos individuais homogêneos, há diversas interpretações doutrinárias acerca do que seria a “coisa julgada *erga omnes*” na procedência a que se refere o inc. III do art. 103 do CDC. Há, também, divergências quanto ao que acontece na improcedência. Ocorre ou não, neste caso, formação de coisa julgada? Uma análise da substituição processual e de sua relação com a coisa julgada faz concluir que, na hipótese de julgamento desfavorável, a declaração não se reveste da imutabilidade em que consiste a coisa julgada. Sempre são os titulares os atingidos; há ou não coisa julgada para eles, não para quem possa substituí-los. De todo modo, não é sempre que não se formará coisa julgada na improcedência. Isso porque, caso algum indivíduo titular do direito discutido ingresse na ação coletiva, nos termos do art. 94 do CDC, haverá coisa julgada para ele, independentemente de ser ou não favorável o julgamento. Apesar de se mencionar na doutrina a existência de uma “coisa julgada coletiva”, não se distingue da “coisa julgada tradicional”, exceto por se formar *secundum eventum litis*. Embora se tenha concluído que assim a coisa julgada esteja disciplinada no campo coletivo, não quer isso dizer que a feita seja a melhor opção legislativa. Na verdade, além de o não prejuízo da improcedência em relação aos titulares ser muitas vezes ilusório, a disciplina parece não estar em consonância com a proporcionalidade panprocessual, que deriva do princípio da eficiência.

PALAVRAS-CHAVES: ações coletivas; direitos individuais homogêneos; tutela coletiva de direitos; substituição processual coletiva; coisa julgada; coisa julgada coletiva.

SUMÁRIO

| | |
|-----------------------------|---|
| CONSIDERAÇÕES INICIAIS..... | 7 |
|-----------------------------|---|

PARTE I PREMISSAS DO ESTUDO DA COISA JULGADA “COLETIVA”

| | |
|---|-----------|
| 1. Tutela jurisdicional e ações coletivas | 10 |
| 1.1 <i>Direito à tutela jurisdicional efetiva</i> | 10 |
| 1.2 <i>Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos</i> | 13 |
| 1.2.1 <i>Fundamento constitucional da tutela coletiva</i> | 13 |
| 1.2.2 <i>Ações coletivas na legislação brasileira</i> | 14 |
| 1.2.3 <i>Razões de ser</i> | 17 |
| 2. Direitos individuais homogêneos e tutela jurisdicional | 21 |
| 2.1 <i>O que são direitos individuais homogêneos?</i> | 21 |
| 2.2 <i>Tutelando direitos individuais homogêneos</i> | 27 |
| 2.2.1 <i>Direitos individuais homogêneos: ação civil pública ou coletiva?</i> | 27 |
| 2.2.3 <i>Tutela ampla dos direitos individuais homogêneos</i> | 29 |
| 3. Coisa julgada “tradicional”..... | 34 |
| 3.1 <i>Apontamentos iniciais</i> | 34 |
| 3.1.1 <i>Por que coisa julgada?</i> | 34 |
| 3.1.2 <i>O que é coisa julgada?</i> | 37 |
| 3.2 <i>A coisa julgada no CPC</i> | 42 |
| 3.2.1 <i>A definição legal</i> | 42 |
| 3.2.2 <i>Quando se forma</i> | 44 |
| 3.2.3 <i>Os “limites” da coisa julgada</i> | 46 |
| 3.3 <i>Dimensões da coisa julgada e questões correlatas</i> | 48 |
| 3.3.1 <i>Dimensão objetiva</i> | 48 |
| 3.3.1.1 <i>Limites objetivos</i> | 48 |
| 3.3.1.2 <i>Eficácia preclusiva</i> | 52 |
| 3.3.2 <i>Dimensão subjetiva</i> | 53 |
| 3.3.2.1 <i>A regra dos limites subjetivos</i> | 53 |
| 3.3.2.2 <i>Limites subjetivos, efeitos da sentença e terceiros</i> | 56 |
| 3.3.2.3 <i>Coisa julgada entre ou para as partes?</i> | 59 |
| 3.3.2.4 <i>Coisa julgada e substituição processual</i> | 61 |

PARTE II
COISA JULGADA "COLETIVA"

| | |
|---|------------|
| 1. Apontamentos iniciais | 66 |
| 1.1 “Coisa julgada coletiva”: um novo instituto?..... | 66 |
| 1.2 Alguns possíveis regimes na esfera coletiva..... | 68 |
| 1.3 Coisa julgada e direitos essencialmente coletivos: uma breve referência | 70 |
| 1.3.1 Formação condicional da coisa julgada | 70 |
| 1.3.2 Coisa julgada “erga omnes” ou “ultra parte” | 74 |
| 2. Vinculação dos participantes e colegitimados | 77 |
| 2.1 Formação ou extensão erga omnes?..... | 77 |
| 2.2 Coisa julgada e improcedência | 79 |
| 2.2.1 Improcedência por insuficiência de provas? | 79 |
| 2.2.2 Não formação de coisa julgada <i>secundum eventum litis</i> | 82 |
| 2.3 Indivíduo interveniente..... | 86 |
| 2.3.1 Funcionamento | 86 |
| 2.3.2 Comentários pela doutrina | 88 |
| 3. Ação coletiva e demandantes individuais | 91 |
| 3.1 Suspensão das ações individuais | 91 |
| 3.1.1 A relação entre a ação coletiva e a ação individual | 91 |
| 3.1.2 O que a não suspensão implica..... | 94 |
| 3.2 Sentença individual já transitada em julgado e procedência da demanda coletiva..... | 96 |
| 3.3 Suspensão: uma escolha ou uma imposição?..... | 99 |
| 4. Ainda coisa julgada?..... | 103 |
| 4.1 Lei 9.494/1997, art. 2º-A: ação ainda coletiva?..... | 103 |
| 4.2 Art. 16 da LACP e Lei 9.494/1997..... | 105 |
| 4.2.1 Entendimento doutrinário pela nulidade ou ineficácia | 105 |
| 4.2.2 Aplicabilidade somente às ações de massa? | 107 |
| 4.3. “Coisa julgada” <i>in utilibus</i> | 110 |
| 4.3.1. Primeiras considerações | 110 |
| 4.3.2 Ampliação do objeto do processo?..... | 113 |
| 4.3.3 Transporte da própria coisa julgada? | 117 |
| 4.3.4 Efeito secundário ou anexo?! | 122 |
| 5. Uma análise da coisa julgada <i>secundum eventum litis</i> | 127 |
| 5.1 A “coisa julgada <i>secundum eventum litis</i> ”: um regime mais benéfico? | 127 |
| 5.1.1 Posicionamentos doutrinários..... | 127 |
| 5.1.2 Viabilidade ilusória de resultado individual diverso | 130 |
| 5.2 Coisa julgada e proporcionalidade <i>panprocessual</i> | 133 |
| CONSIDERAÇÕES FINAIS | 137 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 140 |

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Problemas que se colocam hoje nem sempre são problemas recentes. Certamente, a existência de situações que precisam ser tuteladas coletivamente são um desses que, embora existentes no presente, não são estritamente contemporâneos.

A maioria doutrinária indica que os direitos individuais homogêneos só “passaram a ser protegidos a partir da vigência do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078, de 1990), oportunidade em que se lhes assegurou a tutela a título coletivo (art. 81, parágrafo único, III)”¹.

Essa afirmação pode ser entendida em dois sentidos. Primeiro, considerando que os direitos individuais podem ter sua defesa buscada pelos titulares (ao contrário dos direitos realmente coletivos), efetivamente a possibilidade *expressa* de que outras pessoas (entes) buscassem sua proteção conjunta só foi introduzida em nosso sistema de maneira generalizada pelo CDC. Porém, o problema é muito anterior, e aqui está o segundo sentido de compreensão. Será visto ao longo do trabalho que as ações coletivas de massa são mecanismos de acesso à justiça, e, se antes não havia a possibilidade de tratamento coletivo, vários direitos, de fato, ficavam sem proteção possível, uma vez que inviável aos indivíduos, isoladamente, pedir sua tutela².

De todo modo, uma proteção coletiva efetiva não se basta na previsão da legitimação extraordinária. Há vários aspectos do processo que precisam ser repensados. Nesse sentido, a doutrina quase em unanimidade afirma que o instituto da coisa julgada, como desenhado no âmbito “tradicional”, não é adequado para a seara coletiva. Apesar de a coisa julgada no campo das ações coletivas ser um dos temas mais complexos e polêmicos do estudo da tutela

¹ ALMEIDA, João Batista de. *Aspectos controvertidos da ação civil pública*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011, p. 39-40. Com a ressalva, por alguns autores, acerca da Lei 7.913/89, em defesa dos investidores do Mercado de Valores Imobiliários.

² “Quem quer que observe a vida moderna, com as suas profundas e sutis injustiças sociais, com as suas dificuldades permanentes de realização prática do direito, o que torna inútil o esforço e ilusório o reconhecimento das situações jurídicas, vê que a cada momento se ferem direitos de outrem sem que o lesado recorra aos juízes. Porque, com isso, se perdem tempo, esforço e dinheiro. É a própria comodidade, que sugere desleixo, a renúncia à luta pela justiça nas relações da vida. Que fazer? Reeducar o povo? Ensinar-lhe o gosto da peleja? Baratear a justiça? Acelerar os processos? Nenhuma medida bastará; porém todas devem ser praticadas, e a elas devemos juntar uma, que a todas sobreleva: a iniciativa *social*, e não *individual*, de certos processos de indenização. Mais interessado do que o indivíduo, na paga do que lhe foi destruído ou tirado, é a coletividade, para a qual o crime não punido é como a rachadura no vaso; prossegue e aumenta; e o dano irressarcido é como o bater da água na pedra: fura-a, cava-a, sem que o percebamos” (PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*: parte especial. Tomo LIV. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1967, p. 185-186).

coletiva³, as explicações muitas vezes acabam se reduzindo a “a extensão da coisa julgada coletiva beneficia as vítimas no caso de procedência”.

Nesse contexto, a pesquisa realizada teve um objetivo singelo. Partindo de afirmações como a de que “A coisa julgada, no regime do Código de Defesa do Consumidor, é diversa da coisa julgada, tal como tutelada pelo Código de Processo Civil”⁴, procurou-se analisar se seria mesmo o regime tão diferente e quais seriam, se existentes, tais diferenças.

Na verdade, este trabalho é um degrau. Ainda que o texto possa pecar por ser em grande parte descritivo, o foco da pesquisa foi realmente o de tentar compreender o que temos hoje em termos de “coisa julgada coletiva” relativa aos direitos individuais homogêneos. Não se pretendeu analisar, com a profundidade necessária a conclusões firmes, se a técnica atualmente adotada é a melhor ou em que aspectos poderia ser aprimorada. Isso fica para um segundo momento; buscou-se entender *qual é o modelo atual*. Não obstante, não se deixou de fazer, ao final do trabalho, uma breve análise acerca do sistema do CDC, aparentemente mais benéfico aos titulares dos direitos, à luz de outros critérios que devem orientar o processo civil e o trabalho judiciário.

Mesmo pensando no que temos hoje, alguns recortes acabaram sendo feitos, especificamente no que toca às ações coletivas passivas e ao mandado de segurança coletivo.

Se é certa a possibilidade de tutela de direitos coletivos com legitimação para *propositura da demanda*, embora possa haver dissensos quanto a alguns aspectos do funcionamento do processo coletivo, a mesma certeza não há no âmbito das ações coletivas *passivas*. Há tanto quem rejeite como quem admita a possibilidade⁵. Se possíveis, a coisa julgada relativa a essas ações passivamente coletivas é um ponto sensível. Arenhart, por exemplo, indica que haveria problemas em se utilizar a lógica do CPC para a coisa julgada nas ações coletivas passivas, especificamente considerando aquela interpretação de “parte” somente como quem participou do processo; assim, a sentença seria estável somente ao representante do grupo passivo⁶.

³ ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*, p. 409.

⁴ ARRUDA ALVIM, Eduardo. Apontamentos sobre o Processo das Ações Coletivas. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (Coords.). *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Ed. Quartier Latin do Brasil, 2005, p. 33.

⁵ Gidi, por exemplo, já foi contrário à possibilidade de existirem ações coletivas passivas no Brasil. Entretanto, passou a entender que, “Se a tutela coletiva foi permitida pela lei e se há um regulamento processual adequado para a matéria, não há por que negar a possibilidade de uma ação coletiva passiva. A questão, porém, merece cuidadoso estudo, antes que uma palavra final possa ser dada a respeito. [...] parece-nos que o ideal seria uma reforma legislativa que traçasse cuidadosamente os contornos desse tipo de ação” (GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: As ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007, p. 414-415).

⁶ ARENHART, Sérgio Cruz. *Coisa julgada e coletivização de interesses*. Artigo inédito, p. 11.

Quanto ao mandado de segurança, a lei atualmente em vigor (Lei 12.056/2009) não faz ressalvas quanto à não formação de coisa julgada na improcedência, o que pode levar a entender que se vinculam os titulares dos direitos individuais homogêneos em qualquer hipótese; tampouco se fala em suspensão das ações individuais, mas *desistência*, o que também gera discussões.

Ainda que sejam aspectos relevantes para uma completa compreensão da “problemática da coisa julgada” em relação aos direitos individuais homogêneos, optou-se por não abordar esses pontos. Em suma, o trabalho é relativo ao instituto no campo da tutela coletiva ativa e em seu “regime geral” (basicamente, a análise é do regime previsto no CDC).

Para uma melhor organização, o trabalho foi dividido em duas partes.

Na primeira, lançam-se os pressupostos para uma adequada análise da “coisa julgada coletiva”, tratando de maneira geral do direito fundamental à tutela efetiva, das ações coletivas, dos direitos individuais homogêneos e sua tutela e, por fim, da coisa julgada “tradicional”. O estudo desta é um pouco mais extenso, porque essencial a uma adequada percepção do fenômeno no campo coletivo. Por exemplo, não haveria como não abordar o que acontece com a coisa julgada na substituição processual, considerando ser esta a natureza da legitimação para defesa de direitos individuais homogêneos.

Na segunda parte, a partir das premissas lançadas, inicia-se a análise da “coisa julgada coletiva”, após algumas considerações iniciais, com a verificação do seu funcionamento em relação às ações coletivas para tutela de direitos essencialmente coletivos. Isso tem relevância para a compreensão de se, relativamente aos direitos “acidentalmente” coletivos, há diferenças e quais seriam. Na sequência, empreende-se o estudo da coisa julgada em ligação com os direitos individuais homogêneos, verificando-se em que hipóteses há ou não presença da imutabilidade e em relação a quem. Ainda, buscou-se diferenciar a coisa julgada de outros fenômenos que a lei e até parte da doutrina colocam como sendo relacionados ao instituto. É o caso, por exemplo, das previsões do art. 2ºA e parágrafo único da Lei 9.494/1997, do art. 16 da LACP e da “coisa julgada *in utilibus*”. Ao final desta segunda parte, há a breve análise já mencionada, questionando-se se o regime atual é tão benéfico quanto parece.

Enfim, pretendeu-se construir um “degrau” minimamente sólido para, posteriormente, passar-se à reflexão sobre possíveis aprimoramentos.

PARTE I

PREMISSAS DO ESTUDO DA COISA JULGADA “COLETIVA”

1. Tutela jurisdicional e ações coletivas

1.1 Direito à tutela jurisdicional efetiva

O “direito de ação” é, com amparo no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, direito fundamental e devido a todos os cidadãos, isto é, todos, fundamentalmente, têm direito à tutela jurisdicional efetiva⁷.

E isso não se esgota no afirmar um direito material ou no fazer um pedido em juízo, ou seja, não se basta no ato de “invocar a jurisdição”. É exercido durante todo o processo, a fim de possibilitar o julgamento do mérito e, se procedente o pedido, exigir o uso de meios executivos adequados.⁸

Nessa lógica, é muito mais do que mero direito de defesa⁹ e incide sobre todo o Estado, ou seja, a sua realização se impõe sobre o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Repercute na relação entre o Estado, prestador da tutela jurisdicional, e os indivíduos, vinculando o atuar daquele na proteção efetiva dos direitos destes.¹⁰

O administrador público tem o dever, na concretização do direito fundamental de ação, de realizar previsões orçamentárias, destinando quantidade suficiente de recursos para viabilizar que a tutela jurisdicional seja prestada de maneira efetiva. O legislador, por sua vez,

⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011, *passim*.

⁸ MARINONI, L. G. *Teoria Geral...*, ob. cit., p. 221-222. “A ação deve abrir a oportunidade para a obtenção da tutela do direito material, e não apenas viabilizar o julgamento do mérito, como pensa ser essencial o conceito clássico de direito de ação. Como é óbvio, não se quer afirmar com isso, que a ação só existe quando a tutela do direito for prestada, ou quando a sentença reconhecer a existência do direito material, mas sim que a ação deve se realizar através de um procedimento adequado e, no caso de reconhecimento do direito material, permitir a utilização dos meios executivos idôneos à sua efetiva tutela” (Idem. *Ibidem*, p. 294).

⁹ Marinoni esclarece que “a dimensão do direito de ação como direito de defesa, direito a um não fazer por parte do Estado, não esgota o direito de ação. As posições jurídicas por ele englobadas são muito mais amplas que a de um simples direito de defesa. Acima de tudo, não há como descrever o direito de ação mediante nenhuma fórmula que exclua o fato de que envolve poder atribuído a seu titular para provocar a ação do Estado-juiz. E que, se o Estado juiz permanecer inerte, quando provocado pelo titular do direito de ação, essa omissão implicará insatisfação desse direito. É dizer, o direito de ação envolve necessariamente uma prestação estatal para ver-se satisfeito” (MARINONI, L. G. *Teoria Geral...*, ob. cit., p. 199, nota de rodapé nº 5). Indo mais além, Marinoni acrescenta que “A um só tempo, portanto, a ação serve para obrigar o Estado a prestar e se constitui em própria prestação viabilizadora da democratização da democracia, ou seja, da participação” (Idem. *Ibidem*, p. 200).

¹⁰ MARINONI, L. G. *Teoria Geral...*, ob. cit., p. 212-213.

tem o dever de tutela normativa, ou seja, tem de legislar de modo que o exercício da ação possibilite alcançar a tutela prometida pelo direito material e pela Constituição – de nada adiantaria ter o direito fundamental sem um legislador para densificá-lo.¹¹

O juiz, por sua vez, ao se deparar com uma lacuna ou uma proteção normativa insuficiente, deverá “suprir a omissão obstaculizadora do direito fundamental à tutela jurisdicional, mediante o que se pode denominar técnica de controle de inconstitucionalidade por omissão”.¹² Ademais, tem o dever, diante do que foi previsto pelo legislador, de se utilizar das técnicas processuais adequadas às necessidades do direito material a fim de conceder a melhor tutela jurisdicional possível¹³.

O *problema* da efetividade do processo tem maior repercussão (e quase sempre é abordado) quando em jogo a tutela jurisdicional *dos direitos*, visto que neste caso deve se realizar muito mais do que garantias processuais. É especialmente na prestação da tutela de direitos que a jurisdição e o processo justificam a sua existência “para dar conta da impossibilidade de aplicação voluntária do direito material”¹⁴; que alcançam o seu objetivo final, último e maior: a *justiça*¹⁵. É que, de fato, se os direitos enunciados não forem adequadamente protegidos, “o direito estatal perde sua legitimidade – na medida em que não consegue ser imposto –, ruindo, com isso, todo o sistema jurídico e abrindo espaço para que novas ordens jurídicas (paraestatais) surjam e se desenvolvam”¹⁶.

Quando se fala de *tutela jurisdicional de direitos* se quer significar o atendimento do pedido formulado pelo autor, a proteção do direito material. A tutela jurisdicional *do direito* busca, justamente, fazer a comunicação entre os planos processual e substancial. Nesse sentido, o autor que tem razão deve ter uma adequada proteção do seu direito material por

¹¹ MARINONI, L. G. *Teoria Geral...*, ob. cit., p. 119.

¹² MARINONI, L. G. *Teoria Geral...*, ob. cit., p. 122. “Porém, a omissão de regra processual deve ser corretamente afastada da inconstitucionalidade derivada da existência de norma processual inadequada à tutela efetiva do direito, e que, por isso, pode ser dita ‘positivamente’ violadora do direito fundamental à tutela – como é a normal processual que, quando literalmente aplicada, impede a proteção do direito material” (Idem. Ibidem, p. 66).

¹³ “Se a ação se desenvolve para chegar ao julgamento do mérito e à tutela jurisdicional do direito – e, portanto, não pode ser vista apenas como o ato inaugural do processo –, é óbvio que seu desenvolvimento é atrelado a um procedimento e, assim, que sua efetividade também depende da capacidade do procedimento para atender ao direito material” (MARINONI, L. G. *Teoria Geral...*, ob. cit., p. 225).

¹⁴ ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 22.

¹⁵ ARENHART, S. C. *Perfis...*, ob. cit., p. 38.

¹⁶ ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória da vida privada*, p. 29-30. “O que a questão da tutela jurisdicional dos direitos quer evidenciar é a necessidade de a prestação jurisdicional ser pensada na perspectiva do consumidor dos serviços jurisdicionais; ou seja, a reabilitação do tema da tutela jurisdicional dos direitos revela uma preocupação com o resultado jurídico-substancial do processo, conduzindo a uma relativização do fenômeno direito-processo” (MARINONI, L. G. *Antecipação de tutela*. 11. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 30-31).

meio do processo; tem direito a um procedimento adequado, a um provimento e a meios executivos, tudo em conformidade com as necessidades do direito material.¹⁷

Porém, a tutela jurisdicional efetiva é devida ainda que o autor “não tenha razão”. Todos os interessados devem receber uma resposta adequada, em tempo não mais do que o suficiente para a solução do caso e com o menor dispêndio econômico, social e/ou psicológico possível¹⁸.

Explica Sérgio Arenhart que o Estado, no plano do processo, ao garantir os direitos processuais, está oferecendo tutela. Isso pode se dar não importando o resultado do processo, pois o fato de o Estado garantir os direitos processuais e oferecer tutela não acontece somente nos casos em que o juiz julga procedente o pedido formulado pelo autor, ou seja, não somente quando o juiz também reconhece a existência do direito material.¹⁹

Luiz Guilherme Marinoni alerta para a necessária diferenciação entre a tutela jurisdicional (sentido amplo) e a tutela dos direitos. Explica que, em caso de improcedência do pedido formulado pelo autor, a este não é prestada tutela jurisdicional do direito. Neste caso, tampouco se está prestando tutela de direito material ao réu. Na verdade, tal tutela só aconteceria em situações excepcionais em que, além de se defender, o réu formulasse algum pedido no decorrer do processo (como, por exemplo, é possível nas ações possessórias e com a reconvenção). Independentemente de se conceder a *tutela do direito*, o Estado prestará *tutela jurisdicional*; qualquer que seja o resultado (se de procedência ou não), o juiz está concedendo *tutela jurisdicional* tanto ao autor quanto ao réu.²⁰

Como ainda será visto²¹, para que a prestação jurisdicional seja realmente efetiva, entre outras coisas, necessário se faz que a discussão levada a juízo tenha um fim, ou seja, que o reconhecimento ou não de determinado direito material se torne definitivo; que não seja

¹⁷ ARENHART, S. C. *Perfis...*, ob. cit., p. 46-47.

¹⁸ ARENHART, S. C. *Perfis...*, ob. cit., p. 45.

¹⁹ ARENHART, S. C. *Perfis...*, ob. cit., p. 43-44. Em suma, a expressão *tutela jurisdicional* se liga “à idéia de proteção aos direitos processuais, estabelecidos pelo Estado. O Estado, nessa ótica, presta tutela na medida em que assegura, para a aplicação do direito positivo, garantias mínimas de participação dos envolvidos, assegurando-lhes o devido processo legal e a necessária atenção” (Idem. *Ibidem*, p. 43-44).

²⁰ MARINONI, L. G. *Teoria Geral...*, ob. cit., p. 266-268. Assim: “Têm, pois, *direito à jurisdição* tanto o autor que a põe em movimento com sua ‘ação’ quanto o réu que apenas se defende e, mesmo sem *agir*, com sua presença em juízo, reagindo à ação contrária do autor, exige também ele que o Estado, assim, provocado pela ‘ação’, preste-lhe idêntica tutela, decidindo a controvérsia e recusando-se a *realizar a ação de direito material* de que o autor falsamente se dissera titular, julgando a ação improcedente” (SILVA, Ovídio Araújo Baptista. *Curso de Processo Civil*: processo de conhecimento. v.1. 5. ed. rev. e. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 90). “O Estado atende a esse dever de prestar jurisdição e satisfaz a ‘*pretensão à tutela jurídica*’ ainda nos casos de rejeição do pedido, quando simplesmente declara que o autor não tem razão ou não tem ação” (SILVA, O. B. da. *Direito subjetivo, pretensão de direito material e ação*. In: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo. (Orgs.). *Polêmicas sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, p. 27).

²¹V. (I)3.1.1, infra.

possível reabrir a controvérsia e decidir a mesma questão inúmeras vezes. E uma das formas de se tornar estável o julgamento é por meio da coisa julgada.

A análise da coisa julgada em relação às ações coletivas para tutela de direitos individuais homogêneos deve ser feita tanto nas hipóteses em que há tutela jurisdicional apenas em sentido amplo (nos casos de improcedência) como nas em que também há tutela jurisdicional de direitos. Aliás, este é um ponto importante do estudo, na medida em que o nosso ordenamento não prevê que sempre haja vinculação dos titulares ao resultado do processo coletivo. A indiscutibilidade e a imutabilidade só se impõem para os titulares do direito quando se reconhece devida a tutela coletiva *de direitos* (procedência).

1.2 Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos

1.2.1 Fundamento constitucional da tutela coletiva

Já se falou que o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva tem amparo no art. 5º, XXXV, da CF/88. Porém, isso não protege apenas a ação individual, como se poderia pensar à primeira vista. Não há uma limitação à defesa de direitos individuais nem a “ação” é ofertada tão somente aos sujeitos individuais. Isso porque, primeiro, não há na Constituição qualquer restrição a que a lesão ou ameaça de lesão seja individual; segundo, a previsão do direito à tutela efetiva está inserida no rol de “Direitos e Deveres Individuais e *Coletivos*”²².

Como se não bastasse, uma análise das previsões semelhantes ao atual art. 5º, XXXV, em constituições anteriores também leva a esta conclusão. A Constituição de 1946 trazia o seguinte: “a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de interesse individual” (art. 141, §4º), de modo que o fato de a atual não fazer nenhuma restrição *não é por acaso*.²³ O mesmo preceito acerca das lesões a direitos *individuais* estava na Constituição de 1967, art. 150, §4º, bem como na emenda de 69 (art. 153, §4º)²⁴.

Em suma, o que se tem é que a tutela coletiva é “um impositivo constitucional, na medida em que ela decorre da garantia da inafastabilidade da jurisdição, tal como posta na

²² MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C. *Procedimentos especiais*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 281.

²³ MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C. *Procedimentos especiais*, ob. cit., p. 281.

²⁴ Posteriormente, com a seguinte redação: “Art. 153. 4º A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual. O ingresso em juízo poderá ser condicionado a que se exauram previamente as vias administrativas, desde que não exigida garantia de instância, nem ultrapassado o prazo de cento e oitenta dias para a decisão sobre o pedido” (redação dada pela Emenda Constitucional nº 7, de 1977).

Carta Magna”²⁵. Assim, assume também o caráter de direito fundamental, com todas as implicações daí decorrentes, devendo ter uma “interpretação otimizada”. Enfim, o direito à tutela jurisdicional adequada, tempestiva e efetiva engloba, também, o direito à tutela coletiva, ao lado da individual.²⁶

Além disso, válido destacar que essa conclusão com base no art. 5º, XXXV, é corroborada pela existência de outros dispositivos constitucionais. Por exemplo: se a Constituição prevê a defesa do consumidor (art. 5º, XXXII) e a do meio ambiente (art. 225), como isso, em muitos casos, poderia ser efetivado sem as ações coletivas? Ainda que estes dispositivos não existissem, permaneceria a possibilidade de tutela coletiva, mas a existência deles reforça tal entendimento.

Ademais, para concluir, conforme indica Aluisio de Castro Mendes, o texto constitucional tem dois preceitos de previsão geral da tutela coletiva, quais sejam o da legitimação conferida às entidades associativas para representar os seus filiados (art. 5º, XXI) e o da defesa de interesses coletivos ou individuais pelos sindicatos (art. 8º, III). Também, não é de se esquecer que houve a manutenção, criação ou elevação de procedimentos específicos, como o da ação popular (com, inclusive, a ampliação de seu objeto – art. 5º, LXXIII), o da ação civil pública (art. 129, III) e o do mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXIX e LXX).²⁷

1.2.2 Ações coletivas na legislação brasileira

No Brasil, somente a partir da última década de 50 é que se viu o surgimento de legislação capaz de possibilitar a judicialização de certos interesses coletivos. Havia as leis 1.134/1950, que previa a representação judicial e extrajudicial coletiva, pelas respectivas associações, dos funcionários ou empregados de empresas industriais da União; 4.215/63, estabelecendo que caberia à Ordem representar, em relação aos interesses ligados ao exercício da profissão classe dos advogados em juízo ou fora dele; e, somente esta em vigor, 6.708/79, reconhecendo aos sindicatos a possibilidade de atuarem em substituição processual de seus associados, ainda que sem outorga de poderes dos integrantes da categoria.²⁸

Outro passo importante foi dado com a Lei da Ação Popular (Lei 4.717/1965),

²⁵ MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C. *Procedimentos especiais*, ob. cit., p. 281.

²⁶ MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C. *Procedimentos especiais*, ob. cit., p. 281-283.

²⁷ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações Coletivas no direito comparado e nacional*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 194.

²⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada: Teoria geral das ações coletivas*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006, p. 49.

prevendo instrumento para tutela de interesses difusos (patrimônio público), e com a Lei 6.938/1981, lei da política nacional do meio ambiente e que dá legitimidade ao Ministério Público para responsabilização civil e criminal do causador de danos ambientais. Porém, foi a Lei 7.347/1985 “o instrumento que alavancou o processo coletivo brasileiro, dando-lhe contornos mais definidos, e ensejando os desenvolvimentos e progressos que vieram na sequência”.²⁹

A ação civil pública regulada por tal diploma acabou se tornando o padrão para posteriores ações que visam a tutelar interesses específicos³⁰. Ademais, foi inicialmente concebida para o ressarcimento de danos causados ao meio ambiente, aos consumidores, ao patrimônio público em sentido amplo, mas teve seu terreno de aplicação expandido posteriormente. Sobre o processo coletivo, surgiram, ainda, as Leis 7.913/89 (mercado imobiliário), 9.868/99 e 9.882/99 (controle direto de constitucionalidade), 9.494/97 (tutela antecipada contra a Fazenda Pública) e 8.078/90 (código de defesa do consumidor), entre outras.³¹

Atualmente, o regime básico se dá pela “interdependência – complementariedade” dos diplomas (“vasos comunicantes”) que regem o processo coletivo, mais especificamente o Código de Defesa do Consumidor e a Lei da Ação Civil Pública – o art. 117 do primeiro

²⁹ MANCUSO, R. de C. *Jurisdição coletiva...*, ob. cit., p. 50-51. “Excluída a ação popular constitucional, a primeira disciplina legal mais sistemática, na área do processo civil, somente teve início em 1985, com a Lei 7.347” (WATANABE, Kazuo. Capítulo I Disposições Gerais. In: *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 787). De todo modo, a mencionada Lei da Ação Popular merece destaque na construção do nosso sistema processual coletivo, pois, como afirma Sérgio Arenhart, conquanto antes tenha havido leis que previam a legitimidade de associações para proteção de interesses dos membros ou a legitimidade da OAB, “a Lei da Ação Popular foi a primeira que efetivamente procurou oferecer tutela coletiva a interesses metaindividuais, razão suficiente para ser considerado o marco na história nacional das tutelas de massa”. Todavia, o diploma não é isento de críticas: “O diploma legal permanece em vigor, ainda que tenha sofrido algumas importantes modificações, versando, especialmente, sobre a ampliação de seu objeto. Uma rápida análise da lei pode demonstrar que o seu grande defeito reside na legitimação conferida; embora represente louvável homenagem à democracia participativa, permitindo que qualquer cidadão possa ir a juízo para a proteção do patrimônio público, é certo que o indivíduo normalmente não tem condições (econômicas, jurídicas e mesmo interesse efetivo) de postular, perante o Judiciário, em oposição à Administração Pública ou a grandes empresas (eventualmente beneficiadas pelo ato lesivo), na proteção a um patrimônio que não seja exclusivamente seu e cujo vínculo se mostre excessivamente tênue para formar no cidadão, em regra, a vontade de agir em benefício desse interesse. Essa dificuldade, assim, praticamente anula o benefício introduzido pela Lei da Ação Popular, muito embora o incremento, no povo, do senso de cidadania tenda a ampliar a utilização dessa via” (ARENHART, S. C. *Perfis...*, ob. cit., p. 151-152). Ainda sobre a legitimidade ativa ser vista como uma insuficiência subjetiva da ação popular, v. CUNHA, Alcides A. Munhoz da. *Evolução das Ações Coletivas no Brasil. Revista de Processo*, ano 20, jan./mar., n. 77, 1995, p. 227.

³⁰ Em relação a interesses específicos, há os diplomas que cuidam da tutela de: infância e juventude (Lei 8.069/90), deficientes físicos (Lei 7.853/89), investidores no mercado mobiliário (Lei 7.913/89), ordem econômica e livre-concorrência (Lei 12.529/2011), probidade administrativa (Lei 8.429/92), idosos (Lei 10.741/2003), torcedores (Lei 10.671/2003) e biossegurança (Lei 11.105/2005).

³¹ MANCUSO, R. de C. *Jurisdição coletiva...*, ob. cit., p. 51.

expressamente autorizou o uso de suas previsões ao inserir art. 21 no segundo³². “O círculo de *interdependência – complementariedade* enfim se fecha, de um lado, com a invocação, pelo art. 1º da Lei 7.347/85, do regramento da ação popular (Lei 4.717/65), e, de outro lado, com o art. 83 da Lei 8.078/90, dando abertura para o manejo de ‘todas as espécies de ações’”.³³

Tem-se, portanto, um sistema integrado para a tutela dos direitos coletivos no Brasil. É composto pelos já referidos diplomas chaves, Lei da Ação Civil Pública e Código de Defesa do Consumidor, bem como por legislação esparsa e permite a proteção de qualquer espécie de direito coletivo ou individual de massa³⁴, como não poderia deixar de ser, por imperativo constitucional.

Ademais, ao contrário do que uma interpretação apressada do art. 1º Lei da Ação Civil Pública poderia levar a entender (“Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as *ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados*”, grifou-se), uma ação coletiva pode veicular qualquer pretensão, não somente a ressarcitória³⁵. Aliás, tudo isso é o que estabelece o art. 83 do Código de Defesa do Consumidor: “Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código *são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela*” (grifou-se).³⁶

³² Art. 117. Acrescente-se à Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, o seguinte dispositivo, renumerando-se os seguintes: “art. 21. Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor”.

³³ MANCUSO, R. de C. *Jurisdição coletiva...*, ob. cit., p. 52-53. Sem esquecer que o art. 90 do CDC, estabelece: “Aplicam-se às ações previstas neste título as normas do Código de Processo Civil e da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, inclusive no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições”.

³⁴ ARENHART, S. C. *Perfis...*, ob. cit., p. 153; e MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C. *Procedimentos especiais*, ob. cit., p. 305.

³⁵ MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C. *Procedimentos especiais*, ob. cit., p. 313. Evidentemente, de outra forma não poderia ser, afinal, a garantia do art. 5º, XXXV, CF/1988, impõe que sejam concedidos diversos tipos de provimento, não somente que sejam utilizadas diferentes formas procedimentais (WATANABE, K. Capítulo I..., ob. cit., p. 836).

³⁶ MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C. *Procedimentos especiais*, ob. cit., p. 313; WATANABE, K. Capítulo I..., ob. cit., p. 837; NERY JÚNIOR, Nelson. O Processo Civil no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Processo*, ano 16, jan./mar., n. 61, 1991, p. 27; CÂMARA, Alexandre Freitas. Tutela Jurisdicional dos Consumidores. In: FARIAS, Cristiano Chaves de; DIDIER JR., Fredie (coord.). *Procedimentos especiais cíveis: legislação extravagante*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 1105; RODRIGUES, Marcelo Abelha. Ação Civil Pública. Tutela Jurisdicional dos Consumidores. In: FARIAS, Cristiano Chaves de; DIDIER JR., Fredie (coord.). *Procedimentos especiais cíveis: legislação extravagante*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 386.

1.2.3 Razões de ser

A ação coletiva não necessariamente envolve direitos essencialmente coletivos³⁷, isto é, “o caráter coletivo pode ou não ser da essência do direito tutelado”³⁸. Não só entre tutela jurisdicional e tutela (jurisdicional) de direitos se faz uma diferenciação, como também dentro desta há uma separação. Uma ação coletiva pode visar à tutela de direitos coletivos ou à tutela coletiva de direitos³⁹.

No primeiro caso, o direito que se quer tutelar diz respeito a um grupo ou a uma coletividade (direitos difusos ou coletivos em sentido estrito), sendo sua característica básica a indivisibilidade, ou seja, o que se pretende alcançar pode ser feito somente de maneira coletiva, nunca a título individual nem de maneira desuniforme em relação aos integrantes do grupo ou coletividade. Já no que toca à defesa coletiva, a proteção pretendida é de direitos divisíveis, direitos individuais homogêneos⁴⁰.

Em ambos os casos, as ações coletivas são vistas como importantes instrumentos de efetivação de direitos por vários motivos. Não raro, aponta-se em primeiro lugar a facilitação ou expansão do acesso à justiça⁴¹⁻⁴². Diante da preocupação quanto à efetividade do acesso à justiça, apontam Cappelletti e Garth que a procura pela solução passou por três “ondas”.

³⁷ Assim na diferenciação exposta por Barbosa Moreira. Os “litígios essencialmente coletivos”, subjetivamente, são “litígios que concernem a um número indeterminado e, pelo menos para efeitos práticos, indetermináveis de sujeitos”, e, objetivamente, caracterizam-se pela indivisibilidade do objeto. Já os “litígios acidentalmente coletivos” não apresentam objeto indivisível, mas se faz emprego da técnica coletiva (MOREIRA, J. C. B. Ações coletivas na Constituição de 1988. *Revista de Processo*. Ano 16, jan./mar., n. 61, 1991, p. 187-188).

³⁸ MENDES, A. G. de C. *Ações Coletivas...*, ob. cit., p. 23.

³⁹ MENDES, A. G. de C. *Ações Coletivas...*, ob. cit., p. 23-24.

⁴⁰ MENDES, A. G. de C. *Ações Coletivas...*, ob. cit., p. 23-24.

⁴¹ Por exemplo, v. ARENHART, Sérgio Cruz. *A Tutela de Direitos Individuais Homogêneos e as Demandas Ressarcitórias em Pecúnia*, p 11-12. Disponível em <<http://www.academia.edu>>. Acesso em 12 de janeiro de 2012; MENDES, A. G. de C. *Ações Coletivas...*, ob. cit., p. 28. LUNARDI, Soraya Regina Gasparetto. As Ideologias do Processo e a Ação Civil Pública. In MAZZEI, Rodrigo Reis; NOLASCO, Rita Dias. (Coords.). *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 208. Pode-se vislumbrar que a tutela coletiva tem íntima relação com a democracia. Elton Venturi afirma que: “A tutela coletiva assume, desta forma, uma função extraordinária, que exorbita o plano jurídico e social, sendo indispensável à conformação política do *Estado Democrático de Direito*. A efetiva operacionalidade do sistema das ações coletivas passa a ser encarada não mais como mera *consequência*, mas como *condição de existência e prevalência da democracia*, diante das possibilidades que gera em relação ao rompimento das inúmeras barreiras opostas ao acesso à justiça” (VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Editora Malheiros, 2007, p. 102). Ainda, no que toca à democracia, quanto às ações coletivas também funcionarem como mecanismo de participação, v. MARINONI, L. G. *Teoria Geral...*, ob. cit., p. 116; e ARENHART, S. C. *Perfis...*, ob. cit., p. 181.

⁴² Há críticas ao uso da expressão no contexto processual civil (v., por exemplo, BEZERRA, Paulo Cesar Santos. *Acesso à justiça: Um problema ético-social no plano da realização do direito*. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 126-128). De todo modo, o uso se faz conveniente e destaque é dado ao “acesso à justiça” em sua faceta relativa à paridade de armas no âmbito jurisdicional, ao real acesso ao sistema estatal de resolução dos conflitos, ainda que isso não esgote o acesso nem, muitas vezes, alcance a “justiça material” – ver CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 8 e 15. A

Em relação à primeira delas, para haver eficiência do sistema, deve existir um grande número de advogados, e estes também devem estar disponíveis àqueles que por seus serviços não podem pagar, sendo necessárias volumosas dotações orçamentárias para garantir a assistência pelo Estado. De qualquer modo, mesmo que a assistência judiciária fosse *perfeita*, ela não seria capaz de dar solução ao problema das pequenas causas individuais, o que exige atenção especial. Ademais, conquanto determinando modelo de assistência judiciária pudesse atender à necessidade de reivindicação dos interesses jurídicos dos mais desfavorecidos enquanto classe, isso não superaria todas as barreiras em relação a outros interesses coletivos, como os ligados ao meio ambiente e aos consumidores.⁴³

Quanto às “pequenas causas individuais”, é certo que facilitações como a criação de “juizados especiais” incrementam o acesso à justiça. Porém, isso não é suficiente, tendo então importância as ações coletivas, especificamente as voltadas à tutela de direitos individuais homogêneos, que têm papel de destaque no combate a lesões de pequena monta. Aos indivíduos que sofrem os chamados “danos de bagatela”, muitas vezes não é viável, do ponto de vista do custo-benefício⁴⁴, ajuizar ação individual para obter tutela reparatória. Tais danos, porém, apesar de individualmente não apresentarem valor expressivo, globalmente considerados possuem enorme relevância social e econômica e, se não afastados através de instrumentos processuais adequados, se repetem e se perpetuam.⁴⁵

A segunda “onda” de reformas deu conta de colocar em xeque tradicionais noções do processo civil, ou seja, fez-se perceber que o processo civil, em sua concepção tradicional, não permitia a proteção dos direitos coletivos. “O processo era visto como um assunto entre

título de mais um esclarecimento: Como se nota, não se usam como sinônimos “acesso à justiça” e “direito à tutela jurisdicional efetiva”. Para que se possa alcançar real tutela dos direitos (ao menos através da jurisdição) é necessário que o sistema através do qual se presta a tutela jurisdicional pretensamente efetiva seja acessível a todos e que todos possam *lutar* pelos seus direitos com paridade de armas, em uma condição mínima de igualdade (material). O acesso à justiça há de ser efetivo para a concessão de uma tutela jurisdicional também ser dotada de efetividade; “o acesso à justiça quer dizer acesso a um processo justo, a garantia de acesso a uma justiça imparcial, que não só possibilite a participação efetiva e adequada das partes no processo jurisdicional, mas que também permita a efetividade da tutela dos direitos, consideradas as diferentes posições sociais e as específicas situações de direito substancial” (MARINONI, L. G. *Novas...*, p. 28). Por outro lado, não apenas é possível entender que o direito de ação dependa, em parte, de um real acesso à justiça. Na verdade, a via é de mão dupla, pois, também, para o acesso à justiça ser real, a prestação de tutela jurisdicional deve ser adequada. Em outras palavras, “a garantia do acesso à justiça envolve o direito à tutela jurisdicional adequada, porquanto a proteção inadequada de um interesse protegido significa, no mais das vezes, a negativa de tutela (como proclamado pelo Estado) ou, ao menos, a proteção de algo que não é o interesse garantido pelo legislador” (ARENHART, S. C. *Perfis...*, ob. cit., p. 23).

⁴³ CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. *Acesso à justiça*, ob. cit., p. 47-49.

⁴⁴ A inviabilidade desde uma perspectiva de custo-benefício pode ser encarada de duas formas. De um lado, pode-se ter indivíduos que poderiam arcar com os custos do processo, mas tais custos seriam quase iguais ou superiores ao benefício pretendido, de modo que não compensaria o gasto de tempo e esforços para alcançar tal benefício. De outro, indivíduos que não têm condições de pagar as custas e despesas e, mais do que isso, têm de, antes, preocupar-se com a própria subsistência (MENDES, A. G. de C. *Ações Coletivas...*, ob. cit., p. 28-29).

⁴⁵ MENDES, A. G. de C. *Ações Coletivas...*, ob. cit., p. 28.

duas partes, que se destinava à solução de uma controvérsia entre essas mesmas partes a respeito de seus próprios interesses individuais”.⁴⁶ Com efeito, porque não titularizados por uma pessoa determinada, os direitos transindividuais “obrigaram à reconceituação da categoria da legitimidade para a causa, que sempre foi ligada à titularidade de direito material. [...] a solução foi conferir legitimidade a alguns entes que, supostamente, teriam representação adequada para a sua reivindicação em juízo”.⁴⁷

Indo adiante, a terceira “onda” é o que os autores preferiram chamar de *novo enfoque de acesso à justiça*, que tem alcance mais amplo do que buscar, como se pretendeu com as duas primeiras etapas, uma representação efetiva de interesses que antes eram mal ou até mesmo não representados. A terceira “onda” “centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas”.⁴⁸ Tal enfoque pretende englobar uma série de reformas, como as do próprio sistema judiciário, modificando, por exemplo, as estruturas dos tribunais ou criando novos; como as alterações nas formas dos procedimentos e até mesmo no próprio direito substantivo, visando à diminuição do número de litígios e à facilitação da resolução deles.⁴⁹

Ainda ligado ao acesso à justiça, destaque-se que a tutela de massa viabiliza maior equilíbrio entre as partes. É que, muitas vezes, o desequilíbrio afasta o lesado da busca por tutela jurisdicional, já que o causador do dano geralmente dispõe de mais recursos humanos e materiais. Assim, em um processo coletivo, ambas as partes podem estar mais bem aparelhadas, contando com profissionais mais qualificados para cuidar do caso e com mais recursos para propositura da demanda e produção de provas.⁵⁰

Por Barbosa Moreira, esse aspecto também não passou despercebido. O autor, ao comentar que o “litigante acidental”, de fato, está em desvantagem em relação ao “litigante habitual”, destaca que o princípio da igualdade entre as partes do processo é maior do que a

⁴⁶ CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. *Acesso à justiça*, ob. cit., p. 49-50.

⁴⁷ MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C. *Procedimentos especiais*, ob. cit., p. 35.

⁴⁸ CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. *Acesso à justiça*, ob. cit., p. 67-68. Ele “inclui os posicionamentos anteriores, mas vai muito além deles, representando, dessa forma, uma tentativa de atacar as barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo” (Idem. *Ibidem*, p. 31).

⁴⁹ CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. *Acesso à justiça*, ob. cit., p. 71. No entanto, é certo que este enfoque, pretendendo realizar até mesmo ousadas reformas contém risco e limitações, conforme apontam os próprios autores; uma mudança, objetivando derrubar determinada barreira, pode acabar criando outro obstáculo. De qualquer modo, alertam que “O maior perigo que levamos em consideração ao longo dessa discussão é o risco de que os procedimentos modernos e eficientes abandonem as garantias fundamentais do processo civil – essencialmente as de um julgador imparcial e do contraditório”, até porque “A finalidade não é fazer uma justiça ‘mais pobre’, mas torná-la acessível a todos, inclusive aos pobres” (Idem. *Ibidem*, p. 163 e 165).

⁵⁰ MENDES, A. G. de C. *Ações Coletivas...*, ob. cit., p. 29.

mera equiparação formal.⁵¹

Para além do acesso à justiça, ainda em relação à defesa de direitos individuais homogêneos, as ações coletivas estão em consonância com a economia processual, princípio que prima por opções mais céleres e menos custosas para a solução dos conflitos. Aluísio de Castro Mendes destaca que, nesse ponto, a questão é até mesmo lógica, pois, se conflitos singulares têm de ser resolvidos individualmente, litígios coletivos devem ter uma solução metaindividual. Sem mecanismos que possibilitem o trato coletivo, há multiplicação desnecessária de ações, aumentando ainda mais o abarrotamento do Judiciário.⁵²

Relacionado a isso, o instrumental coletivo de massa é de grande interesse para isonomia dos interessados⁵³. Muitas vezes, justamente porque multiplicadas as ações individuais, surgem decisões contraditórias transitadas em julgado, problema acentuado ainda mais pela extensão do nosso território nacional, fazendo com que pessoas em uma mesma situação fática recebam tratamento diverso diante da lei⁵⁴. No extremo, “O direito processual passa a ter, assim, caráter determinante e não apenas instrumental”, além de se dar ensejo ao descrédito para a função jurisdicional e gerar insegurança jurídica. Pelo contrário, o processo coletivo seria capaz de, senão extirpar a existência de decisões contraditórias, ao menos reduzir em grande escala a possibilidade de soluções incompatíveis.⁵⁵

Pelo exposto, pode-se notar que a tutela coletiva de direitos individuais não tem exatamente os mesmos objetivos e a mesma natureza da tutela de direitos coletivos⁵⁶, direitos estes que ficariam desamparados sem a previsão de legitimados específicos para a tutela, já que individualmente a proteção não seria pleiteável (não há titular que fale por si). Já a tutela de massa acaba tendo outras funções mais específicas, embora também relacionadas ao acesso à justiça.

⁵¹ MOREIRA, José C. B. *Ações coletivas...*, ob. cit., p. 199.

⁵² MENDES, A. G. de C. *Ações Coletivas...*, ob. cit., p. 31-32. Complementando, o autor alerta que “costuma-se enfatizar, diante do problema [do número excessivo de processos], a necessidade de mais juízes. Não obstante a carência de julgadores ser realidade que demande solução, a comparação do número de processo com o de juízes não deve ser analisada apenas sob o prisma deste último. *O aumento do número de juízes pode e deve ser acompanhado da diminuição do número de processos, mediante o aperfeiçoamento do sistema das ações coletivas*” (Idem. Ibidem, p. 33, grifou-se).

⁵³ Nesse sentido, não se esquece que, “Além da necessidade de um processo civil pudesse dar conta de direitos transindividuais, percebeu-se que ele também deveria voltar-se aos direitos que podem ser lesados em face dos conflitos próprios de uma sociedade de massa. A sociedade moderna abre oportunidade a situações em que determinadas atividades podem trazer prejuízo aos interesses de grande número de pessoas, constitui fenômeno cada vez mais amplo e frequente na sociedade contemporânea. [...] Ora, se a sociedade atual é caracterizada por ser de produção e consumo de massa, é natural que passem a surgir conflitos de massa que os processualistas estejam cada vez mais preocupados em configurar um adequado ‘processo civil coletivo’ para tutelar os conflitos emergentes” (MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C. *Procedimentos especiais*, ob. cit., p. 301-302).

⁵⁴ MENDES, A. G. de C. *Ações Coletivas...*, ob. cit., p. 35.

⁵⁵ MENDES, A. G. de C. *Ações Coletivas...*, ob. cit., p. 36.

⁵⁶ ARENHART, S. C. *Perfis...*, ob. cit., p. 158.

2. Direitos individuais homogêneos e tutela jurisdicional

2.1 O que são direitos individuais homogêneos?

Conforme Pontes de Miranda, a incidência da norma jurídica sobre o suporte fático juridiciza⁵⁷ determinado fato. Do fato jurídico é que provém a eficácia jurídica, que pode consistir em direitos, pretensões, ações, exceções, deveres e obrigações.⁵⁸

Nota-se, portanto, que as posições ativas (direitos, pretensões, ações, exceções, que são efeitos jurídicos) não se resumem a “direitos”. De todo modo, por uma questão de simplificação no âmbito deste trabalho⁵⁹, as posições ativas “individuais homogêneas” serão referidas simplesmente como “direitos individuais homogêneos” ou “direitos de massa”.

Pedro da Silva Dinamarco traz um critério geral para a diferenciação dos diferentes direitos coletivos, afirmando que, havendo divisibilidade do objeto, “o interesse será sempre individual homogêneo. Já se for indivisível, poderá ser difuso ou coletivo em sentido estrito”⁶⁰.

Para uma parte da doutrina, porém, os direitos individuais homogêneos seriam realmente coletivos, ao menos na fase de conhecimento. Tratando da “ação civil coletiva”, Alcides Munhoz da Cunha afirma que eles

[...] não se situam propriamente como um *tertium genus* de interesses meta-individuais, a par dos interesses difusos e coletivos. Parecem se situar isto sim como uma peculiar modalidade de interesses difusos ou coletivos.
 [...] pode-se afirmar que são interesses meta-individuais, enquanto pressupõe interesses coordenados e justapostos que visam a obtenção de um mesmo bem, de uma mesma utilidade indivisível. [...]
 A divisibilidade se opera apenas no momento da liquidação (quantificação) dos danos pessoalmente sofridos e da execução. [...]
 Enquanto se buscar a condenação genérica, entretanto, estar-se-á buscando um bem indivisível.⁶¹

No mesmo sentido, Ada Pellegrini Grinover expõe que “antes das liquidações e execuções individuais [...], o bem jurídico objeto de tutela ainda é tratado de forma

⁵⁷ “Juridicizar-se é começar a existir juridicamente” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. T. 5. Campinas: Bookseller, 2000, p. 41).

⁵⁸ PONTES DE MIRANDA, F. C. *Tratado de Direito Privado*, t. 5, ob. cit., p. 41.

⁵⁹ “[...] todo conhecimento científico do objeto requer cortes e mais recortes científicos, que cumprem a função de simplificar a complexa realidade existencial delimitando o campo de análise” (CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 307).

⁶⁰ DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação civil pública*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 67. Também pela unitariedade como critério distintivo: MENDES, A. G. de C. *Ações Coletivas...*, ob. cit., p. 216; e MOREIRA, José C. B. *Ações coletivas...*, ob. cit., p. 188.

⁶¹ CUNHA, A. A. M. da. *Evolução das Ações Coletivas no Brasil*, ob. cit., p. 233.

indivisível, aplicando-se a toda a coletividade, de maneira uniforme, a sentença de procedência ou improcedência”⁶².

Entretanto, aqui se adota o entendimento de que os direitos de massa são divisíveis. Note-se, porém, que a divisibilidade é diversa de quando se fala em “direitos divisíveis”, por exemplo, no campo das obrigações. Definindo tal espécie, Pontes de Miranda coloca que direitos são divisíveis “quando é divisível o seu objeto e isso não importa em divisão da relação jurídica. *As relações jurídicas são indivisíveis*”⁶³. No caso dos direitos individuais homogêneos, as próprias relações jurídicas são várias; cada titular tem uma relação jurídica diversa com o demandado. No caso dos direitos essencialmente coletivos, se se pode falar em relação jurídica, ela é uma só, da coletividade com o réu.

Na verdade, se deve haver em um primeiro momento uma indivisibilidade no sentido de que o tratamento seja uniforme, isso é o próprio propósito do manejo coletivo desses direitos, que visa não só a possibilitar uma economia processual e incrementar o acesso à justiça, como também a concretizar a isonomia entre aqueles que estão em situação material “homogênea”. Que seja uniforme é o próprio objetivo de se realizar a tutela coletiva desses direitos, e não pode isso deixar de caracterizá-los como individuais.

O que permite o trato coletivizado é a homogeneidade, mas isso não quer dizer que se trata de direitos *idênticos*, mas *semelhantes*⁶⁴. Embora não sejam situações iguais, a irrelevância das particularidades de cada caso concreto possibilita a coletivização de sua defesa⁶⁵. Ainda, é de se considerar que a ideia de direito individual homogêneo é *relacional*, não uma categoria autônoma:

Não há *um* direito individual homogêneo, mas direitos individuais homogeneamente considerados.

Tal categoria de direito representa uma ficção criada pelo direito positivo brasileiro com a finalidade única e exclusiva de possibilitar a proteção coletiva (molecular) de direitos individuais com dimensão coletiva (em massa). Sem essa expressa previsão legal, a possibilidade de defesa coletiva de direitos individuais estaria vedada⁶⁶.

⁶² GRINOVER, Ada Pellegrini. Das Ações Coletivas para Defesa de Interesses Individuais Homogêneos. In: *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 893.

⁶³ PONTES DE MIRANDA, F. C. *Tratado de Direito Privado*, t. 5, ob. cit., p. 348.

⁶⁴ Nesse sentido: ARENHART, S. C. *A Tutela de Direitos Individuais Homogêneos...*, ob. cit., p. 8.

⁶⁵ Arruda Alvim põe que o necessário é que exista igualdade das situações do ponto de vista jurídico, mesmo que sejam “fatos diferenciados no plano empírico, tendo em vista a esfera pessoal de cada uma das vítimas ou sucessores” (ARRUDA ALVIM, José Manoel de. *Da coisa julgada no Código de Proteção e Defesa do Consumidor – A compreensão da ideia de parte e sua influência no entendimento dos efeitos da sentença e do âmbito da coisa julgada*. São Paulo, p. 93. Inédito, n. 35, p. 18; *Apud* GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 32).

⁶⁶ GIDI, A. *Coisa julgada e litispendência...*, ob. cit., p. 30.

O CDC, em seu artigo 81, parágrafo único, III, tentou definir estes direitos de massa, afirmando que os direitos individuais homogêneos são aqueles decorrentes de origem comum.⁶⁷

Já se nota que esta definição trazida pelo código é um tanto quanto singela, não sendo sempre suficiente para definir determinado direito como individual homogêneo⁶⁸. Elton Venturi acredita que a conceituação legal é tautológica, não passando de “um artifício legislativo destinado à facilitação da tutela processual – e, portanto, sujeito a compreensões mais ou menos abrangentes, liberais ou reacionárias, a depender da própria concepção que o intérprete tenha do fenômeno relacionado ao acesso à justiça e dos obstáculos que os cercam”⁶⁹.

O fato é que a simples origem comum não é suficiente para caracterizar a homogeneidade das situações, até porque de uma mesma origem podem derivar direitos *heterogêneos*, que não guardem nenhuma similitude entre si (exceto a origem, por óbvio).

Aliás, convém ressaltar que quando se está diante de uma situação, sequer se pode desde logo dizer que seja o caso de violação de direito difusos, coletivos propriamente ditos ou direitos individuais homogêneos. Nesse sentido, Aluisio de Castro Mendes explica que

A caracterização do interesse como difuso decorre, na verdade, do pedido formulado, pois se este fosse divisível, como, v.g., a indenização por danos causados, a pretensão, ainda que coletivamente formulada, diria respeito a direitos individuais, que teriam a sua homogeneidade estabelecida pela causa de pedir

⁶⁷ Evidentemente, nem é preciso mencionar que direitos individuais homogêneos não se restringem aos ligados às relações de consumo, apesar de abarcados pelo CDC. Assim, VENTURI, E. *Processo Civil Coletivo...*, ob. cit., p. 75-84. Já a Lei do Mandado de Segurança (Lei 12.016/2009), além de se referir à origem comum, exige mais uma característica. São direitos individuais homogêneos: os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante (art. 21, parágrafo único, II). Assim, tem-se uma caracterização mais restritiva do que a feita pelo CDC (cf. MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C. *Procedimentos especiais*, ob. cit., p. 269).

⁶⁸ Nesse sentido: “Poco se ha dicho sobre la homogeneidad. Quizás la redacción del dispositivo legal pudiera inducir a pensar, inicialmente, que la homogeneidad por el origen común sea un único requisito. Los derechos serían homogéneos siempre que tuvieran origen común. Sin embargo, como indica Ada Pellegrini Grinover, el origen común – sobre todo si es remoto – puede no ser suficiente para caracterizar la homogeneidad.” (WATANABE, K. *Acciones Coletivas: Cuidados necesarios para la correcta fijación del objeto litigioso del proceso*. In: GIDI, A.; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (coords.). *La Tutela de Los Derechos Difusos, Colectivos e individuales homogéneos: Hacia un código modelo para Iberoamérica*. México: Editorial Porrúa, 2004, p. 10).

⁶⁹ VENTURI, E. *Processo Civil Coletivo...*, ob. cit., p. 61. Porém, apesar dessa consideração, o autor não acredita que se deva “condicionar a origem comum”: “porque, *de lege lata*, a interpretação da homogeneidade dos direitos individuais como decorrente não de *qualquer* origem comum, mas apenas de uma origem comum qualificada, tão *próxima* a ponto de torná-los idênticos ou quase-idênticos quanto às questões fáticas e jurídicas envolvendo seus titulares e o infrator (o demandado na ação coletiva), parece-nos inegavelmente *contra legem*, criando obstáculo à admissão de ações coletivas não previsto pelo ordenamento brasileiro”. Ainda, o autor apresenta mais uma razão, afirmando que a predominância da identidade ou da similitude de questões comuns sobre as individuais é irrelevante para a admissibilidade e para a apreciação do mérito da “ação civil coletiva”, podendo ser requisito apenas para eventual liquidação e execução coletiva nos termos do art. 97 do CDC. Enfim, acredita que “o modelo brasileiro da ação de classe não exige, para sua admissão, a *homogeneidade do grupo referente aos titulares* [...], mas a *homogeneidade da origem dos direitos individuais*” (Idem. *Ibidem*, p. 71-73).

remota, consistente em origem comum, ou seja, respectivamente, o barulho produzido pelo tráfego aéreo ou pelo culto religioso.⁷⁰

A situação fática ou até mesmo jurídica (se envolve problemas relativos ao meio ambiente ou a relações de consumo, por exemplo) não pode ser o critério de definição, pois de um mesmo evento pode fazer-se necessária a tutela de diferentes direitos coletivos. Com maior precisão, o pedido então vai indicar se a tutela que se almeja é de direito difuso, coletivo ou individual homogêneo.

Nesse sentido, também, Nelson Nery Jr.:

Observamos um erro metodológico utilizado por doutrina e jurisprudência para qualificação de um direito como sendo difuso, coletivo ou individual. Correntemente, vê-se a afirmação de que o direito ao meio ambiente é difuso, o do consumidor é coletivo e que o de indenização por prejuízos particulares seria individual. A afirmação não está correta nem errada. Apenas há engano na utilização do método para a definição qualificadora do direito ou interesse posto em jogo. A pedra de toque do método classificatório é o tipo de tutela jurisdicional que se pretende quando se propõe a competente ação judicial.⁷¹

Elton Venturi afirma que, mais do que conceituar, o foco deve ser o que os direitos individuais homogêneos representam no contexto social, devendo-se, assim, analisar “as vantagens ou desvantagens da admissão judicial de demandas coletivas reunindo pretensões individuais em função da conexão objetiva pela causa de pedir ou pelo pedido”.⁷²

Conquanto conceituar possa não ser a melhor solução, alguns critérios parecem ser úteis. Aluísio de Castro Mendes explica que, enquanto “acidentalmente coletivos”, para serem *homogêneos*, os direitos devem envolver uma pluralidade de pessoas, além da origem comum⁷³. Ainda, é preciso que haja prevalência das questões de direito e de fato comuns sobre as questões individuais⁷⁴, bem como superioridade, em termos de justiça e eficácia, da

⁷⁰ MENDES, A. G. de C. *Ações Coletivas...*, ob. cit., p. 24.

⁷¹ NERY JR, N. *O Processo Civil no Código...*, ob. cit., p. 25. Também dando destaque ao pedido: MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 21. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 59. Porém, esse critério de averiguação da espécie de direito coletivo não é isento de crítica. Antonio Gidi, por exemplo, afirma: “[...] o critério científico para identificar se determinado direito é difuso, coletivo, individual homogêneo ou individual puro não é a matéria, o tema, o assunto abstratamente considerados, mas o direito subjetivo específico que foi violado. Nesse ponto dissentimos ligeiramente da tese de Nelson Nery Júnior quando conclui ser o tipo de tutela jurisdicional que se pretende obter em juízo o critério a ser adotado. Primeiro, porque o direito subjetivo material tem que a sua existência dogmática e é possível, e por todo recomendável, analisa-lo e classificá-lo independentemente do direito processual. Segundo, porque casos haverá em que o tipo de tutela jurisdicional pretendida não caracteriza o direito material em tutela” (GIDI, A. *Coisa julgada e litispendência...*, ob. cit., p. 21).

⁷² VENTURI, E. *Processo Civil Coletivo...*, ob. cit., p. 61-62.

⁷³ MENDES, A. G. de C. *Ações Coletivas...*, ob. cit., p. 225-226.

⁷⁴ Apesar de o comentário ser relativo a uma das espécies da *class action* estadunidense, é válido aqui: “[...] a economia pretendida só poderá ser efetivamente alcançada se houver a prevalência de questões comuns à classe,

proteção coletiva sobre a individual⁷⁵⁻⁷⁶.

Também, Ada Pellegrini Grinover:

Em tese, a *prevalência da dimensão coletiva individual* poderia ser útil para aferir, do ponto de vista prático, se efetivamente os direitos individuais são, ou não, homogêneos, ainda que tivessem origem comum.

[...] O requisito da superioridade da tutela coletiva, em relação à individual, em termos de justiça e eficácia de decisão, pode ser abordado, no Direito brasileiro, sob dois aspectos: o do interesse de agir e o da efetividade do processo.

Mas [...], ao invés de exigir a superioridade [...], no sistema brasileiro se falaria, mais propriamente, em necessidade de *eficácia de tutela coletiva*.

[...] Se o provimento jurisdicional resultante da ação civil pública em defesa de direitos individuais homogêneos não fosse tão eficaz quanto aquele que derivaria de ações individuais, a ação coletiva não se demonstraria útil à tutela dos referidos interesses. E, ademais, não se caracterizaria como a via adequada à sua proteção.⁷⁷

Rodolfo de Camargo Mancuso, ressaltando que a definição do Código de Defesa do Consumidor é realmente insuficiente, diz que na hipótese de litisconsórcio facultativo a origem comum também pode estar presente, visto que tal cumulação é possível quando há mesmo fundamento de fato ou de direito ou questões afins por um ponto comum de fato ou de direito. Assim, colocam-se como necessários quesitos adicionais, no mesmo sentido já exposto acima: “a *predominância da dimensão coletiva sobre a individual*, aliada à *superioridade, em termos de eficácia, da tutela coletiva sobre a individual*”.⁷⁸

Também, não é de se descartar a caracterização de direitos individuais homogêneos em outras situações. Por exemplo, em similitude ao que prevê a *Rule 23(b)(1)(B)* das *Federal Rules of Civil Procedure* dos Estados Unidos⁷⁹, poderia a “ação de classe” ser utilizada quando existente risco de que julgamentos em casos individuais em favor de determinados

pois, do contrário, tornar-se-á o processo verdadeiro labirinto, diante do emaranhado de alegações, defesas e provas essencialmente individuais, ou, então, não se atendo às relevantes peculiaridades, transformar-se-á em solução, talvez célere, porém extremamente injusta” (MENDES, A. G. de C. *Ações Coletivas...*, ob. cit., p. 88).

⁷⁵ MENDES, A. G. de C. *Ações Coletivas...*, ob. cit., p. 225.

⁷⁶ Nesse ponto, o autor destaca que a exigência de prevalência e superioridade se aproximam do disposto para as *class actions* norte americanas. Em outra parte da sua obra, o autor explica que são requisitos para as *class actions*: a) existência de uma classe identificável; b) inviabilidade do litisconsórcio, tendo em vista numerosidade da classe, dispersão geográfica, diminuto valor pretendido, mutabilidade dos interessados, etc.; c) existência e predominância de questões comuns de fato ou de direito relevantes e predominância e superioridade da defesa coletiva em relação à individual; d) caracterização das pretensões em defesa como tipicamente de classe; e e) ocorrência de representação justa e adequada dos interessados pelas partes representativas (MENDES, A. G. de C. *Ações Coletivas...*, ob. cit., p. 225 e 70-80).

⁷⁷ GRINOVER, A. P. *Das Ações Coletivas...*, ob. cit., p. 863-865.

⁷⁸ MANCUSO, R. de C. *Jurisdição coletiva...*, ob. cit., p. 75-76.

⁷⁹ “Rule 23. Class Actions. (b) TYPES OF CLASS ACTIONS. A class action may be maintained if Rule 23(a) is satisfied and if: (1) prosecuting separate actions by or against individual class members would create a risk of: (B) adjudications with respect to individual class members that, as a practical matter, would be dispositive of the interests of the other members not parties to the individual adjudications or would substantially impair or impede their ability to protect their interests”.

membros estarem, “na prática, dispondo dos interesses de outros integrantes da classe, que não são partes no processo, ou prejudicando substancialmente ou impedindo a capacidade de proteção de seus interesses”⁸⁰. Assim, o tratamento coletivo seria necessário justamente porque apenas uma “visão global” do problema poderia dar a resposta mais justa em relação a todos os afetados.

Para concluir, registre-se que, em qualquer uma das hipóteses, é possível verificar que os direitos individuais homogêneos, por serem assim classificados, são dotados de relevância social. É verdade que, muitas vezes, a própria situação material individual (ainda que fosse uma só) pode ter acentuada relevância. No entanto, no caso dos direitos individuais homogêneos, *justamente por ser recomendável (se não necessária) a coletivização do tratamento*, já há relevância social. Também, porque se estarão realizando os objetivos da tutela coletiva indicados no início do trabalho, quais sejam, em especial, acesso à justiça, isonomia, economia processual, racionalização do trabalho do Judiciário, entre outros.

Watanabe exemplifica:

Mas há, também, a relevância social da própria tutela coletiva em razão da peculiaridade do conflito de interesses. Imagine-se o caso de um fabricante de óleo comestível que esteja lesando os consumidores em quantidade bem pequena, insuficiente para motivar um ou mais consumidores isoladamente a procurar a justiça para reclamar a reparação do seu prejuízo. Se é ínfima a lesão individual, não o será, certamente, a lesão na perspectiva coletiva, que poderá estar afetando milhões de consumidores. Em casos assim, de dispersão muito grande de consumidores lesados e de insignificância da lesão na perspectiva individual, haverá certamente, para que o fornecedor seja obstado no prosseguimento da prática ilícita.⁸¹

Dois projetos de lei que visavam a tratar de ações coletivas, o de reforma do CDC em trâmite no Senado (derivado do anteprojeto elaborado pela Comissão de Juristas “Código de Defesa do Consumidor”, presidida pelo Ministro Herman Benjamin – STJ, 14/03/2012) e o projeto de nova Lei da Ação Civil Pública (PL 5.139/2009, rejeitado na Câmara dos Deputados), corroboram o afirmado logo acima, a respeito da relevância social *da própria tutela* (e de qualquer direito coletivo). O primeiro projeto pretende que o art. 81 do CDC conte com um §2º dispondo que “A tutela dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos presume-se de relevância social e jurídica”. O segundo projeto, ainda mais amplo, assim dispunha: “A tutela dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos presume-se de relevância social, política, econômica ou jurídica” (art. 2º, §1º).

⁸⁰ MENDES, A. G. de C. *Ações Coletivas...*, ob. cit., p. 84-85.

⁸¹ WATANABE, K. Capítulo I..., ob. cit., p. 819-820.

2.2 Tutelando direitos individuais homogêneos

2.2.1 Direitos individuais homogêneos: ação civil pública ou coletiva?

Para uma parte da doutrina, o ordenamento prevê, especificamente para os direitos individuais homogêneos, a *ação civil coletiva*, nos termos dos arts. 91 e seguintes do CDC, sem excluir a possibilidade de mandado de segurança coletivo (já que também para ele há previsão específica⁸²).

Teori Zavascki, por exemplo, afirma que, realmente, são dois os instrumentos, por substituição processual, para a tutela dos direitos individuais homogêneos. Já que a legitimação extraordinária é a exceção, não caberiam interpretações ampliativas. Ademais, com a previsão específica no código, a única pretensão veiculável seria a condenatória.⁸³

Quem adota tal entendimento, enfim, afirma a existência de duas categorias diferentes, a ação civil coletiva e a ação civil pública. Conforme explica Arenhart, em tal ótica,

[...] formam-se dois microssistemas de proteção desses direitos metaindividuais e de massa: um para tutela de direitos coletivos *stricto sensu* e difusos, e outro para a tutela de direitos individuais homogêneos. O instrumento genérico para a tutela de direitos difusos e coletivos é dado pela figura da chamada *ação civil pública*. Já aquele que se destina à proteção de direitos individuais homogêneos tem sido chamado pela doutrina, a partir da expressão empregada pela lei brasileira (Lei Complementar 75, art. 6º, XII), de ação civil coletiva.⁸⁴

A ação civil coletiva foi especificamente tratada pelo Código de Defesa do Consumidor, a partir de seu art. 91, como mecanismo para proteção dos direitos individuais homogêneos em juízo. O procedimento desenhado é essencialmente voltado para atuação jurisdicional *a posteriori*, isto é, cumpre apenas uma função ressarcitória, buscando outorgar uma condenação genérica, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados, para posterior pagamento individual aos lesados. Essa suposta restrição se baseia no fato de que, sendo uma tutela de direitos *individuais*, o legitimado só teria como defendê-los de forma

⁸² Lei 12.016/2009: “Art. 21. Parágrafo único. Os direitos protegidos pelo mandado de segurança coletivo podem ser: II - individuais homogêneos [...]”.

⁸³ ZAVASCKI, Teori Albino. Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos. *Revista de Processo*, ano 20, abr./jun. n. 78, 1995, p. 37-43.

⁸⁴ ARENHART, S. C. *Perfis...*, ob. cit., p. 159. Adota tal ótica Zavascki, que, após tratar de ação civil pública e ação popular, afirma: “Reitere-se, portanto: não se pode confundir defesa de direitos coletivos com defesa coletiva de direitos individuais. Os instrumentos até aqui referidos, pela destinação expressa que lhes deu o legislador e pelas próprias características com que foram concebidos, são talhados para defesa de direitos coletivos, e não para defender coletivamente direitos subjetivos individuais, que têm, para isso, seus próprios mecanismos” (ZAVASCKI, T. A. Defesa de direitos coletivos..., ob. cit., 37-43).

genérica e *a posteriori*; uma atuação preventiva coletiva seria possível somente nas hipóteses envolvendo direitos propriamente coletivos ou, no caso de direitos individuais, a prevenção só poderia ser percebida como necessária por cada particular.⁸⁵

Sérgio Shimura questiona se de fato há diferença em se falar em “ação civil pública” e “ação coletiva”, havendo tanto quem entenda como expressões sinônimas quanto quem as diferencie, restringindo a segunda aos direitos individuais homogêneos.⁸⁶

Para ele, “ação coletiva” é expressão utilizada para designar qualquer ação não individual, isto é, é um gênero que abrange todas as ações cujo objeto seja a tutela de direitos coletivos (em sentido amplo), que não pretende simplesmente veicular uma pretensão individual e subjetiva, de modo que

O fato de o art. 91, CDC, aludir à *ação coletiva* de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos, ligando à defesa de *direitos individuais homogêneos* não quer significar distinção quanto à finalidade ou conteúdo do direito metaindividual a ser tutelado.

A disciplina prevista no art. 91 e ss., CDC, refere-se apenas a um *procedimento diferenciado*, pelo qual também os interesses individuais poderão ser defendidos por meio de uma ação coletiva.⁸⁷

No mesmo sentido, Elton Venturi entende não ser cabível a distinção entre ação civil pública e ação civil coletiva, sendo melhor falar apenas em “ação coletiva”, uma vez que há intrínseca relação entre os regimes da LACP e do CDC.⁸⁸

Essa tentativa de restringir a tutela dos direitos individuais homogêneos, no fundo, pode ser vista como uma forma de preteri-los. De fato, há certo preconceito em relação aos direitos individuais homogêneos enquanto “acidentalmente coletivos”⁸⁹, existindo muitas vezes a tendência de se acreditar que seria melhor que cada um *individualmente* buscasse o que é seu, não cabendo a legitimados, sobretudo ao Ministério Público, procurar a realização da tutela coletiva de direito individuais.

É de se concluir que os direitos individuais homogêneos não podem ter como único

⁸⁵ ARENHART, S. C. *Perfis...*, ob. cit., p. 161.

⁸⁶ SHIMURA, Sérgio. O papel da associação na ação civil pública. In: MAZZEI, Rodrigo Reis; NOLASCO, Rita Dias. (Coords.). *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 150-152.

⁸⁷ SHIMURA, S. O papel da associação..., ob. cit., p. 150-152.

⁸⁸ VENTURI, E. *Processo Civil Coletivo...*, ob. cit., p. 93-94.

⁸⁹ MENDES, A. G. de C. *Ações Coletivas...*, ob. cit., p. 225. “Os direitos individuais homogêneos são vistos, por vezes, como passageiros de segunda classe, ou até indesejáveis, dentro desse meio instrumental que é a tutela judicial coletiva. O estigma não passa de preconceito e de resistência diante dos novos instrumentos processuais. A defesa coletiva de direitos individuais atende aos ditames de economia processual; representa medida necessária para que se possa desafogar o Poder Judiciário, para que possa cumprir com qualidade e em tempo hábil as suas funções; permite e amplia o acesso à Justiça, principalmente para os conflitos em que o valor diminuto do benefício pretendido significa manifesto desestímulo para a formulação de demanda; e salvaguarda o princípio da igualdade da lei, ao resolver molecularmente as causas denominadas *repetitivas*, que estariam fadadas a julgamentos de teor variado, se apreciadas de modo singular” (Idem. *Ibidem*, p. 226).

instrumento (coletivo) de tutela a chamada “ação civil coletiva”. Se se fizer alguma diferenciação entre ela e a ação civil pública, que seja tão somente para considerar como um procedimento específico possível, e não a única via utilizável para a tutela coletiva de direitos, como se verá.

2.2.3 Tutela ampla dos direitos individuais homogêneos

Realmente, olhar de maneira isolada a regra do art. 95 do CDC pode levar alguém a pensar que a tutela pretendida pelo legitimado seja apenas a reparatória, com utilização da técnica da sentença de condenação genérica⁹⁰. Todavia, por mais que a tutela ressarcitória, repressiva e pecuniária tenha sido a única tratada explicitamente pela lei, “esta *não é e não pode ser a única via de tutela permitida para este tipo de interesses*”.⁹¹

O próprio código estabelece que “Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela” (art. 83), não se podendo entender então que, para os direitos de massa, a única via possível seja a condenação ao ressarcimento em dinheiro⁹².

Ademais, não se pode esquecer que a ação coletiva tem origem constitucional nem ter em pouco apreço uma interpretação sistemática das disposições que regem a tutela coletiva⁹³:

[...] torna-se claro que, ao prever e garantir os direitos coletivos e individuais de massa, implicitamente a Constituição Federal exigiu do legislador ordinário o desenvolvimento de mecanismos *eficientes* de proteção destes interesses. Tivesse o legislador restringido a proteção conferida aos interesses de massa exclusivamente à via ressarcitória subsequente, estaria ele violando a delegação conferida pelo constituinte, impondo-se a conclusão da inconstitucionalidade da legislação infra-constitucional. Entretanto, é de se ver que não há, no direito brasileiro, negativa formal de tutelas outras (que não a condenatória) para os direitos individuais homogêneos. Em vista deste dado, sob o ponto de vista constitucional, e impondo-se uma interpretação sistemática do direito nacional, à luz dos princípios constitucionais, cabe a conclusão de que, se não estão proibidas outras modalidades de tutela, elas estão permitidas cabendo para a proteção dos interesses individuais de massa *qualquer forma de tutela, preventiva ou repressiva*.⁹⁴

⁹⁰ Alertou para isso ARENHART, S. C. *A Tutela de Direitos Individuais Homogêneos...*, ob. cit., p. 3-5.

⁹¹ ARENHART, S. C. *A Tutela de Direitos Individuais Homogêneos...*, ob. cit., p. 7-8.

⁹² ARENHART, S. C. *A Tutela de Direitos Individuais Homogêneos...*, ob. cit., p. 15-16. Nesse sentido, MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C. *Processo de Conhecimento*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010, p. 772; NOLASCO, Rita Dias. Contornos nucleares da execução coletiva. In: MAZZEI, Rodrigo Reis; NOLASCO, Rita Dias. (Coords.). *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 443 Também: “[...] a matéria regulada a partir do art. 91 não esgota todo o repertório dos processos coletivos em defesa de interesses individuais homogêneos (art. 81, parágrafo único, III, CDC). É perfeitamente possível que a ação tendente à tutela desses interesses objetiva a condenação à obrigação de fazer ou não fazer, ou que seja de índole meramente declaratória ou constitutiva, tudo consoante disposto no art. 83 do CDC” (GRINOVER, A. P. *Das Ações Coletivas...*, ob. cit., p. 868).

⁹³ ARENHART, S. C. *A Tutela de Direitos Individuais Homogêneos...*, ob. cit., p. 7-8.

⁹⁴ ARENHART, S. C. *A Tutela de Direitos Individuais Homogêneos...*, ob. cit., p. 14-15.

Assim, para a tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos, é viável sentença com qualquer tipo de eficácia e pretendendo qualquer tipo de tutela⁹⁵. Conforme as necessidades do caso concreto é que se verá se são necessários instrumentos preventivos ou repressivos; se eficácia mandamental, executiva ou até mesmo declaratória ou constitutiva.⁹⁶

Para além disso, sequer a tutela condenatória para ressarcimento em pecúnia tem como única opção possível as posteriores execuções individuais. Explicitamente o CDC prevê uma segunda opção (*fluid recovery*)⁹⁷, mas não é só.

Pode haver situações em que não só as execuções individuais sejam inviáveis e não realizadas de maneira considerável (o que ensejaria se lançar mão da *fluid recovery*), mas inclusive esta modalidade de execução coletiva poderia não ter justificativa para ocorrer – não se justificaria principalmente porque os lesados não seriam beneficiados pelo montante pecuniário destinado ao fundo, sem falar na questionável efetividade do emprego do dinheiro do Fundo dos Direitos Coletivos e Difusos na proteção dos direitos coletivos ou de massa⁹⁸.

Assim, a outra opção seria a de execução coletiva com ressarcimento dos valores aos próprios titulares (não ao fundo). Nesse sentido, afirma-se que uma leitura do artigo 98 do CDC⁹⁹ mais consentânea aos princípios da tutela coletiva é a de que é, sim, possível este tipo de execução coletiva, e isso sem a necessidade de dar tempo para as vítimas promoverem a

⁹⁵ Para detalhes sobre os diversos tipos de tutela, ver: MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C. *Processo de Conhecimento*, ob. cit., p. 443-464.

⁹⁶ ARENHART, S. C. *A Tutela de Direitos Individuais Homogêneos...*, ob. cit., p. 14-17.

⁹⁷ “Art. 100. Decorrido o prazo de um ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, poderão os legitimados do art. 82 promover a liquidação e execução da indenização devida. Parágrafo único. O produto da indenização devida reverterá para o fundo criado pela Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985”. Como explica Marcelo Abelha Rodrigues, “a demanda liquidatória/executiva da *fluid recovery* é sempre eventual e subsidiária de uma ação coletiva proposta para a proteção de direitos individuais homogêneos”. É eventual e subsidiária (ou residual), porque depende da existência de uma ação de responsabilidade civil por danos a direitos individuais homogêneos com sentença condenatória genérica (daí a eventualidade) e porque deve haver condenação genérica nos termos do art. 95 do CDC sem que, após um ano, tenha havido liquidações individuais compatíveis com o número, havendo então uma situação de vantagem para o demandado, considerando o resultado obtido com a conduta danosa e a reparação que já tenha feito. Porém, não há espaço para a incidência deste dispositivo quando a demanda individual homogênea veiculada presta-se para tutelar uma obrigação específica (fazer ou não fazer e entrega de coisa). Tampouco quando se está diante de ação civil coletiva para tutela de direitos individuais homogêneos que pretenda superar crises de certeza e de situação jurídica (provimento meramente declaratório e constitutivo) (RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ponderações sobre a fluid recovery do art. 100 do CDC*, p. 461-463. In MAZZEI, Rodrigo Reis; NOLASCO, Rita Dias (coord.). *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005). Mais à frente, o autor defende que, na verdade, em vez de residual, até em virtude da impossibilidade de se aferir o resíduo de uma condenação genérica, deveria a reparação fluída ser punitiva, no sentido de ter como único critério o lucro ou vantagem obtida com a conduta danosa; isso seria comparado apenas ao que já tivesse sido efetivamente pago, aplicando uma reparação mais próxima da realidade (Idem. *Ibidem*, p. 468).

⁹⁸ ARENHART, S. C. *A Tutela de Direitos Individuais Homogêneos...*, ob. cit., p. 19.

⁹⁹ “Art. 98. A execução pode ser coletiva, sendo promovida pelos legitimados de que trata o art. 82, abrangendo as vítimas cujas indenizações já tiveram sido fixadas em sentença de liquidação, sem prejuízo do ajuizamento de outras execuções”.

liquidação e/ou execução individual – ou seja, não seria o caso de esperar um ano como na *fluid recovery*.

Aluisio Gonçalves de Castro Mendes afirma que

A redação cogente, se interpretada em sentido estrito, do art. 95 da Lei n. 8.078/90, ao estabelecer que a sentença seja sempre genérica, acaba dando prevalência a um tratamento individualista para os direitos individuais homogêneos, supondo sempre a impossibilidade de resolução coletiva e julgamento exauriente no processo coletivo de conhecimento.

[...]

Haver, especialmente em processos coletivos, uma grande economia processual se o próprio réu estiver em condições de efetuar os cálculos, ou fornecer os elementos necessários para tanto, dando cumprimento efetivo à sentença. [...] A cultura individualista e dispositiva do processo civil, entretanto, acabam fortalecendo interpretações que acabam privilegiando a necessidade da prolação de sentenças genéricas, sucedidas de liquidações e execuções individuais, na contramão da história.¹⁰⁰

Assim, se as circunstâncias fáticas forem justamente aquelas em que o réu é quem detém todas as informações para concretizar a determinação judicial, nada mais efetivo do que realizar a execução desde logo.¹⁰¹

No que toca à possibilidade de execução coletiva, há decisões do Superior Tribunal de Justiça nesse sentido. Em 2008, a Terceira Turma, ao julgar recurso especial em execução provisória proposta pelo Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – IDEC que visava ao pagamento aos associados do índice de 42,72% para a correção de valores depositados em caderneta de poupança no mês de janeiro de 1999, afirmou:

Com efeito, após a sentença, pode-se constatar que o valor ínfimo dos valores atribuídos a cada vítima não justifica o ônus econômico que envolve o processo de liquidação e execução. Por isso, *de forma consentânea com as diretrizes que orientam o processo coletivo, deve-se admitir a execução coletiva*, com base na

¹⁰⁰ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Direitos Individuais Homogêneos: sentença, liquidação e execução nos processos coletivos*, p. 4-6. Disponível em <http://portal.estacio.br/media/209191/artigo_aluisio.pdf>. Acesso em 22 de fevereiro de 2012.

¹⁰¹ Aliás, considerando que em muitos casos o réu possui as informações e que com elas já é possível saber o valor devido a cada um, os autores do Anteprojeto de alteração/atualização do Código de Defesa do Consumidor propuseram a inserção de um novo dispositivo no diploma, *explicitando o que já é possível*: “Art. 95-A. Na sentença condenatória à reparação pelos danos individualmente sofridos, sempre que possível, o juiz fixará o valor da indenização individual devida a cada membro do grupo ou um valor mínimo para a reparação do dano. § 1º Quando os valores dos danos individuais sofridos pelos membros do grupo forem uniformes, prevalentemente uniformes ou puderem ser reduzidos a uma fórmula matemática, a sentença coletiva indicará esses valores, ou a fórmula de cálculo da indenização individual. § 2º Quando a determinação do valor dos danos individuais sofridos pelos membros do grupo depender de informações em poder do réu, este deverá prestá-las, no prazo fixado pelo juiz, sob pena de multa diária e outras medidas indutivas, coercitivas e sub-rogatórias” (Anteprojeto elaborado pela Comissão de Juristas “Código de Defesa do Consumidor”, presidida pelo Ministro Herman Benjamin (STJ) – Senado Federal. Texto recebido em 14/03/2012 pelo Presidente do Senado José Sarney). Disponível na íntegra em: <<http://www.senado.gov.br/noticias/agencia/pdfs/AnteprojetoFinal14%20mar%C3%A7o.pdf>>.

representação processual, como a única forma idônea de pulverizar o custo do processo, autorizando a satisfação dos direitos individuais reconhecidos por sentença.

No processo sob julgamento, o pedido de execução envolve um total de R\$815.562,92, mas, entre as pessoas representadas pelo exequente, há algumas que detêm contas com crédito inferior a R\$100,00. *Exigir a liquidação e execução individual pode, portanto, representar uma pá-de-cal sobre as conquistas que o processo coletivo representam.* (REsp 880.385-SP, Terceira Turma, STJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, 16/09/2008, grifou-se)

Ainda no âmbito do STJ, em julgamento de conflito negativo de competência suscitado para resolver qual juízo seria competente para processar a liquidação por arbitramento requerida pelo Ministério Público Federal, no voto do relator se deixa evidente a admissibilidade da liquidação coletiva e da sua respectiva execução, com base no artigo 97 do CDC. Tal dispositivo permitiria a liquidação e a execução por um dos legitimados do art. 82, perante o próprio juízo competente da fase de conhecimento. Confira-se:

Em se cuidando de ação com o objetivo de garantir *direitos individuais homogêneos*, o Código de Defesa do Consumidor prevê regras específicas relativas à tutela dessa categoria de interesses e direitos, os quais serão aqui mencionadas apenas as necessárias à solução da controvérsia, quais sejam:

a) artigo 97 consigna que "*a liquidação e a execução da sentença poderão ser promovidas pela vítima e seus sucessores, assim como pelos legitimados de que trata o artigo 82*", autorizando, dessa forma a liquidação e a execução coletiva e individual;

b) artigo 98 estabelece qual o *foro competente para a execução da sentença, mas permanece silente quanto ao foro para a liquidação.*

[...]

Da interpretação do dispositivo extrai-se que: *a) se a execução for coletiva (promovida pelos legitimados do art. 82), o juízo da execução será o juízo da ação condenatória (art. 98, § 2º, inciso II) e; b) se a execução for individual, o juízo da execução poderá ser o juízo da liquidação da sentença ou da ação condenatória (art. 98, § 2º, inciso I).*

Tendo em vista a inexistência de regra legal acerca da *competência para a liquidação coletiva* de sentença nos processos em que sejam tutelados *direitos individuais homogêneos*, deve ser realizada interpretação extensiva da norma prevista no artigo 98, § 2º, inciso II, o qual consigna, que competirá ao juízo condenatório a execução coletiva da sentença. (CC nº 113.523-RJ, Primeira Seção, STJ, Rel. Min. Luiz Fux, 04/03/2011, grifos no original)¹⁰²

¹⁰² Há autores que explicitamente sustentam a possibilidade de a liquidação se dar de maneira coletiva, mas restringem à representação. Afirma Tiago Figueiredo que os legitimados do art. 82 podem propor demanda de liquidação para se apurar a quantia devida a cada titular do direito individual homogêneo, porém entre os legitimados não se poderia incluir o Ministério Público, segundo o autor. Aliás, para o autor, “a inconstitucionalidade dos artigos que conferem legitimidade para o Ministério Público para atuar como parte em demandas pelas quais são tutelados direitos individuais homogêneos, inclusive nas que se busca a liquidação do *quantum* afirmado em sentença genérica que tutela interesses dessa natureza. Por isso que, são aqui tidos como inconstitucionais os arts. 92 e 97, ambos do CDC, *naquilo* que legitimam o MP para propor demanda visando a tutela de direitos individuais homogêneos.” (GONÇALVES, Tiago Figueiredo. A “liquidação” de obrigação imposta por sentença em demanda metaindividual. In: MAZZEI, Rodrigo Reis; NOLASCO, Rita Dias. (Coords.). *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 423). Também admitindo a execução coletiva por um dos legitimados, Rita Dias Nolasco afirma que a execução individual da sentença condenatória genérica poderá ser feita pelas vítimas e seus sucessores ou pelos entes legitimados pelo art. 82 do CDC, mas, “Neste caso, há necessidade de se indicar que [sic] serão os beneficiados. Os beneficiados terão que autorizar a

De fato, exigir sempre que, após condenação ao pagamento de soma em dinheiro, todos os titulares dos direitos individuais homogêneos promovam individualmente a execução pode comprometer a efetividade da prestação individual. Liquidação e execução individuais podem apresentar vários problemas.

Como lembra Arenhart, em primeiro lugar, há a questão do abarrotamento do Judiciário com inúmeras demandas executivas individuais decorrentes de uma única sentença, além das dificuldades que cada indivíduo teria de enfrentar pela própria propositura de uma ação de execução, como a contratação de advogado, o tempo consumido para liquidar e executar a sentença, a escassez de informação, etc. Também, com a execução individual acaba-se reabrindo boa parte da discussão já havida no processo de conhecimento, pois a pessoa terá de demonstrar a extensão do dano, o nexo de causalidade e o valor da respectiva indenização.¹⁰³

Esses obstáculos muito contribuem para que raramente seja ajuizada uma execução individual baseada na condenação genérica, prejudicando a efetividade da tutela jurisdicional. Devem-se, portanto, buscar formas de tutela dos direitos individuais homogêneos que não levem à necessidade de execução individual, inclusive por meio da não conversão, em pecúnia, do prejuízo, ou seja, impondo-se o ressarcimento em sua forma específica e o exigindo através das técnicas do art. 461 do Código de Processo Civil. Ademais,

[...] haverá várias hipóteses em que a efetivação da sentença coletiva – *que imponha o pagamento de soma em dinheiro de forma individualizada aos particulares atingidos* – possa ser mais eficiente se dispensado o processo de execução (ou o atual cumprimento de sentença *pela via sub-rogatória*) e acolhida outra via de realização da ordem judicial. Existe, evidentemente, espaço amplo para a precisão de mecanismos de coerção (ou mesmo para a realização da ordem de pagamento *independentemente de processo de execução ou de cumprimento de sentença*, nos moldes previstos no Código de Processo Civil atual) na tutela de interesses individuais homogêneos.¹⁰⁴

Infere-se, portanto, que a defesa dos direitos “acidentalmente coletivos” é ampla, podendo se dar de diferentes formas, buscando diversos tipos de tutela. Lançadas estas premissas quanto à tutela jurisdicional e os direitos individuais homogêneos, essencial agora estudar o instituto da coisa julgada para sua posterior análise no campo coletivo.

execução a ser promovida pelo representante, exigido o instrumento de mandato.” (nota de rodapé nº. 59). Apesar de possível a execução pelos legitimados, afirma que as vítimas e seus sucessores têm legitimidade preferencial frente aos legitimados do art. 82; a legitimidade deste, portanto, seria, de certo modo, subsidiária (NOLASCO, R. D. Contornos nucleares da execução coletiva, ob. cit., p. 445).

¹⁰³ARENHART, S. C. *A Tutela de Direitos Individuais Homogêneos...*, ob. cit., p. 21-22.

¹⁰⁴ARENHART, S. C. *A Tutela de Direitos Individuais Homogêneos...*, ob. cit., p. 23, grifos no original.

3. Coisa julgada “tradicional”

Inicialmente, deve-se deixar claro que o adjetivo “tradicional” foi utilizado no título desse capítulo para dar ênfase a que esta primeira análise levará em conta o fenômeno da coisa julgada sem relação necessária com as ações coletivas. Tal estudo é fundamental para que se possa fazer o posterior cotejo com a disciplina do instituto no “microsistema do processo coletivo”. Além disso, não se pode esquecer que as legislações relativas especificamente às ações coletivas não são tão completas a ponto de afastar a incidência de previsões do CPC¹⁰⁵.

De todo modo, a compreensão que se tentará ter vai até onde interessa diretamente ao presente estudo, ou seja, há problemas e questões que se colocam em relação à “coisa julgada individual”, mas que transbordam os limites desta pesquisa – e, por isso, não serão abrangidos pelas explanações.

3.1 Apontamentos iniciais

3.1.1. Por que coisa julgada?

Foi dito anteriormente que o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva recai sobre todo o Estado, de modo que se devem conceber instrumentos processuais hábeis a concretizar a tutela prometida pelo direito material e pela Constituição. Mais do que isso (ou justamente por isso), o direito à tutela jurisdicional efetiva também significa a necessidade de se pôr fim aos litígios solucionados por meio do processo, ou seja, é essencial resolvê-los de maneira definitiva, de modo que a solução se torne indiscutível e imutável.¹⁰⁶

¹⁰⁵ Isso está explícito na legislação. Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990): “Art. 90. Aplicam-se às ações previstas neste título as normas do Código de Processo Civil e da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, inclusive no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições”. Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/1985): “Art. 19. Aplica-se à ação civil pública, prevista nesta Lei, o Código de Processo Civil, aprovado pela Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, naquilo em que não contrarie suas disposições”. Lei da Ação Popular (Lei 4.717/1965): “Art. 22. Aplicam-se à ação popular as regras do Código de Processo Civil, naquilo em que não contrariem os dispositivos desta lei, nem a natureza específica da ação”.

¹⁰⁶ MARINONI, L. G. *Teoria Geral...*, ob. cit., p. 136-138. “Portanto, como seria fora de propósito, e até mesmo bizarro, transformar o direito fundamental à tutela jurisdicional em um direito a uma “opinião” do juiz, é fora de qualquer dúvida que esse direito tem como corolário o direito à definitividade da solução do conflito” (Idem. *Ibidem*, p. 137).

O processo é marcado por várias tensões e, certamente, uma das principais é a existente entre justiça e segurança. Entretanto, como dito, os litígios devem ter um fim, e de nada adiantaria haver uma decisão final se ela pudesse indefinidamente ser rediscutida e alterada¹⁰⁷. Assim é que, como lembra Barbosa Moreira, “Entre os dois riscos que se deparam – o de comprometer a segurança da vida social e o de consentir na eventual cristalização de injustiças –, prefere o ordenamento assumir o segundo”¹⁰⁸.

Já se pode ver que a ideia de coisa julgada não tem conexão com verdade, mas, de fato, constitui uma opção legislativa feita a partir de critérios de conveniência e oportunidade, tendo em vista a necessidade de se conceder estabilidade às relações sociais¹⁰⁹.

Gidi destaca que, mais relevante do que o fundamento jurídico da coisa julgada (se é o caso de presunção ou ficção de verdade, extinção da obrigação jurisdicional, etc.) é o seu fundamento político¹¹⁰. Por esse prisma, tem-se que, à similitude da prescrição e da decadência, a coisa julgada “foi concebida com o objetivo de evitar a perduração de situações indefinidas, indesejável na vida social, pois comprometedora da sua própria segurança”. Não só a parte que teve julgamento favorável aspiraria esta estabilidade, como a outra parte e a população em geral, pois todos precisam de estabilidade e segurança em suas relações.¹¹¹

Eduardo Couture também chegou a essa conclusão. Para ele, a coisa julgada não seria especificamente uma propriedade jurídica, mas uma exigência política, ou seja, seria antes exigência prática do que uma razão natural¹¹². Como os atos jurídicos em geral, a sentença

¹⁰⁷ “Recortes metodológicos” são necessários, e, no presente trabalho não se entrará no mérito da discussão acerca da relativização da coisa julgada.

¹⁰⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de Direito Processual*. Primeira série. 2. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1988, p. 99. “Se o resultado é injusto, paciência: o que passou, passou” (Idem. Ibidem, loc. cit.).

¹⁰⁹ ARENHART, S. C.; MARINONI, L. G. *Processo de Conhecimento*, ob. cit., p. 649. “[...] a autoridade da coisa julgada não é um caráter essencial e necessário dos atos jurisdicionais, mas somente um instituto disposto pela lei por motivos de oportunidade e de conveniência política e social” (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e Autoridade da Sentença e outros Escritos sobre coisa julgada*. Trad. de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Trad. dos textos posteriores a 1945 e notas relativas ao direito brasileiro vigente de Ada Pellegrini Grinover. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 122). “A coisa julgada – nunca é demais repeti-lo – é instituto de finalidade essencialmente prática: destina-se a conferir estabilidade à tutela jurisdicional dispensada” (MOREIRA, J. C. B. *Temas...*, ob. cit., p. 83).

¹¹⁰ Concordando, MANCUSO, R. de C. *Jurisdição coletiva...*, ob. cit., p. 118. De todo modo, já não é mais discutível hoje: “A coisa julgada não estabelece presunção ou ficção de verdade dos fatos afirmados na sentença” (TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 38). Realmente, já há muito foi afastada a teoria da coisa julgada de direito material. Mais detalhes, v. ROSENBERG, Leo. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Trad. Angela Romera Vera. Tomo II. Ediciones Juridicas Europa-America: Buenos Aires, 1955, p. 449-455.

¹¹¹ GIDI, A. *Coisa julgada e litispendência...*, ob. cit., p. 5-8.

¹¹² COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3ª ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1993, p. 407. Também Barbosa Moreira afirma que “a imutabilidade não é co-natural à sentença” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada*. *Revista de Processo*. Ano IX, abril-junho de 1984, n.34, p. 275-276). Entretanto, também se afirma: “O instituto da coisa julgada é obrigatório em qualquer sistema jurídico. Submeter matérias à apreciação do Judiciário pressupõe que haja uma resposta final. E não se deve esperar que a definitividade da resposta decorra da satisfação dos litigantes, convencidos da

que não seja justa deve ser substituída por outra que satisfaça a necessidade de justiça. Porém, ao lado dessa necessidade, há a de certeza, exigente de que se declare qual é essa justiça, qual o direito reconhecido. Enfim, ‘Las sentencias deben ser justas, pero una forma de injusticia consiste en que se invierta la vida entera para llegar a la sentencia definitiva’.¹¹³

Marinoni, para além de considerar a coisa julgada como corolário do direito fundamental à tutela efetiva, vez que a tutela jurisdicional prestada não deve ser novamente discutida, vê o instituto como essencial para a existência do próprio discurso jurídico, como elemento indispensável à afirmação do poder estatal e, por fim, como consectário do princípio da segurança jurídica¹¹⁴.

Em relação à essencialidade para a existência do discurso jurídico, coloca que todo discurso carece de regras para que bem se desenvolva e, para valer enquanto tal, necessita terminar, afinal “um discurso jurídico incapaz de se estabilizar é uma contradição em termos, já que o poder, fundamento do discurso jurídico, impescinde do recrudescimento”¹¹⁵. Assim, sendo a sentença o elemento final do discurso jurídico, é necessário que adquira estabilidade, sob pena de inviabilizar a própria existência do discurso.¹¹⁶

Como elemento indispensável à afirmação do poder estatal, há que apenas uma decisão com autoridade é capaz de pôr fim a um litígio. Caso pudesse ser modificada, uma sentença não seria afirmação do poder jurisdicional, pois um poder só consegue se afirmar ao gerar confiança, o que só é possível com a estabilidade de suas decisões.¹¹⁷

Quanto à sua relação com o princípio da segurança jurídica, Marinoni aponta que a coisa julgada “deriva do Estado de Direito e encontra base nos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança”¹¹⁸. Nesse sentido, viabiliza a proteção da segurança jurídica em dois aspectos. Por um lado, sob o prisma objetivo, a proteção se dá por fazer com que as decisões judiciais sejam definitivas e imodificáveis, inclusive pelo legislador. Por outro, sob o prisma subjetivo, a coisa julgada “garante ao cidadão que nenhum outro ato estatal poderá modificar ou violar a decisão que definiu o litígio”. A rigor, conforme afirma,

excelência do julgado. [...] Não se acham com facilidade entre os homens exemplos do analista desapaixonado que, lendo uma sentença prolatada contra seus interesses, exclame: É verdade, eu não tinha direito! Excelente sentença!” (LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. *Contribuições à teoria da coisa julgada*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997, p. 13-14).

¹¹³ COUTURE, E. J. *Fundamentos...*, ob. cit., p. 347-348. Concordando, Gidi afirma que “justiça sem estabilidade seria equivalente a nenhuma justiça” (GIDI, A. *Coisa julgada e litispendência...*, ob. cit., p. 8).

¹¹⁴ MARINONI, L. G. *Coisa julgada inconstitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 56-68.

¹¹⁵ MARINONI, L. G. *Coisa julgada...*, ob. cit., p. 57.

¹¹⁶ MARINONI, L. G. *Coisa julgada...*, ob. cit., p. 56-68.

¹¹⁷ MARINONI, L. G. *Coisa julgada...*, ob. cit., p. 58-61.

¹¹⁸ MARINONI, L. G. *Coisa julgada...*, ob. cit., p. 64.

“sem coisa julgada material não há ordem jurídica e possibilidade de o cidadão confiar nas decisões do Judiciário”.¹¹⁹⁻¹²⁰

Pelo exposto, percebe-se que a coisa julgada tem grande importância. Em nosso ordenamento, a relevância é ainda maior. Foi albergada como garantia constitucional (inclusive “cláusula pétrea”), prevista no art. 5º, XXXVI, da Constituição de 1988. Assim, não só pode ser vista como um instituto decorrente do princípio da segurança jurídica (também de caráter constitucional), mas como uma garantia já especificada pelo próprio constituinte.

Como alerta Talamini, evidentemente, a norma constitucional que contempla a coisa julgada não se esgota em proteger o instituto contra a irretroatividade da lei. A garantia é muito mais ampla, o que não impede, porém, que seja regulamentada pelo legislador infraconstitucional: “A Constituição impõe a premissa de que o modelo processual jurisdicional contemplará a coisa julgada – ainda que remetendo ao legislador infraconstitucional, dentro de certas condições, a liberdade de definição dos atos que serão revestidos dessa estabilidade”.¹²¹

Enfim, restaram claras as razões que levam à adoção do instituto, cabendo agora verificar o que se deve entender por coisa julgada.

3.1.2 O que é coisa julgada?

Aqui, far-se-á uma breve exposição das principais construções sobre o que seria a coisa julgada para, ao final, explicitar qual delas irá permear este trabalho. Não é a pretensão esmiuçar todas as teorias a respeito do que seria a coisa julgada ou de qual seria a sua natureza, até porque alguns pressupostos já foram lançados no tópico anterior (por exemplo, que está mais ligada com necessidades práticas do que com “a verdade”).

¹¹⁹ MARINONI, L. G. *Coisa julgada...*, ob. cit., p. 66-68.

¹²⁰ Ainda: “Por um lado, a coisa julgada constitui uma garantia individual: na perspectiva do jurisdicionado, ela se presta a conferir estabilidade à tutela jurisdicional obtida. Por outro, a coisa julgada tem também o caráter de garantia institucional, objetiva: prestigia a eficiência e a racionalidade da atuação estatal, que desaconselham, em regra, a repetição de atividade sobre o mesmo objeto” (TALAMINI, E. *Coisa julgada...*, ob. cit., p. 51-52).

¹²¹ TALAMINI, E. *Coisa julgada...*, ob. cit., p. 50-53. Para Marinoni, “nenhuma lei infraconstitucional pode negar ou desproteger a coisa julgada. Qualquer lei que diga que uma decisão, proferida em processo em que todos os argumentos e provas puderam ser apresentados, pode ser revista pelo Poder Judiciário, não acatada pelo Poder Executivo, ou alterada ou modificada pelo Poder Legislativo, é inconstitucional” (MARINONI, L. G. *Coisa julgada...*, ob. cit., p. 69). Para Talamini, na configuração infraconstitucional da coisa julgada, o legislador deve se pautar por alguns parâmetros constitucionalmente estabelecidos. Afirma que a coisa julgada só deve ser atribuída à sentença proferida em processo que tenha se desenrolado sob o crivo do contraditório, podendo a imutabilidade somente se dirigir a quem dele participou. Também, que a atribuição pressuponha a cognição exauriente, “por imposição da proporcionalidade e da razoabilidade” (TALAMINI, E. *Coisa julgada...*, ob. cit., p. 53-56).

De modo geral, entende-se que a coisa julgada possui duas funções, uma positiva e outra negativa. A primeira, considerada a “verdadeira função”, é a mais nobre: colocar fim ao litígio, proporcionando a extinção do estado de dúvida. A segunda, por sua vez, seria a proibição, aos magistrados, de julgar novamente os litígios já solucionados por sentenças transitadas em julgado.¹²² Este efeito negativo não só veda o rejuízo; mais do que isso, não admite sequer que seja reaberta a discussão¹²³.

Porém, apesar de se concordar com a dupla funcionalidade, já não é tão pacífica a determinação do que exatamente se torna indiscutível e imutável – não é objeto de consenso a definição do que seria coisa julgada. Inicialmente, falava-se de coisa julgada enquanto efeito ou eficácia incontestável da própria sentença¹²⁴. Liebman, porém, acabou distinguindo a eficácia da sentença (o “comando”) e a autoridade da coisa julgada. Aquela poderia operar independentemente desta, inclusive antes do trânsito em julgado¹²⁵.¹²⁶

Para Liebman, a coisa julgada seria uma qualidade que pode revestir os efeitos da sentença:

Hoje não se fala de *coisa julgada* senão para usar uma forma elíptica, a fim de designar a *autoridade* da coisa julgada [...]. Ora, essa expressão, assaz abstrata, não pode e não é de referir-se a um efeito autônomo que possa estar de qualquer modo *sozinho*; indica, pelo contrário, a força, a maneira com que certos efeitos se produzem, isto é, uma qualidade ou modo de ser deles.¹²⁷

¹²² ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Sentença e Coisa julgada: Exegese do Código de Processo Civil* (arts. 444 a 475). Rio de Janeiro: Aide Editora, 1992, p. 216.

¹²³ MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C. *Processo de Conhecimento*, ob. cit., p. 653. Quanto a esta última afirmação, Barbosa Moreira entende que, “No fundo, a sentença transita em julgado é indiscutível *porque* imutável: para garantir-lhe a imutabilidade, proíbe o ordenamento não apenas a emissão de outra sentença divergente, mas a própria reapreciação da matéria decidida, já que não teria sentido facultar uma discussão cujo desfecho está *de antemão fixado*” (MOREIRA, J. C. B. *Temas...*, ob. cit., p. 88, nota de rodapé 17).

¹²⁴ Por exemplo, Chiovenda: “A coisa julgada é a eficácia própria da sentença que *acolhe ou rejeita a demanda*, e consiste em que, pela suprema exigência da *ordem e da segurança da vida social* a situação das partes fixada pelo juiz com respeito ao bem da vida (*res*), que foi objeto de contestação, não mais se pode, daí por diante, contestar” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual*. Campinas: Bookseller, 2000, p. 452). Também: a coisa julgada significa “la *normatividade* de seu *contenido*; es decir, de la afirmación de la existencia o inexistencia de la consecuencia jurídica pretendida por una de las partes y expresada por ella, para todo procedimiento em que se questione la misma consecuencia jurídica; por eso se le denomina también **efecto declarativo**. [...] [y] tiene por finalidad prevenir el peligro, único posible, de una segunda resolución contradictoria” (ROSENBERG, L. *Tratado...*, ob. cit., p. 442).

¹²⁵ LIEBMAN, E. T. *Eficácia e Autoridade...*, ob. cit., p. 38. Barbosa Moreira alerta, entretanto, que a produção de efeitos antes ou depois do trânsito em julgado é algo que se tem de verificar à luz de cada direito positivo (MOREIRA, J. C. B. *Eficácia da sentença...*, ob. cit., p. 283, n. 9).

¹²⁶ Afirma: A eficácia da sentença pode em termos genéricos ser referida como “comando”, o que difere de sua imutabilidade. “Esse comando, na verdade, ainda que seja eficaz, não só é suscetível de reforma por causa da pluralidade das instâncias e do sistema dos recursos sobre que está o processo construído, mas ainda está exposto ao risco de ser contraditado por outro *comando*, pronunciado também por um órgão do Estado. [...] Nisso consiste, pois, a autoridade da coisa julgada, que se pode definir, com precisão, como a imutabilidade do comando emergente de uma sentença. (LIEBMAN, E. T. *Eficácia e Autoridade...*, ob. cit., p. 50-52).

¹²⁷ LIEBMAN, E. T. *Eficácia e Autoridade...*, ob. cit., p. 5.

Fazendo um “reparado”¹²⁸ na teoria de Liebman, Barbosa Moreira entende que a imutabilidade não seria dos efeitos da sentença, mas do conteúdo do comando da sentença, porque podem aqueles eventualmente se modificar ou extinguir. Afirma que o que é incontestável não são os efeitos, mas a “norma concreta” que a sentença contém¹²⁹. E tal norma concreta, para ele, não se resume ao elemento declaratório da sentença. Pode incluir uma *modificação* do mundo jurídico. Faz a diferenciação, entendendo que tal alteração não é o próprio efeito constitutivo. Este é a “*situação nova consequente à modificação*”, sempre mutável. A modificação é o que ocasiona essa nova situação e integra o conteúdo da sentença, a “norma concreta”¹³⁰.

Para Barbosa Moreira, em resumo, é de maior precisão definir a coisa julgada como a situação jurídica “que se forma no momento em que a sentença se converte de instável em estável. É essa estabilidade, característica da nova situação jurídica, que a linguagem jurídica se refere, segundo pensamos, quando fala da ‘autoridade da coisa julgada’”.¹³¹

Ovídio Baptista da Silva critica esta diferenciação entre modificação e efeito, afirmando que essa doutrina está, de certo modo, “mais ou menos comprometida com os pressupostos kantianos do normativismo moderno, em sua insistência para separar os dois mundos [...]. A sentença como *norma* seria imutável, seus efeitos sociais (de fato) seriam amplamente modificáveis”¹³².

Para Ovídio, Arenhart e Marinoni, a coisa julgada corresponde tão somente à imutabilidade da declaração judicial¹³³. Arenhart e Marinoni explicam que a eficácia da sentença, como é mera virtualidade, não pode ser imutável¹³⁴. Os efeitos é que podem ser abarcados pela imutabilidade decorrente da coisa julgada. Mais especificamente, o efeito

¹²⁸ Cf. TALAMINI, E. *Coisa julgada...*, ob. cit., p. 36.

¹²⁹ MOREIRA, J. C. B. Eficácia da sentença..., ob. cit., p. 279-281.

¹³⁰ MOREIRA, J. C. B. Eficácia da sentença..., ob. cit., p. 284, n. 19 e 22.

¹³¹ MOREIRA, J. C. B. Eficácia da sentença..., ob. cit., p. 281-282.

¹³² SILVA, Ovídio Baptista da. *Sentença e coisa julgada: ensaios*. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 205.

¹³³ Imutáveis seriam a eficácia e o respectivo efeito: “parece lógico concluir-se que a imutabilidade só tenha referência ao que foi declarado, à *eficácia* declaratória da sentença” (SILVA, O. B. da. *Sentença...*, ob. cit., p. 105, grifou-se); “essa qualidade só se há de referir ao *efeito* declaratório” (Idem. *Ibidem*, loc. cit., grifou-se).

¹³⁴ Diferenciando, Ovídio B. da Silva indica que eficácia é a virtualidade e é o que compõe o conteúdo da sentença. É capaz de produzir o respectivo efeito, seja no mundo jurídico, seja no mundo fático, v. SILVA, O. B. da. *Sentença...*, ob. cit., p. 214-215. “Toda sentença, porque deve (ou ao menos pode) corresponder à pretensão de direito material exposta pelo autor, deve conter, em si, eficácias capazes de corresponder àquela pretensão e, assim, exercer a ação de direito material buscada. O conjunto dessas eficácias, somado a alguns efeitos (que ocorrem concomitantemente com a sentença), conforma aquilo que se denomina *conteúdo* da sentença. E, ao realizarem concretamente, essas eficácias convertem-se em efeitos concretos (sendo que esse momento pode ou não ocorrer instantaneamente com a prolação da sentença).” (MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C. *Processo de Conhecimento*, ob. cit., p. 650).

declaratório, que não depende de agentes externos para se realizar, ou seja, o efeito declaratório sempre opera efetivamente.¹³⁵

Ovídio B. da Silva, rejeitando a separação feita por Barbosa Moreira no sentido de se diferenciar modificação de efeito constitutivo, explica que o verbo declarar (o *agir*) é conteúdo e efeito da sentença. Os demais efeitos, especificamente os relativos ao “mundo dos fatos” (o constitutivo também opera imediatamente, assim como o declaratório), podem ou não se produzir. Exceto o declaratório por conta da coisa julgada, os demais podem ser modificados, extintos, sem ofensa àquela.¹³⁶

O referido processualista lembra que Barbosa Moreira criticou a ideia de que apenas a declaração ficasse coberta pela coisa julgada, afirmando que se assim fosse, em uma hipótese de anulação do contrato, só seria imutável a declaração do direito de A de anular o contrato que tem com B, não havendo igual proteção para a anulação em si. Nessa situação, então, a anulação poderia ser contestada para se afirmar a subsistência do contrato e se pretender o cumprimento, sem ofensa à coisa julgada¹³⁷. É que, para Barbosa Moreira, em uma sentença constitutiva não só a declaração (elemento certificativo) seria imutável, mas também a “modificação em si mesma”, cuja ocorrência não se poderia “contestar de maneira juridicamente relevante”, em razão da coisa julgada¹³⁸.

Porém, o fato de a imutabilidade ser só da declaração não implica a possibilidade de se pedir cumprimento já tendo havido desconstituição contratual, porque o que realmente impede que o magistrado “do segundo processo volte a examinar a anulação do contrato já desfeito, agora para restaurá-lo, é a contingência em que o autor o colocaria, de ter de reconstituí-lo sem nada poder decidir a respeito do *direito de anulá-lo*”. Uma segunda ação que visasse ao cumprimento da obrigação que constava do contrato anulado seria constitutiva de sinal trocado, pois não se poderia determinar o cumprimento sem antes restaurar o que foi desfeito. E tal restauração exigiria nova decisão sobre o direito à anulação do contrato, o que é impedido pela coisa julgada formada no primeiro processo.¹³⁹

Portanto, basta que o efeito declaratório seja inalterável. Como no exemplo dado, em que se pede o cumprimento de obrigação decorrente de contrato anulado, o impedimento de se

¹³⁵ARENHART, S. C.; MARINONI, L. G. *Processo de Conhecimento*, ob. cit., p. 650-651. Por exemplo, quando efetuado o pagamento da quantia a que se foi condenado, inibe-se o efeito executivo da sentença condenatória (Idem. *Ibidem*, p. 651).

¹³⁶SILVA, O. B. da. *Sentença...*, ob. cit., p. 207-211.

¹³⁷SILVA, O. B. da. *Sentença...*, ob. cit., p. 212-213.

¹³⁸MOREIRA, J. C. B. *Eficácia da sentença...*, ob. cit., p. 281.

¹³⁹SILVA, O. B. da. *Sentença...*, ob. cit., p. 213-214.

discutir se era ou não devida a anulação do contrato é a própria declaração *já imutável* de que o era.

E para isso não é preciso entender, como faz José Maria Tesheiner, que Ovídio pressuporia haver um “pedido implícito” de reestabelecimento do contrato juntamente com o pedido (explícito) de condenação ao cumprimento da obrigação; segundo Tesheiner, isso afrontaria a ideia de que as ações devem ser classificadas conforme o pedido do autor, não segundo a defesa do réu¹⁴⁰.

A desconstituição (modificação) é, na linha de raciocínio aqui adotada, efeito da sentença, efeito que *atualiza* a eficácia constitutiva negativa. Se o contrato foi anulado, *não há mais contrato*, e isso atinge todos, inclusive as partes. Se alguém propuser uma ação para cumprimento de contrato *já inexistente*, evidentemente não obterá o reconhecimento do seu direito ao cumprimento. Para ter o cumprimento determinado pelo juiz, haveria de se afirmar um contrato existente, mas isso não é possível sem afastar o efeito da primeira sentença (desconstitutiva). Para afastar o efeito da primeira sentença, se teria que discutir o *direito à anulação do contrato*, cuja certificação já está acobertada pela coisa julgada.¹⁴¹ Enfim, o que parece que Ovídio pretendeu afirmar com a ideia de que a demanda seria apenas aparentemente condenatória é que não há como o juiz condenar ao cumprimento sem antes “reconstituir” o contrato, o que afrontaria a coisa julgada, ainda que esta não acoberte a “modificação em si”, apenas a declaração.

Assim, a ideia que permeará este trabalho é a de que a coisa julgada é a imutabilidade do efeito declaratório da sentença, efeito este consistente na declaração¹⁴². Agora, passará a ser analisado o regime do instituto no Código de Processo Civil.

¹⁴⁰ “Pensamos poder demonstrar o equívoco da explicação de Ovídio. Quem lesse a petição inicial da segunda ação, ignorando a primeira, diria encontrar-se perante uma demanda condenatória (pedido de condenação do réu a cumprir obrigação). Todavia, depois de ler a defesa do réu, noticiando a existência da primeira, deveria concluir, conforme Ovídio, que a demanda não seria apenas condenatória, mas que haveria um pedido (implícito!) de restabelecimento do contrato. Ora, classificam-se as ações de conformidade com o pedido formulado pelo autor, e não tendo como base a defesa do réu. Portanto, a segunda demanda não será apenas *aparentemente* condenatória. Sê-lo-á realmente, ainda que o autor sucumba, precisamente por comprovar o réu o trânsito em julgado da sentença desconstitutiva do contrato” (TESHEINER, José Maria. *Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001, p. 78).

¹⁴¹ Assim, “não se poderá jamais, desde o trânsito em julgado, contestar de maneira juridicamente relevante que a modificação se operou” (MOREIRA, J. C. B. *Eficácia da sentença...*, ob. cit., p. 281), *ainda que a coisa julgada diga respeito somente à declaração*.

¹⁴² Destaque-se que, “quando se diz que a coisa julgada material incide sobre o efeito declaratório, deseja-se – em primeiro lugar – afirmar que a coisa julgada material toca no elemento declaratório das sentenças declaratórias, condenatórias, constitutivas, executivas e mandamentais – e não apenas na ‘declaração’ própria da sentença declaratória – projetando para fora do processo um efeito declaratório imutável” (MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C. *Processo de Conhecimento*, ob. cit., p. 651).

3.2 A coisa julgada no CPC

3.2.1 A definição legal

O Código de Processo Civil, em seu art. 467, pretendeu definir o que seria a coisa julgada e foi muito criticado por isso. O dispositivo tem a seguinte redação: “Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”.

Essa redação não era a prevista no anteprojeto de código, que conceituava coisa julgada como qualidade que torna imutável o efeito da sentença já irrecorrível (art. 507). Intentou-se empregar a definição de coisa julgada feita por Liebman e adotada por vários doutrinadores nacionais, mas, como se nota, tal concepção acabou rejeitada.¹⁴³

Preferiu-se falar em “eficácia”, o que foi criticado por Barbosa Moreira¹⁴⁴. Porém, para Moniz de Aragão, talvez o termo “eficácia” tenha sido empregado para significar “autoridade”, como faz Chiovenda: “a eficácia ou autoridade da coisa julgada é, portanto, por definição, destinada a agir no futuro, com relação aos futuros processos”¹⁴⁵, de modo que não seria totalmente inaceitável o uso do termo, uma vez rejeitada a teoria de Liebman¹⁴⁶.

Para Talamini, “O fundamental é reconhecer que a coisa julgada não se identifica, em si mesma, com as eficácias [...] que a sentença veicula como uma resposta à demanda de tutela nem com as demais eficácias secundárias e anexas tradicionalmente reconhecidas”. Entendido isto, não seria de todo absurdo falar em “eficácia” como faz o CPC – seria uma

¹⁴³ ARAGÃO, E. D. M. de. *Sentença e Coisa julgada...*, ob. cit., p. 239-240. Assim: “É fácil constatar que a verba legislativa, ao fim e ao cabo, não se atreveu a consagrar a inviável imutabilidade dos ‘efeitos’, cerne da teoria liebmaniana, e, sim, optou pela mais exata construção alemã” (ASSIS, Araken de. *Breve contribuição ao estudo da coisa julgada nas ações de alimentos*. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br>>. Acesso em 17 nov. 2012).

¹⁴⁴ Afirma ser questionável o termo utilizado, devendo-se interpretar não como uma eficácia da sentença, mas como “eficácia do fato de já não estar a sentença ‘sujeita a recurso ordinário ou extraordinário’” (MOREIRA, J. C. B. *Eficácia da sentença...*, ob. cit., p. 278). Ainda, o autor acrescenta que falar que se tem coisa julgada quando a decisão não está mais sujeita a recurso é algo incompleto, pois, nas hipóteses legais, a decisão deve se sujeitar ao reexame necessário (Idem. *Ibidem*, loc. cit.). Também criticando: “[...] peca a definição ofertada pelo Código de Processo Civil ao estabelecer a coisa julgada como um efeito da sentença” (MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C. *Processo de Conhecimento*, ob. cit., p. 649). Pontes de Miranda coloca a coisa julgada como eficácia, mas não a confunde com as outras: “A coisa julgada material, como eficácia da sentença, abrange as duas, porque a função positiva é consequência do *No bis in idem*” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo V. São Paulo: Editora Forense, 1974, p. 51); e “A força, que tem a sentença, quanto à solução da questão pleiteada, para o caso de se querer pleiteá-la de novo, é a *coisa julgada material*” (Idem. *Ibidem*, p. 81). “[...] eficácia de coisa julgada material é a eficácia que o elemento declaratório da sentença produz, chamada força (se prepondera), ou efeito (se se junta à força específica da sentença). *Consiste em vincular as partes à declaração*” (Idem. *Ibidem*, p. 206).

¹⁴⁵ CHIOVENDA, G. *Instituições...*, ob. cit., 2000, p. 452.

¹⁴⁶ ARAGÃO, E. D. M. de. *Sentença e Coisa julgada...*, ob. cit., p. 240.

eficácia, porém, inconfundível com as demais mencionadas; seria para constituir, após o trânsito em julgado, uma “*situação jurídica de indiscutibilidade judicial do comando contido na sentença*”. Seria efeito (anexo) do trânsito em julgado da sentença.¹⁴⁷

Paulo Roberto de Oliveira Lima também aponta que se pode considerar a coisa julgada como um efeito da sentença – “Se um artista produz uma escultura bela, aberrada da lógica dizer-se que a beleza da escultura, por ser uma qualidade, não é resultado do trabalho do artista”. Acredita que Liebman estaria ofendendo “a natureza das coisas” ao não considerar a coisa julgada como efeito da sentença.¹⁴⁸

Outra crítica à definição é em relação ao fato de que não seria a coisa julgada o que faz imutável e indiscutível a sentença, mas o trânsito em julgado. Para que fosse a coisa julgada a tornar imutável e indiscutível a sentença teria de ser preexistente a tais atributos, o que não ocorre. Com o trânsito em julgado a sentença deixa de ser discutível e modificável e ao mesmo tempo passa a existir a coisa julgada.¹⁴⁹ Nesse sentido, também Marinoni e Mitidiero afirmam que o trânsito em julgado é “pressuposto para a formação da coisa julgada”¹⁵⁰.

Enfim, para concluir, deve-se registrar que, embora no CPC se tenha pretendido definir o que seria coisa julgada, não pôs um ponto final na discussão. As divergências sobre se seria, por exemplo, imutabilidade do comando ou apenas da declaração permanecem. Assim, mesmo diante da disposição legal, não restam excluídas as construções doutrinárias explicitadas anteriormente, sem necessidade de aqui repeti-las.¹⁵¹

¹⁴⁷ TALAMINI, E. *Coisa julgada...*, ob. cit., p. 44-45.

¹⁴⁸ LIMA, P. R. de O. *Contribuições...*, ob. cit., p. 24. Concordando com Ponte de Miranda, afirma que “Se a coisa julgada é decorrência mesma da sentença, tanto que não há falar na primeira, seja ela (a coisa julgada) algo de substantivo ou mera qualidade do comando emergente da decisão, é fora de questão tratar-se de efeito da sentença” (Idem. *Ibidem*, p. 22).

¹⁴⁹ MOREIRA, J. C. B. *Eficácia da sentença...*, ob. cit., p. 277-278.

¹⁵⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil: comentado artigo por artigo*. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2008, p. 446.

¹⁵¹ Embora, é verdade, Barbosa Moreira afirme que a discussão sobre se a coisa julgada se restringe apenas à declaração não se colocaria à luz do direito brasileiro; seria uma importação desnecessária da Itália. Sobre a redação do art. 468 do CPC diz: “‘A sentença’, reza o texto, não ‘a declaração contida na sentença’: se sentença, pois, na sua integralidade enquanto ato decisório, com *todos* os elementos do *decisum*. Nenhum outro dispositivo legal, de modo explícito ou implícito, aponta em sentido contrário. Por que, então, *importamos* um problema que não existe, e uma solução que não satisfaz?” (MOREIRA, J. C. B. *Temas...*, ob. cit., p. 85). Ainda que Barbosa Moreira afirme que o código teria rejeitado a limitação da coisa julgada à declaração, Araken de Assis coloca como aceitável, à luz do art. 467, somente tal limitação: “Não parece correto, à vista do art. 467, afiançar que vigora a doutrina de Liebman. Não obstante, curiosamente, os processualistas brasileiros apregoam as virtudes da ‘imutabilidade dos efeitos’, fazendo tabula rasa da lei. Em sentido contrário, registre-se a aguda percepção de Thereza Alvim, desde cedo apontando o equívoco da adesão cega a Liebman. Tal como definida, a coisa julgada restringe-se a uma eficácia, proveniente da inimpugnabilidade, que recobre a força ou o efeito declaratório da sentença, porquanto somente a declaração se revela, na prática, imutável e indiscutível” (ASSIS, A. de. *Breve contribuição...*, ob. cit.). Enfim, ainda que o dispositivo legal seja “claro”, qual é a clareza é objeto de discussão.

3.2.2 Quando se forma

Primeiramente, para se estabelecer em que hipóteses se forma a coisa julgada, é necessário ter em mente que ela, conforme o entendimento que se adote, resguardará os efeitos, apenas o efeito declaratório ou o conteúdo do comando *da sentença de mérito*.¹⁵²

Portanto, excluídas estão do “manto da coisa julgada” as sentenças meramente terminativas¹⁵³, que no nosso sistema são as referidas pelo art. 267 do CPC. Aqui, considerando os questionamentos sobre se teriam caráter estritamente processual as chamadas “condições da ação” (art. 267, VI, CPC)¹⁵⁴, se poderia investigar se quanto às sentenças que o CPC coloca como não resolutivas do mérito realmente não haveria mesmo formação de coisa julgada. Entretanto, essa é uma possível discussão, mas anterior ao que aqui se analisa (o problema não seria simplesmente saber se tais sentenças terminativas “fariam coisa julgada” ou não, mas se se colocam como sentenças de mérito, do que a formação de coisa julgada seria consequência, preenchidos os demais requisitos).

Para Moniz de Aragão, o entendimento de que sentenças terminativas também poderiam “fazer coisa julgada” não tem cabimento. Demonstrando por que só poderia a coisa julgada se formar em relação a sentenças que tocam ao mérito, indica que o vocábulo “coisa” na expressão significaria “bem”, com base em Chiovenda, ou “relação”, com base em Carnelutti. Haveria a “*res in iudicium deducta*”, relação jurídica sobre a qual versará o processo, a ser exposta na petição inicial e na contestação, e a “*res iudicata*”, que seria nada mais, conforme Chiovenda, do que aquela depois de julgada¹⁵⁵. Enfim, a coisa julgada somente se identificaria com o *julgamento*, “com a solução jurisdicionalmente imposta para dirimir a controvérsia entre os litigantes”. Só a sentença de mérito que conteria a reunião da

¹⁵² Fala-se que é sentença de mérito, mas nem sempre o “mérito” é de direito material. Como lembra Talamini, “o ‘mérito’ do processo (*rectius*: seu *objeto*) pode eventualmente dizer respeito a um direito, relação ou situação processual (p. ex., embargos à execução, ação rescisória, mandado de segurança contra ato judicial, etc.) – e a sentença que o decide, desde que presentes os demais pressupostos, estará apta a fazer coisa julgada material” (TALAMINI, E. *Coisa julgada...*, ob. cit., p. 30). Também, SILVA, O. B. da. Direito subjetivo, pretensão de direito material e ação, ob. cit., p. 20-25.

¹⁵³ ARAGÃO, E. D. M. de. *Sentença e Coisa julgada...*, ob. cit., p. 241; para quem, aliás, as sentenças terminativas “nem mereceriam ser chamadas de ‘sentença’” (Idem. *Ibidem*, loc. cit.).

¹⁵⁴ Ver, por exemplo, MARINONI, L. G. *Teoria Geral...*, ob. cit., p. 186-187. Ver também RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de Direito Processual Civil*. v. 1. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003, p. 337, que diferencia a coisa julgada da “autoridade da coisa julgada”. A autoridade seria, conforme critério políticos, atribuída à coisa julgada, podendo haver coisa julgada material sem autoridade. Assim, acredita que o legislador “pode atribuir autoridade a uma sentença que não aprecia o mérito” (Idem. *Ibidem*, loc. cit.). Sobre as condições da ação, ver a nota de rodapé 16, p. 337, de tal obra.

¹⁵⁵ “O bem da vida que o autor deduziu em juízo [...] com a afirmação de que uma vontade concreta de lei o garante a seu favor ou nega ao réu, depois que o juiz o reconheceu ou desconheceu com a sentença de reconhecimento ou rejeição da demanda, convertendo-se em coisa julgada” (CHIOVENDA, G. *Instituições...*, ob. cit., 2000, p. 446).

decisão material e da decisão processual; só ela poderia acolher ou rejeitar o pedido material e processual do autor¹⁵⁶.

Embora a coisa julgada não seja *o julgamento em si*, é possível compreender a razão pela qual só sentenças de mérito “fazem coisa julgada”. Como foi dito, a coisa julgada é a imutabilidade da declaração, e esta nada mais é do que a própria decisão, o julgamento (ou o que o “externaliza”). Assim, se irá revestir a declaração, o mérito precisa ser julgado.

Além de ter de ser sentença *de mérito*, necessário se faz o preenchimento de outro requisito: a coisa julgada só se forma no momento em que há o “trânsito em julgado” da sentença, isto é, que não mais esteja “sujeita a recurso ordinário ou extraordinário” (nem a reexame necessário, acrescenta Barbosa Moreira¹⁵⁷)¹⁵⁸. Conforme Moniz de Aragão, haverá a formação quando exauridas as vias recursais, quando a decisão for de única instância, já nascendo irrecorrível, quando a parte não interpuser a impugnação cabível, operando a preclusão, ou quando aceitar tácita ou expressamente a sentença¹⁵⁹.

Ainda, além de serem necessários o julgamento do mérito e o esgotamento de toda e qualquer possibilidade de modificação da decisão no interior do processo, a sentença deve ter “carga declaratória” suficiente para que a coisa julgada opere:

Tem-se, então, que a coisa julgada material corresponde à imutabilidade da declaração judicial sobre o direito da parte que requer alguma prestação jurisdicional. Portanto, para que possa ocorrer coisa julgada material, é necessário que a sentença seja capaz de declarar a existência ou não de um direito. Se o juiz não tem condições de “declarar” a existência ou não de um direito (*em razão de não ter sido concedida às partes ampla oportunidade de alegação e produção de prova*), o seu juízo – que na verdade formará uma “declaração sumária” – não terá força suficiente para gerar a imutabilidade típica da coisa julgada.^{160 161}

Nesse sentido, em geral indicam-se como passíveis de proteção pela coisa julgada as sentenças de mérito proferidas no “processo de conhecimento”. Como regra, nas ações cautelares o juiz decide com base na “fumaça do bom direito”, não declarando de forma

¹⁵⁶ ARAGÃO, E. D. M. de. *Sentença e Coisa julgada...*, ob. cit., p. 191-197.

¹⁵⁷ MOREIRA, J. C. B. *Eficácia da sentença...*, ob. cit., p. 278.

¹⁵⁸ Quando a decisão se torna indiscutível dentro do processo, com ocorrência da “coisa julgada formal”. A coisa julgada (material) tem como pressuposto esta espécie de preclusão, mas não é implicação necessária – a “coisa julgada formal” ocorre em relação a qualquer sentença, capaz ou não de ter o efeito declaratório revestido pela imutabilidade. Cf. MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C. *Processo de Conhecimento*, ob. cit., p. 645-646.

¹⁵⁹ ARAGÃO, E. D. M. de. *Sentença e Coisa julgada...*, ob. cit., p. 241.

¹⁶⁰ MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C. *Processo de Conhecimento*, ob. cit., p. 648. A ideia tem suporte em Pontes de Miranda: “Para que a sentença tenha eficácia de coisa julgada material é preciso que a carga de declaratividade seja 5, ou 4, ou, pelo menos, 3. Se tem carga de declaratividade inferior a isso, não faz coisa julgada material” (PONTES DE MIRANDA, F. C. *Comentários...*, ob. cit., p. 83).

¹⁶¹ Não se pode confundir, porém, cognição sumária com técnica de limitação de prova ou de limitação horizontal da cognição. No mandado de segurança, por exemplo, há possibilidade de formação da coisa julgada (v. MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C. *Procedimentos especiais*, ob. cit., p. 265).

definitiva e certificada a existência do direito¹⁶²; exceção há quando o juiz reconhece a prescrição ou decadência na ação cautelar¹⁶³. Assim também, por conta da insuficiência declaratória (por haver “cognição rarefeita”), diz-se que não há formação de coisa julgada na esfera da “jurisdição voluntária”¹⁶⁴.

Enfim, preenchidos os requisitos (sentença, exame do mérito, trânsito em julgado e carga declaratória suficiente) haverá formação de coisa julgada, isto é, a declaração operada pela sentença passa a ser imutável. Tal formação, é de se registrar, ocorrerá, no regime “tradicional”, independentemente de o resultado ser de procedência ou improcedência e de ter ou não havido suficiência probatória em um ou outro sentido. Em outras palavras, preenchidos os requisitos, a formação da coisa julgada é infalível, não *secundum eventum litis* nem *secundum eventum probationis*.

3.2.3 Os “limites” da coisa julgada

Ao que parece, saber qual é a extensão da coisa julgada ou quais são os seus limites é algo englobado pela própria tentativa de saber o que é ou de definir coisa julgada, de modo que se poderia pensar que este ponto já foi anteriormente tratado, em especial no que toca aos limites objetivos¹⁶⁵.

Entretanto, a doutrina é recorrente na análise dos ditos limites da coisa julgada, mesmo após explicar o que esta seria, parecendo adequado aqui também tratar separadamente, possibilitando a visualização de mais detalhes a respeito. Ademais, passou-se a analisar neste tópico o instituto *no CPC brasileiro*, devendo-se então buscar entender todo o fenômeno da coisa julgada considerando também os demais dispositivos processuais.

Como indica Egas Moniz de Aragão, o estudo neste campo é feito sob dois diferentes ângulos, o objetivo e o subjetivo, isto é, procura-se saber *o que* passa em julgado (arts. 468 a

¹⁶² “Ao julgar o pedido cautelar, o juiz ‘declara’ que o direito é provável ou improvável. Porém, declarar uma probabilidade não é o mesmo que declarar um direito” (ARENHART, S. C.; MARINONI, L. G. *Processo Cautelar*. 3. ed. rev. e atual. Revista dos Tribunais, 2011, p. 186).

¹⁶³ MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C. *Processo de Conhecimento*, ob. cit., p. 648.

¹⁶⁴ ARENHART, S. C.; MARINONI, L. G. *Processo Cautelar*, p. 186. Também, SILVA, O. B. da. *Sentença...*, ob. cit., p. 210-211.

¹⁶⁵ E até se afirma que os limites subjetivos na verdade dependem do objetivo. Conforme Ovídio B. Silva, “os limites subjetivos da coisa julgada estão, sempre, relacionados a seus limites objetivos” (SILVA, O. B. da. *Sentença...*, ob. cit., p. 107).

471 do CPC) e *para quem* (art. 472)¹⁶⁶. Assim é que se fala em limites objetivos e subjetivos¹⁶⁷, respectivamente.

Há quem mencione também “limites temporais”. Conforme explica Talimini, usa-se tal expressão para se referir ao momento em que a coisa julgada opera; para “definir quais fatos, *no curso do tempo*, estão abrangidos pela causa de pedir e o pedido postos em juízo e, conseqüentemente, pela coisa julgada que se forma”. Porém, o uso da expressão é inadequado, pois tal investigação se liga aos próprios limites objetivos.¹⁶⁸

Sob um primeiro enfoque, a questão dos supostos “limites temporais” envolve saber quais fatos serão abrangidos pela coisa julgada. São abarcados os fatos que integram a causa de pedir e que são anteriores ao processo ou no curso deste surgiram, desde que, nesta segunda hipótese, tenham ocorrido até o momento da conclusão para sentença em primeiro grau ou em sede de recurso. O segundo enfoque da questão se relaciona com as relações jurídicas “continuativas”, referidas no art. 471, I, do CPC. Ao contrário do que alguns sustentam, todavia, o dispositivo não é exceção à coisa julgada, pois o que se tem é a “possibilidade de uma nova pretensão alheia aos limites da anterior *res iudicata*”.¹⁶⁹

Considerando que o ponto do limites (em especial os subjetivos) da coisa julgada e da sua eventual extensão é de relevância considerável para esta pesquisa, será tratado apartadamente. Abaixo, será feita exposição das dimensões objetiva e subjetiva e de aspectos correlatos – como a eficácia preclusiva, que tem relevância na delimitação do aspecto objetivo¹⁷⁰, embora não seja algo pertinente ao que seja coisa julgada, mas que dela decorra¹⁷¹.

¹⁶⁶ ARAGÃO, E. D. M. de. *Sentença e Coisa julgada...*, ob. cit., p. 198.

¹⁶⁷ A imutabilidade vincula também os órgãos judiciários. Aliás, “todos que têm institucionalmente o mister de estabelecer, de interpretar ou de aplicar a vontade do Estado, não se excluindo o próprio legislador, que não poderá por isso mesmo mudar a normação concreta da relação, a qual vem a ser estabelecida para sempre pela autoridade da coisa julgada” (LIEBMAN, E. T. *Eficácia e Autoridade...*, ob. cit., p. 52). Porém, o tratamento dado à dimensão aqui diz respeito somente à questão de vinculação das “partes” ou “terceiros” pela coisa julgada.

¹⁶⁸ TALAMINI, E. *Coisa julgada...*, ob. cit., p. 87. Moniz de Aragão assim afirma: “Os chamados limites temporais da coisa julgada não constituem, contudo, tema de relevância para o estudo da matéria, pois por seu intermédio o que se afirma é a inextensão da coisa julgada a situações ou pretensões novas, surgidas futuramente, que, é óbvio, não poderiam a ela subordinar-se, seja por não integrarem a *res iudicata*, seja por consubstanciarem outra *res*” (ARAGÃO, E. D. M. de. *Sentença e Coisa julgada...*, ob. cit., p. 200).

¹⁶⁹ TALAMINI, E. *Coisa julgada...*, ob. cit., p. 88-94.

¹⁷⁰ É isso, ao menos, que se conclui pelo fato de Ovídio Baptista da Silva analisar o art. 474 para bem compreender o problema dos limites objetivos e, assim, o art. 468, ambos do CPC. V. SILVA, O. B. da. *Sentença...*, ob. cit., p. 133-169.

¹⁷¹ Para Talimini, “Trata-se de uma imposição necessária, uma decorrência lógica, da vigência da coisa julgada” (TALAMINI, E. *Coisa julgada...*, ob. cit., p. 86). Ainda: “Sem dificuldade se entende, porém, que admitir a reabertura da discussão judicial, só porque alegue o interessado ter razões ainda não apreciadas, seria reduzir a bem pouco a garantia da coisa julgada, frustrando em larga medida a finalidade do instituto” (MOREIRA, J. C. B. *Temas...*, ob. cit., p. 98-99).

3.3 Dimensões da coisa julgada e questões correlatas

3.3.1 Dimensão objetiva

3.3.1.1 Limites objetivos

A coisa julgada encontra “limites objetivos”. Conforme o art. 468 do CPC, “A sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas”¹⁷².

Diante de tal dispositivo, entende-se que somente “as questões efetivamente afirmadas pelas partes e que compõem a lide processual é que constituem objeto dos limites objetivos da coisa julgada”¹⁷³, sendo que “o juiz resolverá as questões, que as partes lhe submeterem” no dispositivo da sentença (art. 458, III, CPC).

Assim, o que se afirma de maneira geral é que a indiscutibilidade e a imutabilidade ficam restritas à parte dispositiva da sentença, em que o juiz se pronuncia sobre a procedência ou improcedência do pedido¹⁷⁴. A coisa julgada fica restrita, para os que assim entendem, à “norma concreta”¹⁷⁵ ou “norma jurídica individualizada”¹⁷⁶ estabelecida na sentença¹⁷⁷.

Talamini aponta que, para saber o que é atingido pela coisa julgada, não é adequado considerar isoladamente nem o pedido formulado pelo autor nem a causa de pedir, mas o “objeto do processo” (“mérito”), que se constitui pela pretensão processual, que “se identifica

¹⁷² Quanto a “lide” e “questão”, o código adota, segundo Egas Moniz de Aração, as ideias de Carnelutti, para quem questão é o “ponto dúbio”, uma “dúvida acerca de um fundamento”, e não se confunde com a lide, que pode ou não ter questões – e uma questão pode ter ligação a mais de uma lide. As questões podem ser de fato ou de direito, de direito material ou processual e preliminares ou de mérito (ARAGÃO, E. D. M. de. *Sentença e Coisa julgada...*, ob. cit., p. 242-243). Para Ovídio Baptista da Silva, a interpretação do que seriam *questões decididas* deve se dar a partir dos conceitos carneluttianos de *lide* e *questão*, “mas as conotações doutrinárias de tais conceitos haverão de submeter-se aos princípios gerais do sistema e às correções teóricas que a ciência posterior desenvolveu sobre isso” (SILVA, O. B. da. *Sentença...*, ob. cit., p. 168). Marinoni e Mitidiero salientam a necessidade de se fazer uma leitura constitucional do termo *lide*, para entendê-la apenas como *lide processual* e evitando que se considera julgada parte “da lide” não levada a juízo. Assim, o complemento “total ou parcialmente” deve ser desprezado, pois só faz sentido quando referente à lide social (MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. *Código de Processo Civil...*, ob. cit., p. 447). Para críticas sobre a expressão “força de lei”, v. ARAGÃO, E. D. M. de. *Sentença e Coisa julgada...*, ob. cit., p. 245.

¹⁷³ MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. *Código de Processo Civil...*, ob. cit., p. 448.

¹⁷⁴ Por exemplo: “[...] a imutabilidade, ínsita à coisa julgada, somente atinge a parte dispositiva da sentença, na qual se estabelece a lei do caso concreto” (MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C. *Processo de Conhecimento*, ob. cit., p. 659).

¹⁷⁵ CINTRA, Antonio Carlos de Araujo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 342.

¹⁷⁶ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. v.2. 7. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012, p. 427.

¹⁷⁷ Também: “Objetivamente, portanto, a coisa julgada é delimitada pelo ‘julgamento’, consubstanciado no dispositivo da sentença, que externa a regra exarada pelo juiz para o caso concreto que lhe foi submetido” (ARAGÃO, E. D. M. de. *Sentença e Coisa julgada...*, ob. cit., p. 247).

pela consideração conjugada do mecanismo processual de tutela pretendido (a providência processual concreta) com a *situação carente de tutela* (a ‘situação trazida de fora do processo’). Veicula-se formalmente a pretensão pelo pedido. Inicialmente ou no curso do processo podem ser apresentadas diversas pretensões e todas elas devem ser consideradas para se determinar o objeto do processo. Se assim é, a coisa julgada fica restrita somente ao dispositivo da sentença, pois é nele que o juiz se pronunciará sobre o objeto do processo.¹⁷⁸

Talamini imputa a coisa julgada ao comando da sentença (no sentido da construção de Barbosa Moreira). No entanto, ainda que se adote entendimento diverso, associando a coisa julgada ao efeito declaratório, a conclusão é a mesma: “Se este fenômeno incide sobre a declaração contida na sentença, e se essa declaração somente pode existir como resposta jurisdicional, é certo que a coisa julgada atingirá apenas a parte dispositiva da sentença”¹⁷⁹.

O art. 469 do CPC¹⁸⁰ explicita que nem o relatório nem a fundamentação “fazem coisa julgada”. Para Barbosa Moreira¹⁸¹, as hipóteses dos incisos II e III, na verdade, já estão em I. “A rigor, bastaria a alusão aos ‘motivos’ (inc. I), em que tudo mais já está compreendido. Com efeito: por ‘motivos’ não se podem deixar de entender aí as suas razões de decidir, os ‘fundamentos’ da sentença, a que se refere o art. 458, II”¹⁸².

Moniz de Aragão ressalta, no que toca à “verdade dos fatos”, que ficam excluídos da abrangência da coisa julgada tanto os fatos simples como os fatos jurídicos, de modo que se, em outro processo, as partes invocarem o mesmo fato, terão de produzir as respectivas provas novamente¹⁸³. “Nenhum juiz, em outro processo, ficará vinculado ao que a sentença houver admitido como verdade; ao proferir o seu julgamento qualquer juiz poderá e deverá reapreciar livremente os fatos para formar seu convencimento”¹⁸⁴.

Questão prejudicial (ponto controvertido prejudicial) é aquela cuja análise antecede e prejudica o julgamento da questão principal. É “questão idônea a integrar a coisa julgada se a

¹⁷⁸ TALAMINI, E. *Coisa julgada...*, ob. cit., p. 79-82.

¹⁷⁹ MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C. *Processo de Conhecimento*, ob. cit., p. 658. Antes, explicam que, “se a coisa julgada representa a 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*” (Idem. *Ibidem*, p. 651).

¹⁸⁰ 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”.

¹⁸¹ Também TALAMINI, E. *Coisa julgada...*, ob. cit., p. 83; e CINTRA, Antonio Carlos de Araujo. *Comentários ao Código de Processo Civil*: arts. 332 e 475. Vol. IV. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 314.

¹⁸² MOREIRA, J. C. B. *Temas...*, ob. cit., p. 92.

¹⁸³ ARAGÃO, E. D. M. de. *Sentença e Coisa julgada...*, ob. cit., p. 252. “[...] a verificação dos fatos não sobrevive absolutamente e para ninguém, tampouco para as partes, ao seu ofício meramente preparatório de formação lógica da sentença” (LIEBMAN, E. T. *Eficácia e Autoridade...*, ob. cit., p. 141).

¹⁸⁴ ARAGÃO, E. D. M. de. *Sentença e Coisa julgada...*, ob. cit., p. 253.

parte interessada assim requerer”, sendo que “só preenche tal requisito a questão que pode ser objeto autônomo de um processo à parte”.¹⁸⁵ O código fala em questão prejudicial “decidida incidentalmente”, e a expressão é criticável, segundo Barbosa Moreira, seja porque não há verdadeira decisão, seja porque não há julgamento incidental, ao contrário do que poderia parecer¹⁸⁶.

A resolução das questões prejudiciais receber ou não a qualidade de indiscutível e imutável é opção de política legislativa¹⁸⁷. Inclusive, relativamente ao projeto “novo CPC” (PLC 8.046/2010), o respectivo anteprojeto apresentado ao Senado Federal, pretendendo que “cada processo *tenha maior rendimento possível*”¹⁸⁸, previa que a coisa julgada também envolvesse as questões prejudiciais expressamente decididas¹⁸⁹⁻¹⁹⁰.

De qualquer maneira, a opção legislativa atual é a de que só “fará coisa julgada” o que tiver sido pedido na petição inicial (do autor originário ou do reconvinte) ou, ainda, em ação declaratória incidental (art. 470), não as questões “decididas” incidentalmente. Portanto, o regime não é único para as questões prejudiciais; elas podem ou não ser abrangidas pela coisa julgada, conforme tenham sido decididas em caráter principal (art. 470) ou incidental (art. 469, III), como alerta Moniz de Aragão¹⁹¹.

Ainda, tem-se que mencionar que, embora as demais partes do ato sentencial “não façam coisa julgada”, evidentemente, a compreensão da afirmação de que a coisa julgada se restringe ao dispositivo não pode ser no sentido meramente formal. Como já alertava Chiovenda, não é que só transite em julgado o que estiver escrito na parte denominada

¹⁸⁵ ARAGÃO, E. D. M. de. *Sentença e Coisa julgada...*, ob. cit., p. 254-259.

¹⁸⁶ MOREIRA, J. C. B. *Temas...*, ob. cit., p. 93.

¹⁸⁷ Como afirma João de Castro Mendes, “o alargamento ou não do caso julgado aos fundamentos da decisão é em última análise um problema de política legislativa, não uma questão de que se possa esperar uma solução deduzida dos grandes princípios reconhecidos como basilares do processo civil no nosso ciclo cultural. Quanto muito, poder-se-á afirmar que o não alargamento é mais harmônico... com o princípio dispositivo; mas o alargamento envolveria apenas desarmonia, não incompatibilidade” (MENDES, João de Castro. *Limites Objectivos do Caso Julgado em Processo Civil*. Lisboa: Ed. Ática, 1968, nº 8, p. 79. *Apud* ARAGÃO, E. D. M. de. *Sentença e Coisa julgada...*, ob. cit., p. 250).

¹⁸⁸ COMISSÃO DE JURISTAS. *Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil*. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em 01/10/2012, p. 28. A favor da ampliação dos limites da coisa julgada, inclusive para deixar estabelecido que um *fato* ocorreu, ver LIMA, P. R. de O. *Contribuições...*, ob. cit., p. 130-143.

¹⁸⁹ “**Art. 484.** A sentença que julgar total ou parcialmente a lide tem força de lei nos limites dos pedidos e das questões prejudiciais expressamente decididas. **Art. 485.** 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”.

¹⁹⁰ Embora o Senado tenha aceitado a novidade, na Câmara dos Deputados a ideia não teve tanta receptividade. V. COMISSÃO ESPECIAL DA CÂMARA DOS DEPUTADOS DESTINADA A PROFERIR PARECER AO PROJETO DE LEI NO 6.025, DE 2005, AO PROJETO DE LEI NO 8.046, DE 2010, AMBOS DO SENADO FEDERAL, E OUTROS, QUE TRATAM DO “CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL”. *Parecer do Relator-Geral*. Disponível em <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em 03/10/2012, p. 24 e 218.

¹⁹¹ ARAGÃO, E. D. M. de. *Sentença e Coisa julgada...*, ob. cit., p. 260.

“dispositivo”, porque, em geral, é na observação dos motivos que se poderá identificar o alcance da coisa julgada¹⁹². Assim, “Os motivos que induzem o juiz a *resolver as questões* a ele submetidas pelos litigantes têm importância, portanto, para fixar ou delimitar a extensão do próprio julgamento”¹⁹³.

Isso não passou despercebido por Ovídio B. da Silva:

Se é correto dizer-se que os motivos ainda que importantes não fazem coisa julgada (art. 469), não é menos certo afirmar-se que o dispositivo se há de entender e *dimensionar* em razão desses motivos, tanto que o legislador os considera importantes *para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença*.¹⁹⁴

Concluindo, se a coisa julgada se limita à declaração, é esta que deve ser buscada¹⁹⁵ (e à luz da sentença como um todo – e inclusive considerando as questões que não foram levadas ao processo, conforme a eficácia preclusiva produzida). Atualmente, só “fazem coisa julgada” as questões prejudiciais objeto de ação declaratória incidental¹⁹⁶. Se houvesse “extensão” da coisa julgada às questões prejudiciais, estas passariam a ser propriamente julgadas¹⁹⁷, havendo então uma respectiva declaração a que se conferiria também a proteção da coisa julgada, chegando ao mesmo resultado de quando presente a demanda incidental (incluída a reconvenção)¹⁹⁸.

¹⁹² CHIOVENDA, G. *Instituições...*, ob. cit., 2000, p. 494. Em sentido semelhante, LIEBMAN, E. T. *Eficácia e Autoridade...*, ob. cit., p. 62-63, aditamento ao §3º.

¹⁹³ ARAGÃO, E. D. M. de. *Sentença e Coisa julgada...*, ob. cit., p. 251.

¹⁹⁴ SILVA, O. B. da. *Sentença...*, ob. cit., p. 169.

¹⁹⁵ A declaração nem sempre está explícita, considerando que “*todas as sentenças têm algo de declaratório*” (MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C. *Processo de Conhecimento*, ob. cit., p. 651), de modo que a coisa julgada (quando presente) não se ligará somente à declaração de uma sentença declaratória, mas também das (preponderantemente) constitutivas, condenatórias, executivas e mandamentais.

¹⁹⁶ “Com a propositura da ação declaratória incidente passa o processo a ter *duplo* objeto: ambas as questões – a subordinante e a subordinada – passam a ser *questões principais* [...]. A sentença que se pronunciar sobre ambas será *objetivamente complexa*: conterà, na verdade, dois julgamentos, o do pedido primitivo e o do pedido superveniente” (MOREIRA, J. C. B. *Temas...*, ob. cit., p. 94).

¹⁹⁷ Se a questão é “meramente” prejudicial não há propriamente julgamento. Como afirma Barbosa Moreira, “sobre a prejudicial não ocorre *decisão*, mas sim *cognitio*: o juiz resolve a questão, como etapa necessária do itinerário lógico que lhe cumpre percorrer para chegar ao pronunciamento final; mas de modo nenhum a *judga* – e por isso mesmo não surge a respeito coisa julgada” (MOREIRA, J. C. B. *Temas...*, ob. cit., p. 93).

¹⁹⁸ “Com efeito: a única razão de ser da ação declaratória incidente consiste na possibilidade, que ela abre às partes, de conseguir que tais questões sejam decididas com força de coisa julgada. Trata-se de contrapeso, ou de uma compensação, que a lei cria para o princípio segundo o qual os fundamentos da sentença não produzem *res iudicata*” (MOREIRA, J. C. B. *Temas...*, ob. cit., p. 95). Se se estende a coisa julgada à afirmação ou negação de uma relação jurídica subordinante, é inútil a propositura da ação declaratória incidental, cf. *Idem*. *Ibidem*, p. 96.

3.3.1.2 Eficácia preclusiva¹⁹⁹

Marinoni e Mitidiero mencionam que a coisa julgada tem eficácias: positiva, negativa e preclusiva. Quanto àquelas: a primeira confere às partes a possibilidade de, a partir da coisa julgada, deduzir outra pretensão em juízo, não podendo o respectivo julgamento divergir do que já está protegido pela coisa julgada; a segunda impede que outros juízos reexaminem aquilo sobre o que já se formou coisa julgada.²⁰⁰

Já a “eficácia preclusiva” da coisa julgada vem enunciada no art. 474 do CPC, que dispõe: “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”.

Conforme Talamini, não significa que tenha havido julgamento implícito, o que afrontaria a garantia da inafastabilidade da tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV, CF/88) e o dever de fundamentação das decisões (art. 93, IX, CF), tampouco que há coisa julgada em relação às alegações e defesas não feitas, o que sequer ocorre com as deduzidas²⁰¹. O que acontece é que “todas as questões – deduzidas e dedutíveis – que constituíam premissas necessárias da conclusão tornam-se *irrelevantes*, inócuas em caso de tentativa de elisão da coisa julgada”.²⁰²

Segundo Moniz de Aragão, em tal dispositivo tem-se a consagração do velho preceito dogmático *tanto foi julgado quanto foi disputado ou devia ser disputado*²⁰³. É reflexo do princípio da eventualidade, albergado pelo CPC. Na petição inicial e na contestação as partes devem indicar todos os fatos e fundamentos jurídicos em que se assentam o pedido e a defesa, não podendo posteriormente opor à sentença as alegações ou defesas que deixaram de oportunamente apresentar ao juiz.²⁰⁴

Marinoni e Mitidiero também afirmam que a eficácia preclusiva “consiste em tornar irrelevante, para efeitos de controverter as questões decididas com força de coisa julgada, eventuais alegações e defesas que poderiam ter sido formuladas em juízo, mas não o

¹⁹⁹ Para alguns, “eficácia preclusiva *pan-processual* da coisa julgada” (RODRIGUES, M. A. *Elementos...*, ob. cit., p. 349).

²⁰⁰ MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. *Código de Processo Civil...*, ob. cit., p. 446.

²⁰¹ Nesse sentido também: MOREIRA, J. C. B. *Temas...*, ob. cit., p. 99-100.

²⁰² TALAMINI, E. *Coisa julgada...*, ob. cit., p. 87-88.

²⁰³ “*Tantum indicatum quantum disputatum vel disputari debet*”.

²⁰⁴ ARAGÃO, E. D. M. de. *Sentença e Coisa julgada...*, ob. cit., p. 324-326. O que fica precluso são as alegações e defesas que concernem ao mérito da causa, as relativas à mesma causa de pedir (MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. *Código de Processo Civil...*, ob. cit., p. 451).

foram”²⁰⁵, mas lembram que, como já entendeu o STJ²⁰⁶, as alegações ou defesas dedutíveis não ficam abrangidos pelos limites objetivos da coisa julgada; podem ser debatidas posteriormente, em outro processo, desde que com isso não se ofenda a coisa julgada, ainda que obliquamente²⁰⁷. Em outras palavras, a irrelevância se coloca apenas “quando manejadas com o objetivo de violar a coisa julgada”²⁰⁸.

E o que seriam as “alegações e defesas”? Barbosa Moreira indica que a eficácia preclusiva atinge as: a) questões de fato; b) questões de direito; e c) solúveis mediante aplicação de direito a fato e relativas a relação jurídica ou *status* cuja existência ou inexistência é subordinante da relação jurídica sobre a qual versa o pedido (questões prejudiciais), sendo indiferente se conhecíveis de ofício ou apreciáveis somente se suscitadas por alguma das partes²⁰⁹.

Se as “circunstâncias (fáticas ou jurídicas) da causa forem alteradas de maneira tal a compor *nova causa de pedir*, surgirá ensejo a nova ação, *totalmente diferente da ação anterior (cuja solução teve seu elemento declaratório transitado em julgado)*”²¹⁰. Isso não é exceção ao regime da coisa julgada; antes o confirma. Como explicam Arenhart e Marinoni, as novas circunstâncias alteram a causa de pedir, formam uma nova ação e ensejam uma nova coisa julgada, “que deverá conviver em harmonia com a coisa julgada respeitante às circunstâncias anteriores”²¹¹.

3.3.2 Dimensão subjetiva

3.3.2.1 A regra dos limites subjetivos

Aqui, importa saber se a coisa julgada vincula só as “partes” – e que partes – ou também “terceiros”. Dispõe o Código de Processo Civil:

²⁰⁵ MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. *Código de Processo Civil...*, ob. cit., p. 447.

²⁰⁶ STJ, 3ª Turma, REsp 11.315/RJ, rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. em 31.08.1992, DJ 28.09.1992, p. 16.425.

²⁰⁷ A coisa julgada não faz inviáveis apenas as “ações idênticas”, mas do mesmo modo as ações inversas. A eficácia preclusiva também torna irrelevante e superado, em ação para obtenção de solução que dependa do que já foi decidido, do material que funcionou como pressuposto para atingir a declaração protegida pela coisa julgada (ARENHART, S. C.; MARINONI, L. G. *Processo de Conhecimento*, ob. cit., p. 661-662).

²⁰⁸ MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. *Código de Processo Civil...*, ob. cit., p. 451. “A regra em exame tem em vista exclusivamente resguardar a coisa julgada entre as partes” (TALAMINI, E. *Coisa julgada...*, ob. cit., p. 86). “Tal limitação resulta diretamente da função *instrumental* que se pôs em relevo: não teria sentido, na verdade, empregar o *meio* quando não se trata de assegurar a consecução do *fim* a que ele se ordena” (MOREIRA, J. C. B. *Temas...*, ob. cit., p. 102).

²⁰⁹ MOREIRA, J. C. B. *Temas...*, ob. cit., p. 103-106.

²¹⁰ ARENHART, S. C.; MARINONI, L. G. *Processo de Conhecimento*, ob. cit., p. 660.

²¹¹ ARENHART, S. C.; MARINONI, L. G. *Processo de Conhecimento*, ob. cit., p. 661.

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

Não obstante se afirmar que o segundo trecho do dispositivo apresenta um equívoco²¹², é a primeira parte que aqui interessa e, por isso, é o que será aqui abordado. De início, um questionamento se coloca. O dispositivo menciona “partes entre as quais é dada”. Na expressão, o termo “partes” tem que sentido?

Moniz de Aragão alerta que a palavra parte não é unívoca, podendo ser utilizada tanto para designar quem integra a relação jurídica material²¹³ como a relação jurídica processual; porém, nesta, há mais um integrante, que não é parte, o juiz. Entende que não se pode compreender a “parte” da relação jurídica processual desconectada da outra relação jurídica: “Em regra geral, portanto, ‘parte’ no processo é precisamente quem já o era na relação material ou situação litigiosa, que através do processo é submetido ao julgamento do magistrado”.²¹⁴

No campo da coisa julgada, porém, a doutrina diz que “parte” deve ser compreendida no sentido processual. Cândido Rangel Dinamarco, por exemplo, adotando o que denomina de “conceito puro de parte” e “conceito puro de terceiro”²¹⁵, expõe que a regra geral dos limites subjetivos da coisa julgada é nenhum terceiro ficar sujeito à autoridade da coisa julgada; somente quem foi parte no processo.²¹⁶

Mesmo autores que adotam outros conceitos de coisa julgada ou partem de outras premissas chegam a esta conclusão de restar vinculado pela coisa julgada somente quem atuou no processo.

Ovídio B. da Silva, ao tratar do instituto, passa a ideia de que as partes que se relacionam com a coisa julgada são aqueles que fizeram parte da relação jurídica *processual*: “a *imutabilidade* que protege a decisão jurisdicional, identificável com a coisa julgada material, só se refere ao efeito declaratório da sentença, jamais atingindo aos terceiros que não participaram do processo”. Ainda, diz que o efeito declaratório da sentença alcança também

²¹² V. ARENHART, S. C.; MARINONI, L. G. *Processo de Conhecimento*, ob. cit., p. 658.

²¹³ Em sentido amplo, pois pode ter caráter processual, como na ação rescisória por incompetência do juízo (ARAGÃO, E. D. M. de. *Sentença e Coisa julgada...*, ob. cit., p. 294, nota de rodapé 695).

²¹⁴ ARAGÃO, E. D. M. de. *Sentença e Coisa julgada...*, ob. cit., p. 291.

²¹⁵ Em suas palavras, parte é aquele que “efetivamente figura como tal em um [sic] uma dada relação jurídica processual e terceiros são todos aqueles que não figuram, independentemente de qualquer consideração acerca da legitimidade para serem partes no processo ou para intervir” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. Tomo II. 6. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2010, p. 1145).

²¹⁶ DINAMARCO, C. R. *Fundamentos...*, ob. cit., p. 1145.

terceiro, sem, porém, “levar consigo o selo da imutabilidade que só diz respeito às partes figurantes da relação jurídica processual”.²¹⁷

Aliás, Moniz de Aragão mesmo conclui que “ninguém deve ser constrangido a sujeitar-se à autoridade da coisa julgada, surgida em processo em que não teve participação, como tal considerado aquele para o qual não foi oportunamente citado, notificado, intimado”²¹⁸.

Arenhart e Marinoni explicam que o autor e o réu ficam ligados à coisa julgada, pois foram eles os sujeitos do contraditório²¹⁹. Defendem que “não é lógico admitir que, uma vez julgada certa demanda entre duas partes, todas as outras pessoas fiquem impedidas de discutir a sentença, mesmo que tenham sido diretamente prejudicadas pela decisão”.²²⁰

Marcelo Abelha Rodrigues, considerando o ordenamento constitucional, afirma que “com fulcro no princípio do acesso à justiça e do direito ao contraditório e à ampla defesa, seria injusto, e, porque não dizer, inconstitucional, se admitíssemos que a imutabilidade de um julgado se estendesse para quem não atuou como parte”.²²¹

De maneira geral, portanto, diz-se que a coisa julgada atinge apenas as partes do processo em que a sentença foi proferida. Inclusive, afirma-se, seria “da tradição do nosso Direito a limitação da coisa julgada às partes integrantes da relação jurídico-processual”, existindo a sentença perante terceiro como mero fato jurídico²²².

Todavia, e aqueles que, embora integrantes da relação jurídica material discutida em juízo, são considerados “terceiros” em relação ao processo, nunca se vinculariam à declaração proferida “*inter alios*”?

Primeiro, poder-se-ia pensar no caso dos sucessores. Moniz de Aragão alerta que, no art. 472 do CPC, “parte” pode ir além da noção “de litigante relativamente a quem venha a assumir a posição de sujeito da relação material, *res de qua agitur*, que após a sentença tornar-se-á *res iudicata*, seja durante o curso do processo, seja depois de seu encerramento”. Se é a relação (ou o bem; enfim, a *res*) que é submetida a julgamento, este recai sobre ela e torna-se imutável. Assim, se houver sucessão, os sucessores ficarão subordinados à coisa

²¹⁷ SILVA, O. B. da. *Sentença...*, ob. cit., p. 106.

²¹⁸ ARAGÃO, E. D. M. de. *Sentença e Coisa julgada...*, ob. cit., p. 304.

²¹⁹ Até se afirma que essa ligação de atuação em contraditório e imutabilidade seria uma decisão política: “o principal fundamento para a restrição da coisa julgada às partes é de índole política: quem não foi sujeito do *contraditório*, não tendo a possibilidade de produzir suas provas e suas razões e assim influir sobre a formação do convencimento do juiz, não pode ser prejudicado pela coisa julgada conseguida *inter alios*” (CINTRA, A. C. de A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. *Teoria...*, ob. cit., p. 346).

²²⁰ MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C. *Processo de Conhecimento*, ob. cit., p. 655.

²²¹ RODRIGUES, M. A. *Elementos...*, ob. cit., p. 350.

²²² LIMA, P. R. de O. *Contribuições...*, ob. cit., p. 39-41.

julgada, e isso não será exceção à regra de que ela só atinge as partes, mas a sua própria aplicação.²²³

Talamini, nesse sentido, afirma que quando se fala de partes, também se incluem seus sucessores como atingidos pela coisa julgada. Como regra geral, sem se esquecer do momento e das particularidades de cada espécie, “Com a sucessão são transferidas todas as posições jurídicas relativas ao objeto da sucessão (universal ou singular), inclusive as de caráter processual, como é a coisa julgada. O sucessor não detém a condição de terceiro. Ele assume as próprias posições materiais e processuais do sucedido, nos limites do objeto da sucessão”²²⁴.

Na verdade, problema mais grave se tem quando em questão está a coisa julgada em relação aos terceiros propriamente ditos, “aqueles cuja relação (ou bem) não está sendo apreciada pelo juiz no processo (ou está, mas sem a sua presença, o que dá na mesma)”²²⁵. Nessa linha, na situação de terceiros propriamente ditos, estariam tanto os terceiros “juridicamente indiferentes” como o substituído²²⁶. As duas hipóteses serão abordadas a seguir.

3.3.2.2 Limites subjetivos, efeitos da sentença e terceiros

Quando se fala em limites subjetivos, não podem ser confundidos os efeitos da sentença com a coisa julgada²²⁷. Liebman deixou bem claro que uma coisa é a eficácia da sentença, outra, a autoridade da coisa julgada, afirmando, inclusive, que distinto e logicamente anterior ao problema dos limites subjetivos da coisa julgada é o da extensão subjetiva dos efeitos da sentença²²⁸. A eficácia da sentença relaciona-se com a ideia de que, enquanto ato do Estado, a decisão é eficaz em relação a todos, sejam partes ou não; enquanto a coisa julgada atinge apenas as partes.²²⁹

²²³ ARAGÃO, E. D. M. de. *Sentença e Coisa julgada...*, ob. cit., p. 294-295. Tal raciocínio se refere à sucessão após a formação da coisa julgada, mas aponta que não difere muito de a sucessão ser no curso do processo. Em tal hipótese, ou o sucessor passará a fazer parte da relação jurídica processual e, então, será atingido pela coisa julgada normalmente; ou não passará a participar por alguma razão, de modo que “desconhecedor da existência do processo em curso ficará, em relação a ele, em posição similar à de terceiro” (Idem, p. 297-298).

²²⁴ TALAMINI, E. *Coisa julgada...*, ob. cit., p. 111. Também: “*tomando-se a regra geral, tem-se que somente as partes (e seus sucessores, por inferência legal) ficam acobertados pela coisa julgada*” (ARENHART, S. C.; MARINONI, L. G. *Processo de Conhecimento*, ob. cit., p. 655).

²²⁵ ARAGÃO, E. D. M. de. *Sentença e Coisa julgada...*, ob. cit., p. 299.

²²⁶ ARAGÃO, E. D. M. de. *Sentença e Coisa julgada...*, ob. cit., p. 299.

²²⁷ “[...] existe uma enorme diferença entre ser atingido pela sentença e ser afetado pela coisa julgada”. (RODRIGUES, M. A. *Elementos...*, ob. cit., p. 351).

²²⁸ LIEBMAN, E. T. *Eficácia e Autoridade...*, ob. cit., p. 121.

²²⁹ LIEBMAN, E. T. *Eficácia e Autoridade...*, ob. cit., p. 123. Afirma que “todos, sem distinção, se encontram potencialmente em pé de igualdade de sujeição a respeito dos efeitos da sentença, efeitos que se produzirão

Chiovenda, também, alertou que o que é julgado entre as partes deve ser reconhecido por todos, mas não os podem prejudicar, sendo considerado prejuízo para esses fins o prejuízo jurídico, não meramente fático²³⁰. Assim também Liebman, afirmando que não são todos os terceiros, porém, que podem afastar os efeitos que lhes são prejudiciais se insurgindo contra a injustiça da decisão: deve haver interesse jurídico. Quem sofre mero prejuízo de fato não pode pretender afastar os efeitos da sentença. É o caso dos terceiros juridicamente indiferentes, caso em que a “eficácia natural” da sentença equivale à autoridade da coisa julgada.²³¹

A coisa julgada se limita às partes; se a sentença tem ou não repercussão em relação a terceiros é outra questão²³². Aliás, “o círculo de relações e de pessoas em que operará o *comando* contido numa sentença não pode ser e não é preventivamente determinado em abstrato, mas dependerá do uso que em concreto fizerem as partes da sentença e da qualidade e do número das controvérsias que poderão surgir”, baseando-se então no modo de ser das relações jurídicas, no vínculo e no grau das ligações entre elas.²³³

Nesse sentido, Gidi afirma que

O que efetivamente ocorre é que todos – assim os terceiros como as partes – são atingidos pelos efeitos da sentença como ato de império do Estado (“*eficácia natural*” da sentença). Mas como ninguém além das partes é afetado pela imutabilidade em sua própria esfera jurídica (*autoridade da coisa julgada*), qualquer um poderia, em tese, rediscutir a questão e obter uma decisão diversa. Entretanto, somente o terceiro juridicamente prejudicado teria interesse jurídico para impugná-la em juízo.²³⁴

O terceiro, então, conforme os efeitos tenham repercussão sobre a sua esfera jurídica, conferindo-lhe legitimidade e interesse, poderá buscar outro pronunciamento judicial, em

efetivamente para todos aqueles cuja posição jurídica tenha qualquer conexão com o objeto do processo” (Idem. Ibidem, loc. cit.). E isso por conta “do caráter público universalmente reconhecido à administração da justiça” (Idem. Ibidem, p. 125).

²³⁰ CHIOVENDA, G. *Instituições...*, ob. cit., 2000, p. 500. O autor refere que “A coisa julgada, como resultado da definição da relação processual, é obrigatória para os sujeitos destas” (Idem. Ibidem, p. 499). Embora fale que a coisa julgada valha para todos, o seu entendimento é outro, não de algo mais que se acresce ao efeito (aos efeitos ou ao comando, conforme a concepção), mas do próprio bem que foi julgado. De todo modo, são pertinentes as suas considerações, pois é verdade que o julgamento vale para todos. Ninguém pode negar que determinando caso ficou decidido de certo modo entre as partes, por mais que não se tenha feito parte do processo.

²³¹ LIEBMAN, E. T. *Eficácia e Autoridade...*, ob. cit., p. 142-143. Talamini lembra que um interesse de fato pode se transformar em jurídico: “O terceiro pode ter interesse jurídico originário [...] ou ter seu interesse meramente econômico transformado em jurídico na media em que impute fraude ao ato das partes” (TALAMINI, E. *Coisa julgada...*, ob. cit., p. 41, nota de rodapé nº 25). Nesse sentido, Moniz de Aragão, lembrando Liebman, destaca a hipótese em que os “terceiros juridicamente indiferentes” poderiam se insurgir contra a sentença quando obtida mediante fraude e resultante em prejuízo ao terceiro, ainda que a colusão pelas partes não visasse especificamente lesar o seu interesse (diferentemente do que supôs Liebman) (ARAGÃO, E. D. M. de. *Sentença e Coisa julgada...*, ob. cit., p. 301).

²³² LIEBMAN, E. T. *Eficácia e Autoridade...*, ob. cit., p. 94.

²³³ LIEBMAN, E. T. *Eficácia e Autoridade...*, ob. cit., p. 88.

²³⁴ GIDI, A. *Coisa julgada e litispendência...*, ob. cit., p. 12.

outro sentido (inclusive contrário), sem obstáculo de coisa julgada, mas para isso terá de demonstrar a incorreção da sentença relativamente aos efeitos que quer afastar²³⁵. Assim é que, se determinado terceiro não pode afastar o efeito da sentença quando aquele lhe é prejudicial, isso acontece por falta de legitimidade *ad causam*, não por conta da coisa julgada. Se tem legitimidade, a coisa julgada não é impedimento.²³⁶

Por exemplo, um terceiro contra o qual a parte sucumbente tenha direito de regresso não é atingido pela coisa julgada decorrente do processo da sucumbência, podendo, caso exercida tal ação de regresso, procurar afastar o efeito da sentença, à medida que demonstrar o desacerto da decisão ou até mesmo que inexistente a obrigação principal²³⁷:

Assim, o titular do direito de regresso pode ver-se na ingrata situação de, por um lado, receber sentença reconhecendo a existência da obrigação principal e condenando-o ao seu cumprimento e, por outro, na ação contra o devedor regressivo, sofrer sentença que negue a existência daquela mesma obrigação e, conseqüentemente, do direito de regresso²³⁸. Para evitar esse inconveniente, a lei prevê a figura da denunciação da lide (art. 70 e seguintes). Por ela traz-se para dentro do processo o devedor regressivo, vinculando-o a coisa julgada: a denunciação consistente na propositura de uma ação de regresso do denunciante contra o denunciado, incidental ao curso do processo.²³⁹

Ovídio B. da Silva, afirma que “os efeitos diretos são sempre *erga omnes*”²⁴⁰. Efeitos são *atualizações* das respectivas eficácias, e eficácias diretas são aquelas imanentes à sentença, são virtualidades resultantes da demanda. Os respectivos efeitos diretos atingem tanto a parte como terceiros, não tendo tal fato ligação com a coisa julgada.²⁴¹

Para ele, a eficácia direta não é a considerada por muitos como “eficácia *inter partes*”, contraposta supostamente à “eficácia reflexa”, que atingiria somente terceiros (conforme

²³⁵ TALAMINI, E. *Coisa julgada...*, ob. cit., p. 97.

²³⁶ TALAMINI, E. *Coisa julgada...*, ob. cit., p. 97-98.

²³⁷ TALAMINI, E. *Coisa julgada...*, ob. cit., p. 109.

²³⁸ Nesse sentido: “Os princípios da coisa julgada excluem, por consequência, por si mesmo, só o conflito *prático* dos julgados, isto é, decisões *diversas* relativamente à *própria ação*, portanto praticamente incompatíveis. Não visam eles, porém, nem prescrevem nenhum remédio ao simples conflito *teórico* dos julgados, quer dizer, ao caso de decisões *logicamente* incompatíveis, mas *praticamente* conciliáveis” (CHIOVENDA, G. *Instituições...*, ob. cit., 2000, p. 497). Também: “A verdade é que a coisa julgada é mecanismo engendrado para evitar o conflito *prático, concreto*, e não teórico, lógico, entre decisões. O ideal seria evitar situações desarmônicas com a razoabilidade e a isonomia. Mas então poderiam vir a ser violados outros valores, notadamente o acesso à justiça, o devido processo (a previsibilidade para as partes), o contraditório e a ampla defesa. O grande desafio é estabelecer mecanismos que, de modo ponderado, compatibilizem esses fatores” (TALAMINI, E. *Coisa julgada...*, ob. cit., p. 84-85).

²³⁹ TALAMINI, E. *Coisa julgada...*, ob. cit., p. 109.

²⁴⁰ SILVA, O. B. da. *Sentença...*, ob. cit., p. 107.

²⁴¹ SILVA, O. B. da. *Sentença...*, ob. cit., p. 107.

Carnelutti)²⁴². Segundo Ovídio B. da Silva tal distinção não é adequada. A eficácia direta coincide com o que Liebman denominava de “eficácia natural” e sempre existe. Já o efeito reflexo “*nasce de uma eficácia interna à demanda*”. Tanto terceiros podem sofrer os efeitos diretos como as partes, os efeitos reflexos, se tiverem relação jurídica subordinada ou conexa²⁴³.

A “eficácia natural” ou direta atinge parte e terceiros, sendo que os terceiros sem legitimidade não terão possibilidade de questioná-la. Apenas quando haja eficácia reflexa é que os terceiros poderão pretender afastar os efeitos prejudiciais (terão então legitimidade para superar o que a princípio lhes seria imutável)²⁴⁴, no sentido já exposto. Por isso, Ovídio conclui que “o problema dos limites subjetivos da sentença é uma questão de legitimação”.²⁴⁵

De todo modo, é de se entender que, se os efeitos reflexos podem atingir as próprias partes, estas, embora possam se colocar em uma situação de eficácia reflexa e terem legitimidade, não poderão superar a decisão (declaração), porque estão a ela vinculados pela coisa julgada.

Assim, restou claro que a imutabilidade, para os diferentes sujeitos, não decorre do mesmo fenômeno. Para as partes é pela formação da coisa julgada, ao passo que para terceiros dependerá da existência ou não de um efeito reflexo, isto é, de ter ou não legitimidade para afastar os efeitos da sentença que lhes são prejudiciais²⁴⁶. Também restou claro que a eficácia da sentença não é *inter partes*, mas sempre *erga omnes*²⁴⁷.

3.3.2.3 Coisa julgada entre ou para as partes?

O título deste subitem pode, à primeira vista, ser tido como despropositado, por aparentemente não implicar nenhuma real diferenciação. É comum a afirmação de que a coisa

²⁴² SILVA, O. B. da. *Sentença...*, ob. cit., p. 108.

²⁴³ SILVA, O. B. da. *Sentença...*, ob. cit., p. 113-114. “A peculiaridade essencial dessa *repercussão* da sentença na esfera jurídica de terceiros decorre, não de uma previsão legal, mas de *circunstâncias acidentais* que colocam determinados sujeitos, chamados, pela doutrina, *terceiros juridicamente interessados*, numa relação de *dependência jurídica* relativamente à relação que fora objeto da sentença *inter alios*” (Idem. *Ibidem*, p. 110).

²⁴⁴ “[...] por tratar-se de *eficácia reflexa* da sentença, não estaremos mais no âmbito das *eficácias internas*; e os que operam *erga omnes*, como se disse desde o início, são somente os efeitos internos, *inclusos*, à demanda” (SILVA, O. B. da. *Sentença...*, ob. cit., p. 115). Para mais detalhes sobre como se dá a repercussão, ver Idem. *Ibidem*, p. 115-117.

²⁴⁵ SILVA, O. B. da. *Sentença...*, ob. cit., p. 128.

²⁴⁶ “Em conclusão, observa-se que somente as partes precisam da coisa julgada. Não fosse a coisa julgada, em função da legitimidade que ostentam para discutir a sentença, poderiam debater o conflito de interesses ao infinito. Para esses sujeitos, sim, a coisa julgada resulta em utilidade, pondo fim, em determinado momento, à controvérsia, e tornando definitiva a solução judicial oferecida” (ARENHART, S. C.; MARINONI, L. G. *Processo de Conhecimento*, ob. cit., p. 658).

²⁴⁷ “O limite subjetivo da eficácia da sentença é *erga omnes*” (RODRIGUES, M. A. *Elementos...*, ob. cit., p. 351, nota de rodapé 39).

julgada opera *inter partes*(conquanto o código fale *às partes*²⁴⁸). Porém, parece ser diferente falar que há imutabilidade entre as partes e que há imutabilidade para as partes.

Segundo Liebman, a imutabilidade se daria só quando as mesmas pessoas se colocassem “frente a frente” em um novo processo, pois somente elas tiveram a possibilidade de “fazer ouvir e fazer valer as suas razões no processo que se ultimou com o julgado, e é essa possibilidade, que tiveram, que justifica praticamente a necessidade em que se puseram de conformar-se com o resultado alcançado e de já não poderem esperar modificá-lo”²⁴⁹.

Também já alertava que

[...] seria perfeitamente lógico que a coisa julgada que se formou sobre determinada relação influísse também sobre a decisão de outra relação de que a primeira é um pressuposto; mas, exatamente para evitar essa consequência lógica, intervém a lei com sua proibição, quando for um terceiro o titular da relação dependente. A regra dos limites subjetivos tem precisa e unicamente o escopo de impedir perante terceiros as repercussões lógicas da coisa julgada, porque, se não se tratasse de consequências lógicas, seria supérflua a disposição especial de lei para evitá-las.²⁵⁰

Porém, a sentença “faz coisa julgada” *para* as partes, não simplesmente *entre* as partes. Isso porque o que ficou declarado no primeiro processo não poderá ser rediscutido em outro, esteja uma parte confrontando a outra ou esteja confrontando um terceiro. Falou-se que um terceiro com interesse jurídico pode afastar o efeito da sentença que lhe é prejudicial, e a afirmação anterior não afeta isso. Não é absurdo nem incomum que a sentença venha a beneficiar o terceiro e queira este fazer valer tal benefício. Assim é que no processo entre a parte atingida pela coisa julgada e o terceiro não poderá aquela tentar reverter o quadro consolidado (declarado) em sentença a fim de afastar a vantagem que o terceiro pretende ver assegurado pelo processo.

Na hipótese em que uma parte esteja confrontando a outra, a coisa julgada não só impedirá que se rejudgue o mesmo caso. Também, conforme indica Talamini, entre as partes se teria o que se chama de “função positiva” da coisa julgada, já referida anteriormente no texto: o que é protegido pela coisa julgada “terá de ser obrigatoriamente seguido por qualquer

²⁴⁸ CPC: “Art. 472. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros”.

²⁴⁹ LIEBMAN, E. T. *Eficácia e Autoridade...*, ob. cit., p. 52.

²⁵⁰ LIEBMAN, E. T. *Eficácia e Autoridade...*, ob. cit., p. 106. E afirma que tal escolha “Tem, em primeiro lugar, a vantagem de utilizar, a maior medida possível, a atividade processual exercida, em cada processo, pelo órgão jurisdicional e pelas partes, em benefício da economia do processo. Tende, além disso, a favorecer a harmonia dos resultados dos processos sobre relações conexas ou dependentes, diminuindo a possibilidade de contradições dos julgados; mas atinge esses fins sem sacrificar os direitos dos terceiros, aos quais outorga ampla faculdade de defesa nos casos em que a sentença pronunciada *inter alios* seja viciada por erro” (Idem. *Ibidem*, p. 144-145).

juiz, ao julgar outro processo entre as partes, cujo resultado dependa logicamente da solução a que se chegou no processo em que já houve coisa julgada material”²⁵¹.

No caso de uma das partes estar diante de um terceiro em outro processo, tem-se que,

De resto, não é de descartar que terceiros juridicamente interessados venham a se opor à solução consensual dada pelas partes em sentido contrário ao estabelecimento da sentença. Na medida em que um terceiro se revista mesmo de interesse jurídico e legitimidade para discutir a questão, e caso ele leve ao Judiciário, *as partes daquele primeiro processo ficarão vinculadas à anterior coisa julgada. Vale dizer: a coisa julgada poderá ser invocada contra as partes por terceiros. Afinal, a coisa julgada não vincula terceiro (n. 2.5, adiante), mas, nos seus limites objetivos, a coisa julgada é oponível pelo terceiro contra as partes a ela vinculadas.*²⁵²⁻²⁵³

Assim, mais adequado referir que a coisa julgada é a imutabilidade da declaração *para as partes*, pois não somente quando estiverem “frente a frente” é que não poderão pretender mudar o que já foi declarado em determinado sentido.

3.3.2.4 Coisa julgada e substituição processual

O que se viu até aqui sobre a dimensão subjetiva da coisa julgada diz respeito à regra geral. Conforme exposição anterior, ficou claro que não há falar em extensão da coisa julgada a terceiro, pois é propriamente a eficácia da sentença que os atinge, e eventual imutabilidade se dá em decorrência da falta de legitimidade para afastar os efeitos juridicamente prejudiciais. Agora, considerando ao que será exposto no próximo capítulo, necessário se faz o estudo de uma situação que, dependendo do entendimento adotado, pode fugir à regra.

²⁵¹ TALAMINI, E. *Coisa julgada...*, ob. cit., p. 130.

²⁵² TALAMINI, E. *Coisa julgada...*, ob. cit., p. 41, grifou-se. Ainda que adotando conceito diverso de coisa julgada, deixa claro que esta não é somente *entre* as partes: “A coisa julgada é apenas o aspecto de imutabilidade que se adiciona ao comando, impedimento que *qualquer das partes ou ambas em conjunto* pretendam ir a juízo meramente alterá-lo ou obter outro que lhe seja incompatível” (Idem. *Ibidem*, p. 43, grifou-se). O terceiro é atingido pelos efeitos da sentença e pode usar isso contra a parte do primeiro processo: “[...] poderá o fiador opor contra o credor a sentença prolatada no processo em que não foi parte – sustentado pelo afiançado e o credor – se tal sentença declarou nula a obrigação principal, pela simples razão de que a fiança pressupõe a existência e validade da obrigação afiançada”. Isso aconteceria por conta da eficácia concreta, não “expansão *ultra partes* coisa julgada” (SILVA, O. B. da. *Sentença...*, ob. cit., p. 127). Quem se vincula à declaração por conta da coisa julgada são as partes.

²⁵³ Cândido Rangel Dinamarco afirma: “E não custa lembrar que não só a eficácia natural da sentença mas também a própria coisa julgada formada sobre uma causa prejudicial, que é uma garantia oferecida pela Constituição Federal, pode legitimamente ser estendida a terceiros beneficiados pela sentença, sem qualquer ultraje ao princípio do contraditório, ao *due process* ou a qualquer outro mandamento constitucional” (DINAMARCO, C. R. *Fundamentos...*, ob. cit., p. 1148). Entretanto, considerando-se que aquele que participou do primeiro processo já está vinculado ao resultado em virtude da coisa julgada, talvez não seja preciso afirmar que a coisa julgada da sentença que beneficia terceiro seja a este *estendida*, pois aquela parte já vinculada não poderá tentar conseguir resultado diverso daquilo que já lhe é indiscutível e imutável.

A posição majoritária antes mencionada, que considera como regra que o limite subjetivo da coisa julgada consiste apenas naqueles que figuraram como parte *no processo*, não destoaria da regra geral acerca da legitimação para pleitear algo em juízo. Conforme o art. 6º do CPC, o titular do direito afirmado em juízo é que deve pleiteá-lo em nome próprio²⁵⁴. Assim, considerando as duas regras, quanto à legitimidade e quanto à dimensão subjetiva da coisa julgada, maior perplexidade não se tem em simplesmente afirmar que parte atingida pela coisa julgada é parte da relação jurídica processual²⁵⁵.

E quando não se estiver diante da regra geral de legitimidade? O que acontece quando alguém postula em nome próprio direito alheio, no exercício de legitimação extraordinária (ou, mais especificamente, na ocorrência de substituição processual)?

O entendimento corrente é o de que o substituído (titular ao menos afirmado do direito) fica sempre sujeito à autoridade da coisa julgada pela atuação do substituto. Aponta-se que pensar o contrário até inviabilizaria o próprio fenômeno da substituição processual.

José Maria Tesheiner afirma que,

[...] embora terceiro, em sentido formal, a coisa julgada atinge o substituído, tanto quanto o sucessor da parte. Embora o substituto processual não seja representante da parte, a sentença vincula o substituído, tanto quanto o representado. A extensão da coisa julgada ao substituído é uma exigência lógica do próprio conceito de substituição processual. Efetivamente, estando em jogo direito que não é do substituto processual, o julgado na verdade não o atinge. A vitória, assim como a derrota, não é do substituto, mas do substituído. Negar-se a coisa julgada, com relação a este, implicaria, na maioria dos casos, tornar inútil a substituição.²⁵⁶

Embora se entenda majoritariamente que o substituído é atingido pela coisa julgada, diverge-se sobre se o seria na condição de parte ou de terceiro.

Se se considerar que o art. 472 faz referência tão somente às partes processuais, e no caso de o substituído também ficar vinculado, se estará diante de uma hipótese de *extensão* da coisa julgada a terceiros (do ponto de vista processual, embora afirmadas partes materiais). Didier Jr., Braga e Oliveira explicam que a coisa julgada “só se impõe para aqueles *que figuram no processo como parte*”²⁵⁷. Apontam, todavia, a existência de exceções, como quando a coisa julgada é “*ultra partes*”, beneficiando ou prejudicando terceiros, aqueles que não participaram do processo. É o que, para eles, acontece na substituição processual,

²⁵⁴ “Art. 6º Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”.

²⁵⁵ Ainda em tempo, registre-se que aqui não se esquece a discussão a respeito da ideia de relação jurídica, seja no campo material seja no que respeita ao que se entende por processo. Porém, neste trabalho, foi deliberadamente feito um recorte para não abranger a discussão, até porque falar em relação jurídica não atrapalha, antes facilita, o entendimento do alcance subjetivo da coisa julgada.

²⁵⁶ TESHEINER, J. M. *Eficácia da sentença...*, ob. cit., p. 83.

²⁵⁷ DIDIER JR., F.; BRAGA, P. S.; OLIVEIRA, R. *Curso...*, ob. cit., v. 2, p. 428, grifou-se.

hipótese em que o substituído, apesar de não ter figurado como parte processual, será afetado pela coisa julgada²⁵⁸.

Porém, não é toda a doutrina que restringe o termo “partes” do art. 472 do CPC àqueles que figuram na relação jurídica processual. Por exemplo, Araujo Cintra, em comentário ao art. 472 do CPC, defende que

[...] a palavra partes não está na lei ao seu sentido de sujeitos do contraditório no processo, mas indica os sujeitos da relação litigiosa. Em outras palavras, o bom entendimento da disposição em exame decorre da distinção formulada por Carnelutti entre parte em sentido material e parte em sentido formal [...]. Esse entendimento permite a aplicação, sem maiores dificuldades, da regra explicitada pelo artigo 472, à coisa julgada formada tanto nos casos de legitimação ordinária como naqueles de legitimação extraordinária. Realmente, assim se explica porque, no caso de substituição processual, o substituído fica sujeito à coisa julgada formada em processo de que não participou.²⁵⁹

Partindo desta ideia, tem-se que o próprio regime “normal” da coisa julgada faria, ao substituído, indiscutível e imutável o que ficou decidido. Os próprios limites subjetivos da coisa julgada, em tal interpretação do art. 472, já englobam as partes em sentido material (ainda que se considere apenas como parte meramente “afirmada”, pois o resultado para o substituto e para o substituído pode ser de improcedência, sem que seja concedido o que se pleiteia, no caso, por exemplo, de o substituído não ter o direito alegado).

Liebman, também, afasta como uma das possibilidades de subordinação de terceiro à coisa julgada a hipótese de substituição processual:

Fora de discussão está, na verdade, o fato de que se forma a coisa julgada também em relação ao substituído, mas isso se explica, visto que não é ele verdadeiro terceiro, porquanto, por definição, a atividade exercida pelo substituto processual “tem necessariamente influência e eficácia a respeito do sujeito do direito pelo qual ele litiga” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii*, p. 597, crf. 281).²⁶⁰

Realmente, embora a regra geral possa ser que a coisa julgada atinge somente as partes processuais, deve ela ser vista à luz da legitimação ordinária. No caso da substituição processual, quem é atingido pela coisa julgada não é o legitimado extraordinário, mas o substituído.

²⁵⁸ DIDIER JR., F.; BRAGA, P. S.; OLIVEIRA, R. *Curso...*, ob. cit., v. 2, p. 428-429.

²⁵⁹ CINTRA, A. C. de A. *Comentários...*, ob. cit., p. 338-339.

²⁶⁰ LIEBMAN, E. T. *Eficácia e Autoridade...*, ob. cit., p. 95.

Nesse sentido, Thereza Alvim explica que, sendo parte quem pede ou em face de quem se pede tutela jurisdicional, parte não será o legitimado extraordinário²⁶¹. Este não “age por si, mas pelo outro, o que é decidido judicialmente quanto à lide, não o alcança, mas ao outro. A coisa julgada material não o atinge, só lhe será impossível alterar a decisão, por a lide não lhe dizer respeito, por lhe faltar interesse e legitimidade, para tanto”.²⁶²

Na verdade, o substituto não poderá tentar alterar a decisão judicial, sendo impossível, a ele, mover outra ação igual, não por força da coisa julgada material, mas em razão de não poder, ele, mais agir. Agiria em nome do substituído, este foi alcançado pela coisa julgada material, logo, não tem ele mais afirmação de direito de outrem para defender”²⁶³.

Essa noção é fundamental para a análise da problemática da coisa julgada no âmbito dos direitos individuais homogêneos, que se passará a fazer a seguir, pois a legitimação extraordinária no caso dos direitos individuais homogêneos tem natureza de substituição processual, ainda que quanto à relativa aos direitos essencialmente coletivos haja controvérsia²⁶⁴.

²⁶¹ “Então, o legitimado extraordinário, apesar de formalmente integrar a relação jurídica processual não é ‘parte integral’ no processo” (ALVIM, Thereza. *O direito processual de estar em juízo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1996, p. 105). Mais adiante: “O art. 472, mencionado, refere-se às partes, quando estas são integrais, e quando nos referimos a parte, só devemos fazê-lo se assim forem” (Idem. *Ibidem*, p. 111). A ideia de parte integral é a de que é formada tanto pelo substituto como pelo substituído: nem um nem outro “seriam partes e não o são, isoladamente. Ninguém, por exemplo, pode ser atingido pela decisão da lide se não foi parte na relação jurídica processual, como legitimado ordinário ou se um legitimado extraordinário, por ele, não agiu” (Idem. *Ibidem*, p. 111). Ainda: “Nos casos de legitimidade extraordinária não há coincidência completa entre as partes e os titulares da relação de direito material, como sói ocorrer na generalidade dos processos, nos quais as posições de autor e réu são ocupadas pelos titulares da relação jurídica material. Haveria mencionada ‘coincidência completa’ apenas se os titulares da relação jurídica material figurassem como autor e réu na relação processual” (SILVA, Ricardo Alexandre. Legitimidade extraordinária (substituição processual) no mandado de segurança: interpretação do art. 3º da Lei 12.016/2009. *Revista de Processo*, ano 35, n. 178, dez., 2009, p. 182).

²⁶² ALVIM, T. *O direito processual de estar em juízo*, ob. cit., p. 105.

²⁶³ ALVIM, T. *O direito processual de estar em juízo*, ob. cit., p. 107.

²⁶⁴ Chega-se a falar em “legitimidade autônoma”. É a expressão utilizada por Nelson Nery Jr. e Rosa Nery. Defendem: “A figura da substituição processual pertence *exclusivamente* ao direito singular, e, no âmbito processual, ao *direito processual individual*. [...] Os direitos difusos e coletivos não podem ser regidos pelo mesmo sistema, justamente porque têm como característica a não individualidade. Não se pode substituir *coletividade* ou *pessoas indeterminadas*” (NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008, p. 178). “Em certa medida, o conceito clássico de legitimação extraordinária seria suficiente para explicar a substituição processual quanto aos direitos individuais homogêneos. Para os coletivos e difusos, no entanto, ele não se encaixa perfeitamente, exatamente porque não se consegue determinar com a precisão que seria desejável quem seriam os substituídos” (VIOLIN, Jordão. *Ação coletiva passiva*. Salvador: Ed. JusPodivm, 2008, p. 45). Arenhart e Marinoni utilizam a expressão “legitimidade extraordinária” e “substituição processual” com fim didático, apontando que não se pode simplesmente transportar os institutos do processo civil individual para o âmbito da tutela coletiva. Afirmando: “Quando se pensa em ‘direito alheio’ raciocina-se a partir de uma visão individualista, que não norteia a aplicação da tutela coletiva” (MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C. *Procedimentos Especiais*, ob. cit., p. 309, nota de rodapé 1). Gidi chega a afirmar: “[...] também há que se vislumbrar uma espécie de ‘direito próprio’ dessas entidades [as do art. 5º da LACP e do art. 82 do CDC] a defender os direitos superindividuais em juízo” (GIDI, A. *Cosa julgada e litispendência*..., ob. cit., p. 42).

Para concluir, mencione-se que, Eduardo Arruda Alvim entende que, no caso da substituição processual do art. 6º do CPC, o substituído não pode discutir o resultado do processo em que atuou o substituto, diferentemente do que aconteceria no âmbito coletivo. Por conta dessa diferença, chega a afirmar que por “boa técnica” talvez fosse mais apropriado usar outra denominação para o fenômeno coletivo que não “substituição processual”, para designar institutos distintos, embora assemelhados.²⁶⁵

Porém, já foi visto que a formação ou não de coisa julgada é uma opção legislativa, havendo, portanto, certa margem para o legislador. Não parece que a não formação em determinada hipótese possa descaracterizar o instituto. Aliás, no próprio processo individual há quem questione a adequação de sempre se vincular o substituído²⁶⁶, e, mesmo que em algum caso individual não haja vinculação do substituído, não deixará por isso de ser substituição processual. Neste trabalho, portanto, adota-se a ideia de que o legitimado extraordinário, na ação coletiva de massa, age como substituto processual, no sentido de que é alguém em nome próprio pleiteando direito (alegado) alheio²⁶⁷.

²⁶⁵ ARRUDA ALVIM, Eduardo. Apontamentos sobre o Processo das Ações Coletivas. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (coords.). *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Ed. Quartier Latin do Brasil, 2005, p. 44.

²⁶⁶ Para Moniz de Aragão não se pode ter como regra a de que o substituído fica vinculado ao julgamento proferido em sua ausência. Na verdade, “de duas uma: ou é assegurada a participação no processo, mediante convocação oportuna de todos os que devem ficar futuramente sujeitos à autoridade da coisa julgada que dela emanará, ou esta não os vinculará”. Isso porque fica o titular da relação jurídica material sujeito à coisa julgada sem ter participado do processo é lhe impedir o acesso ao Judiciário (ARAGÃO, E. D. M. de. *Sentença e Coisa julgada...*, ob. cit., p. 301-302). Também, Talamini questiona se a generalização que se faz seria compatível com as garantias constitucionais que embasam a limitação subjetiva da coisa julgada: “com a devida *venia*, há grande risco de afirmações dessa ordem recaírem em simples petições de princípio: o substituído submete-se à coisa julgada porque... foi substituído”. Defende que não se pode vincular o substituído em todo e qualquer caso de substituição. Como apontado anteriormente, o instituto da coisa julgada é, no ordenamento brasileiro, garantia constitucional, cabendo conformá-la infraconstitucionalmente. Nesta tarefa, o legislador deve se pautar por alguns parâmetros constitucionalmente estabelecidos. Assim, afirma que a coisa julgada só deve ser atribuída à sentença proferida em processo que tenha se desenrolado sob o crivo do contraditório, e podendo a imutabilidade somente se dirigir a quem dele participou²⁶⁶. Tal ideia implica não só que por ambas as partes deve ter havido exercício do contraditório, mas também que fazer “imutável uma decisão perante terceiro, que não teve oportunidade de participar do processo em que ela foi proferida, afrontaria não apenas a garantia do contraditório, como também o devido processo legal e a inafastabilidade da tutela jurisdicional” (TALAMINI, E. *Coisa julgada...*, ob. cit., p. 53). Se a vinculação generalizada não seria adequada, violadora de garantias constitucionais, entende, porém, que pode haver hipóteses de possível extensão da coisa julgada, desde que obedecidos alguns critérios: a) quando o sujeito poderia ter exercido a ação e não o fez (seria uma forma menos grave do que a perda do direito ou da pretensão pelo decurso do tempo); ou b) se o substituído tinha ou deveria ter ciência do processo em que se operou a substituição; e c) sobretudo em (b), se tinha a possibilidade de, querendo, participar do processo como assistente (TALAMINI, E. *Coisa julgada...*, ob. cit., p. 114).

²⁶⁷ Não obstante a discussão acerca da natureza da legitimação para ações relativas a direitos difusos e coletivos, aqui se tem que diferenciar as hipóteses de tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos, pois neste caso parece possível afirmar que o direito é alheio, que pertence a outrem. Conforme Nelson Nery Jr. e Rosa Nery, relativamente a direitos essencialmente coletivos, a legitimidade é autônoma. Porém, “quando a lei legitima, por exemplo, o MP, *abstratamente*, para defender direitos individuais homogêneos (CF 127 *caput* e 129 IX; CDC 1.º e 82 I), o *Parquet* age como substituto processual, porque substitui pessoas *determinadas* (NERY JR., N.; NERY, R. M. de A. *Código de processo civil...*, p. 179).

PARTE II

COISA JULGADA “COLETIVA”

1. Apontamentos iniciais

1.1 “Coisa julgada coletiva”: um novo instituto?

Aluisio de Castro Mendes coloca que os institutos da litispendência e da coisa julgada,

[...] sob o prisma tradicional, estão intimamente relacionados à condição de parte no processo. Isso porque a identificação da ação [...] é feita a partir da confrontação das partes, da causa de pedir e do pedido. E, ainda que não esteja em discussão o ajuizamento de novo feito, a ensejar a ausência de coisa julgada ou de litispendência, como pressupostos processuais negativos, os jurisdicionados precisam saber sobre os limites subjetivos dos efeitos do julgamento. Só assim poderão descobrir quem está ou não vinculado à decisão proferida.²⁶⁸

Complementa que, considerando a legitimidade concedida a determinados entes para propor a ação coletiva, “a matéria há que encontrar disciplinamento diverso em sede de tutela coletiva”. Inclusive, não teria “sentido em falar de proteção coletiva, com o escopo de ampliar o acesso à Justiça e produzir efetiva economia processual, se as coisas permanecessem exatamente como antes, ou seja, com decisões que vinculassem apenas as partes formais do processo”.²⁶⁹

Nelson Nery Jr. é bastante claro:

O sistema tradicional da coisa julgada foi substancialmente alterado pelo CDC, em razão da necessidade de tutelar-se de outra forma os direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Isto porque os institutos ortodoxos do direito processual não mais atendem a realidade atual, de sorte que se deve abandonar a tratativa processual fulcrada no individualismo do início do século.²⁷⁰

Rodrigo Mancuso aponta que, por não existir um *código processual coletivo* propriamente dito, muitas vezes surge a necessidade de se transportar, da “jurisdição singular” para a coletiva, diferentes categorias processuais, carecendo de atenção o modo como são

²⁶⁸ MENDES, A. G. de C. *Ações Coletivas...*, ob. cit., p. 273.

²⁶⁹ MENDES, A. G. de C. *Ações Coletivas...*, ob. cit., p. 273-274.

²⁷⁰ NERY JR, N. *O Processo Civil no Código...*, ob. cit., p. 34-35.

transportadas, visto, sobretudo, que os dois planos jurisdicionais teriam pressupostos e finalidades distintos. Especificamente em relação à coisa julgada, afirma que o sistema de eficácia subjetiva no plano individual não pode ser empregado no coletivo, pois, não havendo conflito intersubjetivo com partes específicas, não se pode restringir a imutabilidade às partes.²⁷¹

Segundo Mancuso, o que deve acontecer é, no âmbito coletivo, tal eficácia “se expandir até onde se estendam os contornos do interesse metaindividual judicializado, desde que, naturalmente, o interesse da coletividade ou da categoria esteja adequadamente representado por um agente para tal credenciado”. Ademais, considerando haver vários subtipos de interesses metaindividuais, seria inevitável existirem diferentes tratamentos da coisa julgada, conforme o caso. Assim, para ele, é necessário “dessacralizar” a coisa julgada, “devendo se reconhecer a *inevitabilidade da expansão extra-autos de sua eficácia* – em maior ou menor grau – como condição para a operacionalidade do comando produzido”.²⁷²

Por fim, nas palavras de Gidi, “Muitos problemas na aplicação do direito seriam causados se fizéssemos o ‘transplante’ puro e simples – sem as necessárias adaptações – do regime jurídico da coisa julgada nas ações individuais para as ações coletivas”. Para ele, a principal peculiaridade da coisa julgada nas ações coletivas seria, justamente, a necessidade de, diferentemente de como se dá no âmbito individual, delimitar quem terá sua esfera atingida pela imutabilidade do comando da sentença (“eficácia da coisa julgada”).²⁷³

Pelas exposições acima, nota-se que é frequente a rejeição da adoção do regime “tradicional” da coisa julgada na seara coletiva²⁷⁴. Embora a questão tenha sido exposta de maneira bastante genérica, inclusive sem diferenciar o caso que trata de direitos verdadeiramente coletivos e de individuais coletivizados, já foi possível ter uma ideia do cenário. Porém, seria o regime da coisa julgada verdadeiramente diferente? Devemos falar que hoje existe outra coisa julgada, a “coisa julgada coletiva”?

Pode haver alguns aspectos disciplinados de maneira diversa, o que, de certa forma e até certo ponto, encontra-se dentro da margem de escolha do legislador, considerando o que

²⁷¹ MANCUSO, R. de C. *Jurisdição coletiva...*, ob. cit., p. 99-100.

²⁷² MANCUSO, R. de C. *Jurisdição coletiva...*, ob. cit., p. 100-101.

²⁷³ GIDI, A. *Coisa julgada e litispendência...*, ob. cit., p. 57-58.

²⁷⁴ É de se citar, ainda: O modelo tradicional da coisa julgada “não se prestaria satisfatoriamente a disciplinar a tutela jurisdicional dos direitos meta-individuais, eis que, tanto no plano subjetivo como no objetivo, os paradigmas são profundamente distintos” (VENTURI, E. *Processo Civil Coletivo...*, ob. cit., p. 379); e “Assim, ampliou-se a legitimidade para a defesa desses interesses. Mais isso ainda não era suficiente. Era indispensável alterar os limites subjetivos da *res judicata*, sob pena de tornar-se inócua aquela ampliação da legitimidade *ad causum*” (DINAMARCO, P. da S. *Ação civil pública*, ob. cit., p. 99).

foi dito anteriormente²⁷⁵. Porém, não deixa de ser *coisa julgada*. Na verdade, já é “lugar comum dizer que a coisa julgada do processo civil tradicional não pode ser aplicada aos processos coletivos”²⁷⁶, e lugares-comuns precisam ser refletidos, não simplesmente repetidos.

1.2 Alguns possíveis regimes na esfera coletiva

Gidi entende que a adequação do instituto deve ter em vista dois aspectos em relação às consequências práticas de se estender ou não a imutabilidade a terceiros: primeiro, se a ação coletiva inviabilizasse as ações individuais, estar-se-iam violando direitos individuais (o que poderia ser inconstitucional por violação de garantias, tais como do contraditório, da ampla defesa e da inafastabilidade do controle jurisdicionais das lesões ou ameaças de lesão) e abrindo brecha para uma fraude organizada para prejudicar estes terceiros; segundo (e por outro lado), se não houvesse a extensão da imutabilidade, ações semelhantes se multiplicariam desnecessariamente, emperrando ainda mais o Judiciário, inviabilizando a efetiva prevenção ou reparação de danos, e possibilitariam a existência de decisões contraditórias por todo o país – “Afim, se após o trânsito em julgado da sentença coletiva qualquer interessado precisasse discutir novamente o litígio em outro processo para obter uma tutela do seu direito, de nada teria servido a propositura da ação coletiva”²⁷⁷.

Tendo em vista estes dois aspectos ligados às consequências práticas, já internacionalmente a doutrina procurou algumas soluções. Dentre elas, Gidi aponta quatro.

Tem-se, por exemplo, aquela de se considerar a imutabilidade estendida a todos os interessados, de modo que, se fosse o caso de procedência, todos seriam beneficiados, e, se de improcedência, todos também seriam afetados, podendo os que se sentirem prejudicados propor uma ação rescisória para afastar a imutabilidade do comando da sentença.²⁷⁸

Uma segunda solução se deu nos Estados Unidos, particularmente com a experiência jurisprudencial da *class action*: é atingido pela autoridade da coisa julgada aquele que for

²⁷⁵ V. (I)3.1.1, supra.

²⁷⁶ GIDI, A. *Rumo a um código de processo civil coletivo*: a codificação das ações coletivas do Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 293.

²⁷⁷ GIDI, A. *Coisa julgada e litispendência...*, ob. cit., p. 59-61. Didier Jr. e Zaneti Jr. lembram que a discussão sobre a coisa julgada coletiva é concentrada em dois aspectos. Primeiro, “o risco de interferência injusta nas garantias do indivíduo titular do direito subjetivo, que poderia ficar sujeito à ‘imutabilidade’ de uma decisão da qual não participou” e “o risco de exposição indefinida do réu ao Judiciário” (DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*: processo coletivo. Vol. 4. 4ª. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2009, p. 355).

²⁷⁸ GIDI, A. *Coisa julgada e litispendência...*, ob. cit., p. 61.

“adequadamente representado” em juízo, independentemente do resultado (se de procedência ou não). A rigor, segundo Gidi, havendo representação no processo, não se pode falar propriamente em terceiro, de modo que a pessoa seria atingida pela coisa julgada *inter partes*, não por suposta extensão da imutabilidade a quem não participou da discussão.²⁷⁹

A terceira solução foi defendida por Álvaro Luiz Valery Mirra²⁸⁰ no Brasil: seria o caso de, em exposto dispositivo legal, excluir a existência de coisa julgada nas ações coletivas, pois o que deveria haver é a extensão *erga omnes* dos efeitos da sentença, sem sua imutabilidade, seja em relação a terceiros, seja em relação às partes. A única coisa julgada formada seria a formal.²⁸¹

Por fim, a quarta solução apontada seria a da formação da coisa julgada *secundum eventum litis*²⁸², estendendo a imutabilidade apenas *in utilibus*, isto é, apenas para beneficiar os terceiros interessados. Assim, se o julgamento é de procedência, a imutabilidade é estendida, beneficiando todos os interessados; se de improcedência, sendo desfavorável aos interesses da coletividade, não há extensão, não prejudicando quem não participou do processo como parte. Ainda, no caso de improcedência, a única coisa julgada formada seria para impedir a propositura da mesma demanda coletiva e em detrimento dos interesses superindividuais.²⁸³

No Brasil, a doutrina em geral afirma que foi este último o modelo adotado. Fala-se que tanto em relação aos direitos essencialmente coletivos como quanto aos de massa a coisa julgada seria *secundum eventum litis*, com extensão apenas para beneficiar aqueles que não participaram do processo.

Por ora, mantenha-se esta ideia simplificada. Inicialmente, convém verificar como se dá o funcionamento do instituto em relação às ações para tutela de direitos difusos e coletivos em sentido estrito, a partir do que posteriormente será possível analisar se há diferenças em relação ao regime relativo aos direitos individuais homogêneos e se e em que medida o lugar-comum antes mencionado se confirma.

²⁷⁹ GIDI, A. *Coisa julgada e litispendência...*, ob. cit., p. 61-62.

²⁸⁰ Em análise dos direitos transindividuais, v. MIRRA, Álvaro Luiz Valery. A coisa julgada nas ações para tutela de interesses difusos. *Revista dos tribunais*, vol. 631, ano 77, mai-1988, p. 78-79.

²⁸¹ GIDI, A. *Coisa julgada e litispendência...*, ob. cit., p. 65-66.

²⁸² Pedro Dinamarco explica que “A doutrina internacional há algumas décadas reclamava a necessidade de se criar um sistema diferenciado de coisa julgada, rompendo completamente com tudo o que havia sido solidificado, nos sistema da *civil law*, durante séculos, desde o direito romano”. A doutrina italiana passou “a reivindicar a coisa julgada *secundum eventum litis*, ou seja, dependendo do resultado do processo, a sentença irrecorrível poderia ser imutável ou não, vinculando os titulares do direito material em discussão” (DINAMARCO, P. da S. *Ação civil pública*, ob. cit., p. 99).

²⁸³ GIDI, A. *Coisa julgada e litispendência...*, ob. cit., p. 66.

1.3 Coisa julgada e direitos essencialmente coletivos: uma breve referênci

1.3.1 Formação condicional da coisa julgada

No caso de ações que tenham como objeto a proteção de direitos difusos ou coletivos, determina o CDC (art. 103, I e II)²⁸⁴ que a coisa julgada será sempre “*erga omnes*” ou “*ultra partes*”, respectivamente. A única exceção é na improcedência por insuficiência de provas.

A Lei da Ação Popular, art. 18, já previa o mesmo regime: “A sentença terá eficácia de coisa julgada oponível ‘*erga omnes*’, exceto no caso de haver sido a ação julgada improcedente por deficiência de prova; neste caso, qualquer cidadão poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova”, bem como a Lei da Ação Civil Pública, art. 16, na redação original: “A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, exceto se a ação for julgada improcedente por deficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova”²⁸⁵.

Realmente há uma inovação em sede coletiva. É a comumente denominada formação da coisa julgada “*secundum eventum litis*”²⁸⁶. Considerando que a coisa julgada é antes uma opção política do que algo natural ou intrínseco à atividade jurisdicional²⁸⁷, a escolha pela não formação de coisa julgada quando há julgamento de improcedência por falta de provas nada mais é do que uma evidência disso, ou seja, no caso da tutela dos direitos essencialmente coletivos, talvez em vista da relevância desses “novos direitos”, optou-se explicitamente por não haver coisa julgada quando do insucesso probatório do legitimado.²⁸⁸

Conquanto a expressão seja usual na doutrina, a rigor, a formação da coisa julgada não seria *secundum eventum litis*, mas *secundum eventum probationis*, pois não depende

²⁸⁴ “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 insuficiência 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”.

²⁸⁵ Dispositivo em sua redação original. Sofreu alterações pela Lei 9.494/1997.

²⁸⁶ “Já a coisa julgada, no Código do Consumidor, é *secundum eventum litis* (hipótese dos incs. I e II do art. 103)” (ARRUDA ALVIM, Eduardo. *Apontamentos...*, ob. cit., 2005, p. 33).

²⁸⁷ V. (I)3.1.1, supra.

²⁸⁸ Nesse sentido: “Como vimos, a formação de coisa julgada não é absolutamente necessária em todos os casos; é apenas uma decisão política do legislador para evitar a indesejada perpetuação dos litígios. Nesses casos de ações coletivas, todavia, em vista das suas próprias peculiaridades, parece que a ‘perpetuação’ não se torna tão indesejável, desde que se ressalve a necessidade de apresentação de novo material probatório a autorizar a sua reposição” (GIDI, A. *Coisa julgada e litispendência...*, ob. cit., p. 120).

simplesmente do resultado da demanda (se de procedência ou não), mas se houve sucesso na produção das provas ou não²⁸⁹. Nesse sentido, explica Arenhart que

[...] apenas a sentença que houver julgado a demanda, de maneira plenária (com base em todas as provas atinentes ao conflito), é que terá a condição de operar coisa julgada material. Quando o legislador afirma que não há coisa julgada material quando a prova é insuficiente, há ruptura com o princípio (que é uma ficção necessária) de que a plenitude do contraditório é bastante para fazer surgir cognição exauriente. [...] É correto afirmar, portanto, que – nas ações que tutelam direitos transindividuais – pode haver sentença de improcedência com carga declaratória insuficiente para a produção de coisa julgada material. Nas ações coletivas que tutelam direitos transindividuais, assim, a sentença de improcedência de cognição exauriente e a sua consequência, que é a formação de coisa julgada material, ocorrem, mais precisamente, *secundum eventum probationis*, ou seja, conforme o sucesso da prova”.²⁹⁰

Para além disso, a inovação envolve algumas controvérsias. Podem-se indicar, por exemplo, três questionamentos: O mesmo legitimado pode repropor a demanda? Precisa ter o primeiro juiz dito expressamente que a improcedência se deu por insuficiência probatória? O que é prova nova a que se referem os dispositivos?

Em primeiro lugar, já se pode responder que qualquer legitimado, o que inclui o da primeira demanda, poderá ajuizar a outra ação com os mesmos fundamentos e pedidos da anterior, já que não houve formação de coisa julgada material.²⁹¹ A própria redação dos dispositivos é bastante clara. Os incisos I e II dizem “qualquer legitimado”, não “qualquer *outro* legitimado”, isto é, não fazem qualquer ressalva a quem pode repropor a demanda coletiva.

Quanto ao segundo questionamento, há quem afirme que o magistrado expressamente tem de mencionar na sentença que julgou improcedente a demanda devido à insuficiência probatória ou, ao menos, essa razão deve ser inequivocamente auferível da decisão. Para quem assim entende, afastar a coisa julgada, no caso de improcedência sem ser evidente ou mencionada a razão de insuficiência probatória, só seria possível por meio da ação rescisória,

²⁸⁹ Talvez se possa falar em formação *secundum eventum litis e probationis*: dependendo do resultado do processo (se procedência ou improcedência), a coisa julgada se formará conforme a suficiência ou não da instrução probatória. Não seria simplesmente *secundum eventum probationis* porque não há falar em não formação de coisa julgada na procedência por falta de provas, hipótese que não é esdrúxula como à primeira vista pode parecer – basta lembrar, por exemplo, que o ônus da não prova não recai sempre sobre o autor, mas também em relação ao réu (art. 333 do CPC), sem contar as possibilidades de modificação de tal regime.

²⁹⁰ ARENHART, S. C. *Perfis...*, ob. cit., p. 411-412. V. também, GIDI, A. *Coisa julgada e litispendência...*, ob. cit., p. 116-125. Especificamente quanto à cognição, afirma: “O magistrado não se exime de julgar a ação coletiva em sua plenitude; muito pelo contrário, julga-a improcedente porque não restou cabalmente comprovada a ilicitude ou a existência da conduta do fornecedor. Até mesmo para invocar a insuficiência de provas o magistrado deve exercer cognição plena e exauriente” (Idem. *Ibidem*, p. 122).

²⁹¹ ARENHART, S. C. *Perfis...*, ob. cit., p. 409-412.

quando cabível.²⁹²

Segundo Gidi, esse entendimento tem como pressuposto a formação de coisa julgada como regra, isto é, apenas quando ficasse evidente ou declarada a falta de provas é que a improcedência não desembocaria em coisa julgada. Entretanto, também há a posição inversa, daqueles que tomariam como regra a não formação de coisa julgada, a não ser que o juiz dissesse expressamente que não acolheu a pretensão do autor porque os argumentos do réu foram convincentes, não porque não houve provas suficientes.²⁹³

Esses dois posicionamentos levariam em consideração um critério *formal* de identificação da sentença de improcedência por falta de provas, pois a preocupação é “muito mais com o que está consignado na decisão do que com a realidade dos fatos”; muitas vezes, o juiz entende infundada a pretensão justamente por causa de incompetência probatória cumulada com uma deficiente argumentação para afastar as provas e os argumentos da parte contrária.²⁹⁴ Nesse sentido,

Não é o juiz do caso quem está mais habilitado a dizer se ele mesmo dispunha, ou não, de material probatório suficiente para formar o seu convencimento. A realidade dos fatos sempre fica obscurecida quando quem quer conhecê-la dela faz parte. Não é por outro motivo que o julgador deve ser, sempre, um “terceiro desinteressado”, alheio à lide. Enfim, não deixa de estar julgando por insuficiência de provas o magistrado que, equivocadamente, pensa estar diante de todo o material probatório disponível para aquele caso concreto.²⁹⁵

Gidi propõe então que o critério de identificação da improcedência por insuficiência probatória seja *substancial*: se algum legitimado repropuser a demanda apresentando novo material probatório, isso já evidencia a falta de provas no processo anterior, de modo que, “sempre que houver discordância sobre questão de fato, em tese é possível repropor a demanda com prova mais convincente”. Exemplificando, Gidi usa a ação coletiva para defesa do meio ambiente em que o magistrado pode se convencer de que um produto não é nocivo, e depois se descobrir, com o desenvolvimento tecnológico, a alta nocividade da substância.

²⁹² Cf. explica GIDI, A. *Coisa julgada e litispendência...*, ob. cit., p. 129-130. Adota o entendimento mais restritivo Arruda Alvim: “É certo que se julgar improcedente, *sem referência na fundamentação à insuficiência de prova, nem pela circunstância de vir a aparecer nova prova, terá cabimento outra ação coletiva. Poder-se-á, nesse caso, se a decisão de improcedência houvesse de ter sido proferida por insuficiência de prova, cogitar do cabimento da ação rescisória, tendo em vista o disposto no art. 485, inc. V, do CPC c/c o art. 103, inc. I, do CDC*” (ARRUDA ALVIM. Notas sobre a coisa julgada coletiva. *Revista de Processo*, ano 22, n. 88, p. 31-57, out./dez, 1994, p. 34, nota de rodapé 3). “A improcedência por insuficiência de provas deverá constar ou, ao menos, defluir da fundamentação da sentença” (ARRUDA ALVIM. Notas sobre a coisa julgada..., ob. cit., p. 37).

²⁹³ GIDI, A. *Coisa julgada e litispendência...*, ob. cit., p. 130.

²⁹⁴ GIDI, A. *Coisa julgada e litispendência...*, ob. cit., p. 133.

²⁹⁵ GIDI, A. *Coisa julgada e litispendência...*, ob. cit., p. 133.

Essa descoberta, assim, demonstraria que a improcedência anterior aconteceu devido à falta de provas.²⁹⁶

De todo modo, embora não haja formação de coisa julgada, como determina o código expressamente, é necessária a existência de *prova nova* para o reajustamento da demanda. Sendo isso um critério de admissibilidade²⁹⁷, o autor desde logo, na petição inicial, deve indicar a sua intenção de produzir a prova nova, de modo que o juiz possa se convencer da novidade da prova e vislumbrar a possibilidade de julgamento diverso (procedência). Se não for este o caso, Gidi aponta que a inicial deve ser indeferida liminarmente, extinguindo-se o processo sem julgamento de mérito, com fundamento na falta de interesse de agir.²⁹⁸

Para concluir, prova nova é qualquer uma não produzida no processo anterior e que tem a potencialidade²⁹⁹ de gerar decisão diversa, não sendo necessário, porém, que sozinha enseje a procedência, isto é, a decisão diversa pode surgir do conjunto probatório anterior juntamente com a nova prova apresentada³⁰⁰. De maneira geral, pode-se dizer que há prova nova capaz de reabrir a discussão e possibilitar o rejuízo da causa em três hipóteses: prova surgida depois da conclusão do processo, prova não conhecida pela parte anteriormente ou prova de impossível acesso ao tempo da primeira demanda³⁰¹.

²⁹⁶ GIDI, A. *Coisa julgada e litispendência...*, ob. cit., p. 134. Note-se que, se adotado o entendimento de que não precisa haver pronunciamento expresso nem menção indireta, na prática, em boa parte dos casos em que a ação for julgada improcedente, a formação de coisa julgada *secundum eventum probationis* equivalerá simplesmente à *secundum eventum litis*: o réu fica sem saber se a discussão poderá ou não ser reaberta, dependendo da apresentação pelo autor (ou demais legitimados) de “prova nova”.

²⁹⁷ Para Teresa Wambier, porém, essa prova nova não seria tão somente um critério de admissibilidade sem que tenha antes havido formação de coisa julgada: “Mas parece-me que, em relação aos legitimados, nesse caso, a sentença produz efeitos declaratórios negativos *eventualmente provisórios* do direito postulado, uma vez que estes somente poderão mover nova ação com o mesmo objeto ou causa de pedir se fundada em nova prova. Por isso que, a rigor, a sentença nestes casos produz coisa julgada, ainda que *secundum eventum probationis*. Ou seja: nenhum dos legitimados referidos no art. 82 do CPC poderá propor ação idêntica, quando fundada *na mesma prova que, na primeira ação, deu ensejo à improcedência do pedido*” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Litispendência em ações coletivas*. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (coords.). *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Ed. Quartier Latin do Brasil, 2005, p. 282, nota de rodapé 5). Para ela, portanto, não a formação ou não de coisa julgada seria *secundum eventum probationis*, mas a coisa julgada formada é que seria *secundum eventum probationis* (se forma, mas apenas nos limites das provas produzidas).

²⁹⁸ GIDI, A. *Coisa julgada e litispendência...*, ob. cit., p. 135-136. Não seria em virtude de coisa julgada, pois ela não se forma na insuficiência de provas; não por impossibilidade jurídica do pedido, pois não há vedação no ordenamento; tampouco por ilegitimidade, pois qualquer um dos legitimados do art. 82 podem propor a ação coletiva (Idem. *Ibidem*, loc. cit.).

²⁹⁹ Assim: “Quanto ao juiz, deve fazer um juízo provável, pois a certeza desse aspecto só virá com a produção da prova propriamente dita, cujo momento é preso à fase instrutória, salvo se se tratar de prova documental (art. 284 do CPC)” (RODRIGUES, Marcelo Abelha; KLIPPEL, Rodrigo. *Comentários à Tutela Coletiva (Lei de Ação Civil Pública, Código de Defesa do Consumidor e Lei de Ação Popular)*: Doutrina, jurisprudência e questões de concurso. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 103).

³⁰⁰ GIDI, A. *Coisa julgada e litispendência...*, ob. cit., p. 136-137.

³⁰¹ ARENHART, S. C. *Perfis...*, ob. cit., p. 410-411. Ainda, há quem afirme: “a nova prova não é necessariamente a que surge após o trânsito em julgado do processo anterior, sendo, pois, a *prova que não foi produzida na ação anterior*, o que leva a crer que já poderia existir desde quando tramitava a demanda anterior.

1.3.2 Coisa julgada “*erga omnes*” ou “*ultra parte*”

Entendida a hipótese de não formação da coisa julgada quando da improcedência por insucesso probatório, cabe saber, enfim, o que se quer dizer quando previsto que a sentença “fará coisa julgada” *erga omnes* ou *ultra partes*.

Reconhece parte da doutrina que, a rigor, os incisos I e II do art. 103, com a referência a “*erga omnes*” e “*ultra partes*”, não tratam de coisa julgada propriamente dita. Não seria a *coisa julgada* oponível a todos ou para além das partes, mas os efeitos da sentença³⁰². Teria o legislador confundido os efeitos da sentença com a coisa julgada³⁰³.

Todavia, prever que os efeitos atingem todas as pessoas é inútil, pois são eles sempre oponíveis a todos. Por outro lado, sequer é necessário que a própria coisa julgada atinja todos os integrantes da coletividade, grupo, classe, etc. Não é possível, *a priori*, determinar se e quais terceiros são atingidos pelos efeitos de uma decisão – a eficácia é *erga omnes* e podem ser produzidos efeitos reflexos. Os atingidos pelos efeitos da sentença não poderão afastar seus efeitos não em razão da coisa julgada: quem sofre efeito de uma sentença pode discuti-lo em juízo sempre que tiver interesse e legitimidade para tanto.³⁰⁴ Como no caso dos direitos essencialmente coletivos não há uma titularidade específica nem é divisível o direito, as pessoas não poderiam nunca propor a mesma demanda coletiva. Exceto no caso de ação popular, tendo aí o cidadão legitimidade para propor demanda coletiva, só poderão pretender afastar eventual prejuízo na existência de efeito reflexo.

A rigor, quem é atingido pela coisa julgada é o titular do direito, que será a comunidade ou a coletividade, conforme se trate de direito difuso ou coletivo, e ninguém mais poderá discutir o caso. Isso não se dá em razão de o CDC falar em coisa julgada “*erga omnes*” ou “*ultra partes*”, mas da própria operação normal do instituto. A coletividade e a comunidade, pode-se dizer, são um conjunto “*sui generis*”, não se confundindo com a soma dos seus membros. A titularidade do direito não é da soma de todos os membros da comunidade ou coletividade, de modo que cada membro, individualmente falando, não pode ser considerado titular do direito, não sendo afetado, assim, pela coisa julgada nem tendo

Mais do que isso, a prova pode ter sido até mesmo postulada e indeferida no processo anterior” (RODRIGUES, M. A.; KLIPPEL, R. *Comentários à Tutela Coletiva...*, ob. cit., p. 101).

³⁰² Em sentido diverso, entendendo que é mesmo a coisa julgada que atinge todos os membros do grupo, coletividade, etc., pois “a situação jurídica litigiosa é coletiva”, v. DIDIER JR., F.; ZANETI JR., H. *Curso...*, v. 4, p. 170.

³⁰³ Nessa direção: GRECO FILHO, Vicente. Comentários aos arts. 101 a 104. In: OLIVEIRA, Juarez de. (Org.). *Comentários ao código de proteção ao consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 36.

³⁰⁴ V. (I)3.3.2.2, supra.

legitimidade para levar a pretensão coletiva a juízo³⁰⁵.

Conforme Arenhart,

[...] 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 coletividade ou ao menos, a um plexo indeterminado de sujeitos) podem expor em juízo apenas uma única relação jurídica material (ou melhor, uma única pretensão de direito 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 dos direitos, com autorização legal para agirem em nome destes.³⁰⁶

Para exemplificar, Gidi menciona uma ação coletiva para retirada do ar de uma propaganda supostamente enganosa. Se, com suficiência probatória, o juiz entende não ter nada de enganoso, há coisa julgada em relação ao titular do direito coletivo; “o seu pedido já não poderá ser formulado para a tutela de direito superindividual e indivisivelmente considerado. Este já está, definitivamente (salvo ação rescisória), acobertado pelo manto da coisa julgada coletiva”, não sendo, assim, possível que se peça para a propaganda sair do ar.³⁰⁷

Percebe-se, desse modo, que os incisos I e II do art. 103 do CDC nada trazem de novidade ao mencionar que a coisa julgada é “*erga omnes*” ou “*ultra partes*”³⁰⁸. O mesmo fenômeno acontece tanto para direitos difusos como para os coletivos em sentido estrito³⁰⁹.

³⁰⁵ Defendendo a imutabilidade como decorrente da falta de legitimidade, sendo que quanto aos demais legitimados, haveria coisa julgada *ultra partes*, impeditiva de nova demanda coletiva, a não ser na hipótese de insuficiência por falta de provas: DINAMARCO, P. da S. *Ação civil pública*, ob. cit., p. 101.

³⁰⁶ ARENHART, S. C. *Perfis...*, ob. cit., p. 410. Também entendendo que o atingido não é o legitimado, Thereza Alvim: “[...] as pessoas enumeradas no art. 5º [da LACP], nunca serão atingidas pela coisa julgada coletiva, eis que a vedação de repropósito da mesma ação não encontra seu fundamento nesse instituto, porém, no simples fato de que uma vez exercida a ação coletiva, pela coletividade, outra não poderá sê-lo por não caber mais à mesma coletividade o direito de ação coletiva já exercido”, a não ser na hipótese de improcedência por falta de provas (ALVIM, T. *O direito processual de estar em juízo*, ob. cit., p. 118 e 121).

³⁰⁷ GIDI, A. *Coisa julgada e litispendência...*, ob. cit., p. 116-117. O indivíduo, evidentemente, só poderá ajuizar uma demanda individual. Como já salientado, seguindo no exemplo, a impossibilidade de o indivíduo pedir a retirada do ar da propaganda por configurar conduta ilícita *não decorre da coisa julgada*, mas da sua falta de legitimidade *ad causam*, isto é, é parte ilegítima para levar a juízo uma pretensão como essa. A pessoa, individualmente considerada, não só não é titular do direito difuso violado com a publicidade enganosa, não tendo legitimidade ordinária para buscar a proteção de tal direito (art. 6º do CPC), como também não é legitimado extraordinariamente para tanto pela legislação processual de tutela coletiva.

³⁰⁸ É o que sustenta ARENHART, S. C. *Perfis...*, ob. cit., p. 409-410. Afirma: em relação àqueles não contemplados no art. 82 do CDC e art. 5º da LACP, “a imutabilidade da decisão não decorre da coisa julgada, mas sim, apenas, da impossibilidade concreta que têm de discutir judicialmente a questão, por falta de legitimidade para agir” (Idem. *Ibidem*, p. 410).

³⁰⁹ Na verdade, a própria distinção entre direitos difusos e coletivos é criticada por parte da doutrina. Gidi, por exemplo, afirma que deveria haver somente uma bipartição, para diferenciar direitos transindividuais e direitos individuais homogêneos, isto é, sem divisão interna dos transindividuais entre o que é difuso e o que é coletivo (GIDI, A. *Rumo a um código...*, ob. cit., p. 215). Acrescenta: “Fazer distinção entre direito difuso e coletivo é tão

Em ambos os casos, à parte a não formação de coisa julgada na improcedência por insuficiência de provas, será o titular do direito o atingido pela coisa julgada material.³¹⁰

inútil para o direito quanto fazer a distinção entre filho legítimo e ilegítimo ou natural e adotivo” (Idem. Ibidem, p. 219).

³¹⁰ “[...] no processo coletivo, excetuando a já aludida coisa julgada *secundum eventum probationis*, o regime não é diferente daquele que incide no âmbito da tutela individual: os efeitos da sentença e a extensão da coisa julgada produzem-se normalmente, seja na hipótese de acolhimento da pretensão, seja na de rejeição, e obstam à propositura de outra ação coletiva que tenha idênticos elementos objetivos (*causa petendi e petitum*)” (CRUZ E TUCCI, José Rogério. Limites subjetivos e eficácia da sentença e da coisa julgada. In DUARTE, Bento Herculano; DUARTE, Ronnie Preuss (coords.). *Processo Civil: aspectos relevantes*, v.2. São Paulo: Método, 2007, p. 388).

2. Vinculação dos participantes e colegitimados

Aqui, adentra-se a análise da coisa julgada em relação aos direitos individuais homogêneos. Será ela feita tendo em vista o “regime geral”, especialmente nos termos do art. 103, III, do CDC: “Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada [...] 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”.

2.1 Formação ou extensão erga omnes?

O entendimento por alguns adotado é o de que o dispositivo não significa que, na improcedência, não haja formação de nenhuma coisa julgada. A diferença, em relação ao “processo civil individual” seria a de, na hipótese de procedência, haver formação *erga omnes* ou expansão *erga omnes* da coisa julgada formada. No caso de julgamento desfavorável, haveria apenas “coisa julgada *inter partes*”, como ocorre normalmente.

Arruda Alvim, tratando do inciso III do art. 103 do CDC, afirma que, no caso de improcedência, ocorre

[...] a não-qualificação da coisa julgada *erga omnes*, rigorosamente entendida, isto é, no seu sentido *próprio e como tal existente no processo tradicional*, qual seja, o de que abrangeria todas as pessoas da coletividade, *com situação individual subsumível àquela que tenha, ainda que em “linguagem coletiva”, retratada na ação coletiva.*³¹¹

Para Ada Pellegrini Grinover, a coisa julgada atua *erga omnes*, mas para beneficiar, não para, no caso de improcedência, prejudicar aqueles que não intervieram no processo. Foi necessária a expressa exclusão legal (“apenas no caso de procedência do pedido”, art. 103, III, CDC), pois, conforme seu entendimento, considerando a continência entre as ações individuais e a coletiva, relativamente ao objeto e aos autores, poderia haver extensão irrestrita da coisa julgada, em prejuízo das demandas individuais. “Pelo contrário, o Código do Consumidor inova, pela adoção da extensão subjetiva do julgado *secundum eventum litis*”.³¹²

Gidi defende a compreensão do inc. III em interpretação conjunta com o §2º do art. 103 do CDC. Quando improcedentes os pedidos, segundo afirma, haveria formação da coisa

³¹¹ ARRUDA ALVIM. Notas..., ob. cit., p. 41.

³¹² GRINOVER, A. P. Das Ações Coletivas..., ob. cit., p. 933-934.

julgada, mas sem prejudicar as vítimas e sucessores que não participaram do processo coletivo em litisconsórcio. Cada lesado pode então propor sua ação individual e, ainda que com o mesmo material probatório, conseguir a procedência do seu pedido.³¹³

Na hipótese de julgamento favorável, ainda para Gidi, aconteceria fenômeno semelhante ao transporte da coisa julgada relativa aos incisos I e II do art. 103. Haveria a extensão *in utilibus* para beneficiar as vítimas e seus sucessores. O transporte da coisa julgada seria, assim, como em qualquer outra ação coletiva para tutela de direito essencialmente coletivo, sempre para beneficiar os sujeitos individuais³¹⁴. Seria *secundum eventum litis* não propriamente a formação da coisa julgada, mas a extensão *in utilibus*.³¹⁵

Porém, na lógica de que haveria, na improcedência, a formação de uma coisa julgada “*inter partes*”, vinculando quem participou do processo, seria necessário falar em coisa julgada para estes terceiros titulares (seja pela formação da “coisa julgada *erga omnes*”, seja pela “expansão *erga omnes*” da “coisa julgada *inter partes*” formada)?

Por um lado, se os substituídos ajuizassem uma demanda visando à mesma vantagem, haveria evidente falta de interesse processual, não sendo necessária coisa julgada. Os titulares já seriam atingidos pelos efeitos diretos da sentença, independentemente de qualquer imutabilidade para eles.

Por outro, se a grande preocupação do CDC é em relação ao réu (para ele não se esquivar do que ficou decidido)³¹⁶, é de se questionar se a ideia adotada neste trabalho, de que a coisa julgada é imutabilidade *para* as partes (não simplesmente *entre* as partes) já não seria suficiente para, no caso de procedência (considerando a formação de coisa julgada para quem participou do processo, como o fazem os autores acima mencionados), não se necessitar de nenhuma extensão subjetiva para atingir os titulares do direito. Imagine-se: a ação coletiva tem julgamento de procedência e o réu, descontente, tenta afastar os efeitos benéficos aos titulares do direito, terceiros em relação ao processo e, por isso, não vinculados pela coisa julgada. O réu estaria impedido de fazê-lo, porque participou do processo e resta vinculado à declaração por conta da coisa julgada formada para as partes. Assim, o titular do direito poderia opor a exceção de coisa julgada à demanda que o réu ajuizou para afastar o efeito

³¹³ GIDI, A. *Coisa julgada e litispendência...*, ob. cit., p. 139-142.

³¹⁴ Sobre a “coisa julgada *in utilibus*”, v. (II)4.3, *infra*.

³¹⁵ GIDI, A. *Coisa julgada e litispendência...*, ob. cit., p. 140. Também: “[...] a coisa julgada material se forma *pro et contra*, e não *secundum eventum litis*”; o que haveria é a “extensão *in utilibus* da coisa julgada, o que significa dizer que em tais processos [sobre interesses individuais homogêneos] a coisa julgada só se estende aos titulares dos interesses individuais se o resultado do processo lhes for útil” (CÂMARA, A. F. Tutela jurisdicional dos consumidores, ob. cit., p. 1129-1130).

³¹⁶ E não, em uma hipótese mais teórica, contra terceiros beneficiados que quisessem fazer valer o benefício em desfavor do substituído, na lógica dos efeitos reflexos de Ovídio, exposta anteriormente, v. (I)3.3.2.2, *supra*.

prejudicial que resultou da ação coletiva. Também, na hipótese de querer fazer valer sua vantagem (por exemplo, em uma liquidação e execução individual), não poderia o réu discutir o que já foi decidido por meio do uso da técnica coletiva.³¹⁷

Na verdade, o problema não está em se pensar que os titulares dos direitos de massa, na procedência, são atingidos pela coisa julgada, mas que há a formação de uma “coisa julgada *inter partes*” na improcedência, como se verá adiante.

2.2 Coisa julgada e improcedência

Na improcedência, não haverá coisa julgada impedindo que demandas individuais sejam ajuizadas, excetuada a intervenção individual. Quanto a isso, não há divergência doutrinária.

No entanto, a possibilidade de ser ajuizada nova (a rigor, ser proposta a mesma) ação coletiva com o mesmo objetivo não é vista da mesma forma por toda a doutrina. Vários questionamentos surgem, tais como: No caso de insuficiência de provas pode a demanda ser reproposta com a apresentação de prova nova? Há algum impedimento para os colegitimados apresentarem a mesma demanda? É o que se verá a seguir.

2.2.1 Improcedência por insuficiência de provas?

Viu-se que nas hipóteses dos incs. I e II do art. 103 do CDC não há formação de coisa julgada na improcedência por insuficiência de provas. No inc. III não há qualquer menção a semelhante situação. Diante da omissão, seria ainda possível não formação de coisa julgada na insuficiência de provas?

Entre aqueles que entendem vedada a repositura da ação coletiva no caso de improcedência, há quem veja como existente a vedação em qualquer hipótese – isto, é, não

³¹⁷ Talamini critica a coisa julgada “*erga omnes*” do art. 103, III, afirmando: “[...] a rigor, essa redação é imprópria e desnecessária. Bastaria prever que a coisa julgada não atinge os litigantes individuais. Não era preciso estabelecer que a sentença de procedência faz ‘coisa julgada’ em favor deles. O que importa é que a eficácia dessa sentença seja-lhes aproveitável – e isso já advém da própria imperatividade do ato jurisdicional [...], além de expressamente previsto na lei (CDC, art. 97). 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 subseqüentemente 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 parâmetros tradicionais, já *está adstrito à coisa julgada lá formada*, ainda que ela seja invocada pelo legitimado individual que não participou do processo coletivo” (TALAMINI, E. *Coisa julgada...*, ob. cit., p. 124-125).

importando o motivo da improcedência –, e há aqueles que acreditam que no caso de improcedência por falta de provas, como acontece no campo essencialmente coletivo, pode ser ajuizada novamente a demanda.

Gidi, em obra específica sobre a coisa julgada, indicou com clareza que “a insuficiência de provas não é, como é nas ações coletivas em defesa de direitos superindividuais, motivo de não-formação da coisa julgada material”³¹⁸. No mesmo sentido, Arruda Alvim: “na hipótese do art. 103, inc. III (interesses e direitos individuais homogêneos), não se cogita da insuficiência de provas, *para a não-ocorrência da coisa julgada*, diferentemente do que se passa nos incisos I e II”³¹⁹. Também pela não adoção da técnica da inexistência de coisa julgada para tais sentenças, Ada Pellegrini Grinover^{320 321}.

A explicação dada por Arruda Alvim, para sustentar o tratamento diferenciado quanto à (não) formação de coisa julgada na improcedência por insuficiência de provas, tem por base a possibilidade de colaboração dos indivíduos nos processos relativos a ações para tutela de direitos difusos e coletivos, de modo que seria possível o surgimento de prova nova, por ser ou poder ser limitada a cognição dos legitimados do art. 82 do CDC. No caso de direitos individuais homogêneos, há a possibilidade de intervenção dos interessados. Assim, “sendo estes os ‘senhores’ dos fatos e, *em última análise*, do interesse ou do direito, e devendo ser também os meios interessados em comparecer, não se justifica a repetição de ‘outra’ (na verdade a mesma) ação civil coletiva”³²².

Por outro lado, como alerta Elton Venturi, poderia ser pensada como justificável a diferenciação de tratamento quanto à improcedência por falta de prova, pelo fato de, quanto aos direitos individuais homogêneos, ser possível a rediscussão das questões na via individual, ao passo que, no caso de direitos difusos ou coletivos, só é possível a utilização da

³¹⁸ GIDI, A. *Coisa julgada e litispendência...*, ob. cit., p. 150. Não obstante, posicionou-se criticamente depois: “A assimetria entre o regramento processual das ações coletivas em tutela dos direitos difusos e coletivos, de um lado (ausência de coisa julgada no caso de improcedência por insuficiência de provas), é incompreensível do ponto de vista da política legislativa. Aproveito a oportunidade para me penitenciar de um erro. Em outra publicação, aceitei acriticamente e procurei justificar a postura da lei ao tratar desigualmente situações por tudo equiparáveis” (*A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: As ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007, p. 130, nota de rodapé 226). De todo modo, permanece entendendo que a regra da não formação de coisa julgada quando houver insuficiência de prova não se aplica à tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos (Idem. *A class action...*, ob. cit., p. 130). Conforme o entendimento adotado neste trabalho, o de que não há formação de coisa julgada na improcedência, o tratamento diferenciado não é despropositado; ao contrário, faz sentido.

³¹⁹ ARRUDA ALVIM. Notas..., ob. cit., p. 31.

³²⁰ GRINOVER, A. P. *Das Ações Coletivas...*, ob. cit., p. 920.

³²¹ Ainda, no mesmo sentido, coloca-se Elton Venturi, sendo que “a única possibilidade de eventual rejuízo da ação coletiva, motivada pelo surgimento de *provas novas*, seria a obtenção de prévia desconstituição da coisa julgada, através da competente ação rescisória” (VENTURI, E. *Processo Civil Coletivo...*, ob. cit., p. 392-393).

³²² ARRUDA ALVIM. Notas..., ob. cit., p. 40-41.

via coletiva.³²³ Entretanto, Elton Venturi não concorda com a ideia, entendendo que a distinção é questionável e, de *lege ferenda*, defensável:

De fato, considerando-se que a via coletiva de tutela de direitos individuais homogêneos, apesar de não ser exclusiva, no mais das vezes acaba sendo a única praticamente efetiva, tendo em vista os conhecidos entraves opostos ao acesso individual à justiça, a oponibilidade da autoridade da coisa julgada material nas hipóteses de improcedência do pedido no intuito de se afastar a repositura da mesma demanda pela via coletiva, acarreta, previsivelmente, *o virtual aniquilamento das pretensões individuais de todos aqueles que não têm nem nunca terão incentivo ou condições materiais para o comparecimento pessoal em juízo.*³²⁴

Nelson Nery Jr. e Rosa Nery, porém, nem cogitam a necessidade de alteração normativa. Afirmam que a nossa legislação “só admite a coisa julgada *secundum eventum probationis* nos seguintes casos: LAP 18, LACP 16, CDC 103 I a III”.³²⁵

Também. Didier Jr. e Zaneti Jr. entendem que há formação de coisa julgada no plano coletivo na improcedência, exceto quando houver julgamento de improcedência por falta de provas, segundo o modelo para os direitos difusos e coletivos.³²⁶

Arenhart afirma que “A situação da prova melhor deve legitimar mesmo a repositura da demanda coletiva, já que isso é inerente ao sistema da coisa julgada coletiva, como concebida pelo CDC”³²⁷. Embora a insuficiência probatória só seja mencionada pelos incisos I e II do art. 103, a lógica do sistema da coisa julgada em sede coletiva não só autorizaria que assim também ocorresse em sede de tutela de direitos individuais homogêneos, como também menção seria desnecessária, uma vez que no caso de improcedência não há formação de coisa julgada, não importando a razão, a não ser para aqueles titulares individuais que participaram do processo coletivo, nos termos do art. 103, §2º, do CDC³²⁸.

Neste último sentido, há posicionamento doutrinário pela não formação de nenhuma coisa julgada quando da improcedência, isto é, sequer haveria vinculação do legitimado e do réu, de modo que tanto faria se foi ou não por falta de provas. Hugo Mazzilli, por exemplo, afirma que “*não haverá coisa julgada material*, na ação civil pública ou coletiva que verse

³²³ VENTURI, E. *Processo Civil Coletivo...*, ob. cit., p. 393.

³²⁴ VENTURI, E. *Processo Civil Coletivo...*, ob. cit., p. 394.

³²⁵ NERY JR., N.; NERY, R. M. de A. *Código de processo civil...*, ob. cit., p. 690.

³²⁶ DIDIER JR., F.; ZANETI JR., H. *Curso...*, v. 4, p. 359. Para eles, não há simplesmente tratamento coletivo dos direitos individuais homogêneos, pois pertencem, por ficção, a um grupo (v. Idem. Ibidem, p. 82 e 358).

³²⁷ ARENHART, S. C. *Coisa julgada e coletivização de interesses individuais*. Artigo inédito, p. 9-10.

³²⁸ ARENHART, S. C. *Coisa julgada e coletivização...*, ob. cit., p. 10, nota de rodapé 8.

interesses individuais homogêneos, caso venha a ser julgada improcedente por qualquer motivo, salvo para os lesados individuais que intervieram na ação coletiva”³²⁹.

Essa discussão sobre se há ou não coisa julgada é englobada pelo debate acerca de, na improcedência, ficarem ou não os legitimados extraordinários impedidos de repropor a demanda, o que será visto no subitem que segue.

2.2.2 Não formação de coisa julgada *secundum eventum litis*

O que impede que os demais legitimados ajuízem a mesma demanda já julgada improcedente? Alguns entendem que o impedimento seria um dos significados da expressão *erga omnes*³³⁰. Há outros que chegam apenas a afirmar o impedimento, sem explicar exatamente o porquê³³¹. Seria a coisa julgada “clássica” com extensão a todos os legitimados, mas não aos titulares? Seria uma espécie de preclusão consumativa pelo uso da técnica, inclusive em relação aos legitimados que não ajuizaram a demanda coletiva³³²?

Gidi aponta que o que a coisa julgada formada na improcedência impediria, já que não as ações individuais, seria a tutela *coletiva* dos direitos individuais homogêneos. Assim, nenhum dos legitimados do art. 82 poderia propor a mesma ação coletiva.³³³ Enfim, para Gidi,

Em caso de procedência, a coisa julgada se opera *erga omnes* para beneficiar as vítimas e seus sucessores; em caso de improcedência, a coisa julgada se formará *ultra partes* bloqueando a via coletiva e atingindo a comunidade titular dos direitos individuais homogêneos, que já não poderá ter a sua proteção decidida coletivamente.³³⁴

³²⁹ MAZZILLI, H. N. *A defesa dos direitos...*, ob. cit., p. 569.

³³⁰ Ver explicação de Arruda Alvim, na sequência.

³³¹ “[...] nos termos da parte final do inciso III do art. 103 do CDC, a coisa julgada somente terá eficácia *erga omnes*, ou seja, somente atingirá a todos os titulares dos direitos individuais de origem comum se a sentença for de procedência. Sendo de improcedência, a coisa julgada terá como efeito, tão-somente, *fechar a porta da tutela coletiva dos direitos individuais*, ou seja, nenhum legitimado do art. 82 do CDC, mesmo aqueles que não tenham ajuizado a demanda transitada em julgado, poderá utilizar a via coletiva para tutelar os interesses individuais homogêneos, embora reste aberto, a cada um de seus titulares, o procedimento individual descrito no CPC. Essa afirmação é confirmada pela leitura do §2º do art. 103 do CDC” (RODRIGUES, M. A.; KLIPPEL, R. *Comentários à Tutela Coletiva...*, ob. cit., p. 170).

³³² Assim como há preclusão (aí por decurso de prazo) para a utilização do procedimento de mandado de segurança. Sobre o prazo deste: “A jurisprudência ainda entende, majoritariamente, que o prazo em questão é *decadencial*. Na realidade, a conclusão é equivocada, já que não se trata da perda de um direito subjetivo, senão do impedimento de recorrer-se a uma determinada via processual. Por isso, melhor seria, com Pontes de Miranda, qualificar esse prazo de preclusivo, haja vista que trata ele apenas de questão processual, sem adentrar o mérito da impetração” (MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C. *Procedimentos...*, ob. cit., p. 240-241). Gidi menciona que “os direitos transindividuais e a tutela coletiva dos direitos individuais estarão definitivamente precluídos em caso de improcedência e a mesma demanda coletiva em tutela do mesmo direito (difuso, coletivo e individual homogêneo) não poderá ser reproposta”. No entanto, diz logo em seguida: “Ou seja, a coisa julgada se forma *pro et contra*” (GIDI, A. *Rumo a um código...*, ob. cit., p. 290).

³³³ GIDI, A. *Coisa julgada e litispendência...*, ob. cit., p. 139-142.

³³⁴ GIDI, A. *Coisa julgada e litispendência...*, ob. cit., p. 128.

Não se pode esquecer que Gidi considerava como titular dos direitos individuais homogêneos a *comunidade* de vítimas, não todas as vítimas individualmente consideradas³³⁵. Em suas palavras, na ação coletiva, o direito que se quer proteger é “da comunidade como um todo, indivisivelmente considerada, composta pelas diversas vítimas do evento”³³⁶.

Assim, faz sentido o entendimento de que a pretensão coletiva, independentemente do julgamento de procedência ou improcedência, não poderia ser novamente levada a juízo. A coisa julgada se formaria em relação ao titular do direito material (comunidade de vítimas), não podendo nenhum legitimado levar a mesma demanda ao Judiciário³³⁷. Nesta lógica, que passa a ser a mesma da indicada para os direitos transindividuais, a observação não merece reparo.

É esse também o entendimento de Didier Jr. e Zaneti Jr.. Consideram como titular dos direitos individuais homogêneos o grupo de indivíduos. Com a atuação coletiva, haveria formação de coisa julgada. Na improcedência o que ocorreria seria a não extensão para o plano individual. No âmbito coletivo, como já anotado, para eles, só não haveria formação de coisa julgada na hipótese de improcedência por falta de provas³³⁸.

No entanto, como já se demonstrou – e ao menos é a ideia adotada neste trabalho –, não há uma categoria autônoma de direito individual *homogêneo*. Até é pleonasma dizer, mas os direitos individuais homogêneos continuam sendo *individuais*, titularizados *individualmente*. Por serem os próprios titulares, os sujeitos individualmente podem ir a juízo, isto é, têm legitimidade *ad causam* para buscar a tutela de seu direito isoladamente (não têm, porém, para buscar a tutela coletiva). O diferencial é o *tratamento coletivo* que se lhes dá, justamente em virtude da *homogeneidade*, como já exposto.³³⁹

Não obstante, mesmo autores que reconhecem a titularidade individual dos direitos individuais homogêneos afirmam a vinculação dos legitimados à improcedência, isto é,

³³⁵ Em obra mais atual, porém: só se pode ver como existentes dois tipos de direitos de grupos, “o transindividual, do qual é titular o grupo como um todo e os direitos individuais (chamados homogêneos), dos quais são titulares os membros do grupo individualmente” (GIDI, A. *Rumo a um código...*, ob. cit., p. 215). Reconhece que são “categorias ontologicamente diferentes” (Idem. *Ibidem*, loc. cit.).

³³⁶ GIDI, A. *Coisa julgada e litispendência...*, ob. cit., p. 31.

³³⁷ “Em caso de improcedência da ação coletiva, haverá formação *ultra partes* da coisa julgada para atingir a lide coletiva e a comunidade titular dos direitos individuais homogêneos levados a juízo. Isto impede que os legitimados do art. 82 reproponham a mesma ação em defesa do mesmo direito. A tutela coletiva do direito individual estará definitivamente obstada, pela formação de coisa julgada material.” (GIDI, A. *Coisa julgada e litispendência...*, ob. cit., p. 141).

³³⁸ DIDIER JR., F.; ZANETI JR., H. *Curso...*, v. 4, p. 359.

³³⁹ Ver ZAVASCKI, T. A. *Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006, p. 155-156. V. (I)2.2.1, supra.

acreditam que não podem estes reapresentar a demanda.³⁴⁰

Foi visto acima que Arruda Alvim entende que na improcedência a coisa julgada não se qualifica *erga omnes* “no sentido próprio”. Isso, todavia, para ele, não significa que não haja coisa julgada para evitar ação coletiva idêntica. Entende isso, porque, se o §2º do art. 103 dispõe que “só os interessados que não intervierem como litisconsortes, podem mover ação individual”, seria inviável a mesma ação coletiva, havendo ou não prova nova. Entende como “dogmaticamente inaceitável” a conclusão de que, na improcedência, não haveria coisa julgada em relação à ação coletiva.³⁴¹

No caso de improcedência o *erga omnes* do inciso III do art. 103 do CDC obstará apenas o ajuizamento da mesma ação coletiva, isto é, “há sempre coisa julgada, no plano da ação civil coletiva e, também, para quem foi ‘litisconsorte’”. Enfim, na improcedência, o *erga omnes* se referiria somente ao legitimado que atuou em juízo, a quem poderia tê-lo feito (art. 82 do CDC) e aos litisconsortes³⁴². Por outro lado, “há de se entender a expressão [*erga omnes*] com o sentido de que, se procedente, o benefício se estende a todos, ou seja, a todos os que são titulares dos mesmos e idênticos interesses ou direitos individuais homogêneos sobre o que se discutiu”.³⁴³

Para Ada Pellegrini Grinover, “em caso de derrota do autor coletivo, reserva a via às demandas posteriores somente a pessoas físicas³⁴⁴, em caráter individual. A demanda coletiva não poderá ser repetida a título coletivo”³⁴⁵. Em outro trecho: “a coisa julgada desfavorável forma-se com relação a todos os entes e pessoas legitimados às ações coletivas, deixando a salvo apenas os particulares, em suas relações intersubjetivas pessoais”³⁴⁶.

Pedro da Silva Dinamarco adota justificativa semelhante à de Arruda Alvim, com a invocação do §2º do art. 103:

³⁴⁰ Por exemplo: na improcedência há a coisa julgada limitada entre as partes, mas impede “o ajuizamento de novas demandas coletivas, por qualquer legitimado” (CRUZ E TUCCI, José Rogério. Limites subjetivos e eficácia da sentença e da coisa julgada. In DUARTE, Bento Herculano; DUARTE, Ronnie Preuss (coords.). *Processo Civil: aspectos relevantes*, v.2. São Paulo: Método, 2007, p. 389).

³⁴¹ ARRUDA ALVIM. Notas..., ob. cit., p. 43.

³⁴² “O *erga omnes* na hipótese de improcedência obsta outra ação civil coletiva, inibindo ações individuais de quem tenha atuado no processo. Vale dizer, a expressão *erga omnes* tem, apenas, *sentido relevante*, na hipótese de procedência” (ARRUDA ALVIM. Notas..., ob. cit., p. 43, nota de rodapé 28). Para Alexandre Câmara, também há sempre formação de coisa julgada material, mas sem *extensão in utilibus* na improcedência. Nesta hipótese, porém, a coisa julgada material formada impede que as partes e os demais legitimados extraordinários ajuízem uma segunda ação coletiva (CÂMARA, A. F. Tutela jurisdicional dos consumidores, ob. cit., p. 1129).

³⁴³ ARRUDA ALVIM. Notas..., ob. cit., p. 43.

³⁴⁴ Porém, não devem ser excluídas pessoas jurídicas que, “*individualmente*”, também possam ter sofrido um dano em decorrência da conduta do réu.

³⁴⁵ GRINOVER, A. P. Das Ações Coletivas..., ob. cit., p. 910. Também: “em se tratando de ação coletiva pró-interesses homogêneos, há coisa julgada, qualquer que seja o sentido da sentença de mérito. Em outras palavras, a ação coletiva não pode ser renovada” (TESHEINER, José Maria. *Eficácia da sentença*..., ob. cit., p. 134).

³⁴⁶ GRINOVER, A. P. Das Ações Coletivas..., ob. cit., p. 936.

Como o efeito será *erga omnes* apenas no caso de procedência, à primeira vista parece haver autorização para a propositura de nova demanda coletiva. Entretanto, o §2º do art. 103 dispõe que, sendo julgada improcedente a demanda fundada nesses interesses, “os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual”. Não há qualquer menção à possibilidade de qualquer co-legitimado poder propor uma nova ação civil pública. Daí ser legítimo concluir, por exclusão, que não haveria essa possibilidade. Afinal, se o próprio interessado que foi litisconsorte no processo está impedido, com maior razão o está o substituto processual. Nem haveria razão para ser diferente: se nas demais espécies de ação civil pública não pode ser reproposta a demanda coletiva julgada improcedente, por que aqui haveria de poder?³⁴⁷

Nesse sentido é que outra parte da doutrina entende que, no caso de improcedência, há coisa julgada material *para aqueles que participaram do processo*. Só não haveria extensão em relação a terceiros, aos titulares dos direitos individuais homogêneos. Seria o regime padrão mais restrito da coisa julgada “tradicional”³⁴⁸: só ficam vinculados aqueles que participaram do processo.³⁴⁹

Entretanto, se, nessa lógica, a coisa julgada atingisse só as partes do processo, não haveria razão para vincular também os colegitimados. E não parece que a ausência de menção da possibilidade de repositura da demanda signifique uma vedação. Na verdade, o contrário que o é. Se, por exemplo, houvesse preclusão do uso da via coletiva uma vez já havido sentença de improcedência, isso deveria estar patente na legislação.

Note-se que, conforme explicado anteriormente, no caso de ações coletivas relacionadas a direitos essencialmente coletivos, tanto no caso da procedência como no de improcedência (exceto por falta de provas), há formação de coisa julgada; como o julgamento atinge de maneira imutável a situação material (ou o titular do direito³⁵⁰), fica inviabilizada demanda coletiva idêntica. Há uma justificativa para ser inviável a repositura da demanda: o titular do direito fica vinculado mesmo na improcedência. Isso já não acontece com os direitos individuais homogêneos – podem os titulares ajuizar demandas individuais, levando a juízo a mesma pretensão, agora de maneira singular.

³⁴⁷ DINAMARCO, P. da S. *Ação civil pública*, ob. cit., p. 102-103.

³⁴⁸ V. (I)3.3.2.1, supra.

³⁴⁹ Para Talamini: Não é que não haja coisa julgada no caso de improcedência da ação coletiva para tutela de direitos individuais homogêneos, como alguém poderia entender pela redação do art. 103, III. Há coisa julgada para quem foi parte no processo, pois não se poderia aceitar que o mesmo legitimado repropusesse a ação. A interpretação mais adequada seria a de que “a abrangência ‘*erga omnes*’ ocorre apenas no caso de procedência; porém, configura-se coisa julgada, *inter partes*, em qualquer hipótese de sentença de mérito” (TALAMINI, E. *Coisa julgada...*, ob. cit., p. 129).

³⁵⁰ Como afirma Gidi, “não é o ente legitimado o atingido pela coisa julgada coletiva, mas a comunidade ou coletividade titular do direito material superindividual em questão. E se o titular do direito subjetivo não é atingido pela coisa julgada, muito menos o será o ente legitimado” (GIDI, A. *Coisa julgada e litispendência...*, ob. cit., p. 119).

Os titulares dos direitos não são atingidos, o que implica a não vinculação dos legitimados, tenham eles não atuado no processo. Na procedência, há formação de coisa julgada em relação às partes materiais, de modo que fica impedida a rediscussão, à semelhança do que ocorre no caso dos direitos transindividuais. A interpretação mais coerente do art. 103, III³⁵¹, em conjunto com o seu §2º, embasa o que foi dito. Tal parágrafo explicita que, na improcedência, não há formação de coisa julgada, apenas para os indivíduos que atuaram como litisconsortes e para o réu, em relação à pretensão individualizada.

Assim, não é que a coisa julgada se estenda a terceiros. Ela se forma ou não, atingindo, quando formada, somente os titulares do direito. A “vinculação” do legitimado é reflexa. Ainda, a rigor, não seria coisa julgada “erga omnes”, mas a própria coisa julgada “tradicional” (com a exceção de não formação na improcedência), pois a imutabilidade atinge o que foi decidido e a decisão é mais ampla por conta do próprio objeto do processo (coletivização do tratamento das pretensões “homogêneas”).

Essa é a lógica da própria substituição processual. Os legitimados não são atingidos pela coisa julgada, quer tenham participado do processo, quer não, pois estão “pleiteando direito alheio”, como visto na primeira parte deste trabalho³⁵². Assim, não se pode argumentar que “se o próprio interessado que foi litisconsorte no processo está impedido, com maior razão o está o substituto processual”. A vinculação do interveniente não tem a ver com a do substituto ou de quem não participou do processo. É o que se passará a ver.

2.3 *Indivíduo interveniente*

2.3.1 Funcionamento

O CDC, no caso de processo para tutela de direitos individuais homogêneos, possibilita que os “interessados” atuem no processo coletivo como litisconsortes³⁵³: “Art. 94. Proposta a ação, será publicado edital no órgão oficial, a fim de que os interessados possam intervir no processo como litisconsortes, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social por parte dos órgãos de defesa do consumidor”.

³⁵¹ O que, porém, não significa necessariamente que seja a opção legislativa mais adequada.

³⁵² V. (I)3.3.2.4, supra.

³⁵³ Elton Venturi entende tratar-se de “verdadeiro litisconsórcio” (VENTURI, E. *Processo Civil Coletivo...*, ob. cit., p. 307). Há quem veja, todavia, especificamente como assistência litisconsorcial, v. DIDIER JR., F.; ZANETI JR., H. *Curso...*, v. 4, p. 242.

É previsto que os indivíduos que o fizerem serão atingidos pela coisa julgada, independentemente do resultado do processo, isto é, só quem não tiver sido litisconsorte poderá, no caso da improcedência, propor a ação individual (art. 103, §2º³⁵⁴).³⁵⁵

Porque lhes é dada essa possibilidade de participar do processo coletivo, embora sozinho não possam buscar a tutela de massa, tendo a oportunidade de se fazer ouvir e de produzir provas, são atingidos pela coisa julgada. Integrando o processo coletivo, o litisconsorte não poderá mais intentar sua ação individual; se o fizer, o processo individual deve ser extinto sem julgamento de mérito, por litispendência ou coisa julgada, conforme o caso. De todo modo, no decorrer da ação coletiva, pode o interveniente desistir de sua participação com fundamento no art. 267, VIII, do CPC, cabendo ao magistrado, após manifestação do réu (art. 267, §4º), decidir pela exclusão ou não do litisconsorte individual.³⁵⁶

A pessoa intervém como litisconsorte podendo aditar a inicial? Ela estará defendendo o seu direito próprio ou o de todos, como legitimado coletivo?

Quanto ao primeiro questionamento, Grinover afirma que o litisconsorte interveniente não poderá ampliar o objeto da ação coletiva apresentando novas demandas pessoais, pois isso “contrariaria todo o espírito de ‘molecularização’ da causa”³⁵⁷.

Quanto ao segundo, conforme Didier Jr. e Zaneti Jr., o “indivíduo atua como legitimado ordinário, na defesa do próprio direito, constante do feixe de direitos individuais homogêneos”³⁵⁸. Thereza Alvim, em referência à ação movida pelo coerdeiro para reclamar a herança, lembra que a substituição processual cessa “no momento em que o outro herdeiro [que se manteve inerte] integrar a relação processual”³⁵⁹. O mesmo raciocínio pode ser aqui empregado: quando o indivíduo ingressa no processo coletivo, deixa de ser substituído pelo legitimado coletivo, porque ali está presente.

Embora esteja atuando em defesa própria, seus argumentos serão analisados pelo juiz, bem como, tendo em vista o princípio da comunhão da prova, o que eventualmente vier a produzir poderá ser aproveitado para a decisão coletiva.

³⁵⁴ “Art. 103. [...] § 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.”

³⁵⁵ Arruda Alvim afirma que o §2º do art. 103 “demonstra que o prejuízo ou a perda *definitiva* de um bem jurídico, ou, *mais precisamente, do bem jurídico individual*, no sistema do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, somente pode ocorrer quando o próprio consumidor (vítima ou sucessor) haja litigado” (ARRUDA ALVIM. Notas..., ob. cit., p. 53).

³⁵⁶ GIDI, A. *Coisa julgada e litispendência...*, ob. cit., p. 143-144.

³⁵⁷ GRINOVER, A. P. *Das Ações Coletivas...*, ob. cit., p. 882. Em sentido semelhante, v. VENTURI, E. *Processo Civil Coletivo...*, ob. cit., p. 315.

³⁵⁸ DIDIER JR., F.; ZANETI JR., H. *Curso...*, v. 4, p. 361.

³⁵⁹ ALVIM, T. *O direito processual de estar em juízo*, ob. cit., p. 101.

Se o interveniente age em nome próprio – o que, porém, não o impede de trazer elementos que colaborem para com um resultado coletivo favorável – e exerce o contraditório, será atingido pela coisa julgada no que toca à sua pretensão³⁶⁰, embora coisa julgada não atinja o demandante coletivo.

2.3.2 Comentários pela doutrina

Para Arruda Alvim, há

[...] um tratamento *inconvenientemente* discriminatório, entre os que foram litisconsortes e os que não foram. Os que foram litisconsortes ficam sujeitos à coisa julgada *inter partes*, pois litigaram contra o réu, em relação ao qual não mais podem vir a litigar, se o resultado da demanda tiver sido o de improcedência. Diferentemente, se passa com quem não foi litisconsorte. É evidente que este tratamento, ao menos, “desanima” ao ingresso na ação civil coletiva, com base no art. 94.³⁶¹

Uma crítica que se faz é que o §2º estimularia a “esperteza” do titular do direito. Ao indivíduo seria mais interessante não participar da ação coletiva, pois, não participando, poderia tirar proveito do resultado positivo ou, no caso de improcedência, ainda, ajuizar a sua própria demanda.

Gidi, porém, rebate este argumento, afirmando que, conquanto seja mais “cômodo” não intervir, a não intervenção implicaria em maior risco, pois não teria como fiscalizar a atuação do autor coletivo, podendo ser prejudicado no caso de improcedência, isso quando os danos individualmente considerados são de diminuto valor (o lesado não iria sozinho a juízo, então só seria reparado mesmo a partir de uma ação coletiva).³⁶² A possibilidade de o particular intervir no processo não seria completamente inútil, frente à sua relevância política, visto que o “cidadão comum” pode participar do processo e o fiscalizar. “Em que pese aparentar não haver nenhuma vantagem jurídica ou econômica para o consumidor, politicamente sai o cidadão fortalecido”.³⁶³

Conquanto se possa, na linha de que as ações coletivas também são mecanismos de participação da sociedade civil³⁶⁴, pensar em certa utilidade dessa intervenção, como está

³⁶⁰ “[...] como participa do contraditório efetivo, vincula-se à coisa julgada” (DIDIER JR., F.; ZANETI JR., H. *Curso...*, v. 4, p. 361).

³⁶¹ ARRUDA ALVIM. *Notas...*, ob. cit., p. 42.

³⁶² GIDI, A. *Coisa julgada e litispendência...*, ob. cit., p. 146-147.

³⁶³ GIDI, A. *Coisa julgada e litispendência...*, ob. cit., p. 145-149.

³⁶⁴ Realmente, a participação na administração da justiça é possível através dos processos coletivos, vez que, sobretudo, “A ação civil pública é, nesse passo, instrumento de exercício da democracia participativa direta, e o

prevista acaba por desestimular a intervenção³⁶⁵.

Mencione-se que, piorando a situação, esse desestímulo poderia gerar não somente um “comodismo”, como outro problema, relativo à prescrição das pretensões individuais.

Se o indivíduo, contando com o julgamento favorável em sede coletiva, resolve aguardar a decisão final sem participar como interveniente na ação coletiva ou sem ajuizar sua demanda singular, poderá, na hipótese de frustrada sua expectativa de procedência, ser prejudicado pela duração do processo coletivo superior ao prazo prescricional de sua pretensão?

Para Zavascki, relativamente aos que intervieram como litisconsortes, afirma que certamente há interrupção da prescrição. Em relação àqueles que não o fizeram, a resposta é igualmente positiva. Se assim não fosse, “ficaria o titular do direito individual na contingência de, desde logo, promover a sua demanda individual, o que retiraria da ação coletiva uma das suas mais importantes funções: a de evitar a multiplicação de demandas autônomas semelhantes”. Nesse sentido, a situação daquele que não propõe sua demanda individual não pode ser vista como inércia e acarretar prescrição, mas como “uma atitude consentânea e compatível com o sistema do processo coletivo”.³⁶⁶

No mesmo sentido, Arenhart afirma que, mesmo sem qualquer dispositivo expresso quanto a esta situação, é de se entender que, proposta a demanda coletiva, há interrupção da fluência do prazo prescricional individual:

Esta parece ser, de fato, a melhor solução, porque elimina o risco de, na expectativa do resultado da ação coletiva, possa o indivíduo ver prescrito (no caso de improcedência daquela) seu pleito individual. Esse risco, obviamente, induz o indivíduo, por precaução, a ajuizar sua ação própria – a despeito da ação coletiva – porque sabe que outra conduta pode resultar em prejuízo irreparável para si. Isso, conseqüentemente, faz com que o objetivo de reduzir a quantidade de ações repetidas ante o Judiciário não seja alcançado, pondo ainda em risco a tentativa de dar tratamento uniforme às pretensões de massa.³⁶⁷

juiz, ao julgá-la, exerce nítida função política, ao lado da jurídica” (ARENHART, Sergio Cruz. *As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário*. Disponível em: http://www.academia.edu/attachments/1471827/download_file. Acesso em 04 dez. 2011).

³⁶⁵ Para Zavascki, também, a participação é um desestímulo ao ingresso como litisconsortes, pois ele não terá a vantagem de não se vincular a uma sentença de improcedência (ZAVASCKI, T. A. *Processo Coletivo...*, ob. cit., p. 190). Para Cruz e Tucci, além de ser paradoxal o indivíduo não ter legitimidade para propor a demanda coletiva, mas poder intervir, a regra não passará de “letra morta”, justamente por conta de ficar vinculado ao julgamento (CRUZ E TUCCI, José Rogério. Código do Consumidor e processo civil: aspectos polêmicos. *Revista dos Tribunais*, ano 80, vol. 671, set. de 1991, p. 36). Apenas registre-se que, quanto ao indivíduo poder intervir mesmo não sendo um legitimado extraordinário, lembre-se que ele intervém e age em nome próprio, sem ser substituto de ninguém.

³⁶⁶ ZAVASCKI, T. A. *Processo Coletivo...*, ob. cit., p. 202-203. A interrupção ocorreria mesmo se o processo coletivo fosse extinto sem julgamento de mérito por ilegitimidade do substituto (v. Idem, *Ibidem*, p. 203-204).

³⁶⁷ ARENHART, S. C. *O regime da prescrição em ações coletivas*, p. 23-24. Disponível em <<http://www.academia.edu>>. Acesso em 10 out. 2011. V., também, VENTURI, E. *Processo Civil Coletivo...*, ob. cit., p. 372-373.

Assim, por mais que seja desestimulante, não chegará a prejudicar os titulares não intervenientes com a extinção da pretensão. A ação coletiva interrompe os prazos prescricionais individuais, podendo os interessados aguardar o fim do processo coletivo.

3. Ação coletiva e demandantes individuais

3.1 Suspensão das ações individuais

O art. 104³⁶⁸ ainda será analisado em ponto específico sobre a chamada “coisa julgada *in utilibus*”. Por ora, fixe-se a ideia, defendida por parte da doutrina, acerca de ser o dispositivo aplicável ao inc. III do art. 103³⁶⁹. Assim, para se beneficiarem de eventual procedência no processo coletivo, aqueles que tiverem ação individual em curso têm, após conhecimento da pendência da ação coletiva, de solicitar a suspensão de sua ação individual, dentro do prazo fixado pela lei.

3.1.1 A relação entre a ação coletiva e a ação individual

Para Zavascki, entre a ação coletiva para defesa de direitos individuais homogêneos (para ele, somente possível a “ação civil coletiva”, com condenação genérica) e as ações individuais, não há litispendência, mas conexão. Apesar de haver identidade de partes (a ação coletiva seria quanto a isso continente da individual) e de causa de pedir, o pedido não seria o mesmo, inviabilizando a litispendência. O pedido da ação individual seria mais abrangente (pedido de declaração e condenação de conteúdo específico, com cumulação de ação de cumprimento), não simplesmente genérico como o da ação coletiva.³⁷⁰

Já conforme Oliveira Lima, tanto o pedido como a causa de pedir das ações coletivas e individuais coincidem. Quanto às partes, a identidade seria parcial. Em suma, “as ações individuais nada mais são do que repetições parciais da ação coletiva”.³⁷¹

De fato, é de se vislumbrar que o pedido e a causa de pedir se identificam. O pedido da ação coletiva não é somente o da ação individual, mas *das ações individuais*, de modo que, em relação a uma específica, haveria coincidência parcial. Deixando de lado eventual “apego” à “ação civil coletiva”, talvez fique mais claro perceber a identidade com um exemplo: imagine-se que é ajuizada demanda coletiva para que determinado fornecedor troque todas as

³⁶⁸ “Art. 104. As ações coletivas, previstas nos incisos I e II e do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada erga omnes ou ultra partes a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva”.

³⁶⁹ Para Castro Mendes, na verdade, somente a este inciso é aplicável o dispositivo, pois apenas neste caso os direitos seriam divisíveis (MENDES, A. G. de C. *Ações Coletivas...*, ob. cit., p. 276).

³⁷⁰ ZAVASCKI, T. A. *Defesa de direitos coletivos...*, ob. cit., p. 45.

³⁷¹ LIMA, P. R. de O. *Contribuições...*, ob. cit., p. 81.

geladeiras que vendeu do lote X, com vício; caso um consumidor ajuíze a sua própria demanda, pedindo que sua geladeira seja trocada, pois o produto, que é do lote X, apresentou um vício, estamos diante de pedidos diferentes? Ainda que a demanda coletiva englobe vários consumidores, não há como negar que em relação a um consumidor específico o pedido seja o mesmo.

Quanto às partes, não há formalmente identidade. Nelson Nery Jr. já anotou o seguinte:

Na eventualidade de o pedido ser julgado improcedente, seja por ser infundada a pretensão ou mesmo por insuficiência de provas, essa circunstância não inibe a ação individual do consumidor com o mesmo objeto. *Mesmo à luz dos institutos da litispendência e coisa julgada do CPC, não teria havido, aqui, identidade das ações, pois as partes da ação coletiva (co-legitimados do art. 82) e da ação individual (consumidor individual) seriam distintas.*³⁷²

Entretanto, por decorrência da substituição processual, é de se considerar a coincidência das ações, ainda que, também, em relação a determinada ação individual, a identidade de partes seja parcial – na ação coletiva são vários os substituídos (haveria correspondência com cada ação individual).

Elton Venturi entende que o fato de o art. 104, primeira parte, não afirmar que não há litispendência entre ações individuais e as previstas no art. 81, III, do CDC, estas relativas a direitos individuais homogêneos, não pode levar a pensar que haja litispendência entre elas. Argumenta, ainda, que, “se não incide coisa julgada, por igual razão não deve incidir a litispendência, dada a similitude da natureza de ambos os institutos, que, na prática, indicam a repetição de idênticas demandas em juízo”, antes ou depois do trânsito em julgado da sentença no primeiro processo.³⁷³ Entretanto, considerando que na procedência há formação de coisa julgada para os indivíduos, talvez não se possa afirmar simplesmente que não haja litispendência “porque não haverá coisa julgada”.

Em sentido semelhante ao de Elton Venturi, Pedro da Silva Dinamarco entende que, se a parte final do art. 104 abre a possibilidade de se optar pela suspensão, não há litispendência. Afirma: “Se há direito de opção, logicamente não pode haver litispendência”.³⁷⁴

É de se lembrar que, conforme explicam Didier Jr. e Zaneti Jr., o termo litispendência possui dois significados, que se entrelaçam. Por um lado, significa a pendência de uma causa. Por outro, “pressuposto processual” negativo, que obsta a propositura *da mesma demanda*.

³⁷² NERY JR., N. *O processo civil...*, ob. cit., p. 35, grifou-se.

³⁷³ VENTURI, E. *Processo Civil Coletivo...*, ob. cit., p. 346.

³⁷⁴ DINAMARCO, P. da S. *Ação civil pública*, ob. cit., p. 112.

Quanto a essa segunda significação, a ideia de identidade é insuficiente, pois também há litispendência quando em curso dois processos de mesmo conteúdo (seria a mesma “situação jurídica controvertida”). Em resumo, “há litispendência quando o Poder Judiciário é provocado a solucionar o mesmo problema em mais de um processo”.³⁷⁵

Evidentemente, propostas a demanda coletiva de massa e a demanda individual, o Judiciário estará sendo provocado para analisar o mesmo problema. A via de análise é que difere – coletiva ou individual.

Pode-se usar outro raciocínio para chegar à mesma conclusão. Conforme Chiovenda, duas ações ou demandas são idênticas se há coincidência entre os seus elementos: um subjetivo (as pessoas) e dois objetivos (objeto e causa). Estes dois últimos “se referem à identificação do bem da vida de que se trata nas ações que são objeto de confronto: o outro elemento tem em vista *a pertinência ativa ou passiva desse bem*”.³⁷⁶

Ainda conforme Chiovenda, a identificação da ação passa por duas operações. Primeiro se busca identificar o “bem da vida”; depois, a quem ele pertence³⁷⁷. No caso de ação coletiva e ação individual, o “bem da vida” certamente é o mesmo; e, embora *formalmente* a parte não seja a mesma (por conta da substituição processual), a *pertinência do bem* o é.

Ainda, mais um argumento pode ser trazido nesse sentido. João de Castro Mendes, comentando sobre a previsão da legislação portuguesa acerca da identidade de pedido (“há identidade de pedido quando numa e noutra causa se pretende obter o mesmo efeito jurídico”), afirma que se poderia pensar que causas que, embora fundadas na mesma pretensão material, apresentassem pretensões processuais diferentes, seriam causas diversas. Porém, aceitar tal ideia seria contrário a outra disposição processual lusitana, a que indica como relevante para caracterizar a litispendência (e o “caso julgado”) o fato de as causas tratarem *da mesma questão jurídica*, da mesma pretensão de direito material.³⁷⁸ No caso de ação coletiva e ação individual, a “questão jurídica” é realmente a mesma.

Pode-se dizer, portanto, que será a mesma causa pendente – mesmo que no âmbito coletivo haja maior amplitude, justamente por se tratarem coletivamente várias pretensões semelhantes (“homogêneas”) –, a despeito de a consequência do processo civil “tradicional” não se aplicar. Em outras palavras, é possível vislumbrar identidade entre ação coletiva e ação individual, mas a existência de uma não impede a da outra. Não há aplicação da consequência

³⁷⁵ DIDIER JR., F.; ZANETI JR., H. *Curso...*, v. 4, p. 170.

³⁷⁶ CHIOVENDA, G. *Instituições de direito processual civil*. V.1. Campinas: Bookseller, 1998, p. 429-430.

³⁷⁷ CHIOVENDA, G. *Instituições...*, ob. cit., v. 1, 1998, p. 430.

³⁷⁸ MENDES, João de Castro. *Direito Processual Civil*. V. II. Lisboa: Associação Académica, 1980, p. 289.

prevista pelo CPC, qual seja a extinção da ação sem resolução do mérito (art. 267, V, c/c art. 301, §3º).

Não há aplicação justamente por disposição legal (art. 104, III)³⁷⁹. As duas ações (a mesma, em relação ao titular) não podem prosseguir concomitantemente. Por isso, dá-se a opção³⁸⁰ ao titular de suspender a sua ação individual, continuando a sua pretensão a ser considerada no âmbito coletivo, ou, ao revés, de se excluir da abrangência da ação coletiva, continuando na esfera singular, conforme se verá a seguir.

3.1.2 O que a não suspensão implica

Se houve a opção pela suspensão³⁸¹, podem os indivíduos, após julgamento desfavorável em sede coletiva (extinção da ação com resolução de mérito), continuar suas ações individuais que estavam suspensas. Por outro lado, suspensas as ações individuais, mas havendo julgamento favorável, explica Elton Venturi, não há mais interesse processual em continuá-las, devendo haver sua extinção, com a possibilidade de, com o título executivo obtido por meio da ação coletiva, passar-se à liquidação e à execução³⁸².

Se houve a opção pela não suspensão, o cenário é outro.

Para Oliveira Lima, a não suspensão da ação individual seria optar por ser excluído dos efeitos *erga omnes* da coisa julgada benéfica³⁸³. Para Zavascki, não serão abrangidos pela coisa julgada *erga omnes*, mesmo no caso de procedência, aqueles que “preferiram manter em

³⁷⁹ V. MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C. *Procedimentos...*, ob. cit., p. 342-343.

³⁸⁰ Que é uma opção é o entendimento corrente e que se tem com a ideia de que é aplicável o art. 104 do CDC – v. (II)3.3, infra.

³⁸¹ Embora haja prazo para, após a cientificação, se optar pela suspensão, não há limite temporal máximo para que fique suspensa a ação individual; assim poderá ficar até que julgada a ação coletiva (GIDI, A. *Coisa julgada e litispendência...*, ob. cit., p. 193, nota de rodapé 447). O requerimento de suspensão pode se dar a qualquer prazo, mas evidentemente que não depois da decisão final no processo individual. Porém, caso haja “a interposição de apelação, o requerimento de suspensão eventualmente realizado nesse interregno se convalida. Se não houver tempestiva interposição, ou a matéria impugnada for diversa, a sentença ou parte dela transita em julgado e o requerimento fica prejudicado” (GIDI, A. *Coisa julgada e litispendência...*, ob. cit., p. 199).

³⁸² VENTURI, E. *Processo Civil Coletivo...*, ob. cit., p. 348. Também: GIDI, A. *Coisa julgada e litispendência...*, ob. cit., p. 197. Registre-se que também se cogita, em vez da extinção, a conversão da ação individual em liquidação – é o entendimento do TJ/RS: “MAGISTÉRIO ESTADUAL. TERÇO DE FÉRIAS. AÇÃO INDIVIDUAL AJUIZADA APÓS O TRÂNSITO EM JULGADO DA AÇÃO COLETIVA MOVIDA PELO CPERGS. EXISTÊNCIA DE TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL. CONVERSÃO EM LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. POSSIBILIDADE. A decisão proferida na ação coletiva alcança a toda a categoria, independentemente de filiação ao Centro dos Professores do Estado do Rio Grande do Sul - CPERGS. Ainda que evidenciada a ausência de interesse de agir da parte autora é de ser convertida a presente ação em liquidação individual de sentença, em face do princípio da economia processual. Pacífico” (70046609368 RS, Relator: José Luiz Reis de Azambuja, Data de Julgamento: 15/02/2012, Quarta Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 29/02/2012).

³⁸³ LIMA, P. R. de O. *Contribuições...*, ob. cit., p. 82. Também com essa opinião: GRECO FILHO, V. Comentários aos arts. 101 a 104, ob. cit., p. 366-367.

curso ações individuais paralelas à ação coletiva, como se depreende do art. 104” do CDC.³⁸⁴

Com maior precisão, é possível afirmar que, após a comunicação da pendência da ação coletiva, não se optando pela suspensão da individual, exclui-se da legitimação do autor coletivo a tutela do direito do sujeito que manteve a sua ação. Explicam Arenhart e Marinoni:

A legitimação extraordinária do titular da ação coletiva para a tutela de direitos individuais homogêneos fica, por assim dizer, submetida a condição resolutiva parcial, já que a propositura de ação individual (e a ausência de pedido de sua suspensão) importam na retirada da legitimação do ente coletivo do poder de proteger o direito daquele que postulou e insistiu na tutela de seu direito na forma individual.³⁸⁵

Nesse sentido, não é simplesmente em relação à coisa julgada, mas à própria abrangência do que será decidido que há exclusão. Se a pessoa optar por se excluir (isto é, se o interessado não suspender sua ação após comunicado), será excluída *do grupo* e não será abrangido pela sentença (o legitimado extraordinário não será mais o seu substituto). Não é que a sentença deixe de ter eficácia *erga omnes*, como sempre tem; é apenas que de antemão sua pretensão é retirada da discussão coletiva: não será objeto de julgamento, diante do que é impossível formação de coisa julgada.³⁸⁶

Assim, embora possa haver resultado de procedência no processo coletivo, o interessado que não suspendeu seu processo individual não aproveitará o julgamento favorável, justamente porque *não tem o que aproveitar*³⁸⁷.

O que foi nos parágrafos anteriores dito vale para quando a não suspensão é consciente, ou seja, quando o autor individual tomou conhecimento da pendência da ação coletiva, mas preferiu continuar agindo solitariamente³⁸⁸.

³⁸⁴ ZAVASCKI, T. A. Defesa de direitos coletivos..., ob. cit., p. 46. No mesmo sentido, ALMEIDA, João Batista de. *A proteção jurídica do consumidor*. 5. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 255.

³⁸⁵ MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C. *Procedimentos...*, ob. cit., p. 343.

³⁸⁶ Ainda que como um “exemplo analógico”, vale a menção: Gidi, quanto ao sistema norte-americano, explica que o “membro que não exercer o direito de auto-exclusão no tempo previsto na notificação será considerado parte do grupo e, conseqüentemente, será vinculado pela coisa julgada emitida na ação coletiva” (GIDI, A. *A class action...*, ob. cit., p. 99). Note-se que a exclusão é da pessoa em relação ao grupo e, como não fará parte do grupo, é consequência lógica que não será atingido pela coisa julgada. Talamini, quanto ao art. 104 do CDC, afirma que opera uma limitação do “*decisum* oriundo do processo coletivo, de modo a excluir do campo de sua eficácia os interessados que se enquadrarem na hipótese ali descrita” (TALAMINI, E. *Coisa julgada...*, ob. cit., p. 126). Realmente, se não está mais sendo substituído, por ter se excluído do grupo, a eficácia da sentença não lhe dirá respeito, não estará por ela abrangido.

³⁸⁷ Embora seja desnecessário dizer, devem-se lembrar os limites da coisa julgada vistos na primeira parte deste trabalho. Nesse sentido, Gidi destaca que “tudo aquilo que constar da sentença coletiva e que não estiver coberto pelo manto da coisa julgada do seu processo individual poderá beneficiá-lo” (GIDI, A. *Coisa julgada e litispendência...*, ob. cit., p. 197).

³⁸⁸ Somente é válido considerar a não suspensão como uma opção se ao indivíduo “foi garantida a ciência inequívoca da existência do processo coletivo. A ciência pode ser verificada de forma inequívoca quando ocorrer

Se o titular do direito individual não tem ciência e, por isso, *não opta* por suspender ou por não suspender a sua ação individual, poderá beneficiar-se da procedência obtida na esfera coletiva. O benefício acontecerá se ainda não tiver trânsito em julgado da sentença no processo individual.³⁸⁹ A hipótese de já ter havido será vista logo adiante.

3.2 Sentença individual já transitada em julgado e procedência da demanda coletiva

Caso tenha havido trânsito em julgada da decisão individual e da coletiva, tendo as duas coexistido sem a devida cientificação, cabe analisar o que acontece.

Para Didier Jr. e Zaneti Jr., o réu tem o ônus de dar ciência da pendência da ação coletiva ao demandante individual. Caso isso não aconteça, o autor individual será favorecido mesmo assim com eventual procedência coletiva. Entendem que se trata “de regra em consonância com o princípio da boa-fé objetiva processual, principalmente em relação ao princípio da cooperação”.³⁹⁰

Para Elton Venturi, sem a cientificação prevista no art. 104, que possibilita ao autor de demanda individual optar pela suspensão ou não de sua ação, e havendo procedência no processo coletivo, mas improcedência no individual, não se pode simplesmente desconsiderar o resultado obtido na esfera individual. Entende que, na verdade, “abre-se, por certo, a viabilidade de se rescindir a coisa julgada por via da ação rescisória, com base em violação de literal disposição de lei (art. 485, V, do CPC), eis que desrespeitado o art. 104 do CDC”³⁹¹.

De todo modo, parece aqui necessária uma distinção. Partiu-se da premissa de que as ações coletiva e individual, ainda que parcialmente, coincidem, de modo que só deve haver continuidade de uma delas – e, em uma das interpretações que se faz do art. 104 a escolha cabe ao titular. Conferindo-se a possibilidade de escolha, o interessado opta por permanecer na esfera coletiva ou na individual, de modo que só haverá uma ação em curso (ou retira a legitimidade do ente coletivo para substituí-lo ou para, momentaneamente, de agir individualmente).

Assim, se não lhe foi conferida a opção de escolher, não foi retirada a legitimidade do autor da demanda coletiva para tratar da pretensão de determinado indivíduo que também tem

nos autos do processo” (DIDIER JR., F.; ZANETI JR., H. *Curso...*, v. 4, p. 179). A tarefa de conferir ciência cabe tanto ao réu como ao magistrado *ex officio* (matéria de ordem pública), cf. VENTURI, E. *Processo Civil Coletivo...*, ob. cit., p. 364.

³⁸⁹ Cf. GIDI, A. *Cosa julgada e litispendência...*, ob. cit., p. 202-203.

³⁹⁰ DIDIER JR., F.; ZANETI JR., H. *Curso...*, ob. cit., v. 4, p. 181.

³⁹¹ VENTURI, E. *Processo Civil Coletivo...*, ob. cit., p. 366.

ação individual em curso. As duas ações se identificam e acabam tramitando simultaneamente. A distinção que se deve fazer é em relação a qual sentença transita em julgado primeiro.

Se a primeira sentença for a individual de improcedência e depois vier uma sentença coletiva de procedência, isso em nada afetará o indivíduo, considerando que se trate da mesma causa de pedir. É que este – com a sentença individual, o trânsito em julgado e a coisa julgada – já terá exercido a sua pretensão à tutela jurisdicional, não havendo mais o que o substituto exercer por ele. Já se esgotou. Encerra-se a substituição. Quando formada a coisa julgada material, isso exclui a legitimidade do ente coletivo, que passa não mais a tratar da pretensão individual já julgada com caráter de imutabilidade. Portanto, não haverá conflito entre coisas julgadas (a decorrente da procedência na esfera coletiva não o atinge – a eficácia da sentença não mais lhe diz respeito). Caberá ação rescisória como de qualquer outra sentença, se preenchidos os requisitos legais.³⁹²

Por outro lado, ainda na hipótese de o réu não ter cientificado o indivíduo da pendência da ação coletiva, se a primeira sentença transitada em julgado for a coletiva favorável, isso não impedirá a formação de coisa julgada na esfera individual. Se nesta for julgada improcedente a demanda individual, o interessado terá, nos termos do art. 495 do CPC, dois anos do trânsito em julgado para desconstituir a segunda coisa julgada, ofensiva à primeira³⁹³. Passado o prazo sem o ajuizamento da demanda rescisória, qual dos julgamentos, ambos revestidos pela coisa julgada, deve prevalecer? Tendo em vista que o prazo de dois anos é para desconstituir a segunda coisa julgada, a doutrina indica que não é o segundo julgado que deve ser simplesmente desconsiderado, como se não existisse; se fosse o caso de prevalecer sempre o primeiro, não haveria necessidade de abrir prazo rescisório^{394 395}.

³⁹² “Com efeito, se a sentença no processo individual transita em julgado antes daquela do processo coletivo, não há como o consumidor vir a ser por esta beneficiado, por já ter sido atingido em sua esfera jurídica individual pela coisa julgada *inter partes*. [...] Afigura-se-nos que o consumidor poderá eventualmente nas rígidas hipóteses do art. 485 do CPC. É possível até mesmo ação de perdas e danos contra o fornecedor que, maliciosamente ou não, omitiu-se a prestar informação da existência e ação coletiva em curso contemporaneamente à ação individual” (GIDI, A. *Coisa julgada e litispendência...*, ob. cit., p. 203-204).

³⁹³ “Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: [...] IV - ofender a coisa julgada”.

³⁹⁴ Conforme Arenhart e Marinoni: “É absurdo pensar que a coisa julgada, que poderia ser desconstituída até determinado momento, simplesmente *desaparece* quando a ação rescisória não é utilizada. *Se fosse assim, não haveria razão para o art. 485, IV, e, portanto, para a propositura da ação rescisória, bastando esperar o escoamento do prazo estabelecido para seu uso*” (MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C. *Processo de conhecimento*, ob. cit., p. 669).

³⁹⁵ Quanto a esta hipótese, de a sentença coletiva ser a primeira a transitar em julgado, Gidi acredita haver ofensa à coisa julgada, cabível portanto ação rescisória para afastar a coisa julgada do processo individual (GIDI, A. *Coisa julgada e litispendência...*, ob. cit., p. 204)

Para concluir, cabe analisar rapidamente o que acontece com quem já teve sua ação julgada antes de ajuizada a demanda coletiva. Poderá o interessado se beneficiar da procedência no processo coletivo se não tiver obtido sucesso na via individual?

Com a contradição entre os julgados, poder-se-ia cogitar a violação da isonomia, à medida que “*todos os titulares do direito individual homogêneo tutelado mediante a ação coletiva poderiam beneficiar-se, à exceção daqueles que tomaram a iniciativa de buscar amparo jurisdicional por contra própria e foram mal-sucedidos*”³⁹⁶.

Porém, para Elton Venturi, não parece que haveria tal violação. Pôde o indivíduo participar do seu processo individual e, quando isso acontece, “desaparece o principal fundamento que orientou o legislador a garantir o aproveitamento *in utilibus* dos provimentos da procedência das ações coletivas, precisamente a presunção (relativa) de inacessibilidade pessoal à justiça”. A igualdade não deveria ser verificada sob a ótica material, mas também processual.³⁹⁷

Por outro lado, para Abelha Rodrigues e Klippel, deveria a coisa julgada ligada ao processo individual ser “relativizada ante a procedência da tutela metaindividual e a demonstração de que a situação particular do sujeito se encaixa na moldura da decisão coletiva”³⁹⁸.

Considerando que se tenha a mesma causa de pedir, é de se dar razão a Pedro da Silva Dinamarco, prevalecendo a coisa julgada formada no processo individual. Tal autor entende que, a rigor, “não irá formar-se uma segunda coisa julgada sobre a mesma situação; essa segunda demanda é como se não existisse para o autor individual”³⁹⁹.

Essa hipótese se assemelha à primeira aqui mencionada. Se o (afirmado) titular do direito já exerce a sua pretensão à tutela jurisdicional e chega a um julgamento imutável, fica inviabilizada qualquer ação do substituído. Assim, como a formação de coisa julgada acontece, na circunstância analisada, antes mesmo da propositura de demanda coletiva, quando esta for ajuizada o autor individual já não constará mais do feixe de substituídos. Assim, não haverá conflito de coisa julgada. Ação rescisória para desconstituir a coisa julgada

³⁹⁶ VENTURI, E. *Processo Civil Coletivo...*, ob. cit., p. 359.

³⁹⁷ VENTURI, E. *Processo Civil Coletivo...*, ob. cit., p. 367-368.

³⁹⁸ RODRIGUES, M. A.; KLIPPEL, R. *Comentários à Tutela Coletiva...*, ob. cit., p. 172. Argumentam que, considerando “que o Brasil é um país com tantas desigualdades sociais, é de se pensar na situação do sujeito, economicamente hipossuficiente, que ajuíza uma demanda sem condições ideais (sem representação por meio de um advogado preparado, etc.), que é derrotado e que, por esse motivo, não se poderá valer de demanda coletiva que foi *a posteriori* ajuizada pelo *parquet*, possuindo outro tratamento e dimensão” (Idem. Ibidem, loc. cit.). Como observação, tanto o transcrito no corpo do texto como aqui são referidos pelos autores considerando a aplicação do art. 104 em relação a qualquer dos incisos do art. 103.

³⁹⁹ DINAMARCO, P. da S. *Ação civil pública*, ob. cit., p. 109.

decorrente do processo individual só será cabível por alguma outra razão, que não a ofensa de coisa julgada, devendo se enquadrar em uma das previsões legais (art. 485, CPC).

Quanto a eventuais situações não isonômicas, ao menos em parte, elas poderiam ser evitadas de outra forma, sem ser necessário lançar mão de teorias relativistas, além de se conferir maior eficiência ao Judiciário.

3.3 Suspensão: uma escolha ou uma imposição?

Para Elton Venturi, a suspensão da ação individual, após a devida comunicação, seria um *direito potestativo*. Com a opção pela não suspensão, estaria o sujeito “expressamente abdicando do direito de aproveitamento *in utilibus* do julgamento daquela”.⁴⁰⁰

Para Gidi, também se trata de um direito potestativo, não comportando objeção do réu ou do juiz. De todo modo, algumas alegações seriam possíveis, tais como inexistência de ação coletiva, ação coletiva com objeto diverso, ação coletiva com decisão já transitada em julgado, requerimento intempestivo e prévia prolação de decisão final individual.⁴⁰¹

Nessa linha, é possível a qualquer tempo que o beneficiário requeira a retomada do seu processo que havia sido suspenso para aguardar a decisão coletiva. Isso, porém, segundo Gidi, não possibilitará outro requerimento de suspensão pelo mesmo motivo, ainda que não tiver decorrido todo o prazo de 30 dias. A oportunidade se abre uma única vez, “não lhe sendo lícito ‘se arrepender de haver-se arrependido’”.⁴⁰²

Considerando o que foi visto sobre a implicação da não suspensão, que retira a legitimidade do ente coletivo para buscar a proteção deste direito individual específico cujo titular preferiu prosseguir com a ação individual, a possibilidade de se poder requerer uma única vez faz total sentido.

Pouco importando se a demanda coletiva foi proposta antes ou depois da individual, ao optar pela suspensão da ação singular, o interessado expressa sua intenção de que quer continuar a fazer parte do grupo, isto é, que quer que sua pretensão continue sendo discutida no âmbito coletivo. Se, por outro lado, desistir da suspensão, assim como acontece quando desde logo a rejeita, estará se excluindo do grupo e retirando a legitimidade do ente coletivo para a busca de tutela da sua situação individual. Não há como, depois disso, querer voltar

⁴⁰⁰ VENTURI, E. *Processo Civil Coletivo...*, ob. cit., p. 184.

⁴⁰¹ GIDI, A. *Coisa julgada e litispendência...*, ob. cit., p. 204-205.

⁴⁰² GIDI, A. *Coisa julgada e litispendência...*, ob. cit., p. 205.

para a esfera coletiva. Sequer a extinção de sua ação individual sem resolução de mérito possibilitará o retorno: *a sua opção já foi feita*, já não está mais entre aqueles que estão tendo tratamento coletivo das pretensões.⁴⁰³

Por outro lado, essa suspensão pode ser vista não necessariamente como um direito do demandante. Didier Jr. e Zaneti Jr. entendem que se poderia, concretizando os direitos fundamentais da efetividade da tutela jurisdicional, da segurança e da duração razoável do processo, reconhecer que a suspensão das ações individuais quando pendente a coletiva é questão de interesse público, não devendo ficar na dependência da vontade do particular. Afirmam que se trata “de uma exigência de ordem pública, não só decorrente da necessária racionalização do exercício da função jurisdicional, como forma de evitar decisões diversas para situações semelhantes, o que violaria o princípio da igualdade”.⁴⁰⁴

Lembram que a regra já está prevista para as ações de controle concentrado de constitucionalidade, podendo se fazer uma interpretação analógica para as demais ações coletivas. Ainda, seria de se considerar que o sistema jurídico brasileiro vem adotando diversos mecanismos a fim de minimizar decisões divergentes (súmula vinculante, precedentes, art. 285-A do CPC). Poderia também servir de parâmetro para o relacionamento entre ação coletiva e a ação individual, segundo afirmam, o modelo de “conexão por afinidade” dos recursos repetitivos (arts. 543-B e 543-C).⁴⁰⁵

De fato, suspensão “automática” pode evitar diversos problemas. Por um lado, afastaria eventuais ofensas à coisa julgada ou situações não isonômicas vistas acima. Por outro, estaria em consonância com o princípio da eficiência do Judiciário, evitando gastos desnecessários e aprimorando a gestão dos processos.⁴⁰⁶

Como se verá a seguir, há outro entendimento acerca do art. 104, no sentido de o dispositivo não se aplicar para direitos individuais homogêneos. Se se considerar não ser a regra de suspensão, após cientificação, para ser beneficiado pertinente aos direitos de massa, é de se cogitar ausência de *opção* pela suspensão ou não da ação individual. Porém, como visto, há litispendência (não no sentido da consequência, mas de já haver a mesma ação em curso), sendo portanto necessário que algo seja feito a respeito de uma delas, evitando não só repetição desnecessária de atos como também eventual conflito de julgamentos acobertados

⁴⁰³ Elton Venturi afirma que, na hipótese de opção pela não suspensão, “entende-se que *abdicou integral e definitivamente de eventual benefício* que lhe adviria do resultado de procedência da ação coletiva, apostando unicamente no êxito de sua demanda para obtenção da tutela pretendida” (VENTURI, E. *Processo Civil Coletivo...*, ob. cit., p. 349).

⁴⁰⁴ DIDIER JR., F.; ZANETI JR., H. *Curso...*, ob. cit., v. 4, p. 183-184.

⁴⁰⁵ DIDIER JR., F.; ZANETI JR., H. *Curso...*, ob. cit., v. 4, p. 184-185.

⁴⁰⁶ Ainda, pode ser vista como uma hipótese de aplicação do critério da proporcionalidade panprocessual, de origem na doutrina italiana— v. (II)5.2, infra.

por coisa julgada (na hipótese de haver primeiro sentença coletiva de procedência e depois individual de improcedência).

No âmbito do “processo civil individual”, a extinção da ação sem julgamento de mérito em decorrência da litispendência evita a eventual formação de coisa julgada relativa a sentenças que resolvem a mesma causa, relativa à mesma demanda. Já na esfera coletiva, viu-se que, em caso de improcedência, não há formação de coisa julgada para os (supostamente) titulares dos direitos individuais homogêneos (excetuados aqueles que optarem por não suspender e aqueles que já tenham sentença individual transitada em julgado, conforme visto). Assim, havendo uma hipótese de não formação de coisa julgada, não faria sentido impor a consequência de, desde logo, extinguir-se a ação individual sem resolução de mérito. Daí porque ser necessária a suspensão. Evita-se o curso da mesma ação concomitantemente, mas se garante que, caso ação coletiva seja extinta com julgamento de improcedência ou até mesmo sem resolução de mérito, possa a ação individual retomar o seu curso.

Vale lembrar que o próprio STJ, em decisão de recurso repetitivo paradigma, já entendeu cabível a suspensão compulsória das ações individuais que se identifiquem com a ação coletiva. Trata-se da decisão no recurso especial nº 1.110.549-RS, interposto de acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que manteve a suspensão da ação singular que visava à obtenção de valores de correção monetária decorrente de planos econômicos, tendo em vista o ajuizamento de demanda coletiva. No voto do relator, assim ficou consignado:

O enfoque jurisdicional dos processos repetitivos vem decididamente no sentido de fazer agrupar a macro-lide neles contida, a qual em cada um deles se repete, em poucos processos, suficientes para o conhecimento e a decisão de todos os aspectos da lide, de modo a cumprir-se a prestação jurisdicional sem verdadeira inundação dos órgãos judiciários pela massa de processos individuais, que, por vezes às centenas de milhares, inviabilizam a atuação judiciária.

Efetivamente o sistema processual brasileiro vem buscando soluções para os processos que repetem a mesma lide, que se caracteriza, em verdade, como uma macro-lide, pelos efeitos processuais multitudinários que produz.

[...] No atual contexto da evolução histórica do sistema processual relativo à efetividade da atividade jurisdicional nos Tribunais Superiores e nos próprios Tribunais de origem, as normas processuais infraconstitucionais devem ser interpretadas teleologicamente, tendo em vista não só a realização dos direitos dos consumidores mas também a própria viabilização da atividade judiciária, de modo a efetivamente assegurar o disposto no art. 81 do Código de Defesa do Consumidor, de forma que se deve manter a orientação firmada no Tribunal de origem, de aguardo do julgamento da ação coletiva, prevalecendo, pois, a suspensão do processo, tal como determinado pelo Juízo de 1º Grau e confirmado pelo Acórdão ora recorrido.

Atualizando-se a interpretação jurisprudencial, de modo a adequar-se às exigências da realidade processual de agora, deve-se interpretar o disposto no art. 81 do Código de Defesa do Consumidor, preservando o direito de ajuizamento da pretensão individual na pendência de ação coletiva, mas suspendendo-se o prosseguimento desses processos individuais, para o aguardo do julgamento de

processo de ação coletiva que contenha a mesma macro-lide (REsp 1.110.549-RS, 2ª Seção do STJ, Min. Rel. Sidnei Beneti, j. 28/10/2009, DJ 14/12/2009).

Parece viável entender que deve haver suspensão *ex officio* das ações individuais se pendente a ação coletiva para tutela de massa. Evidentemente, a suspensão seria só das ações relativas a direitos realmente “homogêneos”. A semelhança entre as situações materiais é indissociável da lógica da tutela coletiva dos direitos. Na hipótese de suspensão indevida, o prejudicado tem meios processuais para impugnar o ato, tal como o agravo de instrumento. Ainda, se devida a suspensão, eventual argumento de que a paralisação poderia gerar prejuízo ao demandante individual não parece ser suficiente para afastar a compulsoriedade: nos termos do art. 265, §3º, do CPC, embora não seja permitida a prática de atos processuais durante a suspensão, “poderá o juiz, todavia, determinar a realização de atos urgentes, a fim de evitar dano irreparável”.

Por todo o exposto neste e no capítulo anterior, foi possível perceber qual é o funcionamento da coisa julgada em relação às ações para tutela de direitos individuais homogêneos. Para completar a compreensão do que se tem hoje, passa-se à análise de alguns fenômenos que são referidos pela lei ou por parte da doutrina como relativos à coisa julgada, mas que, a rigor, não o são.

4. Ainda coisa julgada?

4.1 Lei 9.494/1997, art. 2º-A: ação ainda coletiva?

Falou-se anteriormente a respeito da problemática que envolve a substituição processual nas ações que visam à tutela de direitos individuais homogêneos. Há uma questão, ainda, não abordada. Trata-se das alterações legislativas operadas pela Lei 9.494/1997, na redação conferida pela Medida Provisória 2.180-35/2001. Assim atualmente dispõe:

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.

Arenhart, já ao tempo da edição da mencionada medida provisória, alertava que o art. 2º-A acabou por transformar “a ação coletiva em ação individual com substituição processual voluntária tradicional”; pior ainda, o parágrafo único, que fez da legitimação mera representação processual.⁴⁰⁷ Assim, as ações coletivas propostas por associações sofrem considerável restrição, chegando, até mesmo, a descaracterizar o instrumento como sendo um mecanismo de tutela *coletiva*.⁴⁰⁸

Quanto ao *caput*, para Ada Pellegrini Grinover, a alteração é ineficaz. Entende, primeiro, que a restrição cabe apenas a direitos coletivos e individuais homogêneos. Segundo, não produziu o efeito esperado, pois não se trata de algo relacionado à eficácia da sentença, mas ao pedido. Assim, não tendo havido nenhuma alteração nesse sentido, continua valendo a competência territorial do art. 93 do CDC, que prevê órgão com competência para causas de

⁴⁰⁷ ARENHART, S. C. *Perfis...*, ob. cit., p. 412-413, nota de rodapé 447. Kazuo Watanabe afirma que “o dispositivo confunde a figura da representação, para a qual a própria Constituição prevê a necessidade de autorização dos associados (art. 5º, XXI), com a da legitimação às ações coletivas” (WATANABE, K. Capítulo I..., ob. cit., p. 823).

⁴⁰⁸ Cruz e Tucci, em comentário ao art. 82 do CDC, muito antes da alteração legal, já alertava: “Se o texto legal impusesse aquela autorização, como pressuposto de existência do processo, estaria descaracterizando a legitimação extraordinária, para confundir-la com a representação processual, hipótese em que, como é curial, não se dá a defesa de interesse alheio em nome próprio, mas sim a atuação em nome de outrem” (CRUZ E TUCCI, J. R. Código do Consumidor e processo civil..., ob. cit., p. 34).

abrangência local, regional e nacional.⁴⁰⁹ O problema é semelhante ao que será visto adiante, acerca da atual redação do art. 16 da LACP.

Em relação ao parágrafo único, a doutrina considera como inaplicável tal dispositivo, eivado por inconstitucionalidade, ao violar não só a isonomia como o acesso à justiça⁴¹⁰. Assim afirma Kazuo Watanabe:

A exigência de autorização assemblear, acompanhada da relação nominal dos associados e da indicação dos respectivos endereços, que representa um obstáculo para o acesso das associações à justiça e que é limitada às demandas intentadas contra o Estado e suas entidades autárquicas e fundacionais, é uma clara demonstração de privilégio que não se coaduna com o princípio da igualdade processual, decorrente da isonomia garantida pela Constituição. Não se trata de prerrogativa, que poderia se justificar em face da complexa organização dos órgãos estatais ou paraestatais e que autoriza que se tratem desigualmente os desiguais. Nenhuma facilitação da atividade defensiva surgirá para o Estado dessa exigência, que tem apenas o intuito de dificultar o acesso à justiça das associações que contra ele litigam.⁴¹¹

A única hipótese de aplicação é com objetivos estranhos à tutela coletiva, “quando a associação estiver em juízo demandando interesses individuais e privados de seus associados, caso em que, efetivamente, a representação fica na dependência da expressa autorização assemblear”⁴¹².

Para concluir, note-se que o parágrafo único, aplicável somente em hipóteses de defesa de direitos individuais (divisíveis), é uma restrição anterior ao problema da coisa julgada. Como os direitos daqueles que não estão sendo *representados* pela entidade associativa, não estão sendo debatidos em juízo, não haverá decisão sobre eles e, conseqüentemente, não se formará coisa julgada a respeito. Os que não tiverem sido representados sofrerão os efeitos da sentença como qualquer terceiro, podendo afastar eventual prejuízo quando houver efeito reflexo, como já mencionado inúmeras vezes.

⁴⁰⁹ GRINOVER, A. P. Das Ações Coletivas..., ob. cit., p. 923-924.

⁴¹⁰ MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C. *Procedimentos Especiais*, ob. cit., p. 310, nota de rodapé 3; com base em WATANABE, K. Capítulo I..., ob. cit., p. 823. Também pela inconstitucionalidade: NERY JR., N.; NERY, R. M. de A. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006, p. 517: quando a associação age em nome próprio, dispensa autorização, pois não estará representando os associados.

⁴¹¹ WATANABE, K. Capítulo I..., ob. cit., p. 823.

⁴¹² Ver, por exemplo, MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C. *Procedimentos Especiais*., ob. cit., p. 310. O STJ, de todo modo, aplica o dispositivo, v. decisão recente: DIREITO PROCESSUAL CIVIL. EFEITOS DA SENTENÇA PROFERIDA EM AÇÃO COLETIVA. SINDICATO. Somente serão alcançados pelos efeitos de sentença proferida em ação de caráter coletivo os substituídos processuais domiciliados, à época da propositura da demanda, no território da competência do órgão prolator do decisum, nos termos do que dispõe o art. 2º-A da Lei n. 9.494/1997. Precedentes citados: AgRg no REsp 1.279.061-MT, DJe 26/4/2012. (AgRg no REsp 1.338.029-PR, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 13/11/2012).

4.2 Art. 16 da LACP e Lei 9.494/1997

A Lei 9.494/1997 conferiu nova redação ao art. 16 da LACP, dispondo que haverá coisa julgada *erga omnes* “nos limites da competência territorial do órgão prolator”. A modificação ensejou uma discussão a respeito do seu significado e até mesmo sobre sua eficácia⁴¹³.

João de Almeida objeta a alteração legislativa, considerando que, por meio de medida provisória, “o governo usou o seu poder de império para alterar a legislação da maneira como lhe convinha, desnaturando a principal marca da ação civil pública – a coisa julgada –, tão logo se sentiu ameaçado com algo que não deveria incomodá-lo: a defesa coletiva de cidadãos, contribuintes, funcionários públicos, etc.”⁴¹⁴

É fato que, de modo geral, a Lei 9.494/1997 é objeto de severas críticas por parte da doutrina, pois operou diversas restrições tanto às ações coletivas (como visto, por exemplo, quanto ao art. 2º-A) como à antecipação de tutela em desfavor da Fazenda Pública. Relativamente à alteração operada no art. 16 da LACP não é diferente⁴¹⁵.

O dispositivo menciona que seria limitação da “coisa julgada”. Porém, haveria como restringir territorialmente a imutabilidade? Também, a mudança despertou discussão a respeito da aplicabilidade do dispositivo a quais ações coletivas. Seria apenas às propostas com base na LACP? Seria às ações para tutela de quaisquer direitos coletivos *lato sensu*?

4.2.1 Entendimento doutrinário pela nulidade ou ineficácia

Um primeiro posicionamento é o daqueles que acreditam que a alteração operada não é simplesmente ineficaz. Seria *nula*. Isso porque, considerando que o art. 103 do CDC teria revogado tacitamente o art. 16 da LACP⁴¹⁶ e que não existe reprivatização tácita, se “mantém a

⁴¹³ A discussão sobre os “limites territoriais”, porém, não era exatamente nova ao tempo da alteração, pois, conforme lembra Gidi, já Galeno Lacerda, por exemplo, questionava a abrangência da coisa julgada *erga omnes*; mesmo diante da redação original do dispositivo, afirmava que uma decisão proferida em um estado-membro não poderia ser imposta a outros (GIDI, A. *Coisa julgada e litispendência...*, ob. cit., p. 87).

⁴¹⁴ ALMEIDA, J. B. de. *Aspectos controvertidos...*, ob. cit., p. 228-229.

⁴¹⁵ Para Ada Pellegrini Grinover a limitação da coisa julgada não só significa multiplicação das demandas, o que vai na contramão da filosofia do processo coletivo e contribui para sobrecarregar os tribunais, como também “pecou pela incompetência”, como será visto adiante (GRINOVER, A. P. *Das Ações Coletivas...*, ob. cit., p. 919). Há, inclusive, comentários no seguinte sentido: “a verdade é que as críticas à mudança do dispositivo são até desnecessárias, já que são irrespondíveis pela própria pequenez das modificações” (RODRIGUES, M. A.; KLIPPEL, R. *Comentários à Tutela Coletiva...*, ob. cit., p. 103).

⁴¹⁶ Também, v. NERY JR., N.; NERY, R. M. de A. *Constituição Federal comentada...*, ob. cit., p. 513.

premissa de que o regime jurídico da coisa julgada nas demandas que sigam o rito preconizado pela LACP e pelo CDC é o dos art. 103 e 104 da Lei 8.078/90⁴¹⁷.

Há também quem considere *ineficaz*. Por exemplo, para João de Almeida, “a alteração não foi tão completa quanto se desejou, pois o inc. I do art. 103 do CDC – que tem idêntica redação à do art. 16 da LACP – não foi contemplado com a mesma restrição, de sorte que ainda pode ser utilizado para afastar a limitação arbitrariamente imposta”. Acrescenta que nada se reduziu no que toca aos direitos coletivos e individuais homogêneos (art. 103, II e III, do CDC). Também, indica que “a alteração não correspondeu à boa técnica, pois não aludiu ao objeto do processo, limitando unicamente os efeitos da coisa julgada, esquecendo que os efeitos desta são determinados pelo pedido – que não sofreu qualquer restrição, já que não se alterou o art. 93 do CDC”⁴¹⁸.

Para Ada Pellegrini Grinover, é totalmente ineficaz o acréscimo feito ao art. 16 da LACP. Em primeiro lugar, considerando a necessidade de serem os dispositivos do CDC lidos de forma integrada com a LACP, argumenta que o art. 16 desta só diz respeito aos direitos difusos e, “quando muito”⁴¹⁹, coletivos, em correspondência aos incisos I e II do CDC, dispositivos que também tratam da insuficiência de provas. Não tem aplicação aos direitos individuais homogêneos, pois, segundo afirma, o regime seria totalmente diverso. Assim, a modificação não teria surtido nenhum efeito em relação ao tratamento coletivo de direitos individuais.⁴²⁰

Embora pertinente a direitos essencialmente coletivos, seria em relação a eles igualmente inoperante, em razão da competência territorial⁴²¹. Afirma que:

O acréscimo da expressão ‘nos limites da competência territorial do órgão prolator’ não pode ficar desvinculado da fixação da referida competência territorial, determinada pelo Código de Defesa do Consumidor no art. 93 (aplicável à Lei nº 7.347/85, por força de seu art. 21), de modo que o entendimento de que as regras do art. 93 regem todos os processos coletivos – e não apenas os voltados à defesa dos interesses individuais homogêneos⁴²²: [...] leva à inarredável conclusão de que a intenção do Executivo ficou frustrada, e inócua acabou sendo a expressão. Isso

⁴¹⁷ É o que afirmam, comentando a “doutrina especializada”, RODRIGUES, M. A.; KLIPPEL, R. *Comentários à Tutela Coletiva...*, ob. cit., p. 96.

⁴¹⁸ ALMEIDA, J. B. de. *Aspectos controvertidos...*, ob. cit., p. 229.

⁴¹⁹ Para ela, “Na verdade, a regra do art. 16 da LACP só se coaduna perfeitamente ao inc. I do art. 103, que utiliza a expressão *erga omnes*, enquanto o inc. II se refere à coisa julgada *ultra partes*” (GRINOVER, A. P. *Das Ações Coletivas...*, ob. cit., p. 920).

⁴²⁰ GRINOVER, A. P. *Das Ações Coletivas...*, ob. cit., p. 921.

⁴²¹ GRINOVER, A. P. *Das Ações Coletivas...*, ob. cit., p. 921.

⁴²² “Embora inserido no capítulo atinente às ‘ações coletivas em defesa de interesses individuais homogêneos’, o art. 93 do CDC rege todo e qualquer processo coletivo, estendendo-se às ações em defesa de interesses difusos e coletivos” (GRINOVER, A. P. *Das Ações Coletivas...*, ob. cit., p. 874).

porque os limites da competência territorial, nas ações coletivas, são exatamente os do art. 96 (*lex specialis*) e não os do Código de Processo Civil.⁴²³

Ademais, além de o art. 93 ter conferido ampla competência (de abrangência regional e até nacional), em conclusão, afirma que o que limita a coisa julgada é o mesmo pedido, e a alteração pela Lei 9.494/97 não mencionou qualquer modificação quanto ao objeto do processo. Assim, se o pedido é amplo, “o juiz competente o será para julgar a respeito de todo o objeto do processo”.⁴²⁴

Para Nery Jr. e Nery também há ineficácia da alteração, porque não se alterou o art. 103, além de ser a mudança inconstitucional. Haveria confusão entre competência e limites subjetivos da coisa julgada. Afirmam que, “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 presença produzirá efeitos *erga omnes* ou *ultra partes*, conforme o caso [...] em todo o território nacional”.⁴²⁵

4.2.2 Aplicabilidade somente às ações de massa?

Primeiramente, se se sustenta que a LACP e o CDC, junto com outras leis específicas, constituem o “microssistema processual coletivo”, não parece que seja necessário que a alteração legislativa, para produzir todos os efeitos, tenha de ser operada em todos os diplomas. Justamente porque fazem parte do mesmo microssistema, as disposições, de modo geral, entrelaçam-se.

De todo modo, a alteração do dispositivo evidentemente não toca à coisa julgada.

Como afirma Zavascki, “é incompreensível como se pode cindir territorialmente a imutabilidade assim constituída, limitando-a, por exemplo, a uma Comarca, ou a uma cidade”. Ainda, uma vez que tal imutabilidade não compromete a eficácia nem muda o conteúdo da sentença, haveria, com a limitação, “uma estranha sentença, com duas qualidades: seria válida, eficaz e *imutável* em determinado território, mas seria válida, eficaz e *mutável* fora do território”.⁴²⁶

Arenhart também percebe que a ideia de limitar a coisa julgada não é só ilógica como contrária ao regime do instituto. Ou a declaração é imutável ou não é:

⁴²³ GRINOVER, A. P. Das Ações Coletivas..., ob. cit., p. 881.

⁴²⁴ GRINOVER, A. P. Das Ações Coletivas..., ob. cit., p. 922-923.

⁴²⁵ NERY JR., N.; NERY, R. M. de A. *Constituição Federal comentada...*, ob. cit., p. 515.

⁴²⁶ ZAVASCKI, T. A. *Processo Coletivo...*, ob. cit., p. 79.

Ora, pensar que uma qualidade de um efeito só existe em determinada porção do território seria o mesmo que dizer que uma fruta só é vermelha em certo lugar do país; ou a fruta é vermelha, ou não é, da mesma forma que só se pode pensar em uma sentença imutável perante a jurisdição nacional, *e nunca em face de parcela desta jurisdição*. Se um juiz puder decidir novamente a causa já decidida, em qualquer lugar do Brasil (da jurisdição brasileira), então é porque não existe sobre a decisão anterior coisa julgada.⁴²⁷

O que se pretendeu fazer foi a limitação dos efeitos da sentença. Para Batista de Almeida, o que se intentou com a alteração foi “fazer com que a sentença, na ação civil pública, tivesse seus efeitos limitados à área territorial da competência do juiz que a prolatou, com isso afastando a possibilidade de decisões e sentença com abrangência regional e, principalmente, nacional”⁴²⁸.

Quanto a isso, Arenhart destaca:

Os efeitos da decisão (que se operam no mundo real) operam-se em sentidos imprevisíveis e não podem ser contidos pela vontade do legislador. Assim como uma pessoa divorciada não pode ser apenas na cidade onde foi prolatada a sentença de seu divórcio (passando a ser casada em outros municípios), uma sentença proferida em ação civil pública não pode ter seus efeitos limitados a certa porção do território nacional. Os efeitos da sentença operam-se onde devem operar-se, e não onde o legislador queria que eles se verifiquem. A condenação do réu se dá onde quer que esteja ele, e não apenas na cidade A ou B. Os efeitos da sentença, enfim, acompanham os sujeitos da controvérsia e do processo, bem como a relação jurídica deduzida e examinada judicialmente, pouco importando onde essa relação tenha sido formada ou extinta, ou onde estejam seus sujeitos.⁴²⁹

Realmente, quando a sentença tem determinada eficácia, não há como saber de antemão todos os efeitos que podem daí decorrer. A eficácia “atualiza-se” em um efeito, podendo inclusive ser gerados inúmeros efeitos reflexos⁴³⁰. Porém, talvez a limitação que se pretendeu seja ainda anterior, isto é, talvez se tenha pretendido limitar a própria eficácia, no sentido de dizer respeito apenas a situações da área de abrangência da competência do órgão prolator da decisão.

Porém, só é possível⁴³¹ “dividir” a eficácia quando ela não diga respeito a uma situação indivisível. Se a limitação for aplicável, o será somente para direitos individuais homogêneos –várias situações tratadas coletivamente (cada uma é individualizável)⁴³².

⁴²⁷ ARENHART, S. C. *Perfis...*, ob. cit., p. 415.

⁴²⁸ ALMEIDA, J. B. de. *Aspectos controvertidos...*, ob. cit., p. 228.

⁴²⁹ ARENHART, S. C. *Perfis...*, ob. cit., p. 416.

⁴³⁰ V. (I)3.3.2.2, supra.

⁴³¹ Pode ser possível, mas não deixa de ser indesejável.

⁴³² ZAVASCKI, T. A. *Processo Coletivo...*, ob. cit., p. 108, nota de rodapé 338. Para Eduardo Arruda Alvim, não há razões para, como faz Grinover, restringir a aplicação do dispositivo aos incisos I e II do art. 103 do CDC,

Quando a ação objetiva a tutela de direitos essencialmente coletivos, a eficácia da sentença dirá respeito diretamente ao titular do direito, uma coletividade, de modo que, para além de os próprios efeitos serem ilimitáveis aprioristicamente, não há como a eficácia atingir só uma parcela; não tem como uma parte da coletividade ser atingida e outra não, justamente porque o direito não pertence a cada integrante, mas indivisivelmente à coletividade.

Quantos aos “limites da competência do órgão prolator”, de fato, como salientado por alguns autores citados acima, a verificação de quais seriam tais limites deve considerar a competência *para as ações coletivas*, prevista no art. 93 do CDC, isto é, pode ser local, regional ou nacional, conforme a propagação das situações individuais homogêneas⁴³³.

Porém, o que acontece se a petição inicial for apresentada a um órgão de competência territorial mais restrita do que a abrangência pretendida pelo legitimado extraordinário? Deve ser ordenada emenda pelo autor? Ou a parte que extrapola deve ser simplesmente desconsiderada?

Sem dúvida, tratando-se de competência absoluta⁴³⁴, embora territorial, deve haver remessa inclusive *ex officio* ao foro competente. Se não o for, segundo Talamini, e o juízo incompetente proferir a sentença, “essa será eficaz apenas para os beneficiários abrangidos pela competência territorial do órgão prolator”⁴³⁵.⁴³⁶

Para além de a limitação, como apontada por parte da doutrina violar a isonomia e ir contra a lógica da tutela coletiva, a limitação da eficácia conforme a (in)competência acaba por gerar um problema.

Talamini afirma que o artigo em análise conjugado com o de competência estabeleceriam um “regime jurídico especial para a incompetência territorial nas ações coletivas”⁴³⁷. Até se pode imaginar que essa tenha sido a “intenção do legislador”, pretendendo limitar ao máximo a efetividade da tutela coletiva. Porém, um regime como esse

considerando a “simbiose” entre o código consumerista e a LACP e o fato de os direitos individuais homogêneos serem divisíveis (ARRUDA ALVIM, E. Apontamentos..., ob. cit., p. 60).

⁴³³ Diz-se “a propagação das *situações*”, porque não necessariamente será o caso de haver danos. Adota-se neste trabalho o entendimento de que para os direitos individuais homogêneos não é possível apenas se buscar coletivamente a tutela ressarcitória em pecúnia (como parte da doutrina entende considerando a “ação civil coletiva” prevista pelo CDC).

⁴³⁴ GRINOVER, A. P. Das Ações Coletivas..., ob. cit., p. 879.

⁴³⁵ TALAMINI, E. *Coisa julgada...*, ob. cit., p. 127. A competência, para ele, também deve ser averiguada à luz do art. 93 do CDC (Idem. *Ibidem*, loc. cit.).

⁴³⁶ A esta altura resta claro que não se trata de limitação da coisa julgada. Não é que só seriam beneficiados pela coisa julgada *erga omnes* os interessados do local abrangido pela competência do órgão prolator da decisão. Se assim fosse, poderia haver eficácia dizendo diretamente respeito a sujeitos que extrapolem a competência territorial, mas apenas eles não teriam como fazer valer a imutabilidade, isto é, o sucumbente poderia voltar a discutir a questão em relação a tais sujeitos, que não poderiam opor a imutabilidade.

⁴³⁷ TALAMINI, E. *Coisa julgada...*, ob. cit., p. 127.

é injustificável do ponto de vista do tratamento da incompetência absoluta pela legislação processual civil.

Apesar de os atos decisórios proferidos por juízo incompetente serem nulos, não deixam só por isso de ser eficazes. Evidência disso é que há o prazo de dois anos para ajuizamento de ação rescisória quando a sentença tiver sido proferida por juízo absolutamente incompetente (art. 485, II, CPC); depois desse lapso temporal, *não há nada a se fazer* – a declaração, ainda que feita por quem não tinha competência para tanto, resta inevitavelmente imutável para os atingidos pela coisa julgada.

Se outras sentenças podem ser eficazes sem qualquer possibilidade de reverter a situação, não há razão plausível⁴³⁸ para que assim não aconteça para ações coletivas, especificamente as relativas a direitos individuais homogêneos (para as demais não há como limitar). A conclusão possível é a de que, realmente, a alteração apenas evidenciou que as ações coletivas devem observar a competência territorial absoluta. Se não observar, as consequências devem ser as mesmas de uma ação individual – a decisão não perde eficácia, mas fica sujeita à ação rescisória, no prazo estipulado em lei.

4.3. “Coisa julgada” *in utilibus*

4.3.1. Primeiras considerações

Neste trabalho, já foi mencionada uma espécie de “coisa julgada *in utilibus*”. Viu-se que, quanto aos direitos individuais homogêneos, no caso de procedência, a coisa julgada se forma em relação aos titulares do direito, para beneficiá-los. Entretanto, parte da doutrina utiliza a referida expressão (ou a “transporte *in utilibus* da coisa julgada”) para designar outro fenômeno.

No caso dos direitos individuais, a pretensão é a mesma (embora possam ser várias), diferindo quanto à via pela qual se a judicializa⁴³⁹, de modo que não é difícil perceber o que exatamente é “transportado”. Vinculam-se os interessados ao que ficou decidido, à declaração

⁴³⁸ Tampouco cabem considerações de “cunho metajurídico”: “Se, de um lado, é verdade que ela [a limitação] atrita com os objetivos e com a própria utilidade das ações coletivas, não menos verdade também é que as decisões monocráticas com tamanha abrangência, proferidas, algumas vezes, por magistrados inexperientes, podem causar mais malefícios do que benefícios (ARRUDA ALVIM, E. Apontamentos..., ob. cit., p. 60). Se esse era o receio, é insustentável. Não só menospreza a importância e “competência” dos magistrados de primeiro grau, como esquece que para eventuais decisões indevidas temos todo o sistema recursal, não sendo necessária uma alteração como a discutida para evitar que se concretize tal espécie de temor.

⁴³⁹ Considerando que a “extensão” da coisa julgada no caso de direitos individuais homogêneos é diferente do transporte *in utilibus*, DIDIER JR., F.; ZANETI JR., H. *Curso...*, ob. cit., v. 4, p. 359.

feita no âmbito coletivo, mas que diz respeito à sua pretensão individual.

Já no caso da extensão *in utilibus*, para beneficiar os indivíduos, no contexto das ações coletivas relacionadas a direitos transindividuais, considerando que no âmbito coletivo a discussão não é a mesma que haveria ou haverá na esfera individual, a compreensão do que acontece (ou deveria acontecer) requer mais atenção.

Acerca do que seria esse transporte ou coisa julgada *in utilibus* há vários posicionamentos doutrinários, assim como em relação da “coisa julgada *erga omnes*” ligada a direitos individuais homogêneos. Há inclusive certa divergência acerca dos dispositivos legais que dariam suporte a ela.

Gidi, por exemplo, entende que este transporte estaria previsto nos próprios incisos do art. 103 do CDC, quando se fala em coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes* para beneficiar terceiros (membros da comunidade ou coletividade). Esse entendimento é corroborado pelo art. 104 do CDC⁴⁴⁰, referido por outra parte da doutrina como o possibilitador do transporte⁴⁴¹. Há ainda quem conecte o fenômeno ao §3º do art. 103⁴⁴².

A redação destes dois últimos dispositivos é a seguinte:

Art. 103. [...] § 3º Os efeitos da coisa julgada de que cuida o art. 16, combinado com o art. 13 da Lei nº 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.

Art. 104. As ações coletivas, previstas nos incisos I e II e do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes* a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva.

Seja diante de um ou outro dispositivo, muito comumente, afirma-se de maneira genérica que os titulares de direitos individuais “poderão usar em seu proveito a sentença de procedência da ação civil pública, para promover-lhe a execução, sem necessidades de nova sentença em processo de conhecimento. Esta é, aliás, uma das grandes novidades do Código

⁴⁴⁰“O próprio art. 104 conduz irrefragavelmente a este entendimento. Afinal, prescreve esse artigo, *contrario sensu*, que “os efeitos *ultra partes* ou *erga omnes* [na coerência do pensamento do autor, entenda-se efeitos da coisa julgada – imutabilidade – não efeitos da sentença] das ações coletivas em defesa de direitos superindividuais beneficiarão os autores das ações individuais, se for requerida a sua suspensão no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da ciência, nos autos, do ajuizamento da ação coletiva” (GIDI, A. *Coisa julgada e litispendência...*, ob. cit., p. 117-118).

⁴⁴¹ Por exemplo: ARENHART, S. C. *Coisa julgada e coletivização...*, ob. cit., p. 6-7.

⁴⁴² Por exemplo: CRUZ E TUCCI, J. R. *Limites subjetivos e eficácia...*, ob. cit., p. 389.

do Consumidor”⁴⁴³. Uma descrição do transporte *in utilibus* da coisa julgada bastante sucinta seria:

[...] a lei também prevê o transporte *in utilibus* da coisa julgada coletiva (obtida em demandas que discutem interesses difusos e coletivos) para que os indivíduos possam aproveitar dos seus efeitos favoráveis. Isso significa dizer que, julgada procedente a demanda para tutela de interesses difusos e coletivos – que são, como se sabe, interesses mataindividuais e indivisíveis – poderão os sujeitos titulares de direitos conexos a essa pretensão coletiva valer-se da certificação lá havida para dispensar a fase de cognição para a satisfação desses seus direitos individuais. Para tanto, basta que não tenham ainda ajuizado demanda individual ou, se já o fizeram, tenham requerido a sua suspensão no prazo de trinta dias a contar da ciência nos autos da propositura da ação coletiva (art. 104, do CDC).⁴⁴⁴

Antes de passar às explicações propriamente ditas, vale perceber que no art. 104, primeiro, faz-se referência aos incisos I e II do art. 81 e, depois, aos incisos II e III do art. 103, o que é evidentemente ilógico, pois primeiro o fenômeno seria relacionado a direitos difusos e coletivos e, depois, a coletivos e direitos individuais homogêneos. E sequer o termo “*erga omnes*” esclarece alguma coisa, visto que o código assim classifica a coisa julgada tanto em relação aos direitos difusos quanto aos individuais homogêneos.

Não há consenso acerca de qual seria a remissão correta. Para Nelson Nery Jr., “a remissão que o art. 104 faz ao parágrafo único, do art. 81, é sempre aos incs. I e II, e não II e III como constou do texto publicado no DOU”⁴⁴⁵. Outra parte da doutrina entende que seria a todos os três incisos dos arts. 81 e 103⁴⁴⁶.

Quanto à suspensão, é possível que a remissão seja aos três incisos, mas a “utilidade” transportada será diversa, conforme seja direito essencial ou acidentalmente coletivo versado na ação coletiva. Nessa linha de interpretação, a suspensão é uma *opção* do autor da ação individual, e, no contexto dos direitos individuais homogêneos, isso já foi tratado. Se se

⁴⁴³ ALMEIDA, J. B. de. *Aspectos controvertidos...*, ob. cit., p. 226.

⁴⁴⁴ ARENHART, S. C. *Coisa julgada e coletivização...*, ob. cit., p. 6-7.

⁴⁴⁵ NERY JR., N. *O processo civil...*, ob. cit., p. 35.

⁴⁴⁶ Também: ARENHART, S. C. *Perfis...*, ob. cit., p. 414; RODRIGUES, M. A.; KLIPPEL, R. *Comentários à Tutela Coletiva...*, ob. cit., p. 171; VENTURI, E. *Processo Civil Coletivo...*, ob. cit., p. 346-347. Para Grinover, a referência deve ser a todos os incisos do art. 103 ou, ao menos, a I e II, não se podendo em nenhuma hipótese excluir o I (GRINOVER, A. P. *Das Ações Coletivas...*, ob. cit., p. 942). Inclusive, para Gidi, o transporte seria possível a partir de qualquer ação coletiva, ainda que não ajuizada pelos legitimados do CDC ou da LACP. No âmbito da ação popular, Gidi afirma que, com a aplicação do regime da coisa julgada do CDC, há três hipóteses: a) se a ação popular é julgada procedente, o terceiro é beneficiado pela extensão *in utilibus* da coisa julgada coletiva; b) se a ação popular é julgada improcedente, a ação individual pode ter como resultado a procedência; c) se a ação individual é julgada improcedente, procedente pode ser a coletiva. As duas últimas hipóteses são possíveis inclusive por não ficar configurada eventual litispendência entre ação coletiva e ação individual (GIDI, A. *Coisa julgada e litispendência...*, ob. cit., p. 86-87). No mesmo sentido, defendendo uma “interpretação analógica” quanto à ação popular, v. VENTURI, E. *Processo Civil Coletivo...*, ob. cit., p. 410-414.

considerar que a remissão é apenas aos dois primeiros incisos, a suspensão no contexto de massa pode assumir outro caráter, que não meramente uma escolha⁴⁴⁷.

Por fim, no que toca à “litispêndência” que o artigo menciona, também é preciso fazer distinção. Quanto à relação entre a ação coletiva de massa e as ações individuais, já foi dito que há coincidência das ações, mas sem a consequência necessária de extinção de uma sem resolução de mérito⁴⁴⁸. A mesma espécie de relação não se dá entre a ação individual e a para tutela de direitos difusos e coletivos – quanto a isso a referência do art. 104 é desnecessária, bem como a do §1º do art. 103, que estabelece que, no que toca às ações para tutela de direitos essencialmente coletivos, “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”. Exceto na hipótese de cabimento de ação popular, o indivíduo não tem legitimidade para levar à apreciação do Judiciário pretensões coletivas, de modo que a sua ação será mesmo individual, versando sobre pretensão diversa. Portanto, já não haveria falar em litispêndência (e tampouco em coisa julgada) diante do processo civil “tradicional”, isto é, mesmo sem qualquer ressalva pelos arts. 103 e 104 do CDC.⁴⁴⁹

4.3.2 Ampliação do objeto do processo?

Para Eduardo Arruda Alvim, tratando de coisa julgada e direito difusos:

Se ficar decidido, por exemplo, em ação civil pública, que determinada empresa polui um rio, e, *por isso*, tiver sido a mesma condenada a cessar a atividade e a pagar

⁴⁴⁷ V. (II)3.3, supra.

⁴⁴⁸V. (II)3.1.1, supra.

⁴⁴⁹ “[...] em verdade, jamais haverá litispêndência na hipótese versada não porque a norma assim o diz, mas porque não há sequer a viabilidade de serem admitidas ações individuais que tenham como pretensão a tutela de direitos difusos e coletivos, em face da falta de legitimação *ad causam* individual para a proteção dos mencionados direitos supra-individuais. Assim sendo, não será possível objetar nem a ocorrência de litispêndência nem da coisa julgada material entre umas e outras” (VENTURI, E. *Processo Civil Coletivo...*, ob. cit., p. 346). Oliveira Lima, tratando de ação popular, mas em comentário também aplicável em geral às ações para tutela de direitos essencialmente coletivos, afirma: “No exemplo figurado, a ação popular não se confundiria com a individual posteriormente ajuizada pelo candidato, apresentando cada uma delas causa de pedir e pedidos próprios e distintos, daí porque a coisa julgada formada como consequência do julgamento da primeira não poderia ser oposta ao autor da segunda” (LIMA, P. R. de O. *Contribuições...*, ob. cit., p. 74). Ainda: “os interesses individuais não se confundem com os metaindividuais, são interesses de outra dimensão, e, por isso, serão outras as ações, não havendo por que se cogitar de litispêndência ou eventual ofensa à coisa julgada” (CUNHA, A. A. M. da. *Evolução das Ações Coletivas no Brasil*, ob. cit., p. 77-78). Quanto ao §1º, reconhece a doutrina que ele seria desnecessário. Para Grinover, por exemplo, teria caráter meramente didático (GRINOVER, A. P. *Das Ações Coletivas...*, ob. cit., p. 931). Cruz e Tucci é enfático, entendendo que o §1º é totalmente desnecessário: “As ações fundadas em direitos individuais dos integrantes terão sempre objeto e *causa petendi* distintos dos das demandas coletivas. Jamais poderiam ser por elas prejudicadas!” (CRUZ E TUCCI, J. R. *Limites subjetivos e eficácia...*, ob. cit., p. 386). Para Vicente Greco Filho, também não é desnecessário, valendo “a regra, porém, para evitar polêmica” (GRECO FILHO, V. *Comentários aos arts. 101 a 104*, ob. cit., p. 364).

indenização ao FDDD [...], o indivíduo cuja situação específica seja afetada *por esse mesmo evento* poderá, diretamente, promover a liquidação do seu dano (§3º do art. 103 do Código de Defesa do Consumidor). É nesse sentido que a ação versando interesses difusos beneficia diretamente o indivíduo. Havendo condenação na ação civil pública, a responsabilidade dessa *pele mesmo evento (an debeatur)*, atinente aos danos causados a um indivíduo específico, não mais pode ser discutida. [...] Este fenômeno corresponde a dizer que se encontra virtualmente compreendido no bojo do pedido da ação coletiva, a inclusão de proteção às vítimas e de seus sucessores, tendo em vista que a própria lei prevê a possibilidade destas pessoas liquidarem em juízo os danos que sofreram.⁴⁵⁰

É uma ideia similar à de que há uma ampliação, pela lei, do objeto do processo. Haveria então também uma condenação, decorrente de pedido virtual, sobre a reponsabilidade por danos individualmente causados⁴⁵¹.

Nesse sentido, Ada Pellegrini Grinover afirma: com o transporte “às ações individuais a sentença coletiva favorável, outra inovação ocorre: a ampliação, *ope legis*, do objeto do processo, para incluir na coisa julgada a decisão sobre o dever de indenizar”. Seria o mesmo fenômeno que acontece com a sentença penal condenatória, possibilitando que a decisão coletiva seja “imediatamente liquidada e executada com relação aos danos sofridos pelas pessoas individualmente lesadas”.⁴⁵² Assim como a decisão sobre o dever de indenizar integraria o julgado penal, o dever de indenizar danos individuais eventualmente causados estaria abrangido pelo julgado coletivo⁴⁵³.

Em primeiro lugar, é curioso o fato de tal entendimento de pedido virtual ou ampliação do objeto do processo, em certa medida, conflitar com o de que o Ministério Público só teria legitimidade para propor ações coletivas visando a tutela de direitos

⁴⁵⁰ ARRUDA ALVIM, E. Apontamentos..., ob. cit., p. 35-36.

⁴⁵¹ “Este fenômeno corresponde a dizer que se encontra virtualmente compreendido no bojo do pedido da ação coletiva, a inclusão da proteção às vítimas e seus sucessores, tendo em vista que a própria lei prevê a possibilidade destas pessoas liquidarem em juízo os danos que sofreram” (ARRUDA ALVIM, E. Apontamentos..., ob. cit., p. 36). Também: “O que se verifica, por este art. 103, §3º, é que se contém, *virtualmente*, no pedido formulado com base na Lei da Ação Civil Pública, a possibilidade de que a sentença transcenda o objeto do pedido[...]. *Independentemente de pedido explícito (i.e., que não tenha sido formulado com a ação civil pública)*, o art. 103, §3º, confere uma eficácia objetiva e subjetiva ampla à sentença de procedência” (ARRUDA ALVIM. Notas..., ob. cit., p. 54). Ainda: “[...] nas ações coletivas ajuizadas no intuito de obtenção de reparações a lesões consideradas *difusas ou coletivas* (v.g., ação civil pública que enfrenta repercussão de um dano ambiental), mesmo que não conste pedido expresso neste sentido, eventuais pretensões individuais à reparação de lesões pessoalmente suportadas (*danos individuais homogêneos*) encontrarão suporte na sentença de procedência, que lhes servirá como condenação genérica viabilizadora de subsequentes procedimentos liquidatórios e executivos (art. 103, §3º, do CDC)” (VENTURI, E. *Processo Civil Coletivo...*, ob. cit., p. 87); o art. 103, §3º, do CDC teria transformado “a *ação difusa ou coletiva* potencialmente em ação de tutela individual homogênea” (VENTURI, E. *Processo Civil Coletivo...*, ob. cit., p. 184). Para ele, “há, por força legal, uma necessária e automática ampliação objetiva das ações coletivas para o fim de se acertar, em todas elas, ao menos a questão sobre a obrigação de indenizar” (VENTURI, E. *Processo Civil Coletivo...*, ob. cit., p. 359).

⁴⁵² GRINOVER, A. P. Das Ações Coletivas..., ob. cit., p. 911. “[...] a lei opera a ampliação do objeto do processo (penal), para nele incluir o julgamento implícito sobre o dever de indenizar, tornando-se a questão indiscutível em outros processos” (Idem. *Ibidem*, p. 912).

⁴⁵³ GRINOVER, A. P. Das Ações Coletivas..., ob. cit., p. 934-935.

individuais homogêneos quando fossem estes indisponíveis ou quando o caso fosse de grande repercussão ou relevância⁴⁵⁴. Isso porque não raro é ele quem propõe a ação para tutela de direito difuso, por exemplo, e, havendo um “pedido virtual”, estaria o MP possibilitando, ainda que indiretamente, a tutela de *direitos individuais homogêneos*⁴⁵⁵ *sem levar em conta tais critérios*.

Em segundo, é estranho pensar que apenas *com a procedência* haveria uma ampliação do objeto do processo por conta do que a lei prevê⁴⁵⁶. Só ao final é que se saberá se foi ampliado? Ademais, podem os indivíduos, considerando o que dispõe o art. 104, definir a dimensão dessa ampliação ao suspender ou não a sua ação individual se *é ope legis*?

Ainda: todo o desenvolvimento processual está voltado para a situação essencialmente coletiva – produção de provas, argumentos, etc. – então com base em que poderá (ou conseguirá) o juiz também condenar o réu a indenizar os danos individuais?

Rigorosamente, se a lei realmente determinasse a ampliação do objeto do processo, deveria a questão ser sempre discutida e analisada, ocasionando um julgamento. Não se pode pensar que, procedente a demanda realmente coletiva, *automática e implicitamente* condene-se o réu a indenizar os danos, do mesmo modo como não se pode dizer *automaticamente* que, improcedente, não tenha o réu o dever de indenizar eventuais danos individuais.

Se poderia argumentar que a lei pode “relativizar” o princípio da demanda, não fazendo com que o objeto do processo tenha correspondência somente com o que foi pedido na petição inicial. Entretanto, não se pode ter uma ampliação apenas no final e condicional à procedência, sem ter tido uma discussão acerca dos fatos e questões relacionadas a este outro

⁴⁵⁴ “[...] se tem entendido, com acerto, que o Ministério Público não tem legitimidade para tutelar interesses individuais homogêneos, senão quando assumam uma grande e significativa repercussão dentro do quadro econômico-social em que se inserem” (ARRUDA ALVIM, E. Apontamentos..., ob. cit., p. 42-43). Também: “como já se disse anteriormente, o órgão do Ministério Público só poderá tutelar pela via da ação civil pública direitos individuais homogêneos indisponíveis, tendo em vista expresso balizamento constitucional (*caput* do art. 127)” (Idem. Ibidem, p. 48).

⁴⁵⁵ Ou, pior, em determinadas situações pode tratar-se de direitos disponíveis e não homogêneos.

⁴⁵⁶ Grinover afirma que, se “a ação coletiva for julgada procedente, a coisa julgada aproveitará às vítimas e seus sucessores: aqui, não se dá apenas a extensão subjetiva da coisa julgada aos terceiros, como também a ampliação do objeto do processo, *ope legis*, de modo a considerar-se o dever de indenizar como parte do pedido” (GRINOVER, A. P. Das Ações Coletivas..., ob. cit., p. 911-912). É de se entender que haveria algo como um “julgamento” implícito condicional: só se julgaria implicitamente a pretensão de indenização por danos causados se a demanda coletiva também fosse procedente – o que realmente parece não fazer sentido. Seria mais coerente dizer que sempre haveria a ampliação do objeto do processo – e julgamento quanto à obrigação do réu de indenizar os danos individuais –, embora no caso de improcedência não se formasse coisa julgada; enfim, não seria meramente didático o §1º do art. 103. Seria como o que acontece com a coisa julgada relativa a direitos individuais homogêneos, não havendo formação no caso de improcedência do pedido (exceto para os litisconsortes individuais, como visto).

“pedido” (para indenizar danos individuais), que passaria a integrar o objeto do processo, sob pena de prejudicar o exercício do contraditório e da ampla defesa pelo réu.⁴⁵⁷

Porém, mesmo que o pedido fosse explícito ou que houvesse discussão sobre isso, a ampliação do objeto do processo poderia trazer algumas complicações. Parece que não haveria problema se fosse ampliado para abranger pedido de tutela de direitos individuais homogêneos, que também podem ser tratados coletivamente e ter a tutela buscada pelos legitimados do art. 82 do CDC⁴⁵⁸. Entretanto, esse transporte *in utilibus* a que a doutrina se refere não necessariamente beneficia titulares de direitos individuais *homogêneos*⁴⁵⁹; e para direitos individuais não homogêneos não é possível o uso da técnica da coletivização.

Também se deve notar que é controverso o que se passa com a sentença penal que serve de título judicial para executar a obrigação de indenizar. Grinover, inclusive, indica vários entendimentos acerca do fenômeno envolvendo a sentença penal. Machado Guimarães, por exemplo, procedeu a uma construção no sentido de que haveria um tipo de *eficácia preclusiva* não consistente na coisa julgada, isso com base no art. 1.525 do CC/1916, substancialmente a mesma previsão do art. 935 do CC atualmente em vigor: “A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal”. Já Barbosa Moreira, baseado em Frederico Marques, coloca, segundo Grinover, “a exequibilidade civil da sentença penal entre os chamados *efeitos secundários da sentença*”.⁴⁶⁰

Distante da ampliação do objeto do processo, Araken de Assis entende que o art. 63 do

⁴⁵⁷ Discordando da ideia de Grinover, Pedro da Silva Dinamarco afirma: “Continuam em vigor regras básicas do processo civil, como a da vinculação da sentença ao pedido (CPC, arts. 128 e 460), a da interpretação restritiva do pedido (CPC, art. 293) etc., que visam possibilitar o exercício da ampla defesa pelo réu. Assim, se não foi formulado qualquer pedido para proteger os direitos individuais homogêneos, como era lícito fazer, não se pode ter como implícita essa condenação” (DINAMARCO, P. da S. *Ação civil pública*, ob. cit., p. 110). Porém, sabe-se que no âmbito coletivo se cogita ser mais adequada certa flexibilização do objeto do processo. Assim, por exemplo, “Uma interessante inovação trazida pelo Anteprojeto Original é o rompimento com a vetusta teoria de que o objeto do processo é rigidamente delimitado pelo pedido feito pelo autor em sua primeira manifestação nos autos, quando a controvérsia e suas consequências ainda estão imaturas” (GIDI, A. *Rumo a um código...*, ob. cit., p. 46). Entretanto, mesmo se operada a flexibilização, devem ser respeitados o contraditório e o devido processo legal, não podendo o juiz surpreender as partes com um provimento sobre algo que sequer foi debatido (v. GIDI, A. *Rumo a um código...*, ob. cit., p. 48-49).

⁴⁵⁸ Nesse sentido, pensando nos direitos individuais homogêneos, Hugo Mazzilli defende que o “transporte *in utilibus*” só poderia ocorrer com pedido expresso nesse sentido: “A nosso ver, não se trata de um mero transporte *in utilibus* da coisa julgada coletiva para o processo individual, mas sim do alcance normal da imutabilidade do *decisum* nas ações civis públicas ou coletivas. Assim, se o autor no processo coletivo quer que o dispositivo beneficie lesados individuais homogêneos, deverá fazer o correspondente pedido na inicial” (MAZZILLI, H. N. *A defesa dos direitos...*, ob. cit., p. 563).

⁴⁵⁹ Basta pensar na hipótese de alguém que, apesar da “origem comum” do dano, não se encaixa numa situação “coletivizável” ou, por que não, ser a única pessoa prejudicada, diante do que não haveria outros direitos a serem considerados homogêneos.

⁴⁶⁰ GRINOVER, A. P. *Das Ações Coletivas...*, ob. cit., p. 912.

CPP teria, no sentido apontado por Barbosa Moreira, conferido à sentença penal condenatória o efeito extrapenal de fazê-la um título executivo em favor da vítima, dispensando a anterior condenação civil. O lesado passa a se valer “da incotroversibilidade quanto à existência do fato ou da autoria”.⁴⁶¹

A impossibilidade de o juiz da execução do título judicial (sentença penal condenatória) analisar determinados aspectos não decorre de supostamente já ter havido o reconhecimento do dever de indenizar e haver “coisa julgada” sobre isso, mas de não ter competência penal. “Não lhe compete, assim, conhecer temas como a falta ou a nulidade da citação na ação penal ou de outras questões de mérito da condenação, ainda que o tema fosse destes que podem ser examinados de ofício”, pois são tais assuntos reservados à esfera penal⁴⁶².

Pelo exposto, se já é questionável que no processo penal haja uma ampliação do objeto do processo, com o julgamento de pretensões indenizatórias, também o é no contexto do “transporte *in utilibus*”.

4.3.3 Transporte da própria coisa julgada?

A ideia de Gidi é a de que há realmente o transporte *da coisa julgada* para os interessados individuais. Para ele, a expressão “*ultra partes*” ou “*erga omnes*” não corresponde aos efeitos, diferentemente do que aqui se falou sobre os direitos essencialmente coletivos; o dispositivo não trataria da “extensão dos efeitos” ou “extensão do julgado”⁴⁶³, mas de *extensão da imutabilidade dos efeitos ou do comando*.⁴⁶⁴

Gidi afirma que

A sentença coletiva valerá como título executivo judicial para as execuções individuais dos danos individualmente sofridos. Cada consumidor deverá, então,

⁴⁶¹ ASSIS, Araken. *Manual de Execução*. 9ª. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005, p. 151.

⁴⁶² ARENHART, S. C.; MARINONI, L. G. *Processo de Execução*. 3. ed. rev. e atual. Revista dos Tribunais, 2011, p. 421. Oliveira Lima afirma que “[...] a condição de título executivo judicial, de natureza cível, acometida à sentença penal condenatória, é decorrência natural da regra que interdita ao juiz do cível reabrir a discussão quanto à existência do fato criminoso e sua autoria, depois de transitar em julgado a sentença penal condenatória” (LIMA, P. R. de O. *Contribuições...*, ob. cit., p. 75-76). Pontes de Miranda: “Proferido o julgamento criminal, pode o Juiz Civil admitir a existência do delito civil, desde que a culpa civil, existindo, não contradiz a existência, firmada pelo Juízo criminal, do delito penal” (PONTES DE MIRANDA, F. C. *Tratado de Direito Privado*: parte especial. Tomo LIV. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1967, p. 203).

⁴⁶³ “Em confusão maior incorrem aqueles que, inadvertidamente, referem-se a ‘extensão do julgado’, quando, em verdade, o julgado não precisaria ser estendido pela lei. Afinal, já o vimos, o comando do julgado atinge a todos indistintamente.” (GIDI, A. *Coisa julgada e litispendência...*, ob. cit., p. 107).

⁴⁶⁴ GIDI, A. *Coisa julgada e litispendência...*, ob. cit., p. 107.

promover um processo individual de liquidação por artigos, com o qual deverá provar o nexo de causalidade (correspondência) entre a violação do direito superindividual e a violação do seu direito individual. Além disso, deverá provar ter ocorrido dano moral ou patrimonial e qual o valor do seu prejuízo. Com o título já líquido, basta executá-lo normalmente.

Esta simplificação do procedimento de apuração da responsabilidade civil por danos individuais causados em massa significará uma economia processual sem precedentes em nosso ordenamento jurídico. Isso em muito contribuirá para a célere composição dos litígios de consumo e para uma mais efetiva reparação do dano causado em larga escala, direito básico do consumidor (CDC, art. 6º, VI).⁴⁶⁵

Porém, como exatamente se dá isso? O que exatamente é “aproveitado” pelos titulares dos direitos individuais? É a própria “coisa julgada coletiva” que é “transportada” para os indivíduos?

Abelha Rodrigues e Klippel afirmam:

Se há elementos comuns entre as tutelas difusa, coletiva e individual, pode-se, por questão de economia processual, aproveitar-se, naquilo que for comum, a norma concreta obtida em sede de tutela difusa ou coletiva para fim de proteção individual, restando incontroverso aquele ponto e precisando-se, tão-somente, individualizar os demais elementos que formam o direito subjetivo individual. Aqui reside a idéia de coisa julgada *in utilibus*.⁴⁶⁶

Em primeiro lugar, se é possível se falar em “norma concreta” da sentença, ela será “o réu deve reparar o dano causado *ao meio ambiente*”, por exemplo. Embora não seja consenso sobre o que seria a norma concreta⁴⁶⁷, não se pode negar que ela terá de dizer respeito especificamente ao que foi posto em discussão e em julgamento; e não há ampliação de objeto para que o dever de ressarcir danos individuais também seja discutido e julgado. Havendo coisa julgada, ela dirá respeito ao que foi decidido (dever de reparar aquele dano a direito transindividual).

Se se reconheceu determinada conduta como ilícita e por conta disso foi imposta alguma consequência⁴⁶⁸, isso não pode ser desconhecido por ninguém. Como dito

⁴⁶⁵ GIDI, A. *Coisa julgada e litispendência...*, ob. cit., p. 157. No mesmo sentido: “[...] as sentença de procedência nas ações para tutela de direitos difusos e coletivos *stricto sensu* poderão ser liquidadas e executadas no plano individual sem a necessidade de um novo processo para afirmação do *an debeat* (o que é devido)” (DIDIER JR., F.; ZANETI JR., H. *Curso...*, ob. cit., v. 4, p. 361).

⁴⁶⁶ RODRIGUES, M. A.; KLIPPEL, R. *Comentários à Tutela Coletiva...*, ob. cit., p. 169.

⁴⁶⁷ Para Barbosa Moreira, por exemplo, a norma concreta não se resume ao elemento declaratório da sentença, podendo incluir uma *modificação* do mundo jurídico, v. (I)3.3.1.1, *supra*.

⁴⁶⁸ Por exemplo, sem relevância ter ou não acontecido qualquer dano, se determinada conduta é reconhecida como ilícita, como consequência é devida *remoção do ilícito*, por exemplo. A ameaça de um ilícito futuro também tem consequência, qual seja ser devida a sua *inibição*. Assim é que se poderá obter tutela reintegratória (“visa a remover ou eliminar o próprio ilícito”, cf. MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C. *Processo de Conhecimento*, ob. cit., p. 455) ou tutela inibitória (“tutela dirigida unicamente contra a probabilidade da prática do ato contrário ao direito”, cf. *Idem*. *Ibidem*, p. 444). Se ocorreu dano, é devida a tutela ressarcitória ou reparatória.

anteriormente, os efeitos diretos da sentença, um ato do Estado, são sempre *erga omnes*⁴⁶⁹. O que pode acontecer é a possibilidade de se afastar um efeito reflexo, mas para isso é preciso ter legitimidade. Aquele que for juridicamente prejudicado o tem, podendo buscar o afastamento do efeito que lhe é desfavorável; porém, se for a própria parte⁴⁷⁰, não terceiro, isso não será possível, por conta da coisa julgada.

Nesse sentido, não há nenhuma utilidade em estender a imutabilidade, sendo, para esse fim, desnecessário o §3º do art. 103. O réu da ação coletiva já está vinculado a ela, e isso mesmo no regime da coisa julgada “tradicional”, na primeira parte deste trabalho. Assim, se a intenção é se valer da “norma concreta”, não precisa de transporte nenhum de coisa julgada.

O transporte da própria coisa julgada, isto é, que o (propriamente) decidido fosse imutável *erga omnes* não só seria inútil como, em algumas situações, indesejável. Isso porque no regime “tradicional”, terceiros prejudicados e juridicamente interessados podem afastar determinado efeito da sentença, mesmo que, para o réu e para o autor a declaração seja imutável⁴⁷¹. Se a imutabilidade realmente atingisse todos (sejam membros da coletividade ou da comunidade, grupo, etc.) isso não seria possível. Realmente, não parece que isso seja o que o sistema de proteção coletiva pretenda ocasionar.

Cogitando a possível desnecessidade do §3º do art. 103, Talamini destaca que a “liquidação” que o indivíduo deve promover não é tão simples e afirma que seria aproveitado apenas o reconhecimento da *ilicitude*. Embora se possa concordar com as duas primeiras conclusões referidas (ser desnecessário o preceito e a “liquidação” ser mais do que isso), não parece que haja declaração sobre ilicitude. Talamini assim afirma:

[...] embora a lei aluda à mera necessidade de subseqüentes ‘liquidação’ e ‘execução’ individuais, será necessário mais do que isso. O interessado individual, além de verificar e quantificar os danos, terá ainda de demonstrar o nexo de causalidade entre o ato já reconhecido como ilícito pela sentença coletiva e os prejuízos que reputar ter sofrido. Não se trata de apenas “liquidar” danos, mas de verificar ainda um pressuposto inafastável *para a própria condenação*. Diante disso, cabe indagar se a própria eficácia normal da sentença coletiva de procedência já não basta para produzir a consequência a que alude o §3º. Afinal, o *decisum* da sentença coletiva não apenas manda o réu cumprir condutas específicas como também, a exemplo de qualquer outra sentença desse tipo, *declara* a violação ao direito, a ilicitude. E é essa mesma ilicitude que dá base à pretensão ressarcitória individual,

⁴⁶⁹ Cf. SILVA, O. B. da. *Sentença e coisa julgada*, ob. cit., p. 107. V. (I)3.3.2.2, supra.

⁴⁷⁰ As partes podem sofrer os efeitos reflexos, se tiverem relação jurídica subordinada ou conexa (SILVA, O. B. da. *Sentença e coisa julgada*, ob. cit., p. 113-114), v. (I)3.3.2.2, supra.

⁴⁷¹ V. (I)3.3.2.2, supra.

no exercício da qual haverá, propriamente, a condenação – e não apenas mera “liquidação”.⁴⁷²

E por que não há declaração sobre ilicitude?

Conforme Zavascki,

Daí, pois, a razão de se afirmar que a função jurisdicional cognitiva consiste em atividades destinadas a *formular juízo a respeito da incidência ou não de norma abstrata sobre determinado suporte fático*, cuja essência é resumida em: (a) coletar e examinar provas sobre ato ou o fato em que possa ter havido incidência; (b) verificar, no ordenamento jurídico, a norma ajustável àquele suporte fático; e (c), finalmente, declarar as consequências jurídicas decorrentes da incidência, enunciando a norma concreta; ou, se for o caso, declarar a não incidência, ou que não foi aquele o preceito normativo que incidiu em relação ao fato ou ato, e que, portanto, inexistia relação jurídica afirmada pelo demandante; ou, então, que não ocorreu pelo modo ou na extensão ou com as consequências pretendidas. Resulta, desse conjunto operativo, uma sentença identificando a existência ou o conteúdo da norma jurídica concreta, que, transitada em julgado, se torna imutável e passa a ter força de lei entre as partes.⁴⁷³

O suporte fático é analisado pelo juiz para verificar a ocorrência ou não de um fato jurídico – o que haverá se o suporte fático for suficiente de modo a permitir a incidência da norma. A análise do fato objetiva extrair consequências. O que interessa é saber qual é a eficácia jurídica que se tem (ou não) de determinado fato jurídico⁴⁷⁴. Em caso de dano, há eficácia indenizatória e é sobre ela que será o pronunciamento judicial. Como visto, a “norma concreta” é sobre a responsabilidade de reparar o dano causado, não simplesmente se um fato (ilícito) aconteceu. A apreciação de se um fato concreto aconteceu, se há incidência de uma norma e se o fato pode ser considerado ilícito é antecedente lógico da decisão; constituem-se em questões de fato e de direito⁴⁷⁵.

De todo modo, imaginando que fosse sobre a *ilicitude*, o seu reconhecimento (“declaração”) traria algum proveito para os indivíduos como pretende o §3º? O indivíduo precisa de certificação da ilicitude para ter facilitado o reconhecimento de sua pretensão reparatória?

⁴⁷² TALAMINI, E. *Coisa julgada...*, ob. cit., p. 125-126.

⁴⁷³ ZAVASCKI, T. A. *Processo Coletivo...*, ob. cit., p. 246.

⁴⁷⁴ “[...] toda e qualquer consequência jurídica que se atribua a um fato constitui eficácia jurídica, objeto, portanto, de um preceito” (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 69)

⁴⁷⁵ E “não fazem coisa julgada” – v. (I)3.3.1.1, supra.

Arenhart e Marinoni alertam que não se pode confundir dano e ato contrário ao direito, de modo que a tutela de reparação do dano seja a única contra ato ilícito. Ainda, argumentam que,

De fato, o dano não é elemento constitutivo da *fattispecie* do ilícito. Relaciona-se ele com a obrigação de indenizar, e não propriamente com o ilícito, do qual é consequência meramente eventual. Entretanto, esta distinção não tem efeito unicamente acadêmico. *Ao contrário, em face das situações de direito substancial próprias da sociedade contemporânea, constitui grande absurdo pensar que o processo civil deve estar preocupado unicamente com o dano, deixando o ato contrário ao direito aos cuidados do processo penal.* É que, dentro da sociedade atual, determinados bens são imprescindíveis para uma organização social mais justa. *Tais bens necessitam ser efetivamente garantidos, e para tanto são instituídas normas. Essa normas, que proíbem determinados atos, obviamente devem ser respeitadas, pois de outra forma os bens que visam proteger serão irremediavelmente prejudicados. [...] Nas situações em que uma dessas normas é violada, não importa o ressarcimento do dano (não só porque o dano pode ainda não ter ocorrido, como também porque a pretensão à correção do ato contrário ao direito é independente da pretensão ao ressarcimento dos danos) e a punição do violador da norma. O que realmente interessa é dar efetividade à norma não observada.*⁴⁷⁶

Realmente, não se pode considerar que os comportamentos só tenham relevância quando geram danos. Quanto a isso não resta dúvida. Porém, aqui é possível fazer uma diferenciação. Por um lado, pode-se considerar que o ilícito relativo ao dano é apenas um tipo de ilícito, que seria diverso do “ilícito coletivo”.

Nessa lógica, causar danos é ato contrário a direito, embora não só quando existam danos é que haja ilicitude. Quanto ao primeiro caso, Marcos Bernardes de Mello exemplifica e explica que, “se *A*, atirando uma pedra, quebra a vidraça de seu vizinho; ou se o cão pertencente a *B*, solto na rua, morde um transeunte; ou se a avulsão no prédio de *C* causa dano a imóvel pertencente a *D*, há violação do princípio da incolumidade das esferas jurídicas, e, portanto, contrariedade a direito”.⁴⁷⁷ Por mais que se possa ter concluído que determinado fato é ilícito em si, os danos causados configuram, nessa visão, *outro ilícito*.

Por outro lado, tem-se que o entendimento atual acerca da responsabilidade civil é o de que ela pode decorrer tanto de ato lícito como de ato ilícito. Assim, por mais que a conduta praticada possa ser contrária a direito e ao mesmo tempo causar dano, a circunstância de ser contrária ao direito não tem tanta relevância. A responsabilidade não terá a ver com o outro ilícito que ocorreu nas mesmas circunstâncias fáticas e se liga ao direito transindividual. A análise de um exemplo talvez esclareça o que se pretende dizer:

⁴⁷⁶ ARENHART, S. C.; MARINONI, L. G. *Processo de Conhecimento*, ob. cit., p. 454.

⁴⁷⁷ MELLO, M. B. de. *Teoria do fato...*, ob. cit., p. 222.

[...] é preciso frisar a diferença entre tutela reintegratória (voltada contra o ilícito) e a tutela ressarcitória na forma específica (dirigida contra o dano). Quando é removida a causa do dano ou do possível dano, não há tutela ressarcitória. A tutela que interdita uma fábrica em local proibido reprime ato contrário ao direito. A tutela que determina a busca e apreensão de produtos que estão sendo comercializados em desacordo, do mesmo modo, não se destina a reparar um dano. Contudo, se o funcionamento da fábrica provocou danos, ou se a venda dos produtos prejudicou a saúde de alguns consumidores, não há dúvida quanto ao cabimento da tutela ressarcitória.⁴⁷⁸

Note-se que, no caso de “o funcionamento da fábrica” causar danos, *pouco importa se a fábrica está construída em local proibido ou não*. Certamente, contra a construção em local não permitido, ato ilícito por violação de normas de zoneamento, de proteção ambiental ou outra, é devida a tutela reintegratória. Porém, mesmo que esta não fosse devida, por estar a fábrica funcionando em local adequado, isso em nada afeta o dever de ressarcir danos, se estes ocorrerem. Pela clareza, vale a observação de Pontes de Miranda, “A ação civil, ação de indenização, não surge do delito porque constitua êle violação da lei penal, e sim porque produziu dano”⁴⁷⁹.

Enfim, a ilicitude não tem relevância para fins de critério de indenização, pois se reconhece o dever de reparar também quando a conduta é lícita. Não obstante, mesmo que a ilicitude possa ser relevante em algum caso, não há declaração sobre ela na sentença, de modo que não há falar aqui em transporte da coisa julgada. É de se concordar com a ideia de que a verdadeira “coisa julgada *in utilibus*” seria pertinente somente a direitos individuais homogêneos: “a coisa julgada *in utilibus*, espécie de coisa julgada *secundum eventum litis*, reservada exclusivamente aos interesses individuais homogêneos, apenas ocorrerá, como o próprio nome sugere, se a demanda for julgada procedente”⁴⁸⁰.

4.3.4 Efeito secundário ou anexo?!

Também se diz que o transporte *in utilibus* decorreria do fato de ser, com sentença coletiva, fixada a responsabilidade pelos danos decorrentes do mesmo evento, que teriam depois de ser apurados individualmente. Como não existe ampliação do objeto, só haverá declaração (e coisa julgada) a respeito da responsabilidade *pelo dano discutido no processo*. De onde então poderia vir a responsabilização pelos demais danos?

⁴⁷⁸ MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C. *Processo de Conhecimento*, ob. cit., p. 460.

⁴⁷⁹ PONTES DE MIRANDA, F. C. *Tratado de Direito Privado...*, ob. cit., t. LIV, p. 187.

⁴⁸⁰ VIGLIAR, J. M. M. *Ação Civil Pública*, ob. cit., p. 110, grifou-se, exceto expressões latinas.

Cruz e Tucci afirma que a técnica do §3º do art. 103 do CDC realmente não é uma ampliação do objeto do processo, mas um “efeito anexo 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 dilação objetiva da *res in iudicium deducta*”⁴⁸¹.

É dever genérico *de todos* não causar danos aos outros, sendo princípio básico dos ordenamentos jurídicos, conquanto possa variar a intensidade, a incolumidade das esferas jurídicas.⁴⁸² A responsabilização civil irá acontecer, se preenchido o suporte fático, na ocorrência de danos. Essa é a consequência prevista em lei, genérica e que vale em qualquer caso⁴⁸³. Haver uma responsabilização igualmente genérica é totalmente inútil se não conectada a fato jurídico⁴⁸⁴. Imagine-se: na hipótese de o réu em ação coletiva ser demandado por um dano ambiental, é sobre isso que há discussão, análise e julgamento. Concretizado o preceito abstrato, estabelece-se que A, por ter danificado o meio ambiente, deve repará-lo. Apenas ficar estabelecido de maneira secundária que se A tiver causado outros danos também deve ressarcí-los nada acrescenta.

Poderíamos então pensar em uma responsabilização “anexa” ligada a somente alguns elementos do suporte fático (a determinados fatos concretos ou fatos reconhecidos como jurídicos), ficando assim, por exemplo: se A, *poluindo o rio*, tiver causado outros danos tem o dever de reparar. Assim, na liquidação, supostamente, se teria “apenas” que demonstrar que o dano a ser ressarcido aconteceu. Isso traz dois problemas.

Primeiro, é de se questionar se na “liquidação” o fato de A ter poluído o rio e/ou isto se consistir em um ilícito seria incontestável para as partes e para o juiz.

Oliveira Lima refere-se a isso explicitamente. Afirma que esse transporte não é de coisa julgada, pois não é o dispositivo da sentença que se aplicará aos indivíduos interessados. Na verdade, seriam aproveitados “os fundamentos fáticos e jurídicos fixados na primeira sentença, as decisões preliminares e prejudiciais, tornando as conclusões a que o magistrado chegou, ao longo da sentença que apreciou a lide coletiva, imutáveis nas lides individuais”.

⁴⁸¹ CRUZ E TUCCI, J. R. Limites subjetivos..., ob. cit., p. 389.

⁴⁸² MELLO, M. B. de. *Teoria do fato...*, ob. cit., p. 221.

⁴⁸³ “O fundamento lógico da disposição genérica do art. 186 do Código Civil reside na necessidade prática de que sejam alcançadas, na ordem civil, todas as espécies possíveis de violações de direitos de que resultem danos materiais ou imateriais, em razão da impossibilidade concreta de se preverem e definirem todas as hipóteses de direitos e deveres infringíveis” (MELLO, M. B. de. *Teoria do fato...*, ob. cit., p. 237).

⁴⁸⁴ “Para que haja a condenação ao ressarcimento, é preciso que se tenham alegado e provado a causa e os outros elementos do suporte fático da regra que se invocou”(PONTES DE MIRANDA, F. C. *Tratado de Direito Privado...*, ob. cit., t. LIV, p. 211). “[...] o suporte fático se concretiza, sofre incidência da norma jurídica, dando ensejo ao surgimento de um fato jurídico” (MELLO, M. B. de. *Teoria do fato...*, ob. cit., p. 68).

Assim, se na sentença se houver determinado tanto a contrariedade ao direito como a responsabilidade do réu, poderão os interessados liquidar os valores que lhes são devidos, comprovando apenas a condição de lesado e a extensão do seu dano.⁴⁸⁵

Fazer com que a conclusão acerca de determinados fatos (simples ou jurídicos) seja indiscutível para o réu perante terceiros prejudicados poderia ser proveitoso em termos de economia processual. Oliveira Lima, inclusive, chega a sugerir uma ampliação dos “limites objetivos” da coisa julgada já no regime “tradicional”; assim exemplifica:

Deste modo, não apenas a condenação do réu a indenizar os prejuízos materiais impostos ao automóvel do autor estaria protegida pelo instituto da coisa julgada, mas também assim as questões prévias examinadas e decididas incidentalmente, tais como a conclusão de que o acidente ocorrera, a de que o réu fora seu causador, bem assim responsável pela recomposição dos danos decorrentes do abaloamento. [...] A vantagem desta nova estrutura da coisa julgada não se limita a eliminação das possíveis contradições entre os dois julgados. Há enorme ganho de produtividade da máquina judiciária, tão carente de implementação. Note-se que o objeto da instrução do segundo processo restaria reduzido, não havendo que se falar em reprodução dos depoimentos das testemunhas, em nova realização de perícia e, de modo geral, em repetição de todo o conjunto probatório já realizado no processo original. Também o trabalho dos advogados e do juiz restaria reduzido à exata dimensão de sua utilidade, visto que tais profissionais somente se ocupariam das questões inéditas.⁴⁸⁶

Todavia, primeiramente, tem-se que lembrar que sobre ter ou não ocorrido o acidente que ocasionou a poluição do rio e ter ou não sido o réu o seu causador não há propriamente *decisões*. O juiz não decide se fatos concretos aconteceram. Já foi visto que o que é analisado são as (supostas) *consequências* (eficácia jurídica) de um (alegado) fato jurídico. Nesse sentido:

Hoje, ninguém duvida que o julgado, quer civil, quer penal, é limitado ao pronunciamento do juiz sobre o pedido, ou – por outras palavras – sobre a lide que foi objeto do processo, não se estendendo aos motivos que a sustentam, ou seja, ao convencimento que o juiz formou sobre questões duvidosas da causa, relativas seja aos fatos, seja à sua avaliação e qualificação jurídica. Somente a primeira é a verdadeira decisão, provida de autoridade vinculante; tudo o mais é apenas o resultado do conhecimento do juiz, da atividade lógica que foi necessária para chegar à decisão, mas que se destina a perder qualquer relevância fora do processo em que foi exercida, não sendo susceptível de abranger em suas malhas a liberdade de juízo do magistrado chamado a pronunciar-se sobre uma demanda ou sobre uma lide diversa.⁴⁸⁷

⁴⁸⁵ LIMA, P. R. de O. *Contribuições...*, ob. cit., p. 140.

⁴⁸⁶ LIMA, P. R. de O. *Contribuições...*, ob. cit., p. 135.

⁴⁸⁷ LIEBMAN, E. T. *Eficácia e Autoridade...*, ob. cit., p. 261-262. Ainda: “Em circunstâncias normais, os fatos jurídicos, que só têm importância enquanto servem à formação e à aplicação *de uma vontade de lei*, somente são certificados pelo juiz como *premissa* do silogismo que conduz à declaração *dessa vontade*; e só por si não podem constituir *objeto principal* de uma declaração” (CHIOVENDA, G. *Instituições...*, ob. cit., v. 1, 1998, p. 467). Exceção seja feita, como lembra o próprio Chiovenda na sequência, para a possibilidade de declaração de falsidade ou autenticidade de documento (art. 4º, II, CPC).

Uma eventual vinculação choca-se com outra ideia, referida na primeira parte deste trabalho. Quando se tratou dos limites objetivos da coisa julgada, foi dito que “Nenhum juiz, em outro processo, ficará vinculado ao que a sentença houver admitido como verdade; ao proferir o seu julgamento qualquer juiz poderá e deverá reapreciar livremente os fatos para formar seu convencimento”⁴⁸⁸. Realmente, vincular o juiz confrontaria a noção de ser ele “livre” para apreciar os fatos e formar a sua própria convicção.

Nesse sentido, Pedro da Silva Dinamarco é contra a ideia, entendendo que não se pode dizer que, “proposta uma ação civil pública para esse fim [tutela de interesse difuso], esteja vinculado o juiz da segunda causa aos fundamentos da primeira sentença. Será influenciado como argumento de convicção, jamais poderá sentir-se vinculado a ela”⁴⁸⁹.

Como não há declaração imutável acerca do dever de ressarcir estes outros danos (haveria apenas um efeito anexo), o próprio dever de indenizar é discutível, podendo ser negados os seus fundamentos de fato ou de direito (não há coisa julgada para operar a “eficácia preclusiva”). Então, não haverá impedimento para que o juiz chegue a conclusões diversas das que o magistrado do processo coletivo chegou a respeito dos acontecimentos, por exemplo. É verdade que o fato concreto (no exemplo, A ter poluído o rio) poderia até ser “fato notório” (ou até mesmo não controvertido), de modo que, mesmo que não vinculado à apreciação do juiz da ação coletiva por dano ambiental, não iria desconhecê-lo ou negá-lo. No entanto, isso pode acontecer sem qualquer previsão legal de “transporte”.

Ainda, tem-se o segundo problema, já mencionado no item anterior. O que importa para caracterizar o dever de reparar é mais existir o dano e o nexo de causalidade do que ter ocorrido um ato lícito ou ilícito. O interessado terá que comprovar os dois elementos (dano e nexo), já que não foram postos em contraditório no processo coletivo.

Enfim, se não há como falar que o transporte *in utilibus* seja uma ampliação do objeto do processo nem que seja transportada a própria coisa julgada, seria mesmo mais plausível a ideia de um “efeito anexo”, conferindo exequibilidade à sentença coletiva em favor dos indivíduos prejudicados. Porém, é uma exequibilidade um tanto quanto duvidosa, pois a “liquidação” terá de ser tão ampla (para comprovação dos elementos do suporte fático) que equivalerá a uma ação de conhecimento qualquer visando o ressarcimento desses danos individuais, não somente a uma apuração ou quantificação de danos. Portanto, a utilidade

⁴⁸⁸ ARAGÃO, E. D. M. de. *Sentença e Coisa julgada...*, ob. cit., p. 253, v. (I)3.3.1.1, supra.

⁴⁸⁹ DINAMARCO, P. da S. *Ação civil pública*, ob. cit., p. 110.

desse transporte parece um tanto quanto ilusória, não tendo cabimento, aliás, se exigir a suspensão da ação individual (CDC, art. 104, parte final) para dela se usufruir⁴⁹⁰.

⁴⁹⁰ Mesmo sem se suspender, por exemplo, a sentença coletiva pode servir como elemento de convicção para o juiz ou, ainda, há como se lançar mão de “provas emprestadas”.

5. Uma análise da coisa julgada *secundum eventum litis*

Pelo exposto nos capítulos anteriores, ficou claro qual é o regime atualmente adotado pelo CDC em relação à “coisa julgada coletiva” e o que se trata ou não de coisa julgada. Para finalizar o trabalho, o que se pretende aqui é fazer uma breve análise da lógica (supostamente) protetiva dos titulares dos direitos individuais adotada pelo código.

5.1 A “coisa julgada *secundum eventum litis*”: um regime mais benéfico?

5.1.1 Posicionamentos doutrinários

De maneira extremamente resumida, pode-se dizer que o sistema de vinculação por inclusão (*opt in*) é aquele “no qual os interessados deverão requerer o seu ingresso até determinado momento”; já no *opt out* (por exclusão), “devem os membros ausentes solicitar o desacoplamento do litígio coletivo”⁴⁹¹.

Nos Estados Unidos, o sistema *opt out*, explica Grinover, confere “a possibilidade de optar-se pela exclusão da coisa julgada, sendo abrangidos por ela aqueles que [...] não tiverem procedido ao pedido de exclusão”. Resumidamente, aqueles que não escolherem a exclusão, “serão automaticamente abrangidos pela coisa julgada, sem necessidade de anuência expressa, mas desde que tenha havido notícia pessoal do ajuizamento da ação”⁴⁹².

O nosso sistema, como afirma Castro Mendes, não adotou o sistema de inclusão nem o de exclusão⁴⁹³. Realmente, em um “sistema em que a coisa julgada coletiva nunca pode prejudicar direitos individuais, não há qualquer razão para que os membros de um grupo queiram ser excluídos da abrangência de uma ação que só poderá beneficiá-lo”⁴⁹⁴.

Nesse sentido, conforme Elton Venturi,

⁴⁹¹ MENDES, A. G. de C. *Ações Coletivas...*, ob. cit., p. 277. Para uma breve explicação sobre as diferentes técnicas (presença compulsória, *opt in* e *opt out*), v. GIDI, A. *A class action...*, ob. cit., p. 291-297.

⁴⁹² GRINOVER, A. P. *Das Ações Coletivas...*, ob. cit., p. 861. A regra de coisa julgada *pro et contra* nas ações coletivas é prevalente na *common law*, por influência norte-americana, cf. GIDI, A. *A class action...*, ob. cit., p. 282, nota de rodapé 317.

⁴⁹³ MENDES, A. G. de C. *Ações Coletivas...*, ob. cit., p. 277.

⁴⁹⁴ VIOLIN, J. *Ação coletiva passiva*, ob. cit., p. 62.

[...] analisando-se a técnica utilizada pela legislação brasileira, percebe-se nítida diferença e essencial diferenciação daquela idealizada pelo influente sistema norte-americano, no âmbito do qual compreendem-se automaticamente afetados pela coisa julgada todos aqueles indivíduos que, adequadamente comunicados acerca do ajuizamento da demanda (mediante pessoal intimação, denominada *fair notice*), não tiverem requerido expressamente sua exclusão (*opt out*) da ação de classe.⁴⁹⁵

A doutrina, de modo geral, entende mais vantajosa a técnica adotada no ordenamento brasileiro. Vários fatores desaconselhariam a adoção do sistema *opt out*, entre eles “a deficiência de informação completa e correta, a ausência de conscientização de enorme parcela da sociedade, o desconhecimento dos canais de acesso à justiça, a distância existente entre o povo e o Poder Judiciário”, o que dificultaria que os titulares fossem a juízo para optar pela exclusão da coisa julgada⁴⁹⁶.

Ada Pellegrini Grinover, além de lembrar os riscos de eventual colusão entre autor e réu no processo coletivo, afirma, sobre a coisa julgada *secundum eventum litis*:

Na verdade, era preciso fazer uma opção entre duas alternativas possíveis de um lado, a coisa julgada *erga omnes*, estendendo sua eficácia, independentemente do resultado do processo, a quem não integrou a relação processual e só foi artificialmente “representado” pelo portador em juízo dos interesses coletivos. Do outro, um certo desequilíbrio entre as partes, apenas em termos de *chances*, temperado ao máximo pelo fato de que, em cada liquidação para a apuração dos danos pessoais, o contraditório se restabelece por inteiro, discutindo-se amplamente a pretensão indenizatória de cada um.⁴⁹⁷

Teria então a lei harmonizado a coisa julgada e a extensão a terceiros com as garantias do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, garantias estas que são obstáculos a que a decisão “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”⁴⁹⁸.

José Marcelo Menezes Vigliar lembra que a doutrina entende recomendável esta coisa julgada *secundum eventum litis*, pois a possibilidade de se beneficiarem todos os interesses traz grande economia processual⁴⁹⁹. Assim afirma: “Mais uma vez plenamente justificável essa disciplina, porque reservada a interesses que não são essencialmente coletivos, vale dizer,

⁴⁹⁵ VENTURI, E. *Processo Civil Coletivo...*, ob. cit., p. 391.

⁴⁹⁶ GRINOVER, A. P. *Das Ações Coletivas...*, ob. cit., p. 907.

⁴⁹⁷ GRINOVER, A. P. *Das Ações Coletivas...*, ob. cit., p. 909.

⁴⁹⁸ GRINOVER, A. P. *Das Ações Coletivas...*, ob. cit., p. 910-911.

⁴⁹⁹ Mas esse justamente é um dos propósitos da *tutela coletiva de direitos*, não simplesmente do regime da coisa julgada – v. (I)1.2.3, supra.

não possuem como nota essencial a diferenciá-los dos demais a indivisibilidade. Se são divisíveis, nada impede que cada qual dos interessados busque em juízo a tutela de seu próprio interesse”.⁵⁰⁰

Porém, não é para todos que o sistema atual é vantajoso. Arenhart, por exemplo, afirma que o réu nunca sairá vitorioso da ação coletiva, postergando-se o conflito para a inevitável ação individual⁵⁰¹:

A técnica empregada pelo código de defesa do consumidor, se protege os interesses dos indivíduos, desconsidera, de forma manifesta, os direitos do réu da ação coletiva. Este, que despendeu tempo e recursos para convencer o Judiciário de que tinha razão, terá depois de cumprir a mesma saga novamente, para tentar convencer o mesmo Estado da legitimidade de sua conduta, nos vários processos individuais a que estará ainda sujeito. Há, na solução legal atual, clara desproporção entre a solução dada às partes do processo, que não se justifica nem mesmo sob a luz da falta de participação pessoal dos indivíduos.⁵⁰²

Para Oliveira Lima, também, essa solução *secundum eventum litis* tem o defeito de privilegiar o autor coletivo, quebrando a isonomia. Para ele, “é de difícil explicação o fato de o réu, se vencedor, não poder utilizar do instituto da coisa julgada, sujeitando-se a novos julgamentos e eventuais derrotas, tantas vezes quantas forem intentadas ações individuais, enquanto se sucumbir, amargará sempre a formação de coisa julgada”.⁵⁰³

De todo modo, embora haja opiniões em contrário, o entendimento corrente é o de que não há inconstitucionalidade, sendo plenamente aplicável o art. 103, III, do CDC, que adotou a técnica da chamada coisa julgada *secundum eventum litis*, estabelecendo que haverá coisa julgada “*erga omnes*” no caso de procedência. É, viu-se, uma técnica diferente do sistema *opt in* ou *opt out* utilizado por outros países. Em tais sistemas, sempre ocorre vinculação dos titulares dos direitos individuais discutidos (na procedência e na improcedência), seja

⁵⁰⁰ VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Ação Civil Pública*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 110. Também defendendo a forma atual: “Tende-se porém, nesses casos, a estruturar a coisa julgada *secundum eventum litis* (ou seja, segundo o resultado do processo), para beneficiar, mas não prejudicar, individualmente, a cada qual dos interessados. A solução, além de prudente, não infringe as regras do contraditório, pois o réu terá participado plenamente deste – o mesmo não ocorrendo com cada componente da categoria. É essa a solução do Código de Defesa do Consumidor nos arts. 103-104” (CINTRA, A. C. de A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. *Teoria Geral do Processo*, ob. cit., p. 347).

⁵⁰¹ ARENHART, S. C. *Coisa julgada e coletivização...*, ob. cit., p. 7.

⁵⁰² ARENHART, S. C. *Coisa julgada e coletivização...*, ob. cit., p. 26.

⁵⁰³ LIMA, P. R. de O. *Contribuições...*, ob. cit., p. 67-68. Nesse sentido, é bastante conhecida a posição de Botelho de Mesquita, defensor da inconstitucionalidade do tratamento: a sentença condenatória beneficiará todas as vítimas, mas a decisão que absolver o réu “não lhe servirá para nada, podendo voltar a ser discutida por quem quer que seja. A autoridade do Judiciário, neste caso, será nenhuma e a sentença não valerá o preço do papel em que tiver sido lançada” (MESQUITA, José Ignácio Botelho de. Na ação do consumidor, pode ser inútil a defesa do fornecedor. In *Revista do Advogado*, n. 33, p. 80-82). Para Cruz e Tucci a solução adotada também não é a melhor: v. CRUZ E TUCCI, J. R. *Código do Consumidor e processo civil...*, ob. cit., p. 36-38.

daqueles que optaram por aí estarem incluídos (*opt in*), seja daqueles que optaram por não serem excluídos (*opt out*).

5.1.2 Viabilidade ilusória de resultado individual diverso

É consenso que, no caso de improcedência, não haverá coisa julgada em prejuízo dos titulares dos direitos individuais, podendo estes ajuizar sua demanda individual. Entretanto, talvez seja mais ilusória do que real a ideia de que a pessoa, na via individual, possa alcançar resultado diverso do obtido por meio da ação coletiva.

Em primeiro lugar, deve-se lembrar que as ações coletivas para tutela de direitos de massa são importante instrumento de acesso à justiça. Por um lado, viabilizam maior equilíbrio entre as partes; e, após a demanda coletiva, embora a improcedência não vincule o indivíduo, ele pode não conseguir superar eventuais dificuldades decorrentes da desigualdade em relação ao réu. Ainda, possibilitam levar à apreciação do judiciário (ameaça de) lesões ínfimas (mas de relevância na perspectiva global) que individualmente nunca o seriam⁵⁰⁴. Neste contexto, imaginar que a improcedência da ação no âmbito coletivo não prejudica os indivíduos é uma falsa ideia.

Isso seria acentuado se se adotasse o entendimento de que na improcedência sempre estaria impedido o ajuizamento da mesma demanda coletiva (haveria “coisa julgada” para os legitimados, quer tenham, quer não tenham participado do processo⁵⁰⁵), mas, mesmo que se considere não formada nenhuma coisa julgada na improcedência (exceto para os indivíduos intervenientes), não há como negar que o resultado desfavorável tem certa influência sobre a demanda reproposta.

Há, ainda, outros fatores. Arenhart alerta que o sistema da coisa julgada não pode ser entendido de maneira autônoma, em desconexão com outras regras processuais. No ordenamento processual civil, há várias previsões que podem alterar o regime, supostamente protetor dos indivíduos, inicialmente imaginado para as ações coletivas:

⁵⁰⁴ [...] não raras vezes de nada adiantará para o consumidor, e não será muito mais que uma mera ilusão, não vir a ser atingido pela coisa julgada da sentença desfavorável na ação coletiva. É que, regra geral, os danos individualmente sofridos são de tal monta diminutos que não compensaria financeiramente ir a juízo individualmente (GIDI, A. *Coisa julgada e litispendência...*, ob. cit., p. 143)

⁵⁰⁵ V. (II)2.1 e 2.2, supra.

Pense-se, por exemplo, na figura da súmula impeditiva de recurso (art. 518, §1º, do CPC⁵⁰⁶). O mecanismo incentiva o juiz de primeiro grau a seguir a orientação fixada por tribunal superior, uma vez que, observada essa súmula, a sentença proferida não comportará apelação. Ora, é muito natural que uma ação coletiva cheque, por sua importância, ser reexaminada por tribunal superior; caso, nessa análise, entenda o tribunal por emitir súmula a respeito do tema, que venha a ser prejudicial aos indivíduos que têm seus interesses tutelados pela ação coletiva, é certo que isso implicará prejuízo aos interesses destes. Ainda que não se lhes negue a possibilidade de ajuizar as ações individuais, posteriormente, é certo que há pouca chance de que essas demandas venham a ser acolhidas. E, mais, rejeitadas essas demandas individuais, não poderá o indivíduo apelar dessa sentença, em conformidade com o art. 518, §1º, do CPC.⁵⁰⁷

Outro exemplo é concernente ao artigo 285-A do CPC⁵⁰⁸. Se a ação coletiva de massa envolver exclusivamente questão de direito e houver julgamento pela improcedência, provocará efeito negativo em relação às ações individuais eventualmente propostas. Assim, apesar de não haver vinculação pela coisa julgada, “há reduzidas chances de que essas ações individuais sejam recebidas, pois aplicado o comando do art. 285-A, do CPC, poderá o juiz indeferir de plano essas petições iniciais, sob o argumento de manifesta improcedência”.⁵⁰⁹

Portanto, ainda que não haja, do ponto de vista formal, coisa julgada para os titulares individuais, não se tem uma proteção tão ampla a eles, pois, de certo modo, a sentença da ação coletiva influenciará a análise da individual⁵¹⁰. As hipóteses acima mencionadas bem ilustram isso.⁵¹¹

Além dos aspectos mencionados, é de se considerar a existência de mais um fator para ser constatado que o tratamento dado pelo código consumerista não é tão protetor quanto

⁵⁰⁶ “Art. 518. [...] § 1º O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal” (Renumerado pela Lei nº 11.276, de 2006).

⁵⁰⁷ ARENHART, S. C. *Coisa julgada e coletivização...*, ob. cit., p. 8.

⁵⁰⁸ “Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada” (Incluído pela Lei nº 11.277, de 2006).

⁵⁰⁹ ARENHART, S. C. *Coisa julgada e coletivização...*, ob. cit., p. 8. Nesse sentido: “A suspensão do processo individual pode perfeitamente dar-se já ao início, assim que ajuizado, porque, diante do julgamento da tese central na Ação Civil Pública, o processo individual poderá ser julgado de plano, por sentença liminar de mérito (CPC, art. 285-A), para a extinção do processo, no caso de insucesso da tese na Ação Civil Pública” (REsp 1.110.549-RS, 2ª Seção do STJ, Min. Rel. Sidnei Beneti, j. 28/10/2009, DJ 14/12/2009).

⁵¹⁰ ARENHART, S. C. *Coisa julgada e coletivização...*, ob. cit., p. 9.

⁵¹¹ Arenhart acrescenta que há, ainda, um efeito indireto, ainda que não jurídico, que tem relação com a tendência de se dar o mesmo tratamento a questões em demandas futuras, uniformizando entendimento. Nesse sentido, “o julgamento de improcedência da ação coletiva é um significativo indicio de que as demandas individuais ulteriormente ajuizadas seguirão a mesma sorte”. Caso o mesmo tratamento não seja concedido, “ou a demanda individual, julgada de forma diversa, não é homogênea em relação ao caso julgado na via coletiva; ou o Estado não conseguiu cumprir seu papel de homogeneizar a aplicação do Direito, permitindo decisões distintas sobre uma mesma matéria e, portanto, violando a garantia da isonomia”. Enfim, conquanto “não se possa falar em coisa julgada *erga omnes* na sentença de improcedência, há certamente um efeito ‘fático’ da sentença coletiva, que inibe, por via transversa, a possibilidade de deduzir – com a mínima chance de sucesso – demandas individuais depois do fracasso da ação coletiva” (ARENHART, S. C. *Coisa julgada e coletivização...*, ob. cit., p. 9).

parece. Conforme Arenhart, a isonomia impõe “o *dever de todos os integrantes do Poder Judiciário* de tratar de forma idêntica casos idênticos”.⁵¹²

Assim, embora na hipótese de improcedência em sede coletiva possam os titulares dos direitos individuais homogêneos agir em nome próprio, “o Poder Judiciário, porque submetido ao princípio da isonomia, estará obrigado a dar a essas demandas o mesmo resultado que deu a elas quando agrupadas para tratamento conjunto por meio da ação coletiva”.⁵¹³ Haveria preservação da igualdade, em especial, no que toca àqueles indivíduos que participaram como litisconsorte do legitimado extraordinário na ação coletiva, considerando que não seria justificável “que todos os demais membros do grupo – simplesmente porque mantiveram sua situação de passividade em relação à demanda coletiva – pudessem beneficiar-se dessa inatividade, enquanto aqueles que demonstraram interesse no litígio e buscaram colaborar para a vitória coletiva, não”.⁵¹⁴ A única exceção a essa influência da improcedência seria na hipótese de a atuação do autor coletivo não ter sido adequada (se não agiu de maneira engajada, prudente e diligente)⁵¹⁵.

Ligada à questão da representação adequada e a repercussão quanto aos titulares, cabe uma última análise.

⁵¹²ARENHART, S. C. *Coisa julgada e coletivização...*, ob. cit., p. 16-17. “Reconhecido, em determinado processo (seja de coletivização ativa, seja de coletivização passiva, seja ainda de coletivização de questões), em decisão irreversível, que alguma questão de fato ou de direito teve certa solução, a garantia da igualdade deve impor que todos os magistrados nacionais interpretem a mesma questão no mesmo sentido. Outra solução – partindo da premissa de que a questão seja a mesma – importaria a autorização a uma manifesta inconstitucionalidade: tratar situações iguais de forma distinta” (Idem. Ibidem, p. 17-18).

⁵¹³ A ideia concilia isonomia e o critério da proporcionalidade panprocessual, que será vista no item seguinte: “[...] o cânone da proporcionalidade pan-processual é uma diretriz constitucional, de modo que deve impor a interpretação da legislação infraconstitucional (e da prática processual) segundo suas indicações. A garantia da eficiência na prestação do serviço “justiça” (art. 37, *caput*, da CR) exige que a interpretação da lei feita pelo Poder Judiciário esteja orientada a essa exigência, não se concebendo possa o juiz ler o texto legal de forma autônoma. A disciplina da coisa julgada coletiva (em relação a interesses individuais), portanto, precisa atender – a par de outras garantias constitucionais – à exigência de otimização na gestão dos recursos jurisdicionais” (ARENHART, S. C. *Coisa julgada e coletivização...*, ob. cit., p. 16).

⁵¹⁴ARENHART, S. C. *Coisa julgada e coletivização...*, ob. cit., p. 18. Para Grinover, porém, a sentença “desfavorável proferida na ação coletiva constituirá simples precedente, mais ou menos robusto conforme o caso, mas não será o fenômeno da coisa julgada que impedirá o ajuizamento de ações individuais” (GRINOVER, A. P. *Das Ações Coletivas...*, ob. cit., p. 933-934).

⁵¹⁵ARENHART, S. C. *Coisa julgada e coletivização...*, ob. cit., p. 18 e 24. “[...] a garantia da isonomia deve harmonizar-se com outras tantas garantias fundamentais, expressas no texto constitucional, como ocorre com o princípio do contraditório e do devido processo legal. Isso tudo impõe a necessidade de que o sistema de estabilidade da decisão coletiva sobre os interesses individuais não seja posto em maneira rígida, alheia a qualquer outra consideração” (Idem. Ibidem, p. 22). Além disso, não se pode esquecer que determinado caso individual pode ter suas peculiaridades, podendo afastar a sua *homogeneidade* e, conseqüentemente, a aplicação das conclusões obtidas coletivamente (v. Idem, Ibidem, p. 22-24). O que aconteceria é que a decisão coletiva operaria “uma presunção de aplicabilidade *erga omnes* daquele que ali foi estabelecido. Compete ao indivíduo que não esteja satisfeito com o teor desta decisão, ajuizar a demanda individual para demonstrar que aquele entendimento não lhe pode ser aplicado *ou porque está em situação distinta daquela que foi examinada na coletivização, ou porque o representante do grupo não defendeu adequadamente os seus interesses naquele momento*” (Idem. Ibidem, p. 25).

5.2 Coisa julgada e proporcionalidade panprocessual

Não é raro, ao se falar de ações coletivas no Brasil, mencionarem-se as *class actions* norte-americanas. Para Ada Pellegrini Grinover, por exemplo, o legislador brasileiro se inspirou nelas para, inicialmente, instituir as ações coletivas por meio da Lei de Ação Civil Pública, em 1985. Posteriormente, para reparação de danos individuais, foram editadas a Lei 7.913/1989, sobre o mercado de valores imobiliários, e o CDC, com o qual teria vindo “a consagração definitiva, no sistema brasileiro, da categoria das *class actions for damages*”.⁵¹⁶

E quando elas são mencionadas, vem à tona o controle que lá é feito do representante, que deve ser adequado, em correspondência à vinculação que há dos membros do grupo tanto no caso de procedência como de improcedência. Gidi explica que um dos requisitos, o mais importante, para que uma ação seja aceita como coletiva nos Estados Unidos é o de que o representante tenha a capacidade de adequadamente representar os interesses dos integrantes do grupo⁵¹⁷. Em resumo, isso seria exigido em respeito ao devido processo legal relativamente àqueles que não estão presentes no processo e necessário para que possam se vincular pela coisa julgada.⁵¹⁸

O nosso sistema, porém, adotou a lógica de que, estando o autor coletivo entre aqueles que a lei coloca como legitimado (por exemplo, art. 5º da LACP e art. 82 do CDC), pode ajuizar a demanda coletiva⁵¹⁹. Para uma má atuação, foram previstos “mecanismos de escape”, como a não formação de coisa julgada na improcedência por insuficiência de provas

⁵¹⁶ GRINOVER, A. P. Das Ações Coletivas..., ob. cit., p. 862-863.

⁵¹⁷ Segundo Owen Fiss, a representação não seria de pessoas, dos integrantes da classe, mas de interesses. A rigor, o sistema norte-americano não garantiria que toda pessoa tenha o seu “day in court”, mas que todo interesse seja representado em juízo de maneira adequada (v. FISS, Owen M. *The Political Theory of the Class Action*. In *Washington and Lee Law Review*, vol. 53, n. 21, 1996, p. 25). Também, VIOLIN, J. *Ação coletiva passiva*, ob. cit., p. 46-48.

⁵¹⁸ GIDI, A. *A class action...*, ob. cit., p. 99.

⁵¹⁹ Para Elton Venturi, não seria “*nem pertinente, nem conveniente ao sistema processual coletivo*” a proposta de controle da adequada representatividade, v. VENTURI, E. *Processo Civil Coletivo...*, ob. cit., p. 219-227. Pela impossibilidade de o juiz controlar a representatividade adequada do autor da demanda coletiva, porque a legitimidade foi concedida *ope legis*: “Diferentemente do que ocorre no sistema de *class action* norte-americano, o legislador brasileiro não previu a possibilidade de aferição da chamada *adequacy of representation*” (DANTAS, Marcelo Buzagla. *Ação civil pública e meio ambiente: teoria geral do processo, tutela jurisdicional e execução/cumprimento*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 62). Abelha Rodrigues entende que o nosso sistema é o da “representatividade adequada em abstrato”, não cabendo o controle judicial (RODRIGUES, M. A. *Ação civil pública*, ob. cit., p. 407). Ainda, conforme Arenhart e Marinoni, o nosso ordenamento adotou, em certa medida e com várias adaptações, uma disciplina semelhante à norte-americana, mas estabelecendo objetivamente *na lei* quais os requisitos para se considerar adequada a representação (v. MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C. *Procedimentos...*, ob. cit., p. 309-310).

nas ações para tutela de direitos essencialmente coletivos⁵²⁰; e a não formação de coisa julgada para os indivíduos na improcedência por qualquer razão nas ações para proteção de direitos individuais homogêneos.

Assim, teoricamente, não haveria nenhum prejuízo se a má atuação levasse à improcedência; e, ainda que o legitimado não fosse dos melhores, o resultado favorável poderia ser aproveitado pelos interessados. Enfim, no caso dos direitos individuais homogêneos, a falta de representação adequada que levasse ao insucesso da ação coletiva já implica a desvinculação dos membros, sem a necessidade de se cogitar a qualidade da atuação do legitimado. Então, para que se preocupar com o comportamento do legitimado coletivo em juízo?

Há fatores que podem reclamar o controle da atuação do legitimado. Primeiro, como a ideia de que os titulares não são prejudicados pela improcedência é muitas vezes, como visto, ilusória, se colocaria como necessário que o substituto processual atuasse adequadamente. Ainda, se o Judiciário está obrigado pela isonomia a dar igual tratamento a indivíduos que se encontrem na mesma situação, mas a decisão coletiva não serve de parâmetro se o indivíduo mostrar que a sua situação não foi adequadamente representada, o controle também seria desejável.

É verdade que estas questões quanto à vinculação ao julgamento coletivo e à falta de representação adequada são atenuadas pelo fato de não haver coisa julgada nenhuma na improcedência, podendo inclusive a demanda coletiva ser reproposta, não apenas ajuizadas as individuais. Assim, por exemplo, os que sofreram pequenos danos que não compensam a ida individual a juízo, teriam, ao menos em tese, uma “segunda chance” de suas situações homogêneas serem tuteladas coletivamente; ou a sentença que serve de parâmetro para o tratamento isonômico, também ao menos em tese, poderia ser revertida.

Porém, desde a perspectiva do princípio da eficiência e da proporcionalidade panprocessual, é absolutamente indesejável que haja um processo conduzido por alguém que não é um adequado representante e que, por conta de sua má atuação, poderá não encerrar as discussões.

Tal critério tem origem na doutrina italiana. Remo Caponi coloca a proporcionalidade como uma derivação do princípio da eficiência da justiça. Uma boa disciplina disso, indica, foi feita por Andrea Proto Pisani no projeto de Código de Processo Civil italiano, estabelecendo que “*é assegurado um emprego proporcional dos recursos judiciários em*

⁵²⁰Conforme Gidi, “a inadequação é presumida se a prova nova for apresentada” (GIDI, A. *A class action...*, ob. cit., p. 79).

relação ao escopo da justa composição da controvérsia em um prazo razoável, tendo em conta a necessidade de reservar recursos aos outros processos” (artigo 0.8). Este tipo de previsão é, ao ver de Caponi, mais vantajosa, ao exigir que seja proporcional o emprego de recursos e destacar que a eficiência de uma composição não pode perder de vista a eficiência na administração dos demais processos.⁵²¹

Fundamentalmente, são três os fatores essenciais que tornam eficiente o processo. Em ordem crescente de importância, tem-se os fatores legislativo, dos recursos e cultural. Do primeiro deriva que a legislação processual deve ser atual e prever técnicas adequadas, para responder às necessidades da sociedade civil. Apesar disso, as características da disciplina não são determinantes, embora possam influenciar a eficiência do processo. O segundo elemento é relativo aos recursos tanto humanos como materiais; há necessidade de que a quantidade de recursos seja suficiente para, da melhor maneira possível, por em prática a disciplina legislativa. Por fim, há o fator cultural, “que incide não apenas sobre a qualidade da oferta de serviço judiciário, mas sobretudo a qualidade da própria demanda”, e que é o “*capaz de frutificar os outros dois*”.⁵²²

A proporcionalidade, justamente, seria uma possível ponte entre a análise isolada de um processo, focada sobretudo no fator legislativo, e a questão da administração da massa de processos, que envolve o fator dos recursos e o fator cultural. Ela, a proporcionalidade, seria capaz de equilibrar a proteção dos interesses individuais do autor ou do réu de um processo específico e os interesses relacionados à gestão eficiente dos processos, considerados em conjunto, dos demais usuários (potenciais ou atuais) do serviço judiciário. Assim, a proporcionalidade surge como um aspecto da eficiência na disciplina do processo, decorrente da garantia de duração razoável do processo⁵²³.

Nesse sentido, o controle da adequação da representação ao longo do processo já seria consentâneo à eficiência do Judiciário, na linha acima exposta. É no mínimo, desperdício dos recursos empregados, tanto pelas partes como pelo Estado. E é *desproporcional*, considerando todos os interesses envolvidos na prestação de tutela jurisdicional, que todo o dispêndio realizado na ação coletiva não tenha sido um desperdício.

Não apenas a falta de controle da representação adequada pode ser algo contrário à eficiência, mas o próprio regime atual da coisa julgada. Falou-se no início que as ações coletivas de massa têm razão de ser não só por representarem um instrumento de acesso à

⁵²¹ CAPONI, Remo. O princípio da proporcionalidade na justiça civil: primeiras notas sintéticas. *Revista de Processo*. Editora Revista dos Tribunais: ano 36, nº 192, fev/2011, p. 399-400.

⁵²² CAPONI, R. O princípio da proporcionalidade..., ob. cit., p. 402.

⁵²³ CAPONI, R. O princípio da proporcionalidade..., ob. cit., p. 405-406.

justiça, mas também de isonomia e economia processual⁵²⁴. Certamente, a vinculação dos titulares dos direitos individuais homogêneos condicionada à procedência da ação vai contra, ao menos, os dois últimos aspectos.

Especificamente quanto à economia processual, que se liga à ideia de eficiência na prestação da tutela jurisdicional, tem-se que “Se, para o Poder Judiciário, o interesse das ações de classe está na padronização das decisões sobre uma certa matéria e na inviabilização de multiplicação de demandas repetidas, a solução do direito positivo é francamente insuficiente”⁵²⁵. O modelo atual, embora possa ser considerado mais benéfico para os titulares dos direitos individuais que não participaram do processo, é o mais prejudicial para o demandado e para o Estado (Poder Judiciário), gerando ainda, aos titulares, a expectativa de que individualmente consigam obter resultado outro que não o de improcedência na via coletiva, em desfavor da isonomia e da segurança jurídica⁵²⁶.

Nesse sentido, o regime da coisa julgada deve ser pensado a partir do cotejo dos interesses de todos os envolvidos – partes, demais sujeitos e Estado, à luz do critério da proporcionalidade panprocessual⁵²⁷. Assim, à luz dessa ideia, parece que a lógica adotada pelo CDC não é das melhores e precisa ser repensada.

⁵²⁴ V. (I)1.2.3, supra.

⁵²⁵ ARENHART, S. C. *Coisa julgada e coletivização...*, ob. cit., p. 5.

⁵²⁶ ARENHART, S. C. *Coisa julgada e coletivização...*, ob. cit., p. 5.

⁵²⁷ Cf. ARENHART, S. C. *Coisa julgada e coletivização...*, ob. cit., p. 5.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Assim como a introdução mais adequada de um trabalho não é a mera esquematização do que será visto no desenvolvimento, a conclusão não pode ser um simples copiar-e-colar das principais ideias formadas em seu desenrolar. Isso não só reduziria eventual “riqueza” da pesquisa realizada e da argumentação empreendida, como possibilitaria equivocadas interpretações de frases descontextualizadas. Por isso, aqui não se pretende “alinhar” conclusões pinceladas ao longo dos capítulos. Apenas, esclarecer o que parece ser a principal conclusão a que se pôde chegar.

Na parte introdutória deste trabalho, disse-se que, partindo de afirmações como a de que “A coisa julgada, no regime do Código de Defesa do Consumidor, é diversa da coisa julgada, tal como tutelada pelo Código de Processo Civil”⁵²⁸, seria analisado se o regime é de fato tão diferente e quais seriam, se existentes, tais diferenças.

Em relação às ações para tutela de direitos realmente coletivos, viu-se que atingidos pela coisa julgada não são os legitimados, mas o titular do direito, o que já impede nova rediscussão (sempre com a ressalva da não formação da coisa julgada quando da improcedência por falta de provas). No que toca aos direitos individuais homogêneos, a compreensão do fenômeno acontece da mesma maneira.

A sentença só “faz coisa julgada” no caso de procedência. Não haverá nenhuma coisa julgada na improcedência, exceto no que toca àquele indivíduo que resolver ingressar na esfera coletiva (art. 94 do CDC). Em relação ao julgamento desfavorável, não existe uma “coisa julgada *inter partes*” para o autor coletivo (tampouco para os demais legitimados), assim como na procedência não há uma “coisa julgada *inter partes*” para ele e uma “coisa julgada *erga omnes*” para os titulares dos direitos individuais homogêneos.

O que acontece é o funcionamento “normal” da coisa julgada na substituição processual, com previsão expressa de formação “*secundum eventum litis*”. Explicando melhor, na substituição processual (ainda que em processos individuais) é sempre a “parte material” que é atingida pela coisa julgada. No campo coletivo também. São os titulares os atingidos, mas somente na procedência (por expressa previsão legal); são eles que se vinculam à declaração judicial. E, sendo esta imutável para eles, fica vedada nova substituição processual.

⁵²⁸ ARRUDA ALVIM, Eduardo. Apontamentos sobre o Processo das Ações Coletivas. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (coords.). *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Ed. Quartier Latin do Brasil, 2005, p. 33.

O próprio objeto do processo é mais amplo. São colocadas em discussão inúmeras pretensões individuais, e o julgamento corresponderá a todas elas (com exceção daquelas cujos titulares não foram substituídos, como os que já tinham sentença individual transitada em julgado ou que, na ótica de a suspensão ser uma opção ou direito potestativo, optaram por não suspender sua ação individual). Considerando que o julgamento em si já é mais amplo, eventual imutabilidade atinge todos a que diz respeito diretamente, não sendo necessário falar que a coisa julgada é “*erga omnes*”, tampouco que há “expansão *erga omnes*”.

Enfim, nota-se que não há diferença para o regime “normal” da coisa julgada. A única exceção é mesmo a formação condicionada à decisão favorável. Não há propriamente uma “coisa julgada coletiva”, apenas uma regra específica que impede a imutabilidade no caso de improcedência.

Conquanto haja formação de coisa julgada só no acolhimento do pedido (exceto para os indivíduos intervenientes, para quem há em qualquer hipótese), o regime atual não é tão benéfico quanto parece. Há uma ilusão de que o resultado coletivo não prejudicará as ações individuais. É certo que, conforme o regramento atual, elas até podem ser propostas, mas isso não significa grandes chances de sucesso.

A disciplina atual não só é um tanto quanto ilusória, como parece estar em descompasso com outros critérios que devem ser observados. É certo que as garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa não podem ser ignoradas. No entanto, não são somente estas as garantias que o constituinte previu, e deve haver a harmonização de todas. Ao que parece, é irracional permitir que qualquer legitimado atue coletivamente, não se preocupando com a qualidade de sua atuação, simplesmente porque, supostamente, “a ação coletiva nunca prejudica a individual”.

Na primeira parte deste trabalho, foi mencionado que uma das razões da existência da coisa julgada é a de que as discussões tenham fim, não se podendo ficar indefinidamente litigando sobre a mesma questão. Conforme Marinoni, a estabilização do que foi julgado é corolário do direito à tutela jurisdicional efetiva e não há mero direito à “opinião” dos juízes. Nesse sentido, não parece adequada a possibilidade indefinida de discussões que se resumem, em geral, à mesma questão, de fato ou de direito. Provavelmente, em termos de proporcionalidade panprocessual, fosse melhor, com uma atuação de qualidade, poder chegar-se a um julgamento de igual qualidade, não tendo então o Judiciário de reanalisar inúmeras vezes a mesma questão, seja na via coletiva, seja na via individual.

Nas palavras de Barbosa Moreira “precisamos imprimir ao processo, como tantas outras coisas no Brasil, um sentido mais social; e acho que as ações coletivas podem servir de

instrumento para incentivar, para estimular essa necessária evolução. Certamente existem perigos, digo e repito, certamente vão surgir problemas, certamente vão surgir dificuldades. Onde é que não surgem problemas? Onde é que não há perigos? ‘Viver é muito perigoso’, dizia o jagunço Riobaldo, no romance ‘Grande Sertão: Veredas’⁵²⁹.

Vincular os titulares individuais em qualquer hipótese é, de fato, um “perigo”, mas o problema aparenta ser anterior. O processo coletivo como um todo deve ser levado a sério e aparatado a ponto de possibilitar discussões e decisões de qualidade, do que a imutabilidade seria uma consequência, em harmonia com a necessidade de uma atuação eficiente do Judiciário. Aliás, não se pode esquecer que, se realmente se quer alcançar a efetividade da prestação jurisdicional, é preciso que a “administração da justiça” seja eficiente.

⁵²⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ações Coletivas na Constituição Federal de 1988. *Revista de Processo*, ano 16, n. 61, jan./mar. de 1991, p. 200.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, João Batista de. *A proteção jurídica do consumidor*. 5. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

ALVIM, Thereza. *O direito processual de estar em juízo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1996.

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Sentença e Coisa julgada: Exegese do Código de Processo Civil (arts. 444 a 475)*. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1992.

ARENHART, Sérgio Cruz. *A Tutela de Direitos Individuais Homogêneos e as Demandas Ressarcitórias em Pecúnia*, p 11-12. Disponível em <<http://www.academia.edu>>. Acesso em 12 de jan. 2012.

_____. *As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário*. Disponível em: <<http://www.academia.edu>>. Acesso em 04 de dez. 2011.

_____. *Coisa julgada e coativização de interesses individuais*. Artigo inédito.

_____. *O regime da prescrição em ações coletivas*, p. 23-24. Disponível em <<http://www.academia.edu>>. Acesso em 10 out. 2011.

_____. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

ARRUDA ALVIM, Eduardo. Apontamentos sobre o Processo das Ações Coletivas. In MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (coords.). *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Ed. Quartier Latin do Brasil, 2005.

ARRUDA ALVIM. Notas sobre a coisa julgada coletiva. *Revista de Processo*, ano 22, n. 88, p. 31-57, out./dez, 1994.

ASSIS, Araken de. *Breve contribuição ao estudo da coisa julgada nas ações de alimentos*. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br>>. Acesso em 17 nov. 2012

_____. *Manual de Execução*. 9ª. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

BEZERRA, Paulo Cesar Santos. *Acesso à justiça: Um problema ético-social no plano da realização do direito*. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Tutela Jurisdicional dos Consumidores. In:FARIAS, Cristiano Chaves de; DIDIER JR., Fredie (coord.). *Procedimentos especiais cíveis: legislação extravagante*. São Paulo: Saraiva, 2003.

CAPONI, Remo. O princípio da proporcionalidade na justiça civil: primeiras notas sintéticas. *Revista de Processo*. Editora Revista dos Tribunais: ano 36, n. 192, fev., 2011.

CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. V.1. Campinas: Bookseller, 1998.

_____. *Instituições de direito processual*. V.1. Campinas: Bookseller, 2000.

CINTRA, Antonio Carlos de Araujo. *Comentários ao Código de Processo Civil: arts. 332 e 475*. Vol. IV. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3ª ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1993.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Código do Consumidor e processo civil: aspectos polêmicos. *Revista dos Tribunais*, ano 80, vol. 671, set., 1991.

_____, José Rogério. Limites subjetivos e eficácia da sentença e da coisa julgada. In DUARTE, Bento Herculano; DUARTE, Ronnie Preuss (coords.). *Processo Civil: aspectos relevantes*, v.2. São Paulo: Método, 2007.

CUNHA, Alcides A. Munhoz da. Evolução das Ações Coletivas no Brasil. *Revista de Processo*, ano 20, jan./mar., n. 77, 1995.

DANTAS, Marcelo Buzagla. *Ação civil pública e meio ambiente: teoria geral do processo, tutela jurisdicional e execução/cumprimento*. São Paulo: Saraiva, 2009.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. v.2. 7. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012.

_____, Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*. Vol. 4. 4ª. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. Tomo II. 6. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2010.

DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação civil pública*. São Paulo: Saraiva, 2001.

FISS, Owen M. The Political Theory of the Class Action. *Washington and Lee Law Review*, vol. 53, n. 21, 1996.

GIDI, Antonio. *Rumo a um código de processo civil coletivo: a codificação das ações coletivas do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: As ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007 .

_____. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995.

GONÇALVES, Tiago Figueiredo. A “liquidação” de obrigação imposta por sentença em demanda metaindividual. In: MAZZEI, Rodrigo Reis; NOLASCO, Rita Dias. (Coords.). *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

GRECO FILHO, Vicente. Comentários aos arts. 101 a 104. In: OLIVEIRA, Juarez de. (Org.). *Comentários ao código de proteção ao consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Das Ações Coletivas para Defesa de Interesses Individuais Homogêneos. In: *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e Autoridade da Sentença e outros Escritos sobre coisa julgada*. Trad. de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Trad. dos textos posteriores a 1945 e notas relativas ao direito brasileiro vigente de Ada Pellegrini Grinover. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. *Contribuições à teoria da coisa julgada*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997.

LUNARDI, Soraya Regina Gasparetto. As Ideologias do Processo e a Ação Civil Pública. In: MAZZEI, Rodrigo Reis; NOLASCO, Rita Dias (coord.). *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública*. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Jurisdição coletiva e coisa julgada: Teoria geral das ações coletivas*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006

MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Antecipação de tutela*. 11. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *Teoria Geral do Processo*. 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz. *Procedimentos especiais*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012

_____; _____. *Processo Cautelar*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011.

_____; _____. *Processo de Conhecimento*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010.

_____; _____. *Processo de Execução*. 3. ed. rev. e atual. Revista dos Tribunais, 2011.

_____; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil: comentado artigo por artigo*. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2008.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 21. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 13. ed. São Paulo: Saraiva 2007.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações Coletivas no direito comparado e nacional*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *Direitos Individuais Homogêneos: sentença, liquidação e execução nos processos coletivos*, p. 4-6. Disponível em <http://portal.estacio.br/media/209191/artigo_aluisio.pdf>. Acesso em 22 de fevereiro de 2012.

MENDES, João de Castro. *Direito Processual Civil*. V. II. Lisboa: Associação Académica, 1980.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de. Na ação do consumidor, pode ser inútil a defesa do fornecedor. *Revista do Advogado*, n. 33.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. A coisa julgada nas ações para tutela de interesses difusos. *Revista dos tribunais*, ano 77, vol. 631, mai., 1988.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ações coletivas na Constituição de 1988. *Revista de Processo*. Ano 16, n. 61, jan./mar., 1991.

_____. Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada. *Revista de Processo*, ano IX, n. 34, p. 273-285, abr./jun., 1984.

_____. *Temas de Direito Processual*. Primeira série. 2. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1998.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

_____; _____. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006.

_____. O Processo Civil no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Processo*, ano 16, n. 61, p. 24-34, jan./mar., 1991.

NOLASCO, Rita Dias. Contornos nucleares da execução coletiva. In: MAZZEI, Rodrigo Reis; NOLASCO, Rita Dias. (Coords.). *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*: parte especial. Tomo LIV. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1967.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo V. São Paulo: Editora Forense, 1974.

_____. *Tratado de Direito Privado*. T. V. Campinas: Bookseller, 2000.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. Ação Civil Pública. Tutela Jurisdicional dos Consumidores. In: FARIAS, Cristiano Chaves de; DIDIER JR., Fredie (coord.). *Procedimentos especiais cíveis: legislação extravagante*. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Elementos de Direito Processual Civil*. v. 1. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

_____; KLIPPEL, Rodrigo. *Comentários à Tutela Coletiva (Lei de Ação Civil Pública, Código de Defesa do Consumidor e Lei de Ação Popular)*: Doutrina, jurisprudência e questões de concurso. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

ROSENBERG, Leo. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Trad. Angela Romera Vera. Tomo II. Ediciones Juridicas Europa-America: Buenos Aires, 1955.

SHIMURA, Sérgio. O papel da associação na ação civil pública. In: MAZZEI, Rodrigo Reis; NOLASCO, Rita Dias. (Coords.). *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista. *Curso de Processo Civil: processo de conhecimento*. v.1. 5. ed. rev. e. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

_____. Direito subjetivo, pretensão de direito material e ação. In: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo. (Orgs). *Polêmicas sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006

_____. *Sentença e coisa julgada: ensaios*. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1988.

SILVA, Ricardo Alexandre. Legitimidade extraordinária (substituição processual) no mandado de segurança: interpretação do art. 3º da Lei 12.016/2009. *Revista de Processo*, ano 35, n. 178, dez., 2009.

TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

TESHEINER, José Maria. *Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001.

VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Editora Malheiros, 2007.

VIOLIN, Jordão. *Ação coletiva passiva*. Salvador: Ed. JusPodivm, 2008 .

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Litispendência em ações coletivas. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (coords.). *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Ed. Quartier Latin do Brasil, 2005.

WATANABE, K. Acciones Coletivas: Cuidados necesarios para la correcta fijación del objeto litigioso del proceso, p. 10. In GIDI, Antonio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (coords.). *La Tutela de Los Derechos Difusos, Colectivos e individuales homogéneos: Hacia un código modelo para Iberoamérica*. México: Editorial Porrúa, 2004.

_____. Capítulo I Disposições Gerais. In: *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

ZAVASCKI, T. A. *Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006.

_____. Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos. *Revista de Processo*, ano 20, abr./jun. n. 78, 1995.