

COISA JULGADA NAS AÇÕES COLETIVAS: ASPECTOS GERAIS, CONTROVÉRSIAS E A ADEQUAÇÃO DO MODELO À REALIDADE BRASILEIRA.

Rodrigo Mendes Dias
Mestrando em Direito Difusos e Coletivos da PUC-SP. Advogado.

Resumo

Objetiva-se apresentar um panorama sobre a coisa julgada nas ações coletivas, destacando as controvérsias, tendências legislativas, efeitos consequentes no sistema jurídico, direito comparado (sobretudo no que pertine aos modelos do civil law e common law) e, principalmente, discorrer sobre a relevância deste instituto, na medida em que é a forma mais agressiva de ingerência do Poder judiciário nas relações sociais. A atual massificação das realizações humanas provoca consequências e desafios que devem ser encarados pelo direito e é, nesse cenário, que o estudo da coisa julgada nas ações coletivas se mostra cada vez mais importante.

Palavra Chave: Coisa julgada, Ações coletivas, Sociedade de massa.

Abstract

This essay aims to present an overview about *res judicata* in class actions highlighting controversies, legal direction, consequential effects on the legal system and comparative law (especially regarding civil law and Common law). It also focus on the relevance of this institute since it is the most aggressive form of interference by the judiciary on society. Mass human behavior and achievements causes consequences and challenges that have to be faced by legal systems and it is, in this scenario, that the study of *res judicata* in class actions becomes even more important.

Keywords: *res judicata*, class action, mass society.

Sumário: 1. Introdução; 2. Coisa julgada e sua eficácia, um breve histórico; 3. A coisa julgada coletiva no Brasil; 4. Um paralelo com as *Class Actions* americanas; 5. Eficácia *erga omnes* e a questão das limitações territoriais; 6. A questão da relativização da coisa julgada; 7. Aspectos e tendências legislativas sobre a matéria (PL 5139, CPCol e Código Modelo para Ibero América, etc); 8. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

A coisa julgada, que modernamente se compreende como sendo a qualidade da sentença que gera a imutabilidade do julgado, tem como um dos seus pilares de sustentação a busca pela segurança jurídica e pacificação social, baseando-se numa premissa de corte da realidade que possui força de lei entre as partes que compõem um determinado litígio (limites subjetivos). Esse é o primeiro aspecto importante ao qual o trabalho se debruçará que é a influência do comando da decisão na esfera das partes do processo e, eventualmente, no âmbito jurídico de terceiros.

Já em Roma existia a noção de que a *res iudicata* não beneficiaria, nem prejudicaria terceiro, preservando a espinha dorsal do sistema da coisa julgada da sua extensão tão somente às partes. Mesmo nessa época longínqua, contudo, o sistema jurídico convivia com algumas exceções que possibilitavam, mediante determinadas circunstâncias, que terceiros fossem (juridicamente) atingidos, existindo, até mesmo, a notícia de que também existia a figura da eficácia *erga omnes*. Esse delineamento histórico possui relevância para que se possa obter a real dimensão acerca do tema, sobretudo, para deixar evidente que essas discussões não se originam necessariamente no século XX com o advento das ações coletivas.

O regime da coisa julgada no Brasil, como se observará no transcorrer do trabalho, possui notáveis peculiaridades quando avaliado sob o espectro do limite subjetivo. Em geral, quase a totalidade das leis nacionais vigentes que versam sobre o tema aplica a mesma solução: a eficácia *erga omnes* da coisa julgada apenas será levada a cabo com o intuito de beneficiar terceiros, nunca prejudica-los, dependendo do resultado da demanda. É

a chamada coisa julgada *secundum eventum litis*. Essa estrutura, por mais que pareça, num olhar mais desavisado, uma notória violação ao princípio constitucional da isonomia, levando em conta os interesses do demandado, ela possui uma razão de ser, sendo rigorosamente moldada à realidade nacional, seja em razão, entre outras coisas, do acesso à justiça ainda representar um grande entrave à boa parte da população ou, até mesmo, pela própria falta de tradição associativa.

Por essas circunstâncias, visando um entendimento completo da temática, é sempre recomendável, mesmo que *en passant*, visitar os regramentos jurídicos de outros países, em especial dos Estados Unidos, uma vez que, com isso, será possível enxergar quais são os polos de tensão de uma ou de outra realidade, permitindo trazer à tona as razões pelas quais num modelo (Brasil) existe grande preocupação da coisa julgada coletiva não prejudicar terceiros e no outro (EUA) essa premissa é completamente mitigada em detrimento de regras rígidas do *due process of law*.

A coisa julgada nas *class actions* americanas, por exemplo, denominada por lá como *binding effect*, são estruturadas para um modelo de sociedade e de justiça no qual a participação coletiva é muito mais contundente do que no Brasil. Em decorrência dessa circunstância, pouca preocupação foi dada ao fato de ser o terceiro prejudicado por uma decisão emanada por meio de uma *class action*. Mas não é apenas o fato de a sociedade ser mais participativa em ocorrências como essas que a mitigação é gerada, por si. O próprio sistema jurídico preserva certos requisitos legais que devem ser rigorosamente observados para que uma ação tenha o condão de prejudicar terceiros. Essas condições, a bem da verdade, são tidas como verdadeiras salvaguardas para que o terceiro possa ser eventualmente atingido negativamente pela decisão. Basicamente, três são esses requisitos: a) aferição minuciosa sobre a adequação da representatividade; b) eficiência no procedimento de notificações (*notices*); c) direito de auto-exclusão (*right to opt in*).

Em geral, os debates sobre o assunto no Brasil tendem a manter intocável a estrutura da coisa julgada *secundum eventum litis*. Por outro lado, já houve algumas movimentações no sentido de abrandar essa preocupação com o prejuízo à terceiro. No

Projeto de Lei n.º 5139/09 se, por um lado, o anteprojeto apresentado pelos alunos da pós-graduação *stricto sensu* da Universidade de São Paulo manteve o regime atual na sua integridade, as propostas apresentadas pelo Prof. Antonio Gidi e pelos alunos do mestrado da Universidade Federal do Rio de Janeiro, partiram para a solução da coisa julgada que serve tanto para beneficiar quanto para prejudicar, internalizando no país o direito de auto-exclusão americano. Outra suavização ocorre com o art. 34 do projeto quando afirma que em caso de improcedência da ação em matéria apenas de direito, o indivíduo perde o direito de ajuizar a sua individual.

Além das questões pertinentes ao alcance e às consequências da eficácia da coisa julgada coletiva, outra característica que envolve essa matéria diz respeito às constantes tentativas de limitação territorial da eficácia *erga omnes*. Essa restrição inicia-se com a Lei 9494/97 que alterou o teor do art. 16 da Lei da Ação Civil Pública com o intuito de limitar a eficácia da decisão apenas aos limites territoriais do órgão prolator da decisão. O mesmo acontece com a Proposta de Emenda Constitucional 358/05, que almeja inserir mais um parágrafo ao art. 105 da Constituição com o fim de deixar a cargo do Superior Tribunal de Justiça (STJ) a definição acerca da extensão territorial. Como se verá no tópico correspondente, essas soluções, infelizmente, possuem alta carga de interesses políticos, que se traduzem, em geral, no menor dimensionamento das condenações dos órgãos do poder público.

Por fim, vale delinear os aspectos relativos à relativização da coisa julgada, suas exceções *de lege lata* e suas manifestações *de lege ferenda*. A discussão acerca da relativização da coisa julgada é matéria que, vez ou outra, surge com intensidade nos debates doutrinários, seja nos processos individuais, ou mesmo, naqueles de natureza coletiva. Nestes, contudo, em razão da abrangência dos direitos tutelados, a relativização é tema que atinge outros patamares, não obstante a coisa julgada *secundum eventum litis* representar uma de suas flexibilizações apontadas pela legislação. O ameaça de uma coisa julgada inconstitucional, ou mesmo, “injusta”, gera consequências muito mais substanciais quando manifestadas num processo coletivo. Isso justificaria um abrandamento da

imutabilidade nessa seara? Essas e outras questões serão analisadas no item que versará sobre o tema.

2. COISA JULGADA E SUA EFICÁCIA, UM BREVE HISTÓRICO

O postulado clássico da coisa julgada diz respeito à sua eficácia subjetiva *inter partes*. Isso significa, em outras palavras, que o alcance da imutabilidade sempre esteve interligado somente a esfera jurídica das partes que integrassem determinada relação processual. A preocupação à respeito da interferência do julgado na esfera de terceiros sempre foi levada à efeito desde a época romana. Já existia, naquela época, a noção de que a *res iudicata* não poderia beneficiar, ou mesmo, prejudicar terceiros, devendo, em relação à estes, manter-se numa posição de completa neutralidade. Mas mesmo naquele contexto esse pressuposto não era tido como algo de cunho absoluto.

Segundo aponta Camilo Zufelato¹, o sistema jurídico antigo já convivia com a ideia de sentença com eficácia *erga omnes* (à época denominada como *quoad omnes*), posição essa que se manifestava na *actiones populares*. Além disso, determinadas relações jurídicas representavam, por si, exceções ao princípio da limitação da coisa julgada às partes, mesmo diante de um momento em que o princípio *res inter alios iudicata aliis non praeiudicat* estava se tornando mais robusto na jurisprudência. Valem citar, nesse ínterim, os legatários, se a sentença em relação ao herdeiro testamentário houvesse declarado o testamento como inválido ou inexistente (è exceção de este ter sido defendido de forma precária), ou ainda, a demonstração, por parte do terceiro prejudicado pela autoridade da coisa julgada, da injustiça da sentença. Não é objetivo desse trabalho esmiuçar a operacionalização da coisa julgada na época romana, mas sim, em poucas linhas, demonstrar que já há muitos séculos o sistema processual enfrenta a temática da extensão da coisa julgada a pessoas estranhas à relação processual.

¹ ZUFELATO, Camilo. Coisa Julgada Coletiva (Coleção direito e processo, coord. Cassio Scarpinella Bueno), São Paulo, Saraiva, 2011. P. 93

Com as movimentações sociais e políticas que deram ensejo as primeiras codificações modernas, em especial aquelas ocorridas na França, que desaguaram na Revolução Francesa, o princípio da não interferência da coisa julgada à esfera de terceiros torna-se algo absoluto, sobretudo, no que tange a excessiva proteção à propriedade privada, decorrente de um perfil de sociedade notadamente liberal-individualista (vide art. 1351 do Código Napoleônico). Em outras palavras, uma diretriz que sempre conviveu com exceções, transforma-se em algo desarrazoadamente restritivo, amparado pelos dogmas do individualismo e da autonomia da vontade. Camilo Zufelato, em menção à António Hespanha, explica esse contexto:

Somada ao aspecto reducionista típico do processo codificador, a característica relevante do período histórico em que se deram as primeiras codificações modernas e que serviu de mote para a configuração dos limites subjetivos do julgado foi o perfil notadamente liberal-individualista predominante em todas as áreas da ciência, inclusive no direito. Logo, para a ciência jurídica a categoria de sujeito de direito equivalia exclusivamente ao indivíduo. Disso decorre a restrição dos limites subjetivos da coisa julgada exclusivamente à esfera jurídica do indivíduo-parte processual, sem qualquer possibilidade de que esses atingissem terceiros. As opiniões expansionistas da coisa julgada prevalecente até o momento anterior às primeiras codificações foram esquecidas.²

Já na segunda metade do século XX, entre as décadas de 1960 e 1970, algumas teorias expansionistas moldadas ao sistema de direito escrito (*civil law*) começa a ganhar corpo, fortalecendo novas perspectivas no que tange a expansão dos limites da coisa julgada. Isso acontece, é bom frisar, como uma forma de pensar alguns institutos processuais sob a ótica de sua adequação a movimentos sociais que naquele período se mostravam cada vez mais representativos em relação à sociedade como um todo. Essa é a

² ZUFELATO, Camilo. Coisa Julgada Coletiva (Coleção direito e processo, coord. Cassio Scarpinella Bueno), São Paulo, Saraiva, 2011. P. 96.

época, vale lembrar, em que os direitos dos grupos iniciam uma jornada ascendente, mudando as bases da até então modernidade pujante. É nesse período, por exemplo, que o presidente americano John Kennedy discursa sobre a proteção efetiva do consumidor (1962), fato bastante representativo na formação dos sistemas de proteção ao consumidor. Foi nesse mesmo ano que Rachel Carlson escreveu o livro *Primavera Silenciosa*, obra que, por sua vez, representou um divisor de águas na defesa do meio ambiente.

É nesse contexto, então, que grandes processualistas, sobretudo, os italianos, começam a raciocinar o processo sob essa nova conjectura. Chiovenda foi um dos primeiros a se manifestar criticamente à limitação da autoridade da sentença às partes, ao asseverar que a situação a ser vedada era a de tão somente evitar que os terceiros fossem prejudicados por ela. Essa é a visão que se aproxima ao modelo da coisa julgada coletiva no Brasil. Carnelutti, por sua vez, dizia que existia uma modalidade de eficácia reflexa da coisa julgada, que tinha o condão de gerar uma ligação de interdependência entre a relação jurídica decidida e o âmbito de terceiros. Já Allorio, trazia o conceito de direito concorrente, expressão que carrega profunda compatibilidade com os interesses coletivos recentes. Sobre esse tema, o autor cita, justamente, os desdobramentos da decisão que emana da ação popular³.

Essas reflexões são importantes para demonstrar que o debate que envolve a interferência da coisa julgada na esfera de terceiros é matéria que já de muito tempo é discutida na doutrina e jurisprudência processual, sendo possível concluir, com base nas breves reflexões apresentadas até o momento, que a problemática não é fruto dos acontecimentos ocorrido nos século XX, sobretudo com o advento da noção de direitos difusos, mas como questão que surge paralelamente com o próprio desenvolvimento do direito processual como um todo, mesmo em uma época em que ele ainda não havia atingido o *status* de ramo autônomo do direito.

³ ZUFELATO, Camilo. *Coisa Julgada Coletiva* (Coleção direito e processo, coord. Cassio Scarpinella Bueno), São Paulo, Saraiva, 2011.

3. A COISA JULGADA COLETIVA NO BRASIL

Inicialmente, é importante salientar, que a estrutura do instituto da coisa julgada verificada nos processos individuais também vale para os processos coletivos. Evidentemente, existem algumas adaptações importantes neste âmbito, contudo, lança-se mão das mesmas premissas. Categorizações como os limites objetivos e subjetivos, seus aspectos formal ou material, o seu *status* de qualidade intrínseca da sentença, enfim, todas essas conceituações são devidamente mantidas quando se trata da coisa julgada coletiva que, a bem da verdade, nada mais é do que do que a aplicação do regime à uma nova moldura decorrente de uma nova forma de se enxergar conflitos. Por isso, se mostra oportuno revisitar algumas dessas características.

A coisa julgada é instituto que localiza fundamento na própria Constituição Federal, integrando um dos direitos fundamentais do cidadão (art. 5º, XXXVI). Nunca é demais ressaltar que não se trata de uma ferramenta unicamente jurídica ou de índole apenas processual, mas representa uma opção política que visa, claramente, preservar a segurança jurídica das decisões emanadas do poder judiciário, a fim de buscar a estabilização e pacificação social. A sua observância, via de regra, obsta que um mesmo conflito seja novamente apreciado pelo órgão julgador, munindo as partes, ainda, da garantia de que aquilo que alcançaram no processo não poderá ser contrariado. Apesar do papel crucial que exerce na própria formação da sociedade, não se trata de diretriz absoluta, uma vez que a própria lei prescreve algumas exceções, a saber: ação rescisória, revisão criminal e a própria coisa julgada *secundum eventum litis*⁴.

Muito se discutiu, durante o século XX, até como resposta a Chiovenda, que entendia, nos primeiros anos do século passado, que pouco havia a ser debatido sobre o tema, se a coisa julgada reverberava na eficácia do julgado, nos seus efeitos ou representava uma qualidade em si da sentença. Segundo o próprio Chiovenda, a leitura correta acerca da coisa julgada era a de que não se referia a uma qualidade ou efeitos da sentença, mas uma

⁴ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010.

eficácia que se torna definitiva em referência a processos futuros. Liebman, por sua vez, dizia que a coisa julgada era uma qualidade da sentença, não o seu efeito diretamente.

A visão adotada por Liebman é, na atualidade, a corrente mais aceita no âmbito da coisa julgada. Segundo ensina Humberto Theodoro Júnior, a coisa julgada é uma qualidade da sentença que acarreta uma transformação qualitativa nos efeitos da decisão, efeitos esses que já poderiam estar sendo produzidos independentemente do próprio trânsito em julgado. Exemplifica o autor com o caso da execução provisória, que produz efeitos sem que se verifique, necessariamente, a operacionalização da coisa julgada. Nesse caso, com o advento da coisa julgada, não se acrescenta efeito novo à sentença, até porque, como dito, os efeitos já estavam sendo produzidos, mas sim, uma carga qualitativa mais robusta. Outro exemplo que pode se dado é o do divórcio. Mesmo que haja uma decisão dizendo que duas pessoas sejam divorciadas, nada impede que, na prática, elas vivam juntas. A imutabilidade, portanto, surge como qualidade (do comando) da sentença, não dos seus efeitos. Segundo ensina o autor:

O que a coisa julgada acarreta é uma transformação qualitativa nos efeitos da sentença, efeitos esses que já poderiam estar sendo produzidos antes ou independentemente do trânsito em julgado. Uma sentença exequível provisoriamente produz, por exemplo, efeitos, sem embargo de ainda não se achar acobertada pela coisa julgada. Quando não cabe mais recurso algum, é que o decisório se torna imutável e indiscutível, revestindo-se da autoridade de coisa julgada. Não se acrescentou, portanto, efeito novo à sentença. Deu-lhe apenas um qualitativo e reforço, fazendo com que aquilo até então discutível e modificável se tornasse definitivo e irreversível⁵.

⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, vol. I, 52. ed., 2011. P. 541.

A imutabilidade da sentença pode projetar-se dentro do próprio processo (coisa julgada formal) ou para fora dele (coisa julgada material). Em outras palavras, a coisa julgada formal se traduz como sendo aquela sentença que se torna indiscutível apenas no espectro do conflito que a gerou, ou seja, dentro do próprio processo. Isso quer dizer que as partes não poderão discutir mais o conflito naquele processo específico, ficando a cargo de uma nova ação eventual discussão efetiva de mérito que se mostre oportuna e que tenha relação com o caso no qual se operou a coisa julgada formal. Essa modalidade de coisa julgada pode ocorrer, por exemplo, quando uma sentença extingue o processo sem resolução de mérito. Frise-se que, nesses casos, não existe óbice para que uma nova ação seja ajuizada para se discutir o mesmo objeto daquela já decidida. Já em relação à coisa julgada material, a sua consecução se opera para fora do processo, significando que o mérito daquela ação foi devidamente julgado pelo órgão judicial, não havendo mais possibilidade, via de regra, que a mesma questão seja novamente apreciada. Quando esta se opera, aquela automaticamente também se apresenta, na medida em que se confunde com a própria noção da preclusão.

A coisa julgada é um dos pressupostos processuais negativos. Com isso, caso o magistrado se depare com uma controvérsia que já tenha sido devidamente julgada por um juiz anterior, esse fato deverá impedir de imediato o prosseguimento da segunda demanda. No que tange as ações coletivas, conforme se verá a seguir, essa regra é flexibilizada com a ocorrência de determinadas situações, que possibilitam que um segundo processo seja ajuizado, mesmo que o mérito do primeiro tenha sido apreciado, não podendo o magistrado da segunda demanda se valer da coisa julgada para extinguir o processo.

O regime da coisa julgada coletiva no Brasil é estruturado numa clara inspiração na doutrina italiana da década de 1970 que, como apontado acima, desenvolveu correntes que possibilitavam a expansão da eficácia da coisa julgada à esfera de terceiros, desde que para beneficia-los. Como se verá a seguir, a coisa julgada coletiva brasileira é organizada tendo como base o não prejuízo aos terceiros, mas permite, contrariamente à tradição da extensão dos limites subjetivos, que eles sejam atingidos quando a solução tiver

o condão de beneficia-los, representando, em tese, um desequilíbrio no processo sob o olhar daquele que é demandado no processo coletivo. Mas esse tema será tratado mais à frente.

O primeiro dispositivo a tratar da matéria em território nacional é a Lei da Ação Popular 4717 (1965), especificamente no seu art. 18º, que diz: *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*. Analisando esse conteúdo, duas observações se mostram importantes. A primeira é de que o ano em que a lei foi editada acompanha exatamente o mesmo período no qual essa discussão se florescia na Itália, mostrando que o legislador nacional estava atendo à essas mudanças conjunturais. O outro ponto é que o indivíduo, em nenhuma hipótese, terá ceifada a possibilidade de ajuizar a sua ação individual, valendo-se da decisão coletiva apenas quando nela enxergar benefícios na sua esfera.

Ato contínuo, com o advento da Lei da Ação Civil Pública 7347 (1985), disposição idêntica foi desenvolvida para tratar da coisa julgada coletiva advinda do julgamento da ação civil pública. Dizia o texto original do art. 16: *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*. A única diferença desse conteúdo, quando analisado em comparação com o artigo da Lei da Ação Popular é que, aqui, menciona-se que qualquer legitimado poderá ajuizar nova ação, não o cidadão. Já vale deixar consignado, de pronto, que houve substancial alteração da dicção do artigo 16 pela Lei 9494/97, mas esse ponto será abordado em tópico específico.

Pouco tempo depois da Lei da Ação Civil Pública, foi editada a lei sobre os portadores de deficiência (1989) que trouxe a mesma solução prescrita nos parágrafos anteriores. Preceitua o art. 4º desta lei que: *a sentença terá eficácia de coisa julgada oponível erga omnes, exceto no caso de haver sido a ação julgada improcedente por deficiência de prova, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com*

idêntico fundamento, valendo-se de nova prova. Novamente é possível notar que a solução foi a de manter a possibilidade de ajuizamento de uma nova ação coletiva, em caso de sentença de improcedência com *insuficiência* de provas, ficando a autoridade da coisa julgada, nessas circunstâncias, mitigada (até porque, como se vê, a função negativa do instituto, que é a de obstar nova apreciação do conflito, não se mostra presente).

Mas é, sem dúvida, o Código de Defesa do Consumidor (1990), nos seus artigos 103 e 104, o diploma que dispõe de forma mais detalhada o tema da coisa julgada coletiva. A preocupação com o prejuízo a terceiros permanece, mas com algumas peculiaridades. Em linhas gerais, com base nesses dispositivos, a formação da coisa julgada dependerá do seu resultado e será acobertada por efeitos *erga omnes* ou *ultra partes*, dependendo do direito que está sendo discutido no caso concreto (difuso, coletivo ou individual homogêneo). Segue a sistematização existente no código:

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;*

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

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

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

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.*

Em relação à questão do resultado do processo, foi clara a opção do texto legislativo em adaptar a peculiaridade das ações coletivas em relação a velha máxima dos processos ditos individuais de que a coisa julgada apenas alcança as partes do processo, não ingressando na esfera de terceiros (CPC 472). No caso das ações coletivas, em razão dos legitimados, na verdade, agirem como representantes de uma determinada coletividade (legitimação autônoma, nas palavras de Nelson Nery) esse fato poderia representar um óbice a regra geral do sistema processual de que os terceiros não podem ser prejudicados pela coisa julgada, uma vez que não exerceram o contraditório e ampla defesa para afastar os efeitos daquela decisão.

Partindo desse cenário, a coisa julgada, portanto, irá efetivamente se operar tão somente para beneficiar terceiros, mas nunca para prejudica-los (não sendo, por assim dizer, *pro et contra*). Isso acontece, principalmente, nos direitos difusos e coletivos. A ação que tutela direitos individuais homogêneos, a seu turno, convive com a possibilidade de que o indivíduo seja “prejudicado” pela decisão coletiva, se ele interveio no processo na condição de litisconsortes e a ação for julgada improcedente. Veja-se que, nesse caso, segundo preceitua o § 2º do art. 103 do CDC, não poderá o indivíduo, nem

mesmo, ajuizar ação à título individual quando compôs à lide naquela qualidade. Sendo a coisa julgada, então, *secundum eventum litis*, a sua formação dependerá do resultado do processo, podendo a sentença fazer coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes*, em harmonia com a categoria de direito que se baseou a ação.

Em se tratando de direito difuso ou coletivo, sendo o processo extinto sem o julgamento do mérito fazendo, portanto, coisa julgada formal, é possível a propositura de uma nova demanda (por qualquer dos legitimados) visando tutelar o mesmo objeto da ação anterior. Se o pedido for julgado procedente, a sentença produzirá coisa julgada material (e formal), beneficiando toda a coletividade (direito difuso) ou o grupo (direito coletivo). Se o pedido for julgado improcedente, a operacionalização da coisa julgada dependerá de um detalhe: se a decisão foi amparada por suficiência ou insuficiência de provas. Se a sentença foi improcedente por *insuficiência* de provas, será possível que a mesma ação seja novamente ajuizada (em âmbito coletivo), desde que seja com o aporte de uma prova nova, sem prejuízo, inclusive, das ações de cunho individual que possam ser manejadas pelos respectivos prejudicados. Se a ação for julgada com *suficiência* de provas, haverá a formação de coisa julgada material e formal, não havendo a possibilidade de uma nova propositura da ação coletiva para tratar do mesmo objeto, sendo a perpetuação da discussão apenas possível em ações individuais manejadas pelos indivíduos lesados.

No caso dos direitos individuais homogêneos, se o pedido for julgado procedente, a decisão fará igualmente coisa julgada material e formal, beneficiando todos os indivíduos que sofreram dano e que se encontram conectados pela origem comum caracterizadora dessa modalidade de tutela. Se o pedido for julgado improcedente, não haverá diferença se a decisão decorreu da suficiência ou insuficiência de provas, a sentença fará coisa julgada e impedirá um novo ajuizamento da mesma demanda pelos legitimados, ressalvado, como é de rigor, o direito de ação dos indivíduos. Aqui, portanto, a coisa julgada apenas se efetivará no âmbito coletivo.

O transporte *in utilibus* é a possibilidade que o indivíduo tem de se beneficiar da coisa julgada operacionalizada em sede de processo coletivo, de modo a

permitir que o lesado individual liquide e execute diretamente a respectiva decisão, quando tiver condições de comprovar o dano e o nexo de causalidade. A formação da coisa julgada num processo que tutela direito difuso, no caso de sentença de procedência, beneficia a coletividade como um todo, na sua condição de parte material. Em princípio, em razão da indivisibilidade do objeto e da indeterminação de sujeitos, não haveria que se falar em benefício na esfera individual. Isso, contudo, pode ser mitigado no caso em que o indivíduo tenha meios de demonstrar que o seu dano engloba-se nos termos da sentença coletiva, mesmo sem ter sido formulado pedido de natureza individual homogêneo. Essa realidade também se aplica quando tratar-se de ação popular.

A questão das provas é matéria ainda bastante controvertida no que tange as decisões em âmbito de ações coletivas. Entende a melhor doutrina que uma nova prova pode sim ser objeto de ação rescisória, seguindo os moldes do que prescreve o artigo 485 do Código de Processo Civil. Observa-se, porém, que é aspecto fora de dúvida para aqueles que seguem essa linha que a utilização dessa prova nova em sede de ação rescisória apenas é possível respeitando-se o prazo de dois anos que autoriza a medida.

Em relação a sentença que foi proferida com ou sem a designação de suficiência de provas, parece crível aceitar que mesmo que o juiz não mencione na sentença de improcedência que o processo foi julgado com *insuficiência* de provas, que a prova nova possibilite o ajuizamento de uma nova demanda⁶. Tal solução, na verdade, parte de um juízo de coerência. Se a sentença foi de improcedência, mas existia uma prova que integrava a esfera da controvérsia à época dos fatos, é de supor, por consequência, que a decisão foi julgada com base num conjunto probatório manifestamente insuficiente. Por essa razão, nada impediria, em princípio, que uma segunda ação fosse ajuizada pelo mesmo legitimado ou por outro, baseando-se numa prova nova. Inviabilizar essa solução em razão de formalismos ou questões de ordem terminológica (se a decisão foi com base em suficiência ou não de provas) diminuiria a importância e magnitude das ações coletivas, em

⁶ PIZZOL, Patricia Miranda. *Coisa julgada nas ações coletivas*. Disponível em http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/artigo_patricia.pdf P.16-17 Acesso em 14.11.13

detrimento de uma expressão legislativa que visa, em especial, trazer maior efetividade aos processos dessa natureza. Nesse sentido, entende Hugo Mazzili que:

Uma ação civil resultar em improcedência, não por falta de provas, mas por entender, com bases nas perícias que a fábrica do réu, ao emitir determinado resíduo pelas chaminés, não poluente; antes, conclui a sentença, o resíduo é saudável ou pelo menos inócuo para o homem. Formada a coisa julgada com eficácia 'erga omnes', e vencida a oportunidade da rescisória, suponhamos fique apurado que as perícias foram fraudulentas, ou que tal resíduo, então tido como saudável ou pelo menos inócuo ao homem, posteriormente a ciência demonstrou ser altamente tóxico e prejudicial à humanidade (...) A razão consiste em que não se pode admitir, verdadeiramente, coisa julgada ou direito adquirido de violar o meio ambiente e de destruir as condições próprias do 'habitat' humano⁷.

No processo dito convencional (individual) a configuração da litispendência se dá quando já existe uma relação processual em curso e que inviabiliza a formação de uma nova que possua as mesmas partes, causa de pedir e pedido. O tratamento da questão em relação às ações coletivas possui algumas peculiaridades que desconsideram, em termos, esse sistema fechado. Nesses casos, seguindo entendimento de Hugo Mazzili⁸, as características que podem gerar a litispendência nas ações coletivas é a causa de pedir e o pedido, sendo de menor relevância a igualdade de partes, na medida em que seria viável o aparecimento da litispendência mesmo com legitimados diferentes no polo ativo das demandas. Outra questão de se considerar no trato da matéria diz respeito ao momento da prevenção. O art. 2º da Lei 7347/85 determina que a prevenção decorre da propositura da demanda.

⁷ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio histórico e outros*. 25ª ed. São Paulo: Saraiva. 2012. P. 514;

⁸ Idem. P. 166-169

Já o CPC, a seu turno, dispõe que a prevenção pode se verificar após a citação (CPC 219) ou no recebimento do primeiro despacho (CPC 106). Salvo melhor análise, não há óbice em relação a unicidade de processos e de julgamento em matéria de ações coletivas. Segundo dispõem o parágrafo único do art. 2º da LACP e o § 5º do art. 17 da Lei 8429/92, a propositura da ação civil pública prevenirá a jurisdição para todas as ações posteriormente ajuizadas, se tiverem a mesma causa de pedir ou mesmo objeto.

Haveria conexão, por exemplo, na situação em que uma associação civil ajuizasse ação civil pública visando o encerramento de atividades de uma empresa que polui e, paralelamente, o Ministério Público se valesse da mesma medida contra a mesma empresa almejando condenação em obrigação de fazer consistente na colocação por parte da ré de um filtro adequado na chaminé de sua fábrica. Nesse caso, a reunião seria de rigor, até para evitar decisões contraditórias. A inconstitucionalidade (ou simples ineficácia, melhor dizendo) do art. 16 da LACP, a bem da verdade, é o que possibilita a conexão das ações no contexto apresentado. Caso fosse o referido artigo considerado em sua integridade, ou seja, limitando a extensão da sentença a competência territorial do órgão prolator, a unicidade dos processos e a unificação dos julgamentos seriam tormentosas e dissonantes em relação ao texto da lei.

4. UM PARALELO COM AS *CLASS ACTIONS* AMERICANAS

Conforme se observou no tópico anterior, a legislação nacional adaptou a coisa julgada às demandas coletivas de modo a preservar o direito dos terceiros que são representados pelo legitimado no processo. Verificou-se que o sistema foi construído a uma realidade em que as lides ainda são visualizadas sob o olhar individual, num contexto cultural no qual movimentos associativos da população ainda são muito parcos para que se possa modelar a coisa julgada nos processos por outra perspectiva. Aliado à isso, muitas ainda são as dificuldades do judiciário ou, até mesmo, do próprio governo brasileiro, em organizar mecanismos eficientes no que tange ao perfeito desenrolar de um processo coletivo. Basta verificar, por exemplo, as dificuldades atinentes à comunicação da

coletividade em relação a simples existência de um processo que possa ser de seu interesse, ou ainda, a administração do fundo dos direitos difusos.

O regime vigente no país, analisado sob a perspectiva americana, sem dúvida, seria definido como um modelo manifestamente paternalista⁹. E não sem razão, até porque, não é demais lembrar, que aquela sociedade possui raízes liberais muito mais contundentes do que o Brasil. O que se vê, quando se analisa a coisa julgada nas *class actions* americanas é a perfeita justaposição do instituto ao contexto social em que se manifesta. Por isso o paralelo entre as duas realidades é de suma importância para que se possa compreender as nuances ao qual a coisa julgada pode se submeter, permitindo a obtenção de um entendimento global sobre o tema. A escolha do sistema brasileiro foi consciente: entre prejudicar um terceiro que não exerceu o seu contraditório ou, ao menos, teve a oportunidade de se manifestar no sentido de excluir-se da coisa julgada coletiva e entre o risco do esvaziamento da ação num modelo em que os indivíduos fossem proativos em participar da ação por livre e espontânea vontade, preferiu-se privilegiar os membros do grupo.

Em tese, a figura prejudicada com essa opção teria sido o demandado na ação coletiva, em razão de suposta afronta ao princípio da isonomia, levando-se em consideração que mesmo diante de uma sentença de improcedência, teria ele, eventualmente, que se defender (novamente) se uma série de ações individuais ou, até mesmo, de outra ação coletiva manejada por qualquer legitimado, se a decisão foi de improcedência por insuficiência de provas, conforme já abordado. Mas isso tudo não passa, a bem da verdade, de um pseudoproblema. Se esse contexto se mostrar presente, aquele que integrou o polo passivo da ação coletiva terá não só novas oportunidades de se defender, mantendo intocável o devido processo legal, como também, e mais importante, poderá se valer de um excelente precedente nascido de um processo complexo em que a instrução probatória, em geral, é desenvolvida de forma bastante detalhada e certa. Por isso, não há que se falar em prejuízo.

⁹ GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos. As ações coletivas em uma perspectiva comparada*. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007. P. 288

Ingressando, agora, nas nuances do sistema americano, o primeiro detalhe que se pode registrar é o tempo em que aquele país desenvolve o seu sistema processual já levando em conta a noção de ações coletivas (ou melhor, as ações de classe). Antes, um parêntese: a discussão sobre a extensão da coisa julgada não atingir terceiros já era prevista na *Federal Equity Rule 48* de 1842, ou seja, essa também já era uma preocupação que de há muito se apresentava naquele sistema. Segundo Gidi, *a legislação era insistentemente omissa, a jurisprudência era confusa e a doutrina contraditória, e chega-se mesmo a duvidar que, no início do século XIX, as class actions tivessem qualquer efeito de coisa julgada em face de membros ausentes. A Rule 48 das Federal Equity Rules de 1842, por exemplo, prescrevia que a decisão em uma class action seria dada sem prejuízo das pretensões dos membros ausentes*¹⁰. Conforme ficará claro nos próximos parágrafos, a estruturação da *res iudicata* naquela realidade parte de pressupostos completamente diferentes daqueles vistos no Brasil

Talvez o primeiro passo no que se refere à regulamentação da matéria nos EUA seja a *Federal Rule 23* (1938) que adota a figura das *Class Actions for Damage*. Esta lei elenca três modalidades de ação que, guardadas as devidas proporções, lembram a noção dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Código de Defesa do Consumidor, ressaltando, porém, que essas são nomenclaturas que eles não utilizam por lá. A legislação traz, portanto, as figuras da *True Class Actions (b)(1)*, da *Hybrid Class Actions (b)(2)* e da *Spurious Class Actions (b)(3)*. Destas, as duas primeiras são classificadas como *Mandatory Class Actions*, tendo em vista o não exercício do *right to opt out* e das *notices*, em virtude dos direitos serem indivisíveis, e a terceira denominada como *Spurious Class Actions (common question)*, no qual esses procedimentos devem ser preservados. Mas essas questões serão detalhadas mais à frente.

¹⁰ GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos. As ações coletivas em uma perspectiva comparada*. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007. P. 275

A modalidade (b)(3) era considerada, conforme aponta Antonio Gidi¹¹, uma ação coletiva as avessas, uma vez que para que os membros fossem atingidos pela decisão, eles deveriam exercer o *right to opt in*. Essa necessidade, porém, esvaziava a ação coletiva sob a perspectiva de membros participantes do processo. No ano de 1966, houve uma reforma substancial na *Federal Rule 23*, que modificou o regime da *res iudicata* nestas ações, passando a coisa julgada ter efeitos *erga omnes* vinculando todos independentemente do resultado do processo, salvo se exercerem o *right to opt out*. A escolha, nesse caso, também foi consciente: entre conviver com o risco de que uma ação coletiva tenha poucos membros, até porque a participação nessa ação dependia de um comportamento proativo do lesado, preferiu-se partir para uma solução de coisa julgada *pro et contra*, vinculando à todos, via de regra, mesmo que seja uma extensão que gere prejuízos. Hoje, portanto, não existe mais o critério do *opt in* nos EUA.

Vale consignar, por oportuno, que no ano de 2003 a *Federal Rule 23* passou por uma nova reforma que trouxe, dentre as mudanças, a possibilidade de que o *opt out* também fosse exercido nas ações de tipo (b) (1) e (b) (2)¹². As noções destas ações, até então, partiam do pressuposto de que a presença dos terceiros no processo era “compulsória”, levando-se em consideração que os direitos submetidos às essas vias são indivisíveis. Por essa razão elas são conhecidas como *mandatory class action*. No direito brasileiro, como já abordado, o fato de ser o direito indivisível (difuso, por exemplo) não elimina a possibilidade de que haja a individualização do dano. Como se viu, a figura do transporte *in utilibus* permite que aquele que tenha sofrido dano na esfera individual possa, também, promover a liquidação e posterior execução da sentença coletiva.

A razão de ser da extensão que pode causar prejuízo à terceiros está calcada nos aspectos culturais (e jurídicos) da sociedade americana. O primeiro ponto importante de se destacar nesse contexto diz respeito aos mecanismos de salvaguarda. O

¹¹ GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos. As ações coletivas em uma perspectiva comparada*. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007. P. 277

¹² GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. *Os processos coletivos nos países de civil law e common law: uma análise de direito comparado*. 2ª Ed., rev. e atual. Revista dos Tribunais, 2011. P. 293

sistema americano, para conviver com a possibilidade de que a coisa julgada se opere *pro et contra*, estruturou mecanismos rigorosos que devem ser observados no tramite de uma *class action*, como forma de preservação, inclusive, do próprio *due process of law*. São eles a representatividade adequada, o sistema de notificações (*notice*) e o direito de auto-exclusão (*opt out*), de acordo como foi exposto acima. Esses requisitos, mais do representarem meras obrigatoriedades formais, sem resultado prático (como muito se vê no Brasil), eles são, na realidade, exigências tão importantes que se não forem devidamente observadas, qualquer individuo que se sentir lesado por essa não observância poderá intentar certas medidas que ensejam numa espécie de nulidade do processo (*collateral attack*). É bom lembrar que as *class actions* podem ser a única opção jurídica para fazer cessar um determinado dano, ao contrário do sistema brasileiro, no qual a ação coletiva representa, tão somente, mais uma opção (em princípio mais eficiente) para se preservar os direitos dos lesados¹³.

O rigor na aferição da representatividade adequada do representante do grupo nas *class actions* é procedimento muito mais robusto e rigoroso do que aquele verificado na estrutura brasileira. Vale lembrar, neste caso, que a aferição é *ope legis*, ou seja, preenchendo-se os requisitos estampados no art. 82, IV, do CDC (fins institucionais e constituição há pelo menos 1 ano) não terá o juiz, em principio, liberdade para dizer que determinada associação, por exemplo, não tem capacidade técnica para conduzir aquele processo. Nos EUA, o controle é realizado por parte do juiz (*ope judicis*, portanto), e o representante é submetido a uma espécie de processo de certificação para que características como tempo de atuação, capacidade de técnica, aptidão financeira, entre outros, sejam analisadas com exatidão para que esse requisito do devido processo seja cumprido fielmente. Salienta-se, novamente, que se após a decisão final chegar-se a conclusão de que o autor não tinha capacidade para integrar aquele processo, a sentença poderá ser rescindida. Cassio Scarpinella explica com mais detalhes essa questão:

¹³ GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos. As ações coletivas em uma perspectiva comparada*. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007.

A doutrina elenca, para a verificação do que seja a adequacy of representation, a necessidade da concorrência de três elementos: os membros presentes e nomeados na ação devem demonstrar que têm efetivo interesse jurídico na promoção daquela demanda, isto é, devem dizer por quais razões promovem ação naqueles moldes (vingança pessoal?, concorrência desleal?). É inerente à figura da representatividade adequada a competência dos advogados que conduzirão a ação, mormente aquele da class. Neste particular, a Corte deverá examinar sua bona fides e sua competência técnica, vale dizer, se tem condições de vencer os desafios que são apresentados no desenvolver das ações desta espécie. Para que esteja preenchido o quesito da representatividade adequada, a Corte deverá, ainda, averiguar a inexistência de qualquer conflito interno no interior da classe, cabendo a ela, alternativamente, dividir a classe tal qual apresentada inicialmente em tantas subclasses que se façam necessárias para o adequado prosseguimento da ação, cada qual com regime próprio de class action. Nesta hipótese, como já teve oportunidade de decidir a Suprema Corte, no caso Eisen41, a coisa julgada será incidente somente entre as pessoas componentes do grupo original, que não estejam incluídas nas novas subclasses¹⁴.

Outro aspecto que demonstra importante diferença entre os sistemas é o papel do advogado. Na sistemática brasileira, o advogado é mero coadjuvante na condução da ação, ou seja, representa o legitimado buscando os direitos que entende pertencer à determinado grupo e acata as diversas determinações do juiz da causa. A sua atuação, até como decorrência natural no nosso sistema jurídico, em si, pode ser considerada manifestamente passiva em relação a condução do feito. Nos EUA, por outro lado, como compartilha o Prof. Antonio Gidi, o advogado é um dos grandes (talvez o maior)

¹⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. *As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta*. Revista de Processo, vol. 82, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996; P. 13-14 (versão digital)

protagonistas das ações dessa natureza. A feição da ação está completamente moldada à sua atuação, tendo ele, inclusive, maior notoriedade e importância do que o próprio representante do grupo. Diz ele que *o representante do grupo é uma figura absolutamente inútil, que não escolhe o advogado, não pode mandar nele, nem dispensá-lo de suas funções, nem tem poder de aceitar um acordo oferecido pela parte contrária. A função do representante é simplesmente existir, de preferência, calado*¹⁵.

O advogado, assim como ocorre com o representante, também é submetido a processo de verificação de adequação para a condução da ação. Nesse procedimento, questões como trabalhos já realizados pelo profissional, experiência em ações desse tipo, conhecimento do direito aplicável e, até mesmo, seus recursos financeiros, são devidamente analisados. O papel do advogado naquele sistema é tão *sui generis* em relação ao nosso que a sua atuação chega até ser questionável do ponto de vista ético. Segundo aponta Gidi, existem profissionais especializados nesse tipo de demanda, cujo um dos trabalhos é, literalmente, ficar atento aos acontecimentos do cotidiano a fim de identificar atos lesivos a grupos que tenham o condão de ensejar eventuais ações de classe¹⁶.

O processo é visto, sob essa ótica, como verdadeiro investimento privado, por isso, o grande interesse por parte desses profissionais. Sabedores que as indenizações, em geral, são consideravelmente altas, os advogados se dispõem a desembolsar, muitas vezes, valores próprios com o objetivo de que a ação transcorra sem nenhuma mácula. Isso porque eles também têm conhecimento de que os procedimentos de salvaguarda são extremamente rigorosos e se não forem corretamente observados, a decisão final pode ser invalidada (por meio, por exemplo, do *collateral attack*), jogando por terra todo esse “trabalho”. Essa preocupação em preservar a integridade do *due process* também é algo que circunda os interesses do réu, tendo em vista que se a decisão for invalidada, novo esforço de defesa deverá ser dispendido ou, pior, poderá integrar o polo passivo de inúmeras ações

¹⁵ GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos. As ações coletivas em uma perspectiva comparada*. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007. P.246

¹⁶ Idem. P. 245

de cunho individual (lembre-se que se a ação de classe for julgada procedente ou improcedente, a coisa julgada terá eficácia *erga omnes pro et contra*, ou seja, o réu não precisará se preocupar com eventuais ações individuais que surjam em razão do dano discutido no processo coletivo).

Mantendo a coerência do sistema americano de permitir que terceiros sejam prejudicados desde que o *due process* (que inclui o *notice*) sejam preservados, a observância do procedimento de notificações é fundamental. Frise-se que esse requisito é mais comum nas ações de modalidade (b)(3), ressaltando a possibilidade prescrita nas ações (b)(2) e (b)(3), com a reforma de 2003 (exercício do *opt out* no processo de certificação). Esse processo, em princípio, é de responsabilidade do autor, que também deverá custear as respectivas despesas. Se o réu, eventualmente, obstaculizar à identificação dos membros do grupo (arquivos de clientes, por exemplo), os custos da identificação dos lesados podem ser transferidos à ele.

A *Federal Rule 23* não prevê um procedimento específico para as notificações. Quem escolhe a melhor alternativa, muitas vezes, é o juiz. Na medida em que se trata de um requisito essencial das *class actions*, esforços não são medidos para que o procedimento seja eficiente e consiga, de fato, atingir o seu objetivo que é identificar todos os membros do grupo para que possam exercer adequadamente o *right to opt out*. Quando se mostrar possível identificar cada membro do grupo lesado, existem situações em que cada um deles é notificado pessoalmente, inclusive, por meio de formulários que constam informações como os nomes dos representantes, estratégia a ser adotada, histórico de ações do advogado, entre outras coisas. Nos casos em que a individualização for inviável, explica Gidi que o sistema permite que se proceda com notificações por amostragem (*sampling notice*). Lesado cujos prejuízos maiores sejam identificados serão notificados pessoalmente, sendo o restante notificado mediante edital.

5. EFICÁCIA *ERGA OMNES* E A QUESTÃO DAS LIMITAÇÕES TERRITORIAIS

Quando se discute a procedimentalização da coisa julgada nas ações coletivas, o tema da limitação existente no art. 16 da Lei da Ação Civil Pública invariavelmente vem à tona. Mas antes de ingressar com mais detalhes nesse tema, vale uma breve digressão para que o debate fique devidamente contextualizado. Já há muitos anos se discute meios viáveis para que a carga de processos existentes no judiciário seja satisfatoriamente reduzida, criando-se uma série de medidas, sobretudo processuais, para que esse objetivo seja atingido. O fim precípua é, claramente, fazer com que o processo tramite num tempo minimamente aceitável. Dentre os caminhos encontrados para tanto, dois alçam posição de destaque: os processos coletivos e a manifestação de efeitos vinculantes que emanam em certas características (não se pode esquecer que a Constituição, com o advento da E.C n.º 45, também fez questão de lembrar que o processo dever ter uma duração razoável).

Até o momento, todas essas investidas processuais não se mostraram hábeis para atacar a raiz do problema que é a letárgica morosidade da justiça. Mas apesar de tantos esforços, por que essa realidade continua da mesma forma? Será que o problema, em si, é meramente processual? Ou é político? Enfrentar esse tema demandaria algumas centenas de páginas, mas o que se quer apontar, por ora, é que os instrumentos que estão sendo utilizados para enfrentar essa problemática, fazendo-se uma analogia entre uma conversa, mais ensejam um monólogo do que um diálogo. Enquanto ilustres processualistas cumprem o seu papel de pensar, sob o ângulo que os competem, alternativas para mudar a ordem das coisas, a esfera política se mostra completamente descompassada no que se refere ao mesmo objetivo. Esse desvio de foco é importante para que se note o que está por detrás da limitação territorial do mencionado artigo. Isso, claro, analisando esse tema maior partindo-se das peculiaridades da limitação territorial em debate.

O artigo 16 da LACP, na verdade, é tido por boa parte da doutrina como sendo completamente inoperante, aplicando-se, quanto à coisa julgada coletiva, o disposto

no art. 103 do Código de Defesa do Consumidor, mais completo e detalhado acerca do tema. Segundo prescreve Nelson Nery, houve flagrante confusão entre a eficácia da coisa julgada e a competência territorial do órgão prolator da decisão (jurisdição). Se uma decisão é proferida por qualquer juiz que seja, tanto no âmbito individual, quanto no coletivo, não importa em que local ele esteja, a sentença operará coisa julgada em todo o território nacional, como ato precípua da própria atividade do Estado. No mesmo sentido, afirma Barros Leonel que *a tentativa de restrição estabelece confusão entre a amplitude da demanda, conforme o objeto litigioso do processo (pedido delimitado pela causa de pedir) e competência territorial, que é um dos critérios legislativos para a repartição da jurisdição, com a fixação de seus limites com relação a cada órgão judicial, nada tendo a ver com a coisa julgada. Há, nesse sentido, nítido equívoco na técnica legislativa*¹⁷.

Importante frisar, ainda, que com o advento do Código de Defesa do Consumidor, o art. 16 da LACP fora revogado tacitamente, tendo em vista que o regramento atinente à matéria estampado no art. 103 do CDC trouxe uma sistemática muito mais detalhada e ampla sobre o assunto, restando completamente inoperante o que dizia aquele artigo. Se o art. 16 da LACP já não tinha qualquer eficácia prática, a modificação perpetrada por meio da Lei 9494/97 pretendeu alterar um dispositivo que já não mais integrava o ordenamento jurídico. Nessa linha de raciocínio, entende Aluísio Gonçalves Mendes que *com o advento do Código de Defesa do Consumidor, a matéria pertinente aos efeitos do julgamento e da coisa julgada passou a ser regulada inteiramente pelo art. 103, na medida em que instituiu sistema consentâneo com a nova divisão tripartite dos interesses coletivos, nada mais podendo ser aproveitado do art. 16 da Lei 7.347/85, razão pela qual é de se considerar o mesmo revogado, com fulcro no art. 2º, §1º, parte final, da Lei de Introdução ao Código Civil. Desse modo, houve manifesto equívoco do legislador ao pretender dar nova redação a dispositivo que não se encontrava mais em vigor*¹⁸.

A preocupação em evitar sentenças conflitantes por dois ou mais órgãos judiciais é ínsita ao próprio sistema processual como um todo, independendo da esfera em

¹⁷ LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. 2ª ed. São Paulo: Rev.Tribunais. 2011. P. 301.

¹⁸ MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

que se operacionaliza a coisa julgada (se no âmbito individual ou no coletivo). Mas não há dúvida que essa confusão poderia acarretar muito mais prejuízos na esfera dos processos coletivos, tendo em vista que a própria magnitude dos direitos tutelados por essa via invariavelmente abrangem diferentes jurisdições, o que ensejaria numa clara e prejudicial possibilidade de conflito entre decisões. Segundo Patricia Pizzol, o teor do art. 16 da LACP caminha em sentido absolutamente contrário a uma das principais bases de sustentação do modelo processual coletivo que é o de evitar a proliferação de demandas e preservar a harmonização e unicidade dos julgados:

A alteração do artigo 16 promovida pela Lei 9.494/97 vai na contramão da história, praticamente destruindo a ação coletiva, ou, ao menos, maculando-a gravemente. Vai na contramão da história porque, ao invés de evitar a multiplicação das demandas e permitir a harmonização dos julgados, torna necessária, na hipótese de dano de âmbito regional ou nacional, a propositura de diversas ações coletivas para a tutela do mesmo direito – uma em cada foro. Ressalte-se que isso, além de sobrecarregar o Judiciário, gera insegurança nas relações jurídicas, permitindo decisões conflitantes¹⁹.

A aplicação do art. 16 da Lei 7347/85 ocasionaria algumas situações bastante inusitadas. Uma empresa responsável pelo vazamento de óleo num determinado rio que cortasse dois Estados, por exemplo, poderia ser punida em um e não em outro. A coletividade, que na verdade abrangeria os dois entes, seria cindida, preservando-se o direito somente daqueles que se encontram no Estado onde a primeira ação coletiva foi proposta. Cenário pior aconteceria se o juiz da outra comarca entendesse pela não existência do dano. Como seria possível harmonizar essa situação? Outro exemplo, exposto por Mancuso²⁰ e igualmente incoerente, seria o caso de uma ação civil pública ajuizada com fim de inviabilizar o fumo em qualquer viagem aérea. Isso geraria uma circunstância

¹⁹PIZZOL, Patricia Miranda. *Coisa julgada nas ações coletivas*. Disponível em http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/artigo_patricia.pdf P. 29 Acesso em 14.11.13

²⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011.

em que o fumo seria possível apenas na comarca onde a decisão foi proferida. A partir do momento em que a aeronave ingressasse no espaço aéreo de outra comarca, o fumo seria proibido.

Existem posicionamentos, contudo, que defendem a aplicação do referido artigo. Pedro da Silva Dinamarco²¹, por exemplo, elenca cinco razões para tanto, dizendo que: a) foi uma opção do legislador; b) que a alteração respeita o princípio federativo; c) a lei privilegiou a proximidade do dano; d) em caso de conexão entre legitimados de estados diferentes seria dificultosa a atuação do mais distante em relação ao processo em que foi atraído; e) não se pode obrigar o demandado a defender-se num local longe de sua sede. A abrangência do termo de ajustamento de conduta deve ser avaliada de acordo com o objeto que integra o procedimento, não existindo nenhum óbice para que possua abrangência nacional (um caso de propaganda abusiva, por exemplo, veiculada em todo o território nacional).

Os argumentos, contudo, não se sustentam. Em relação ao princípio federativo, ele não serve para mitigar a incompatibilidade do dispositivo. A coisa julgada é matéria afeta ao Estado em si, analisado sob o seu aspecto de soberania e de aplicação em todo o território nacional. Não se trata de Estado partindo da premissa de ente federativo. No que tange a opção do legislador, lembre-se que parte considerável da doutrina entende que o presente artigo é flagrantemente inconstitucional, além do que não revogou as disposições afetas à matéria existentes no Código de Defesa do Consumidor. A limitação em nada auxiliaria o julgamento da lide em relação a proximidade do dano. O dano se estende de forma completamente homogênea, geograficamente falando, e a análise do ocorrido demanda um entendimento uniforme, justamente pela impossibilidade em cindir a causa. O prejuízo do demandado de, eventualmente, se defender em local fora de sua sede, sem dúvida, é um mal muito menor no sistema do que à possibilidade de que a coletividade

²¹ DINAMARCO, Pedro da Silva. *Competência, conexão e prevenção nas ações coletivas*. In: *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios* (Coordenador: Édis Milaré). São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005.

seja prejudicada por meio de possíveis decisões conflitantes. O contrário disso representaria grave insegurança jurídica aos jurisdicionados.

Além das dificuldades em se admitir tal solução sob o ponto de vista estritamente técnico-processual, o caráter político do desfecho deve ser analisado com bastante atenção. A modificação do art. 16 da LACP (frise-se que a redação original do dispositivo não conservava essa incompatibilidade) foi levada a efeito por meio da Lei 9494/97 que, por sua vez, derivou-se da Medida Provisória 1.510/97. Segundo prescreve a melhor doutrina, a alteração seria inconstitucional, seja analisada no aspecto material, ou mesmo, no formal. No primeiro caso, a afronta seria manifesta no que tange ao direito de ação, da razoabilidade e proporcionalidade, além, é claro, de significar uma clara restrição à direitos como, por exemplo, o do consumidor. Em referência ao âmbito formal, a modificação desrespeitou o comando constitucional do art. 62, tendo em vista que o seu nascedouro decorreu de uma medida provisória desenvolvida sem que se configurasse caso de relevância e urgência. Foi, na verdade, mera conveniência baseada em fortes interesses políticos.

Isso porque, como se sabe, o poder público é um dos entes que possui maior potencial de causar danos que possam ter magnitude nacional, portanto, é um dos grandes interessados em mitigar, de qualquer forma, os impactos de eventual decisão judicial. Ao analisar-se a medida provisória, ficam nítidos os fins políticos que cercavam a medida. Esse fato dá mostras claras de que o poder público não se mostra devidamente preocupado em fazer com que o judiciário seja, realmente, efetivo e célere. Por isso, a digressão feita no início do tópico se mostra importante: enquanto a sociedade conviver com essas discrepâncias de intenções, nada de substancial será feito. Anos a fio poderão ser gastos por acadêmicos e julgadores tentando buscar soluções (jurídicas) para as mazelas do judiciário. No fundo, porém, enquanto isso não representar uma preocupação (também) política, as inovações nunca serão suficientes para modificar o contexto atual.

A tendência, pelo menos no que tange especificamente sobre a limitação territorial, é que a discussão se esvazie cada vez mais. Isso porque, diversos projetos tendem a dispor expressamente que a eficácia *erga omnes* da coisa julgada independe de

qualquer limitação territorial. O PL 5.100/05, por exemplo, propõe o restabelecimento da redação originária do art. 16 da Lei 7347/85. O anteprojeto do CPCol dizia no seu art. 13, § 4º: *A competência territorial do órgão julgador não representará limitação a coisa julgada erga omnes*. O PL 5139, por sua vez, preceitua no art. 32 que *a sentença no processo coletivo fará coisa julgada erga omnes, independentemente da competência territorial do órgão prolator ou do domicílio dos interessados*. Por fim, estabelece o parágrafo 2º do art. 81-A do PL 282 (atualização do CDC) que *a competência territorial do órgão prolator ou o domicílio dos interessados não restringirão a coisa julgada de âmbito nacional ou regional*. Todas essas soluções, vale dizer, estão em total consonância com o Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero América. Veja-se o quadro sistemático abaixo:

Projeto de Lei nº 5.139/09	Anteprojeto de Código de Processo Coletivo	Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América	Projeto de Lei nº 282/12
Art. 32. A sentença no processo coletivo fará coisa julgada erga omnes , independentemente da competência territorial do órgão prolator ou do domicílio dos interessados.	Art. 13 (...) § 4º A competência territorial do órgão julgador não representará limitação para a coisa julgada <i>erga omnes</i> .	Art. 33. (...) § 5º A competência territorial do órgão julgador não representará limitação para a coisa julgada <i>erga omnes</i> .	Art. 81-A, § 2º A competência territorial do órgão prolator ou o domicílio dos interessados não restringirão a coisa julgada de âmbito nacional ou regional

O tema da limitação territorial, apesar de parecer assunto superado pela doutrina no sentido da sua não aplicação, e na jurisprudência também não representar uma linha que se aplique com frequência, o fato é que toda a oportunidade que se abre ao poder público para “revisitar” essa questão, ela não passa despercebida. Em relação a atualização

do CDC mencionada no parágrafo anterior, recentemente foi confeccionado relatório no Senado Federal para tratar do PL 282 que versa sobre a atualização da parte de processos coletivos no Código de Defesa do Consumidor. Uma das emendas (emenda n.º 7), apresentada pelo Senador Romero Jucá, objetivava, justamente, suprimir o dispositivo que expõe que a coisa julgada nas ações coletivas se opera *erga omnes* independentemente de qualquer limitação territorial. O mesmo acontece com a PEC 358/05²², que tem por escopo, entre outras coisas, inserir o parágrafo 2º no art. 105 da Constituição, dando plenos poderes ao Superior Tribunal de Justiça para ele seja o responsável por definir a extensão da decisão:

Nas ações civis públicas e nas propostas por entidades associativas na defesa dos direitos de seus associados, representados ou substituídos, quando a abrangência da lesão ultrapassar a jurisdição de diferentes Tribunais Regionais Federais ou de Tribunais de Justiça dos Estados ou do Distrito Federal ou territórios, cabe ao Superior Tribunal de Justiça, ressalvada a competência da Justiça do Trabalho e da Justiça Eleitoral, definir a competência do foro e a extensão territorial da decisão.

Nota-se, portanto, que o interesse de alguns é justamente dificultar o processamento dessas ações em razão de questões de cunho eminentemente político. Toda e qualquer modificação que venha a ser pensada sobre os processos coletivos deve se pautar nos benefícios que elas representarão a coletividade como um todo. Não se pode aceitar qualquer tipo de restrição à esses direitos, seja pela necessidade urgente de que meios processuais mais otimizados sejam preservados no sistema, ou mesmo pelo fundamento básico de ordem material que é a tutela efetiva dos grupos.

6. A QUESTÃO DA RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA

²² ZUFELATO, Camilo. Coisa Julgada Coletiva (Coleção direito e processo, coord. Cassio Scarpinella Bueno), São Paulo, Saraiva, 2011. P.481.

A relativização da coisa julgada é outro tema que, vez ou outra, vem a tona quando se discute a coisa julgada nas ações coletivas. É importante destacar, de início, que a coisa julgada *secundum eventum litis*, nas palavras de Nelson Nery, é uma das modalidades de relativização permitidas por lei. A questão será avaliada por dois focos principais: o primeiro que pretende flexibilizar a coisa julgada por meios de soluções *de lege ferenda*, numa extensão dos debates que são deflagrados nos próprios processos de cunho individual e o segundo sobre a possibilidade ou não de se seguir o mesmo caminho partindo-se para interpretações extensivas das peculiaridades da improcedência com ou sem suficiência de provas. As discussões atinentes a esse tema ganham especial destaque num momento em que as soluções processuais para tornar o processo (seja ele individual ou coletivo) algo mais “eficiente” tende, por via reflexa, a gerar um campo de temeridades caso não seja avaliado com a devida cautela, sobretudo, no que tange aos pressupostos que formam o núcleo robusto do processo formado com base em princípios democráticos.

Segundo esclarecedoras lições de Nelson Nery, a opção *política* que emanou da Constituição de 1988 foi a de preservar fins de segurança jurídica e pacificação social em detrimento da busca por uma solução que seja justa (numa acepção mais filosófica). Isso não significa, evidentemente, que o que se busque no processo seja algo que não a justiça. De fato, é dever do Estado busca-la por meio das ferramentas jurídicas que destinou para tanto. Mas essa busca (por justiça) possui um limite, e essa fronteira acaba por basear-se no corte da realidade manifestado na decisão judicial. Esse corte decorre da conjunção de uma série de atos que são realizados num processo, mas que, nem sempre, pode gerar uma sentença justa. Nesse caso, é admissível, com base no sistema vigente, que se conviva com essa realidade, destinando-se ferramentas que podem, no máximo, evitar a probabilidade de que isso aconteça, mas não evitar em todos os casos. No judiciário, segundo ele, a manifestação do Estado Democrático de Direito se materializa na coisa julgada. Nesse sentido, o autor ainda faz referência à Alemanha Nazista:

Adolf Hitler assinou, em 15.7.1941, a Lei para a Intervenção do Ministério Público no Processo Civil, dando poderes ao parquet para dizer se a sentença seria justa ou não, se atendia aos fundamentos do

Reich alemão e os anseios do povo alemão. (art. 2º da Gesetz uber die Mitwirkung des staatsanwalts in burgerlichen Rechtssachen – StAMG – RGBI, p. 383). Se o ministério Público alemão entendesse que a sentença era injusta, poderia propor ação rescisória (Wiederaufnahme des Verfahrens) para que isso fosse reconhecido. A injustiça da sentença era, pois, uma das causas de sua rescindibilidade pela ação rescisória alemã nazista. Interpretar a coisa julgada, se justa ou injusta, se ocorreu ou não, é instrumento do totalitarismo, de esquerda ou de direita, nada tendo a ver com democracia, com o estado democrático de direito²³.

Nesse sentido, portanto, é plenamente viável que uma sentença inválida opere coisa julgada material (depois do prazo da rescisória), alcançando força de lei entre as partes e possuindo efeito substitutivo no que tange a eventuais nulidades ou anulabilidades, ou seja, a partir do momento em que a decisão atinge esse *status* eventuais vícios dessas naturezas serão considerados devidamente sanados. A vontade das partes, por assim dizer, é substituída pela vontade do Estado instrumentalizada na figura do juiz. Esse comando poderia ser tido como injusto e (ou) inconstitucional, contudo, como bem pontua Nery, *o risco político de haver sentença injusta ou inconstitucional no caso concreto parece ser menos grave do que o risco político de instaurar-se a insegurança geral com a relativização (rectius: desconsideração) da coisa julgada*²⁴.

Dentre as correntes que se apresentam no sentido da flexibilização da coisa julgada, destacam-se a) quando a sentença for injusta; b) aparecimento de prova nova mesmo depois do exaurimento do prazo da ação rescisória; c) quando houver alteração da lei e d) quando a coisa julgada for manifestamente inconstitucional. Como visto nos parágrafos anteriores, essas exceções, se aplicadas, desconstruiriam um principio basilar do Estado democrático manifestado no processo que é a coisa julgada. Essa discussão é tratada no âmbito individual, mas, da mesma forma, não pode a coisa julgada sofrer mitigações no âmbito do processo coletivo. Nunca é demais lembrar que o desenvolvimento dos estudos

²³ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010.

²⁴ Idem. P. 63.

sobre o processo coletivo tende a flexibilizar mecanismos do processo individual em razão do bem maior que essas modalidades tutelam (coletividade). Se a relativização ainda é vista com inúmeros temperamentos em relação ao processo individual, o mesmo deve acontecer com a coisa julgada nas ações coletivas. O plano dessa discussão é de ordem constitucional e vale para os dois campos, não havendo em que se falar numa atenuação no que tange a esses casos, em razão de estar-se tutelando a coletividade.

Um aspecto peculiar que surge a esse respeito nos processos coletivos é a questão da manifestação do juiz da causa sobre o julgamento ser realizado com ou sem suficiência de provas. Como já exposto, a sentença coletiva terá eficácia *erga omnes* salvo se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas (art. 103 do CDC). Muito se discute na doutrina se existe a necessidade de o juiz mencionar expressamente na sentença se a improcedência decorreu de uma análise detalhada das provas dos autos ou se foi consequência da falta delas. Parte da doutrina entende que o surgimento de prova *técnica* nova poderia dar ensejo a uma nova ação coletiva, justamente porque já significaria, por meio de um juízo lógico, que o julgador não detinha, à época, provas suficientes a seu dispor para analisar a questão. Patricia Pizzol, a seu turno, chega a sugerir a inclusão de mais um parágrafo no art. 103 do CDC, com o fim de permitir que a coletividade seja beneficiada por meio dessa relativização:

*Propomos, nesse sentido, a inserção de parágrafo no artigo 103 do CDC com a seguinte redação: “Em qualquer hipótese, seja o direito difuso, coletivo ou individual homogêneo, a sentença de improcedência proferida no processo coletivo não impedirá a propositura de nova ação coletiva desde que fundada em prova técnica indisponível à época do julgamento da causa”*²⁵.

O objetivo do presente tópico é demonstrar, em linhas gerais, que a discussão que se opera sobre a relativização da coisa julgada no processo individual não

²⁵ PIZZOL, Patricia Miranda. *Coisa julgada nas ações coletivas*. Disponível em http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/artigo_patricia.pdf P.27 Acesso em 14.11.13

deve ser enxergada com olhar mais brando apenas por partir da ótica do processo coletivo. Essa é uma discussão que faz parte do núcleo robusto do processo, em si, não podendo sofrer mitigações tão somente em razão de estar-se tutelando a coletividade. A lei já traz mitigações com esse escopo a fim de preservar os grupos lesados, de modo que quaisquer outras relativizações que não aquelas aqui expostas especificamente sobre o surgimento de prova técnica nova, devem ser rechaçadas por se apresentarem temerárias a harmonização do sistema processual.

7. ASPECTOS E TENDÊNCIAS LEGISLATIVAS SOBRE A MATÉRIA (PL 5139, CPCoI E CÓDIGO MODELO PARA IBERO AMÉRICA).

A tendência dos debates relativos a coisa julgada nas ações coletivas no Brasil é a de manter a modalidade *secundum eventum litis*. Por ora, de fato, parece ser a solução mais adequada em razão da conjectura vivenciada na sociedade, assim como em decorrência da própria dificuldade do judiciário em desenvolver medidas eficazes e inclusivas no tocante ao acompanhamento dos processos. Repita-se, de nada adianta partir para soluções meramente processuais se não houver engajamento político que efetivamente permita pensar o processo coletivo sob outra ótica, por exemplo, das *class actions* americanas. Enquanto isso não acontecer, a coletividade não poderá ser prejudicada por meio desses mecanismos, tendo excluída, por exemplo, a possibilidade sempre existente de que os indivíduos tenham a possibilidade de buscar os seus direitos por meio de ações próprias.

Os recentes projetos de lei atinentes a processos coletivos, de um modo geral, mantêm o sistema vigente atualmente. O projeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos manteve a mesma solução do direito vigente. Dizia o art. 13: *Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada erga omnes, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova.*

Mas a manutenção do sistema atual não é corrente uníssona. Enquanto no anteprojeto de iniciativa dos alunos da USP o regime vigente é mantido na sua integridade, na proposta confeccionada por Antonio Gidi e no anteprojeto desenvolvido pelos alunos da UERJ/UNESA preferiu-se buscar um regime de extensão da coisa julgada *pro et contra*, em harmonia com o direito de auto-exclusão (*opt out*) dos integrantes do grupo. O PL da nova ação civil pública adotou, para as ações coletivas que tutelam direitos individuais homogêneos a o sistema da comunicação aos interessados individuais para que possam exercer o direito de autoexclusão da autoridade da coisa julgada:

Art. 13. Estando em termos a petição inicial, o juiz ordenará a citação do réu e, em se tratando de interesses ou direitos individuais homogêneos, a intimação do Ministério Público e da Defensoria Pública, bem como a comunicação dos interessados, titulares dos respectivos interesses ou direitos objeto da ação coletiva, para que possam exercer, até a publicação da sentença, o seu direito de exclusão em relação ao processo coletivo, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social.

Parágrafo único. A comunicação dos membros do grupo, prevista no caput, poderá ser feita pelo correio, inclusive eletrônico, por oficial de justiça ou por inserção em outro meio de comunicação ou informação, como contracheque, conta, fatura, extrato bancário e outros, sem obrigatoriedade de identificação nominal dos destinatários, que poderão ser caracterizados enquanto titulares dos mencionados interesses ou direitos, fazendo-se referência à ação, às partes, ao pedido e à causa de pedir, observado o critério da modicidade do custo.

Essa é uma solução que parece não estar harmonizada com a realidade brasileira atual. Quando o contexto caminha a favor, sem dúvida, a existência do *right to opt out* é a solução mais adequada para a efetividade do processo. Contudo, num cenário no qual inexistem mecanismos de salvaguardas rígidos que possibilitem uma preservação

adequada do devido processo legal, no qual, ainda, grande parte das ações coletivas é ajuizada por meio do Ministério Público, prevalecer esse entendimento representaria uma etapa no qual a realidade brasileira ainda não estaria madura para absorver sem que isso expusesse a coletividade à sérios riscos. Nesse sentido, expõe Camilo Zufelato: *consideramos que o sistema de coisa julgada secundum eventum seja mais adequado à realidade brasileira, na medida em que as notificações, pedra de toque para a vigência do modelo de coisa julgada para os interesses individuais homogêneos que o PL pretende implementar, parece trazer em si imensas dificuldades de aplicação, o que poderá gerar um número sem fim de impugnações, sem falar dos custos para que a notificação seja a mais efetiva possível*²⁶.

8. CONCLUSÃO

Verificou-se, no trabalho, que a noção da extensão da coisa julgada à quem não é parte do processo remonta à épocas muito distantes da própria formação dos direitos difusos ocasionada em meados da segunda metade do século XX. Essa extensão pode acontecer seja no processo individual, por meio de previsões específicas, ou mesmo, nos processos coletivos, sendo a regra no que se refere a esses casos. A forma de como a extensão acontece nos processos coletivos, porém, se manifesta de forma bastante diferente dependendo da realidade de cada país, sendo verificado, no trabalho, o caso brasileiro em comparação com as *class actions* americanas, delineando-se a razão de ser de cada sistema e a forma como a coisa julgada se adapta nos dois casos.

No caso brasileiro, constatou-se que a opção do legislador foi preservar ao máximo a esfera jurídica de terceiros, estruturando um regime de coisa julgada *secundum eventum litis* que se estende à terceiros apenas no sentido de beneficia-los. Se por meio de um olhar mais desavisado essa solução pareça um tanto quanto injusta sob o ponto de vista do réu e paternalista sob a ótica de política de Estado, a realidade demonstra, por outro lado, que estruturação seja da sociedade, ou mesmo, do judiciário, não se encontra

²⁶ ZUFELATO, Camilo. Coisa Julgada Coletiva (Coleção direito e processo, coord. Cassio Scarpinella Bueno), São Paulo, Saraiva, 2011. P. 446.

madura para que se parta para a internalização de modelos estrangeiros como, por exemplo, o exercício do direito de autoexclusão. Como se sabe, o Brasil não possui uma cultura associativa robusta para o manejo dessas ações com maior contundência, tanto que a maioria das ações coletivas no país é ajuizada pelo Ministério Público. Além disso, questões como a notificação de todos os lesados para que exerçam tal direito parece algo muito utópico para um judiciário que mal consegue dar a devida publicidade às decisões.

Analisou-se, também, a forma de como se estrutura a coisa julgada nas *class action* americanas, mostrando-se a forma de como o instituto nada mais é do que a própria adequação da realidade. Nos sistema americano, a coisa julgada se opera *pro et contra*, ou seja, ao contrário do Brasil, a coletividade pode ser tanto beneficiada quanto prejudicada pela decisão coletiva. Para mitigar eventuais prejuízos aos lesados que não participam efetivamente do processo, o sistema americano criou mecanismos de salvaguarda que representam manifestações precípuas do próprio *due process of law* (representatividade adequada, notificações e direito de autoexclusão). Esses mecanismos devem ser rigorosamente preenchidos e muitas vezes o são, inclusive, com a participação ativa das partes, sobretudo, do advogado do representado que é, na verdade, o grande condutor do processo.

No tópico 5, examinou-se as tentativas frustradas de se limitar territorialmente a eficácia da coisa julgada (art. 16 da Lei 7347), numa tentativa clara, baseada em interesses políticos, de mitigar eventuais responsabilidades do poder público em decorrência de atos lesivos de âmbito nacional. Além dos interesses políticos envolvidos com essa solução, verificou-se que o dispositivo se mostra completamente inoperante na prática, sobretudo, por incongruências técnicas, além da sua própria inconstitucionalidade. Viu-se, também, que os recentes projetos que tratam do tema de processos coletivos estão caminhando no sentido de exaurir, de vez, essa discussão, todos afirmando expressamente que a eficácia *erga omnes* da coisa julgada independe da competência territorial do órgão prolator da decisão.

Ato contínuo, foram tecidas considerações a respeito da relativização da coisa julgada e a impossibilidade da sua aplicação também na esfera dos processos coletivos. Como se viu, a manutenção da rigidez das premissas relativas a coisa julgada está relacionada à própria manifestação do estado democrático no processo judicial. Resta inviável, a pretexto de beneficiar a coletividade, flexibilizar tais premissas ensejando um campo de arbitrariedades e completa insegurança jurídica. Conforme analisado, apenas num ponto talvez seja possível vislumbrar uma hipótese de relativização (*de lege ferenda*) que é a possibilidade de ajuizamento de uma nova ação fundada em prova técnica nova, mesmo que a sentença de processo anterior tenha sido proferida com a indicação de que foi analisada *com suficiência de provas*.

Por fim, foram analisadas breves tendências relativas ao modelo da coisa coletivas no Brasil, no sentido de demonstrar que a coisa julgada *secundum eventum litis* ainda parece prevalecer no campo doutrinário, como uma forma precípua de adaptar o instituto à realidade brasileira. Por outro lado, já é possível localizar na doutrina quem defenda que mecanismos como o *right to opt out* seria uma das únicas medidas que, de fato, auxiliaria na redução das demandas judiciais, tornando o processo coletivo mais justo e eficiente.

BIBLIOGRAFIA

BUENO, Cassio Scarpinella. *As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta*. Revista de Processo, vol. 82, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996;

DINAMARCO, Pedro da Silva. *Competência, conexão e prevenção nas ações coletivas*. In: *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios* (Coordenador: Édis Milaré). São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005.

GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. *As ações coletivas em uma perspectiva comparada*. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007;

GOZZOLI, Maria Clara; CIANCI, Mirna; CALMON, Petrônio. QUARTIERI, Rita (coords.). *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem à Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo, Saraiva – 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. *Os processos coletivos nos países de civil law e common law: uma análise de direito comparado*. 2ª Ed., rev. e atual. Revista dos Tribunais, 2011.

_____ ; NERY JUNIOR, Nelson; WATANABE, Kazuo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, volume II. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2011.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio histórico e outros*. 25ª ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MILARÉ, Édis (cor.). *A ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios*. Ed. Revista dos Tribunais, 2005

MORATO, Antonio Carlos; NERI, Paulo de Tarso (Org.). *20 anos do Código de Defesa do Consumidor: estudos em homenagem ao professor José Geraldo Brito Filomeno*. São Paulo: Atlas. 2011.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010.

PIZZOL, Patricia Miranda. *Coisa julgada nas ações coletivas*. Disponível em <http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/artigo_patricia.pdf> Acesso em 14.11.13

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, vol. I, 52. ed., 2011.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos* Revista Forense. São Paulo.

ZUFELATO, Camilo. *Coisa Julgada Coletiva* (Coleção direito e processo, coord. Cassio Scarpinella Bueno), São Paulo, Saraiva, 2011

