



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A Possibilidade de Ações Coletivas Passivas no Ordenamento Jurídico Brasileiro

Annunziata Alves Iulianello

Rio de Janeiro
2010

ANNUNZIATA ALVES IULIANELLO

A Possibilidade de Ações Coletivas Passivas no Ordenamento Jurídico Brasileiro

Artigo Científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós- Graduação.

Orientadores: Prof^ª. Néli Fetzner

Prof. Nelson Tavares

Rio de Janeiro
2010

A POSSIBILIDADE DE AÇÕES COLETIVAS PASSIVAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Annunziata Alves Iulianello

Graduada pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ. Advogada

Resumo: as ações coletivas consistem em instrumento hábil a conferir efetividade à tutela dos direitos transindividuais. A defesa coletiva de direitos em juízo, geralmente, não está relacionada à imposição de limites à coletividade, mas sim a sua proteção. Tema pouco explorado e de grande relevância consiste na ação coletiva passiva, que é uma forma de defesa dos direitos contra a coletividade. O presente trabalho tem o objetivo de fazer uma breve análise acerca da possibilidade de ação coletiva passiva no ordenamento jurídico brasileiro, em razão da dificuldade de compatibilizá-la com os institutos processuais existentes, principalmente com a formação de coisa julgada.

Palavras-chave: Processo Civil, Ações coletivas passivas, Legitimidade, Coisa julgada.

Sumário: Introdução. 1. Definição das ações coletivas passivas; 2. Inspiração nas *class actions* norte-americanas; 3. Ação coletiva passiva no Brasil; 4. Legitimidade passiva e a “representatividade adequada” no Direito brasileiro; 5. Ação coletiva passiva e coisa julgada. 5.1. Coisa julgada e legitimidade extraordinária, 5.2. Coisa julgada e demandas coletivas; Conclusão. Referências

INTRODUÇÃO

As ações coletivas possuem grande importância no contexto social atual, uma vez que representam o instrumento adequado à tutela dos interesses coletivos, que necessitam de

regras específicas, pois as regras contidas no Código de Processo Civil, pautadas na tutela jurisdicional individual, não são suficientes para proporcionar a tutela jurisdicional adequada dos interesses coletivos, havendo necessidade de uma releitura dos principais institutos clássicos do direito processual civil.

O presente trabalho tem por escopo realizar um breve estudo acerca da possibilidade ou não de ação coletiva passiva no ordenamento jurídico brasileiro, em razão da grande dificuldade de compatibilizá-la com os institutos processuais existentes, principalmente em relação à legitimidade passiva e, em especial, à formação de coisa julgada.

1. DEFINIÇÃO DE AÇÕES COLETIVAS PASSIVAS

Segundo DIDIER JR e ZANETI JR, (2007, v. 4), as ações coletivas passivas são aquelas em que um agrupamento humano for colocado como sujeito passivo de uma relação jurídica afirmada na inicial. Em outras palavras uma coletividade figurará no pólo passivo da relação jurídica processual por meio de um legitimado extraordinário, que estará, como será analisado mais detalhadamente adiante, defendendo, em nome próprio, interesse alheio. O objeto da ação coletiva passiva pode ser individual ou coletivo.

A doutrina costuma apontar duas espécies de ação coletiva passiva, quais sejam, as ações coletivas passivas ordinárias ou comuns e as ações duplamente coletivas.

Nas ações coletivas passivas ordinárias haverá, no pólo ativo, um ou mais demandantes defendendo direitos individuais em face de uma coletividade. Nesse caso, o rol dos direitos individuais que admitem a defesa de forma coletiva acaba sendo alargado, na medida em que possibilita a defesa dos direitos homogeneamente lesionados ou ameaçados de lesão por uma coletividade organizada. Diferentemente do que ocorre nas ações coletivas

ativas, é a homogeneidade da lesão, e não a homogeneidade do direito, que caracteriza o objeto da ação coletiva passiva. (MAIA, 2009).

Para exemplificar tal modalidade de ação coletiva passiva, a doutrina costuma apontar as ações movidas por uma sociedade empresária em face de determinado sindicato de trabalhadores que está na iminência de deflagrar greve reputada abusiva. Também pode ser citada a ação declaratória, ajuizada por determinada rede bancária, que pretende ver reconhecida a licitude de uma certa cláusula constante em contrato de adesão por ela elaborado.

Ao lado da ação coletiva passiva ordinária, há também a ação duplamente coletiva, que ocorre quando os direitos afirmados pelo autor da demanda for coletivo, de forma que a lide existente envolva duas comunidades distintas. Aqui, existem, portanto, duas coletividades presentes na demanda, uma no pólo ativo e outra no pólo passivo. Como exemplo pode ser citada uma demanda ajuizada por uma associação de estudantes em face de uma associação de escolas. Ainda pode ser mencionado um grupo de servidores públicos que resolvem bloquear estradas, causando transtornos, uma vez que impedem a liberdade de locomoção das demais pessoas. Em ambos os casos mencionados, deverá haver um legitimado coletivo tanto no pólo ativo quanto no pólo passivo da demanda.

2. INSPIRAÇÃO NAS *CLASS ACTIONS* NORTE-AMERICANAS

No direito norte-americano, a ação coletiva passiva, denominada de *defendant class action*, existe e possui aplicação prática. Diferentemente do que ocorre no Direito brasileiro, na sistemática norte-americana, a garantia do devido processo legal não está pautada na

participação no processo, mas sim no direito à representação, mediante a utilização do instituto da “representação adequada”. Isso advém do fato de que, na maioria das vezes, no caso de ações coletivas ativas ou passivas, há impossibilidade física de que todos os titulares dos direitos em discussão integrem a lide.

A legitimidade na *class action* ou “ação de classe” do direito norte-americano está regulamentada na *Rule 23*, das *Federal Rules of Civil Procedure*, de 1966. De acordo com a fórmula norte-americana, é possível a extensão da coisa julgada a quem não foi pessoalmente parte no processo, mas que tenha sido “adequadamente representado” por aquele que será o portador em juízo dos interesses difusos e coletivos *stricto sensu*, ou daqueles coletivamente tratados, como ocorre com os interesses individuais homogêneos. Em regra, a *class action* norte-americana somente terá prosseguimento como ação coletiva desde que preenchidos os “pressupostos de admissibilidade”, previstos na alínea “a” da *Rule 23*, e os de “desenvolvimento”, insculpidos na alínea “b” da *Rule 23*.

O Tribunal, primeiramente, deverá determinar se a demanda atende ou não aos pressupostos previstos na lei e se está presente o requisito da representação adequada, o que fará com que ela possa se desenvolver como *class action*, decisão esta que pode ser condicionada ou revogada antes da sentença de mérito.

Percebe-se que, na sistemática norte-americana, a análise da legitimação coletiva e, conseqüentemente, da representação adequada, é feita *ope iudicis*, ou seja, judicialmente, diante do caso concreto, o que é fundamental para a compreensão da distinção dos limites subjetivos da coisa julgada nas ações coletivas norte-americanas, que não adota a coisa julgada *secundum eventum litis*, e a brasileira, onde esta última está consagrada.

A análise da representação adequada possui substancial importância, pois, no sistema norte-americano, como já dito, a coisa julgada não se apresenta *secundum eventum litis*. Via de regra, de acordo com a extensão fixada pelo Tribunal, todos os componentes do grupo

serão atingidos pela autoridade da coisa julgada, *pro et contra*. Isso se deve ao fato de que, para tal sistema, haveria, na verdade, um novo conceito de representação substancial e processual, diversos dos conceitos clássicos, pautados numa concepção individualista.

3. AÇÕES COLETIVAS PASSIVAS NO BRASIL

O Brasil foi pioneiro, dentre os países da *civil law*, na criação e implementação dos processos coletivos. Ante a ausência de um único diploma legal que discipline o processo coletivo, pode-se afirmar que existe um verdadeiro microsistema processual disciplinando o processo coletivo, formado primordialmente pelo Código de Defesa do Consumidor, pela Lei de Ação Civil Pública (Lei 7.347/85), bem como por outras leis, tais como, a Lei de Ação Popular (Lei nº 4.717/65), o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92), o Estatuto do Idoso (Lei nº 70.741/03), dentre outras.

Diante do sistema normativo das ações coletivas existentes atualmente, cabe perquirir acerca da possibilidade de ação coletiva passiva no Brasil. É importante consignar que existe intenso debate na doutrina processual acerca da possibilidade ou não de ações coletivas passivas no Brasil. Parte considerável da doutrina, abarcando doutrinadores de peso, afirma não ser possível ação coletiva passiva, enquanto outros se manifestam de forma favorável às ações coletivas passivas, que seriam viáveis com base nas normas processuais vigentes.

Um dos principais argumentos utilizado por quem é contrário às ações coletivas passivas consiste na ausência de previsão legal autorizando que os entes que detêm legitimidade para figurar no pólo ativo da ação coletiva também pudessem figurar como réus.

Prevalece o entendimento de que, nas ações coletivas, o ente legitimado teria legitimidade extraordinária, na medida em que defende, em nome próprio, interesse alheio, o que, consoante disposição do art. 6º do Código de Processo Civil, somente é admissível nos casos expressamente previstos em lei.

A legislação vigente sempre indica uma postura ativa dos legitimados, não fazendo menção a sua atuação como réu. Parcela dos doutrinadores, portanto, procura, com isso, conferir uma interpretação mais restrita aos termos empregados pelo legislador, inadmitindo, por exemplo, reconvenção em demanda coletiva (VIGLIAR, 2007). Tal interpretação restritiva tem como fundamento a própria cultura social, na qual foi difundida a idéia de que os legitimados extraordinários para a ação coletiva são aqueles que buscam a tutela jurisdicional para a proteção dos interesses coletivos, que correriam o risco de sequer serem defendidos em juízo caso não houvesse a ação coletiva, que surgiu, justamente, da necessidade de criação de novos mecanismos para a tutela dos interesses que surgiram no bojo social.

Outro argumento contrário seria o de que, ainda que se admitisse a ação coletiva passiva, a legitimação para ações coletivas no Direito brasileiro é *ope legis*, o que, em outras palavras, significa dizer que o autor é um “representante institucional”, previsto em abstrato pelo legislador, diferentemente, portanto, da sistemática norte-americana, na qual a legitimidade é do próprio indivíduo, que exercerá a “representatividade adequada” da coletividade, examinada caso a caso pelo magistrado.

Diante disso, haveria o risco de ser posto no pólo passivo da relação jurídica processual um legitimado que não representasse, efetivamente, os interesses da coletividade, que, aparentemente estaria representando. Ainda que se diga que o sistema brasileiro não adota um sistema *ope legis* puro, mas sim um sistema misto, na medida em que, em alguns casos, admite-se que o magistrado realiza um certo controle, fato é que, como já afirmado

reiteradamente, a nossa sistemática é bastante diversa do modelo norte-americano, razão pela qual, atualmente, acaba sendo inviável a adoção de um modelo que em muito difere do nosso.

Como consequência da ausência de “representatividade adequada”, surge o terceiro – e talvez o mais importante – argumento contrário às ações coletivas passivas, qual seja, o regramento da coisa julgada, tendo em vista que, consoante disposição do art. 103 do Código de Defesa do Consumidor, a extensão da coisa julgada produzida nas ações coletivas jamais poderia prejudicar os interesses individuais. Não poderia haver prejuízo em relação aos que não figuraram como partes no processo, não estando sujeitos ao contraditório, como forma de se assegurar, por conseguinte, as garantias constitucionais processuais.

Para alguns doutrinadores, como DIDIER JR (2007), é perfeitamente possível ação coletiva passiva no Brasil. O principal argumento, dentre outros, para a defesa dessa posição é a possibilidade de controle *in concreto* da legitimidade coletiva pelo juiz. De acordo com quem se filia a tal entendimento, para que se possa aferir a legitimação do autor que almeja a tutela coletiva, mostra-se necessária a existência de um vínculo entre o legitimado e o objeto do processo, capaz de habilitá-lo para o exercício do direito de ação em juízo, não sendo suficiente apenas a previsão legal da legitimação.

Rebatendo os argumentos da corrente contrária, afirmam, ainda, que a inexistência de previsão legal, conferindo legitimação coletiva passiva, não é óbice intransponível, pois não é necessário que a legitimação extraordinária conste expressamente na lei, podendo ser extraída do ordenamento jurídico. A partir do momento em que não há vedação ao ajuizamento de ação rescisória, cautelar incidental ou mandado de segurança contra ato judicial pelo réu na ação coletiva ativa, implicitamente, é admissível que algum sujeito responda pela coletividade, sendo possível, por conseguinte, o ajuizamento de ação coletiva passiva (DIDIER JR, 2007). Outros, como MAIA (2009), defendem que o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional seria apto a justificar a legitimidade de entes não

previamente legitimados pela lei para responder como réus no processo coletivo, no lugar de seus membros.

Em relação ao problema na identificação dos legitimados, afirmam – e aqui reside um dos principais fundamentos, como já mencionado – que haveria o controle judicial da legitimação coletiva. Portanto, qualquer um dos co-legitimados previstos em lei para a ação coletiva ativa poderia figurar como réu na ação coletiva passiva, cabendo ao juiz aferir, no caso concreto, se ele, de fato, atua como “representante adequado”. Dessa forma, a análise da legitimação coletiva seria realizada em duas fases: a) a legislativa (*ope legis*), quando será verificada a existência de autorização legal, e b) a judicial (*ope judicis*), quando será feito um controle concreto, no qual se observará a “pertinência temática”, que será analisada pelo magistrado diante do caso concreto. É dado como exemplo do controle *ope judicis* a previsão contida no art. 82, §1º, do Código de Defesa do Consumidor, que permite ao juiz dispensar o prazo mínimo de um ano de constituição da associação para a propositura da ação coletiva.

No tocante à coisa julgada, sustenta-se a necessidade de algumas adaptações em relação à coisa julgada produzida no processo individual, pois negar que a sentença produza efeitos em relação a quem não figurou como parte no processo acabaria por tornar inútil a admissibilidade da ação coletiva passiva.

MAIA (2009) defende que a sentença de improcedência fará sempre coisa julgada, enquanto que a sentença de procedência só fará coisa julgada se baseada em provas que sejam suficientes para formação do convencimento do juiz. Seria formação da coisa julgada *secundum eventum probationis*. Já quando for o caso de direitos individuais homogêneos, aferida a legitimação, associada à necessidade de solução do conflito, seria possível a formação de coisa julgada, ainda que contrária aos interesses individuais da coletividade.

Como visto, o tema é bastante polêmico, principalmente em razão da ausência de disciplina legal acerca do tema. Será feita, a seguir, uma análise mais detalhada dos

argumentos apontados acima, de forma a poder se chegar a uma conclusão sobre a admissibilidade ou não das ações coletivas passivas, consoante as disposições legais existentes hodiernamente.

4. LEGITIMIDADE PASSIVA E A “REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA” NO DIREITO BRASILEIRO

Para o exercício do direito de ação, isto é, para que seja provocado validamente o exercício da atividade jurisdicional, devem ser preenchidas determinadas condições, dentre as quais a legitimidade *ad causam*, que, no conceito clássico, consiste no fato de que “em princípio, é titular da ação apenas a própria pessoa que se diz titular do direito subjetivo material cuja tutela pese (legitimação ativa), podendo ser demandado apenas aquele que seja titular da obrigação correspondente (legitimidade passiva)” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2004, p. 260).

Nessa hipótese, há a denominada legitimação ordinária – a regra do nosso sistema processual civil, conforme preceituado no art. 6º do Código de Processo Civil – , na qual há perfeita identidade entre quem propôs a demanda e o que sofreu a lesão ao direito, só sendo possível se pleitear direito próprio em nome alheio, se houver expressa determinação legal, hipótese em que haverá a legitimação extraordinária ou substituição processual. Nesse último caso, o legitimado estará defendendo, em nome próprio, interesse alheio.

Tratando-se de demandas coletivas, é inegável que a concepção tradicional do processo deve ser adaptada, sendo necessário, portanto, que a lei determinasse quais seriam os legitimados para a tutela dos interesses transindividuais. Via de regra, é impossível, ou, em alguns casos, extremamente difícil, que, no pólo ativo ou passivo da demanda, encontrem-se

os titulares do direito material, até mesmo devido à própria indivisibilidade do objeto da demanda.

Acerca da natureza jurídica da legitimação ativa – raciocínio que, obviamente, pode ser empregado quando tais legitimados figurarem como réus nas ações coletivas passivas – nas demandas coletivas, a doutrina se divide, havendo os que enxergam a legitimação coletiva como uma espécie de legitimação ordinária; outros, no entanto, sustentam ser uma espécie de legitimação extraordinária; havendo, por fim, aqueles que aduzem ser uma terceira espécie de legitimação, um *tertium genus*, absolutamente dissociado da dicotomia clássica da legitimação.

A doutrina majoritária tem entendido que a natureza jurídica da legitimação coletiva é de substituição processual ou legitimação extraordinária. Em que pese a existência de posicionamentos em contrário, parece ser mais adequado o entendimento de que se trata, via de regra, de verdadeira substituição processual, adaptada à realidade das demandas coletivas, que, como já dito, demandam tratamento diferenciado, sendo, necessária, muitas vezes, uma releitura dos conceitos clássicos da doutrina processualista.

No que concerne à representatividade adequada, já foi mencionado que o modelo brasileiro é bastante diverso do modelo norte-americano. No estudo das *class actions* norte-americanas, o requisito da representação adequada (*adequacy of representation*) é um dos mais importantes, tendo em vista que ela é imprescindível para que a sentença produza efeitos, vinculando todos os componentes da classe, independentemente do resultado do processo e da participação individual daqueles no processo. Assim, apesar de haver disposição na Constituição americana de que ninguém será privado de seus bens e direitos sem o devido processo legal, a Suprema Corte reconhece que o julgamento dessas ações é exceção à referida regra, desde que, mesmo não tendo participado do processo, os indivíduos tenham sido representados adequadamente. Somente no caso de não ter havido uma adequada

representação, será possível falar em violação ao devido processo legal (DINAMARCO, 2001).

A fiscalização da representação adequada possui substancial importância, de forma que ela é fiscalizada durante todo o transcurso da relação processual e, eventualmente, até mesmo após o trânsito em julgado. Caso o representado demonstre que o representante não atuou de forma adequada, ele poderá não sofrer o efeito preclusivo da coisa julgada, sendo possível que a matéria seja rediscutida em nova demanda. É esse mecanismo que, segundo os norte-americanos, resguardaria o devido processo legal.

Percebe-se que, na sistemática norte-americana, a legitimidade para figurar no pólo ativo ou passivo de uma *class action* é de qualquer integrante da categoria, independentemente de autorização específica ou de consenso unânime da classe que está sendo representada. Haverá apenas a aferição dos pressupostos pelo magistrado.

Com base na breve síntese da sistemática norte-americana, pode-se afirmar que, no Brasil, como já afirmado outrora, a legitimação para afigurar como parte nas demandas coletivas é *ope legis*, o que, em outras palavras, significa dizer que o autor é um “representante institucional”, previsto em abstrato pelo legislador. Pode-se inferir, portanto, que, em que pese o brilhantismo dos autores que sustentam o contrário, parece mais adequado o perfilhado por Pedro Dinamarco, que defende a inexistência de um verdadeiro requisito da representatividade em nosso ordenamento jurídico, ao argumento de que os requisitos porventura exigidos não têm nada a ver com a representatividade adequada, “que exprime um conjunto fatores que demonstram concretamente ao juiz, durante todo o curso do processo, ser o autor pessoa idônea, que irá despender eficazmente todos os esforços necessários para a defesa dos interesses das pessoas ausentes do processo” (DINAMARCO, 2001, p. 201-202)

Do que fora explanado acima, depreende-se que, no Brasil, a sistemática da legitimação que está intimamente ligada aos efeitos da coisa julgada nas ações coletivas,

como será visto adiante, apesar de ter no direito norte-americano sua fonte de inspiração, dele se distancia veementemente, mostrando-se, imprescindível, a sistemática da coisa julgada *secundum eventum litis*, como forma de se assegurar os princípios constitucionais.

Como a representação é *ope legis*, o legislador consagrou, no art. 103 do Código de Defesa do Consumidor que a coisa julgada somente poderá beneficiar a classe que estiver sendo representada, sem que haja, portanto, qualquer impedimento ao ajuizamento de ações individuais, independentemente do motivo que tenha levado à improcedência do pedido na demanda coletiva. O insucesso da defesa apresentada pelo legitimado extraordinário jamais poderá prejudicar quem não foi parte na relação jurídica processual, como decorrência lógica da disposição contida no art. 472 do Código de Processo Civil, razão pela qual a ação coletiva passiva produziria coisa julgada, mas, no caso de procedência, como será detalhado a seguir, ela jamais poderia prejudicar a classe representada, razão pela qual não haveria qualquer utilidade na atuação jurisdicional, acarretando carência de ação, por falta de interesse processual. É esse o posicionamento de Pedro Dinamarco (DINAMARCO, 2001), Arruda Alvim (ALVIM, 2007).

DINAMARCO (2001) afirma, ainda, que se deve fazer uma distinção em relação aos casos em que, exemplificativamente, uma associação ou sociedade figure no pólo passivo para defender interesses próprios, mesmo que a procedência do pedido possa atingir, de forma reflexa, os seus associados, como consequência natural de serem membros daquele ente-réu. Como caso concreto dessa situação, ele cita a ação civil pública movida pelo Ministério Público de São Paulo contra algumas torcidas organizadas (Mancha Verde e Torcida Independente), para que elas fossem extintas, em razão dos transtornos e malefícios sociais que acarretavam.

Assim, diante da legislação processual existente, somente em casos excepcionais, como forma de se viabilizar o próprio acesso à justiça e o princípio da inafastabilidade de

jurisdição, sendo inegável que, mesmo diante da ausência de disposição legal expressa acerca do tema, vários casos concretos apreciados pelo Poder Judiciário consistem em verdadeiras ações coletivas passivas, como já mencionado acima. Todavia, é inegável que existem problemas práticos em relação à coisa julgada, que merecem uma análise mais cuidadosa, como será analisado a seguir.

5. AÇÕES COLETIVAS E COISA JULGADA

5.1. COISA JULGADA E LEGITIMIDADE EXTRAORDINÁRIA

A coisa julgada, sem dúvida, é o ponto no qual reside a maior problemática em torno das ações coletivas passivas no Brasil. Para que a ação coletiva passiva pudesse ser eficaz, segundo MAIA (2009), haveria necessidade de que a coisa julgada pudesse também prejudicar os substituídos individualmente, o que esbarra na impossibilidade de extensão dos efeitos negativos do julgado a quem não participou do contraditório, violando a garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa, constitucionalmente assegurados (art. 5º, LIV e LV, CRFB/88).

Nas palavras de LIEBMAN (1984, p. 54) a coisa julgada pode ser definida como: (...) a imutabilidade do *comando* emergente de uma sentença. Não se identifica ela simplesmente com a *definitividade* e intangibilidade do ato que pronuncia o *comando*”. Ela é uma qualidade, mais intensa e mais profunda, que acaba revestindo o ato também em seu conteúdo, tornando imutáveis, além do ato em sua existência formal, os efeitos, quaisquer que sejam, do próprio ato.

A coisa julgada possui um fundamento político e um fundamento jurídico. O fundamento político consiste na necessidade de estabilização das relações jurídicas controvertidas. O pronunciamento estatal deve ter o condão de sepultar, de forma definitiva, as controvérsias existentes na sociedade. Tal fundamento está intimamente relacionado à própria segurança jurídica, de forma a possibilitar ao cidadão a plena eficácia dos direitos que lhe são assegurados. Já o fundamento jurídico consiste no princípio da unidade de jurisdição, no sentido de que, uma vez provocada a atividade jurisdicional – que só pode ser exercida uma única vez para dirimir dado litígio –, tendo ela sido exercida, e terminadas todas as possibilidades de recurso ou não tendo as partes recorrido, o Estado cumpriu o seu dever de prestar a jurisdição, conferindo o acesso à justiça ao cidadão. Então, ele não pode mais exercer a atividade jurisdicional sobre uma mesma causa, eis que os cidadãos já não possuem o direito de exercê-la.

No tocante aos limites subjetivos da coisa julgada, eles dizem respeito a quem estará submetido à coisa julgada. Como regra, a coisa julgada opera-se apenas e tão-somente em relação às “partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiro”, conforme se depreende da leitura da parte inicial do art. 472 do Código de Processo Civil. Dessa forma, a imutabilidade da sentença ou dos seus efeitos se impõe apenas entre os que figuraram como partes no processo.

É importante ressaltar que tal entendimento não deriva apenas da norma descrita no Código de Processo Civil, mas também e, principalmente, dos princípios do contraditório, do devido processo legal e da ampla defesa, consagrados em nossa Carta Magna. Ela está diretamente associada ao princípio democrático do Estado de Direito, segundo o qual ninguém pode ter sua esfera jurídica atingida por uma decisão se não teve oportunidade de influir eficazmente na formação desta.

No tocante às ações coletivas, como os limites subjetivos da coisa julgada estão

intimamente relacionados ao conceito de parte e de terceiro, pois somente os que figuraram como parte no processo podem sofrer a incidência da autoridade da coisa julgada, mister se faz a análise da aplicação de tais conceitos nas demandas coletivas, partindo do pressuposto de que haverá sempre uma legitimação extraordinária (substituição processual).

Durante muito tempo, persistiu entre os processualistas que formavam a corrente civilista, a conotação de que partes eram os sujeitos da relação jurídica material deduzida em juízo. Via de regra, as partes da relação processual correspondem às partes na relação material, sendo, dessa forma, sujeitos da relação de direito substancial controvertida, ou, em outras palavras, da *res in iudicium deducta*.

Entretanto, tal conceituação mostrou-se insuficiente para denotar a correta definição de parte e, como forma de se atribuir uma nova definição de parte, dissociada, portanto, da relação jurídica de direito material, tornou-se clássica a conceituação de CHIOVENDA (1969, v. 2, p. 234), segundo a qual “parte é aquele que demanda em seu próprio nome (ou cujo nome é demandada) a atuação duma vontade da lei, e aquele em face de quem essa atuação é demandada”.

Denota-se, por conseguinte, que o conceito de parte deve ser obtido do enfoque meramente processual. A titularidade da relação jurídica de direito material, embora tenha forte influência na relação jurídica processual, a exemplo da aferição da legitimidade *ad causam*, não é relevante para que se determine o conceito de parte. A parte material (parte do litígio) pode ou não ser parte processual, havendo a possibilidade de alguém, que não é parte no litígio, ser parte no processo, o que ocorre no caso da substituição processual.

Deve-se trazer à colação, inclusive, sob a perspectiva da efetivação dos direitos e garantias constitucionais, que, à luz do princípio do contraditório, só será considerado parte o sujeito a quem foi conferida a oportunidade de participar da relação processual, tendo a capacidade de influir eficazmente no resultado da demanda, a quem poderá, portanto, ser

submetida à autoridade da coisa julgada. Aqueles que não são partes em sentido processual seriam terceiros. Ora, justamente por não terem integrado o contraditório, os terceiros não podem sofrer os efeitos da sentença e, muito menos, estar vinculados à coisa julgada material.

O substituto processual, ou seja, aquele que litiga em nome próprio, mas na defesa de direito alheio, é parte no sentido processual. Ele não age em nome do substituído, mas em nome próprio, inexistindo uma coincidência entre as partes da demanda e as partes do litígio.

No tocante à posição do substituído, em relação aos limites subjetivos da coisa julgada, há certa controvérsia, não havendo unanimidade se o substituído estaria ou não adstrito à imutabilidade do julgado. O entendimento majoritário é no sentido de que o substituído fica adstrito à coisa julgada, qualquer que seja o resultado do processo, salvo se existir disposição legal em sentido contrário. Quem sustenta essa tese o faz sob o argumento de que deve ser relativizado o disposto no art. 472 do Código de Processo Civil, pois, via de regra, os efeitos da decisão judicial repercutirão de forma direta apenas no patrimônio do substituído, em que pese o substituto também ficar adstrito ao resultado do julgado, por ter figurado como parte na relação processual. Assim, o substituído não seria verdadeiramente terceiro (TUCCI, 2002).

CINTRA (2000), por exemplo, chega a afirmar que a expressão “partes”, inculpada no art. 472 do Código de Processo Civil, não está empregada no sentido de “sujeitos do contraditório” firmado na relação processual, mas sim no de “sujeito da relação litigiosa”. TUCCI (2002) afirma que o referido autor faz alusão à definição de parte formulada por Carnelutti, que distinguia parte em sentido processual e parte em sentido material.

Com a devida vênia das posições em sentido contrário, parece ser mais adequado o posicionamento aventado por TALAMINI (2004) qual seja o de que as afirmações no sentido de que a coisa julgada atingiria o substituído acabam por “recaírem em simples petições de princípio: o substituído submete-se à coisa julgada porque...foi substituído”. Ele argumenta,

ainda, que, via de regra, as previsões legais de substituição processual não determinam expressamente que o substituído será atingido pela autoridade da coisa julgada, devendo ser aplicada a regra geral contida no art. 472 do Código de Processo Civil. Ademais, mesmo que houvesse tal previsão, ela estaria em total desarmonia com a Constituição Federal, que confere ao substituído, assim como a qualquer pessoa, o acesso à justiça, o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa.

Nesta mesma linha, encontra-se ARAGÃO (1992, p. 302), sustentado que submeter o titular da relação jurídica de direito material à coisa julgada gerada em processo do qual não foi parte, sem ter tido a oportunidade de defender o seu interesse, significaria tolher-lhe o acesso ao Judiciário, previsto em nossa Carta Magna, o que “nem a lei nem ninguém pode fazê-lo”.

TALAMINI (2004) propõe alguns critérios que poderiam ser utilizados de forma a compatibilizar a coisa julgada em relação ao substituído com os princípios constitucionais do Estado Democrático de Direito: se o sujeito teve a prévia oportunidade de exercer a ação e não o fez, é razoável que, em certos casos, a lei atribua a legitimidade a outrem para atuar em juízo e vincular o substituído. Afinal, se a lei poderia até prever a perda do direito ou da pretensão, pelo decurso do tempo, não há o que impeça essa outra solução, menos grave. Caso o sujeito tinha (ou, conforme parâmetros razoável diligência, *deveria ter*) ciência do processo em que ocorria sua substituição, também é legítimo que a coisa julgada o atinja. É importante ficar claro, porém que, segundo o citado autor, especialmente nessa segunda hipótese, a extensão da coisa julgada ao substituído fica condicionada à possibilidade de ele, querendo, participar do processo como assistente. Assim, caso a parte não tenha tido oportunidade, como já dito, de participar do contraditório, não poderá ser atingido pelos efeitos da coisa julgada que, porventura, lhe sejam prejudiciais.

5.2. COISA JULGADA E DEMANDAS COLETIVAS

Feitas essas considerações, pode-se afirmar que as ações coletivas possuem uma série de peculiaridades, o que torna insuficientes para sua perfeita compreensão e efetividade, conforme dito no primeiro capítulo deste trabalho, as previsões constantes no Código de Processo Civil, visto que este possui uma conotação pautada no processo sob o enfoque da tutela individual. Mostrou-se necessária, portanto, a existência de regras específicas relativas à tutela dos direitos coletivos, como forma de se tornar efetivo o acesso à justiça. De nada adiantaria que fossem fornecidos instrumentos específicos para a tutela dos direitos coletivos, se inexistissem regras adequadas às suas peculiaridades, capazes de lhe conferir efetividade.

É fato que, em nossa sociedade, habituada aos litígios individuais, as demandas coletivas encontram sérias dificuldades de compreensão, para o que colabora substancialmente a visão pautada no direito processual de índole individual, sendo constante a existência de controvérsias na doutrina e na jurisprudência acerca dos seus institutos.

Um dos temas mais polêmicos diz respeito, justamente, à coisa julgada nas demandas coletivas. Conforme salienta GRINOVER (2000, p. 25), para a tutela de interesses coletivos estão sendo "revisitados institutos consolidados, como a legitimação para agir, a coisa julgada, a identidade parcial de demandas, os poderes e a responsabilidade do juiz e do Ministério Público".

A coisa julgada individual, conforme preceituada no art. 472 do Código de Processo Civil é *inter partes* e *pro et contra*, o que significa dizer que somente aqueles que figuraram como parte no processo estarão submetidos à autoridade da coisa julgada, independentemente de o pedido ter sido julgado procedente ou não. O modelo adotado para a coisa julgada individual se mostra insuficiente para a regulamentação das ações coletivas. Isso se deve,

principalmente, a dois fatores, quais sejam: a) a existência de divergência acerca do próprio conceito de “parte”, que, para alguns doutrinadores, nas demandas coletivas, possui uma conotação diferente da consolidada pelo Código de Processo Civil; b) bem como a impossibilidade, via de regra, de se fazer com que aquele indivíduo que não figurou como parte no processo, ou seja, que não pôde, de alguma forma influir eficazmente no resultado da demanda, deva acatar uma decisão que lhe seja desfavorável.

Ademais, como bem ressaltado por TALAMINI (2004), o processo coletivo possui princípios próprios e necessita de regras específicas para sua disciplina, o que, todavia, não significa que ele pode ficar absolutamente dissociado das regras gerais existentes no Código de Processo Civil, devendo, certamente, obediência aos princípios constitucionais, mormente aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Foi imperiosa a regulamentação legislativa da matéria, que se encontra, principalmente, no art. 83 do Código de Defesa do Consumidor, tendo o legislador se preocupado com a autoridade da coisa julgada em relação aos interesses difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos. A opção do legislador foi a adoção da chamada coisa julgada *secundum eventum litis*, segundo a qual haverá coisa julgada dependendo do resultado da lide. Assim, de acordo com o resultado do processo, a sentença irrecorrível poderá adquirir a imutabilidade ou não.

Nas demandas coletivas, tendo em vista as peculiaridades dos interesses metaindividuais tutelados, como já demonstrado anteriormente, há autores sustentando existir um conceito específico de parte para a esfera coletiva, associando tal definição aos titulares do direito material. BAZILONI (2004) afirma que não se pode falar tecnicamente em terceiros nas ações coletivas, pois todas as pessoas estarão adequadamente representadas nos respectivos processos. Segundo o citado autor, “se terceiro é aquele que não participou da relação processual ou não fez parte da relação de direito material, segue-se que nas ações

coletivas, de uma forma ou de outra, todos estariam participando”, (BAZILONI, 2004, p. 258-259). MANCUSO (2006) sustenta que, tendo em vista a necessidade de se conferir uma eficácia expandida à coisa julgada nas demandas coletivas, a expressão *terceiros* toma uma singular conotação, na medida em que, uma vez reconhecida judicialmente a idoneidade da representação do interesse metaindividual pelo autor ideológico, é no mínimo duvidoso que se possa continuar chamando de *terceiros* os sujeitos concernentes ao conflito coletivo.

GONÇÁLVES (1995, p. 65-73) aduz que, tão-somente por um artifício de lei, os legitimados para a propositura da ação civil pública foram considerados partes, pois, para ele “os destinatários do provimento, aqueles para os quais a coisa julgada se formará, esses são as partes, quer tenham ou não atuado no processo e participado do contraditório”. Conclui, portanto, que os legitimados não seriam substitutos processuais, mas sim meros “representantes”, pois a condição de legitimado, por si só, não teria o condão de torná-los partes, uma vez que não são titulares dos direitos materiais pleiteados e o provimento não lhes é destinado.

O autor supracitado incorre em uma nítida confusão entre o que seria parte em sentido formal e em sentido material, eis que o legitimado é parte porque é aquele que postula em juízo, em nome próprio. Em relação aos demais entendimentos expostos acima, também há uma proximidade com o conceito de parte em sentido material (TESHEINER, 2001, p. 139-142). Ademais, no Direito brasileiro, inexistente uma representatividade adequada dos legitimados ativos para a propositura da ação civil pública, ao exemplo do que ocorre na sistemática norte-americana, capaz de sustentar o posicionamento de Mancuso.

Em que pese a existência de posições em contrário, parece mais adequado à realidade brasileira, afirmar-se que, mesmo em relação às demandas coletivas, subsistem os conceitos de “partes” e de “terceiros” previstos na sistemática processual individual, e defendida no curso do presente trabalho. Diante do modelo processual coadunado à observância dos

princípios constitucionalmente consagrados, só poderá ser considerado “parte” na relação processual, seja ela coletiva ou não, aquele a quem for dada a oportunidade de influir eficazmente no resultado da demanda, ou seja, aquele a quem for oportunizado o contraditório e a ampla defesa, e que estará, por conseguinte, submetido à autoridade de coisa julgada.

Ademais, ressaltando-se, novamente, o que já fora dito outrora, mesmo em relação aos “terceiros”, estes, ao argumento de que estariam sujeitos apenas à eficácia natural da sentença, não poderão sofrer qualquer prejuízo em sua esfera individual, pelo mesmo argumento aduzido acima em relação às partes, qual seja, o fato de não lhes ter sido oportunizado o exercício do contraditório e da ampla defesa.

A coisa julgada *secundum eventum litis*, existente nas demandas coletivas, é justamente, como será explanado adiante, uma forma de se respeitar a necessidade de se promover uma extensão dos limites subjetivos da coisa julgada, conferindo efetividade às ações coletivas, sem que, com isso, haja ofensa à Constituição Federal, firmado o contraditório para que o sujeito seja atingido em sua esfera individual. Isso ocorre de forma que, mesmo havendo um alargamento dos limites subjetivos da coisa julgada, como uma maneira de se viabilizar a tutela dos interesses coletivos, atingindo aqueles que não figuraram como parte na *res in iudicium deducta*, só poderá ter essa extensão se for para favorecer o indivíduo ou, seguindo a regra geral, na hipótese de interesses individuais homogêneos, o sujeito tiver participado da relação processual. Dessa forma, os efeitos da coisa julgada coletiva não poderão prejudicar os interesses e direitos individuais.

Em um Estado Democrático de Direito, onde são assegurados aos cidadãos direitos e garantias constitucionalmente previstas, devem sempre ser observadas e respeitadas as disposições contidas em nossa Carta Magna. A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inciso LV, consagra o princípio do contraditório, que, juntamente com a ampla defesa, são verdadeiros corolários do devido processo legal. Não se poderá falar em devido processo legal

sem que tais princípios tenham sido observados.

O princípio do contraditório na esfera judicial está diretamente relacionado à idéia de que “ninguém pode ser atingido por uma decisão judicial na sua esfera de interesses sem ter tido ampla possibilidade de influir eficazmente em sua formação” (GRECO, 2005, p. 241). O processo, para que seja efetivamente justo e legítimo, deve propiciar àquele que tem a ganhar ou a perder com a decisão que será proferida, se manifeste, defendendo os seus pontos de vista, tendo acesso a todos os meios necessários para tanto, de forma que, mesmo que não se chegue à verdade real, seja proferida a decisão mais justa.

Sob a ótica da concepção individualista do processo, o contraditório tem como corolário imediato a legitimidade *ad causam*, os efeitos da sentença e os limites subjetivos da coisa julgada. Como regra, não se pode ir a juízo em nome próprio para a defesa de interesse alheio (art. 6º do Código de Processo Civil), de forma que a autoridade da coisa julgada estará adstrita àqueles que figuraram como parte no processo em que foi proferida a decisão. Ademais, como já esclarecido em momento oportuno, tendo em vista uma leitura pautada nos princípios constitucionais, em especial no princípio do contraditório, mesmo aqueles que são denominados “terceiros” não poderão sofrer prejuízo decorrente de uma decisão proferida em processo em que não tiveram oportunidade de exercer o contraditório.

Nas demandas coletivas, contudo, tendo em vista a própria natureza transindividual dos interesses envolvidos – difusos e coletivos *stricto sensu* – ou a ficção criada pelo legislador como forma de propiciar a “tutela coletiva” de interesses individuais – individuais homogêneos –, a tutela se dará por meio de substituição processual, sendo que a lei confere a determinados legitimados a defesa em nome próprio de interesses alheios. Neste sentido, a substituição processual e a coisa julgada *secundum eventum litis* são mecanismos capazes de viabilizar a tutela dos interesses coletivos sem que haja ofensa ao princípio do contraditório (DINAMARCO, 2004).

Mesmo havendo uma ampliação dos limites subjetivos da coisa julgada, se comparada a regra descrita no art. 472 do Código de Processo Civil, em que a coisa julgada opera-se apenas em relação às partes, independentemente do resultado da demanda – *inter partes* e *pro et contra* – nas demandas coletivas, os sujeitos estranhos à relação processual não terão seus direitos individuais prejudicados. Seria inadmissível no ordenamento jurídico brasileiro a formação de coisa julgada coletiva *erga omnes* e *pro et contra*, nos moldes do direito norte-americano, ante as próprias peculiaridades de nosso sistema, no qual haveria, inegavelmente, flagrante afronta ao contraditório.

Dessa forma, ainda que se admita o ajuizamento de ações coletivas passivas, em respeito às regras constitucionais vigentes, a sentença de procedência vinculará os legitimados coletivos, mas jamais poderá vincular os membros do grupo, categoria ou classe, que, como afirma GRINOVER (2007a, p. 959), “poderão mover ações próprias ou defender-se no processo de execução para afastar a eficácia da decisão na sua esfera jurídica individual”.

CONCLUSÃO

As ações coletivas passivas são uma necessidade proveniente da realidade social atual. Contudo, sem dúvidas, como demonstrado no curso da presente trabalho, a sua implementação encontra algumas dificuldades, principalmente em relação às possibilidades de extensão dos efeitos da coisa julgada em relação a quem não foi parte na relação processual. Em que pesem as críticas tecidas ao sistema da coisa julgada adotada para as ações coletivas ativas, segundo o qual não será possível que os direitos individuais sejam prejudicados por decisão prolatada em demanda coletiva, não é possível a adoção do sistema da coisa julgada *erga omnes* e *pro et contra*, como ocorre nas *class actions* norte-americana,

nas ações coletivas brasileiras.

É inquestionável que a regulamentação das ações coletivas no Brasil teve forte influência das *class actions* norte-americanas, mas o tratamento conferido à legitimação ativa é bastante diferenciado, eis que inexistente, de fato, uma representatividade adequada – tendo em vista que os legitimados ativos são verdadeiros substitutos processuais, por defenderem em nome próprio interesse alheio. Dessa forma, mesmo de *lege ferenda*, é altamente questionável a adoção da coisa julgada coletiva *erga omnes e pro et contra*.

Sempre que se falar em limites subjetivos da coisa julgada – e esse, sem dúvida, é o maior problema nas ações coletivas passivas – tanto nas demandas individuais quanto nas demandas coletivas, para que se possa aferir quem, de fato, será atingido pela coisa julgada, é imprescindível que se tenha como premissa a observância do princípio do contraditório, de forma que ninguém poderá ser atingido por uma decisão judicial em sua esfera individual sem que lhe tenha sido conferida a oportunidade de influir eficazmente na sua formação. Tal conclusão advém da idéia de que a limitação subjetiva da coisa julgada é oriunda do princípio do Estado Democrático de Direito, segundo o qual ninguém pode ter sua esfera jurídica atingida por uma decisão se não teve oportunidade de influir eficazmente em sua formação.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Eduardo Arruda. Coisa julgada e litispendência no anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (coord.). *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

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

BAZILONI, Nilton Luiz de Freitas. *A coisa julgada nas ações coletivas*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, v.2. Tradução de J. Guimarães Menegale. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1969.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v.4. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*, 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*, v.4, Salvador: JusPodivm, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 1. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação Civil Pública*. São Paulo: Saraiva, 2001.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. A coisa julgada no Código de Defesa do Consumidor e o conceito de parte. *Revista Forense*, nº 331, Rio de Janeiro: Forense, 1995.

GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *A marcha do processo*. São Paulo: Forense, 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (coord.). *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *et al. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

GUEDES, Clarice Diniz. A legitimidade ativa na ação civil pública e os princípios constitucionais. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (coord.). *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

LENZA, Pedro. *Teoria Geral da Ação Civil Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires; tradução dos textos posteriores à edição de 1945 e notas relativas ao direito brasileiro vigente de Ada Pellegrini Grinover. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

MAIA, Diogo Campos Medina. *Ação Coletiva Passiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARCATO, Ana Cândida Menezes. O princípio do contraditório como elemento essencial para a formação da coisa julgada material na defesa dos interesses transindividuais. In:

MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (coord.). *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

TALAMINI, Eduardo. Partes, terceiros e coisa julgada (os limites subjetivos da coisa julgada). In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie (coord). *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TESHEINER, José Maria. Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

VIGLIAR, José Marcello Menezes Vigliar. “Defendant Class Action” Brasileira: Limites propostos para o Código de Processos Coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (coord.). *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.