

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO**

Priscilla Barbosa Silva

**COISA JULGADA E REPRESENTATIVIDADE. A IMPORTÂNCIA DA
REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA NO PROCESSO COLETIVO DIANTE DA
EXTENSÃO DOS LIMITES SUBJETIVOS DA COISA JULGADA.**

Juiz de Fora

2016

Priscilla Barbosa Silva

**COISA JULGADA E REPRESENTATIVIDADE. A IMPORTÂNCIA DA
REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA NO PROCESSO COLETIVO DIANTE DA
EXTENSÃO DOS LIMITES SUBJETIVOS DA COISA JULGADA.**

Monografia de conclusão de curso apresentada à
Faculdade de Direito da Universidade Federal
de Juiz de Fora como requisito à obtenção do
título de bacharel em Direito.

Orientadora: Professora Doutora Clarissa Diniz Guedes.

Juiz de Fora

2016

Priscilla Barbosa Silva

**COISA JULGADA E REPRESENTATIVIDADE. A IMPORTÂNCIA DA
REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA NO PROCESSO COLETIVO DIANTE DA
EXTENSÃO DOS LIMITES SUBJETIVOS DA COISA JULGADA.**

Monografia de conclusão de curso apresentada à
Faculdade de Direito da Universidade Federal
de Juiz de Fora como requisito à obtenção do
título de bacharel em Direito.

Aprovada em __/__/__

Professora Doutora Clarissa Diniz Guedes – Orientadora
Universidade Federal de Juiz de Fora

Professora Bela. Isabela Gusman Ribeiro do Vale
Universidade Federal de Juiz de Fora

Professora Bela. Ludmilla Camacho Duarte Vidal
Universidade Federal do Rio de Janeiro

A Deus, por guiar meu caminho e me conceder força e coragem para atingir os meus ideais.

A minha mãe Silvana, por estar ao meu lado em todos os momentos, representando a minha fortaleza, apoio e amor.

A minha irmã Isa que, sendo a minha cúmplice na carreira jurídica, gentilmente acompanhou cada vírgula e ponto final desse trabalho.

À Clarissa que, indiscutivelmente, desempenha o papel de uma professora exemplar, pelo carinho e comprometimento ao me orientar.

RESUMO

O presente trabalho tem por finalidade a análise da viabilidade da utilização do controle da representatividade adequada no processo coletivo brasileiro, com ênfase na definição dos limites subjetivos da coisa julgada nesse âmbito processual. Tendo em vista a característica metaindividual dos direitos tutelados em ações coletivas, demonstra-se como os institutos do direito processual, marcadamente individualistas, se adequam à nova ótica coletiva, com especial destaque para a legitimidade *ad causam* e para a coisa julgada. Para tanto, far-se-á um estudo acerca da legitimidade *ad causam* individual e da coletiva, demonstrando as teorias que a fundamentam e a importância da representação dos interesses de grupos e classes, bem como do instituto da coisa julgada coletiva, cotejando-o, mais uma vez, com o tratamento individual da matéria, a fim de se compreender o tratamento jurídico que lhe é dado pelo ordenamento interno. Por fim, será feita uma breve análise da importância da representação adequada no ordenamento jurídico americano, com o fito de demonstrar os diversos benefícios que pode trazer à efetividade processual e à garantia dos interesses da coletividade, consagrando o real conceito da representatividade no processo coletivo brasileiro, além de harmonizar os institutos da legitimidade *ad causam* e da coisa julgada.

Palavras-chave: Ação Coletiva. Legitimidade. Coisa Julgada. Representatividade adequada.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 TUTELA DOS DIREITOS COLETIVOS	11
1.1 Legitimidade <i>ad causam</i> : do processo individual ao processo coletivo.....	11
1.2 Teorias que fundamentam a representação dos direitos coletivos.....	16
1.2.1 Teoria da Hipossuficiência.....	16
1.2.2 Teoria do Consentimento.....	17
1.2.3 Teoria do Interesse.....	18
1.2.4 Teoria Institucional ou Objetivista.....	18
1.3 Tutela coletiva de direitos e o ordenamento jurídico brasileiro.....	20
1.3.1 Legitimados coletivos no direito brasileiro.....	23
2 COISA JULGADA	28
2.1 Coisa Julgada no processo civil individual.....	28
2.1.1 Conceito e características.....	28
2.1.2 Classificação.....	30
2.1.3 Limites.....	32
2.1.4 Modo de produção.....	34
2.1.5 Coisa Julgada no Novo Código de Processo Civil.....	36
2.2 Coisa Julgada no processo coletivo.....	38
3 A IMPORTÂNCIA DA REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA NO PROCESSO COLETIVO DIANTE DA EXTENSÃO DOS LIMITES SUBJETIVOS DA COISA JULGADA	43
3.1 Noções iniciais.....	43
3.2 A importância do controle da representatividade adequada.....	44
3.3 Tendências à aplicação do controle da representatividade adequada no ordenamento brasileiro.....	49
3.4 Critérios para aferição da representatividade adequada no ordenamento brasileiro.....	52
3.5 Repercussão processual da adoção da representatividade adequada no instituto da coisa julgada.....	55
4 CONCLUSÃO	58

5 REFERÊNCIAS.....	61
---------------------------	-----------

INTRODUÇÃO

Com o surgimento das diferentes dimensões de direitos fundamentais atrelado ao desenvolvimento cada vez mais forte da sociedade notadamente capitalista, cujos conflitos coletivos acabaram por ganhar contornos diferenciados e de grande relevo, ampliou-se a importância da participação estatal na consolidação de instrumentos processuais que garantissem a maior forma de proteção desses direitos, tendo por norte o estabelecimento da pacificação social.

Ganhou destaque nesse contexto, o surgimento dos chamados direitos metaindividuais, enquadrando-se, nessa categoria, direitos como os relativos ao consumidor e ao meio ambiente, cuja regulamentação demandou uma releitura de instrumentos processuais marcadamente individualistas, adaptando-os a uma nova lógica de direito público.

Tais direitos são transportados ao ordenamento jurídico brasileiro na forma de direitos difusos, direitos coletivos *stricto sensu* e direitos individuais homogêneos, cujos atributos diferem em muito daqueles previstos para os direitos meramente individuais. Esses direitos, não obstante as demais características próprias que os diferenciam uns dos outros, são marcados substancialmente pela característica da transindividualidade. Isso quer dizer que, nesse âmbito, a titularidade do direito posto em juízo não é plenamente delimitada, já que os direitos coletivos *lato sensu* transcendem o âmbito individual, tendo como titulares sujeitos indeterminados, ou ainda que indeterminados capazes de serem determináveis a um grupo, classe ou categoria.

Paralelamente a essa construção social, surge no ordenamento jurídico brasileiro uma construção normativa para a defesa desses direitos, que, a despeito da inexistência de previsão de um código de processo coletivo, é formada especialmente por dois diplomas legais, quais sejam, a Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985) e o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990).

Ademais, a Constituição Federal de 1988 reservou, ainda, importante espaço para a tutela jurisdicional dos direitos coletivos *lato sensu*, com o estabelecimento de instrumentos normativos relevantes para a sua proteção, prevendo, inclusive, em seu artigo 129, inciso III a legitimidade do Ministério Público para a promoção do inquérito civil e da ação civil pública, visando a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

Nesse contexto, chama à atenção a questão da legitimidade ativa para a busca da tutela jurisdicional coletiva, já que, diante da impossibilidade de toda a coletividade participar do polo ativo da demanda, algumas pessoas terão que ingressar em juízo para a defesa de tais direitos e, acolhendo-se a perspectiva de que o processo é construído com base no contraditório, certamente há de se reconhecer a multiplicidade de interesses e perspectivas a serem defendidas, o que aponta para a importância da representatividade no âmbito processual coletivo que, embora não se confunda com o conceito de legitimidade *ad causam*, é dela indissociável.

O microsistema processual coletivo, contudo, acabou por atribuir legitimidade ativa a determinados entes, entendendo que a mera institucionalização do representante era suficiente para a garantia da adequada representação. Tal fato, entretanto, pode trazer graves prejuízos à coletividade, já que a legitimidade *ad causam* influi diretamente no instituto da coisa julgada. Em outras palavras, a maneira como a legitimidade ativa é posta influenciará de maneira substancial no desenvolvimento do processo coletivo e na decisão judicial a ser proferida, incluindo nesse ponto, os seus efeitos, também entendidos como limites subjetivos da coisa julgada.

Diante deste contexto e, tendo em vista a fragmentação normativa quanto ao tema e a importância de aprimoramento da prestação jurisdicional coletiva, o presente estudo tem por objetivo demonstrar os benefícios advindos da adoção do controle da representatividade adequada no processo coletivo brasileiro face à extensão do limites subjetivos da coisa julgada, tendo por paradigmas: a sua necessária indissociação da legitimidade de classe, a importância da dimensão social da tutela e do reconhecimento dos interesses coletivos, bem como a garantia dos princípios constitucionais, cuja aplicação é imediata.

Objetivando desenvolver a pesquisa proposta, primeiramente, será feita uma análise acerca do tema da legitimidade *ad causam* coletiva, cotejando-a com o tratamento conferido à legitimidade individual, demonstrando a inaplicabilidade do modelo de legitimação individual às ações coletivas. Ainda, será dado especial destaque às teorias sociológicas-políticas que buscam explicar o fundamento da representação coletiva, bem como o tratamento normativo previsto no microsistema processual coletivo para o tema.

Em segundo lugar, far-se-á um estudo do instituto da coisa julgada, abordando seu conceito e características, sua classificação, seus limites e modo de produção, bem como o tratamento normativo concedido ao instituto pelo Novo Código de Processo de Civil. Também será abordada a distinção quanto à aplicabilidade do instituto na jurisdição singular e na jurisdição coletiva.

Por fim, objetiva-se demonstrar a importância de adequação da legitimidade *ad causam* e do instituto da coisa julgada, por meio da representatividade adequada, prevista no direito americano, utilizando, para tanto, um raciocínio teleológico e sistemático. Dessa forma, busca-se inserir a problemática em análise no próprio conceito de representatividade – marco teórico desta pesquisa – compreendida como a atuação eficaz e eficiente do legitimado ativo no processo coletivo, esgotando-se, na medida do possível, a produção probatória e produzindo intenso debate no processo, a fim de se garantir a mais ampla defesa dos interesses e direitos discutidos, especialmente pelo fato deles pertencerem a toda uma coletividade.

1 TUTELA DOS DIREITOS COLETIVOS

1.1 Legitimidade *ad causam*: do processo individual ao processo coletivo

Analisando o desenvolvimento do Direito Processual Civil, percebe-se que o processo individual e o processo coletivo acabaram trilhando caminhos diversos ao longo de sua evolução, haja vista o marcante número de características que os distinguem. Nesse sentido, faz-se necessária a análise desses preceitos, marcadamente em relação às condições da ação, com fins de melhor compreender a natureza da tutela coletiva nos moldes contemporâneos. Tal estudo se mostra importante para o presente trabalho, uma vez que a verificação da representatividade adequada diante da extensão dos limites subjetivos da coisa julgada em sede de processo coletivo se assenta na averiguação de quem é o ente ou pessoa idônea para a defesa dos direitos das pessoas representadas. Em outras palavras, se assenta na legitimidade para a propositura da ação, legitimidade esta que possui tratamento diferenciado na ação individual e na coletiva.

De acordo com Arruda Alvim, em trecho de sua obra, as condições da ação “são as categorias lógico-jurídicas, existentes na doutrina e, muitas vezes, na lei, como em nosso direito positivo, que preenchidas, possibilitam que alguém chegue à sentença de mérito”¹. O direito de ação, nessa conjuntura, conforme preleciona Fredie Didier Júnior “fica condicionado ao preenchimento de determinadas condições, aferíveis à luz da relação jurídica material deduzida em juízo”², sendo estas, nos termos do inciso VI do artigo 267 do Código de Processo Civil de 1973: a possibilidade jurídica do pedido, o interesse de agir e a legitimidade para a demanda.

Não obstante a importância de cada condição da ação no processo, focar-se-á alhures apenas na análise da legitimidade para a causa, em razão de sua importância para o desenvolvimento do presente trabalho. Ressalte-se, ainda, que, inicialmente tal condição será analisada no processo individual, para, após, ser trabalhada no processo coletivo.

Nas ações individuais a legitimidade para a causa corresponde à pertinência subjetiva da demanda, ou seja, constitui a situação prevista em lei que permite a um determinado sujeito

¹ ALVIM, Arruda. **Manual de Direito Processual Civil** 15ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

² DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil v.1**. Salvador: Jus Podivm, 2008, p. 171 .

propor a demanda judicial e a outro formar o polo passivo desta³. Nesse sentido, via de regra, a propositura da tutela jurisdicional pertence ao titular da relação jurídica de direito material deduzida em Juízo, interligando, assim, a posição processual a uma situação legitimadora.

Excepcionalmente, todavia, admite-se a defesa em nome próprio de direito pertencente a terceiro, constituindo-se a chamada legitimação extraordinária que, consoante disposto no artigo 6º do Código de Processo Civil de 1973 e no artigo 18 do Código de Processo Civil de 2015, depende de autorização expressa da lei.

Percebe-se, assim, que o ordenamento jurídico brasileiro adota, como regra no processo individual, a legitimação ordinária, estabelecendo a defesa de direito próprio em nome próprio, aferindo-se, diante do objeto litigioso, a relação jurídica substancial que embasa a referida demanda e que possibilita ao titular a sua propositura.

Nesse sentido, a norma legal, ao consagrar a pertinência subjetiva para que o titular do direito individual acione o Poder Judiciário, exercendo o seu legítimo direito de ação, não se vincula ao motivos sociais, econômicos, culturais ou meramente políticos que embasam a referida legitimação *ad causam*. Pelo contrário, ela apenas reflete uma conformidade lógica, dotando de aptidão específica para agir em juízo o ente ou sujeito detentor do direito que alega ter.

Sendo assim, a legitimidade para pleitear a tutela jurisdicional individual não comporta maiores discussões de ordem jurídica, haja vista que se o legitimado ativo vai a juízo, defendendo direito que supostamente acredita que possui, a análise de sua condição fica a cargo do órgão jurisdicional que deverá subsumir a sua posição processual à relação jurídica que fomenta a propositura da demanda.

Vê-se, nessa conjuntura, que a legitimação individual restringe-se à aferição do binômio posição processual junto à relação jurídica de direito material que ensejou a provocação do Poder Judiciário, afastando-se eventual análise qualitativa da condição do legitimado, já que a tutela pleiteada, cujo direito afirma ser titular, lhe é exclusiva.

Humberto Theodoro Júnior, sobre o tema, em trecho de sua obra, assim dispõe⁴:

Em síntese: como as demais condições da ação, o conceito de *legitimatío ad causam* só deve ser procurado com relação ao próprio direito de ação, de sorte que “a legitimidade não pode ser senão a titularidade da ação”. E, para

³ ARMELIN, Donaldo. **Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 79.

se chegar-se a ela, de um ponto de vista amplo e geral não há um critério único, sendo necessário pesquisá-la diante da situação concreta em que se achar a parte em face da lide e do direito positivo.

Vale ressaltar que, ainda que ocorra o chamado *acúmulo subjetivo de demandas*, também denominado litisconsórcio e definido por Daniel Amorim Assunção Neves “como a pluralidade de sujeitos em um ou nos dois polos da relação jurídica processual que se reúnem para litigar em conjunto”⁵, tal instrumento processual não afeta a individualidade dos direitos pleiteados em Juízo, posto que as partes poderiam livremente litigar de forma individual, sem a necessidade de fazer o seu uso, salvo nas hipóteses em que a própria lei impõe a sua utilização.

Dessa forma, nota-se que a formação de litisconsórcio no polo ativo da demanda não torna o processo civil coletivo, apenas autoriza a junção de ações individuais.

Não obstante a importância das dilações acima, observa-se, contudo, a impossibilidade de adequação do modelo de legitimação previsto para a propositura de ações individuais ao processo coletivo, frente a clara diversidade de direitos tutelados.

Isso ocorre, na medida em que, com o avanço da modernidade, propiciando o desenvolvimento das sociedades, a adoção de novos conceitos, novos comportamentos e a massificação das relações interpessoais, houve a consolidação dos chamados direitos transindividuais⁶. Assim, o processo civil, até então de cunho essencialmente individualista, revelou-se insuficiente para a proteção desses novos direitos.

Nesse sentido, observando-se a evolução do processo coletivo, conclui-se que as adaptações aos modelos processuais de representação coletiva foram paulatinas, tendo em vista a mudança de paradigma que permeou o processo civil: supera-se a supremacia do indivíduo enquanto centro da ordenamento jurídico e passa-se a vislumbrar a importância de se tutelar os litígios de massa para responder as novas demandas erigidas. O Estado, assim, deixa de adotar uma postura privatista na tutela de interesses e volta o seu foco para o âmbito social, prevendo meios jurídicos efetivos para a defesa de direitos de massa, também denominados transindividuais, e da garantia de acesso à justiça a todos.

O processo coletivo, nessa conjuntura, se sedimenta como um instrumento de democracia participativa, transcendendo o âmbito meramente individual. Surge-se, assim, a ação coletiva que pode ser conceituada como “a demanda que dá origem a um processo

⁵ NEVES, Daniel Amorim Assunção, *op.cit.*, p. 215.

coletivo, pelo qual se afirma a existência de uma situação jurídica coletiva ativa ou passiva”⁷. Foca-se, desse modo, na matéria litigiosa a ser resolvida em juízo que, pertencendo a variados sujeitos, identificáveis ou não, possibilita a legitimidade para a propositura e condução da ação por uma única pessoa.

Tem-se, portanto, matérias que inevitavelmente acabam por atingir toda a sociedade, uma vez que os danos oriundos da sua falta de proteção serão suportados por todos, evidenciando, portanto, um interesse jurídico amplo, que não pertence a um só sujeito, mas a toda a coletividade, que enxerga no instrumento uma forma de proteção de direitos, sejam eles, individuais homogêneos, coletivos ou difusos⁸.

Nesse sentido, sendo o direito objeto da ação coletiva fruto de uma “origem comum”, resta clara a inaplicabilidade das regras de legitimidade do processo civil individual nesse âmbito processual.

Em harmonia com tal entendimento, destaca Clarissa Diniz Guedes:⁹

No tocante aos direitos coletivos em sentido amplo a verificação da legitimidade ativa para a invocação da tutela jurisdicional foge à regra do processo civil tradicional, em que a conexão entre a relação jurídica de direito material e a relação jurídica de direito processual é perfeitamente identificável. Nas ações coletivas, torna-se necessária a constatação de uma *situação legitimante* diversa da coincidência entre os supostos titulares do direito material e os legitimados para agir.

Percebe-se do exposto, que, no âmbito da tutela coletiva, há uma evidente impossibilidade de se atribuir a todos os legitimados a titularidade da situação jurídica discutida em juízo, já que esta, muitas vezes, não é clara ou bem definida quantitativamente, diante de novos direitos e inúmeras formas de lesão que nascem de situações sociais padrão, o que demanda a conjugação dos diversos interesses por meio de organizações de pessoas ou

⁷DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo**. Salvador: Jus Podivm. 2014, p. 40

⁸ Para Ada Pellegrini Grinover (**Ações coletivas para a tutela do ambiente e dos consumidores - A lei 7.347, de 24.7.85**. Revista de Processo, nº 44, p.113, out/1986) a diferenciação entre os direitos coletivos e os direitos difusos reside no vínculo de direito que os titulares mantêm: enquanto nos primeiros há um vínculo jurídico que os une, como no caso dos sindicatos organizacionais, nos segundos a ligação entre os titulares se funda apenas em dados de fato, genéricos e contingentes, acidentais e mutáveis, como a título exemplificativo, a questão dos titulares morarem na mesma região e consumirem iguais produtos. Em sentido contrário, se posiciona Demian Guedes ao citar o grau de integração do titular junto a uma comunidade específica, um grupo, uma classe ou associação como critério diferenciador dos direitos coletivos e dos direitos difusos. (**A legitimação individual para a ação civil pública**. Revista de Processo, nº 140, p. 279, out/2006).

⁹ GUEDES, Clarissa Diniz. **Legitimidade ativa e representatividade na ação civil pública**. Rio de Janeiro: GZ EDITORA. 2012, p.11.

entes públicos ou privados. Essa legitimação coletiva, portanto, que ganha contornos diferenciados, impõe a observação dos legitimados para agir, cuja atuação deve se dar de forma conjugada com os interesses a serem protegidos na ação coletiva proposta.

Emerge, assim, a necessidade de uma adequada representatividade, diante da importância e da abrangência dos direitos defendidos em juízo, podendo-se entendê-la como fruto da atuação eficaz e eficiente do legitimado ativo no processo coletivo, esgotando-se, na medida do possível, a produção probatória e produzindo intenso debate no processo. Desse modo, a representatividade passa a ser vista não apenas como meio de exercício de direitos entre o legitimado e a coletividade, passando a possuir uma finalidade mais ampla, devendo se tornar um instrumento útil a eliminar os conflitos de interesse e as insatisfações por meio de decisões justas e legítimas.

Ressalte-se, por fim, que há uma tentativa doutrinária de enquadrar a *legitimação ad causam* coletiva nos conceitos de legitimidade ordinária¹⁰, de legitimidade extraordinária¹¹ ou de legitimação autônoma¹², para a condução do processo. Contudo, no presente trabalho, serão afastados tais posicionamentos, diante da impossibilidade de se aplicar em sede de processo coletivo a classificação tradicional da legitimidade ativa oriunda do direito processual individual, já que, conforme ressaltado a tutela coletiva, mesmo que de direitos individuais homogêneos, cuida da proteção de direitos que ultrapassam a esfera individual, de interesse notadamente público, o que aponta para a irrelevância da identificação dos titulares como critério para estabelecer a natureza jurídica da legitimação¹³.

Nesse sentido, pretende-se superar a noção de direito de ação ligado à ideia de propriedade, enfatizando-se o caráter público da tutela coletiva, bem como a importância da atuação do representante adequado, já que a imutabilidade do provimento jurisdicional

¹⁰ WATANABE, Kazuo. **Tutela jurisdicional dos interesses difusos: a legitimação para agir**. In: A tutela dos interesses difusos. Ada Pellegrini Grinover (coordenação). São Paulo: Max Limonad, 1984.

¹¹ Adota o entendimento supra: ARE 751500 ED, STF, 2ª Turma, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, conforme se infere da ementa colacionada: “EMENTA - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS DE DECISÃO MONOCRÁTICA. CONVERSÃO EM AGRAVO REGIMENTAL. CONSTITUCIONAL. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. SINDICATO.LEGITIMIDADE AMPLA. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que os sindicatos têm legitimidade processual para atuar na defesa de todos e quaisquer direitos subjetivos individuais e coletivos dos integrantes da categoria por ele representada. Essa legitimidade extraordinária é ampla, abrangendo a liquidação e a execução dos créditos reconhecidos aos trabalhadores, independente da comprovação de filiação ao sindicato na fase de conhecimento. Precedentes. II – Agravo regimental a que se nega provimento”.

¹² NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

¹³ GIDI, Antônio Carlos Oliveira. **Legitimidade para agir em ações coletivas**. Revista de Direito do Consumidor, nº 14, p.52, abr/1995.

atingirá uma coletividade¹⁴, evitando-se a propositura de inúmeras ações individuais sobre o mesmo tema, o que consagra a utilidade processual e a própria segurança jurídica

Portanto, o critério usual de legitimidade ativa das ações individuais, nessa conjuntura, não funciona como base para justificar a legitimação nas ações coletivas, diante da alteração da perspectiva processual. Sobressai daí a importância de se analisar a necessidade da representatividade adequada frente aos efeitos que o provimento jurisdicional almejado pode causar, a fim de se garantir a mais ampla defesa dos interesses e direitos discutidos, especialmente pelo fato deles pertencerem a toda uma coletividade.

1.2 Teorias que fundamentam a representação do direitos coletivos

Conforme explicitado, as ações coletivas estão sempre permeadas de fatores sociais, econômicos e jurisdicionais de grande relevância para a atuação do legitimado, o que impõe a observância de uma atuação totalmente comprometida por parte do representante ativo. Dessa forma, a análise das teorias a respeito do tema é de extrema importância para se chegar a conclusões mais acertadas sobre o trabalho proposto, já que elas são os fundamentos político-sociológicos da representatividade ativa no processo coletivo.

Nesse sentido, verificar-se-á que, embora dotadas de fundamentos diversos para justificar a legitimação coletiva, tais teorias guardam entre si compatibilidades, de modo que devem ser analisadas em conjunto.

1.2.1 Teoria da Hipossuficiência

A teoria da hipossuficiência parte da premissa de que os indivíduos, em razão da sua organização em sociedades de massa, fruto dos efeitos dos novos padrões ditados pela modernidade, tornaram-se vulneráveis frente aos novos agentes detentores de grande poderio econômico, político e organizacional¹⁵. Tal vulnerabilidade reflete, portanto, na relação

¹⁴ A questão da coisa julgada nas ações coletivas será abordada com mais vagar em capítulo específico.

¹⁵ LEAL, Márcio Flávio Mafra. **Ações coletivas: história, teoria e prática**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editos, 1998.

jurídica de direito material discutido em juízo, inviabilizando o devido equilíbrio entre as partes litigantes e impondo a necessidade de um terceiro para representar os interesses da coletividade.

Nessa conjuntura, afasta-se a vulnerabilidade econômico-financeira dos indivíduos e foca-se na vulnerabilidade estrutural como critério legitimador para a atuação do representante comprometido com a causa.

Nota-se, porém, que a supracitada teoria é passível de críticas. Seu demérito se concentra no fato de que, embora a igualdade entre as partes seja de fundamental relevância em qualquer âmbito processual, a tutela coletiva não se limita à defesa de carentes organizacionais. Pelo contrário, “preocupa-se ainda, com a efetividade na tutela dos direitos coletivos, que deve ser propiciada por técnicas mais econômicas e eficazes”¹⁶.

1.2.2 Teoria do Consentimento

Abriu-se espaço ainda, para o surgimento da teoria do consentimento. Segundo ela, o que legitima a atuação do representante na ação coletiva é o consentimento dos representados para a tutela de seus direitos em Juízo, refletindo, por consequência, o movimento de democratização do processo.

Tal teoria, não obstante ter adquirido força na Idade Moderna, no final do século XVIII, diante das concepções políticas que influenciaram a democracia liberal, tem suas raízes no período medieval, tendo em vista a coesão e organização dos grupos que já preexistiam, possibilitando a coincidência de interesses e a representatividade coletiva¹⁷.

Vale destacar, todavia, que essa corrente não passou isenta de críticas, conforme dispõe Clarissa Diniz Guedes ¹⁸:

É que a exigência de consentimento expresso de todos os particulares inviabilizaria por completo o exercício da legitimação coletiva, pois, a uma, pode ser faticamente impossível que todos os titulares individuais dos direitos coletivos ingressem pessoalmente em juízo e, a duas, se isso ocorresse, não haveria mais representação, já que os membros do grupo

¹⁶ GUEDES, Clarissa Diniz, *op.cit.*, p. 49.

¹⁷ YAZELL, Stephen C. **From medieval group litigation to the modern class action**. Londres: Yale University Press, 1987.

¹⁸ GUEDES, Clarissa Diniz, *op.cit.*, p. 71

estariam atuando em nome próprio na defesa de direitos que lhe pertencem. Ainda assim, faz-se necessária a introdução de técnicas que possam aferir, o tanto quanto possível, a existência de aprovação do legitimado coletivo pelos titulares do direito material deduzido.

1.2.3 Teoria do Interesse

A teoria do interesse, por sua vez, tem como finalidade elucidar que o interesse do legitimado ativo, ao corresponder com os interesses da coletividade, constitui fundamento válido a justificar a sua atuação como representante nas ações coletivas. Afasta-se, assim, o critério do consentimento, previsto na teoria anteriormente citada¹⁹.

Nesse sentido, foca-se na importância da similitude de interesses entre o representante da coletividade e os representados, independentemente do primeiro fazer parte do grupo social. Basta a ciência da confiança depositada pelos membros do grupo quanto à defesa de seus direitos.

Tal compatibilidade enfatiza a necessidade do legitimado representar adequadamente os interesses da coletividade, já que estaria representando seus próprios interesses. Lado outro, por óbvio, sua atuação inadequada iria de encontro ao que também almeja.

1.2.4 Teoria Institucional ou Objetivista

Por fim, outra teoria que surgiu para explicar a representação nas ações coletivas foi a teoria institucional, também denominada de objetivista. Segundo ela, a posição do legitimado ativo na defesa dos direitos coletivos decorre da estrutura constitucional do Estado. Isso quer dizer que a legitimação atribuída ao sujeito que figurará no polo ativo da ação coletiva origina-se do exercício de uma atividade pública, afastando o caráter representativo de sua atuação²⁰.

¹⁹ YAZELL, Stephen C. **From medieval group litigation to the modern class action**. Londres: Yale University Press, 1987.

²⁰ LEAL, Márcio Flávio Mafra, *op.cit.*, p. 69.

Dessa forma, vê-se que a obtenção do título de legitimado ativo confere a incumbência de defesa e proteção dos direitos coletivos *lato sensu*, sendo tais práticas consagradas no Estado Democrático de Direito.

Tal prerrogativa leva à conclusão de que os legitimados para a ação coletiva, além de serem escolhidos por lei, buscam com a tutela coletiva o cumprimento das normas objetivas, e não a representação dos interesses de uma coletividade.

Entretanto, oportuno destacar, que a adoção pura da teoria, enquanto meio para fundamentar a legitimidade do representante nas ações coletivas, pode ocasionar um grande dano para a coletividade, já que nem sempre os ditames legais correspondem aos interesses perseguidos pelo grupo²¹.

Decerto que, a partir da descrição sumária de todas as teorias que buscam justificar a atribuição de legitimidade a um representante para a defesa dos interesses do grupo em uma ação coletiva, resta claro que a aplicação de tais entendimentos não pode ocorrer de forma isolada e excludente, pelo contrário, ela deve se dar de maneira complementar.

Nesse sentido, assevera Clarissa Diniz Guedes:²²

Assim como não se pode deixar de conceber a concretização da lei como critério legitimador à representação coletiva, não se deve olvidar a busca do consentimento dos representados, a verificação do verdadeiro interesse de uma comunidade (ou de toda a sociedade) e a facilitação do acesso à justiça como argumentos a serem levados em consideração quando da análise da legitimidade ativa.

O processo coletivo, assim, não se resume a assegurar os interesses do representante, resolvendo os seus conflitos. Ele deve servir como verdadeiro instrumento de pacificação, cumprindo toda a sua finalidade, não só jurídica, mas social e política. Cabe, assim, ao legitimado ativo atuar, retirando do processo toda a sua efetividade, a fim de torná-lo um instrumento a disposição da coletividade, mesmo que seu interesse com ela não se compatibilize.

²¹ GUEDES, Clarissa Diniz, *op.cit.*, p. 69.

²² *Idem ibidem*.

1.3 Tutela coletiva de direitos e o ordenamento jurídico brasileiro

No Brasil, a importância conferida à tutela jurisdicional dos direitos coletivos veio com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que positivou no artigo 5º, inciso XXXV, a inafastabilidade da tutela jurisdicional e a garantia do acesso à justiça, prevendo, para tanto, o mandado de segurança coletivo (artigo 5º, inciso LXX) e a ação popular (artigo 5º, inciso LXXIII), esta última manejável por qualquer cidadão contra atos lesivos a bens jurídicos que extrapolam a esfera individual. Ademais, a Magna Carta acabou por colocar ainda, como função institucional do Ministério Público, a promoção do inquérito civil e da ação civil pública (artigo 129, inciso III)²³.

O Código Civil de 1916, bem como o Código de Processo Civil de 1973, anteriores à Constituição Federal de 1988, possuíam um enfoque marcadamente individualista, concretizando a autonomia da vontade e dando maior ênfase à ação individual, restando, patente, nesse sentido, o desinteresse do legislador em desenvolver o processo coletivo no Brasil, incentivando sobremaneira a litigância habitual.

Contudo, em razão dos novos direitos surgidos no Estado Democrático de Direito, fez-se necessária uma transição da postura individualista para uma maior percepção e tratamento dos conflitos de massa surgidos com a industrialização e a revolução tecnológica, consoante enfatizado nos tópicos supracitados. Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 auxiliou esta nova dinâmica social, com as previsões dos artigos acima transcritos, valorizando a atividade do Ministério Público, a universalização dos direitos coletivos e a própria publicização dos ramos do direito.

Ressalte-se, por oportuno, a importância de criação dos antecedentes legislativos para fins de proteção de direitos coletivos *lato sensu*, com o estabelecimento de regras de direito material e, posteriormente regras de direito processual, visando a tutela dos bens jurídicos ameaçados.

No ordenamento jurídico brasileiro foi com a promulgação da Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965, também denominada Lei da Ação Popular, que se assegurou a legitimação de um único cidadão para ingressar em Juízo, com o objetivo de anular ato lesivos praticados por agentes da Administração Pública. Tal lei representou o instrumento processual precursor da

²³DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes, *op. cit.*, p. 38.

proteção dos direitos coletivos, em especial, do patrimônio público, no ordenamento jurídico brasileiro.

No entanto, diante da necessidade cada vez maior de se aprimorar os mecanismos de proteção dos direitos metaindividuais, bem como frente as deficiências que a própria lei da ação popular apresentava, seja no tocante a uma tutela coletiva restrita ou, no que tange a uma legitimação ativa limitada e impotente, no ano de 1985 foi promulgada a Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985) – embora anteriormente já houvesse menção à ação civil pública na Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981) – cujo âmbito de aplicação se limitava à defesa do meio ambiente, do consumidor e de outros direitos e bens de valor artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico e cultural.

Essa lei, não obstante a sua importância enquanto meio garantidor da tutela coletiva, inicialmente assegurava uma tutela jurisdicional restrita a objetos específicos, em outras palavras, se prestava a assegurar a defesa dos direitos coletivos e dos direitos difusos taxativamente previstos na norma legal.²⁴ Todavia, ela teve seu objeto ampliado com a promulgação do diploma constitucional de 1988, que promoveu a universalização da proteção a todos os direitos coletivos.

Ademais, com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990), no ano de 1990, várias disposições processuais novas foram introduzidas no direito brasileiro (artigo 81 ao artigo 117, título III), destacando-se aí o surgimento da categoria de direitos ou interesses individuais homogêneos, bem como a regulamentação da coisa julgada em cada categoria de direitos.

Vê-se, então, que o processo coletivo no ordenamento jurídico brasileiro não foi sistematizado de forma concentrada em apenas uma única lei ou código. O Código de Defesa do Consumidor criou regras que estabelecem um sistema de reciprocidade com a Lei da Ação Civil Pública.²⁵ Desse modo, há nesta a aplicação de regras daquele, e reciprocamente.²⁶ O Código de Defesa do Consumidor, assim, inovou ao trazer algumas regras de processo coletivo cuja aplicação não se restringe apenas à órbita consumerista.

²⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ações coletivas para a tutela do ambiente e dos consumidores - A lei 7.347, de 24.7.85.** Revista de Processo, nº 44, p.113, out/1986.

²⁵ Dispõe o artigo 90 do Código de Defesa do Consumidor, *in verbis*: “Aplicam-se às ações previstas neste título as normas do Código de Processo Civil e da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, inclusive no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições”.

²⁶ Dispõe o artigo 21 da Lei da Ação Civil Pública, *in verbis*: “Art. 21. Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor”.

Essa abertura do sistema processual propiciou o reconhecimento pela doutrina da existência do chamado microssistema processual coletivo integrado, cuja concepção deve ser ampla, isto é, não apenas formado pelo Código de Defesa do Consumidor e a Lei da Ação Civil Pública, mas por outros diplomas normativos.²⁷

Válida, nesse diapasão, a lição de Rodrigo Mazzei sobre o tema:²⁸

A concepção do microssistema jurídico coletivo deve ser ampla, a fim de que o mesmo seja composto não apenas do CDC e da LACP, mas de todos os corpos legislativos inerentes ao direito coletivo, razão pela qual o diploma que compõe o microssistema é apto a nutrir carência regulativa das demais normas, pois, unidas, formam um sistema especialíssimo.

A jurisprudência recente do Superior Tribunal de Justiça também aponta na mesma direção:²⁹

Os arts. 21 da Lei da Ação Civil Pública e 90 do CDC, como normas de envio, possibilitaram o surgimento do denominado Microssistema ou Minissistema de proteção dos interesses ou direitos coletivos amplo senso, no qual se comunicam outras normas, como o Estatuto do Idoso e o da Criança e do Adolescente, a Lei da Ação Popular, a Lei de Improbidade Administrativa e outras que visam tutelar direitos dessa natureza, de forma que os instrumentos e institutos podem ser utilizados para "propiciar sua adequada e efetiva tutela" (art. 83 do CDC).

Evidente, nessa conjuntura, que a criação de um microssistema processual para a defesa de direitos coletivos *lato sensu* propiciou uma significativa valorização do acesso à justiça, na medida em que direitos coletivos e difusos, antes desprovidos de específica tutela processual, passaram a contar com normas legais específicas para a sua proteção, bem como direitos individuais, ditos homogêneos, passaram a contar com proteção processual também mais efetiva.

Essa tutela processual, contudo, se fez possível mediante a previsão de entes específicos e elencados para atuarem no polo ativo dos litígios coletivos, representando os

²⁷ Fredie Didier Júnior e Hermes Zaneti Júnior ao tratarem do assunto estabelecem, nesse sentido, que o Código de Defesa do Consumidor vige como um verdadeiro "Código de Processo Coletivo Brasileiro", bem como um "ordenamento processual geral" para a tutela coletiva.

²⁸ MAZZEI, Rodrigo. **A ação popular e o microssistema do processo coletivo**. Salvador: Quartier Latin do Brasil, 2005.

²⁹ REsp 1.221.254 / RJ, STJ, 1ª Turma, rel. p/ acórdão Min. Arnaldo Esteves Lima, ac. de 05-06-2012, DJ 13-06-2012

interesses da coletividade, grupos e organizações, sendo eles na lição de Susana Henriques da Costa “presumidos por lei representantes adequados da coletividade”³⁰.

A legitimação para atuar nas ações coletivas, portanto, passa pela Lei da Ação Popular, em que um único indivíduo se faz legitimado para a busca da tutela processual, chegando a atribuição de legitimação a entes públicos e privados, conforme se verá detalhadamente no próximo tópico. Para essa análise, adotar-se-á a ação civil pública como a ação coletiva por excelência³¹ e verificar-se-á, de forma mais evidente, que a tutela coletiva e a tutela individual não comportam legitimidade da mesma ordem.

1.3.3 Legitimados coletivos no direito brasileiro

Como já enfatizado, o microsistema processual coletivo estabelecido no ordenamento jurídico brasileiro, cinge-se, especialmente, na aplicação conjugada da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85) e do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90).

Tal formação doutrinária é aplicável amplamente a todas as espécies de ações coletivas, de forma subsidiária, ou seja, inexistindo disposição específica sobre certa ação coletiva, o microsistema é utilizado subsidiariamente, restando, ainda, a aplicabilidade das regras Código de Processo Civil de maneira residual.

Nesse sentido, apresenta a Lei da Ação Civil Pública como legitimados coletivos (artigo 5º, incisos I a IV): a) o Ministério Público; b) a Defensoria Pública; c) a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; d) a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; e) a associação que, concomitantemente 1º) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil e 2º) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

³⁰ COSTA, Susana Henriques da. **O controle judicial da representatividade adequada: uma análise dos sistemas norte-americano e brasileiro**. In: SALLES, Carlos Alberto de. (Coord.). *As grandes transformações do processo civil brasileiro: homenagem ao professor Kazuo Watanabe*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 961.

³¹ Quando se fala em usar a ação civil pública como a ação coletiva por excelência, não se está a confundir a ação civil pública com a ação coletiva, já que a primeira é um exemplo da segunda. Apenas se busca adotar um parâmetro de estudo, levando em conta que o sistema brasileiro transita em torno do instrumento da ação civil pública, cuja disciplina vêm regulamentada pela Lei nº 7345/85 e da Lei nº 8078/90. Fredie Didier Júnior ao tratar do assunto assevera a existência de outros procedimentos para servir às causas coletivas, ressaltando, além dos já citados no presente trabalho, as ações coletivas para a defesa de direitos individuais homogêneos, a ação de improbidade administrativa e as ações de controle concentrado de constitucionalidade.

O Código de Defesa do Consumidor, por sua vez, assim dispõe sobre os legitimados coletivos (artigo 82, incisos I a IV): a) o Ministério Público; b) a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal; c) as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código; d) as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear.

Vislumbra-se, assim, que o rol de legitimados para a condução do processo coletivo acaba não sofrendo maiores distinções nos diplomas normativos supracitados, dado que, em ambos, a legitimação coletiva é conferida a entes públicos, privados e até mesmo despersonalizados. Nesse ponto, importante ressalva quanto à atuação da Defensoria Pública. Embora, não conste expressamente no código consumerista, a despeito de sua previsão na Lei da Ação Civil Pública, sua legitimidade para atuar na tutela de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos pode ser retirada da previsão contida no artigo 82, inciso III do referido código.

Ademais, é de se notar que os legitimados constituem, na maior parte dos casos, pessoas jurídicas que estejam formalmente constituídas e reconhecidas pelo Estado, colocando a legislação em vigor, assim, um requisito formal para a legitimação ativa coletiva. Sobre o tema, assim se manifestou Demian Guedes³²:

Tal formalismo se serve para possibilitar um maior controle da seriedade das ações propostas pela sociedade civil (o que é discutível, visto que se trata de um requisito meramente formal), serve também para deixar muitas pretensões coletivas sem manifestação em juízo. Isso porque os interesses difusos, como visto anteriormente, se encontram dispersos pela coletividade, sem barreiras de contenção em determinados grupos, classes ou categorias, sendo mesmo um contra-senso exigir-se a organização de tais interesses.

Impede observar, ainda, a importância da atuação do Ministério Público na propositura da maior parte das ações coletivas, preponderando em termos numéricos³³ em relação aos demais legitimados³⁴.

³² GUEDES, Demian. **A legitimação individual para a ação civil pública**. Revista de Processo, nº 140, p.279, out/2006.

³³ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Acesso à Justiça: Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

³⁴ VIANNA, Luiz Wenerck (Coord). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte e Rio de Janeiro: Editora da UFMG E IUPERJ/FAPERJ, 2002.

Nos termos do artigo 127 da Constituição Federal de 1988³⁵, compete ao Ministério Público, dentre outras funções, a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Para tanto, a atuação do *Parquet* deve ser justificada com base na proteção dos interesses difusos e coletivos, conforme estabelece o artigo 129, inciso III da Carta Magna³⁶. Daí a instauração do ponto de debate, segundo o qual, a expressa previsão dos termos “difusos” e “coletivos” na norma legal impediria a defesa por parte do Ministério Público dos direitos individuais homogêneos, também denominados acidentalmente coletivos e de caráter disponível³⁷. Antônio Gidi³⁸, ao tratar do assunto controvertido na doutrina e nos tribunais, assevera que deve ser afastada a premissa falaciosa de que a proteção ao direito patrimonial individual disponível não pode ser de interesse social. Ressalta, ainda, que tais direitos, globalmente considerados, revestem-se do caráter da indisponibilidade pela comunidade de vítimas, sendo apenas disponíveis quando isolado e individualmente considerados. Para tanto, contudo, a atuação do *Parquet* deve ter como parâmetro a predominância do interesse público na questão, sobretudo em função da repercussão social que a decisão pode produzir. Ada Pellegrini Grinover, em contrapartida, assevera que não basta o caráter numérico e repetitivo dos direitos individuais. É preciso, ainda: que a tutela coletiva seja mais adequada àquele tipo de direitos e que haja predominância das questões comuns (idênticas) sobre as particularidades individuais³⁹.

A legitimação das associações por sua vez, reflexo de uma forma de aproximação da sociedade civil com o debate, está condicionada a observância de certos critérios, incluindo nesse ponto, seu fim institucional, bem como um lapso temporal. Em outras palavras, os diplomas normativos foram expressos ao exigir dos entes não-estatais a constituição há pelo menos um ano e que incluam entre as suas finalidades a defesa dos interesses a serem protegidos na demanda coletiva⁴⁰.

De maneira geral, resta nítido no ordenamento jurídico brasileiro que o legislador optou por atribuir o papel de protagonista na defesa dos direitos coletivos *lato sensu* a um

³⁵ Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

³⁶ Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: (...) III. Promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

³⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Ação Civil Pública**. Revista Trimestral de Direito Público, nº 3/93. São Paulo: Malheiros.

³⁸ GIDI, Antônio Carlos Oliveira, *op. cit.*, p. 6.

³⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Das class action for damages à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade**. Revista de Processo, nº101, p.11, out/2011.

⁴⁰ GALLOTTI, Carolina. **Pertinência temática nas ações coletivas**. Revista de Processo, nº 142, p.168, dez/2006.

número reduzido de legitimados, entendendo ser eles representantes adequados de tais direitos, sem excluir, ainda, a legitimação dos particulares concretizada por meio do artigo 1º da Lei da Ação Popular⁴¹. Nesse sentido, vê-se que, por disposição do legislador, o conceito de legitimidade para a propositura da ação coletiva acaba por ser identificar com o da representatividade adequada. É como se houvesse uma presunção - implícita - desta representatividade, para os entes previstos na lei. Contudo, tal presunção não pode ser vista como absoluta, e poderá ser afastada em determinadas hipóteses, consoante se verá adiante.

O reconhecimento da legitimação não está apenas sujeito à existência de autorização legal para agir, na medida em que a mera institucionalização do representante acaba por ser um critério que não guarda qualquer vínculo com a perspectiva processual coletiva e muito menos com o próprio interesse da causa que se busca defender, prejudicando sobremaneira a coletividade. Daí ser afastado no presente trabalho o entendimento da legitimação coletiva como uma legitimação autônoma para a condução do processo. Isso porque, a forma como se estabelece a legitimação coletiva, além de incidir sobre o resultado material da demanda, influenciará de maneira substancial a coisa julgada, seja na extensão dos seus efeitos, bem como na sua eficácia subjetiva. Nesse sentido, Antônio Gidi:⁴²

É princípio básico do direito processual civil coletivo que o processo não pode prosseguir, nem há formação de coisa julgada, sem que haja uma adequada representação dos interesses em jogo. Trata-se de uma regra fundamental, sem a qual, o sistema processual civil coletivo não poderá funcionar adequadamente.

Por derradeiro, questão de grande relevância para o presente trabalho diz respeito à coisa julgada nas ações coletivas. Nesse prisma, tendo conhecimento de que a ação individual e ação coletiva comportam legitimações sedimentadas em fundamentos diversos, consoante enfatizando no presente capítulo, como a atuação do representante, institucionalizado

⁴¹ Art. 1º Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista (Constituição, art. 141, § 38), de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos.

⁴² GIDI, Antônio Carlos Oliveira. **Rumo a um Código de Processo Civil (LGL 1973/5) Coletivo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 77.

meramente por lei, pode afetar a coletividade? Para a melhor resolução de tal questão, faz-se necessária uma análise do instituto da coisa julgada, conforme se verá adiante.

2 COISA JULGADA

2.1 Coisa Julgada no processo civil individual

2.1.1 Conceito e características

A coisa julgada no processo coletivo vem referenciada nos artigos 103 e 104 do Código de Defesa do Consumidor, bem como no teor da Lei da Ação Civil Pública.

Mantendo-se a abordagem adotada no capítulo anterior será feita uma análise da coisa julgada no processo individual para, posteriormente, ser tratada a coisa julgada coletiva.

Prevista expressamente no artigo 5º, inciso XXXVI da Constituição Federal de 1988⁴³, a coisa julgada é um instituto processual que visa promover a segurança jurídica das decisões judiciais, dotando-as do caráter da definitividade e da imutabilidade, seja no tocante a parte dispositiva da decisão, bem como em relação as partes que compõem a relação processual.

Nesses termos, destaca Luiz Eduardo Ribeiro Mourão em trecho de sua obra: ⁴⁴

Definimos, pois, a res iudicata como uma situação jurídica que se caracteriza pela proibição de repetição do exercício da mesma atividade jurisdicional, sobre o mesmo objeto, pelas mesmas partes (e, excepcionalmente, por terceiros), em processos futuros. Para alcançar esse desiderato, vale-se o legislador de duas técnicas processuais: a) veda a repetição da demanda; b) imutabiliza as decisões judiciais transitadas em julgado.

Tal instituto tem seus efeitos projetados para fora do processo, de modo a impedir, enquanto pressuposto processual negativo, a propositura de uma nova ação para discutir o que já foi apreciado, bem como para dentro do processo, ao representar uma preclusão máxima, tornando a decisão judicial anteriormente proferida, irrecorrível. Dessa forma, a coisa julgada visa assegurar a estabilidade das relações sociais, afastando a ocorrência de decisões

⁴³ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

⁴⁴ MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. **Coisa Julgada**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008, p. 29.

conflitantes e, por conseguinte, servindo as partes integrantes da lide como um instrumento de pacificação social ao evitar a perpetuação dos conflitos.

Destaca-se que de nada adiantaria aos litigantes que submeteram a sua pretensão a juízo, ver a decisão final proferida passível de modificação ou alteração pela parte contrária, bem como pelo Poder Judiciário. Daí a importância conferida ao instituto da coisa julgada. Ademais, apenas em situações expressamente previstas na lei, é possível que uma sentença de mérito, transitada em julgado, seja rescindida, operando, dessa forma, a desconstituição da coisa julgada por meio do instrumento denominado ação rescisória.

Conforme estabelece Enrico Tullio Liebman, cuja teoria foi adotada pelo Código de Processo Civil de 1973, a coisa julgada deve ser tomada como uma qualidade da eficácia da sentença, qualidade esta que recai sobre os efeitos do comando judicial, os tornando imutáveis e indiscutíveis pela via recursal, afastando nessa conjuntura, o entendimento que enxerga o instituto como um efeito da sentença de mérito.

Para o autor, a eficácia do comando jurisdicional se diferencia da imutabilidade a ele conferida.

Dessa forma, evidencia Liebman em trecho de sua obra:⁴⁵

Nisso consiste, pois, a autoridade da coisa julgada, que se pode definir, com precisão, 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; é, pelo contrário, uma qualidade, mais intensa e mais profunda, que reveste o ato também seu conteúdo e torna assim imutáveis, além do ato em sua existência formal, os efeitos, quaisquer que sejam, do próprio ato.

Assim, constitui o instituto processual importante instrumento para o exercício da atividade jurisdicional, na medida em que, mesmo não representando uma garantia de justiça nas decisões judiciais, possibilita a proteção de outros valores constitucionais consagrados no Estado Democrático de Direito, como a segurança jurídica, garantindo aos litigantes a imutabilidade da norma jurídica contida no comando judicial produzida por meio de contraditório efetivo.

⁴⁵ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 54.

2.1.2 Classificação

Tomando por base o conceito acima descrito, segundo o qual a coisa julgada pode ser definida como o caráter da imutabilidade e indiscutibilidade os quais revestem os efeitos da decisão jurisdicional, mais especificamente a sua parte dispositiva, analisar-se-á adiante a extensão desses efeitos, mediante a diferenciação das duas espécies de coisa julgada, quais sejam, a coisa julgada formal e a coisa julgada material.

Consoante dispõe o artigo 467 do Código de Processo Civil, a coisa julgada material pode ser definida como “a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”. Não obstante tal conceituação, manteve-se o diploma normativo silente quanto a definição da coisa julgada formal.

Em razão desse silêncio legislativo, a coisa julgada formal pode ser definida, segundo a doutrina, como o impedimento que surge para as partes integrantes da lide de se insurgirem contra o comando jurisdicional. Em outras palavras, representa a coisa julgada formal o trânsito em julgado da decisão judicial proferida em qualquer tipo de processo, de modo que esta torna-se irrecorrível.

Tal espécie de coisa julgada, nessa conjuntura, promove efeito endoprocessuais, inviabilizando a discussão da questão dentro do mesmo processo judicial. Mantêm-se, contudo, a possibilidade de rediscussão do mesmo objeto em outra ação futura, desde que sanado o vício.

Humberto Theodoro Júnior sobre o tema assim dispõe:⁴⁶

A coisa julgada formal decorre simplesmente da imutabilidade da sentença dentro do processo em que foi proferida pela impossibilidade de interposição de recursos, quer porque a lei não mais os admite, quer porque se esgotou o prazo estipulado pela lei sem interposição pelo vencido, quer porque o recorrente tenha desistido do recurso interposto ou ainda tenha renunciado à sua interposição.

A coisa julgada material, por sua vez, caracteriza-se por ser a qualidade de indiscutibilidade e imutabilidade, em todo e qualquer processo, de que se reveste o comando

⁴⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil v.1**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 546.

da sentença transitada em julgado. Tal qualidade, ao contrário da coisa julgada formal, produz seus efeitos no mesmo processo e para fora do processo em que foi proferido o comando judicial, ou seja, produz efeitos extraprocessuais, de modo a impedir que haja a propositura de nova ação para discutir o que já foi anteriormente apreciado.

No dizer de Fredie Didier Júnior, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira, alguns pressupostos devem ser observados para que haja a produção desse tipo de coisa julgada em decisões judiciais:⁴⁷

Para que determinada decisão judicial fique imune pela coisa julgada material, deverão estar presentes quatro pressupostos: a) há de ser uma decisão jurisdicional (a coisa julgada é característica exclusiva dessa espécie de ato estatal); b) o provimento há que versar sobre o mérito da causa (objeto litigioso); c) o mérito deve ter sido analisado em cognição exauriente; d) tenha havido a preclusão máxima (coisa julgada formal).

Impede observar que a coisa julgada material pressupõe a ocorrência da coisa julgada formal, em outras palavras, todas as decisões acobertadas pela coisa julgada material serão necessariamente também acobertadas pela coisa julgada formal. O contrário, entretanto, não é verdadeiro. As decisões meramente terminativas, que acarretam a extinção do processo, sem resolução de mérito e cuja disposição legal pode ser encontrada no artigo 267 do Código de Processo Civil, operam apenas a produção da coisa julgada formal.

Luiz Eduardo Ribeiro Mourão⁴⁸ em interessante raciocínio, destaca em trecho de sua obra, a importância de se diferenciar os institutos da preclusão, da coisa julgada formal e da coisa julgada material. Para o citado autor, a principal diferença entre a coisa julgada e a preclusão reside na extensão dos efeitos produzidos. Enquanto na primeira eles são endoprocessuais, na segunda operam extraprocessualmente. Ademais, enfatiza que o critério diferenciador da coisa julgada formal e da coisa julgada material consiste na natureza da decisão imutabilizada, que na segunda envolve o mérito da causa e, na primeira, meramente questões processuais formais.

⁴⁷DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil v.2**. Salvador: Jus Podivm, 2008, p. 554.

⁴⁸ MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro, *op.cit.*, p. 167.

2.1.3 Limites

A despeito da importância de definição do conceito da coisa julgada no processo civil tradicional, oportuno ressaltar, ainda, no presente trabalho, os limites de sua extensão, seja no tocante à decisão judicial, bem como às partes atingidas. Daí se destacar os limites objetivos e subjetivos da coisa julgada.

Inicialmente, quanto aos limites objetivos da coisa julgada, vale ressaltar os seguintes apontamentos.

Com efeito, a sentença, enquanto ato de cognição judicial realizada por meio de contraditório efetivo e produção probatória, apresenta como requisitos essenciais, nos termos do artigo 458 do Código de Processo Civil de 1973, o relatório, a fundamentação e o dispositivo. Contudo, não são todas as partes da decisão judicial que estarão aptas à produção da coisa julgada.

Preconiza o artigo 468 do Código de Processo Civil, que “a sentença que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas”. Com efeito, a lide ou litígio caracteriza-se por ser o conflito de interesses levado a Juízo para ser solucionado, que se consubstancia no pedido da petição inicial, responsável por delimitar o objeto do processo. Dessa forma, resta claro que apenas as matérias objeto da cognição judicial poderão ser acobertadas pelo manto da coisa julgada.

Em complementação, dispõe o artigo 469 do Código de Processo Civil, que não fazem coisa julgada: a) os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença; b) a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença; c) a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo, salvo se requerida na forma de ação declaratória incidental. Logo, se percebe que apenas a parte dispositiva da decisão judicial está apta à produção de coisa julgada, entendendo-se essa, nos dizeres de Humberto Theodoro Júnior⁴⁹, como o fecho da sentença, que contém a decisão da causa, em observância ao princípio da congruência ou da adstrição da sentença ao pedido, ficando, assim, acobertado pela imutabilidade.

Destaca-se, portanto, que o relatório e a motivação da decisão judicial, desprovidos de cunho decisório, não produzem coisa julgada, não ficando, por óbvio, nessa conjuntura, acobertados pela característica da imutabilidade.

⁴⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto, *op.cit.*, p. 517.

Vistos os limites objetivos, deve-se ressaltar os limites subjetivos, que figuram como questão fundamental do presente estudo, face à importância de sua adequação para a tutela dos direitos metaindividuais.

Os limites subjetivos da coisa julgada, como o próprio nome denota, relacionam-se à extensão dos efeitos da sentença aos sujeitos que participaram da relação processual. Segundo Luiz Eduardo Ribeiro Mourão⁵⁰, o alcance dos efeitos da sentença, constitui pressuposto para a verificação dos limites subjetivos da coisa julgada, havendo, assim um ponto de conexão entre ambos os fenômenos, apesar da teoria de Liebman os desvincular. O Código de Processo Civil, nessa conjuntura, assim preleciona em seu artigo 472: “a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros”.

Na temática envolvendo os limites subjetivos da coisa julgada, o principal ponto de indagação é a quem os efeitos da decisão judicial, mais especificamente a sua imutabilidade, atingirá? Resta indubitável que uma vez proferido o comando jurisdicional, a sua autoridade, quando passado em julgado, se estenderá para todas as partes processuais que participaram do contraditório. Tal efeito *inter partes* da coisa julgada ressaí lógico, na medida em que as partes que participam da relação processual em contraditório efetivo, ao proporem a demanda judicial, buscam uma prestação jurisdicional, devendo, nessas circunstâncias, sofrerem os efeitos do seu resultado.

A problemática que surge, contudo, diz respeito aos terceiros: em que medida eles serão alcançados pela coisa julgada? Para melhor compreensão do tema, segue o exemplo dado por Humberto Theodoro Júnior:⁵¹

Quando o Estado é condenado a indenizar o dano causado por funcionário, cabe-lhe o direito de exercer a ação regressiva contra o servidor. Este, no entanto, no novo processo poderá impugnar a conclusão da sentença condenatória, para provar que não teve culpa no evento, e assim exonerar-se da obrigação de repor aos cofres públicos o valor da indenização. A sentença era válida para todos. Mas aquele estranho que teve direitos diretamente atingidos pode reabrir discussão em torno da decisão, sem ser tolhido pela eficácia da coisa julgada.

⁵⁰ MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro, *op.cit.*, p. 231.

⁵¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto, *op.cit.*, p. 567.

De imediato, percebe-se que o terceiro não é atingido diretamente pela imutabilidade fruto da coisa julgada, já que aberta a possibilidade de se insurgir contra a decisão proferida em outra ocasião ou até mesmo não se opor a ela. Contudo, é nítido que acaba sofrendo efeitos reflexos da decisão judicial, uma vez que participa de relação jurídica conexa com aquela tolhida em Juízo pela coisa julgada, estando o terceiro, assim, indiretamente vinculado ao resultado do processo sentenciado. Em outras palavras, não se pode dizer que a sentença não produzirá efeitos em relação a terceiro, mas que como ele não integrou a relação processual como parte não terá prejuízo caso queira rediscutir a questão.

No caso do exemplo supracitado, a pretensão regressiva exige a verificação da conduta culposa ou dolosa do servidor, o que gera, conseqüentemente, a introdução de fundamento novo no processo, implicando a dilação probatória mais apurada.

Na visão de Luiz Eduardo Ribeiro Mourão⁵², a limitação da coisa julgada às partes, decorre da preservação do valor justiça, dispondo que ninguém pode ser atingido por uma decisão judicial da qual não participou efetivamente, já que essa extensão representaria uma quebra de garantias constitucionais, como o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa (artigo 5º, incisos LIV e LV da Constituição Federal).

Pode-se concluir, assim, que, via de regra, no processo civil tradicional marcado por relações intersubjetivas e individualizadas, a autoridade da coisa julgada limita-se às partes litigantes, ressalvando que, dada a possibilidade de ocorrência de relações interligadas, os efeitos da sentença podem ser percebidos por terceiros, mas não a característica da imutabilidade.

2.1.4 Modo de produção

O instituto da coisa julgada apresenta, ainda, três diferentes modos de produção, sendo estes: a coisa julgada *pro et contra*, a coisa julgada *secundum eventum litis* (segundo a sorte da lide) e a coisa julgada *secundum eventum probationes* (segundo a sorte das provas). Tal análise se faz necessária diante da imprescindibilidade de se verificar a adequação de cada modelo na jurisdição singular, e, posteriormente, na regulamentação dos direitos coletivos.

⁵² MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro, *op.cit.*, p. 235.

O modo de produção da coisa julgada *pro et contra* caracteriza-se por ser a regra geral adotada no Código de Processo Civil. Ele estabelece que a coisa julgada se forma independentemente do resultado do processo: seja ele de procedência ou de improcedência, a decisão final proferida no processo, formada mediante cognição judicial e contraditório efetivo, será alcançada pelo instituto da coisa julgada, garantindo-se aos litigantes, segurança jurídica.

Segundo Daniel Amorim Assumpção Neves⁵³:

No sistema tradicional da coisa julgada a mesma se opera com a simples resolução de mérito, independentemente de qual seja o resultado no caso concreto (*pro et contra*). Dessa forma, é irrelevante se saber se o pedido do autor foi acolhido ou rejeitado, se houve sentença homologatória ou se o juiz reconheceu a prescrição ou a decadência; sendo sentença prevista no art. 269 do CPC faz coisa julgada material.

Lado outro, pelo segundo modo de produção denominado coisa julgada *secundum eventum litis*, o resultado do processo é de fundamental importância para a aferição da produção da coisa julgada material. Segundo ele, nem todas as decisões judiciais estão aptas para produzir a *res judicata*, apenas as decisões de procedência da demanda, de modo que uma vez julgada improcedente, a ação poderá ser reproposta pelas partes.

Em outras palavras, pelo regime da coisa julgada *secundum eventum litis* o conteúdo da sentença somente atingirá os titulares dos interesses individuais na hipótese de procedência da demanda, circunstância que os habilita a proceder diretamente à execução, sem processo de conhecimento. Fredie Didier Júnior, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira⁵⁴ citam, a título exemplificativo, a possibilidade da sentença penal de improcedência poder ser revista em favor do réu.

Válido, destacar, por fim, o regime da coisa julgada *secundum eventum probationes*. Nesse caso, o instituto da coisa julgada só se formará caso a produção de provas tenha se esgotado, levando ao julgamento de procedência ou improcedência do pedido. Foca-se, assim, na imprescindibilidade de se exaurir todos os meios de prova à disposição do legitimado ativo, já que se a sentença for pela improcedência do pedido por insuficiência de provas, não

⁵³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção, *op.cit.*, p. 638.

⁵⁴ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael, *op.cit.*, p.565.

se formará a coisa julgada material. Cristiano Chaves de Farias⁵⁵, entende, com base nessa perspectiva, pela aplicabilidade do supracitado regime nas ações de investigação de paternidade.

Registre-se, por oportuno, que Daniel Amorim Assumpção Neves⁵⁶, em interessante colocação, destaca a constitucionalidade desse modo de produção da coisa julgada, servindo ele como uma medida de segurança para os titulares do direito, que podem não figurar como partes no processo, contra algum desvio de conduta do autor.

2.1.5 Coisa Julgada no novo Código de Processo Civil

Com o objetivo de se analisar se permanecem os entendimentos quanto à coisa julgada e, igualmente, se tal instituto possui os mesmo objetivos do Código de Processo Civil vigente e se os dispositivos que tratam esses objetivos o fazem de maneira mais adequada, necessário se faz um estudo a respeito do tema no Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015), conforme se demonstrará a seguir.

O presente Código de Processo Civil, cuja vigência data desde 1973, refletiu por vários anos de forma satisfatória os desígnios dos aplicadores do Direito, bem como dos sujeitos submetidos à jurisdição estatal. Contudo, frente as transformações sociais e a necessidade de adequação do ordenamento jurídico brasileiro, fez-se imprescindível a adaptação das normas processuais.

Nesse sentido, dentre as várias modificações implementadas, vale ressaltar, para melhor aproveitamento e atualização do presente trabalho, as ocorridas com o instituto da coisa julgada.

A coisa julgada é regulada pelos artigos 502 a 508 do Novo Código de Processo Civil. Sua definição vem expressa no artigo 502 que assim dispõe: “denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso”.

Da análise do dispositivo supra, pode-se perceber a substituição do termo “sentença”, previsto no Código de Processo Civil de 1973, pela expressão “decisão de mérito”. Tal

⁵⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

⁵⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção, *op.cit.*, p. 634.

substituição acaba por se adequar melhor a finalidade do instituto, possibilitando a sua abrangência por decisões interlocutórias de mérito que também são aptas a produzir a *res judicata*, demonstrando, assim, a amplitude do instituto e a sua desvinculação da sentença. Note-se, ainda, que a referida substituição também pode ser verificada no artigo 503 do novo diploma processual ao estabelecer que “a decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida”, bem como no artigo 508 do mesmo diploma normativo, que dispõe “transitada em julgado a decisão de mérito, considerar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e as defesas que a parte poderia opor tanto ao acolhimento quanto à rejeição do pedido”.

Registre-se, por oportuno, que a expressão “eficácia”, em muitos casos questionadas pelos doutrinadores, também acabou sendo substituída no artigo 503 pelo termo “autoridade”.

Importante inovação consta ainda no §1º e incisos do artigo 503, no que tange à extensão dos limites objetivos da coisa julgada. O Novo Código de Processo Civil estende a formação da coisa julgada à questão prejudicial, impondo, para tanto, a observância dos seguintes requisitos: a) dessa resolução depender o julgamento do mérito; b) a seu respeito tiver havido contraditório prévio e efetivo, não se aplicando no caso de revelia; c) o Juízo tiver competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal; e d) no processo não houver restrições probatórias ou limitações à cognição que impeçam o aprofundamento da análise da questão prejudicial. Nota-se, nessa perspectiva, que o legislador, ao alargar os limites objetivos da coisa julgada, se preocupou com a promoção da eficácia processual, ao tornar mais uma parte do comando jurisdicional imutável sem que a parte tenha que propor ação declaratória incidental, reafirmando, assim, o processo como meio de pacificação social.

Por fim, vale destacar que, dos artigos 504 a 508 do novo código, poucas foram as modificações capazes de alterar substancialmente os dispositivos, sendo estas, apenas, redacionais.

Conclui-se, assim, que os apontamentos acima destacados indicam as principais modificações sofridas pelo instituto da coisa julgada com a edição do Novo Código de Processo Civil, Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. Quanto aos limites subjetivos da coisa julgada, objeto do presente trabalho, assim como o atual Código de Processo Civil, o Novo Código de Processo Civil manteve a disposição segundo o qual a coisa julgada se impõe para as partes entre as quais é dada não podendo prejudicar terceiros, ressalvando, contudo, a possibilidade de sofrerem a incidência dos efeitos da decisão, sejam eles, declaratórios, constitutivos ou condenatórios, conforme já salientado no item 2.3.

2.2 Coisa Julgada no processo coletivo

Após a análise de todo o instituto da coisa julgada na jurisdição singular, compreendendo suas principais características, sua classificação em coisa julgada formal e material, seus limites objetivos e subjetivos, bem como seu modo de produção, chega-se ao momento de caracterizá-la na jurisdição coletiva.

Frente a impossibilidade de adequação da coisa julgada nos moldes da jurisdição singular aos moldes da jurisdição coletiva, diante das peculiaridades que permeiam os direitos coletivos *lato sensu*, consoante já explicitado no capítulo 1 do presente trabalho, fez-se operante uma regulamentação diferenciada desse instituto, com fins de viabilizar uma prestação jurisdicional eficiente. Fredie Didier Júnior e Hermes Zaneti Júnior⁵⁷, ao tratarem do assunto estabelecem que a principal problemática que centraliza as discussões da coisa julgada coletiva cinge-se “no risco de interferência injusta nas garantias do indivíduo titular do direito subjetivo”, bem como “no risco de exposição indefinida do réu ao Judiciário”.

Para tanto, a disposição da coisa julgada coletiva foi pela primeira vez abordada no artigo 18 da Lei da Ação Popular (Lei nº 4.717/65), e, posteriormente, tal disposição foi reproduzida no teor do artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85), que sofreu forte influência da Medida Provisória nº 1.570/1997, convertida na Lei nº 9.494/1997, que instituiu que a coisa julgada *erga omnes* opera nos limites territoriais do órgão prolator da sentença. Abaixo, segue o texto da Lei da Ação Popular e da Lei da Ação Civil Pública:

Art.18. A sentença terá eficácia de coisa julgada oponível *erga omnes*, exceto no caso de houver sido a ação julgada improcedente por deficiência de provas; neste caso, qualquer cidadão poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

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

⁵⁷ DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes, *op. cit.*, p. 335.

Tal sistema, acabou por estabelecer além do resultado da demanda como critério definidor da produção da coisa julgada material, a suficiência da produção probatória para a formação do livre convencimento do magistrado, contribuindo, nessa conjuntura, de maneira significativa para a salvaguarda dos direitos transindividuais.

A disciplina normativa supracitada, foi ainda aperfeiçoada por ocasião do advento do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990) que, em seu artigo 103, além de estabelecer a classificação dos direitos coletivos *lato sensu*, previu também como se dá os limites subjetivos da coisa julgada em cada um deles à luz da natureza do interesse tutelado, nos termos das conceituações previstas no artigo 81 do mesmo código, mantendo-se, assim, a reciprocidade entre os diplomas normativos, *in verbis*:

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.

Nesse sentido, no caso de interesses difusos, previstos no inciso I do parágrafo único do artigo 81, a coisa julgada material será *erga omnes*, salvo se o pedido deduzido em Juízo for julgado improcedente por insuficiência de provas. Em tal hipótese, apenas se produzirá coisa julgada formal e uma nova ação poderá ser proposta, desde que fundada em nova prova, de qualquer espécie, na exata dicção do que dispõe o inciso I do artigo 103 do código consumerista.

Ademais, eventual procedência ou improcedência do pedido por qualquer motivo, que não a insuficiência probatória, será apta a ocorrência da coisa julgada formal e material no plano coletivo, obstando a propositura de ações coletivas idênticas à já julgada, sem, contudo, retirar direitos individuais, que podem ser tutelados em ações individuais próprias. Tal disposição encontra respaldo no que dispõe o §3º do supracitado dispositivo.

No entanto, sendo o pedido deduzido em juízo coletivamente julgado procedente, a sentença produzirá coisa julgada formal e material, beneficiando toda a coletividade, sendo possível, inclusive, àqueles que tenham sofrido dano individual promover liquidação e execução da sentença coletiva, mediante o transporte *in utilibus* da coisa julgada, à luz da economia processual.

Lado outro, no que tange aos direitos coletivos *stricto sensu*, formar-se-á coisa julgada ultra partes para o grupo, categoria ou classe, salvo se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, caso em que, assim como na hipótese anterior, poderá qualquer legitimado propor nova ação, desde que com nova prova, já que só ocorrerá a formação da coisa julgada formal, consoante inciso II do artigo 103.

No caso do pedido ser julgado procedente ou improcedente por falta de fundamentos à pretensão, também como na hipótese anterior, há formação da coisa julgada formal e material no plano coletivo, ressalvando a possibilidade de ações individuais, bem como o transporte *in utilibus* da decisão.

Vê-se, assim, que, de acordo com os incisos I e II do código consumerista, a coisa julgada, nas ações que tratam de direitos difusos e coletivos, se forma *secundum eventum probationes*, ou seja, conforme enfatizado no tópico 2.1.4, a sua força se estende a todos os representados, levando em conta a suficiência do acervo probatório produzido.

Finalmente, no que tange aos direitos individuais homogêneos, estabeleceu o código consumerista basicamente as mesmas regras dispostas para os direitos difusos, incluindo aí a coisa julgada *erga omnes*, a impossibilidade de prejuízo individual em eventual improcedência da ação coletiva, bem como o transporte *in utilibus* da decisão.

Destacou o diploma normativo, contudo, algumas regras com âmbito de aplicação restrito ao inciso III do artigo 103. Estabelece que, sendo o pedido julgado improcedente na demanda coletiva, não haverá prejuízo aos indivíduos que poderão também propor suas ações individuais, desde que não tenham ingressado no processo coletivo como litisconsortes ou assistentes litisconsorciais, nos termos do §2º do artigo 103.

Registre-se, ademais, que se o indivíduo tiver proposto uma ação individual, antes do ajuizamento da ação coletiva, e quiser se beneficiar de eventual sentença de procedência da última, terá que requerer, para tanto, a suspensão de seu processo individual. Em tal hipótese, poderá o indivíduo, a sua escolha: dar prosseguimento a sua ação individual, correndo o risco de seu pedido individual ser julgado improcedente e não poder ser beneficiado pela sentença coletiva ou, então, poderá requerer a suspensão do seu processo individual para que, posteriormente, possa se beneficiar da sentença coletiva em caso de procedência. Cabe

destacar, que a supracitada suspensão do processo individual, deverá ser requerida em até trinta dias contados da ciência do ajuizamento da ação coletiva, conforme artigo 104 do Código de Defesa do Consumidor.⁵⁸

Logo, para os direitos individuais homogêneos, a disposição normativa do artigo 103 impõe a produção *secundum eventum litis* da coisa julgada, já que ela só se formará quando o resultado for favorável à coletividade, ressalvando a possibilidade de serem propostas novas ações.

Contudo, não obstante toda a disposição normativa delineada, relativa, primordialmente, aos limites subjetivos da coisa julgada coletiva, subsistem divergências quando ao modo de produção do instituto nas demandas coletivas, em outras palavras, diverge a doutrina, no que tange a constatação se a imutabilidade do conteúdo da decisão judicial depende diretamente do resultado da lide ou da suficiência probatória conduzida pelo legitimado ativo, representante da coletividade.

Fredie Didier Júnior e Hermes Zaneti Júnior ao tratarem do assunto estabelecem que, seja a decisão de procedência ou seja ela de improcedência, mas desde que produzida com esgotamento de prova, estará apta a tornar-se indiscutível no âmbito coletivo, impossibilitando a repositura por quem quer que seja. Em outros termos, dispõem que “não é correto, portanto, dizer que a coisa julgada coletiva é estritamente *secundum eventum litis*, o que é segundo o resultado do litígio é a sua extensão, apenas para beneficiar os titulares dos direitos individuais”⁵⁹. Desse modo, entendem os autores que, no processo coletivo, a coisa julgada é *secundum eventum probationes*, e, apenas quanto à extensão subjetiva, ela é *secundum eventum litis*, já que influenciará na esfera individual. Compartilha de tal entendimento, Antônio Gidi⁶⁰.

⁵⁸ Importante ressaltar a jurisprudência do STJ, admitindo a suspensão de ofício das ações individuais: REsp 1.353.801/ RS, STJ Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, data do julgamento 14/08/2013, “RECURSO REPETITIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. AÇÃO COLETIVA. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. piso salarial profissional nacional para os profissionais do magistério público da educação básica, nos termos da Lei nº 11.738/08. SUSTAÇÃO DE ANDAMENTO DE AÇÕES INDIVIDUAIS. POSSIBILIDADE. 1. Segundo precedentes deste Superior Tribunal, “ajuizada ação coletiva atinente a macrolide geradora de processos multitudinários, suspendem-se as ações individuais, no aguardo do julgamento da ação coletiva”. (v.g.: REsp 1110549/RS, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, Segunda Seção, julgado em 28/10/2009, DJe 14/12/2009). 2. Este STJ também compreende que o posicionamento exarado no referido REsp1.110.549/RS, “não nega vigência aos arts. 103 e 104 do Código de Defesa do Consumidor; com os quais se harmoniza, atualizando-lhes a interpretação extraída da potencialidade desses dispositivos legais ante a diretriz legal resultante do disposto no art. 543-C do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei dos Recursos Repetitivos (Lei n. 11.672, de 8.5.2008). 3. Recurso Especial conhecido, mas não provido”.

⁵⁹ DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *op. cit.*, p. 337.

⁶⁰ GIDI, Antônio Carlos Oliveira. **Coisa julgada e litispendência nas ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 73.

José Rogério Cruz e Tucci, por sua vez, assevera que no processo coletivo, o regime não é diferente daquele que incide no âmbito da tutela individual, já que os efeitos da sentença e a extensão da coisa julgada produzem-se normalmente, seja na hipótese de acolhimento da pretensão, seja na de rejeição, obstando à propositura de outra ação coletiva com idênticos elementos. Contudo, ressalta o autor a importância da verificação pelos Juízes do comportamento do legitimado, representante do grupo, na condução processual para que a garantia do devido processo legal não seja violada⁶¹.

De se ver, portanto, que o prosseguimento pelo legitimado ativo, representante da coletividade, de uma ação coletiva acaba por gerar repercussões para todo um grupo, que suportarão os efeitos do comando jurisdicional (limites subjetivos) mesmo sem ter participado do processo, como ocorre nas ações individuais.

Logo, a falta de critérios para a devida aferição da legitimidade ativa coletiva em consonância com os interesses fundantes da tutela coletiva, impõe um grave risco para a coletividade. Desse modo, essa ausência deve ser suprida pela harmonização do instituto da legitimação e do instituto da coisa julgada com a lógica da tutela coletiva, impondo, para tanto, a adoção do controle da representatividade adequada nesse âmbito.

⁶¹ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 654-659.

3 A IMPORTÂNCIA DA REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA NO PROCESSO COLETIVO DIANTE DA EXTENSÃO DOS LIMITES SUBJETIVOS DA COISA JULGADA.

3.1 Noções iniciais

Após a análise dos institutos da legitimação *ad causam* e da coisa julgada, chega-se a seguinte questão, tema do presente trabalho: qual a importância da representatividade adequada no processo coletivo diante da extensão dos limites subjetivos da coisa julgada?

Conforme explicitado, a legitimidade prevista nas ações coletivas, vai muito além do arcabouço previsto para as ações individuais, em que a conexão entre a relação jurídica de direito material e a de direito processual é claramente aferível. Há, nesse âmbito, para fins de aferição da legitimidade, um esvaziamento da importância conferida à titularidade do direito material e a conseqüente valorização de outras apreensões que objetivam à garantia do dito direito material.

Nesse sentido, diversas teorias surgem no âmbito jurídico para explicar a importância da representação do interesse de terceiros na ação coletiva, já que esse representante atuará em prol de um interesse jurídico pertencente não apenas à um só membro da coletividade, senão a todos eles.

Ademais, tomando por base que os membros da coletividade serão, em alguns casos, obrigados pela decisão prolatada na ação coletiva, dada a extensão dos limites subjetivos da coisa julgada, a atuação do representante institucionalizado por lei, não deve ser menos que a melhor e a mais eficiente.

Assim, sendo o autor da demanda coletiva considerado um idôneo representante dos interesses de todo o grupo, não há que se discutir entre modos de produção de coisa julgada nesse âmbito, já que a coisa julgada poderá vincular a todos, independentemente da decisão judicial produzida.

Propõe-se, portanto, no presente capítulo, a análise de tais controvérsias, procedendo-se a harmonização dos institutos da legitimidade *ad causam* e da coisa julgada, com os contornos delineados pela representatividade adequada, prevista no ordenamento americano, com o fito de demonstrar os diversos benefícios à efetividade processual e a garantia dos

interesses da coletividade, consagrando o real conceito da representatividade no processo coletivo, conforme se demonstrará alhures.

3.2 A importância do controle da representatividade adequada

Os modelos de legitimação coletiva previstos nos mais diversos ordenamentos acabam por refletir as peculiaridades históricas e jurídicas que cada um deles enfrentam, ressaíndo, daí, o estágio de desenvolvimento das ações coletivas. O ponto central, contudo, em todos eles, diz respeito à atuação do representante, que deverá ser adequada, diante da extensão subjetiva do julgado.

Válido ressaltar que as bases de sistemas como o do direito americano, bem como do direito inglês, embora pertencentes a um sistema de *Common Law*, acabam por sentir alguns reflexos dos institutos pertencentes ao sistema de *Civil Law*, conforme se verá.

Nesse sentido, adotar-se-á no presente capítulo, como paradigma, consoante supracitado, o controle de legitimidade previsto no ordenamento americano, cuja ação coletiva, também denominada *class action*, é considerada a mais desenvolvida entre as demais, tendo sido o instituto importado para o país no século XIX. Ressalte-se que o uso de tal paradigma não visa a importação para o direito brasileiro de soluções desse ordenamento, mas apenas a construção de estruturas que possibilitem uma reavaliação do nosso sistema coletivo, com a tentativa de correção de suas falhas e inadequações.

Nos EUA, a representação coletiva foi inicialmente tratada pelos estudos realizados por Joseph Story, juiz da Suprema Corte norte-americana. Sua influência no tocante ao tema, foi responsável pela elaboração da *Equity Rule 48*, uma das primeiras normas relativas às demandas coletivas, cuja regulação ocorreu do ano de 1842 a 1912. A regra previa a impossibilidade de extensão subjetiva da coisa julgada aos interessados ausentes, diante de uma decisão que não lhes fosse favorável, fazendo com que a participação de tais indivíduos na demanda, na condição de litisconsortes, não fosse algo obrigatório.⁶²

Contudo, a *Equity Rule 48* acabou substituída pela regra 23 da *Federal Rules of Civil Procedure*, possibilitando a ampliação do leque de direitos protegidos pela *class action*. Não obstante essa reformulação, a regra deu causa a infundáveis questionamentos sobre a

⁶² GUEDES, Clarissa Diniz, *op.cit.*, p.47.

aplicabilidade de suas disposições no âmbito das ações coletivas. Assim, em 1966, especialistas norte-americanos que integravam a *Advisory Committee on Civil Rules* propuseram uma alteração substancial na redação da regra 23, disciplinando que a coisa julgada atingisse, não obstante o resultado final da demanda, a todo o grupo, dando ênfase, entretanto, ao instituto da representação adequada como pressuposto para o processamento das ações coletivas.

A atual redação da regra 23 estabeleceu, nesse sentido, novas diretrizes para o processamento das *class action*, incluindo, aí, a observância de requisitos gerais e de requisitos específicos, sob pena da ação de classe ser convertida em várias ações individuais.

Nesse sentido, assevera Clarissa Diniz Guedes em trecho de sua obra ⁶³:

A atual redação da Regra 23 segue os seguintes passos: primeiramente apresenta os requisitos básicos que devem estar presentes na classe litigante e em seus representantes (*numerosity, commonality, typicality, adequacy of representation*); em seguida, a alínea delinea três categorias de class actions, numa das quais a classe deve se enquadrar; e por fim, trata do procedimento propriamente dito, dos requisitos à *fair notice* e à representatividade adequada, da abrangência da coisa julgada, dos recursos, das hipóteses de *opt out*, da possibilidade de solução consensual e dos honorários advocatícios.

Como se percebe, a representatividade adequada, ou *adequacy representation*, segundo denominação originária, torna-se no sistema jurídico americano, um pré-requisito específico de certificação da demanda coletiva, sendo decorrência do princípio do devido processo legal. É dizer, que ela representa um controle qualitativo a ser realizado pelo juiz da causa (*ope judicis*), antes de dar prosseguimento à ação coletiva, para a averiguação se o legitimado ativo possui real capacidade de conduzi-la, respeitando os direitos das pessoas ausentes no polo da relação processual.

Tal instituto parte da premissa de que, uma vez que toda a coletividade ou todo o grupo, por uma impossibilidade numérica, não podem figurar no polo ativo da demanda e serem ouvidos em juízo, mas poderão sofrer uma restrição legal, o representante da classe deve ter uma atuação eficiente e leal que supra tal ausência, correspondendo, portanto, aos

⁶³ GUEDES, Clarissa Diniz, *op.cit.*, p.40.

desígnios almejados pelo grupo. Essa atuação adequada, assim, dotará a decisão judicial de legitimidade, podendo, por óbvio, obrigar a todos.

Sobre a importância da representatividade adequada, destaca Eduardo Scarparo em trecho de sua obra⁶⁴:

O desenvolvimento do processo coletivo não demanda unicamente uma convicção rápida e segura do juízo, mas também a participação e a criação de realidades justas e democráticas. Para se ter segurança e credibilidade em decisões vinculativas de uma coletividade um representante em patamar de excelência é indispensável.

É de se destacar que, no sistema americano, o controle da adequada representatividade é efetuado pelo juiz da causa, sendo nessas circunstâncias *ope judicis*, prescindindo de qualquer previsão de um rol taxativo para a determinação do representante da classe, indo de encontro, portanto, ao sistema *ope legis* brasileiro. Ele é realizado, no momento em que ação é reconhecida como uma ação de classe, chamado de *class certification*, bem como em todo o trâmite processual, possibilitando que, assim, o controle da atuação do representante seja um pressuposto inafastável para o desenvolvimento idôneo da ação coletiva.

Essa atuação ativa do juiz da causa no desenvolvimento da demanda coletiva parte da premissa de que, estando ele em contato direto com a causa e com as partes processuais, sua capacidade de aferição qualitativa da atuação do legitimado ativo torna-se superior a qualquer outro critério, incluindo, aí, a própria disposição da norma legal ao prever taxativamente quem são os legitimados para a condução da ação coletiva, escusando qualquer controle prévio do magistrado. Em algumas hipóteses, contudo, conforme destacado no capítulo 1 do presente trabalho, a presunção legal de legitimidade adequada não se presta ao fundamento que embasa a legitimação coletiva.

Nesse sentido, cabe averiguar se não seria o caso de seguir os passos dos norte-americanos, aplicando também esse controle ao sistema brasileiro.

No ordenamento brasileiro, torna-se um contrassenso admitir que o juiz, uma vez investido da sua atividade jurisdicional e inserido nos parâmetros estabelecidos no Estado Democrático de Direito, nada possa fazer diante de uma demanda conduzida de forma inadequada, inidônea e irresponsável pelo legitimado ativo, representante da classe, cuja decisão judicial, alcançada ao final, atingirá, na maioria das vezes, um número indeterminado

⁶⁴ SCARPARO, Eduardo. **Controle da representatividade adequada em processos coletivos no Brasil**. Revista de Processo, nº 208, p.125, jun/2012.

de pessoas, porque a previsão dos legitimados na ação coletiva é uma tarefa exclusiva do legislador. Ora, colocar a mera legalidade acima de qualquer outro critério para aferição do representante da coletividade, faz com que a tutela coletiva se desvincule de qualquer objetivo de justiça, bem como faz com que a legitimidade *ad causam* deixe de refletir os anseios sociais, priorizando os direitos e garantias do grupo.

Por certo, em muitas hipóteses, devido a inadequação do representante, o desenvolvimento da demanda coletiva será comprometido. São claros os casos em que o representante da coletividade se abstém de produzir as provas necessárias para a condução do feito, ou se restringe a uma atuação extremamente descuidada na condução da formulação destacada na peça exordial, com a elaboração de peças processuais inadequadas, bem como a perda negligente dos prazos processuais. Tal atuação, levará inevitavelmente ao insucesso da demanda coletiva, afrontando os interesses do grupo.

Ademais, não só as hipóteses de improcedência da ação coletiva prejudicarão a coletividade, já que, até mesmo nos casos de procedência, a extensão da coisa julgada poderá atentar contra os interesses da coletividade. É certo que, sendo o legitimado ativo coletivo inadequado, poderá ele defender em juízo interesses secundários, ligados a aspirações políticas e financeiras que não guardam qualquer compatibilidade com os interesses do grupo. Nesse caso, ainda que formalmente se intitule um “representante de classe”, em nada contribuirá para a defesa dos interesses dos representados.

Nesse prisma, não há que se falar que as demandas coletivas só serão aptas a produção da coisa julgada segundo o resultado da lide (direitos individuais homogêneos), já que consoante enfatizado no item 2.1.4, a suficiência do acervo probatório levado a efeito pelo legitimado, ainda que na hipótese de improcedência da decisão judicial, produzirá sim coisa julgada material (direitos difusos e coletivos), inviabilizando, portanto, o resultado almejado na decisão coletiva. Certo é que os direitos individuais ainda poderão ser tutelados em ações próprias, mas a ocorrência da coisa julgada formal e material no plano coletivo, obstará a propositura de ações coletivas idênticas à já julgada, fazendo com que o objetivo almejado na demanda de classe, qual seja, a resolução de múltiplos conflitos em uma única lide, caia por terra, prejudicando, sobremaneira, a celeridade e a efetividade processual.

Vê-se, portanto, que em todos esses casos, a coletividade ficará privada do uso da ação de classe, tendo em vista a ocorrência da coisa julgada material, de maneira que um resultado injusto lhes será estendido, fruto da atuação inadequada do representante legal.

Outra questão a ser enfrentada diz respeito à observância do devido processo legal.

Eduardo Cândia⁶⁵, em interessante raciocínio, destaca, em contraposição ao entendimento aqui defendido, a impossibilidade de controle da representatividade adequada no sistema jurídico brasileiro, uma vez que o controle *ope legis* corresponde aos parâmetros estabelecidos pelo princípio do devido processo legal, devendo, portanto, permanecer. Coloca o autor dentre os seus argumentos:

(b) ainda que não de forma ideal, a regra atual atende suficientemente ao devido processo legal, até porque, mesmo no sistema que admite o controle pelo Poder Judiciário, não há garantia de que o exame em concreto da representação adequada e o devido processo legal sempre serão realizados da melhor maneira, muito menos se poderá afirmar ser definitiva a decisão que examinou a representação adequada;

Com efeito, quanto a tal entendimento vale tecer algumas considerações.

O princípio do devido processo legal, nas lições de Humberto Theodoro Júnior⁶⁶, está, atualmente, interligado à noção de processo justo, ressaíndo daí, a importância de se buscar a melhor prestação jurisdicional possível, para que os desígnios de direito material sejam alcançados. Dessa forma, além do seu aspecto formal, concretizado na observância de garantias constitucionais, como o juiz natural, o acesso à justiça, o juiz competente, a ampla defesa e o contraditório, passa ele a possuir, ainda, um aspecto substancial.

A par dessas informações e transpondo-as para o plano coletivo, Fredie Didier Júnior e Hermes Zaneti Júnior⁶⁷ destacam que, nesse âmbito, o devido processo legal acaba por possuir novos contornos. Segundo os autores, o princípio aqui se torna, ainda, uma cláusula geral, coordenando e harmonizando diversas outras garantias processuais e procedimentais, incluindo aí a adequada representação. Com isso, é fácil a constatação de que a má atuação do representante vai de encontro a essa garantia, impossibilitando a manifestação da coletividade no processo e infringindo, portanto, a ampla defesa e o contraditório.

Ademais, a não aplicabilidade do controle judicial concreto da representatividade adequada sob a alegação “de que ele pode não funcionar”, em nada contribui para a evolução do sistema jurídico.

⁶⁵ CÂNDIA, Eduardo. **A representação adequada no direito processual civil coletivo brasileiro e o controle judicial em cada caso concreto: uma abordagem de lege lata**. Revista de Processo, nº 202, p.419, dez/2011.

⁶⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *op. cit.*, p. 26.

⁶⁷ DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes, *op.cit.*, p. 102.

Nesse sentido, se manifestou Antônio Gidi ⁶⁸:

A garantia constitucional do devido processo legal assegura que ninguém seja privado de seus bens sem ser ouvido em juízo (*opportunity to be heard, right to be heard, day in court*). A *adequacy of representation* é um corolário da garantia constitucional do devido processo legal, sendo considerada suficiente para satisfazer a garantia da oportunidade de ser ouvido para todos os membros do grupo.

Sob esse ponto de vista, torna-se nítido que é no caso concreto que a adequação da representatividade deve ser verificada, compatibilizando a legitimidade *ad causam* às circunstâncias fáticas que a circundam, evitando, assim, que uma visão prévia e absoluta de que os legitimados vão agir com seriedade e rigor represente um prejuízo aos direitos tutelados em sede coletiva.

Nesse caso, verificando o juiz que a atuação do representante é questionável, deve ele, assim como nas *class action* americanas, analisar a sua pertinência para a defesa dos interesses *sub judice*. Em outras palavras, deve o magistrado brasileiro adotar uma nova postura para a garantia dos interesses metaindividuais, sob pena de se tornar inócuo o instrumento processual, inviabilizando a justiça da decisão.

Resta claro, portanto, que o controle judicial da representatividade adequada no sistema brasileiro, tal qual feito no ordenamento americano atua em prol do interesse público, favorecendo toda a coletividade ao facilitar a observância de garantias constitucionais, bem como a vinculação a uma decisão justa.

3.2 Tendências a aplicação do controle da representatividade adequada no ordenamento brasileiro

Consoante enfatizado, não obstante a nova ótica imposta aos institutos processuais pelas ações coletivas, bem como a sua importância na tutela dos interesses supraindividuais, o

⁶⁸ GIDI, Antônio Carlos Oliveira. **As class action como instrumento de tutela coletiva de direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.99.

que se denota é uma grande fragmentação normativa no que tange ao tema da representatividade adequada.

Se é certo que o ordenamento jurídico brasileiro consagra que os entes taxativamente previstos na lei são aptos à garantia dos direitos coletivos *lato sensu*, priorizando sobremaneira o controle *ope legis* da representatividade adequada, certo é, também, que ainda que os tribunais pátrios não admitam explicitamente o controle *ope judicis* desta representação, como no ordenamento americano, vêm o exercendo continuamente.

Com efeito, a necessidade de adequação entre os interesses tutelados via demanda coletiva e os objetivos institucionais do legitimado ativo, representante da coletividade, fizeram com que as cortes nacionais passassem a exigir, nesses casos, um requisito denominado pertinência temática⁶⁹. Carolina Gallotti⁷⁰ estabelece, em trecho de sua obra, que a pertinência temática “pode ser entendida como a correlação ou adequação existente entre o interesse que se busca tutelar e as finalidades institucionais do legitimado”, sendo vista por alguns como a própria representatividade adequada.

Nesses casos, a despeito de previsão legal dos legitimados ativos, é feito um controle no caso concreto para aferir se o objetivo buscado pelo representante é legítimo para dotá-lo de aptidão para seguir com a ação coletiva, afastando-se muitas previsões estatutárias genéricas que não guardam qualquer relação com a causa⁷¹.

⁶⁹ STF, Tribunal Pleno, ADI 1282 QO/SP, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 06/12/2001; STF, Tribunal Pleno, ADI 3059 RS, Rel. Ministro Carlos Britto, DJ 15/04/2004; STF, Tribunal Pleno, ADI 4554 AgR / MS, Rel. Ministra Carmem Lúcia, DJ 07/10/2015

⁷⁰ GALLOTTI, Carolina, *op. cit.*, p. 168.

⁷¹ Adota o entendimento supra: AgRg nos EDcl nos EDcl no REsp 1150424 / SP, STJ, 1ª Turma, Rel. Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª região), data do julgamento: 10/11/2015, conforme se infere da ementa colacionada: “AGRAVO REGIMENTAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÕES COLETIVAS.LEGITIMIDADE. ASSOCIAÇÃO. CONDIÇÃO INSTITUCIONAL NÃO PREENCHIDA.1. No que tange à titularidade da ação coletiva, prevalece a teoria da representação adequada proveniente das class actions norte-americanas, em face da qual a verificação da legitimidade ativa passa pela aferição das condições que façam do legitimado um representante adequado para buscar a tutela jurisdicional do interesse pretendido em demanda coletiva. 2. A LACP (art.5º) legitima não apenas órgãos públicos à defesa dos interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos. Também as associações receberam tal autorização. No entanto, contrariamente aos demais habilitados, possuem (as associações) legitimação condicionada.3. O exercício do direito de ação por parte das associações demanda o cumprimento de condições: (i) a condição formal, que exige constituição nos termos da lei civil; a (ii) condição temporal, referente à constituição há pelo menos um ano; e (iii) a condição institucional, que exige que a associação tenha dentre os seus objetivos estatutários a defesa do interesse coletivo ou difuso. 4. As associações que pretendem residir em juízo na tutela dos interesses ou direitos metaindividuais devem comprovar a chamada pertinência temática. Cumpre-lhes demonstrar a efetiva correspondência entre o objeto da ação e os seus fins institucionais. 5. A agravante não observa o requisito da representatividade adequada, consubstanciado na pertinência temática, visto que seu objetivo primordial é atuar em defesa de bares e restaurantes da Cidade de São Paulo. A previsão genérica estatutária de defesa dos interesses do setor e da sociedade não a legitima para a ação coletiva. 6. Agravo regimental não provido”.

Até mesmo o Ministério Público, cuja atuação prepondera em termos numéricos em relação aos demais legitimados, acaba, muitas vezes, sujeito ao controle da representatividade, no que se relaciona à relevância do interesse social que defende, bem como à sua finalidade institucional, no teor do disposto no artigo 127 da Constituição Federal⁷².

Vê-se, assim, que a presença do critério da pertinência temática no ordenamento brasileiro, contribui sobremaneira para o controle da representatividade nas demandas coletivas, haja vista que possibilitará que a defesa dos interesses supraindividuais seja exercida por alguém que tenha conhecimento e contato com a matéria posta em litígio, e não por um legitimado completamente alheio ao tema.

Ademais, oportuno ressaltar que essa afirmação do controle judicial da representatividade adequada no sistema jurídico brasileiro não ocorre apenas a partir do critério da pertinência temática.

Com efeito, destaca-se aqui a disposição constante no artigo 82, §1º do Código de Defesa do Consumidor⁷³. Consoante explicitado no capítulo 1 do presente trabalho, os diplomas normativos foram expressos ao exigir das associações a constituição há pelo menos um ano e que incluam entre as suas finalidades a defesa dos interesses a serem protegidos na demanda coletiva. Contudo, em certas hipóteses, previstas no dispositivo supracitado, o requisito da pré-constituição dos entes não-estatais poderá ser afastado pelo juiz. Nesses casos, havendo manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do

⁷² Adota o entendimento supra: REsp 1480250 / RS, STJ, 2ª Turma, Rel. Ministro Herman Benjamin, data do julgamento: 18/08/2015, conforme se infere da ementa colacionada: “PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LIBERAÇÃO DO SALDO DA CONTA DO PIS/PASEP NA HIPÓTESE DE INVALIDEZ PERMANENTE. LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO RECONHECIDA. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. TUTELA COLETIVA. MINISTÉRIO PÚBLICO. INTERESSE DE AGIR. RELEVANTE INTERESSE À COLETIVIDADE. VIABILIDADE. 1. Trata-se, na origem, de Ação Civil Pública contra a União, objetivando provimento judicial que garanta a liberação do saldo das contas PIS/PASEP a seus titulares na hipótese de invalidez de seu titular, compreendendo como inválido aquele incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, independentemente da obtenção de aposentadoria por invalidez ou benefício assistencial, bem como a liberação do saldo das contas PIS/PASEP ao titular quando ele próprio ou quaisquer de seus dependentes for acometido das doenças ou afecções listadas na Portaria Ministerial MPAS/MS 2998/2001. (...) 4. A jurisprudência do STF e do STJ assinala que, quando se trata de interesses individuais homogêneos, a legitimidade do Ministério Público para propor Ação Coletiva é reconhecida se evidenciado relevante interesse social do bem jurídico tutelado, atrelado à finalidade da instituição, mesmo em se tratando de interesses individuais homogêneos disponíveis (...) Assim, necessário observar que, no caso concreto, o interesse tutelado referente à liberação do saldo do PIS/PASEP, mesmo se configurando como individual homogêneo, segundo disposto na Lei 8.078/1990, se mostra de relevante interesse à coletividade com um todo, tornando legítima a propositura de Ação Civil Pública pelo Parquet, visto que subsume aos seus fins institucionais. 6. Recurso Especial não provido”.

⁷³ Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente (...) § 1º O requisito da pré-constituição pode ser dispensado pelo juiz, nas ações previstas nos arts. 91 e seguintes, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido, as associações poderão figurar no polo ativo da demanda coletiva independentemente desse requisito.

Tal hipótese, acaba por excepcionar a regra geral de legitimação coletiva, possibilitando que o juiz analise as circunstâncias do caso concreto para verificação da exigência ou não do requisito da pré-constituição para as associações. Ela representa assim, verdadeiro controle *ope judicis* da representatividade.

Oportuno ressaltar, ainda, que esse controle judicial da representatividade adequada, bem como a sua incidência como pressuposto à legitimação de classe, foi afirmado nos projetos de código de processos coletivos que partiram do Instituto Brasileiro de Direito Processual e do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual⁷⁴. No Brasil, entretanto, o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos acabou substituído pelo Projeto de Lei 5.139/2009, que regulamentou a ação civil pública, excluindo de suas disposições o controle *ope judicis* da representatividade adequada⁷⁵.

É certo, portanto, que a afirmação do controle judicial da representatividade adequada no ordenamento brasileiro torna-se plenamente viável, seja pela sua necessária indissociação da legitimidade de classe e pelo fato do próprio ordenamento, ainda que implicitamente, já prever mecanismos para a sua efetivação, seja pela importância da dimensão social de tutela e reconhecimento dos interesses coletivos, bem como pela garantia dos princípios constitucionais, cuja aplicação é imediata.

3.4 Critérios para aferição da representatividade adequada no ordenamento brasileiro

Outra questão a ser enfrentada esbarra na importância de definição de critérios para que o magistrado possa aferir a adequação do legitimado ativo para a defesa em juízo dos interesses coletivos *lato sensu*.

Com efeito, se uma das defesas do presente trabalho cinge-se na importância da prática do controle da representatividade adequada, enquanto instrumento de aferição da legitimidade coletiva, como ocorre nas *class actions* do direito americano, cuja

⁷⁴ Disponível em: <http://www.direitoprocessual.org.br>

⁷⁵ Disponível no endereço eletrônico da Câmara dos Deputados. A propósito, até a elaboração desse trabalho o projeto estava, aguardando deliberação do recurso na Mesa Diretora da Câmara dos Deputados.

regulamentação se dá pela regra 23 da *Federal Rules of Civil Procedure*, anexo A, necessário se faz a fixação dos supracitados critérios.

Para tanto, a análise da legitimidade será feita no plano abstrato da lei e no plano concreto⁷⁶.

Primeiramente, deverá ser verificada a existência de autorização legal do legitimado ativo para promover em juízo a defesa em nome dos titulares do direito metaindividual. Isso quer dizer, que o representante deverá ser autorizado pelo legislador para agir em defesa dos direitos afirmados em sede processual, sob pena de faltar na demanda coletiva um requisito básico de sua constituição, qual seja, a legitimidade *ad causam*.

Registre-se, que, muito embora deva se reconhecer a não taxatividade do rol dos legitimados coletivos previstos no código consumerista e na disposição legal da ação civil pública, possibilitando a máxima efetividade desses direitos, tal fato não afasta o controle de atuação dos entes, muito menos a necessária observância das finalidades de cada ação coletiva.

Uma vez aferida essa autorização legal passa-se à segunda etapa. Nela, se verificará, no plano concreto, a capacidade do representante defender de maneira vigorosa os interesses da classe, mediante a observância de critérios pré-determinados. Em outras palavras, nesse ponto da ação coletiva, se analisa efetivamente a representatividade adequada, sendo, nessa conjuntura, a etapa mais importante.

Assim, em observância às cautelas necessárias para cada tipo de ação coletiva, posto que podem envolver objetos diversos, com amplitudes diversas, deverá o legislador fixar critérios amplos e flexíveis, fazendo uso de conceitos abertos para possibilitar a melhor atuação possível do magistrado em cada processo coletivo que atuar, bem como para não representar um entrave ao próprio acesso à justiça.

Nesse sentido, destaca-se que não há um escalonamento *in abstracto* de níveis de adequação do representante, já que é no caso concreto que essa exigência será aferida, mediante análise do objeto da causa coletiva. Tal objeto, a título exemplificativo, pode envolver desde uma poluição do ar por fumaça tóxica a nível local, causado por indústria química de pequeno porte, bem como uma poluição do ar a nível nacional, causado por indústria química de grande renome no país. Ora, a poluição atmosférica causada devido a um desequilíbrio fruto de causas artificiais como a atuação do homem, demandará, sem sombra de dúvidas, medidas para solução dos problemas. Contudo, tais medidas terão proporção muito

⁷⁶ DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes, *op.cit.*, p. 188.

maior na poluição nacional, o que demandará um conhecimento mais aprofundado do representante coletivo.

Sendo assim, para cada ação coletiva um modelo de representante será necessário, de modo que se esse controle será feito a partir dos critérios legais previamente fixados e discricionariamente aplicados pelo juiz da causa que está próximo ao caso e pode determinar o nível de adequação de acordo com a lide que se depara.

Esses critérios, além da já citada pertinência temática no item 3.4 desse capítulo, bem como a observância de princípios constitucionais, em especial, a garantia do devido processo legal, também já destacada, devem envolver, como mencionados em muitos estatutos ibero-americanos, a credibilidade, a capacidade, o prestígio e a experiência do legitimado. Tudo isso, atrelado ao fato de que as suas escolhas devem estar sempre voltadas à garantia de direitos fundamentais dos indivíduos que representa, pautadas, assim, em critérios de proporcionalidade e razoabilidade.

Válido destacar, nesse prisma, o disposto no Código Modelo de Processos Coletivo para a Ibero-América⁷⁷, bem como a norma legal constante do Anteprojeto de Código brasileiro de Processos Coletivos, de autoria do Instituto Brasileiro de Direito Processual:

Par. 2º. Na análise da representatividade adequada o juiz deverá analisar dados como:

a – a credibilidade, capacidade, prestígio e experiência do legitimado;

b – seu histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos dos membros do grupo, categoria ou classe;

c – sua conduta em outros processos coletivos;

d – a coincidência entre os interesses dos membros do grupo, categoria ou classe e o objeto da demanda;

e – o tempo de instituição da associação e a representatividade desta ou da pessoa física perante o grupo, categoria ou classe.

Art.20. Legitimação. São legitimados concorrentemente à ação coletiva:

I – qualquer pessoa física, para a defesa dos interesses ou direitos difusos, desde que o juiz reconheça sua representatividade adequada, demonstrada por dados como:

a – a credibilidade, capacidade e experiência do legitimado;

b – seu histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos difusos e coletivos

c – sua conduta em eventuais processos coletivos em que tenha atuado;

⁷⁷ Disponíveis em: <http://www.direitoprocessual.org.br>

Vê-se a partir do texto do anteprojeto, embora não acolhido no ordenamento jurídico brasileiro, que critérios flexíveis foram estabelecidos para a verificação da representatividade, possibilitando que a consolidação do controle *ope judicis* da representação de classe fosse exercida com responsabilidade pelo titular da posição.

É de se enfatizar que, a despeito da frágil previsão no ordenamento brasileiro, o controle dessa representatividade, na regra 23⁷⁸ do ordenamento americano, é considerado o mais importante requisito de admissibilidade. Nela, não obstante a noção de responsabilidade posta na atuação do representante em relação aos interesses da coletividade, foca-se, sobretudo, na verificação pelo juiz se o legitimado, bem como o seu advogado, possuem recursos suficientes para manter uma tutela adequada, de modo que essa adequação é verificada antes da certificação e depois dela.

Nesse contexto, a regra americana confere ampla liberdade ao juiz na tarefa de controlar a adequação de ofício do representante, em todas as fases do processo, podendo este, até mesmo, considerar qualquer matéria pertinente à habilidade do legitimado, no caso concreto, para aferição da representação adequada dos interesses da classe.

Pode se concluir que, ainda que no ordenamento brasileiro as ações coletivas não possuam o destaque e a consolidação normativa que possui as *class action* no direito estadunidense, o uso do supracitado raciocínio, com a observância dos critérios apontados, contribui de maneira substancial para se garantir a adequada representação da coletividade, bem como para viabilizar a evolução do instituto. Além do mais, garante-se que a representatividade seja um elemento vinculado à *legitimação ad causam*.

3.5 Repercussão processual da adoção da representatividade adequada no instituto da coisa julgada.

Conforme demonstrado, as garantias do devido processo legal permanecem, como no âmbito individual, vivas no âmbito coletivo, ressaíndo delas a importância da ampla defesa, do contraditório, da efetividade processual, bem como a indispensabilidade de um processo justo. Tal formação conduz à adequada representação, possibilitando uma atuação ativa do

⁷⁸ Disponível em: http://www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule_23

juiz na lide com a qual se depara, já que, estando próximo aos detalhes do caso concreto, poderá proferir uma decisão justa que observe os direitos e interesses inerentes ao caso.

Esse controle da representatividade adequada do legitimado para a defesa dos direitos e interesses coletivos *lato sensu*, apresenta grande repercussão no âmbito processual coletivo, sobretudo, conforme se defende no presente trabalho, no instituto da coisa julgada, especificamente em seus limites subjetivos e em seu modo de produção.

Com efeito, muito se afirma que diante de um processo coletivo, cuja representação dos interesses da classe não foi devidamente exercida, não se pode falar em reconhecimento do efeito vinculante da coisa julgada aos membros ausentes, já que inexistiu representação em seu sentido substancial. Em contrapartida, estando diante de uma adequada representação, cujos membros ausentes foram verdadeiramente defendidos em sede judicial coletiva, serão eles obrigados pela decisão proferida para efeito de coisa julgada, seja ela de procedência ou não.

Partindo dessa premissa, bem como da análise do ordenamento jurídico brasileiro já realizada nesse trabalho, resta nítido que nosso sistema processual, no que tange à coisa julgada, não apresenta características que denotem que o processo coletivo tramitou com base em uma adequada representação, respeitando o devido processo legal e, principalmente o interesse dos legitimados.

Da análise já realizada no capítulo 2 do presente trabalho, viu-se que de acordo com o artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor, prevê o legislador que a coisa julgada coletiva, quanto a seu modo de produção, poderá operar *secundum eventum litis* ou *secundum eventum probationes*, a depender do direito posto em litígio. Certo é, que esses modos de produção não passam de válvulas de escape, postas no sistema jurídico brasileiro, para se mitigar os efeitos de decisões judiciais inadequadamente conduzidas e sem qualquer controle pelo juiz da causa.

Na hipótese da coisa julgada se formar *secundum eventum probationes*, é evidente que o processo foi conduzido por um representante sem o mínimo de comprometimento com a causa, haja vista que nem mesmo o acervo probatório que produziu foi considerado suficiente para a clareza das questões postas em juízo. Nesse sentido, a regra segundo o qual a demanda poderá ser reproposta com novas provas, afasta em muito a celeridade processual e a própria efetividade do processo.

Ademais, no modo de produção *secundum eventum litis*, mitiga-se os efeitos da decisão judicial, apenas para que aqueles que não foram devidamente representados no processo coletivo, não se prejudiquem, afrontando claramente qualquer ganho de economia

processual, já que haverá a proliferação de inúmeras demandas coletivas e individuais posteriormente baseadas num mesmo substrato fático.

Como se vê, a coisa julgada é pensada para um processo coletivo em que não há um mínimo de garantias de que a coletividade será devidamente ouvida em juízo e representada em seus interesses. Em outras palavras, o instituto da coisa julgada é pensado em um processo sem o mínimo de controle pelo juiz da causa da representatividade adequada dos direitos metaindividuais, constituindo a demanda coletiva apenas uma primeira chance de se discutir um direito em sede judicial.

Nesse diapasão, a harmonização dos institutos da legitimidade *ad causam* e da coisa julgada, com os contornos delineados pela representatividade adequada, prevista no ordenamento americano, conforme razões já expostas, é o melhor a se fazer.

Partindo-se da premissa de que a demanda coletiva é manejada e conduzida por um representante adequado, observando o devido processo legal, com contraditório e ampla defesa plenos, bem como priorizando a garantia dos interesses da coletividade, a discussão relativa aos modos de produção da coisa julgada cairia por terra. Ora, nesse caso, não haveria óbice para que a coisa julgada coletiva se processasse como a coisa julgada individual e como a coisa julgada no direito americano. Em outras palavras, a coisa julgada se formaria *pro et contra*, não havendo razões para discutir entre efeitos favoráveis ou desfavoráveis do julgado, já que foi proferida uma decisão justa.

Assim, a extensão subjetiva da coisa julgada independeria de qualquer outro fator intrínseco à causa em discussão, pois mediante o controle judicial da representatividade a observância do devido processo legal para os membros ausentes da classe seria assegurada.

Desse modo, conclui-se que a representatividade seria, com certeza, um elemento indissociável da legitimação *ad causam* no plano coletivo, refletindo, por consequência, o interesse social fundante das ações de classe e legitimando a extensão dos limites subjetivos da coisa julgada indistintamente.

Portanto, o verdadeiro conceito de representatividade seria efetivamente colocado em prática no ordenamento jurídico brasileiro, fazendo com que a tutela jurisdicional deixe de ser uma mera declaração formal de direitos para se realizar no plano fático, embutida nas relações sociais.

4 CONCLUSÃO

Após a verificação de todas as questões expostas nos tópicos anteriores e reputadas de suma importância para a evolução do presente trabalho, forçoso é concluir pela possibilidade de admissão do controle da representatividade adequada no ordenamento jurídico brasileiro.

Com o desenvolvimento das sociedades propiciado pelo crescimento industrial, bem como pela adoção de novos conceitos e padrões comportamentais frutos da globalização, novos conflitos de interesses surgiram, apresentando, contudo, um novo viés, tendo em vista a sua amplitude.

Nessa conjuntura, diante dessas novas formas de lesões, atingindo um número expressivo ou até mesmo indeterminado de sujeitos, necessária se fez uma alteração das estruturas típicas do processo individual para uma perspectiva coletiva. As ações coletivas, no presente contexto, surgem como uma resposta dada pelo Poder Judiciário para a resolução dessas controvérsias, valorizando, substancialmente, a celeridade processual, bem como a tutela molecular de interesses, com vistas a evitar a propositura de inúmeras demandas individuais levadas ao conhecimento do órgão judiciário, quando relativas a uma mesma questão fática.

Essa nova leitura das estruturas individualistas, marcantes do processo civil tradicional, para o âmbito coletivo, marcado pela supraindividualidade, reverberou, principalmente, nos institutos da legitimidade *ad causam* e da coisa julgada, pontos fundamentais para a compreensão da importância de se ter uma ação coletiva bem consolidada juridicamente.

Se é certo que no processo individual, a legitimação *ad causam* é perfeitamente aferível, uma vez que a tutela jurisdicional pertence ao titular da relação jurídica de direito material deduzida em Juízo, interligando, assim, a posição processual a uma situação legitimadora, certo é, também, que nas demandas coletivas a titularidade dos direitos é conferida a uma coletividade, fato que impossibilita a aplicação da classificação tradicional da legitimidade ativa oriunda do direito processual individual para explicar a natureza jurídica da legitimação nesse âmbito.

Ademais, se é cediço que o instituto da coisa julgada nas ações individuais se processa de maneira *pro et contra*, ou seja, independente do resultado final do processo, seja ele de procedência ou não, cuja autoridade limita-se às partes litigantes, via de regra, no processo coletivo, o instituto poderá ser produzido *secundum eventum litis* ou *secundum eventum*

probationes a depender do direito metaindividual requerido na tutela coletiva, contudo, seus efeitos poderão alcançar a esfera jurídica de pessoas ausentes.

Desse modo, por ser tratar de direitos de titulares indeterminados, inegável que, para se garantir o efetivo direito à participação no processo, bem como o atingimento de uma decisão justa, cujos efeitos serão amplos, necessária se faz a escolha de um sujeito, que ainda que não seja efetivamente o titular dos direitos debatidos em juízo, tenha condições de defendê-los de maneira eficiente e idônea, fazendo jus a posição de verdadeiro representante da coletividade.

O conceito de representatividade, assim, apresenta-se indissociável da noção de legitimidade *ad causam* e do instituto da coisa julgada.

Por essa razão, com base na experiência americana das *class action*, resta indubitável que, a despeito da diferença de consolidação normativa de seu processo coletivo com o sistema brasileiro, o melhor a se fazer é a importação do instituto da representatividade adequada desse ordenamento para o nosso direito interno que, não obstante funcione como um pré-requisito específico de certificação da demanda coletiva, é, ainda, garantia de princípios constitucionais de aplicação imediata, em especial, o princípio do devido processo legal coletivo.

Tal instituto afasta a previsão contida no nosso ordenamento jurídico, segundo o qual a mera institucionalização do representante é capaz de dotá-lo de capacidade para adequadamente conduzir o processo coletivo, uma vez que passa a atribuir ao magistrado uma função ativa na casuística que enfrenta, ou seja, deixa-se para trás um juiz que atua de mãos atadas e passa-se a conceder um julgador que controla desde a certificação da natureza da demanda coletiva ao controle da representatividade adequada por todo o trâmite processual. Em outras palavras, abandona-se um controle *ope legis* e fortifica-se o controle *ope judicis* da representação.

Registre-se, por oportuno, que, ainda que esse controle não conste expressamente no ordenamento jurídico brasileiro, fato é que, fazendo a análise do processo coletivo de forma global, fortes são as disposições normativas e jurisprudenciais aplicadas nas ações coletivas que tendem a consolidar, ainda que implicitamente, o controle judicial do representante de classe. Além do mais, o preenchimento de critérios específicos para esse controle a serem aplicados ao caso concreto pelo julgador, contribuem sobremaneira para a fortificação do viés democrático da demanda coletiva.

A representatividade adequada, nesse prisma, passa a ser consolidar como um requisito indispensável para o processamento das ações coletivas, principalmente por

possibilitar que o juiz verifique no caso concreto, se os interesses sociais, que fundamentam a legitimidade de classe, estão sendo devidamente defendidos em prol dos membros do grupo. A legitimidade *ad causam*, assim, deixa de pressupor a representação adequada de classe, e passa a ser, enquanto institutos autônomos, dela inseparável.

Ademais, no que tange ao instituto da coisa julgada, nada se comprara às benesses geradas com a admissibilidade da representatividade adequada, como, por exemplo, a garantia da celeridade, da economia e da efetividade processual. Nesse novo contexto, a coisa julgada se formaria *pro et contra*, não havendo razões para discutir entre efeitos favoráveis ou desfavoráveis do julgado, já que foi proferida uma decisão justa.

Supera-se, assim, os modo de produção da coisa julgada, dependente do acervo probatório deduzido em juízo, bem como do resultado da demanda, ou seja, *secundum eventum probationes e secundum eventum litis*.

Desse modo, o controle da representatividade adequada proporcionaria ganhos qualitativos à tutela coletiva brasileira, devendo o conceito de representatividade ser tomado como parâmetro pelo julgador para a análise da legitimidade para causa. Tal análise é de aplicação imediata, uma vez que a legitimidade *ad causam*, enquanto condição da ação, deve ser realizada com toda prudência possível pelo julgador em qualquer tipo de processo.

Nesse sentido, por mais importante que seja a demanda de classe para a garantia dos interesses da coletividade no ordenamento jurídico brasileiro, ela não pode ser desvinculada de instrumentos que assegurem o seu efetivo funcionamento, concretizando, portanto, a *ultima ratio* do processo, qual seja, o atingimento de uma decisão justa.

5 REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. **Manual de Direito Processual Civil**. 15ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

ALVIM, Arruda. **Direitos sociais: qual é o futuro?** Revista Forense: Editora Forense, 2009.

ARMELIN, Donaldo. **Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Ação Civil Pública**. Revista Trimestral de Direito Público, nº 3/93. São Paulo: Malheiros.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Embargos de declaração no recurso extraordinário com agravo nº 751.500**. Embargante: Distrito Federal. Embargado: Sindicato dos servidores públicos civis da administração direta, autarquia, fundações e tribunal de contas do distrito federal – Sindireta/DF. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 5 de agosto de 2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6519985>. Acesso em: dezembro de 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.221.254 /RJ**. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido: S R F. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. Brasília, DF, 5 de junho de 2012. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1152434&num_registro=201001903872&data=20120613&formato=PDF. Acesso em: dezembro de 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental nos Embargos de declaração nos Embargos de declaração no Recurso Especial nº 1150424/SP**. Agravante: Associação de bares e restaurantes diferenciados – ABREDI. Agravado: Sabesp Companhia de saneamento básico do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Olindo Menezes. Brasília, DF, 10 de novembro de 2015. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=54274071&num_registro=200901309254&data=20151124&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: dezembro de 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1480250 /RS**. Recorrente: União. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, DF, 18 de agosto de 2015. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=48015602&num_registro=201402307865&data=20150908&tipo=5&formato=PD. Acesso em: dezembro de 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.353.801/ RS**. Recorrente: Hebe Lopes Simon. Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques, Brasília, DF, 14 de agosto de 2013. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24027439/recurso-especial-resp-1353801-rs-2012-0191029-0-stj/inteiro-teor-24027440> . Acesso em: fevereiro de 2015.

CÂNDIA, Eduardo. **A representação adequada no direito processual civil coletivo brasileiro e o controle judicial em cada caso concreto: uma abordagem de lege lata**. Revista de Processo, nº 202, dez/2011.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Acesso à Justiça: Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

COSTA, Susana Henriques da. **O controle judicial da representatividade adequada: uma análise dos sistemas norte-americano e brasileiro**. In: SALLES, Carlos Alberto de. (Coord.). As grandes transformações do processo civil brasileiro: homenagem ao professor Kazuo Watanabe. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 9ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2008, v.1.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo**. 9ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2014, v.4.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2008, v. 2.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GALLOTTI, Carolina. **Pertinência temática nas ações coletivas**. Revista de Processo, nº 142, dez/2006.

GIDI, Antônio Carlos Oliveira. **Legitimidade para agir em ações coletivas**. Revista de Direito do Consumidor, nº 14, p.52, abr/1995.

GIDI, Antônio Carlos Oliveira. **Rumo a um Código de Processo Civil (LGL 1973/5) Coletivo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GIDI, Antônio Carlos Oliveira. **Coisa julgada e litispendência nas ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995.

GIDI, Antônio Carlos Oliveira. **As class action como instrumento de tutela coletiva de direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.99.

GUEDES, Clarissa Diniz. **Legitimidade ativa e representatividade na ação civil pública.** 1ª ed. Rio de Janeiro: GZ EDITORA, 2012.

GUEDES, Demian. **A legitimação individual para a ação civil pública.** Revista de Processo, nº 140, out/2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ações coletivas para a tutela do ambiente e dos consumidores - A lei 7.347, de 24.7.85.** Revista de Processo, nº 44, out/1986.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Das class action for damages à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade.** Revista de Processo, nº 101, p.11, out/2011.

LEAL, Márcio Flávio Mafra. **Ações coletivas: história, teoria e prática.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editos, 1998.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

MAZZEI, Rodrigo. **A ação popular e o microssistema do processo coletivo.** Salvador: Quartier Latin do Brasil, 2005.

MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. **Coisa Julgada.** Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante.** 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil.** 6ª ed. São Paulo: Editora Método, 2014.

SCARPARO, Eduardo. **Controle da representatividade adequada em processos coletivos no Brasil.** Revista de Processo, nº 208, jun/2012.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil.** 52ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, v.1.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v. IX.

VIANNA, Luiz Wenerck (Coord). **A democracia e os três poderes no Brasil**. 2ª ed. Belo Horizonte e Rio de Janeiro: Editora da UFMG E IUPERJ/FAPERJ, 2002.

WATANABE, Kazuo. **Tutela jurisdicional dos interesses difusos: a legitimação para agir**. In: A tutela dos interesses difusos. Ada Pellegrini Grinover (coordenação). São Paulo: Max Limonad, 1984.

YAZELL, Stephen C. **From medieval group litigation to the modern class action**. Londres: Yale University Press, 1987.