

O PROCESSO COLETIVO NA TEORIA GERAL DO PROCESSO CIVIL: LEGITIMIDADE E COISA JULGADA

Rennan Faria Krüger Thamay[†]

1. ASPECTOS INTRODUTÓRIOS



direito é uma ciência muito interessante e necessária para o ser humano, advindo desde a antiguidade onde os seres já respeitavam regras, e que por meio dessas regras podiam viver, supostamente, em “paz”.

Essa ciência antiga, que foi muito importante no crescimento da espécie humana, por seu pensar, tanto no chamado direito privado, criado pelos romanos, como no direito público, articulado pelos gregos, possui, dentro destas ramificações supra-referidas, subdivisões dentre as quais encontramos o direito processual.

O direito processual civil organizado a partir da Teoria Geral do Processo (expressão utilizada já pela tradição processual de nomenclatura, mesmo sabendo que toda teoria é geral e o correto seria chamar teoria do processo opta-se neste trabalho pela forma de nomenclatura amplamente difundida pelos processualistas), é a linha forte para a adaptação do processo coletivo que também necessitará basear suas regras e forma de ocorrência nas linhas gerais da teoria do processo civil, por dele ser decorrente e parte.

O processo civil coletivo(que visa também a proteção do direito objetivo) que vem ganhando força e aplicação hodie-

[†] Professor da PUCRS, IMED, CIUSP, Complexo EAD, OABTUBE. Doutorando em Direito pela UNLP e pela PUCRS. Mestre em Direito pela PUC Minas e pela UNISINOS. Especialista em Direito pela UFRGS. Advogado.

namente, se caracteriza pela proteção dos direitos difusos, direitos coletivos *stricto sensu* e direitos individuais homogêneos. Nesse contexto, calha referir que a teoria geral do processo civil tem sido a base para a aplicação efetiva e, em certa medida, eficaz do processo coletivo, embora existam peculiaridades tradicionalmente trabalhadas como a legitimidade e a coisa julgada que tem tratamento diferenciado.

Ainda refira-se que para pensar em processo coletivo, hodiernamente, deve-se observar e utilizar a teoria geral do processo civil, visto que o processo coletivo utiliza as regras da teoria geral do processo civil, observando inclusive algumas das formalidades do processo civil atual, mas mantendo as suas peculiaridades já informadas e posteriormente tratadas.

Por tudo isso nasce a relevância de pensar o processo civil coletivo¹ com base na teoria geral do processo civil, já que o processo coletivo² é parte do processo civil com algumas peculiaridades em relação a cada uma das ações coletivas, já que legalmente, por vezes, estão postadas algumas regras fundantes como em relação a legitimidade e a coisa julgada.

2. O PROCESSO CIVIL COLETIVO A PARTIR DAS AÇÕES COLETIVAS E A PROTEÇÃO DO DIREITO OBJETIVO

A aparição das ações coletivas³ tem dupla fonte. A pri-

¹ Das pesquisas realizadas no Programa de Pós-Graduação da PUCRS, sob comando, na linha de Processo, do Professor José Maria Rosa Tesheiner, vem sendo desenvolvida postura acadêmico-doutrinária que coloca o Processo Coletivo como ramo do Processo Civil ao lado do Processo Civil individual, do qual se pratica a praticamente 2.000 mil anos. Neste contexto é que gira esta pesquisa e texto, posicionando-se de forma clara pela corrente que acredita haver um Processo Civil que se divide em individual e coletivo, não sendo este ramo novo da ciência, o que lhe demandaria uma teoria geral, o que não se tornou possível até então.

² Sobre Processos Coletivos imperioso conferia a obra de Eduardo Oteiza in OTEIZA, Eduardo. *Procesos colectivos*. Coordenado por Eduardo Oteiza. 1. ed., Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2006.

³ Importante referir que segundo José Maria Rosa Tesheiner as ações coletivas se

meira e também mais conhecida e difundida - antecedente romano - da ação popular da *rei publicae e rei sacrae*. O cidadão detinha, já naquela época, o poder de agir em favor da coisa pública, frente a forte ligação que o cidadão tinha para com os bens públicos *lato sensu*, em decorrência da conhecida afirmação de que a República pertencia ao cidadão romano, sendo seu dever defendê-la. Neste sentido nasce o conhecido brocardo "*Republicae interest quam plurimum ad defendam suam causam*", importando para a república que sejam muitos os defensores de sua causa.⁴ Informe-se que esta observação da coisa pública não nasce em Roma, mas tem origem grega e democrática.

Por sua vez as ações de "classes" que são as premissas originárias bases das hodiernas *class actions* trabalhadas no direito processual dos Estados Unidos. Relate-se que as ações coletivas têm por base a *Equity* do direito inglês, sendo mais desenvolvida e de forma adequada mais especialmente pelos Estadunidenses.⁵

Já no Brasil as ações coletivas surgiram, como é de notório conhecimento, a partir dos estudos e da grande influência dos processualistas italianos na década de setenta.⁶

prestam a tornar eficaz e realizável o direito objetivo e até os direitos individuais. TESHEINER, José Maria Rosa. *Temas de direito e processos coletivos*. Porto Alegre: HS Editora, 2010, p. 46.

⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação popular: proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente*. 3 ed., São Paulo: RT, 1998, p. 37-41.

⁵ GIDI, Antonio. *Las acciones colectivas y a tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales em Brasil: um modelo pra países de derecho civil*. Trad. Lucio Cabrera de Acevedo. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004, p. 17.

⁶ Comente-se que antes disto já existia no Brasil por meio da ação popular regulada pela Lei 4.717 de 1965 a introdução do processo coletivo, faltando o seu efetivo reconhecimento como tal, o que se deu pouco depois. Ademais, sobre o histórico da década de setenta e dos autores italianos que influenciaram nosso processo coletivo (Mauro Cappelletti, Michele Taruffo e Vincenzo Vigoriti) confira-se GIDI, Antonio. *Las acciones colectivas y a tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales em Brasil: um modelo pra países de derecho civil*. Op. Cit., p. 17-18.

Até pouco tempo atrás o processo civil estava voltado, aparentemente, somente para a tutela individual dos direitos, fato que foi com a medida do tempo e do estudo sendo superado, passando a abrir o viés coletivo do processo civil por meios das mais diferentes ações coletivas.

Sem dúvida as ações coletivas, que inauguraram o processo civil coletivo, trouxeram maior acesso ao Poder Judiciário a milhares de cidadãos que antes não chegavam ao Judiciário para buscar e proteger seus direitos⁷. Além do acesso ao Judiciário e do próprio conseqüente acesso à justiça⁸ outra conseqüência importante foi manejada por meio das ações coletivas, a economia processual e da prestação da tutela jurisdicional, pois por meio de uma única ação coletiva, por exemplo, resolvia-se o problema de uma gama gigantesca de pessoas por vezes.

Tudo isso também potencializou maior credibilidade dos órgãos jurisdicionais em decorrência da superação de decisões

⁷ Sobre a proteção e eficácia dos direitos fundamentais relevante conferir SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed., rev. atual., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p.150 e ss e 274 e ss. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.283 e ss.

⁸ Que foi encabeçado por Mauro Cappelletti analisou inicialmente a realidade da Itália, concluindo que lá também a problemática do acesso à justiça é corrente (p. 27). Nesse sentido vem a criação, feita pelo autor em favor da superação da problemática, restando observar as chamadas três ondas do acesso à justiça, sendo elas: 1) o dever do Estado de fornecer patrocínio jurídico aos pobres; 2) a proteção dos interesses difusos e 3) risco da burocratização e emperramento da justiça. Aponta o autor como uma das modalidades de superação dessas dificuldades a maior utilização da oralidade e simplificação dos procedimentos. Assim vale conferir CAPPELLETTI, Mauro. Conferências do Prof. Mauro Cappelletti. *Separata da Revista do Ministério Público*. V.1, n.18, Porto Alegre, 1985, p.24. Ademais, Roberto Berzonce aduz como funciona a busca pelo acesso à justiça na Argentina, *verbis*: "En Argentina, al igual que en los países de Iberoamérica, es verificable la existencia de una situación de consenso colectivo sobre la inaplazable necesidad de asegurar operativamente el postulado del libre e irrestricto acceso a la justicia." FAVELAN, José Ovalle. BERIZONCE, Roberto Omar. Administración de justicia en iberoamérica y sistemas judiciales comparados - *La administración de justicia en Argentina*. Ciudad Universitaria, UNAM, 2006, p.23.

contraditórias sobre a mesma problemática, gerando também maior segurança jurídica frente a estabilidade das decisões em casos idênticos. Diga-se que estas são as motivações políticas.

Pode-se apontar como motivações sociológicas para o sucesso do processo civil coletivo⁹ a busca de superação da grande litigiosidade de uma sociedade pós-moderna¹⁰, globalizada e altamente industrializada, já que as demandas de massa cresceram de forma abrupta e descontrolada.

Assim, poder-se-ia conceituar o processo civil coletivo como aquele que, utilizando das regras do processo civil individual como base, instaurado por ou em face de um legitimado

⁹ Sobre a preocupação relevante de corretamente observar a tutela coletiva importante conferir VIGORITTI, Vincenzo. *Interesse collettivi e processo: la legittimazione ad agire*. Milano: Giuffrè, 1979, p. 14.

¹⁰ Sabe-se que o Estado brasileiro sequer passou pelo estado social, assim como outros países, neste sentido ver GARCÍA-PELAYO, Manuel. *As transformações do estado contemporâneo*. Tradução de Agassiz Almeida Filho, Rio de Janeiro: Forense, 2009. Sobre a idéia de ser o nosso Estado pós-moderno vejamos: CHEVALIER, Jacques. *O Estado pós-moderno*. Tradução de Marçal Justen Filho, Belo Horizonte: Forum, 2009, p. 24 e ss; BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Tradução de Mauro Gama, Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998, p. 7 e ss; JAYME, Erik. *Cours général de droit intenacional prive*, In recueil des cours, Académie de droit intenacional, t. 251, 1997, p. 36-37; LYOTARD, Jean-François. *O pós-moderno*. Rio de Janeiro: Olympio Editora, 1986; KUMAR, Krishan. *Da sociedade pós-industrial à pós-moderna*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997; HARVEY, David. *Condição pós-moderna*. São Paulo: Edições Loyola, 1992; VATTIMO, Gianni. *O Fim da Modernidade: niilismo e hermenêutica na cultura pós-moderna*, Lisboa: Editorial Presença, 1987; SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela Mão de Alice: O social e o político na pós-modernidade*. São Paulo: Cortez, 1997.

Sobre a troca paradigmática da modernidade para a pós-modernidade vale conferir KAUFMANN, Arthur. *La filosofia del derecho em la posmodernidad*. Traducción de Luis Villar Borda. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis S.A, 1992, p. 5 e ss.

Entretanto, vale referir que existe corrente, forte e respeitada, no sentido de que acabamos por vivenciar uma modernidade tardia e não, efetivamente, a pós-modernidade, sendo nesse sentido STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(em) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 5. ed., rev. atual., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 25.

Para outros autores o que existe é uma hipermodernidade. Nesse sentido conferir LIPOVETSKY, Gilles. *Os tempos hipermodernos*. Tradução de Mário Vilela. São Paulo: Barcarolla, 2004, p. 51 e ss.

autônomo¹¹, se postula um direito coletivo de onde será possível colher uma decisão judicial que atinja a toda a coletividade ou a um grupo determinado de pessoas. Nesta forma de conceituar o processo civil coletivo se compreende a proteção dos direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos coletivamente propostos.

Dentre as possíveis ações que fazem parte do processo civil coletivo pode ser destacada a ação popular (lei 4.717/65 e art. 5, LXXIII da Constituição Federal), a ação civil pública (lei 7.347/85 e art. 129, III da Constituição Federal de 1988 que reconhece a referida ação), o mandado de segurança coletivo (lei 12.016/09 e art. 5, LXX da Constituição Federal), as ações coletivas para a defesa de direitos individuais homogêneos (art. 91 a 100 do Código de Defesa do Consumidor), a ação de improbidade administrativa (lei 8.429/92) dentre outras possíveis¹².

Neste ponto, não há dúvida de que o processo civil coletivo tende a fomentar maior debate e participação democrática da população, ocorrendo uma democracia¹³ por meio do Poder Judiciário, fazendo com que se implemente a dupla face da

¹¹ Quem sabe o mais correto pudesse ser não a divisão do sujeito ativo como legitimado ou representante, mais, sim, como participante em favor da proteção dos direitos humano-fundamentais e personalidade. Esta corrente nasce das pesquisas realizadas no Programa de Pós-Graduação da PUCRS fomentada pelo Professor José Maria Rosa Tesheiner, corrente com a qual nos filiamos.

¹² Comente-se que para alguns as ações do controle de constitucionalidade pode ser vistas como modalidades de tutela coletiva. Por todos ver NERY JR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 6º ed., São Paulo: RT, 2002, p. 1396.

Por sua vez, outras possíveis ações coletivas podem existir como, por exemplo, as de cunho eleitoral, trabalhista, mas aqui não serão abordadas, pois não fazem parte da temática em análise por não ser parte do processo civil coletivo aqui sustentado.

¹³ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. Trad. Paulo Neves, Porto Alegre: L&PM, 2009, p.80-81. Nesse peculiar o teórico da democracia acaba por entender que esse modelo seria muito produtivo, mas que não seria passível de implementação. Sobre o futuro da democracia vale observar BOBBIO Norberto. *El futuro de la democracia*. Traduzido por José F. Fernández Santillán. México: Fondo de cultura económica, 1999, p.23 e ss.

democracia, tanto a representativa como a participativa.¹⁴

A tutela jurisdicional coletiva em sua história e nascimento tem diferentes modelos em aplicação no mundo. O modelo Alemão (*Verbandsklage*) adotado principalmente na Europa-Continental e o modelo das *Class Actions* de origem Estadunidense relativamente bem difundida no Brasil.¹⁵

No Brasil hoje alguns pretende a implantação do sistema das *class actions* com as devidas adequações, mas fica o alerta de que em um país com sistema processual decorrente da tradição da *civil law* não se comporta receber o sistema das *class actions* já que pensado para o sistema jurídico e processual da *common law*, o que dota de mais força a classificação aqui defendida de que exista hoje uma nova ramificação do processo civil, pois antes este era somente individual passando hoje a ser também coletivo.

Isto significa dizer que a sistemática do processo civil coletivo é seguir, basicamente, em pontos já consolidados, aquilo que o Código de Processo Civil já tem previsto.

A ressalva deve ser feita, pois as peculiaridades de cada ação coletiva, parte do processo civil coletivo, deverão ser observadas já que previstas legalmente, como, por exemplo, se dá na ação civil pública, na ação popular e outras tantas que possuem regramentos peculiares e próprios, mas que observam no mais a já consagrada regra do processo civil.

Os direitos protegidos ou pretendidos neste tipo de processo civil coletivo naturalmente são coletivos *lato sensu* (direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos¹⁶).

¹⁴ RIBEIRO, Darci Guimarães. *Da tutela jurisdicional às formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 95 e ss.

¹⁵ TARUFFO, Michele. Modelli di tutela giurisdizionale degli interessi collettivi. In LANFRANCHI, Lucio. *La tutela giurisdizionale delgi interessi collettivi e diffusi*. Torino: Giappichelli, 2003, 53 e ss.

¹⁶ Para Barbosa Moreira os direitos individuais homogêneos seriam acidentalmente coletivos enquanto os direitos difusos e coletivos *stricto sensu* seriam essencialmente coletivos. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Tutela jurisdicional dos interesses*

O Código de Defesa do Consumidor resolve a possível dúvida conceitual do que seja cada um desses direitos referidos anteriormente. Assim, visualize-se o art. 81, § único:

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

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

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

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

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

Os direitos difusos e coletivos são transindividuais e de natureza indivisível, restando a diferença no sentido de que o primeiro está ligado a número indeterminado de pessoas enquanto o segundo está ligado a um grupo ou classe que pode ser determinável¹⁷.

Por sua vez os direitos individuais homogêneos¹⁸ visam possibilitar a proteção coletiva de direitos individuais com dimensão coletiva, que neste trabalho defende-se como coletivo¹⁹, como nos casos de ações de massa, nas quais a origem e

coletivos ou difusos. *Temas de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 195-197.

¹⁷ WATANABE, Kazuo [et al.]. *Código de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 625.

¹⁸ Originário das *class actions for damages*, ações de reparação de danos à coletividade do direito norte-americano. GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo:Saraiva, 1995, p. 19.

¹⁹ Contrária a essa posição que sustentamos, entendendo que os direitos individuais homogêneos são direitos individuais coletivamente tratados, vem ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: RT, 2006, p. 42.

causa são as mesmas. Efetivamente, esta modalidade de proteção é caracterizada pela proteção de direitos individuais homogêneos (que a muitos afetam) sendo um direito coletivo²⁰, já que variados cidadãos sofrem dos mesmos problemas individualmente e todos estes merecem a devida solução da questão.

No RE nº 163.231-SP o Supremo Tribunal Federal afirmou de forma categórica que os direitos individuais homogêneos são realmente direitos coletivos e não individuais. Assim resta observar a ementa do acórdão:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA PROMOVER AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM DEFESA DOS INTERESSES DIFUSOS, COLETIVOS E HOMOGÊNEOS. MENSALIDADES ESCOLARES: CAPACIDADE POSTULATÓRIA DO PARQUET PARA DISCUTI-LAS EM JUÍZO. 1. A Constituição Federal confere relevo ao Ministério Público como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (CF, art. 127). 2. Por isso mesmo detém o Ministério Público capacidade postulatória, não só para a abertura do inquérito civil, da ação penal pública e da ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente, mas também de outros interesses difusos e coletivos (CF, art. 129, I e III). 3. Interesses difusos são aqueles que abrangem número indeterminado de pessoas unidas pelas mesmas circunstâncias de fato e coletivos aqueles pertencentes a grupos, categorias ou classes de pessoas determináveis, ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base. 3.1. A indeterminidade é a característica fundamental dos interesses difusos e a determinidade a daqueles interesses que envolvem os coletivos. 4. Direitos ou interesses homogêneos são os que têm a mesma origem comum (art. 81, III, da Lei n 8.078, de 11 de setembro de

²⁰ A base para afirmar e construir um raciocínio de que os direitos individuais homogêneos são coletivos está já na afirmação do próprio Supremo Tribunal Federal ao analisar o RE nº 163.231-SP onde a Suprema Corte afirma que os direitos individuais homogêneos são efetivamente coletivos e não meramente individuais como afirmado por Teoria Zavascki.

1990), constituindo-se em subespécie de direitos coletivos. 4.1. Quer se afirme interesses coletivos ou particularmente interesses homogêneos, *stricto sensu*, ambos estão cingidos a uma mesma base jurídica, sendo coletivos, explicitamente dizendo, porque são relativos a grupos, categorias ou classes de pessoas, que conquanto digam respeito às pessoas isoladamente, não se classificam como direitos individuais para o fim de ser vedada a sua defesa em ação civil pública, porque sua concepção finalística destina-se à proteção desses grupos, categorias ou classe de pessoas. 5. *As chamadas mensalidades escolares, quando abusivas ou ilegais, podem ser impugnadas por via de ação civil pública, a requerimento do Órgão do Ministério Público*, pois ainda que sejam interesses homogêneos de origem comum, são subespécies de interesses coletivos, tutelados pelo Estado por esse meio processual como dispõe o artigo 129, inciso III, da Constituição Federal. 5.1. *Cuidando-se de tema ligado à educação, amparada constitucionalmente como dever do Estado e obrigação de todos (CF, art. 205), está o Ministério Público investido da capacidade postulatória, patente a legitimidade ad causam, quando o bem que se busca resguardar se insere na órbita dos interesses coletivos, em segmento de extrema delicadeza e de conteúdo social tal que, acima de tudo, recomenda-se o abrigo estatal. Recurso extraordinário conhecido e provido para, afastada a alegada ilegitimidade do Ministério Público, com vistas à defesa dos interesses de uma coletividade, determinar a remessa dos autos ao Tribunal de origem, para prosseguir no julgamento da ação.*

Destarte, não resta dúvida de que os direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos são coletivos *lato sensu*, fazendo parte ampla da proteção e resguardo das ações coletivas existentes com base no processo civil coletivo e na teoria geral do processo civil que regra o processo civil.

2.1 DA LEGITIMIDADE

A legitimidade, diferentemente do que ocorre no processo civil tradicional individualista, é um dos pontos cruciais do processo civil coletivo, junto com a coisa julgada, por ser ponto

de variado debate e construção doutrinária.

Tudo isso se dá em decorrência do corte diferencial da matéria e do tido direito que se está a tutelar.

O problema toma novo fôlego e maior complexidade agregando dois complicadores, saindo da tese da legitimação extraordinária por substituição processual. O primeiro é a já conhecida e difundida ideia de que as formações sociais têm interesse e poder de coercibilidade para dar impulso à máquina judiciária, o que gera a legitimação ordinária, na qual o titular do direito material utiliza o direito de ação, exercendo um direito próprio em nome próprio²¹. O segundo a legitimação expressa em alguns textos normativos, caso da Constituição, na qual o interprete entenda uma legislação objetiva e autônoma com caráter unicamente processual, não vinculado com o direito subjetivo material.²²

A tradição jurídica processual é a de que o próprio sujeito defenda os seus interesses e seu direito material em seu próprio nome, baseado na sistemática processual civil tradicional individualista, de forma diferente do que se dá, por exemplo, no processo civil coletivo. À tradicional forma de atuação do particular em seu próprio nome se chamou legitimação ordinária.

Por sua vez, quando o direito subjetivo é defendido por um terceiro em nome próprio tem-se a conhecida legitimação extraordinária²³, que até o presente momento não era tão comum, o que tende a mudar cada dia mais em decorrência também da tutela coletiva dos direitos e até da tutela dos direitos coletivos.

Observando a questão interessa o debate da legitimidade nas ações coletivas - processo civil coletivo – no qual a doutri-

²¹ Já conhecida entre os italianos. Neste caso conferir TROCKER, Nicolò. *Processo e costituzione*. Milano: Giuffrè, 1974, p. 218 e ss.

²² GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 41.

²³ Uma das conhecidas formas desta legitimação é a substituição processual como diria Chiovenda.

na construiu três correntes de relevância principal. A primeira da *legitimação extraordinária por substituição processual*, a segunda da *legitimação ordinária das formações sociais* decorrente da observação do art. 6º do Código de Processo Civil e por fim a terceira *legitimação autônoma* espécie da legitimação extraordinária que se presta à condução do processo.²⁴

Inicialmente em relação as teses aqui referidas resta dizer que todas foram muito bem constituídas, mas com problemáticas por vezes insuperáveis.

A *substituição processual* que é legitimação extraordinária em ações coletivas - processo civil coletivo - foi encabeçada por Barbosa Moreira, aceitando-a independentemente da expressa autorização legal, sendo essa premissa depreendida do todo do sistema jurídico.²⁵

De outra banda a corrente da *legitimação ordinária* foi pensada, em nosso país, por Kazuo Watanabe com base na doutrina italiana e alemã, pensando em relação às entidades civis que pretendessem defender direitos superindividuais, relacionados aos fins associativos²⁶.

Por fim, a terceira corrente de relevante quilate também é a da *legitimidade autônoma* pensada por Nelson Nery Junior constituída para condução do processo, verdadeira espécie da

²⁴ GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. Op. Cit., p. 41.

²⁵ Diga-se que assim refere Barbosa Moreira em decorrência da ausência de previsão expressa em relação ao sistema brasileiro, diferentemente do sistema italiano que exige expressa disposição Art. 81 do CPC Italiano. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados interesses difusos*. Temas de direito processual civil. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 111. Aclare-se que o autor acaba buscando seus fundamentos nas pontuações de Arruda Alvim quando analisando a sistemática jurídica refere que o sistema poderia aceitar que a simples menção de legitimados diversos do titular do direito, ou a autorização legal mesmo que não expressa e taxativa a substituição, significaria isto a devida abertura para a ocorrência da legitimação extraordinária. As situações abordadas eram as dos artigos 513 da CLT e 1º, §1º do antigo estatuto da OAB lei 4.215/63.

²⁶ WATANABE, Kazuo. *Tutela jurisdicional dos interesses difusos: a legitimação para agir. A tutela dos interesses difusos*. Ada Pellegrini Grinover (coord.). São Paulo: Max Limonard, 1984, p. 111.

legitimação objetiva independentemente da relação de direito material. Para o autor aplica-se, por exemplo, em relação ao mandado de segurança coletivo. Neste ponto para Nelson Nery Júnior a norma é processual e material, atingindo, assim, ao direito individual, coletivo e difuso.²⁷

Das três teses que buscam realmente deixar o processo civil coletivo mais adequado à sistemática atual é a da legitimação extraordinária via substituição processual que melhor se amolda, visto a sua ampla possibilidade de proteção e tutela de direitos, indo desde os individuais homogêneos até aos interesses difusos, sem esquecer que também possibilita a proteção dos direitos coletivos *stricto sensu*.

Isto tudo, em decorrência de ser esta opção melhor acomodada na sistemática do processo civil, como base na teoria geral do processo civil, que também é a base do processo coletivo, por ser esta base para esta nova ramificação do processo civil, o processo civil coletivo.

Assim como o processo civil (individual) tradicional o processo civil coletivo também “bebe” da teoria geral do processo civil não poderia pretender a aplicação de outra teoria da legitimidade que não a da *legitimidade extraordinária por substituição processual*, assim como referem Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr.:

Outra orientação seguiu o sistema jurídico brasileiro, adotando a *substituição processual exclusiva e autônoma*. Deixou, assim, a titularidade definida em lei: 1) a pessoas indeterminadas, ligadas pelas circunstâncias do fato originário da lesão ou ameaça (direitos difusos, art. 81, § único, I, do CDC), 2) aos grupos, categorias ou classes de pessoas determináveis pela sua relação jurídica base entre si ou com a parte contrária (direitos coletivos, art. 81, § único, II, do CDC); e, 3) considerou direitos individuais homogêneos, para fins de tratamento especial, molecular e coletivo, aqueles decorrentes

²⁷ Crítica interessante a esta tese vem efetivada por DIDIER Jr, Fredie. ZANETI Jr, Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. V. 4. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 201 e ss.

de origem comum (art. 81, §único, III, do CDC), que não significa circunstâncias especiais nem temporais, e, sim, o mesmo agente lesivo e o mesmo tipo de lesão, ensejando tutela basicamente igual. Para proteção desses direitos atribuiu a tutela processual a outros agentes que entendeu mais bem "aparelhados" para a ação.²⁸

Desta forma, adequadamente pontuado, para que o processo coletivo seja efetivo e organizado, obedecendo a sistemática da teoria geral do processo civil, a forma correta de legitimação deve ser a ora trabalhada da *legitimidade extraordinária por substituição processual*, onde "*o autor é substituto processual, agindo naturalmente sem necessidade de autorização, em nome do direito subjetivo de outrem, de forma exclusiva, pois os próprios titulares individuais não podem fazer valer diretamente seus direitos subjetivos coletivos.*"²⁹

A substituição processual, contudo, gera uma grandiosa dificuldade - em relação à doutrina clássica - qual sejam os efeitos da litispendência e da coisa julgada, sendo, entretanto, neste estudo, somente abordada a segunda.

Ademais, merece destaque o posicionamento que nasce do pensamento do Processualista José Maria Rosa Tesheiner, mirando uma legitimidade fixada a partir da participação (exercício da função pública) pelo interesse de proteção dos direitos humano-fundamentais e da personalidade, que merece consideração por dar uma outra possibilidade de justificar a atuação variada dos sujeitos ativos das ações coletivas motivadoras do movimento do Processo Civil Coletivo, já que o que se busca é, neste caso, a proteção do direito objetivo.³⁰

²⁸ DIDIER Jr, Fredie. ZANETI Jr, Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. Op. Cit., p. 201.

²⁹ DIDIER Jr, Fredie. ZANETI Jr, Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. Op. Cit., p. 202.

³⁰ Neste sentido refere José Maria Rosa Tesheiner in <http://tex.pro.br/tex/listagem-de-artigos/360-artigos-jul-2012/8672-legitimacao-ativa-para-a-causa-nos-processos-coletivos-perspectiva-objetiva>. Acessado em 11/11/2012 as 16:45h.

LEGITIMIDADE ATIVA

Inicialmente encontra-se problemática, dificilmente superada até então, em relação da legitimação ativa (*golden rule*) que resta afirmada no art. 6 do Código de Processo Civil, fixando deve haver correspondência entre o titular da ação e do direito material afirmado. Assim refere o Código de Processo Civil:

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

Esta regra liberal-individualista fruto do iluminismo e da revolução francesa acaba por garantir ao cidadão o livre arbítrio, não forçando o cidadão a demandar quando não seja sua vontade e interesse. A única aparente exceção em relação à situação aqui trabalhada que autorizaria a substituição seria em caso de autorização legal.

Todavia esta forma de observar a situação foi sendo modificada e mais especificamente quando do surgimento do indivíduo autônomo e livre da idade moderna, que por veio de variadas doutrinas racionalistas, influencia de forma direta na legitimação das ações coletivas.³¹

Outros sujeitos foram sendo autorizados a participar do processo coletivo. Nos países que adotam as *class action* a legitimação restou fundada na *adequada representação*, na qual as partes participantes representam a classe, estando ela no julgamento. Este controle de legitimação também estará nas mãos do juiz, com base no princípio do devido processo legal e seus consectários. Neste sistema também o contraditório e a ampla defesa são garantidos pelo conhecido *fair notice* que é a notificação dos membros de classe, sendo assim estabelecido consequentemente o *right to opt out* que assegura o direito de saída ou retirada do membro da classe e por fim aquele que diz

³¹ Neste sentido refere LEAL, Márcio Mafra. *Ações coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1998, p. 26.

respeito à extensão subjetiva da coisa julgada o chamado *binding effect*.³²

Nesse sistema, para completar, a coisa julgada é única e *erga omnes*, ou seja, tanto na sentença de procedência como improcedência dos pedidos, vinculando a todos os membros *pro et contra*, o que seria adequado e muito coerente para qualquer sistema jurídico, assim como para o sistema jurídico processual brasileiro.

No Brasil, todavia, preferiu-se uma sistemática distinta, onde a determinação dos legitimados resta firmada pela própria lei - positivistas realmente - diferente da legitimação adequada auferida pelo magistrado do sistema das *class action*.

Chegou-se ao ponto de em cada lei específica fixar os legitimados a agir e proteger o interesse supraindividual.

Neste peculiar três técnicas de legitimação foram utilizadas. A legitimação do particular (na qual qualquer cidadão pode demandar na ação popular, por exemplo, conforme a Lei 4.717/65), a legitimação de pessoa jurídica de direito privado (na qual os sindicatos, associações, partidos políticos, por exemplo, podem demandar por meio do mando de segurança coletivo do art. 5º, LXX da CF/88) e, por fim, a legitimação de órgãos do Poder Público (na qual o Ministério Público³³, por

³² GRINOVER, Ada Pellegrini. Mandado de segurança coletivo: legitimação, objeto e coisa julgada. *Revista de processo*. São Paulo, v.15, n. 57, jan/mar, 1990, p.83.

³³ Por fim, para que fique claro, mais modernamente depois da inovação da lei 11.448/2007 que alterou o art. 5º da Lei 7.347/8,5 possibilitou-se agora a Defensoria Pública a propositura de ação civil publica, não sendo mais esta demanda de única e exclusiva utilização do Ministério Público, democratizando ainda mais o processo e tornando a proteção dos direitos coletivos ainda mais efetiva. Além da defensoria outros legitimados foram ali colocados. Confira-se o dispositivo:

Art. 5º. Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: (*Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007*).

I - o Ministério Público; (*Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007*).

II - a Defensoria Pública; (*Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007*).

III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; (*Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007*).

IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; (*Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007*).

exemplo, pode demandar por meio da ação civil pública conforme a Lei 7.347/85.)³⁴.

Pelo que se observa a sistemática de legitimidade brasileira é abrangente, pois possibilita a mais variada gama de sujeitos legitimados à proteção dos direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos.

REPRESENTAÇÃO ADEQUADA

Sabendo da existência do rol taxativo de legitimados, anteriormente referidos, alguns admitem no Brasil que a legitimação coletiva dependa da única observação do texto legal para saber se efetivamente é ou não legítimo determinado órgão ou entidade.

Está é uma visão muito simplista pelo fato de admitir que, somente, pelo fato de determinado órgão ou entidade estar credenciada legalmente estaria habilitada e teria interesse de proteger direitos coletivos.

Fato é que não. Por vezes, por mais que legalmente habilitado, determinados órgãos ou entidades não têm interesse de proteger ou batalhar por direitos de alguns dos cidadãos, já que os órgãos e entidades têm a faculdade de – havendo interesse – representar os cidadãos em determinados casos, não podendo ser obrigados.

Para este contexto é que nasceu a chamada *representatividade adequada*, cabendo, entretanto, ao magistrado fazer o controle da viabilidade ou não de um órgão ou entidade proteger e batalhar por direitos coletivos. Neste caso a *adequacy of*

V - a associação que, concomitantemente: (*Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007*).

a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil; (*Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007*).

b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. (*Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007*).

³⁴ DIDIER Jr, Fredie. ZANETI Jr, Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. Op. Cit., p. 205.

representation estaria sendo exercida pelo magistrado e não somente pelo legislador³⁵ no caso da inaceitação da *representatividade adequada*.

Conforme Antonio Gidi a *representação adequada* neste caso deve ser observada sob espectro distinto, não da representação da técnica processual, mas sim ligada ao sentido de um porta-voz. Neste ponto o representante será um porta-voz dos indivíduos e dos interesses do grupo, sendo seu portador em juízo.³⁶ Neste sentido, existem alguns vários juristas que concordam com o controle judicial dos representantes adequados, visto que por vezes, embora legalmente habilitados, não tenham interesse e intenção de participar da lide coletiva. Dentre eles inicie-se por Barbosa Moreira³⁷ que já em 1981 referia da necessidade, em processos coletivos, de permitir o controle da legitimidade - representação adequada - pelo magistrado, sendo posteriormente acompanhado por Antonio Gidi³⁸ e Ada Pellegrini Grinover.³⁹

Importante para manter a segurança do sistema é o controle judicial exercido em situações como as referidas, não sendo um absurdo sistêmico, mas, sim, possível e cabível frente à nova postura ativa do juiz que a cada dia pode - por meio do ativismo judicial - buscar tornar mais efetivos os direitos fundamentais - que também deságuam nos direitos coletivos - sen-

³⁵ No sentido de sejam legitimados somente os taxados pelo legislador e repudiando o controle judicial da representação adequada resta conferir NERY JR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 8º ed., São Paulo: RT, 2004, p. 1427, sendo mais exato no número 10.

³⁶ GIDI, Antonio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. *Revista de processo*. São Paulo: RT, 2003, p. 61-62.

³⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre o Problema da 'Efetividade' do Processo in *Temas de Direito Processual*, Terceira Série, São Paulo: Saraiva, 1984, p.36.

³⁸ GIDI, Antonio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. *Revista de processo*. São Paulo: RT, 2003, p. 61-70.

³⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada. *Revista forense*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 06.

do esta uma postura inclusive esperada do magistrado.

Assim, como decorrência do devido processo legal⁴⁰ o correto seria primeiramente verificar da legitimidade de quem propõe a demanda, estando legitimado o órgão ou entidade então é que deveria ocorrer a observação de ser adequada ou não a representação exercida para que seja garantido a todos que seus interesses estão sendo conduzidos por quem realmente pretenda protegê-los. Finalize-se neste ponto referindo que deve haver também vínculo de afinidade temática entre o legitimado (substituto processual) e o objeto da lide, chagando aquilo que o Supremo Tribunal Chamou de "pertinência temática". Assim observe-se a ementa da ADI 1.792:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE QUE TEM POR OBJETO OS ARTS. 1º, 3º E 5º DA LEI Nº 9.534, DE 10 DE DEZEMBRO DE 1997. CONFEDERAÇÃO NACIONAL DAS PROFISSÕES LIBERAIS - CNPL. FALTA DE LEGITIMIDADE ATIVA. 1. Entendeu-se que os notários e registradores não podem enquadrar-se no conceito de profissionais liberais, a teor dos arts. 3º, 27 e 28 da Lei nº 8.906/94. 2. Em conseqüência, não se reconhece à Confederação Nacional das Profissões Liberais legitimidade para propor a presente ação por falta de pertinência temática entre a matéria disciplinada nos dispositivos impugnados e seus objetivos institucionais. Ação direta de inconstitucionalidade não conhecida

Destarte, resta compreensível que nem sempre os legitimados - legalmente falando - serão efetivamente interessados na causa e neste sentido não havia motivo para reconhecer a representação adequada quando efetivamente não for.

2.2 COISA JULGADA

A coisa *res iudicata* no processo civil coletivo tem segui-

⁴⁰ MENDES, Aluísio Gonçalves. *Ações Coletivas*. São Paulo: RT, 2001, p. 80. Mais explicitamente assim aduz GIDI, Antonio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. *Revista de processo*. Op. Cit., p. 69-70.

do caminho amplamente diferente da coisa julgada no processo civil individual. Junto com a legitimidade, já referida, forma uma das partes mais espinhosas do processo civil coletivo, já que a sistemática tradicional não tem sido utilizada, recebendo novas indicações de funcionamento.

Para compreender a situação do instituto, ora tratado, resta imperioso observar três dados relevantes. O primeiro os *limites subjetivos*, ligados a quem recebe e deve respeitar a *res iudicata* formada; O segundo os *limites objetivos*, ligados à matéria que se vincula aos efeitos da coisa julgada; E, por fim, o *modo de produção*, sendo a forma pela qual se forma a *res iudicata*.⁴¹

Falando de *limites subjetivos* releva dizer que a *res iudicata* poderá ser *inter partes*, *ultra partes* ou *erga omnes*. A regra do processo civil individual utiliza a coisa julgada *inter partes* como meio de vinculação, pois se limita aqueles que participam no processo como partes. Por sua vez a coisa julgada *ultra partes* é aquela que atinge além das partes do processo os terceiros em alguns casos, sendo o que ocorre, por exemplo, no caso da substituição processual, caso em que o substituído mesmo não participando da lide receberá seus efeitos. Por fim, a coisa julgada *erga omnes* é a que lança seus efeitos a todos independentemente de terem sido parte do processo, o que se dá no processo objetivo (abstrato) do controle de constitucionalidade.

Quanto ao *limite objetivo* importa referir que será submetida à coisa julgada material unicamente as eficácias, que no limite objetivo está postada no conteúdo da questão posta em juízo, que está contida no dispositivo da decisão que resolve o pedido que sabidamente é a principal questão a ser resolvida.

Em relação ao *modo de produção* da coisa julgada existem três tipos de formação. A coisa julgada *pro et contra*, que é

⁴¹ Nesse sentido DIDIER Jr, Fredie. ZANETI Jr, Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. Op. Cit., p. 363.

conhecida e aplicada em grande parte dos países latino-americanos, onde não importa a procedência ou improcedência dos pedidos, pois ela será aplicada ao caso e apta a produzir a coisa julgada. Por sua vez a coisa julgada *secundum eventum litis* é aquela se produz unicamente em caso de procedência dos pedidos, possibilitando assim a repropositura individual da demanda em caso de improcedência dos pedidos, trazendo uma grandiosa desvantagem ao demandado. Por fim, a coisa julgada *secundum eventum probationis* é aquela que só ocorrerá em caso de esgotamento probatório. Assim, se a sentença julgou procedente ou improcedente os pedidos da demanda não esgotar as provas a serem produzidas não fará coisa julgada.

Observando o artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor pode ser vislumbrada a adoção, no processo coletivo, das teorias ora referidas, cada uma em um caso em especial. Veja-se o referido artigo:

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.

O sistema do Código de Defesa do Consumidor fixa algumas premissas a serem observadas a partir de então.

DA COISA JULGADA COLETIVA NA PROTEÇÃO DE DIREITOS DIFUSOS E COLETIVOS CONFORME O SISTEMA ATUAL

A *res iudicata* em relação aos direitos difusos e coletivos (art. 103, I e II do CDC) se deu pelo regime da coisa julgada *secundum eventum probationis*, que é aquele que exige o esgotamento probatório, como já afirmado anteriormente, visto que se não for possível o referido esgotamento poderá a parte, consumidor no caso, propor mais uma vez a demanda. Ademais, refira-se que a sentença faz coisa julgada em relação aos direitos difusos na modalidade *erga omnes*, enquanto pela em relação aos direitos coletivos se dá *ultra partes*.

Assim como se dá nas relações de consumo, quando se debate questões de direitos(interesses) difusos e coletivos, na Ação Civil Pública o art. 16 também prevê a mesma sistemática da coisa julgada *secundum eventum probationis*, caso em que não havendo esgotamento probatório poderá o indivíduo parte de um grupo indeterminado ou determinado de pessoas demandar individualmente.

Relevante conferir o dispositivo:

Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por *insuficiência de provas*, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova. (Redação dada pela Lei nº 9.494, de 10.9.1997)

Essas provas utilizadas para possibilitar o novo debate e a nova demanda devem ser provas suficientes e não meramente diferentes, pois para que possa ser modificada a improcedência inicial deve haver robusta indicação probatória que possibilite ao juiz modificar seu entendimento.

Esta é a realidade adotada pelo sistema do processo civil coletivo para os direitos difusos e coletivos, mas caso haja o esgotamento probatório a sentença de procedência ou improcedência tornar-se-á indiscutível no âmbito coletivo, não sendo possível a repropositura de demanda pelo particular individualmente, ou até por qualquer co-legitimado.

Desta forma, importante referir que nas ações coletivas –

por opção legal – a coisa julgada não é *secundum eventum litis*.

Agora superando as pontuações legais e opção legislativa, refira-se que a coisa julgada deveria restar formada sempre independentemente do resultado da demanda, tanto sendo procedente como improcedente(os pedidos) e independentemente de esgotamento ou não de provas, já que caso não haja o esgotamento e novas realidades surjam a causa de pedir e pedidos possivelmente serão outros e que não receberam o manto da coisa julgada. Assim, a coisa julgada nas ações coletivas é *pro et contra*, mas o que realmente diferirá com o evento da lide são os sujeitos⁴² que receberão a coisa julgada, visto que a extensão da coisa julgada que pode ser *erga omnes ou ultra partes*, que efetivamente será no processo civil coletivo *por et contra*.

DA COISA JULGADA COLETIVA NA PROTEÇÃO DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS CONFORME O SISTEMA ATUAL

Com a redação do art. 103, III do Código de Defesa do Consumidor não resta dúvida de que a extensão da coisa julgada para os indivíduos, em caso de procedência, é natural.

Neste caso deve ser dito que a proteção dos direitos individuais homogêneos fazem parte das ações coletivas e, portanto, da tutela coletiva, não sendo tutela individual coletivamente tratada, como tem pensado parcela da doutrina, pois, por ficção, os direitos individuais homogêneos são direitos de um grupo de indivíduos, merecendo assim o tratamento dado às ações coletivas.

Desta forma existe um problema, pois até então se tem unicamente alcançado ao plano individual a coisa julgada coletiva, tratando-se de situação distinta, pois a coisa julgada se

⁴² GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. Op. Cit., p. 73-74.

formou coletivamente e ainda assim se estender ao individual, mas o fato é que não deveria haver uma extensão da coisa julgada coletiva ao individual, mais, sim, a formação da coisa julgada coletiva (que envolve os direitos individuais homogêneos) e que neste ponto resta *erga omnes*.

A doutrina majoritária tem sustentado somente a extensão da coisa julgada coletiva ao individual, sendo que o mais adequado seria, pela formação da coisa julgada coletiva nos casos de direitos individuais homogêneos, o alcance a todos que daquela mesma situação vivenciem, já que desta forma haveria também formação de coisa julgada para os detentores dos direitos individuais homogêneos que são efetivamente coletivos.

A problemática está lançada, pois o texto legal relata da diversidade de possibilidades em relação à coisa julgada, estendendo a coisa julgada do plano coletivo para o individual. Mais, sem dúvida, para manter o sistema⁴³ hígido e adequado, respeitando a segurança jurídica e evitando a eterna litigação⁴⁴, seria correto que a coisa julgada fosse uma tanto na procedência como na improcedência dos pedidos, fazendo com que o sistema seja adequado e não coloque o réu na condição de eterno demandado o que é terrivelmente oneroso e inaceitável quando em um processo coletivo que discuta a mesma relação do processo individual a situação já esteja resolvida.

Neste sentido, busca-se, neste texto, a formação de uma coisa julgada una em relação ao processo coletivo, refletindo por sua eficácia *erga omnes* frente a todos que tenham a mesma problemática seja pela proteção de direitos difusos, coleti-

⁴³ Que pode ser analisado na perspectiva de Niklas Luhmann, quando defende a idéia de uma teoria sistêmica do direito, chegando a uma conclusão de que o sistema jurídico se auto-reproduz, sendo isso a autopoiese. Esse processo que se renova sendo capaz de auto-reprodução foi abordado pelo autor LUHMANN, Niklas. *Sistemi sociali: Fondamenti di una teoria generale*. Bolonha: Il Mulino, 1990, p. 64.

⁴⁴ Neste sentido CAPPELLETTI, Mauro. *Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi o diffusi. Le azione a tutela di interessi collettivi: atti del convegno di studio di pavia*. Padova: CEDAM, 1976, p. 206.

vos ou individuais homogêneos, já que todos estes são, na concepção deste trabalho, coletivos.

Ademais, esta construção fará com que se encerrem as discrepâncias judiciais, pois a sentença que resolve um processo civil coletivo, por sua eficácia *erga omnes* deverá ser observada e respeitada por todos e não poderá outra adotar posicionamento distinto do já construído, superando-se as mais variadas formas de decidir questões idênticas e tornando a jurisdição mais eficiente e congruente. Tudo isso tornará o sistema menos problemático, visto que na sistemática atual ocorrem com frequência incongruências de posicionamentos jurisdicionais de uma mesma questão, exigindo desnecessariamente maior esforço do Poder Judiciário que por vezes acaba sendo até contraditório em seus julgados frente a esta situação atual.

Cappelletti refere que não deve haver distinção entre os efeitos bons ou ruins, favoráveis ou desfavoráveis da *res iudicata*. Vejamos:

(...) allora mi parece che non si debba distinguire fra effetti buoni o cattivi, favorevoli o sfavorevoli.⁴⁵

Por tudo isso, o sistema precisa mudar acomodando-se o instituto da *res iudicata* de forma adequada e não tendenciosa, como hoje se dá, fazendo com que a coisa julgada seja uma tanto na procedência como improcedência dos pedidos no processo civil coletivo, já que a questão já resolvida interessa ou a um grupo indeterminado de pessoas, ou a um grupo determinado de pessoas, ou, por fim, fim a uma série de indivíduos que sofreram da mesma problemática ou tem o idêntico direito a ser perseguido (direitos individuais homogêneos), fazendo com que o sistema seja realmente adequado.

Esta sistemática é pensada para uma teoria geral do processo civil coletivo, com base na aplicação do processo civil individual, mantendo a forma de ocorrência da coisa julgada(já

⁴⁵ CAPPELLETTI, Mauro. Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi o diffusi. *Le azione a tutela di interessi collettivi: atti del convegno di studio di pavia*. Op. Cit., p. 205.

que há a proteção do direito objetivo) na qual a própria lei já a tenha regrado, sendo o caso, por exemplo, das ações coletivas de consumo (com relação a esta somente a mutação das ações coletivas protetivas de direitos coletivos *stricto sensu* de *ultra partes* para *erga omnes* como anteriormente sustentado para manter o sistema mais congruente para que todas as ações coletivas tenham a mesma eficácia frente a todos) dentre outras.

Por sua vez, como ocorre nas ações coletivas de improbidade administrativa, mandado de segurança coletivo onde não há regramento fechado pela própria lei, restaria aplicável a tese aqui apreçada da coisa julgada una baseada na sistemática do processo civil individual como base natural para o processo civil coletivo, sendo caso de *res iudicata pro et contra* e *erga omnes*.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Chegar-se-á à conclusão de que o processo coletivo é ramificação do processo civil, que hoje se divide em individual e coletivo que se presta a proteger também o direito objetivo.

Também se conclui que as ações coletivas, pelas razões afirmadas acima, deverão, em regra, observar os critérios definidos na teoria geral do processo civil como norte de condução do processo coletivo, buscando tanto na teoria como processo civil as formulações para que o processo coletivo seja devidamente organizado, possa ser eficaz, célere e justo.

Sabendo que o processo coletivo tem como base a teoria geral do processo civil a conclusão vem no sentido de que as formas de notificação, atos processuais e demais regras tradicionais do processo sejam idênticas às fixadas pelo processo civil, ressalvadas as distinções legais previstas em legislações especiais que regulamentam de forma parcial as ações coletivas como no caso da ação popular, ação civil pública e outras demandas.

Resta também concluir que nas peculiaridades a legitimidade, nos processos coletivos, deve obedecer a sistemática da substituição processual que receba controle da adequada representação pelo Poder Judiciário, buscando sempre a pertinência temática, ressaltando a possibilidade de se construir em lugar da referida representação a teoria da participação (no exercício de um poder público) em relação ao exercício e proteção dos direitos humano-fundamentais e direitos da personalidade.

Em relação a coisa julgada conclusão diferente não pode haver, já que deve esta, para beneficiar e organizar o sistema processual coletivo, ser una e *pro et contra* tanto na procedência como improcedência da demanda coletiva proposta, tendo eficácia *erga omnes* que a todos alcance, evitando a desordem sistemática e maior congruência do processo.

Toda essa abordagem busca preservar sempre os direitos (interesses) coletivos, que para este trabalho são os difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos, buscando alcançar aos legitimados a possibilidade de defender a todos os cidadãos buscando realizar o acesso ao Judiciário e também à justiça realizando assim os direitos coletivos independentemente de sua origem.

