

'PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito Processual

**A COISA JULGADA NO PROCESSO COLETIVO NA PERSPECTIVA
DAS AÇÕES TEMÁTICAS**

Suzana Rocha Savoi Diniz

Belo Horizonte – MG
2008

Suzana Rocha Savoi Diniz

**A COISA JULGADA NO PROCESSO COLETIVO NA PERSPECTIVA
DAS AÇÕES TEMÁTICAS**

**Dissertação apresentada ao Programa de Pós
Graduação *stricto sensu* em Direito Processual
da Pontifícia Universidade Católica de Minas
Gerais, como requisito parcial para obtenção do
título de Mestre em Direito.**

Orientador: Vicente de Paula Maciel Júnior

**Belo Horizonte
2008**

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

D585c Diniz, Suzana Rocha Savoi
A coisa julgada no processo coletivo na perspectiva das ações
temáticas /

Suzana Rocha Savoi Diniz. Belo Horizonte, 2008.
145f.

Orientador: Vicente de Paula Maciel Júnior
Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de
Minas Gerais.

Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Coisa julgada. 2. Direito processual coletivo. 3. Ação
coletiva. I. Maciel
Júnior, Vicente de Paula. II. Pontifícia Universidade Católica de
Minas Gerais.

Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU: 347.922

Suzana Rocha Savoi Diniz

***A Coisa Julgada no Processo Coletivo na Perspectiva das Ações
Temáticas***

Trabalho apresentado ao Curso de Pós-Graduação em Direito da
Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de
Minas Gerais.

Belo Horizonte, 2008

Prof. Dr. Vicente de Paula Maciel Júnior

Prof. Dr. José Marcos Rodrigues Vieira

Prof. Dr. João Alberto de Almeida

AGRADECIMENTOS

Agradeço e dedico este trabalho:

Aos meus pais, pela intensidade do colo que sempre acolhe;

Aos meus filhos, sem os quais nada faria sentido;

Ao meu marido, meu eterno mestre, pelo apoio incondicional e exemplo de retidão em sua lida com a justiça;

Aos meus colegas de trabalho, pelas palavras de incentivo e horas de cooperação;

E, ao Professor Vicente, pela paciência e exemplo de professor dedicado ao ensino do saber jurídico e comprometido com o “tocar o coração das pessoas”.

“A reflexão sobre o direito é um jogo de espelhos.

Pois o Direito se pensa, e assim se vê ao espelho. Aí verá imagens de si próprio. E ao ver, teorizará. E ao teorizar, verá. Ver para teorizar; teorizar, vendo.

Os nossos espelhos são cruzados. Permitem ao Direito ver-se na sua multidimensionalidade, como que imitam uma sua imagem halográfica. Já que lhe mostram os diversos ângulos.

Todavia, apesar desta visão total, os espelhos cruzados são também caleidocópio. E o caleidocópio é o labirinto das imagens, a floresta erigida das teorias. É preciso, pois, muito cuidado nesta visão omnicomprensiva. Porque tudo ver, e refletir todos os reflexos, é demência construcionista, geometrismo estéril.

Por isso, os espelhos em que o Direito vai mirar-se vão ser mais cruzados no tempo que no espaço.”

Paulo Ferreira da Cunha

Pensar o Direito

RESUMO

No Estado Liberal é o indivíduo o foco das atenções dos ordenamentos jurídicos gestados neste período. Após a Revolução Industrial, a época foi de repúdio ao individualismo e a sociedade produziria o “homem massa”. No século seguinte setores da massa começaram a tomar consciência de si mesmos enquanto coletividade e do poder de barganha e pressão que só poderiam exercer coletivamente. E é no seio desta sociedade que surge a necessidade de tutelar os direitos coletivos (aqui no sentido *lato*).

No direito brasileiro a origem da tutela judicial desses direitos se deu através da instituição da Ação Popular – Lei 4.717/65, criando posteriormente os diplomas da Lei da Ação Civil Pública - Lei 7.347/85 e Código de Defesa do Consumidor – Lei 8.078/90.

Esse novo gênero de direito reclama institutos processuais diferenciados e, contudo, verifica-se que o instituto da coisa julgada – tal como classicamente concebido no processo civil – não atende a demanda quando da definição de litígios, cujo direito posto em causa tenha caráter coletivo, eis que projetado em um Código criado para resolução de conflitos individuais.

Portanto, defendemos que se repense o processo coletivo desvinculado da teoria de direito subjetivo e relação jurídica, mas numa dimensão de coletivo que não pode prescindir do “bem” e do “indivíduo”, como instrumento democrático de participação daqueles que sofrerão os efeitos do seu provimento.

Palavras-chave: Coisa julgada; Direito processual coletivo e Ação coletiva.

ABSTRACT

In the Liberal State the person was the focus of all the legal systems. After the Industrial Revolution the age was marked by repudiation of individualism and the society made up the "mass man". In the next century, sectors of mass society started to be conscious about themselves while community and about the bargain and pressure power they could only perform collectively. Among this society comes up the need of protect the social rights.

In Brazilian Law the beginning of the judicial guardianship was the Federal law number 4.717/65, coming lately the Federal law number 7.347/85 and the Federal law number 8.078/90.

This new gender of law requires specific process institutes. Nevertheless, the judged subject institute, in its classical concept, is not enough to promote the decision of lawsuits about class rights, because this institute was built to solve individual lawsuits.

Therefore we defend a class process not supported by the subjective rights and the juridical relation theories. The class process must be among a collective dimension, not setting aside "good" and "person" as a democratic participation tool of those who will bear the effects of its providing.

Key-words: judged subject; Class Process Law ; Class action

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
CAPÍTULO 1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA COISA JULGADA	12
1.1 DIREITO ROMANO	12
1.1.1 <i>Legis actiones, per formula e extraordinária cognitio</i>	13
1.1.2 Direito justiniano	17
1.1.3 <i>A sententia nulla</i>	18
1.1.4 <i>A restitutio in integrum</i>	19
1.2 DIREITO INTERMÉDIO	20
1.2.1 Direito Comum	21
1.2.2 Direito Canônico	23
1.2.3 Direito Português	25
1.2.3.1 As Ordenações Afonsinas	25
1.2.3.2 As Ordenações Manuelinas	27
1.2.3.3 As Ordenações Filipinas.....	27
1.3 DIREITO MODERNO	28
1.3.1 Doutrina de Savigny.....	28
1.4 DOCTRINA CONTEMPORÂNEA	30
1.4.1 Coisa Julgada em Chiovenda	30
1.4.2 Coisa Julgada em Liebman	32
1.4.3 Coisa Julgada em Allorio.....	35
1.4.4 Coisa Julgada em Fazzalari.....	47
1.5. DIREITO BRASILEIRO POSTERIOR À INDEPENDÊNCIA	50
CAPÍTULO 2 PREMISSAS TEÓRICO-CONCEITUAIS ACERCA DA COISA JULGADA	55
2.1 FUNDAMENTO FILOSÓFICO, POLÍTICO E JURÍDICO	55
2.2 CONCEITO.....	60
2.3 COISA JULGADA MATERIAL E COISA JULGADA FORMAL	64
2.4 LIMITES OBJETIVOS DA COISA JULGADA	66
2.5 LIMITES SUBJETIVOS DA COISA JULGADA	69
2.6 COISA JULGADA, PRECLUSÃO E EFICÁCIA PRECLUSIVA	71
2.7 A COISA JULGADA COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL E SUA RELATIVIZAÇÃO	72
CAPÍTULO 3 COISA JULGADA NO PROCESSO COLETIVO.....	79
3.1 PROCESSO COLETIVO	79
3.1.1 Origem	79
3.1.2 Conceito	83
3.1.2.1 <i>Processo e jurisdição no modelo do Estado Democrático de Direito..</i>	85
3.1.3 Evolução do processo coletivo no direito brasileiro	91
3.1.4 Interesses ou direitos no processo coletivo	93
3.1.4.1 <i>Interesses ou direitos como conceitos equiparados</i>	94
3.1.4.2 <i>Interesses e direitos para Vicente de Paula Maciel Júnior</i>	100
3.2 COISA JULGADA NAS AÇÕES COLETIVAS	105
3.2.1 Limites subjetivos da coisa julgada	107

3.2.1.1	<i>Coisa julgada secundum eventum litis</i>	113
3.2.1.2	<i>Coisa julgada in utilibus</i>	115
3.2.1.3	<i>Coisa julgada nas Ações Civis Públicas – Limitação territorial</i>	117
3.2.1.4	<i>Litispêndência</i>	118
3.3	COISA JULGADA NO SISTEMA DA COMMON LAW – CLASS ACTION	120
3.4	AÇÃO COMO FACULDADE NA TEORIA DO PROCESSO COLETIVO NA VISÃO DE VICENTE DE PAULA MACIEL JÚNIOR	124
3.4.1	O problemas da legitimidade para agir no processo coletivo	126
3.5	AÇÕES COLETIVAS COMO AÇÕES TEMÁTICAS E COISA JULGADA.	132
	CONCLUSÃO	135
	REFERÊNCIAS	139

INTRODUÇÃO

A temática do processo coletivo está em franca discussão e, dentro das exigências do mundo contemporâneo, vem desenvolvendo e incorporando princípios, institutos e instrumentos visando a tutela dos direitos coletivos (*lato sensu*), classificados pela doutrina brasileira, como metaindividuais, que são divididos em individuais homogêneos, coletivos e difusos.

A princípio, tinha-se que no Estado Liberal era o indivíduo o foco das atenções dos ordenamentos jurídicos gestados neste período. Após a Revolução Industrial, a época foi de repúdio ao individualismo e a sociedade produziria o “homem massa”. No século seguinte setores da massa começaram a tomar consciência de si mesmos, enquanto coletividade, e do poder de barganha e pressão que só poderiam exercer coletivamente. E é no seio desta sociedade que surge a necessidade de tutelar os direitos coletivos (aqui no sentido *lato*).

No direito brasileiro a origem da tutela judicial desses direitos se deu através da instituição da Ação Popular – Lei 4.717/65, criando posteriormente os diplomas da Lei da Ação Civil Pública - Lei 7.347/85 e Código de Defesa do Consumidor – Lei 8.078/90.

Esse novo ramo do direito reclama institutos processuais diferenciados e, contudo, verifica-se que o instituto da coisa julgada não se adequa – tal como classicamente concebido no processo civil - no seu alcance e aplicabilidade, quando da definição dos litígios, cujo direito posto em causa tenha caráter coletivo, eis que projetado em um Código criado para resolução de conflitos especialmente individuais.

Portanto, defendemos em nosso trabalho que se repense o processo coletivo desvinculado da teoria de direito subjetivo e relação jurídica, mas numa dimensão de coletivo que não pode prescindir do “bem” e do “indivíduo”, como instrumento democrático de participação daqueles que sofrerão os efeitos do seu provimento.

Para tanto, o primeiro capítulo busca estabelecer um referencial histórico do instituto da coisa julgada, sua evolução, resgatando, primeiramente, sua concepção originária construída pelos romanos e expondo o que o processo romano experimentou e seu regime no tempo.

Também será estudada a coisa julgada no Direito Intermediário, Direito Moderno e no Direito Contemporâneo, construindo, assim, um breve perfil histórico.

No segundo capítulo é feita uma análise das premissas teórico-conceituais da coisa julgada, na concepção do Código de Processo Civil pátrio, discutindo sobre seu fundamento filosófico, político e jurídico, para justificar ou não a relativização da coisa julgada, analisando posições diversas acerca do tema.

O terceiro capítulo contém o cerne do trabalho, quando traz o processo coletivo à discussão, com conceitos, histórico, bem como acerca das definições e diferenciações dos chamados direitos ou interesses coletivos, ressaltando, inclusive, posicionamento de Vicente Maciel de que “interesses nunca podem se confundir com os direitos”, pois os interesses estariam na base da formação dos direitos e são uma manifestação individual de vontade. (MACIEL, 2006).

Investigaremos se os efeitos da coisa julgada, além de outros, em face da tutela dos direitos coletivos poderiam se estender além das partes, para atingir terceiros que não tenham atuado no processo como autores ou réus, pois possui limites subjetivos e objetivos diversos dos previstos nas demandas individuais.

Estas análises terão como base o sistema processual orientado pelos diplomas das ações coletivas: Ação Popular – Lei 4.717/65, criando posteriormente os diplomas da Lei da Ação Civil Pública - Lei 7.347/85 e Código de Defesa do Consumidor – Lei 8.078/90.

Ao final do capítulo, temos a explanação baseada nos estudos Professor Vicente de Paula Maciel Júnior, cuja obra, Teoria das Ações Coletivas: As ações coletivas como ações temáticas, inova nos conceitos de direitos e interesses, morte do direito subjetivo, ação como faculdade e não poder e ações coletivas tendo como centro os “temas”, cujo mérito será construído de forma participada pelos interessados coletivos.

Assim, respostas ou questionamentos para o tema são inúmeros e não pretendemos esgotá-los, mas, sem dúvida, o estudo atingirá parte dos dispositivos legais, máxime os que se referem à garantia constitucional do Devido Processo Legal, assecuratório da ordem jurídica, buscando investigar os limites de atuação no Processo Coletivo, no modelo do Estado Democrático de Direito.

1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA COISA JULGADA

O presente capítulo busca estabelecer um referencial histórico do instituto da coisa julgada, sua evolução, resgatando, primeiramente, sua concepção originária construída pelos romanos e expondo o que o processo romano experimentou e seu regime no tempo.

Também será estudada a coisa julgada no Direito Intermediário, Direito Moderno e no Direito Contemporâneo, construindo, assim, um breve perfil histórico.

Celso Neves, em profundo estudo sobre o tema e que traduz a importância da sua pesquisa, inicia sua obra aduzindo que:

Estudar a coisa julgada é examinar a sua história, fixar – através dos dados que ela fornece – o seu conceito, distinguir, neste, o essencial do acidental, apontar os seus lindes, para definição do que lhe é específico, preordenando, assim, os efeitos que lhe são próprios. A contraprova da exatidão com que se procede, essa só a vida poderá dar, quando não reaja à normatividade decorrente dos resultados a que se tenha chegado. (NEVES, 1971, p.5)

Tem-se, portanto, que a partir daí é que advirão os dados necessários para o delineamento de seu conceito, dos seus limites, definindo o conteúdo que lhe é específico e, por fim, preordenando os efeitos que são próprios deste instituto jurídico extremamente complexo e polêmico.

1.1 DIREITO ROMANO

Pode se dizer que o processo romano experimentou três fases históricas - arcaica, clássica e pós-clássica, que corresponderam a três períodos distintos, respectivamente: 1) o da *legis actiones*, que se iniciou com a fundação de Roma (754 a.C.) e terminou no ano de 149 a.C.; 2) o *per formula*, que foi do ano de 149 a.C (com a publicação da *lex Aebutia*, 149-126 a.C, consolidando-se com a *lex Julia privatorum*, no ano de 17 a.C. e se estendeu até o governo do Imperador Diocleciano (285-305 d.C.), ou seja, foi até o século III da era cristã; 3) o da *cognitio extra ordinem*, que se iniciou com o aparecimento do principado de Otaviano Augusto (27 a.C-14 d.C.) e se estendeu até o fim do império romano, ressaltando, a final, que referidos períodos não foram demarcados rigidamente, pois conviveram

entre si simultaneamente, sendo substituídos, cada um, aos poucos, pelo mais hegemônico. (BATISTA, 2005).

1.1.1 *Legis actiones, per formula e extraordinária cognitio*

Diz-se que a velha regra, pertencente ao direito romano antigo e já constituída no período clássico, *bis de eadem re ne sit actio*, significando que um mesmo direito não podia ser submetido a novo juízo, embora ainda não julgado, remonta a uma lei anterior às Doze Tábuas, mantida consuetudinariamente e perdurou durante todo o período da *legis actiones* e até a *lex julia* de Augusto, “já no processo formular, subordinando-se, na sua aplicação, a critérios diversos, referidos pela doutrina”. (NEVES, p.10-11)

Estabelecida a preocupação dos juristas romanos com a regra *bis de eadem*, foi fixado na *litis contestatio*, o momento processual de sua eficácia, ligado à atividade privada específica do *iudex*, em contraposição à atividade estatal do procedimento *in iure*. Isso, porque, segundo entendimento exposto por Celso Neves, a atividade final do *iudex* dependia da atividade estatal anterior que se exauria com a *litis contestatio*, que possuía “efeito consumptivo, expresso pela regra obstativa de *nova legis actio*”, pois se um direito objeto de uma anterior *legis actio*, fosse novamente submetido ao exame do pretor, ele o indeferia de pronto, negando uma segunda ação, podendo se supor que já se conferia força preclusiva ao processo. (NEVES, 1971, p.11-12)

No entanto, a atividade pretorial, com o tempo e aumento da complexidade das relações jurídicas, ficou prejudicada, sendo necessária a transferência ao *iudex* da questão prejudicial do exercício da ação, mediante um *sponsio praeudicialis*, significando, assim, um passo de evolução para o processo formular.

Certo é que o exercício da atividade pelo *iudex* advinha de um acordo entre as partes perante o pretor, e não de uma imposição estatal e sua sentença não estava sujeita a recurso dirigido a autoridade superior.

Assim, no *per formula*, a citada questão prejudicial passou a ser decidida pelo próprio direito ou pela transferência ao *iudex*, por meio de uma exceção, se já não havia ocorrido, em processo anterior, a *litis contestatio*, quanto à coisa julgada. Referida exceção era nominada de *exceptio rei in iudicium deductae*, mas sua função era a mesma da coisa julgada, desde que a ação tenha sido proposta em

iudicium legitimum sendo, conforme entendimento de Cogliolo, citado por Celso Neves, a nomenclatura mencionada somente em “GAIO (III, 180 e 181); IV, 106”. (NEVES, 1971).

Pode-se então dizer que o período formular já se verificava desde a instituição da República (Séc. IV a.C. – direito romano arcaico), sendo que a *lex Aebutia* (149-126 a. C.) foi a responsável pela abolição das *legis actiones*, com as fórmulas escritas se consolidando através das leis Júlias (17 a.C. – direito romano clássico). (ARAÚJO, 2007)

Entretanto, apesar das diversas identidades entre a *legis actionis* e o *per formula*, havia diferenças marcantes entre os dois processos. O *legis actionis* era formal e solene, impregnado de ritualismo que remontava aos “primórdios de Roma”, quando religião e direito se misturavam e o processo formular foi instalando mais como um “trabalho criativo do pretor”, menos formal e distante do misticismo religioso.

Assim, na fase posterior da *apud iudicem*, o processo era retratado em uma *formula*, por ocasião da *litis contestatio*, sendo que seus “atos antecedentes e o conteúdo já eram mais bem apurados”, de sorte que a importância pública do processo e seus institutos, inclusive da coisa julgada, foi se destacando. (TALAMINI, 2005, p. 198).

Ressalta-se que a exceção é figura do processo formular e tinha objetivo de levar o autor a renunciar ou reduzir a própria pretensão, assumindo os riscos da absolvição, se “persistisse na *intentio* e a *exceptio* resultasse provada” e sua origem estaria na *praescriptio pro reo*. Assim, a prescrição destinava-se à paralisação do processo, “sem consumir a ação, atuando antes do exame da *intentio*”. (NEVES, 1971, p.18-21).

Segundo entendimento de Roberto Carlos Batista, a “*exceptio* exerce então o papel de coisa julgada, na sua forma embrionária”. (BATISTA, 2005, p. 98)

Temos ainda que a exceção do período pós clássico manteve a mesma natureza substancial do processo formular, segundo anotações de Celso Neves, na qual o autor é oposto por um fato que, sem contestar a veracidade do alegado na ação, “contrasta-lhe a eficácia”, mas alterou-se o seu aspecto formal, com o fim da fórmula da *extraordinária cognitio*.

As exceções dilatórias, portanto, deveriam ser opostas preliminarmente, sob pena de preclusão, as peremptórias, até a sentença, sendo que, após a Constituição de Justiniano de 520, estas pudessem ser opostas em apelação. (NEVES, 1971).

Travou-se, então, discussão entre autores como Cogliolo e Keller, segundo retrata Celso Neves, acerca do momento processual da operação da regra do *bis de eadem re ne actio*, se pelo julgamento ou pela contestação da lide, pois as conseqüências seriam diversas. Entretanto, mesmo estabelecida uma problemática acerca da constatação, no plano da coisa julgada, quando a citada regra operaria, se como efeito do julgamento e não como conseqüência da “força consumptiva da *litis contestatio*”, o pretor conservou o poder de “denegar a ação, *ipso iure*, mesmo quando a base da consumpção passou a ser a sentença e não mais a *litis contestatio*.” (NEVES, 1971, p. 25).

Daí, como a sentença tinha efeito consumptivo e impedia a repetição da mesma ação, houve implicações na noção de coisa julgada, o que significou uma evolução do sistema processual romano, uma vez que na antiga *legis actionis*, o pronunciamento decisório era somente uma opinião do *iudex*, não havendo nenhum comando, pois nenhum poder era atribuído ao juízo privado.

Conforme bem ressalta TALAMINI, no direito romano clássico, a coisa julgada era considerada como o próprio resultado oriundo da sentença, pois a *res iudicata*, era a situação em que se encontrava a “coisa”, uma vez julgada, devendo ser considerado que “a extinção gerada pela sentença era ainda mais ampla e profunda do que aquela antes produzida no final da fase *in iure*”. Isso, porque o efeito da sentença superava o efeito causado pela *litis contestatio*, podendo se estender a outros sujeitos que não haviam participado do processo. (TALAMINI, 2005, p.201-202).

E, ainda, o autor supra-referido assente que houve um progressivo fortalecimento dos “efeitos da coisa julgada (e o valor de sua respectiva exceção), em contraponto com os efeitos “advindos da *litis contestatio* (e da *exceptio rei in iudicium deductae*)”, o que representava o gradual incremento do caráter público ao processo romano”. (TALAMINI, 2005, p. 204).

Assim, com o advento da *cognitio extraordinária*, ocorre a transição do processo privado para o eminentemente público, pois sai da esfera dos julgadores particulares e desaparecem as duas fases *in iure* e *apud iudicem*. Criou-se a possibilidade de recurso das decisões e o emprego da força pública para o

cumprimento das sentenças, sendo que as decisões só podiam ser proferidas com base no direito objetivo e nesta seqüência, principiou-se o exame da coisa julgada, que estava vinculado ao pronunciamento do magistrado estatal. (BATISTA, 2005)

Ademais, a *litis contestatio* perdeu toda sua relevância, permanecendo como momento processual e parte dos seus efeitos “(estabelecimento de litispendência, interrupção da prescrição, atribuição de caráter litigioso ao bem em disputa etc)”, foi transferida para o momento inicial do processo e outros, “atinentes à extinção e novação da relação controvertida, foram todos concentrados na *res iudicata*”, fundando-se na autoridade do Estado. (TALAMINI, 2005, p. 206).

Mesmo porque, no processo da *extraordinária cognitio*, através da sentença proferida pelos magistrados competentes para a função jurisdicional do Estado, se operava o exercício da *iurisdictio*. Ressalta Celso Neves que “a *sententia* passa a ser ato de aplicação da lei aos casos concretos” e que seu novo conceito - codificação de Justiniano - imprimiu novo caminho ao sistema processual romano, “interferindo no próprio conceito de coisa julgada”. (NEVES, 1971, p. 27).

Sobre a evolução do instituto da coisa julgada, merece ser transcrito parágrafo da obra do referido jurista:

Enquanto a coisa julgada, no período clássico é a *res*, a questão sobre que versa o *iudicatum* e que permite falar-se de uma *res de qua agitur*, de uma *res in iudicium deducta* e, conseqüentemente, de uma *res iudicata*, no processo *extra ordinem* esta última expressão, paralelamente ao conceito novo de *sententia* – porque deixa de ser um antecedente lógico do *iudicatum* para constituir-se no próprio ato que condena ou absolve – passa a significar a força legal desse ato do magistrado. (NEVES, 1971, p.28)

Como pode se observar, a coisa julgada, conseqüentemente, passa a significar a força legal irradiada da sentença, que a torna imutável, pois diz do conteúdo da decisão.

Ressalta-se que, para os romanos, no período da *cognitio extraordinária*, após a “exaustão dos recursos”, operava-se a coisa julgada com uma presunção de verdade, ou seja, a decisão carregava a “verdade dos fatos”, a *res iudicata pro veritate habetur*. (ARAÚJO, 2007, p. 79).

E ainda, Roberto Carlos Batista, citando SAVIGNY em sua obra, conclui que a coisa julgada “deixa de ter uma conotação apenas negativa, no sentido de denegar o processamento de ação já julgada, para assumir uma feição também positiva”. (BATISTA, 2005, p. 98)

Isso, porque a coisa julgada, “mantinha-se com a dupla função preclusiva (impeditiva de novo exame da mesma *res*) e prejudicial (ou positiva: em causa seguinte” com a mesma situação objeto da decisão anterior), em uma clara alusão da coisa julgada como verdade real. (TALAMINI, 2005, p. 207)

Concluindo, no que diz respeito aos limites objetivos e subjetivos da coisa julgada, a doutrina romana aduzia que só são alcançadas as questões deduzidas no processo (*res deducta*) e em relação às partes que dele participaram (*res inter alios*).

Merece também destaque o fato de que nos limites objetivos, havia uma distinção entre as ações pessoais e as ações reais, quanto à condenação ou absolvição, porque podiam resultar em um conteúdo positivo ou negativo em relação ao autor ou réu e, em alguns casos, no plano subjetivo, se reconhecia a extensão do julgado a terceiros. (NEVES, 1971).

Assim, conforme já dito, como a sentença não apresentava mais o caráter arbitral, tendo como base a atuação da autoridade do Estado e a consolidação da *cognitio extra ordinem*, operou-se na verdade a transição da justiça privada para a justiça pública.

1.1.2 Direito Justiniano

Segundo Celso Neves, no *Codex Justinianus*, para o estudo da coisa julgada, só interessa o Livro VII – *Digesto*, fazendo menção primeiramente ao fragmento 1, do título I, do Livro 42, de Modestino, que define o instituto e “vê a coisa julgada como consequência do pronunciamento do juiz que põe fim à contenda, seja por condenação, seja por absolvição”, sendo alusivo ao processo formular. (NEVES, 1971, p.30)

Ressalta-se, ainda, que nas compilações e legislações de Justiniano se encontram regras estabelecendo a eficácia *secundum eventum litis* do julgado em face de terceiros, uma vez que no fragmento 4 aduz que “os sujeitos da coisa julgada são as pessoas que a fórmula enuncia como contraditores”, e nos fragmentos restantes do Livro 44 do *Digesto*, já se nota que a eficácia da coisa julgada estava restrita às questões deduzidas e decididas em relação às pessoas que participaram do processo, devendo se observar que se a mesma questão fosse proposta, em relação às mesmas partes, poderia obstá-la a exceção da coisa julgada. (NEVES, 1971, p.30-33)

Quanto aos limites objetivos e subjetivos da coisa julgada, também o conteúdo da decisão é que os delimitava, no sentido de que, o instituto só alcançava, objetivamente, a questão deduzida no processo, *a res deducta*, cingindo-se, subjetivamente, às partes – *res inter alios iudicata aliis praeiudicare*.

Finalizando o item, temos conclusão do referido autor, a respeito da coisa julgada no direito processual romano:

A *res iudicata* liga-se, assim, na concepção romana à autoridade estatal, de início vinculada à *litis contestatio* enquanto fecho do procedimento *in iure*; depois à *sententia*, primeiro como ato pelo qual se soluciona a controvérsia, subjetiva e objetiva fixada na fórmula e, por último, como via de entrega da prestação jurisdicional, quando subordinada ao monopólio do Estado, num caminhar que vai das *legis actiones* à *extraordinária cognitio*, até dar na codificação de Justiniano.” (NEVES, 1971, p. 45)

1.1.3 A *sententia nulla*

Como já visto, na *ordo iudiciorum privatorum* a sentença não era recorrível e a nulidade era considerada como “falta de elementos constitutivos, de pressupostos essenciais para o negócio jurídico ou a sentença”, ou seja, o pronunciamento judicial não existia para o mundo jurídico ou para o direito, era *inexistente* e não se concebia a “anulabilidade, nulidade absoluta, relativa, irregularidade, etc” do ato. (TALAMINI, 2005, p. 208)

A consequência da sentença nula, sentença nenhuma ou sentença inexistente era, portanto, a não constituição da coisa julgada e a possibilidade de alegação da nulidade em qualquer tempo ou oportunidade, podendo o interessado reingressar em juízo com outra ação com o mesmo objeto, uma vez que a nulidade argüida operava *ipso iure* e sua argüição não estava sujeita a termo.

Vários foram os motivos a ensejar a nulidade da sentença, dentre eles falta de jurisdição, incompetência do magistrado, nulidade da própria fórmula em que se baseou a sentença, sendo referido rol de motivos ampliado. Inclui-se, ainda, na época da *cognitio extraordinária*, a afronta ao direito objetivo, primeiramente a ofensa a constituições imperiais e depois a qualquer norma de direito positivo.

Enfim a *sentença nula* era a que desconsiderava o direito objetivo, diferente da *sentença injusta*, que derivava da indevida reconstrução dos fatos e, com isso, era passível de recurso – apelação, sendo esta última hipótese de nulidade considerada como aumento do poder estatal. Portanto, este caráter público da coisa

julgada, no final da época clássica, significa que “julgar contra a anterior coisa julgada equivalia a sentenciar contra o próprio direito objetivo”. (TALAMINI, 2005, p. 211)

Já, na época pós-clássica, a argüição de nulidade que concebia a sentença injusta, não poderia ser operada a qualquer tempo, depois de um *longum silentium*, ou seja, 10 anos entre presentes e trinta entre ausentes – *longi temporis praescriptio*.

1.1.4 A *restitutio in integrum*

Para os romanos, o ato jurídico ou era existente, sendo válido para produção de efeitos, ou era nulo e nada valia. Com isso, foi concebida a *restitutio in integrum*, no exercício do *imperium*, como atividade pretoriana e era utilizada contra “atos que, embora perfeitos do ponto de vista do *ius civile* - e, portanto, válidos e eficazes -, derivavam de uma situação gravemente iníqua”. O *imperium* era tido como um poder geral da magistratura, que o pretor era investido, para proteção de interesses “desprovidos de ação do *ius civile*”, utilizando o princípio da equidade. Ou seja, a *restitutio*, como ato exclusivo do *imperium*, sua competência era somente aos magistrados – pretores e governadores de província. (TALAMINI, 2005).

Tem-se que a *restitutio* era utilizada não só para sentenças (verificação do acolhimento com rigorismo), ou atos processuais (contra atos internos do processo ainda em curso), mas também em face de atos e negócios jurídicos substanciais. No primeiro caso, quando se confirmasse a justa causa, era emitido um decreto determinando a restituição das coisas ao estado anterior do ato mandamental, não significando isto que referido ato estivesse invalidado, mas o decreto possuía efeito repristinatório.

Os requisitos para seu deferimento tinham que ser demonstrados pelo requerente, como os danos objetivos e graves a serem causados pelo ato em questão ou a causa pela qual era desarrazoada e ainda, era aceita somente quando nenhuma outra medida do *ius civile* tivesse cabimento (ação ou exceção), sendo que havia um prazo de um ano, contado do aperfeiçoamento do ato, para sua propositura.

Outra coisa a ressaltar é que o ato do império se exauria aí, com o decreto determinando a restituição ao estado anterior, sendo necessário que a parte

requerente da *restitutio* tomasse as providências para execução, que poderia ser espontânea ou através de uma *actio*.

Eduardo Talamini ainda aduz, reportando aos ensinamentos de Murga e Pugliese, que houve uma gradual “processualização” da *restitutio in integrum*, a partir do período clássico, para depois se inserir no sistema jurisdicional, tornando em certos casos, um “direito subjetivo da parte”, que podia ser exercitado através de uma *actio*, e, a partir do Séc. III d.C., passou a ter efeito suspensivo em relação à sentença, se assemelhando à apelação. (TALAMINI, 2005)

1.2 DIREITO INTERMÉDIO

Antes mesmo das invasões dos bárbaros no mundo romano, que se deu no início do séc. V, este Império já estava em crise, mas as normas romanas eram seguidas, sob a incidência de um sistema conhecido como “direito romano vulgar”. Com referidas invasões, instaurou-se na Ibéria a monarquia visigótica e sua legislação sofreu grandes influências deste direito romano vulgar. Tem-se notícia, inclusive, que a primeira codificação dos bárbaros foi o “Código de Eurico”, que reunia princípios de direito romano com as normas costumeiras germânicas, mas a compilação considerada mais importante deste período foi o *líber Iudiciorum* ou Código Visigótico, que continha normas do direito romano, normas com costumes bárbaros e normas advindas da influência e prestígio do clero e continuou a ser aplicado, mesmo depois da queda da monarquia visigoda (Séc. VIII). (TALAMINI, 2005)

Ainda segundo relato de Eduardo Talamini, o Código Visigótico, no Séc. XIII, foi traduzido do latim para o idioma geral, “por determinação de Fernando III, rei de Leão e Castela”, sendo denominado pelos espanhóis de *Fuero Juzgo* e continha normas que assinalavam a imutabilidade dos julgados, bem como sobre a revisão das sentenças, vigendo a vedação do *bis in idem*, tudo no Título I do Livro 2, que trata dos juízes e dos que julgam.

Todavia, na Lei XII, não obstante estabelecer que os príncipes tinham o poder de acrescentar leis ao livro, consagrava a vedação do *bis in idem* e estabelecia que a autoridade do julgado não diminuiria, mesmo que fosse acrescentada nova lei sobre o assunto.

Sobre a Lei XXIII, Celso Neves enfatiza que seu texto ratifica a regra do direito romano e diz que o juiz deveria trasladar todos os pleitos para que “non aya mas adelante contienda sobre aquello” ou seja, o caso julgado não poderia ser rediscutido em juízo, apesar de haver regra possibilitando a revisão de sentença. (NEVES, 1971, p. 52)

A revisão da sentença era prevista para quando o juiz proferisse julgamento injusto, podendo ser desfeito o seu resultado prático e lhe aplicada pena por este julgamento contra a verdade. Quando o julgamento provinha de defeito de parcialidade do juiz, a pena era patrimonial e quando era por ignorância de sua parte, a sentença não tinha valor. Tal regra estava prevista na *Lex Baiuvariorum*, passando ao Código Visigótico e posteriormente para o *Fuero Jusgo*, confirmando a tese da inspiração no direito romano, quando referida “querela” contra o juiz era chamada de *restitutio in integrum* do Baixo Império.

Isso, porque, segundo Calamandrei, citado por Celso Neves, no Código Visigótico, a sentença injusta não era nula de pleno direito ou inexistente, mas sua invalidação estava ligada ao procedimento de apuração da responsabilidade do juiz.

Portanto, o *Fuero Jusgo* era a Lei Geral que vigorou por alguns séculos, nos novos reinos, mesmo ao tempo da separação de Portugal.

1.2.1 Direito comum

Para se dar início aos estudos da coisa julgada no direito intermediário e direito comum, não podemos deixar de ressaltar quão importante foi a contribuição e a influência sofrida do direito germânico, que, com as invasões bárbaras passou a vigorar na Itália, França e Península Ibérica, conforme relatado no item acima.

Pode-se dizer que a interpretação do direito justiniano e suas traduções pelos bizantinos, em face da obra dos Glosadores italianos (compilação do Séc. VI), constituem como fatores do surgimento de uma nova história do direito romano, que foi irradiado de Bolonha para a Europa, direcionando à formação de um direito comum. (NEVES, 1971, p. 54)

Com o surgimento das universidades italianas, principalmente a de Bolonha, a partir do ano 1000, foi retomado o estudo do direito romano, em confronto com os direitos locais e o direito canônico, para se obter um único direito em toda Europa, que trouxesse em si embutidas várias fontes de direito.

Eduardo Talamini assente que vários aspectos merecem destaque, para se prosseguir no estudo da coisa julgada no direito comum, retratando uma pequena evolução do instituto, conforme disposto no quadro abaixo (TALAMINI, 2005, p. 215-220) ¹:

Distinção entre sentença e coisa julgada	Idéia da coisa julgada como prova	Aplicação da sentença que “faz direito” a terceiros	Ampliação das hipóteses em que a sentença não faria coisa julgada	Criação da querella nullitatis e a transformação da sententia nulla
Na <i>cognitio extraordinem</i> , a sentença se identificava com a coisa julgada; no direito romano da Alta Idade Média já iniciava-se uma distinção, pois a coisa julgada só ocorreria após findo o prazo para recurso contra a decisão, noção esta com adesões no início do Séc. XII, apesar também do registro de glosadores (Início Séc. XIII), se oporem a ela. Entretanto, na segunda metade do Séc. XIII, alguns dos primeiros contadores, ratificaram a distinção e conceitual da prática da sentença e coisa julgada, advindo esta decorrido o <i>transitus in iudicatum</i> daquela.	No direito romano a coisa julgada não era vista como “prova” da verdade; porém, com os glosadores, retomou-se a máxima romana <i>res iudicata pro veritate accipitur</i> , com uma nova interpretação, conferindo ao instituto caráter probatório e autoridade, pois havia o impedimento de nova prova sobre o já sentenciado, consistindo em uma presunção <i>iures et de iure</i> , somente podendo ser revista na ocorrência da confissão feita pela parte que se beneficiou do julgado.	Com outra máxima romana, <i>sententia facit ius</i> , entendia-se que em determinados casos a sentença criava uma situação nova, com mais força do que a sentença com a presunção <i>iures et de iure</i> , que podia ser revista após a confissão da parte e a autoridade do julgado se operaria <i>inter partes</i> . A sentença que “fazia direito” não comportava derrogação e teria eficácia <i>erga omnes</i> , se enquadrando nessa hipótese as sentenças de <i>status</i> .	Com o conceito de sentença já dissociado do de coisa julgada, foi no direito canônico que se firmou novo entendimento de identificação e ampliação do número de <i>sententias</i> que não faziam coisa julgada, nele se incluindo as <i>sententias nullas</i> da <i>cognitio extraordinem</i> , se ampliando para as “sentenças injustas” ou fundadas em presunções ou provas reprovadas pelo direito.	A <i>querella nullitatis</i> surgiu, no direito italiano, para se estabelecer um limite para o grande número de ocorrências de arguição de nulidade das sentenças, bem como para se definir um prazo que se findaria a possibilidade desta impugnação, que, conseqüentemente, afetaria a noção romana pretérita de <i>sententia nulla</i> , pois o defeito do julgado permaneceria superado, se não alegado dentro do prazo estabelecido, que variava de estatuto para estatuto, mais ou menos no mesmo prazo da apelação – de 10 a 30 dias. Alguns estatutos, inclusive, distinguiam nulidades sanáveis e insanáveis. No <i>ius civile</i> este exíguo prazo foi contestado sob a alegação de casos afetados por causas graves e invocando normas do direito romano (Ex.: incapacidade das partes, ausência de jurisdição), casos estes que ainda hoje são hipóteses de inexistência ou ineficácia absoluta de sentença), sendo que em tais hipóteses o direito comum “deveria prevalecer sobre o direito estatutário local”. Era concebida, então, uma <i>actio nullitatis</i> , com prazo prescricional de trinta anos, numa clara alusão de que referida sentença seria <i>existente</i> e não um <i>nada jurídico</i> , noção inicial do direito romano, na opinião de Calamandrei, consagrando aí o processo de transformação da nulidade. Os motivos de nulidade e o conseqüente saneamento dos vícios com o trânsito em julgado, viriam a progredir integralmente, somente no direito francês do séc. XVII e que esta noção viria a ser seguida por diversos outros países europeus.

¹ Eduardo Talamini faz uma pequena evolução do instituto, conforme o quadro acima, numa pesquisa a vários autores citados em sua obra, como: Pugliese, Della Roca, Musseli.

Ratificando o já exposto, Celso Neves relata em sua obra que, a partir da fundação da Escola de Bolonha até a formação do direito comum, que teve o período áureo com a escola dos glosadores do *corpus iuris*, foi um período de “intensa atividade científica, tentando os doutores fixar, em caráter sistemático, os princípios do direito romano”, ressaltando a síntese sistemática da opinião dos glosadores constituída pela *Glossa Ordinária* ou *Magna Glossa*. (NEVES, 1971, p. 55-56)

Referido autor aduz ainda que foi o enunciado de Modestino a dizer da distinção entre a coisa julgada, sentença definitiva e interlocutória, elemento fundamental para elaboração do conceito de coisa julgada pelos glosadores:

A doutrina do direito comum, partindo do conceito de coisa julgada enunciado por Modestino, atribui à expressão um duplo significado, ora referente à lide terminada pela sentença de juiz competente, ora relacionada à sentença que se fez firme, pelo decurso do prazo para apelação, assinalando a diferença que há entre sentença e coisa julgada, através da relação causa e efeito. (NEVES, 1971, 59-60)

Ou seja, para que as sentenças fossem consideradas válidas, era necessário que fossem pronunciadas por juiz competente, no prazo prescrito pela lei, segundo a lei, na “medida do alegado e provado”, “determinada, imediata ou mediatemente”, pois seria considerada inválida a que não definisse a lide. Após os trâmites da validade da sentença, esta não poderia ser cassada ou reformada pelo juiz que a proferiu, pois já havia se exaurido sua jurisdição. (NEVES, 1971, p.60-61).

Ocorrendo o decurso do decêndio e passada em julgado, a sentença equiparava-se à verdade e transformava-se em lei para as partes litigantes, não para terceiros, sendo que a execução se fazia pela *actio iudicati* ou pela via direta.

1.2.2 Direito canônico

Eduardo Talamini assente, em sua obra, que nenhum instituto no direito processual da Igreja, em contraponto com o modelo laico, se revestiu de tantas peculiaridades, como a coisa julgada e faz um pequeno histórico: a) prevalece o princípio da “não- passagem em julgado” das sentenças sobre o estado das pessoas – Código de Direito Canônico de 1983, c.1643; b) vigora a norma da *duplex*

sententia conformis, em relação à estabilização da sentença (com ou sem coisa julgada) – Código de Direito Canônico, c.1641, 1, e 1682; c) validade dos instrumentos de impugnação de atos já revestidos pela coisa julgada como o *restitutio in integrum* (c.1645,2), exercício de competência correccional pelo Supremo Tribunal da Assinatura Apostólica (c. 1445, § 3º, 1º e o instituto da *querela nullitatis* (c. 1619 e seguintes). (TALAMINI, 2005, p. 220).

No direito canônico a coisa julgada, inicialmente, em linhas gerais, se vinculava ao direito romano, mas com o tempo, outros elementos foram sendo mesclados e adicionados, influenciando, inclusive o direito laico.

Para confirmar o exposto acima, tem-se o Decreto de Graciano (1140), organizado pelo professor da Universidade de Bolonha e que acolhia a noção romana de coisa julgada, no qual previa também a *restitutio in integrum* contra a sentença válida, mas iníqua, reconhecendo a possibilidade de revogação ou correção da sentença, nos casos em que for reconhecida a falsidade do testemunho amparando nulidade matrimonial – sentenças *pro matrimonio*. Aliás, após um segundo matrimônio era repudiada a revisão da sentença, pois evidenciaria “perigo de pecado”, como fundamento da norma.

No referido Decreto, a noção de coisa julgada como a sentença em si mesma, como já dito, era a herdada do direito romano, mas a evolução para a “passagem em julgado”, no sentido de imutabilidade da sentença, foi ainda no direito canônico, mas posterior a Graciano.

Tal distinção, talvez tenha sido uma das principais contribuições do direito canônico para o instituto da *res iudicata*, pois foi identificado o momento formal em que a sentença adquire a força de coisa julgada e o conceito de “trânsito em coisa julgada” foi bem aceito pelos juristas do *ius civile*. (TALAMINI, 2005)

Outra contribuição do direito canônico para o instituto da coisa julgada é a *querella nullitatis*, ou seja, a assimilação e ampliação das hipóteses de “nulidade” da sentença, bem como a definição de um prazo para referida impugnação.

Finalizando, veio o Código Canônico de 1917, que aplicou o princípio da “não passagem em julgado” especificamente às ações sobre estado das pessoas (c.1903) e para as sentenças matrimoniais (c.1898), ressaltando que casos antes não atingidos pelo princípio foram incluídos e outros deixaram de sê-lo.

1.2.3 Direito português

Segundo anotações de Celso Neves, o direito português era o mesmo da “Península Ibérica, desde antes da dominação romana até a fundação da monarquia”, quando se iniciou, através das leis gerais uma unificação, baseada nos princípios romanos. Ressalta também, que antes da dominação romana, não se pode excluir o direito costumeiro, que vigia na Espanha. (NEVES, 1971)

Mesmo depois da independência de Portugal, o Código Visigótico era lei geral em Leão e Castela e continuou influenciando o direito português, sendo que a primeira lei de um rei português sobre a estabilidade da sentença e proibição da repetição em juízo de causas já decididas, foi atribuída a Afonso II (1211) e está contida no Livro das Leis e Posturas. Tem-se ainda que, por exceção, havia possibilidade de revisão do julgado e em uma nova versão da referida lei – Ordenações de D. Duarte e Ordenações Afonsinas, o reexame “dar-se-ia por mercê real, para verificar se havia algum erro na sentença. Era a origem da ‘revista de graça especial’”. (TALAMINI, 2005, p. 240-241)

Eduardo Talamini também assente que no reinado de D. Diniz outra lei já qualifica a sentença como “firme”, quando não submetida a recurso, prevendo hipótese de revogação desta no caso de ser baseada em falsa prova, se notando clara influência do direito romano. No campo penal já se assentava o princípio de que a absolvição faria coisa julgada em favor do réu (Lei de 1304 -“1342”). (TALAMINI, 2005, p.242)²

1.2.3.1 As Ordenações Afonsinas

Em Portugal, como o número de leis e atos normativos era grande, bem como diversidade de autores e assuntos, João I, no Séc. XV, ordenou que se fizesse uma compilação em um código único.

Portanto, em 1446, no reinado de Afonso V, finalizou-se referida compilação, vindo as *Ordenações Afonsinas*, que continha a reunião das leis já promulgadas,

² Eduardo Talamini, em nota de rodapé da p. 241-242 diz: “Foi em 1422 que D.João I determinou que a contagem dos anos se fizesse pelo ano de nascimento de Jesus, em vez de pela “Era de César” (Ord. Afonsinas, Liv. 4, Tít.66). Isso importou na subtração de 38 anos no calendário. Assim as datas consignadas em documentos anteriores devem sofrer a diminuição de 38 anos, para que se tenha o ano conforme a cronologia atual(...). Adiante no texto, os anos indicados entre aspas correspondem aos da “Era de César”.

normas extraídas das *Siete Partidas* (Leis de Leão e Castela), costumes locais e, principalmente, regras e princípios advindos do direito romano-canônico. Depois houve a fundação da Universidade por D. Diniz (“Estudo Geral de Lisboa”), em 1288 e 1290, ratificando a importância e influência do direito comum no direito português. (TALAMINI, 2005).

Quanto ao conceito de coisa julgada, as Ordenações Afonsinas contam a diferença do instituto com a sentença e, conforme relata Celso Neves:

A regra não impediria o *bis in idem*, se a segunda sentença fosse concorde com a primeira. Literalmente, obstaría, apenas, a *sentença dada contra outra já dada* – menos do que estabelecera o sistema romano a que o codificador afonsino, expressamente, se vinculava, através das disposições do Livro II, título VIII. (NEVES, 1971, p. 70)

Já, no Livro Terceiro que era dedicado ao processo civil, no Título 55, a sentença proferida primeiramente embargava a contestação, “no sentido de obstar o segundo processo sobre a mesma matéria, porque a exceção ‘remata todo o negócio principal’”, o que significava a presença do efeito consumptivo daquela, porque o autor não mais dispunha da ação repetida. (NEVES, 1971, p. 70)

Como já dito, a autoridade da coisa julgada, nas Ordenações Afonsinas, estava afirmada em inúmeras disposições e, além da existência de sentença anterior, os casos de transação e Juramento, obstavam um novo processo, sendo que a “confirmação da autoridade da coisa julgada, de modo a tornar nula (nenhuma) uma segunda sentença contrária à primeira, tinha-se no Título 78”. (TALAMINI, 2005, p.244).

Concluindo, Eduardo Talamini ressalta ainda que, referidas ordenações, no citado Título, estabelece expressamente os casos em que a sentença pode ser, a qualquer tempo, desconsiderada, evidenciando qual era a regra geral: “a impossibilidade de revisão dos julgados, depois de esgotados ou não utilizados os recursos e medidas de impugnação”, caso então que a sentença era considerada “firme”. Ademais, tem-se ainda, no referido Título, rol explicitando os defeitos que acarretavam a sentença nenhuma, nele incluindo a ofensa à coisa julgada e sentença contra “Direito expreffo” (TALAMINI, 2005, 245)³, mas não significava que o elenco se exauria, fazendo alusão também às exceções peremptórias.

³ O autor relata que a expressão “Direito expreffo” era o direito expresso, ou seja, direito objetivo.

Referido autor ainda aduz que a codificação afonsina acrescenta que não só a sentença firme podia ser revisada “à mercê do rei, como a ‘sentença nenhuma’ podia ser ‘confirmada’ por graça real”, o que evidenciava a relatividade de todo o sistema:

A coisa julgada a princípio e em princípio existia, mas podia ser derrubada pela vontade do monarca. É bem verdade que há várias indicações de que esse poder ilimitado de revisão era tido por excepcional e provavelmente usado com parcimônia. (TALAMINI, 2005, p. 248)

Quanto aos limites subjetivos da coisa julgada, os casos excepcionais de apelação de terceiros estavam previstos no Título 85. Os limites objetivos – pedido e causa de pedir – não tinha regra explícita, havendo-se que recorrer ao “direito comum, romano-canônico, que servia de fonte subsidiária”. (TALAMINI, 2005, p.250).

1.2.3.2 As Ordenações Manuelinas

Em 1514 foi publicada nova compilação, por determinação de D. Manuel – uma primeira versão das *Ordenações Manuelinas*. Em 1521, foi republicada segunda versão revisada e complementada e, em linhas gerais, foram mantidas as mesmas normas previstas nas Ordenações Afonsinas, sendo que a principal mudança foi formal, pois foi adotado o estilo decretatório, diferente do compilatório.

O Livro Terceiro continuou a ser dedicado ao processo civil, sendo que no Título 60 confirmou-se que a sentença que ofendesse a coisa julgada era “nenhuma” e afirmou-se que a “firmeza” das sentenças “algumas”, quando não houvesse mais possibilidade de recurso. Referente aos limites subjetivos, no título da apelação por terceiros, a coisa julgada beneficiava ou prejudicava “apenas aos que estiveram como parte no processo”. (TALAMINI, 2005, p.251)

1.2.3.3 As Ordenações Filipinas

As Ordenações Filipinas foram publicadas em 1603, no reinado de Felipe II, ao tempo que Portugal era governado por reis espanhóis, e reproduziram o sistema jurídico contido nas Ordenações Manuelinas, mais atualizado. Portanto, o Livro Terceiro continuou contendo tema de processo.

Segundo Celso Neves, nestas ordenações: a) foi reafirmado o princípio de que a sentença “nenhuma” não passa em julgado, podendo contra ela se opor a qualquer tempo; b) se houver apelação, esta somente se convalidará “por obra do rei”; c) se a sentença for contra direito da parte, esta é válida, sendo necessário a sua impugnação para que se torne firme; d) depois de proferida e publicada a sentença, o juiz não pode revê-la ou revoga-la, considerando-se “nenhuma”, a segunda que vier a ser dada, “salvo simples declaração, ou interpretação, se obscura, intrincada ou duvidosa”; e) foi mantida a regra das ordenações anteriores quanto ao limite subjetivo da coisa julgada. (NEVES, 1971, 76-79)

Outrossim, outras hipóteses de incoerência da coisa julgada foram identificadas, além da sentença “nenhuma”, como: a) as sentenças matrimoniais (como no direito canônico); b) a sentença sobre alimentos; c) a sentença em “juízo sumário”; d) a sentença “absolutória da instância”, que para nós seria a extinção sem julgamento do mérito; e) atos de jurisdição voluntária. (TALAMINI, 2005, p.260).

1.3 DIREITO MODERNO

A formação do direito moderno perpassa pelo Século XVI, com os glosadores, pós-glosadores, pelo direito comum, até chegar em SAVIGNY, que, para Celso Neves, representa o “verdadeiro divisor, entre a antiga e a nova doutrina” ressaltando que seus ensinamentos são de extrema importância para o entendimento da evolução do pensamento jurídico a respeito da coisa julgada. (NEVES, 1971).

Friedrich Karl von **Savigny**, grande vulto da filosofia jurídica do século XIX produziu vastíssimo conhecimento jurídico, sendo responsável pela recepção moderna do direito romano na Alemanha da época, criando assim uma visão sistêmica e científica de aplicação do direito.

1.3.1 Doutrina de Savigny

Em 1835 iniciou seu trabalho sobre o direito romano contemporâneo, *System des heutigen römischen Rechts* (8 vols., 1840-1849), chamado de SISTEMA e, com sua publicação, foi considerado o fundador do direito moderno.

O Sistema continha larga exposição sobre a coisa julgada e observava que a “contraposição de afirmações e pretensões das partes que caracteriza a lide deve resolver-se em uma solução unitária que tem seu lado formal e seu lado substancial” o que significa que poderia se operar a retroatividade do conteúdo da sentença e da extensão dos “direitos em si mesmos”, devendo a decisão ser “levada a efeito, mesmo contra a vontade das partes”. (NEVES, 1971, p. 107).

Todavia, referida sentença poderia ser reexaminada se reconhecido algum erro, para se reparar qualquer injustiça, inclusive por um outro juiz, o que geraria uma incerteza jurídica. Daí, a criação do instituto da *força legal* da sentença, qual seja o mesmo da *ficção da verdade*, que garante à sentença passada em julgado, a impossibilidade de reexame, levando a crer que referida eficácia da coisa julgada se valeria somente para as *sentenças injustas*, o que não era verdade. Também era importante para a manutenção das sentenças justas.

Conforme já dito, a doutrina exposta por Savigny no Sistema tinha como base o direito romano, mas também eram resolvidas questões que este direito não tinha feito alusão. Portanto, como a exceção da coisa julgada era fundada apenas na existência de uma sentença, não em seu conteúdo, impedindo que fosse ajuizada uma nova ação, possuindo somente uma *função negativa*, o instituto da *exceptio rei iudicatae* foi reformulado. Ou seja, passou a ter também uma *função positiva*, pois uma sentença posterior não poderia contradizer o conteúdo de uma sentença já pronunciada, perdurando as duas funções.

Celso Neves alude que Savigny ao observar os requisitos da coisa julgada trata primeiramente do “caráter formal que o pronunciamento do juiz deve ter, acrescentando que a sua força legal seria uma decorrência da autoridade do magistrado”, podendo também o pretor pronunciar sentença que igualmente transitava em julgado. (NEVES, 1971, p. 111)

No que tange à eficácia futura da coisa julgada, referido autor aduz:

...entende Savigny que ela depende da apuração do conteúdo da sentença que, nas condenações, só se determina através dos elementos de que se valeu o juiz para a sua própria persuasão, no sentido de acolher a ação e repelir as exceções a ela opostas. No que concerne à absolvição, qualquer negação por ele pronunciada adquire força legal.

.....

A essa linha de considerações, chega Savigny à conclusão de que a força legal compreende, também, os *motivos* da sentença, ou seja: que se deve considerar a sua força legal em conexão inseparável com as relações jurídicas afirmadas ou negadas pelo juiz, das quais depende a eficácia

prática da decisão (o ato imposto ao réu ou a rejeição do pedido do autor. (NEVES, 1971, p.117)

Frise-se ainda que Savigny admite a utilização, pelo juiz, de dois motivos determinantes em uma sentença: a) os *objetivos (elementos)*, que são os que integram a relação jurídica e adquirem força de coisa julgada e b) os *subjetivos*, que são os motivos pessoais daquele que julga e não têm força de coisa julgada, sendo que referidos ensinamentos foram contestados por vários doutrinadores, com Buchka, Bayer e Warchter, ainda no dizer de Celso Neves.

Depois Savigny passou a analisar particularidades da *exceptio rei iudicatae* dizendo dos seus requisitos: “a *questão* a decidir-se deve ser a *mesma*, já anteriormente decidida; as *pessoas* devem ser as mesmas que sustentaram a primeira lide”, o que foi chamado de “*identidade objetiva e subjetiva*”. (NEVES, 1971, p. 121)

Finalizando, se assente que a doutrina processual contemporânea resultou da reformulação de conceitos produzida após a publicação do Sistema do Direito Romano de Savigny, e o que se observa nesta doutrina é a tentativa de resolver o problema de justificação das obrigações das sentenças, mesmo quando apresentassem erro ou injustiça, problema este que perdura até os dias atuais, iminente na discussão da relativização da coisa julgada. (CARVALHO, Carlos Eduardo Araújo de, *et al*, 2007).

1.4 DOCTRINA CONTEMPORÂNEA

A partir dos ensinamentos de Savigny, ocorreu uma vasta elaboração doutrinária sobre o instituto da coisa julgada por toda Europa, especialmente a disciplina introduzida na Alemanha e na Itália.

Entretanto, neste item, será feita uma síntese dos estudos de alguns nomes expoentes da doutrina italiana contemporânea e que abre os horizontes do estudo da coisa julgada, mostrando as contradições entre a antiga e nova doutrina.

1.4.1 Coisa Julgada em Chiovenda

Giuseppe Chiovenda em 1905, ao iniciar e expor seu estudo sobre a Coisa Julgada, considerava que este estava exaurido, mas posteriormente, na primeira

edição de sua obra *Principii* em 1906, transposta para sua obra *Istituzioni*, reconsiderou sua opinião sobre o tema. (DINIZ, Suzana R, Savoi, *et al*, 2007) ⁴

Afirma Celso Neves que Chiovenda considera que o conceito de coisa Julgada, em sentido substancial, consiste na indiscutibilidade da existência da vontade concreta da lei afirmada na sentença. Para Chiovenda a coisa julgada ocorre somente em relação à sentença de mérito que reconhece o bem da vida a uma das partes, não permitindo que seja discutida veracidade ou não de um fato quando houver sentença a respeito e a discussão puder ocasionar a diminuição ou eliminação do bem reconhecido. (NEVES, 1971)

Percebe-se ainda que, para Chiovenda, a coisa julgada é verdadeira, ou tem uma presunção de verdade. No aspecto social, admite que para a maioria das pessoas estranhas à lide a sentença judicial aparece como uma coisa conforme a verdade.

Ora, a coisa julgada não se refere à verdade dos fatos, mas à existência da vontade da lei, no caso concreto. A sentença é apenas a afirmação de vontade do Estado que garante a alguém um bem da vida, no caso concreto e somente a este pode ter autoridade do julgado. Considera ainda que a sentença é definitiva, depois de decorridos os prazos para sua impugnação, fazendo com que a vontade da lei nela contida seja indiscutível e obrigatória para o juiz em qualquer juízo. Desta maneira, reconhece-se na coisa julgada a preclusão de qualquer questão futura, existindo coisa julgada substancial, nos juízos futuros e coisa julgada formal com a preclusão das impugnações.

Apesar de reconhecer na coisa julgada a preclusão, para Chiovenda estas não se confundem porque a segunda é um instituto geral do processo que tem aplicação em diversos casos e a própria preclusão de questões nem sempre dá lugar à coisa julgada, pois são específicos os casos que ocorre a coisa julgada, tais como: na sentença de mérito; na sentença sobre a admissibilidade dos meios de prova e da sentença sobre exceções processuais.

Quanto a processos futuros, reconhece a função negativa - as partes podem alegar e provar julgamento precedente, excluindo um novo julgamento e positiva da

⁴ Em todo o texto da coisa julgada em Chiovenda foi também utilizado como referência o artigo publicado no livro "Coisa Julgada: de Chiovenda a Fazzalari", Coord. Rosemiro Pereira Leal, 2007, de minha co-autoria.

coisa julgada - exige que o Juiz reconheça a existência do julgado anterior em todos os seus pronunciamentos referentes àquela demanda.

Quanto aos limites objetivos, o limite do julgado é a conclusão última do raciocínio do Juiz, não incluindo as questões prejudiciais incidentalmente resolvidas, nem os motivos da sentença. No que se refere aos limites subjetivos, a coisa Julgada obriga somente os sujeitos da relação processual, mas vale para todos e não pode prejudicar terceiros estranhos à lide.

Liebman, em observação de Celso Neves, considera que a doutrina de Chiovenda é de fundamental importância para a evolução do direito processual, tendo em vista, além de outras contribuições, as seguintes: distinção feita entre os fenômenos da preclusão e coisa julgada; impossibilidade de se discutir a coisa julgada substancial da coisa julgada formal e limitou a autoridade da coisa julgada ao mérito da ação, declarando-a procedente ou improcedente. E conclui o processualista:

Assim, a teoria de Chiovenda, combatendo a exagerada extensão e, por conseguinte, o enfraquecimento que seu conceito sofrera na doutrina medieval, conferiu à coisa julgada conteúdo mais claro, preciso e concreto e representa, de certo modo, retorno à concepção romana da *res iudicata*, não obstante as profundas diferenças que, por outros aspectos, derivam da diversidade das instituições processuais moderna. Retoma a Coisa Julgada, em seu Sistema, o posto que lhe compete no quadro dos institutos fundamentais do processo. Acha-se toda a doutrina moderna italiana sob a influência dessa idéia. (NEVES, 1971, p. 405)

1.4.2 Coisa Julgada em Liebman

Enrico Túlio Liebman publicou em Milão, em 1935, uma monografia denominada *Efficacia e Autorità Della Sentenza* que foi traduzida para o português por Alfredo Buzaid e Benvindo Aires e editada em 1945 no Rio de Janeiro. No prefácio Liebman afirma que seu trabalho “não é uma monografia sobre a coisa julgada, mas uma contribuição para o estabelecimento do seu conceito”. (LIEBMAN, 1945, p. 5)⁵

Através de sua doutrina, propaga o conceito de coisa julgada como a qualidade dos efeitos da sentença, declaração produzida na sentença. No seu

⁵ Em todo o texto da coisa julgada em Liebman foi também utilizado como referência o artigo publicado no livro “Coisa Julgada: de Chiovenda a Fazzalari”, Coord. Rosemiro Pereira Leal, 2007, de minha co-autoria.

entender, as razões da decisão não são alcançadas pela coisa julgada, pois este considera que só adquire coisa julgada o comando contido na sentença, e não os motivos, que se prestariam, no máximo a esclarecer o dispositivo, entendido exclusivamente como comando. (LIEBMAN, 1945)

Adotando também o mesmo entendimento, Ronaldo Cunha Campos leciona:

A autoridade da coisa julgada tem por função comunicar a fatos jurídicos determinada eficácia onde a norma legal se relevou inoperante. Deve o julgado possibilitar a evolução normal de uma cadeia de fatos, eliminando a lide, e, para isto é indispensável que atribua uma eficácia, complementar ou não, a determinados fatos. Tudo entretanto se verifica na cadeia de fatos onde eclodiu a lide. Se situamos os motivos como fenômenos de outra cadeia, são por isto estranhos a esta particular característica do julgado a que denominamos a autoridade da coisa julgada. (CAMPOS, 1988, p. 87)

Conforme já visto, a teoria de Liebman distingue eficácia e autoridade do julgado, considerando que a eficácia é *erga omnes* e a imutabilidade restringe-se às partes, mas, hodiernamente, com as Constituições democráticas, os efeitos da sentença limitados somente entre as partes, não encontram guarida, tendo em vista que muitos outros podem ser por ele alcançados, tal como ocorre em ações que tratam de interesses difusos e coletivos, bem como disposto no Código de Defesa do Consumidor pátrio.

Ao tratar da preclusão Liebman considera que sua finalidade é estabilizar as relações processuais e está associada à coisa julgada formal, podendo-se dizer, ainda, que “a eficácia preclusiva da coisa julgada não abrange de forma absoluta e definitiva todas as questões debatidas e decididas”. (SANTOS *et al*, 2006, p. 107)

A partir de Liebman a *res iudicata* passou a ser classificada como coisa julgada no aspecto formal e material, considerando-se que a formal é a preclusão dos recursos disponíveis às partes para impedir que a decisão produza efeitos e a material, está na finalização do processo apreciando o pedido feito pelas partes com a composição da lide.

Para ilustrar cita-se o entendimento de Liebman:

Não há, pode-se dizer, discordância entre os escritores sobre o ponto de distinção entre coisa julgada em sentido formal e em sentido substancial ou material. É a primeira uma qualidade da sentença, quando já não é recorrível por força da preclusão dos recursos; seria por sua vez a segunda a sua eficácia específica, e, propriamente a autoridade da coisa julgada, e estaria condicionada à formação da primeira. (LIEBMAN, 1945, p.60)

A teoria de Liebman, quanto a Coisa Julgada, sofre crítica de Allorio, que a considera incompleta, porque para ele não se poderia indagar se a autoridade da coisa julgada é efeito de direito substancial ou de direito processual, pela simples razão de que não seria efeito da sentença, mas uma qualidade de seus efeitos, ou seja, a sua imutabilidade.

O jurista Celso Neves bem reproduz a crítica de Allorio à teoria de Liebman:

Allorio nota que a própria definição da coisa julgada como *estabilidade dos efeitos da sentença* depende de se fixar quem essa estabilidade se refere. Se ao juiz, isso seria fruto apenas, da sua normal posição que não lhe permite mudar a situação das relações de direito material submetidas ao seu juízo; se às partes, os efeitos jurídicos produzidos pela sentença não escapam às mudanças que estão no âmbito de sua livre disponibilidade. A verdade é que imutável é a *própria sentença*. Mas a imutabilidade da sentença não é a coisa julgada; ou melhor, é, somente a coisa julgada em sentido formal. Precisamente a confusão entre coisa julgada substancial e coisa julgada formal parece-me o último e fundamental erro da teoria combatida. (NEVES, 1971, p.414)

Concluindo, para Liebman, a coisa julgada não busca somente assegurar a declaração ou mudança da relação jurídica deduzida em juízo, “mas a permanência e imutabilidade dos efeitos produzidos”, pois ela representa uma qualidade, um atributo da eficácia que a sentença produz. (SANTOS, *et al*, 2007).

Nessa esteira Liebman assente:

Único é, pois, o conceito de coisa julgada, embora seja dúplice a sua função: de um lado, torna imutável o *ato* da sentença, posta ao abrigo dos recursos então definitivamente preclusos; por outro, torna imutáveis os *efeitos* produzidos pela sentença, porque os consolida e os assegura do perigo de uma decisão contraditória.
...que a coisa julgada não é um efeito em si mesmo, mas uma qualidade dos efeitos, de todos os efeitos da sentença, quer declaratórios, constitutivos ou executórios. (LIEBMAN, 1945, 153-4).

Portanto, a base de sua teoria é que, de fato, quaisquer que sejam os efeitos da sentença e mesmo indiferente ao modo de sua definição, a autoridade da coisa julgada tem o condão de torná-los imutáveis. (LIEBMAN, 1945).

Entretanto, Rosemiro Pereira Leal, ao comentar sobre sentença e coisa julgada, ainda na concepção de Liebman, leciona:

Coisa julgada e sentença transitada em julgado não têm significados equivalentes, porque a coisa julgada (*res judicata*) na concepção de Liebman, é qualidade autônoma dos efeitos da sentença de mérito,

enquanto que a sentença transitada em julgado não pode fazer coisa julgada por não ter julgado o mérito e, não julgando o mérito, não tem autoridade de coisa julgada.

(..)

A contribuição de Liebman foi auspiciosa em conceituar a coisa julgada como qualidade dos efeitos da sentença de mérito, distinta desses efeitos, mas essa qualidade, hoje elevada à condição de *direito-garantia* constitucional, pode decorrer de uma sentença que, embora não julgando mérito, torne indiscutíveis e irreversíveis direitos reconhecidos. (LEAL, 2005, p.200-201)

Isso, porque a coisa julgada, a partir da vigência da Constituição da República de 1988 é instituto impositivo do *devido processo* para tornar juridicamente existente a sentença de mérito transitada em julgado. (LEAL, 2005a, p.5)

Mas a doutrina de Liebman não passou incólume às críticas dos juristas brasileiros, finalizando aqui com dizeres de Roberto Carlos Batista aduzindo que, embora seja significativa a contribuição de sua doutrina para o Brasil e para o mundo, “cambiando o eixo da discussão sobre a coisa julgada, processualistas renomados dele discordaram, inclusive brasileiros, como Celso Neves, Ovídio Baptista da Silva e Flávio Luis Gomes, entre outros”. (BATISTA, 2005, p. 100)

1.4.3 Coisa Julgada em Allorio

A doutrina de Enrico Allorio ⁶, que teve obras publicadas no ano de 1935 a 1960, aproximadamente, baseia-se na coisa julgada como um atributo específico da jurisdição, pois só o ato jurisdicional tem eficácia vinculativa plena, ao contrário do ato administrativo. Portanto, apenas como atividade do julgador é que o julgado se tornaria imutável. (DINIZ, Suzana R. Savoi, *et al*, 2007) ⁷

O jurista italiano compreende que a partir da jurisdição é que se extrai a capacidade de produzir a coisa julgada, defendendo, segundo Ovídio Baptista, “a tese de que a essência do ato jurisdicional está em sua aptidão para produzir coisa julgada”. Na jurisdição, como atuação estatal, estaria a coisa julgada, ou seja, “[...] a coisa julgada é o sinal inequívoco da verdadeira e própria jurisdição”, uma vez que a

⁶ Em trabalho apresentado no ano de 1948, Allorio sintetizou sua compreensão, partindo “de uma premissa normativista, que a atividade jurisdicional se realiza mediante um processo declarativo e litigioso. Define, então, a jurisdição como a aptidão em produzir a coisa julgada e exclui de seu conceito a chamada ‘jurisdição voluntária’, por ser uma atividade meramente administrativa.” (PAULA, 2002, p. 55).

⁷ Em todo o texto da coisa julgada em Allorio foi também utilizado como referência o artigo publicado no livro “Coisa Julgada: de Chiovenda a Fazzalari, Coord. Rosemiro Pereira Leal, 2007, de minha co-autoria.

jurisdição deve objetivar não um fim, mas ao resultado que dela é alcançado. A preocupação de Allorio consistiria em distinguir as atividades do Estado não pela sua finalidade, mas pelo resultado, ou seja, funda-se na distinção entre jurisdição e administração. (BAPTISTA DA SILVA, 2002, p. 30)

Como conseqüência, somente haveria coisa julgada na atividade jurisdicional, sendo este o seu marco diferenciador entre a jurisdição e administração. Todavia, repita-se, apenas a primeira adquire imutabilidade, através da *essência da coisa julgada*.

Assente o processualista Carlos Francisco Büttenbender que Allorio teve influência de Hans Kelsen, ressaltando que, enquanto “nas teorias normativistas” propôs-se que “não há que se perseguir a finalidade da lei, atividade de caráter subjetivista, mas sim, há que se averiguar as formas dessa atividade estatal” e de Piero Calamandrei⁸, este afirmando que a coisa julgada “é a pedra de toque” do ato jurisdicional. (BÜTTENBENDER, 2004, p. 57)

Para Hans kelsen, a Jurisdição:

[...] é realizada pela sentença judicial, função essa da denominada jurisdição ou poder judicial. Essa função não possui – como o indica a terminologia *juris dictio* (dizer o direito – *Recht-sprechung*), *judicatura* (encontrar o direito – *Rechts-Findung*) e como é aceita na teoria – um caráter meramente declaratório, como está na lei – que é a norma geral – direito acabado, no pronunciamento ou na revelação de um ato do Tribunal.

A função da denominada jurisdição é muito mais constitutiva criadora de direito, na verdadeira acepção da palavra. Pois existe uma situação de fato concreta, ligada a uma específica conseqüência jurídica, e toda essa relação é criada pela sentença judicial. (KELSEN, 2006, p. 106).

Para Allorio não parece legítima a distinção entre a jurisdição e a administração, pela acepção da atividade do Estado vinculada à sua finalidade, embora a diversidade dos alvos fosse insuficientemente demonstrada para fazer tal distinção, conseqüentemente inadequado, também seria para distinguir a jurisdição contenciosa da jurisdição voluntária.

De acordo com Kelsen, citado pelo próprio Allorio, a distinção entre as atividades do Estado não se opera de acordo com a finalidade perseguida, mas de acordo com a forma adotada e a eficácia das providências tomadas.

⁸ Ovídio Araújo Baptista da Silva coloca que: “a doutrina que restringe a jurisdição à coisa julgada, geralmente atribuída a Allorio, nem é tão recente e nem tão exclusiva. Defendeu-a também Calamandrei, num ensaio publicado no ano de 1917, ao afirmar que a coisa julgada é o que constituía a pedra de toque do ato jurisdicional”. (SILVA, 2002, p. 66).

Assim, aderimos a essa opinião, a administração dos negócios pode bem ser despachada em formas e com efeitos jurisdicionais, ao passo que o direito pode ser atuado e a lide pode ser regulada em modos e com autoridade simplesmente administrativa. (ALLORIO, 1963, p. 12)⁹

Com essas lições, Allorio se propôs, como ponto de partida da sua doutrina, distinguir a atividade do julgador –jurisdição – da atividade da administração, e as idéias de Kelsen corroboram nesse sentido, entendendo que as funções do Estado não se distinguem por seus fins, mas apenas pelas formas e conseqüentes efeitos. Colocou então, como base de distinção da jurisdição, a coisa julgada.

Seguindo ainda o posicionamento do filósofo normativista, tem-se as seguintes distinções:

Pode-se demonstrar que, tanto a jurisdição como a administração, são individualizações e concreções de leis, isto é, de leis administrativas. Sim, grande parte delas, as que são designadas, normalmente, como administração estatal, não se distinguem funcionalmente de modo algum das que se denominam jurisdição ou justiça, uma vez que do ponto de vista técnico o fim do Estado se alcança através do aparato administrativo, da mesma forma que pelos tribunais: se consegue o (estado) social desejado, ou seja, o que o legislador considera como tal, reagindo-se contra o oposto por meio de um ato coercitivo, a ser concretizado por órgãos estatais, em outras palavras: obrigando-se, juridicamente, os súditos a seguir uma conduta social desejável. (KELSEN, 2006, p. 106-107).

Nessa esteira, seguindo a linha de pensamento de Calamandrei que apontava coisa julgada como “pedra de toque” da atividade jurisdicional, Allorio¹⁰ como seu leitor¹¹, ampliou sua compreensão de jurisdição entendendo “como jurisdicional apenas a sentença que produza certeza jurídica”. (TESHEINER, 1993. p. 198)

⁹ ALLORIO cita dizer de Kelsen: “Así que, de aternos a esa opinión, la administración de negocios puede bien ser despachada en formas y con efectos jurisdiccionales, al paso que el derecho puede se actuado y la litis puede ser arreglada en modos y con autoridad simplemente administrativa”.

¹⁰ Veja que “Allorio desenvolveu a idéia originalmente de Calamandrei quanto à **pedra de toque** que seria a coisa julgada, tese que floresceu com a adesão, dentre outros, de Couture e, no Brasil, de Frederico Marques, Arruda Alvim, Lopes da Costa, e muitos outros”. (PADILLA, 1995, p. 307-305).

¹¹ “Segundo a opinião de Calamandrei, defendida nesse estudo, apenas a função declaratória é verdadeira jurisdição. Para ele, a própria sentença constitutiva, como a que decreta separação judicial em processo litigioso, ou anula algum ato ou negócio jurídico, não é inteiramente jurisdicional, mas ao contrário, constitui um ato complexo, formado por dois elementos, um dos quais de verdadeiramente ato jurisdicional, que é a declaração contida na sentença, e outro administrativo, ou pertencente à chamada jurisdição voluntária, o que daria no mesmo, através do qual o juiz baseado no ato declaratório e jurisdicional, decreta (efeito constitutivo) a separação judicial dos cônjuges, ou anula o ato ou o negócio jurídico anuláveis” (BAPTISTA DA SILVA, 2002, p. 31).

Entretanto, verifica-se que ao vincular a coisa julgada apenas à atuação jurisdicional, Allorio excluiu a jurisdição voluntária. Conseqüentemente não há que se falar de jurisdição em qualquer outro ato, em face da ausência da produção de certeza jurídica, ato peculiar da sentença judicial – o efeito declarativo, a coisa julgada material, tornando o grande diferencial da jurisdição e dos atos administrativos, incluindo, neste último, a jurisdição voluntária.

Daí, os elementos diferenciadores da jurisdição no entender de Allorio são: a coisa julgada e a sentença que produza certeza jurídica, isto é, no efeito declarativo.

Como foi dito anteriormente, Kelsen colocou como diferenciador da jurisdição e da administração, a forma adotada e a eficácia das providências tomadas, não mais na sua finalidade e observa-se que Couture aderiu a essa tese ao afirmar “que a função imediata da jurisdição é a de ‘decidir’ conflitos e controvérsias de relevância jurídica” e, com base na expressão utilizada por Calamandrei, declarou “ser a coisa julgada ‘a pedra de toque’ do ato jurisdicional”. (BAPTISTA DA SILVA, 2002, p. 32).

Com efeito, como para Allorio, o efeito declarativo da sentença ou seja, a coisa julgada, era o sinal inequívoco da verdadeira e própria jurisdição (ALLORIO, 1963), a jurisdição voluntária não seria propriamente uma jurisdição, mas uma função administrativa despachada por órgãos da hierarquia judicial, isto é, atuação estatal na atividade voluntária.

Dessa forma, por outro lado, sobre como os efeitos declarativos e jurisdicionais gerariam coisa julgada, ficaria a seguinte indagação: como explicar a atividade jurisdicional no processo cautelar, que tem efeito declaratório, mas não produz coisa julgada?

Ao limitar a jurisdição à atuação judicial que leva à coisa julgada, essa teoria não explica de modo satisfatório os casos onde essa mesma atuação judicial não leva a constituir o fenômeno da coisa julgada, como seriam os casos da *res iudicata* no processo cautelar e as hipóteses de extinção do processo sem julgamento do mérito. (BÜTTENBENDER, 2004, p. 58).

É importante frisar que, segundo Rogério Medeiros Lima, quando Allorio falava em coisa julgada, “estava se referindo à coisa julgada material, e não à coisa julgada formal” (LIMA, 2005, p. 80). Isso, porque, como a sentença declaratória proferida produz coisa julgada material, se tornando imutável, pode-se chamar de jurisdicional a sentença proferida na contenciosidade e concluir que a coisa julgada se constitui na essência da atuação jurisdicional, que se dá sob a forma declarativa.

Nesse sentido aduz Allorio:

A coisa julgada é a eficácia normativa da declaração de certeza jurisdicional, a coisa julgada trunca e faz inúteis as discussões acerca da justiça ou injustiça do pronunciamento; a coisa julgada vincula as partes e a todo o juiz futuro; em virtude da coisa julgada, o que está decidido é direito. Todas estas proposições traduzem em distintas formas a mesma verdade simples, que com deliberada insistência verbal expressam os brocados latinos: que a coisa julgada é um vínculo. (Tradução livre) (ALLORIO, 1963, P.130-131)¹²

Nessa esteira, a teoria de Allorio restou insuficiente e sem explicação condizente, considerando a vinculação da atuação judicial – jurisdição – à coisa julgada, pois deixou de considerar jurisdicional o processo cautelar e as situações de extinção do processo sem resolução do mérito.

Dentre críticas à teoria de Allorio, Ovídio Baptista da Silva apresenta as seguintes objeções, quanto à exposição feita:

1º) considerando-se como ato jurisdicional apenas o processo chamado declarativo, onde houver produção de coisa julgada, ficariam excluídos da jurisdição todo o processo executivo e a jurisdição voluntária. E embora quanto a esta última haja predominância de opiniões que a consideram atividade de natureza administrativa, quanto ao processo de execução há consenso geral sobre sua jurisdicionalidade; 2º) além destas limitações, que, por si só, já seriam capazes de invalidar a doutrina, ainda poderíamos lembrar que, no próprio processo declaratório, poderiam ter lugar formas procedimentais em que não ocorre o fenômeno da coisa julgada, além da ausência da *res iudicata* no processo cautelar, cuja jurisdicionalidade ninguém discute. (BAPTISTA DA SILVA, 2002, p. 32)

Portanto, a jurisdição voluntária (caráter administrativo) não adquire a imutabilidade da coisa julgada, isto é, não produz coisa julgada. Ao definir a jurisdição pelo efeito de produzir a coisa julgada, exclui dela os que não encaixem dentro do processo declaratório, ou seja, o elemento distintivo da jurisdição para Allorio é o efeito declaratório da decisão judicial, bem como a coisa julgada. A declaração da certeza é o momento típico da jurisdição.

Como relata José Frederico Marques, o diferencial da jurisdição contenciosa “é a *res judicata* e, como consequência ou reflexo da imutabilidade dos efeitos de suas

¹² “La cosa juzgada es la eficacia normativa de la declaración de certeza jurisdiccional; la cosa juzgada trunca y hace inútiles las discusiones acerca de la justicia o injusticia Del pronunciamiente; la cosa juzgada vincula a las partes y a todo juez futuro; em virtud de la cosa juzgada, lo que está decidido es derecho. Todas estas proposiciones traducen em distintas formas la misma simple verdad que com intencionada insistência verbal expresan conocidos brocados latinos: que la cosa juzgada es um vínculo”.

sentenças, o desenvolvimento da atividade judiciária através de formas processuais adequadas”. Apenas a jurisdição contenciosa produziria *a coisa julgada substancial*, ressaltando os casos alhures citados de jurisdição contenciosa que não produzem coisa julgada e que não são de jurisdição voluntária. (MARQUES, 2000, p. 184)

Allorio não passou imune às críticas de outros juristas¹³, citando inclusive em sua obra, objeção de Fazzalari à sua teoria, aduzindo que este não acredita na tese que individualize a jurisdição na atividade produtora da coisa julgada. Fazzalari também coloca que a sentença – o ato jurisdicional não é uma manifestação intelectual, mas um ato de vontade, deduzindo que a declaração de certeza não pode ser seu momento característico e que a coisa julgada não pode constituir seu efeito. (ALLORIO, 1963, p. 116).¹⁴

Em resposta às críticas apontadas por Fazzalari, Allorio respondeu que, para demonstrar a premissa de que a declaração de certeza não é momento típico da jurisdição, e que a coisa julgada não vale como o efeito individualizador da atividade jurisdicional, seria necessário que, quando do efeito declarativo se aludisse, por parte de quem faz destacar esse efeito, a um acontecimento meramente intelectual e não a uma consequência jurídica de um ato imperativo, ou seja a sentença. Aduz ainda que a verdade é justamente o oposto, pois a coisa julgada é concebida, evidentemente, como efeito jurídico da sentença, precisamente quando determinadora do efeito da coisa julgada, constitui ato normativo, não simples manifestação intelectual. Allorio se referiu ao entendimento de Fazzalari como um mal entendido. (ALLORIO, 1963, p. 116)¹⁵

¹³ Jônatas Luiz Moreira enumera quatro críticas, combatendo os argumentos de Allorio: “a) não é pacífico na ciência processual entender a jurisdição voluntária como atividade meramente administrativa, o que já levanta controvérsias sobre a admissibilidade de teoria de Allorio; contudo, é inadmissível excluir o processo de execução da atividade jurisdicional; b) de igual forma, existem sentenças proferidas no processo de conhecimento que não fazem coisa julgada, como a que concede alimentos, bem como é questionável a existência da coisa julgada no processo cautelar; c) Eduardo Couture questiona se haveria jurisdição ‘alloriana’ num processo extinto sem o julgamento do mérito (por carência de ação ou falta de pressuposto processual); d) por fim, decreta Segni, não se pode definir jurisdição pelo seu efeito”. Cf. PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *Teoria geral do processo*. 3. ed. São Paulo: Manole, 2002, p. 55-56.

¹⁴ “Fazzalari no cree poder aceptar la tesis que individualiza la jurisdicción en sentido propio en la actividad productora de la cosa juzgada”. Continuando, assim Fazzalari comenta a teoria de Allorio: “Formula su opinión de que la sentencia (es decir, el acto jurisdiccional) no es una manifestación intelectual, sino un acto de voluntad. De ello deduce que la declaración de certeza no puede ser su momento característico, y ulteriormente, que la cosa juzgada no puede constituir su efecto característico!”

¹⁵ Assim Allorio aduz sobre os comentários de Fazzalari: “Pero, para hacer derivar de esa premissa que la declaración de certeza no sea el momento típico de la jurisdicción, y que la cosa juzgada no valga por tanto como efecto individualizador de la actividad jurisdiccional, sería necesario que, al

Quanto a natureza da coisa julgada, Allorio parte da análise de duas concepções: a doutrina processualista e a doutrina substancialista da coisa julgada, sendo para referido jurista “reflexo da contraposição entre os dois modos, fundamental diversos, de entender a destinação do processo civil”. A antinomia entre doutrina substancial e doutrina processual da coisa julgada não é nada mais do que o reflexo dessas contradições entre dois modos fundamentalmente diferentes de interpretar a destinação do processo. (NEVES, 1971, p. 407)

Pode-se demonstrar da seguinte forma: **a)** se a destinação do processo é a atuação do direito, torna-se, quase impossível, admitir que a sentença (aqui considerada como ato final do processo) tenha como efeito a criação de novas relações jurídicas substanciais, e somente poder-se-á consentir que essa crie um vínculo para os futuros juízes que serão chamados para decidir em torno do *eadem res*. Cria-se então, aquela certeza judicial, que, de acordo com a concepção do processo como meio de atuar o direito, não é senão uma forma de atuação do direito; **b)** mas se a destinação do processo é a definição dos litígios, e a atuação do direito é apenas o meio e limite à persecução de tal escopo, então, sem dúvida, o comando do Estado – a sentença – é voltado a concluir um litígio (lide) que tem efeitos de direito substancial. Assim o litígio é uma situação de conflito, de tal forma que as partes apresentam juízos de valores diferentes, uma aplicação diferente da vontade da lei, em ordem a uma relação de direito substancial; nem a composição é ao contrário alcançada, que impondo um novo regulamento certo, em substituição ao precedente regulamento incerto daquela relação de direito substancial, sobre a qual recaia a controvérsia. (ALLORIO, 1935)

Por conseguinte, a doutrina substancial (teoria material) da coisa julgada vem a ser um fator constitutivo de um novo vínculo de direito material, tendo como um dos defensores Enrico Allorio. Daí, deflui-se que “a doutrina substancial está em

hablar de efecto declarativo, se aludiese, por parte de quien hace destacar este efecto, a un acontecimiento meramente intelectual, y no ya a la ¡consecuencia jurídica de un acto imperativo! Ahora bien, la verdad es justamente la opuesta: la cosa juzgada es concebida, evidentemente, como efecto jurídico, y la sentencia, precisamente en cuanto determinadora del efecto de la cosa juzgada, constituye acto normativo, no simple manifestación intelectual. El presupuesto en relación al cual Fazzalari no considera poder acceder a la opinión que quiere ver en la cosa juzgada el elemento identificador de la jurisdicción, es en suma, un presupuesto discutibilísimo, que tiene su raíz en un malentendido”.

relação direta com a consideração do processo como instituição destinada à aquisição da composição do litígio”. (ALLORIO, 1935, p. 11) ¹⁶

Nesse contexto, explica Ovídio Baptista:

Ao contrário, para os defensores da *teoria substancial*, dentre os quais se destaca ALLORIO, a coisa julgada é fator constitutivo de um novo vínculo de direito material. Procurando mostrar que a fórmula segundo a qual “a sentença declara, não cria direito” seria insuficiente por não explicar o fenômeno da sentença injusta, ALLORIO conclui que toda sentença, seja confirmadora de um direito preexistente ou, ao contrário, pronúncia contra o direito, e, portanto, injusta, produz uma nova relação jurídica de direito material. (BAPTISTA DA SILVA, 2002, p. 497)

Em sentido oposto da teoria substancial, a teoria processual aponta que a coisa julgada não cria ou modifica qualquer vínculo de direito material, teria eficácia declaratória, gerando vínculo somente para os processos futuros, defendendo Allorio que: “A doutrina processual da coisa julgada descende da consideração do processo como instrumento para a atuação do direito”. (ALLORIO, 1935, p. 11) ¹⁷

A sentença não cria novas relações jurídicas substanciais. A coisa julgada vincularia o agente julgador apenas pelo processo e não por uma sentença que reconheceu um direito inexistente, criando uma “espécie” de direito material vinculativo. O agente julgador estaria vinculado, em um segundo processo, por um preceito de direito processual e nunca de direito material.

Conforme relata Celso Neves em sua obra, Allorio coloca que “a doutrina processual da coisa julgada descende da concepção do processo como instrumento de atuação do direito objetivo”. Por outro lado, aponta para a doutrina substancial, a vinculação da teoria substancial da coisa julgada à teoria carneluttiana da composição da lide, sendo esse o seu diferencial, pois vincula à idéia do processo como instrumento de solução de lide e esclarece, ainda, que a “doutrina substancial não é inconciliável com a atuação do direito objetivo como escopo do processo, desde que se acomode ao problema da sentença injusta” . (NEVES, 1971, P. 408)

A doutrina substancial da coisa julgada se sobrepuja e apresenta uma distinção. De acordo com Allorio, a sentença não cria direito; porém, há casos concretos individualizados, excepcionais, vinculados às mais diversas e não

¹⁶ “La dottrina sostanziale è in relazione diretta colla considerazione del processo come istituto destinato al raggiungimento della composizione della lite.”

¹⁷ “La dottrina processuale della cosa giudicata discende dalla considerazione del processo come strumento per l'attuazione del diritto.”

aquiescidas circunstâncias concretas como faltar com a sua finalidade e criar direito: neste caso, pode-se bem dizer que a coisa julgada consiste de uma eficácia acima das relações jurídicas substanciais.

Indaga-se se, portanto, conforme questionamento de Celso Neves, se a coisa julgada produz modificações no plano do direito material e repercute na controvérsia entre as teorias processual e material:

Segundo a teoria material, a vinculação dos juízes à sentença passada em julgado, em processos futuros, derivaria da concordância entre o seu conteúdo e o direito material incidente. Para a teoria processual a decisão passada em julgado não influi no direito material, vinculando-se o juiz de processo futuro à sentença, em razão, apenas, de um comando processual. (NEVES, 1971, p. 415).

Mas para Allorio, o problema da *sentença injusta* torna-se inconciliável com a teoria substancial da coisa julgada e a compreensão do processo com instrumento de realização do direito (direito objetivo). Isso, porque a sentença declara e não cria direito, mas coloca que em variadas e imprevisíveis circunstâncias concretas, pode falhar ao seu fim e criar o direito. Aponta que a teoria processual incidiria no erro de considerar o instituto da coisa julgada apenas sob aspecto do vínculo do juiz nos processos futuros, sendo a unilateralidade o seu ponto frágil.

Aqui, verdadeiramente, a sentença (injusta) tem eficácia constitutiva: mas tal eficácia constitutiva não é a coisa julgada, cuja última é, ao invés, identificada com a eficácia de regulamentar das relações que dizem respeito a todas as sentenças. Em outras palavras: a eficácia constitutiva da decisão injusta não é coisa julgada enquanto constitutiva. Seria coisa julgada mesmo se, ao invés, confirmativa da regra precedente. (ALLORIO, 1935, p. 15).¹⁸

Nesse diapasão, enquanto a teoria processual se conecta à visão do processo como instituição para a atuação do direito, a teoria substancial se conecta à consideração do processo como meio para conseguir a composição do litígio. Nesse caso, a teoria substancial explica a eficácia da sentença em congruência com o fato dela ser justa ou injusta, e verifica-se que,

¹⁸ “Qui, veramente, la sentenza (ingiusta) ha efficacia costitutiva: ma tale efficacia costitutiva non è la cosa giudicata, la quale ultima è, invece, da identificarsi con l’efficacia regolatrice di rapporti spettante a tutte le sentenze. In altri termini: l’efficacia costitutiva della decisione ingiusta non è cosa giudicata in quanto costitutiva. Sarebbe cosa giudicata anche se, invece, confermativa della regola precedente.”

[...] quando a sentença é justa, ela vem a se juntar, àquela já em precedência reconhecida pelo direito, uma nova causa justificadora da pretensão de que tenha sido acolhida como fundada, é uma segunda vez tolhida a base da pretensão rechaçada como infundada; quando a sentença é injusta, a causa, pelas quais àquelas relações assumirá um determinado tratamento é uma só e é a sentença.

Neste esquema, aquilo que interessa não é tanto o funcionamento da sentença injusta, quanto o modo de funcionar da sentença justa. (ALLORIO, 1935, p. 23).¹⁹

O problema da justiça ou injustiça da decisão não é de fácil deslinde e apesar de sua existência, depois de prolatada a sentença, se justa ou injusta, com o trânsito em julgado, torna incontroverso o que foi decidido. Com efeito, para Allorio a sentença injusta teria eficácia construtiva em face da teoria substancial, isto é, eficácia modificadora do estado de direito preexistente e a teoria processual comete a injustiça de considerar o instituto da coisa julgada somente sob o ponto de vista do vínculo do juiz nos processos futuros. Essa face unilateral é o ponto frágil da doutrina processual.

A sentença, o julgado, mesmo antes do juiz, deve ser respeitada pelas partes, nas relações recíprocas, sob o terreno do ato jurídico substancial. Trata-se de uma incompreensão histórica da coisa julgada, sendo evidenciadas apenas as circunstâncias que envolvem o Juiz e os futuros processos, se não vejamos:

Na prática acaba sendo, é verdade, o mesmo que dizer: “a relação x é de agora em diante regulada judicialmente assim” e dizer “o juiz avaliará, de agora em diante o relacionamento jurídico x”. Do segundo ponto de vista, antes, partia o direito pretório dos Romanos, que não era nada mais do que um sistema de enunciações programáticas, com as quais o magistrado informava o público a aceitação que ele teria reservado para perguntas e afirmações de aspirações de um determinado conteúdo. Justamente no terreno do direito pretório romano surgiu, na forma do *exceptio* (nos casos em que não existia lugar realmente, por efeito da *litis contestatio*, a consumação processual). A instituição da coisa julgada: o que quer dizer que, em direito romano clássico, antes da fusão do direito pretório com o *ius* civil, imperava uma concepção da coisa julgada que *não era* a concepção substancial. Do segundo ponto de vista parte também o hodierno direito penal, do qual foi felizmente afirmada a natureza de “direito judiciário substancial”, e que é em efeito um sistema de cominatórias, que a lei volta ao indivíduo, de condenação *em juízo* a uma pena, em relação a um comportamento que revista caráter reato. Não é, enfim, impensável que também o direito privado hodierno possa ser construído em uma tal maneira: uma tentativa deste gênero representa a teoria da “pretensão a

¹⁹ “...quando la pronuncia è giusta, viene ad aggiungersi, a quella già in precedenza riconosciuta dal diritto, una nuova causa giustificatrice della pretesa che sia stata accolta come fondata, viene una seconda volta tolta la base alla pretesa respinta come infondata; quando la pronuncia sia ingiusta, la causa, per cui, a quei rapporti, toccherà ormai un determinato trattamento è una sola, ed è la pronuncia. In costesto schema, quel che interessa non è tanto il funzionamento della sentenza ingiusta, quanto il modo di funzionare della sentenza giusta.”

tutela jurídica”, sucessivamente elaborada a teoria do “direito judiciário substancial civil. (ALLORIO, 1935, p. 29)²⁰

Assente Allorio sobre a desnecessidade de indagar se a autoridade da coisa julgada seja efeito de direito processual ou direito substancial, pela única razão compreensível: a coisa julgada não seria um efeito da sentença, mas uma *qualidade* dos efeitos da sentença: ou seja, a *imutabilidade* destes efeitos.

Portanto, anota ainda, que a definição da coisa julgada, isto é, a estabilidade da sentença está sujeita a quem se refere, assim sendo, ao juiz e às partes. A imutabilidade seria referida não somente à eficácia da sentença enquanto accertamento; mas também à sua eficácia constitutiva. Deste modo, para o agente julgador, a “estabilidade dos efeitos da sentença” consiste na “sua posição que não lhe permite mudar a situação das relações de direito material submetidas ao seu juízo”. Noutra parte, “às partes, os efeitos jurídicos produzidos pela sentença não escapam às mudanças que estão no âmbito de sua livre disponibilidade”, conforme anota Celso Neves. (NEVES, 1971, p. 414)

Nesse caso, se verifica que para o juiz os efeitos que a sentença (passada em julgado) produzidos, não são certamente mutáveis: mas isso não é fruto de uma autoridade específica da sentença, trata-se de posições normais do juiz, que não modificam, nem violam uma obrigação, ou mudam o estado das relações de direito substancial submetido ao seu julgamento, a menos que não se trate de realizar o direito (potestativo) de uma das partes à mudança. Enquanto para as partes, após os efeitos jurídicos emanados da sentença, não são de fato subtraídos de futuras mudanças; esses se submetem *in toto* ao livre poder de disposição das partes, com o único limite que pode derivar da natureza das mesmas relações. (ALLORIO, 1935)

²⁰ “In pratica riesce, è vero, lo stesso dire: ‘Il rapporto x è d’or in poi regolato giuridicamente così’ e dire: ‘Il giudice valuterà, d’or in poi, così il rapporto giuridico x’. Dal secondo punto di vista anzi, partiva il diritto pretorio dei Romani, il quale altro non era che un sistema d’enunciazioni programmatiche, con cui il magistrato informava il pubblico dell’accoglienza ch’egli avrebbe riservata a domande e affermazioni di pretese d’un determinato contenuto. Proprio sul terreno del diritto pretorio romano sorse, nella forma dell’*exceptio* (nei casi in cui non aveva luogo a dirittura, per effetto della *litis contestatio*, la consunzione processuale). L’istituto della cosa giudicata: il che vuol dire che, in diritto romano classico, prima cioè della fusione del diritto pretorio col *ius* civile, imperava una concezione della cosa giudicata che *non* era la concezione sostanziale. Dal secondo punto di vista parte anche l’odierno diritto penale, del quale fu felicemente affermata la natura di ‘diritto giudiziario sostanziale’, e che è in effetto un sistema di comminatorie, che la legge rivolge al singolo, di condanna *in giudizio* a una pena, in relazione a un comportamento che rivesta carattere di reato. Non è, infine, impensabile che anche il diritto privato odierno possa essere costruito in una tal maniera: un tentativo di questo genere rappresenta la teoria della ‘pretesa a tutela giuridica’, sucesivamente elaborata a teoria del ‘diritto giudiziario sostanziale civile’.”

Daí, conclui-se que a sentença pelos seus efeitos não é imutável, mas imutável é a própria sentença, – coisa julgada em sentido formal. As confusões entre a teoria substancial e a coisa julgada formal ocasionaram e levaram ao erro da teoria combatida, consoante se lê da obra de Celso Neves:

A verdade – remata Allorio – é que imutáveis não são os efeitos da sentença; imutável é a própria sentença. Mas a imutabilidade da sentença não é a coisa julgada: ou melhor, é, somente, a coisa julgada em sentido formal. (NEVES, 1971, p.414)

No entanto, o Código de Processo Civil brasileiro adotou a teoria processualista, consoante se lê dos artigos 471 ²¹ e 267 ²². Portanto, os efeitos da coisa julgada operam-se fora do processo, isto é, para um segundo processo, após ter sido encerrada a prestação jurisdicional, perante as partes (interpartes) e terceiros.

Seguindo nesta linha, conforme entendimento do jurista Egas Moniz de Aragão, o Código de Processo Civil acolheu a teoria que Allorio denomina *Teoria Processual Radical*, se não vejamos:

Conjugadas essas disposições, verifica-se que o Código acolhe a tese, que ALLORIO denomina *teoria processual radical*, de nenhum juiz poder julgar de novo (nem que seja no mesmo sentido) causa já composta por sentença passada em julgado, pois se tornar a julgá-la irá *ofender a coisa julgada*. A ofensa, portanto, consiste em simplesmente pronunciar-se. Desde que o faça, com isso ofende a coisa julgada, sendo irrelevante que o novo julgamento coincida ou não com o anterior. (MONIZ DE ARAGÃO, 1992, p.215)

Por conseguinte Allorio arrola as seguintes críticas à concepção, que nomeou de processual radical:

- 1 – A concepção radical não explica cada Função positiva da coisa julgada (que, somente, consiste na influencia da coisa julgada sobre relações dependentes daquilo decidido).
- 2 – A concepção em palavra não explica, como quem já obteve uma sentença de mero acerto favorável pode agir, não digo para pedir a condenação, porque o *petium* seria diferente: mas para pedir de novo o acerto, fundamentado em um renovado interesse de agir (que pode ser o interesse à interpretação de um julgamento dúbio, ou o interesse provocado por contestações renovadas, ou pela perda do documento que representa e contem o precedente julgado).
- 3 – Enfim, se leva a sério a qualificação que o mais recente fator da teoria processual radical dá à coisa julgada, de “pressuposto processual negativo”

²¹ Art. 471 do CPC: “nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide”.

²² O Art. 267, V, do CPC, determina a extinção do processo sem julgamento do mérito quando o juiz acolher a alegação de coisa julgada.

e a qualificação que lhe deriva à “exceção” de coisa julgada, de aceitação direta a fazer valer um pressuposto processual negativo – corre-se o risco e chega-se à deplorável consequência de dar uma dimensão exclusivamente processual, e de negar, portanto a autoridade de coisa julgada, à sentença que pronuncia na “exceção” de coisa julgada”. (ALLORIO, 1935, p. 34-35).²³ (tradução livre)

É muito interessante observar que, de acordo com o nosso Código de Processo Civil, o ordenamento jurídico não admite duplo julgamento, pois ao extinguir o processo será indiferente a possibilidade de coincidir ou não o primeiro com o segundo julgamento. Por esse entendimento a coisa julgada produz efeitos diretamente no plano processual e vincula ao juiz, que não pode proferir novo julgamento e também às partes, uma vez que a decisão reflete no plano substancial.

Quanto à eficácia ultraparte, anota Allorio que “Este transferir-se da coisa julgada frente a um terceiro é justificado pela presença de um nexo de prejudicialidade entre relações”. (ALLORIO, 1935. p. 84)²⁴

Assim, os limites subjetivos da coisa julgada devem ser entendidos como reflexos dos limites objetivos, ou seja, “entre as partes, tem eficácia direta; para terceiros, pode ter uma eficácia reflexa”. Então, para o terceiro – justifica-se pela presença de um nexo de prejudicialidade entre relações. Portanto, a sentença regula situação decidida e tem eficácia para as partes, mas não cria outras situações nem para as partes, nem para terceiros. Vale dizer que a sentença não deve “prejudicar nem beneficiar terceiros”. (NEVES, 1971, p. 416-417).

1.4.4 Coisa Julgada em Fazzalari

Elio Fazzalari, jurista italiano, com importantes obras publicadas a partir de 1953, aproximadamente, teve sua doutrina conhecida e difundida no Brasil

²³ “1) La concezione radicale non spiega la ed. funzione positiva della cosa giudicata (la quale, solitamente, consiste nell’influenza della cosa giudicata sui rapporti dipendenti da quello deciso). 2) La concezione in parola non spiega, come chi ha ottenuto una pronuncia di mero accertamento favorevole possa agire, non dico per chiedere la condanna, chè il *petitum* sarebbe diverso; ma per chiedere di nuovo l’accertamento, sul fondamento d’un rinnovato interesse ad agire (che può essere l’interesse all’interpretazione d’un giudicato dubbio, o l’interesse provocato da rinnovate contestazioni, o dalla perdita del documento che rappresenta e contiene il precedente giudicato). 3) Infine, se si piglia sul serio la qualifica che il più recente fautore della teoria processuale radicale dà alla cosa giudicata, di ‘presupposto processuale negativo’ e la qualifica che ne deriva all’ ‘eccezione’ di cosa giudicata, d’eccezione diretta a far valere un presupposto processuale negativo – si corre il rischio e s’arriva alla deplorabile conseguenza di dar una portata esclusivamente processuale, e di negar quindi autorità di cosa giudicata, alla sentenza che pronuncia sull’ ‘eccezione’ di cosa giudicata.”

²⁴ “Questo trasferirsi della cosa giudicata in capo a un terzo è giustificato dalla presenza d’un nesso di pregiudizialità tra rapporti”

através da obra de Aroldo Plínio Gonçalves, na qual retrata, principalmente, o renovado conceito de processo como “procedimento realizado em contraditório entre as partes”, em simétrica paridade, daqueles a que se destinam os efeitos da sentença, ou seja, daqueles que suportarão os “efeitos do provimento” estatal, que ele vier impor. (GONÇALVES, 2001, p. 120)

O autor italiano bem define o processo como “um procedimento do qual participam (são habilitados a participar) aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos: em contraditório, de modo que o autor do ato não possa obliterar as suas atividades”. E o procedimento é entendido como uma atividade preparatória do provimento, com estrutura específica constituída da seqüência de normas, atos, em determinada conexão, como uma série de “faculdades, poderes, deveres”. Enfim, a concepção fazzalariana conclui que o processo é uma das espécies do gênero procedimento. (FAZZALARI, 2006, p. 115-118)

Por conseguinte, é a partir desta concepção de processo que o autor define a coisa julgada como a irretratabilidade da sentença, alcançada pelo exaurimento, “por efeito da preclusão”, das “faculdades, dos poderes (das partes)” em relação aos recursos para a sua cassação, tornando a sentença incontestável pelas partes, colocando fim à lide. (FAZZALARI, 2006, p. 539)

Nesse sentido, Fazzalari assente que essa situação processual possui duas faces da irretratabilidade da sentença em sede judiciária, como um atributo da sua eficácia, que consiste na chamada autoridade da coisa julgada ou coisa julgada, conforme a seguir:

- a) que a sentença se torna incontestável em juízo por obra das partes, dado justamente a sua carência de outros poderes processuais para prosseguir o processo ou para instaurar um novo sobre o mesmo objeto, obliterando a sentença já emitida (e não mais impugnável): com efeito, não é necessário configurar, em relação àqueles sujeitos, uma proibição de contestar a sentença, bastando a contestação de que a lei não concede a eles novos poderes para fazê-lo;
- b) que, por conseguinte, se torna ‘intocável’ por assim dizer, por parte do juiz que a emitiu e por qualquer outro juiz, ainda aqui não por causa de uma proibição, mas pela simples falta de poderes (*rectius*: deveres): *nemo iudex sine actore*. (FAZZALARI, 2006, p. 540-541)

Por conseguinte, o atributo da eficácia da sentença, ou seja, sua irretratabilidade, se refere tanto às sentenças que dizem respeito ao “rito” e aos seus efeitos sobre o processo, quanto às sentenças de “mérito”, que contenham um comando jurisdicional e que possuam eficácia substancial.

Isso, porque os chamados provimentos de rito, que não são emitidos com sentença, também não podem ser objeto de reexame, após o trânsito em julgado do provimento final – sentença. Quanto às questões substanciais que tenham sido conhecidas pelo juiz *incidenter tantum*, preliminarmente, podem ser rediscutidas em outro processo, porque não foram ainda objeto de provimento jurisdicional de declaração.

É oportuno salientar que Fazzalari enfatiza a não identificação entre a eficácia da sentença de mérito e a coisa julgada, ao argumento:

a) Não se pode dizer que o trânsito em julgado da sentença é que projeta seus efeitos na esfera substancial, pois sua eficácia se projeta no patrimônio das partes, por força própria, como consequência da decisão judicial, não sendo necessária a identificação da “coisa julgada”. Quanto à sentença de mérito, fala-se em coisa julgada, mas tal especificação não pode se transformar “no sentido que os efeitos substanciais daquela sentença sejam produzidos pelo trânsito em julgado”, pois a irretratabilidade dos efeitos substanciais da sentença na esfera substancial das partes é criada por ela própria, pelo fenômeno processual que produz – exaurimento dos poderes das partes e dos deveres do juiz.

Nesse sentido, ele afirma:

A isso – que se identifica no “trânsito em julgado” da sentença (art. 324 CPC, cit.) – é também assinalado o nome de “coisa julgada (ou “julgado”) formal”, atributo que pode ser homologado por reforçar, justamente, a “natureza” processual da “coisa julgada”. (FAZZALARI, 2006, p. 543-544)

b) A coisa julgada, aqui como irretratabilidade da sentença judicial, não exclui que os “efeitos do provimento de mérito possam incidir e/ou sair do processo – enquanto ‘disponíveis’ no plano substancial”, em decorrência de fatos ou de atos com que a lei substancial de plano estabeleça conexão com novos comandos e permissões incompatíveis com aqueles efeitos, ou mesmo negativos em relação a eles. Como exemplo, Fazzalari cita:

Assim, por exemplo, o cumprimento extingue os efeitos da condenação; as partes e/ou o seu adversário na causa podem, depois do trânsito em julgado da sentença, dar um novo caráter aos seus relacionamentos (por exemplo, o beneficiário da condenação pode muito bem perdoar o débito do condenado; a nova situação “substancial” criada pela sentença reentra obviamente no âmbito do poder dispositivo dos sujeitos privados). (FAZZALARI, 2006, p. 544)

Prosseguindo, referido autor, quando trata dos limites objetivos e subjetivos da coisa julgada substancial, assente que, no âmbito objetivo, verifica-se que a coisa

julgada atinge tanto os comandos contidos no dispositivo, quanto o expresso na motivação; no âmbito subjetivo, tem-se que a decisão é incontestável não somente por obra das partes, mas também pelos terceiros herdeiros ou vencidos na causa das partes.

Concluindo, para Fazzalari, a coisa julgada é denominada como a irretratabilidade da sentença obtida através de um processo, como procedimento, aqui entendido como seqüência de normas, atos e posições subjetivas, em contraditório entre as partes que sofrerão os efeitos do provimento, com simétrica paridade de armas, no qual se operam preclusões sucessivas. (BONFIM JR. *et al*, 2006).

1.5 DIREITO BRASILEIRO POSTERIOR À INDEPENDÊNCIA

Tem-se que, logo após a independência do Brasil, o processo civil permaneceu sendo ditado pelos dispositivos das Ordenações e demais leis portuguesas – Lei Imperial de 20.10.1823. Na Constituição de 1824, na qual foi criado o Supremo Tribunal de Justiça (instalado em 1828), foi incluída, dentre suas atribuições, “o exame das *revistas* contra as decisões em última instância de quaisquer juízos”, sendo que a revista era cabível nos casos de nulidades ou notória injustiça. (TALAMINI, 2005, p. 266)

Mas, conforme magistério de Celso Neves, “as primeiras regras legislativas a respeito da coisa julgada aparecem no Regulamento n. 737, de 25 de novembro de 1850”, que regulou o processo comercial, mas que era observado no processo das causas cíveis em geral, conforme o Decreto n. 763, de 9 de setembro de 1890. Esse regulamento tratava da coisa julgada no § 4º de seu artigo 74, ao tratar das exceções. Todavia no art. 185, incluía a coisa julgada entre as presunções legais absolutas, prevalente mesmo que “haja prova em contrário”. (NEVES, 1971, p. 213)

Na verdade, Celso Neves, ao tratar da coisa julgada à época do Brasil Imperial, aduz que mesmo antes do Regulamento nº 737 tornar-se extensivo às causas cíveis em geral, o poder executivo, através da Resolução de Consulta de 28 de dezembro de 1876, tornava obrigatória a Consolidação das Leis do Processo Civil do Império, que possuía força de lei, elaborada pelo Conselheiro Antônio Joaquim Ribas, por incumbência do Governo Imperial, sendo certo que dentro das normas adjetivas admitidas pelo que se denominou “Consolidação Ribas”, veio a

assertiva de que a consolidação enunciava como efeito da sentença “fazer certo o direito entre as partes” (§ 2º, do art. 497).

Continuando, referido autor traz o comentário de Antônio Ribas acerca do enunciado acima referido, acentuando que a autoridade da coisa julgada ou a ficção da verdade protege as sentenças passadas em julgado contra qualquer pretensão contrária e “todo o processo tem por origem as asseverações e pretensões contraditórias das partes. Ao juiz incumbe fazer cessar essa controvérsia, declarando qual a parte que tem por si o direito, e tornar efectiva a sua decisão, ainda contra a vontade da parte vencida” e que, no caso de o juiz dar uma decisão injusta, quer por erro na apreciação da regra de direito ou das provas, para se evitar que a coisa julgada se pusesse a serviço da injustiça, tem-se o caminho de recursos e análise por diferentes graus de jurisdição. (NEVES, 1971, p. 216)

Na verdade, ensina NEVES, que os traços característicos e os efeitos da coisa julgada, pertenciam à doutrina e estavam pressupostos nas regras do velho regulamento, que vigorou no Brasil até mesmo depois de 1930.

À toda evidência, encontramos também, na obra Eduardo Talamini, “que o regulamento foi elaborado com técnica legislativa moderna, mas, tratava a coisa julgada como exceção (art. 74, § 4º) e para proceder dessa forma, ou seja, admitir a coisa julgada, necessário o requisito de identidade de coisa, de causa e de pessoa (art. 92, primeira parte), identidade essa a ser regulada pelo Código Civil”. (TALAMINI, 2005, p. 269)

Talamini também assevera que o Regulamento 737 trouxe importantes novidades, tais como o emprego de outros meios de impugnação da sentença nula quando já tivesse sido utilizada a revista; existência de ação autônoma, expressamente chamada de rescisória (a sentença haveria de ser desconstituída, rescindida, e não apenas declarada nula), além dos recursos de apelação e embargos à execução.

É do magistério de José da Silva Pacheco, se referindo às conclusões de Moacir Lobo da Costa, que o Regulamento 737 representou um marco na evolução do processo no período do Brasil-Império, gerando a sua influência sobre os códigos processuais dos Estados membros, já que a Constituição de 1891 atribuiu aos Estados a competência para legislar sobre processo e estes seguiram, de forma básica, as diretrizes do Regulamento, conforme a seguir:

“Comparando o regulamento com os códigos Italiano de 1865, português de 1876, espanhol de 1881, que lhes são posteriores, bem como o código napoleônico de 1806, concluiu que este nada fica a dever quanto à distribuição das matérias, precisão dos conceitos, clareza dos dispositivos e simplificação dos atos e termos processuais e, àqueles suplanta no que respeita à economia e simplicidade dos atos e das formas procedimentais” (PACHECO, 1972, p. 60)

Na verdade, com supedâneo nas regras do antigo Regulamento, diversos Códigos dos Estados, v.g., Código de Minas Gerais, Código Judiciário do Estado do Rio de Janeiro, Código Judiciário de Santa Catarina, Código Paulista, Código da Bahia previam hipóteses de nulidade da sentença, dentre outras, a ofensa à coisa julgada, bem como a possibilidade da sentença ser anulada por meio de recursos, embargos ou ação rescisória, além da possibilidade de correções da decisão “*ex-offício*”, de erros materiais, isso a qualquer tempo e independente de quaisquer formalidades, bem como fato de que sentenças nulas nunca passam em julgada.

A questão da aplicação da coisa julgada, ainda na elaboração doutrinária trazida por Celso Neves, à época do Brasil-Império, especificamente no direito das obrigações, face aos vários exemplos por ele colacionados em sua obra, conforme o antigo Regimento 737, de certa forma, veio também orientar a criação do Código Civil Brasileiro, já que em nosso País, a Constituição Imperial de 1824, em seu artigo 179, § 18, determinou que se organizasse o quanto antes um código civil, porém, essa promessa sobreviveu à monarquia e somente em 1916, a revisão do projeto por Clóvis Bevilacqua, isso após longa e culposa incubação, ficou positivado o direito substantivo brasileiro a regular as questões de interesse privado. (NEVES, 1971)

Portanto, já no período republicano, o primeiro diploma a tratar da coisa julgada foi a Lei de Introdução ao Código Civil, nº 3.071 de 1º de janeiro de 1916, posteriormente alterada pela Lei nº 3.725, de 15 de janeiro de 1919, contendo ressalva explícita, no art. 3º: “A lei não prejudicará, em caso algum, o direito adquirido, o ato jurídico perfeito, ou a coisa julgada”. No § 3º definiu: “Chama-se coisa julgada ao caso julgado, a decisão judicial de que já não caiba mais recurso”. Assim, ratificou-se o entendimento de que o instituto da coisa julgada era matéria de direito civil, seguindo a linha do Código de Napoleão.

Com a emancipação do direito processual, ocorrida a partir da segunda metade do século XIX, passou a coisa julgada a ser debatida por processualista, redundando em uma revisão de conceitos.

A Constituição de 1934 expressou e consagrou a garantia da coisa julgada, no artigo 113, §3º, de forma parecida com o atual texto constitucional, tendo sido eliminada pela Carta de 1937, só vindo restabelecer-se 9 anos depois, na Constituição de 1946 e reiterado pela Constituição de 1967.

Após, em 1939, veio o Código de Processo Civil, com um capítulo dedicado à “eficácia da sentença” e, fundamentalmente, sobre a coisa julgada. Em seu artigo 287, constava sobre seus limites objetivos restritos ao *decisum*. Já, no artigo 288, eram excluídas do âmbito da coisa julgada as decisões interlocutórias em qualquer processo e as sentenças proferidas em jurisdição voluntária e em processos preventivos e preparatórios. O artigo 289 continha basicamente o disposto hoje no artigo 471 e seus incisos. Ainda, no artigo 798 e seguintes, constava título dedicado à ação rescisória, fazendo referência à sentença nula, como meio de desconstituição do julgado, pelos seguintes fundamentos: “peita, impedimento e incompetência *ratione materiae* do juiz; ofensa à coisa julgada; violação de literal disposição de lei; falsidade da prova”. (TALAMINI, 2005)

Em janeiro de 1973, foi aprovado pela Lei 5.869, o atual Código de Processo Civil, com anteprojeto (de 1964) do então Ministro Prof. Alfredo Buzaid e, conforme Celso Neves, nesse trabalho, a coisa julgada teve tratamento “admirável”, uma vez que obedeceu os princípios fundamentais do instituto e apresentou boa sistematização da matéria. O Código de Processo Civil adotou o conceito de coisa julgada “elaborado por Liebman e seguido por vários doutrinadores nacionais”, regulando-lhe os limites objetivos e subjetivos e resolvendo o problema da questão prejudicial. (NEVES, 1971, p. 242)

Deste modo, informa-se que a doutrina brasileira contemporânea, sobre a coisa julgada, teve sua inspiração na doutrina italiana, “de seu lado haurida nos autores alemães que, a partir da segunda metade do século passado, estabeleceram as bases da ciência processual dos nossos dias”. (NEVES, 1971, 309). Contribuição fundamental para sua evolução e mudança foi a de Chiovenda, cujo aluno, Liebman, cuidou-se de revisar e dar continuidade à doutrina, inclusive com sua incursão e difusão no Brasil, sendo manifesta e comprovada a influência liebmaniana na construção do vigente Código de Processo Civil.

Para finalizar o presente capítulo, justifica-se, através da lição José Luiz da Silva Pacheco, o porquê de recorrer-se à história em primeiro plano:

Evoca-se a história, por dois motivos principais: 1) a inutilidade de se deter no estudo do direito positivo, de si tumultuado, flutuante, sujeito a bruscas e sucessivas mutações, o que tornaria vão todo e qualquer labor; 2) e a utilidade de esparzir luz nas precedentes instituições de nosso direito, com o fito de: a) analisar as raízes ou pilares do arcabouço legal, sob cataclisma, e verificar quais os que têm base remanescente, capaz de sustentar novas estruturas; b) investigar sobre o funcionamento da aplicação da justiça e averiguar os seus problemas, defeitos, necessidades, soluções aproveitáveis, apesar de inaproveitadas e procedimentos a serem evitados. Se é um erro exceder-se no apego ao passado, ignora-lo também o é. (PACHECO, 1972, p. 7)

Portanto, visa o presente delineamento histórico da coisa julgada, partir das origens até os dias atuais, para não se perder de vista o futuro, em que se delineia uma reforma, no sentido de buscar uma conceituação do instituto, dispare do atual processo de cunho individualista, e que atenda à moderna e atual demanda do processo coletivo.

2 PREMISSAS TEÓRICO-CONCEITUAIS ACERCA DA COISA JULGADA

A coisa julgada representa tema controvertido e de grande complexidade aos estudiosos do processo civil e da ciência jurídica, motivo pelo qual há grande diversidade de trabalhos doutrinários e linhas de pesquisa conflitantes e, desde os tempos romanos até os dias atuais, é traduzida em um instituto de direito processual de cunho individualista, impossível de ser aplicado à nova realidade do processo coletivo, tão premente nos dias atuais.

Quando se examina a doutrina que se dedica à coisa julgada ao longo dos anos, depara-se com diversos conceitos díspares ou mesmo homogêneos, tomando-se por base alguma teoria desenvolvida em torno do instituto.

Portanto, neste capítulo, o instituto será analisado, de maneira geral, como é posto no Código de Processo Civil vigente, bem como é visto por doutrinadores de renome, mas ainda sob a premissa de aplicação a processos individuais.

2.1 FUNDAMENTO FILOSÓFICO, POLÍTICO E JURÍDICO

Desde os tempos mais remotos que a ciência jurídica exterioriza a sua preocupação e mantém a busca por *segurança e certeza*, bem como se persegue um ideal de *justiça*, na resolução de conflitos, tidos como valores essenciais na organização da sociedade.

Ora, primeiramente, cumpre conceituar referidos valores, para melhor elucidação dos fundamentos.

Conforme preceitua Nicola Abbagnano:

a) *Segurança e certeza* estão ligadas à noção de *verdade*, podendo se dizer que *certeza* “tem dois significados fundamentais: 1º) segurança subjetiva da verdade de um conhecimento; 2º) garantia que um conhecimento oferece da sua verdade”, justificando que o segundo significado, o objetivo, prevalece, pois se refere à estabilidade do conhecimento verdadeiro. (ABBAGNANO, 2003, p.131)

a) *Justiça*, no geral significa “a ordem das relações humanas ou a conduta de quem se ajusta a esta ordem”, podendo ser vista, “1º) como conformidade da conduta a uma norma; 2º) como *eficiência* de uma norma (ou de um sistema de

normas)”, sendo que esta eficiência pode ser entendida como “certa capacidade de possibilitar as relações entre os homens”. (ABBAGNANO, 2003, p. 593)

E é nesse sentido que vários doutrinadores justificam como fundamentos do instituto da coisa julgada, os valores citados acima, que envolvem relações humanas, justiça, verdade e estabilidade.

Como respaldo, Roberto Carlos Batista aduz que, como fundamento político:

O processo deve ser meio de realização da paz e não de instigação ou manutenção de conflitos. Por isso, há de ter fim com um pronunciamento definitivo do Estado, para se garantir a estabilidade das relações sociais da ordem pública e dos direitos subjetivos, pela autoridade da coisa julgada. (BATISTA, 2005, p.102)

Continuando, o autor cita Gabriel Rezende Filho, segundo o qual “é na coisa julgada que repousa a estabilidade do Estado (...) a coisa julgada visa a paz jurídica, obstando a que os litígios se eternizem, envenenando as paixões e tornando instáveis as relações jurídicas” (BATISTA, 2005, p. 102), justificando a razão porque o sistema jurídico constantemente busca reduzir os possíveis equívocos e injustiças, através de recursos, mas que garantam a estabilidade e segurança das decisões.

O Prof. João Alberto de Almeida, em recente tese de doutorado sobre a coisa julgada, confirma que o processo foi concebido para ter duração limitada no tempo, uma vez que o homem sofre essas limitações temporais, assim dizendo:

Mostra-se, pelo menos nos ordenamentos jurídicos modernos, evidente o fato de que as pessoas, além de buscarem certeza a respeito de determinada relação jurídica que as envolva, utilizando-se do processo, também desejam que a mesma se mostre estável no tempo. É a busca pela segurança. Desejam a perpetuação dos resultados obtidos pelo processo, esperam poder usufruir do bem conseguido sem serem molestadas pelo vencido e sem que se possam renovar pedidos já examinados pelo juiz. Em busca pela perpetuação do resultado obtido no processo, pela estabilidade e certeza do direito de gozar os bens da vida, constitui o fundamento de ordem político-jurídica que sustenta a opção do legislador pela adoção da coisa julgada. Qualidade, típica e única, atribuída à sentença como ato emanado do Estado. (ALMEIDA, 2006, p. 81)

Ora a necessidade de certeza, segurança e de um direito justo é imperiosa em todo sistema jurídico, não se discutindo que a coisa julgada transformou-se na expressão máxima a consagrar tais valores e que o princípio da intangibilidade deste instituto, durante vários anos, foi dotado de caráter absoluto.

Este caráter absoluto advém de doutrina inspirada no aforismo romano atribuído a Ulpiano, utilizado para as questões de estado ou prejudiciais: *coisa julgada torna-se verdade*.²⁵, tendo os juristas da Idade Média construído doutrina na qual a autoridade resultava de uma presunção absoluta de verdade da coisa julgada, não admitindo prova em contrário, que decorre de outra presunção: de que a sentença não contém erro. (BATISTA, 2005)

Outro brocardo da teoria da ficção da verdade é o dizer pitoresco oriundo do direito romano: *a coisa julgada faz do preto branco e do branco preto - res iudicata facit nigro album et de albo nigro*, segundo a glosa e a ordenação do Livro III, título 87, conforme ressalta Celso Neves citando Sylvestre Gomes de Moraes. (NEVES, 1971, p. 83)²⁶. Sobre referido vernáculo, acrescenta-se ainda, relato de Ronaldo Brêtas, buscando na fonte de Luis Guilherme Catarino, aduzindo que há registros de um juiz inglês de nome Edward Cooke (1552-1634), proferindo sentença considerando a presunção legal de verdade do julgamento passado em julgado sobre o tema da irresponsabilidade do Estado. (BRÊTAS, 2004, p. 56).

Segundo Celso Neves, o francês Pothier, foi um dos maiores representantes desta teoria, confirmando que a autoridade da coisa julgada fazia presumir verdadeiro e equitativo tudo que estivesse contido na decisão e essa presunção excluía toda prova em contrário. Mas, prossegue afirmando que a coisa julgada possui também um fundamento jurídico e que seria “um instituto imposto pela razão natural, decorrendo da própria essência do direito que dela dependeria para realizar a estabilidade social”. (NEVES, 1971, p. 429)

Aliás, Roberto Carlos Batista, citando Couture, aduz que os sistemas jurídicos, buscando reduzir “equivocos e injustiças”, reconhecem que a razão natural seria a de reformular uma decisão, ante fatos novos fundamentais, antes ignorados, que expressassem a verdade, sob a justificativa da adoção da coisa julgada como fundamento para a exigência da vida social de ordem e segurança (BATISTA, 2005, p. 103):

(...) a necessidade firme de se ceder, em determinadas condições, diante da necessidade de triunfo da verdade (real). A coisa julgada não é de razão natural. A coisa julgada é em resumo, uma exigência política e não

²⁵ Brocardo latim: *Res iudicata pro veritate accipitur*

²⁶ Celso Neves, na citação, aduz que Sylvestre Gomes de Moraes observa: “..que a coisa julgada faz do ser um não ser, do branco preto e do preto branco e do quadrado redondo, não se podendo opor, contra ela, qualquer exceção que a destrua ou ofenda.”

propriamente jurídica: não é de razão natural, mas sim de exigência prática.²⁷

Ora, a preocupação com o acerto, o afã da verdade e o “fetichismo pela sentença sempre justa” (NEVES, 1971, p. 432), podem se contrapor à busca da segurança, pois pode ocorrer a postergação da coisa julgada, com a multiplicação de recursos, ao argumento de que a sentença injusta abarcaria o manto da autoridade do Estado.

Mas o que seria uma *sentença injusta*? Desde o direito romano que o tema traz polêmica, mas a *sentença injusta*, era considerada como uma indevida reconstrução dos fatos e, com isso, era passível de recurso – apelação e já era vista separadamente da *sentença nula*.

Outrossim, buscando um conceito mais moderno, segundo definição citada no início do item, *justiça seria, 1º) conformidade da conduta a uma norma; 2º) como eficiência de uma norma (ou de um sistema de normas, sendo que esta eficiência pode ser entendida como “certa capacidade de possibilitar as relações entre os homens”*. (ABBAGNANO, 2003, p. 593)). Daí pode se concluir que uma sentença injusta seria uma sentença em desconformidade com a norma ou a um sistema de normas? Pode-se, inferir, então, que o ideal de uma sentença justa, possui não só o fundamento filosófico da busca da justiça, mas também jurídico, que é a busca da verdade, pela adequação a uma norma?

Tem-se ainda o debate filosófico, conforme elucidações de Carlos Nascimento, visando o estabelecimento da correlação entre “sentença (no seu aspecto substancial/essencial) e coisa julgada (no seu aspecto puramente acidental se comparada com a substância)”, seguindo a teoria de Aristóteles sobre substância e acidente. Com base nesta teoria, o autor conclui que não é da essência da coisa julgada a imutabilidade, bem como pode se dizer que a “coisa julgada somente pode ser tratada como aspecto acidental da sentença”, sendo sujeita às “interferências de ordem pessoal, política, ideológica e histórica”. Afirma também que não é seu fundamento a justiça, pois a sentença é que oferece estabilidade às relações jurídicas, quando prolatada conforme a Constituição. (NASCIMENTO e PEREIRA JÚNIOR, 2006, p. 59-61).

²⁷ (...) *la necesidad de firmeza de se ceder, em determinadas condiciones, ante la necesidad de que triunfe la verdad (real). La cosa juzgada no es de razon natural. La cosa juzgada es in resumen, una exigência política y no propriamente jurídica: no es de razon natural, sino de exigência práctica.* (COUTURE, 1993, p. 406-407)

Em conceituação diversa, Eduardo Talamini é enfático ao dizer que a sentença pode ser perfeita como ato processual, mas incorreta ou *injusta* no julgamento que veicula e, quando o erro de julgamento concerne ao mérito (o objeto do processo), fala-se em *sentença injusta*, ou seja, a sentença é injusta quando há erro de julgamento. (TALAMINI, 2005, p. 297-298)

Celso Neves, a respeito, afirma que há um dilema – “ou sentença injusta ou insegurança extrínseca das relações jurídicas”, mas tem-se uma explicação política e pressuposto jurídico, pois o fundamento da coisa julgada há de ser um fundamento legal. Se não for de acordo com a lei, não há coisa julgada. E ainda completa, que a coisa julgada tendo como fundamento político o interesse público de colocar fim aos litígios, tem como fundamento jurídico não uma presunção de verdade, mas, nas palavras do Prof. Rezende Filho, de que a sentença obriga em virtude de sua própria qualidade autoritária. (NEVES, 1971, p. 263)

Não obstante as divergências postas, o fundamento de ordem política da coisa julgada consiste na necessidade de estabilidade das relações sociais, através da imutabilidade do julgado, bem como que os litígios não devem perpetuar-se.

Opina Barbosa Moreira que entre os riscos de comprometer a segurança da vida social e o de consentir na cristalização de injustiças, o ordenamento brasileiro optou por assumir o segundo, quando arrola no art. 485 do CPC, as hipóteses de rescindibilidade da sentença. Portanto, para ele se o “resultado é injusto, paciência: o que passou, passou”. (BARBOSA MOREIRA, 1988, p.99).

No entanto, Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro também debatem o tema, da seguinte forma:

Depara-se, aí, mais uma vez com o eterno conflito, mais aparente que real na espécie, do Direito quanto à sua preocupação com a *segurança e certeza*, ao mesmo tempo que persegue a *justiça*. Até bem pouco tempo sempre se buscou valorizar a segurança, pelo que a intangibilidade da coisa julgada vinha merecendo posição de destaque sendo poucos os que se aventuravam a questionar ou levantar o problema da inconstitucionalidade da coisa julgada, advogando a impossibilidade de sua subsistência. Admitir-se a impugnação da coisa julgada sob o fundamento autônomo de que contraria à Lei Fundamental do Estado era algo que não se coadunava com o ideal de certeza e segurança. (THEODORO JR e FARIA, 2002, p. 34-35)

Assim, é premente e conflitante na doutrina a discussão sobre a relativização da coisa julgada, quando contrariar preceito constitucional, em detrimento dos princípios da segurança e certeza jurídica. E ainda, neste rol se inclui a sentença

injusta, pois o “justo’ jurídico ainda é procurado por sua contraposição a um vício de inconstitucionalidade”. Mas, importante frisar que serão necessários estudos e “instrumentos capazes de atender esta nova aspiração jurídica”, no dizer de Ovídio Baptista e citado por Rosemiro Leal, em obra específica sobre este tema. (LEAL, 2005, p.17)

Aliás, Rosemiro Leal ²⁸ é enfático quando diz que a coisa julgada “não tem escopo de gerar segurança”, porque,:

... no Estado Democrático, não é da segurança em si que se cogita como fundamento dos atos jurídicos, mas da **legitimidade** obtida pelo **processo** jurídico que venha a estabelecer a segurança almejada, mesmo que seja esta ainda concebível em escopos meta-jurídicos do obsoleto e paternal Estado Social de Direito como está em Dinamarca. (LEAL, 2005, p.4)

Segundo o autor, a coisa julgada não “é direito *per si* absoluto”, pois o dantes conhecido absolutismo clássico foi extinto nas democracias com a criação do Devido Processo Constitucional, que inclui o devido processo, que impõe o contraditório, ampla defesa e isonomia. Sendo assim, “não há uma completude ou incompletude decisória que se imutabilizasse para sempre”, pois os julgados, na constitucionalidade democrática, podem ser rediscutidos processualmente, desde que dentro dos procedimentos e limites estabelecidos pela lei. Não basta simples alegação de “poder geral de cautela” ou procura de um “justo” adequado a uma realidade não democrática. (LEAL, 2005, p. 16-20)

Portanto, a discussão hoje ultrapassa e perpassa os fundamentos da coisa julgada, pois se impõe o reconhecimento da natureza constitucional a que foi erigida e que precisa ser respeitada, na forma preceituada pela Constituição da República, como elemento formador do Estado Democrático de Direito, através do devido processo legal, ressaltando ainda, que não é novo o embate sobre relativizar ou não a coisa julgada, quando houver uma sentença injusta ou em dissonância aos princípios constitucionais, ou seja, coisa julgada inconstitucional.

2.2 CONCEITO

Conforme já visto, a coisa julgada, para os romanos, só se referia ao mérito da controvérsia e não era reconhecida de ofício; dependia da *exceptio rei judicati*. A

²⁸ Nesse caso, referido autor faz uma clara crítica à teoria instrumentalista do processo defendida pela escola paulista de Cândido Rangel Dinamarco.

decisão proferida em confronto com uma sentença já acobertada pela *res iudicata*, era considerada nula e despida de qualquer valor, não obstante a impugnação formal.

Ora, também já foram ressaltadas aqui as doutrinas desenvolvidas pelos juristas Chiovenda, Liebman, Allorio e Fazzalari, sem as quais o tema discutido no presente trabalho não poderia prosseguir.

Continuando, seguindo os dizeres do constitucionalista Cretella Jr, tem-se que a *res judicata*, ou coisa julgada, “é a decisão de que não mais cabem recursos, ou porque a lei os não concede, ou porque a parte não usou deles nos termos fatais e peremptórios da lei”, ou porque já foram todos esgotados, trata-se do efeito de uma decisão ser tida como verdade - *res iudicata pro veritate habetur*. (CRETELLA JR, 1992, p. 460)

Entretanto, conforme alude o autor acima, o processo, cuja natureza é, por excelência, dinâmica, chega ao seu termo em uma posição estática, imóvel, imutável, mediante a prolação de uma sentença definitiva, não mais sujeita à reexame, imune, pois, a qualquer tipo de recurso. Assevera o ilustre constitucionalista que nesse instante, a *res in iudicium deducta* passa a *res iudicata* e a vontade concreta da lei, afirmada no julgado, confere ao imperativo jurídico, nele contido, a autoridade e força de *lex specialis* entre os sujeitos da lide que a decisão compôs. A coisa julgada vale porque é coisa julgada, porque a lei não permite se lhe contradiga a autoridade e não porque se presume representar a realidade, a verdade dos fatos e a exata aplicação da lei. (CRETELLA JR., 1992, p. 460)

Completa-se, também, conforme dizeres de Roberto Batista, buscando os ensinamentos de Couture:

A expressão *coisa julgada*, segundo COUTURE (1993, p.4001), num primeiro momento, pode ser associada a um objeto submetido a um juízo. A idéia de *coisa*, também se expande para abarcar aspecto imaterial e *julgada* encerra um juízo jurídico. Na acepção jurídica, revela uma autoridade e medida de eficácia, expressos no idioma alemão pelas palavras *Recht* (direito) e *kraft* (força). O conceito, porém é variável no tempo e no espaço, de acordo com o mencionado processualista, em um sentido jurídico traduz ‘la autoridad y eficacia de una sentencia cuando no existen contra ella medios de impugnación que permitan modificarla’” (BATISTA, 2005, p. 99).

Não se pode deixar de citar também o entendimento do professor e renomado processualista da Universidade de Milão – Francesco Carnelutti, que também

influenciou a doutrina brasileira e o Código de Processo Civil, mas possui diversidade de entendimento, pois visualiza a coisa julgada como ato e efeito de decidir e a sentença como uma lei especial, que resulta da obrigação legal do juiz decidir:

a) A expressão 'coisa julgada', da qual pela força do costume não cabe prescindir, tem mais de um significado. *Res iudicata* é, na realidade, o *litígio julgado*, ou seja, o *litígio depois da decisão*: ou mais precisamente, levando-se em conta a estrutura diversa entre o latim e o italiano, o *juízo dado sobre o litígio*, ou seja, *sua decisão*. Em outras palavras: o *ato* e, por sua vez, o *efeito* de decidir, que realiza o juiz em torno do litígio.

b) Se se descompusesse esse conceito (ato e efeito), o segundo dos lados que dele resultam, ou seja, o efeito de decidir recebe também e especialmente o nome de *coisa julgada* que, por conseguinte, serve para designar, tanto a *decisão* em conjunto, quanto em particular *sua eficácia*. Não resta dúvida, por exemplo, de que no primeiro desses sentidos emprega-se a palavra pelo legislador nos arts. 1.350 e 1.351 do Código Civil, onde ao falar de 'autoridade que a lei atribui à coisa julgada', ou de 'autoridade da coisa julgada', por coisa julgada há de se entender a decisão e não sua eficácia. (CARNELUTTI, 2000, p.406)

Aliás, segundo anota Celso Neves, para Carnelutti, a expressão coisa julgada possui mais de um significado: "é a lide, depois de julgada, ou, mais precisamente, o juízo expedido sobre a lide, isto é, a sua decisão. Em outras palavras, é o ato e o efeito de decidir a respeito da lide", pois a sentença possui um comando complementar que se completa à eficácia da norma legal. (NEVES, 1971, p. 370-374)

Na legislação pátria, a coisa julgada tem lastro constitucional (art. 5º, inciso XXXVI), mas é na legislação infraconstitucional que se encontra sua concepção.

A Lei de Introdução do Código Civil de 1916 (Decreto Lei nº 4.657 de 04.09.42, em seu art. 6º, § 3º), com a redação determinada pela Lei nº 3.258, de 01.08.57, assim definia: "chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão que já não caiba mais recurso". O Código de Processo Civil de 1939 não chegou a conceituar o instituto, deixando tal tarefa para a doutrina.

Já, o Código de Processo Civil de 1973, em seu art. 467 estatuiu: "Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário". Daí, este conceito posto no Código de Processo Civil abandonou a sua forma original traçada anteriormente pelo Ministro Alfredo Buzaid no anteprojeto correspondente ao novo estatuto processual, que contemplava a doutrina de Liebman: "art. 507. Chama-se coisa julgada material

a qualidade, que torna imutável e indiscutível o efeito da sentença, não mais sujeita a recursos ordinários ou extraordinários”.

Nesse sentido, Roberto Batista aduz, que vários “estudiosos consideraram, então, um retrocesso e uma involução do legislador brasileiro por repudiar esta a teoria de Liebman e consagrar a posição clássica no texto final do Código de Processo Civil vigente”. (BATISTA, 2005, p. 101).

Na verdade, cumpre observar que, na visão de Barbosa Moreira, a coisa julgada tem finalidade essencialmente prática: “destina-se a conferir estabilidade à tutela jurisdicional dispensada. Para exercer de modo eficaz tal função, ela deve fazer imune a futuras contestações o *resultado* final do processo”. Isso, porque não basta a exigência da estabilidade ser reconhecida como resultado do processo, mas que este seja reconhecido como incontestável ou indiscutível. (BARBOSA MOREIRA, 1988, p.83)

Entretanto, o processualista mineiro Rosemiro Pereira Leal, em uma visão moderna, ao tratar da Coisa Julgada, considera que, a partir da Constituição da República de 1988, esta perdeu a qualidade de efeito de sentença de mérito, assumindo contornos teóricos de instituto jurídico autônomo, deixando de ser atributo ou qualidade dos efeitos da sentença. A sentença de mérito passada em julgado tem sua origem no processo constitucional. Somente se for observado o devido processo, a sentença é afetada pelo instituto da coisa julgada. (LEAL, 2005a)

Pela sua propagada Teoria Neo-institucionalista do Processo define-se a coisa julgada como instituto constitucional garantidor do devido processo na obtenção ou discussão da liquidez, certeza, exigibilidade, eficácia (eficiência-efetividade) da sentença de mérito, transitada em julgado com todas as implicações legais.

Pelo sistema democrático, vigente a partir da Constituição da República de 1988, a coisa julgada garante os provimentos válidos e admite a sua rescisão somente através do devido processo.

Portanto, na democracia, tendo em vista seu sistema auto-discursivo, não existem situações imutáveis. Para melhor elucidar o entendimento cita-se:

A coisa julgada, como instituto constitucional autônomo de garantia co-originária ao direito fundamental do contraditório, significa o asseguramento de um resto (coisa) argumentativo que se impõe perenemente aberto (vazio) a todos para que, mesmo ante um debate jurídico findo pelo provimento judicial de mérito ou administrativo-jurisdicional, ato jurídico

perfeito ou direito adquirido), louvando-se no enunciado de falibilidade normativa qualificativo do Sistema Democrático do Direito, seja passível de reabertura, atendida a principiologia do *Devido Processo Constitucional* (ampla defesa, contraditório, isonomia), quanto a questões (*facti-quaesti*) que tornem impossível, na exeqüibilidade, aferição de certeza, liquidez e exigibilidade de direitos jurisdicionalmente declarados. (LEAL, 2005a, p. 12)

Ora, apenas é constitucionalmente deferível a coisa julgada à decisão proferida em processo desenvolvido em regime de contraditório entre as partes – o qual será efetivo ou potencial, conforme o grau de disponibilidade dos interesses em disputa. Somente pode ser destinatário de comando irreversível aquele a quem antes foi dada a oportunidade de participar do processo de formação desse comando. Estabelecer como imutável uma decisão perante terceiro, que não teve oportunidade de participar do processo em que ela foi proferida, afrontaria não apenas a garantia do contraditório, como também o devido processo legal e a inafastabilidade da tutela jurisdicional, pois a lei não pode atribuir a autoridade da coisa julgada a “pronunciamentos emitidos sem ouvir a parte contrária”. (TALAMINI, 2005, p. 53)

Nessa mesma linha, o Prof. José Marcos Rodrigues Vieira conclui que “a essência da coisa julgada, por vezes entrevista na declaração, é, na verdade, o contraditório que a produz e que é ínsito à formação do provimento jurisdicional de mérito, servindo a todas as eficácias, mas qualificadamente, à declaratória”, ratificando entendimento de que a coisa julgada só pode ser produzida pela “exaustão do contraditório”, como garantia constitucional. (VIEIRA, 2005, p. 178)

Portanto, conclui-se que, hodiernamente, o instituto da coisa julgada, além de ter como fundamento o princípio da segurança e certeza jurídica, somente pode ser assegurado através do devido processo garantido constitucionalmente, como requisito do Estado Democrático de Direito.

2.3 COISA JULGADA MATERIAL E COISA JULGADA FORMAL

A coisa julgada material é a imutabilidade dos efeitos substanciais da sentença de mérito, quer seja sentença declaratória, constitutiva, condenatória, ou mesmo de improcedência do pedido. Como já dito, não basta imunizar a sentença como ato do processo, mas preservar a modificação jurídica operada, ou seja, os efeitos projetados fora do processo.

Pode-se dizer que a coisa julgada material é a própria coisa julgada, que só se produz quando se tratar de sentença de mérito, significando a imutabilidade da decisão, não se podendo mais discutir sobre aquilo que foi decidido *em nenhum outro processo*. (WAMBIER, 2002)

Este impedimento de nova demanda sobre a mesma lide é a chamada *função negativa da coisa julgada material*, pois o seu fundamento é a necessidade de estabilidade das relações jurídicas, tornando impossível a rediscussão da mesma e repelindo uma perpetuação dos litígios. (GRECO FILHO, 1989)

Assim, conforme preceitua o próprio art. 467 do CPC, a coisa julgada material constitui a eficácia da sentença transitada em julgado, que é capaz de outorgar ao ato jurisdicional as características da imutabilidade e da indiscutibilidade.

Por outro lado, há também a *função positiva da coisa julgada material*, que consiste na obrigatoriedade de qualquer juiz seguir o *decisum* sobre o qual já recaiu a coisa julgada, ao julgar outro processo, entre as partes, cujo resultado dependa deste primeiro processo, ou seja, a função positiva vincula decisão pretendida a outra já proferida. (TALAMINI, 2005)

Já, a coisa julgada formal consiste na impossibilidade de revisão da sentença dentro do próprio processo em que foi proferida, depois que ocorre o seu trânsito em julgado. Todas as sentenças, mesmo que não sejam de mérito, estão aptas a operar a coisa julgada formal, na medida em que extinguem o processo, mas só nas sentenças de mérito, a ocorrência da coisa julgada formal é acompanhada da coisa julgada material (art. 267 c/c art. 268 do CPC). (TALAMINI, 2005)

Nessa esteira, o fenômeno da coisa julgada formal representa a impossibilidade de impugnação da decisão no processo em que esta foi proferida, sendo que referida decisão torna imodificável a decisão, em face da preclusão recursal. Isso, porque a não apresentação dos recursos disponíveis nos prazos estipulados, ou seja, a ocorrência do esgotamento da via recursal, acarreta a preclusão. (PORTO, 2006)

Salienta-se que a maioria dos processualistas²⁹ afirma que a coisa julgada formal ocorre em momento anterior à coisa julgada material, sob o argumento de que o *haver* coisa julgada formal é elemento necessário à coisa julgada material. Entretanto, Carnelutti faz uma inversão do fenômeno processual: a coisa julgada

²⁹ Este rol de processualistas inclui: Pontes de Miranda, Celso Neves, Ovídio Baptista, Humberto Theodoro Júnior e vários outros.

formal pressupõe a material, uma vez que “na certeza que a sentença produz está a imperatividade que constitui dela, e é esta imperatividade que constitui a *coisa julgada material*, a qual pela preclusão dos recursos, se transforma em *coisa julgada formal*”. (BONFIM JR., 2006, p. 261). Celso Neves também comenta a posição de Carnelutti: a eficácia da decisão antes de atuar sobre o processo, atua sobre a lide, e que a coisa julgada material é propriamente a imperatividade da decisão. (NEVES, 1971)

A final, ressalta-se que o instituto da coisa julgada é essencialmente um e a distinção entre coisa julgada material e coisa julgada formal corresponde à extensão dos seus efeitos dentro e fora do processo, sem perquirir da sua extensão objetiva e subjetiva.

2.4 LIMITES OBJETIVOS DA COISA JULGADA

Primeiramente cumpre destacar o que são os limites objetivos da coisa julgada. Na doutrina nacional, José Frederico Marques já teria observado que “a coisa julgada material tem como limites objetivos a lide e as questões pertinentes a esta, que foram decididas no processo”. (MARQUES, 1982, p. 238). Ou seja, é a partir do objeto do processo, ou do pronunciamento judicial acerca do objeto, que se determinam os limites objetivos da coisa julgada.

Na doutrina italiana, afirma o processualista, Sérgio Menchini, em sua obra, // *giudicato civile*, que:

"O objeto do julgado se amolda a partir do objeto da própria demanda; o juiz deve se pronunciar sobre tudo aquilo que é pedido pelas partes, seja a partir do pedido principal, seja a partir de eventuais reconvenções ou incidentes processuais. (...) a eficácia da sentença reveste também o direito sobre o qual é pronunciada"..³⁰ (MENCHINI, 1988, p. 48)

Tem-se que, na legislação pátria, o que faz coisa julgada é o dispositivo da sentença, a sua conclusão, pois, conforme preceitua o art. 469 do CPC, não fazem coisa julgada: I – os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença; II – a verdade dos fatos estabelecida como

³⁰ L'oggetto del giudicato si molella su quello della domanda; il giudice deve pronunciare su cio che é stato chiesto dalle parti, vuoi com l'atto introduttivo, vuoi com eventuali domande riconvenzionali o di accertamento incidentale. (...) l'efficacia della sentenza investe anche il diritto sul quale si é pronunciato.

fundamento da sentença; e III – a apreciação da questão prejudicial decidida incidentalmente no processo.

Entretanto, temos posições doutrinárias que alargam referido entendimento. Não se pode deixar de levar em consideração, lição de Liebman, que considera de real importância tudo o quanto o juiz porventura haja considerado e resolvido acerca do pedido das partes. Os motivos, embora excluídos da coisa julgada, constituem indispensável elemento para determinar com exatidão o significado e o alcance do dispositivo. (LIEBMAN, 1945)

Barbosa Moreira é enfático ao aduzir que a opção do legislador, no caso do art. 468 do CPC, que atribui “força de lei” a toda sentença, além de reproduzir uma fórmula carnelutiana, quando diz que a *lide é julgada*, este estava se referindo à parte decisória, não à fundamentação e proporcionando a garantia da coisa julgada tanto à declaração, “como a qualquer outro elemento que integre o conteúdo decisório da sentença”. (BARBOSA MOREIRA, 1988, p. 86/91)

Sobre o art. 469 do CPC, o autor comenta que seu texto é redundante, pois bastaria que se fizesse alusão aos “motivos”, constantes da fórmula genérica do inciso I e que este contém os dois incisos subsequentes, usando, como justificativa, definições da teoria de Carnelutti:

Com efeito, por “motivos” não se podem deixar de entender aí as razões de decidir, os “fundamentos” da sentença, a que se refere o art. 458, II. Esses motivos, razões ou fundamentos não de resultar, necessariamente, do exame das *questões* – suscitadas pelas partes ou apreciadas *ex officio* – cujo desate constitua pressuposto lógico da solução do litígio: puras questões de direito, puras questões de fato e questões que já envolvam aplicação do direito a fato ou fatos, mas situadas ainda no campo das *premissas*, e não no da conclusão (prejudiciais). (BARBOSA MOREIRA, 1988, p. 92)

Nesse sentido, Barbosa Moreira ainda salienta que merece consideração particular o caso da questão prejudicial do inciso III, pois o advérbio “incidentalmente” tem a função de esclarecer que as prejudiciais não constituem objeto de julgamento, em sentido técnico: “são as questões de que o órgão judicial conhece *incidenter tantum* – só de passagem, por assim dizer”. Assim, se a parte propõe a “ação declaratória incidente”, a primitiva questão prejudicial se transforma em principal, sujeita à apreciação judicial. Nestes termos a decisão é sobre pedido, em sentido técnico e, portanto sujeita à autoridade da coisa julgada. (BARBOSA MOREIRA, 1988, p. 93)

Ora, conclui-se, portanto, que a ação declaratória incidente tem relevante papel na fixação dos limites objetivos da coisa julgada, porque ela auxilia, ao exame dos arts. 468 e 469 do CPC, a compreender a não extensão da coisa julgada à solução das questões prejudiciais no processo, pois não pode a autoridade da coisa julgada alcançar o que não tenha sido objeto do julgamento.

Na verdade, lide e questão são conceitos cujo tratamento técnico se deve a Carnelluti, uma vez que para este, a lide tem seus limites firmados pelas questões, que são geradas pelas razões de pretensão e da resistência. Ronaldo Cunha Campos, partindo deste pressuposto carnellutiano, afirma que a coisa julgada, então, encontrará seus limites objetivos nos “elementos nos quais se resolveram a solução das questões”. (CAMPOS, 1988, p.63)

Com efeito, a coisa julgada põe-se objetivamente nos limites do mesmo pedido e mesma causa de pedir da demanda julgada pela sentença, sendo que, no pedido, está formalmente veiculada a pretensão e a causa de pedir é elemento indispensável para que a pretensão seja adequadamente identificada, embora a causa de pedir não constitua o objeto ou parte do objeto do processo.

Daí, vem Talamini e conclui que a “coisa julgada material atingirá, em síntese, o objeto do processo” e é no *decisum* que o órgão jurisdicional se pronuncia sobre o objeto do processo. Ademais a limitação da coisa julgada à parte dispositiva da sentença, significa assegurar a estabilidade do resultado concreto do processo, a imutabilidade do comando jurisdicional. (TALAMINI, 2005, p. 81)

Entretanto, não é por demais retratar as considerações de Ada Pellegrini Grinover sobre o tema:

“...é lícito concluir que, assim como o pedido deve ser visto e entendido à luz da causa de pedir (ambos compondo o objeto do processo, isto é, a pretensão), o dispositivo só pode ser interpretado à luz dos motivos, sendo todos eles, conforme já demonstrado à saciedade, determinantes da extensão objetiva dos efeitos da sentença e da autoridade da coisa julgada”. (GRINOVER, 2002, p. 28)

Diante de todo o exposto, resulta a conclusão de que se deve, nas demandas, levar em conta não apenas o “deduzido, mas também o dedutível”³¹, uma vez que ambos se prestam à análise do julgador.

³¹ Terminologia utilizada pelo processualista Barbosa Moreira, quando se refere às questões que o juiz tenha apreciado unicamente para assentar as premissas da sua conclusão. (BARBOSA MOREIRA, 1988, p. 100).

2.5 LIMITES SUBJETIVOS DA COISA JULGADA

Ao tratar dos limites subjetivos da coisa julgada, o problema consiste em saber se além das partes, a coisa julgada afeta terceiros. No direito romano limitava-se às partes, princípio que passou à Idade Média e na sua natural evolução chegou-se à Savigny, que concebeu a doutrina da representação que explicaria a extensão da coisa julgada a terceiros. Já, para Chiovenda, a sentença obriga as partes, mas vale em relação a todos, mas não pode prejudicar a terceiros estranhos ao processo, o que não foge da concepção de Liebman, ao excluir terceiros do alcance da coisa julgada porque só atingidos pela eficácia natural da sentença. Em resumo, no fundo de todas estas concepções está a convicção de que a coisa julgada só opera *inter partes*, não tendo valor absoluto. (NEVES, 1971)

Aliás, para complementar, na concepção de Liebman, a eficácia natural da sentença seria a sujeição obrigatória de todos, partes e terceiros, à decisão, uma vez que emana do exercício de uma função do Estado, desempenhada pelo juiz, com conteúdo imperativo. Porém, para as partes a decisão se torna imutável e transita em julgado, para terceiros não. (LIEBMAN, 1945)

Pela lição de Carnelutti, diversamente do exposto acima, se depreende que ele concebe uma eficácia direta da coisa julgada, que seria como o comando concreto da sentença, versando sobre a lide e com sujeição obrigatória das partes. Mas ressalta que existe uma eficácia reflexa da coisa julgada, que é um fenômeno extraprocessual, fora da lide, que se estende a terceiros, em virtude de sua conexão com a relação jurídica. (CARNELUTTI, 2000)

Nossa legislação refere-se aos limites subjetivos da coisa julgada no artigo 472 do Código de Processo Civil ³², fazendo-se necessário entender o conceito de parte e de terceiros em um processo, para compreender a significação do dispositivo. Como regra, a coisa julgada opera apenas perante as partes, pois é o que estabelece a primeira parte do referido artigo.

Daí pode se basear na definição posta por Moniz de Aragão, na qual, tomada a “relação jurídica como um ‘todo’, são partes os sujeitos que a integram, os estranhos são tidos como terceiros”. (MONIZ DE ARAGÃO, 1987, p. 10). Ou pode se

³² A norma no Código de Processo Civil pátrio assim regula: *Art. 472: A sentença faz coisa julgada às partes entre às 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.*

utilizar a concepção de Chiovenda, na qual parte é aquela que pede na demanda e que, segundo Roberto Batista, inclui-se, também, os substitutos processuais.

Luiz Guilherme Marinoni, quando analisa a 2ª. parte do artigo, informa que é necessária uma distinção básica quanto aos terceiros, ou seja: a) “o terceiro interessado é aquele que tem interesse jurídico na causa” e b) o terceiro indiferente é aquele que não mantém nenhuma relação jurídica “interdependente com aquela submetida à apreciação judicial”, ou seja, a sentença judicial pode produzir efeitos em relação a todos esses sujeitos, “sejam partes, sejam terceiros interessados, sejam ainda terceiros indiferentes”, mas de maneira distinta para cada um, conforme o sujeito que os sofre. (MARINONI, 2006, p. 639)

O autor ainda conclui:

...observa-se que somente as partes precisam da coisa julgada. Não fosse a coisa julgada, em função da legitimidade que ostentam para discutir a sentença, poderiam debater o conflito de interesse ao infinito. Para esses sujeitos, sim, a coisa julgada resulta em utilidade, pondo fim, em determinado momento à controvérsia, e tornando definitiva a solução judicial oferecida. Por isso, somente as partes é que ficam vinculadas pela coisa julgada. Embora terceiros possam sofrer *efeitos da sentença* de procedência, é certo que a autoridade da coisa julgada não os atinge. (MARINONI, 2006, p. 640)

Nessa esteira, utilizando-se do conceito moderno construído por Paulo Roberto de Oliveira Lima, para os limites subjetivos da coisa julgada, a partir do caminhar histórico do instituto, tem-se que:

Com a expressão ‘Limite Subjetivo da Coisa Julgada’ se quer denotar a definição dos atingidos pela coisa julgada, aí incluído o estudo da possibilidade e de a sentença produzir efeitos num universo de indivíduos maior do que daqueles atingidos pelas demais eficácias da sentença, ou seja, limite subjetivo da coisa julgada é a definição das pessoas que se submetem à imutabilidade do comando inserido na sentença, bem assim das pessoas que sofrem qualquer laivo de eficácia decorrente da decisão. (LIMA, 1997, p. 38)

Registra-se, ainda, que a doutrina brasileira dominante³³ sustenta a teoria de Liebman, em relação à extensão subjetiva do julgado em relação às partes integrantes do processo, com todos os seus desdobramentos e, conforme se extrai do Código de Processo Civil, o terceiro dispõe de mecanismos de impugnação da coisa julgada que lhe tenha prejudicado juridicamente.

³³ Conforme se comprova pelos ensinamentos de Humberto Theodoro Júnior, Frederico Marques, Vicente Greco Filho.

Ao final, conclui-se que o sistema do Código, em matéria de limites subjetivos da coisa julgada, pugna pela preocupação individualista, privatista e não evoluiu para a ordenação da coisa julgada nas demandas coletivas, apesar das várias reformas empreendidas nos últimos tempos, tema esse que será analisado em capítulo à parte.

2.6 COISA JULGADA, PRECLUSÃO E EFICÁCIA PRECLUSIVA

Não há dissenso doutrinário quanto à afirmativa de que: coisa julgada, preclusão e eficácia preclusiva não se confundem, apesar de inspirados no mesmo princípio da segurança jurídica, se não vejamos.

PRECLUSÃO	COISA JULGADA	EFICÁCIA PRECLUSIVA
<p>Consiste na perda de uma faculdade ou poder processual no curso do processo e opera apenas <i>intra autos</i>. (MONIZ DE ARAGÃO, 1992, p. 220)³⁴</p> <p>É a preclusão da faculdade de recorrer do ato apto a pôr fim no processo que implicará o trânsito em julgado da sentença, que por sua vez, acarretará a coisa julgada formal e, conforme o caso, a material. (TALAMINI, 2005, p. 132-133)</p> <p>Se divide em: a) Temporal, quando um ato não é praticado no prazo existente para a respectiva prática e, por isto, não pode mais ser realizado; b) Lógica, quando um ato não pode mais ser praticado, pelo fato de se ter praticado outro ato que, pela lei, é definido como incompatível com o já realizado; c) Consumativa, quando se pratica o ato processual previsto na lei e, depois de consumado o ato, não mais é possível repeti-lo. (ARRUDA ALVIM, 2001, p. 507)</p> <p>Envolve a faculdade (de suscitar questões, evidentemente vinculadas às <i>causae petendi</i>), bem como, com as próprias questões decididas, as não suscitadas e não conhecidas, delas dependentes ou mesmo independentes. Mas não as não decididas, nem alegadas (das quais, reversamente, dependentes as deduzidas – questões sem cuja solução favorável não poderiam existir as <i>causae petendi</i> apreciadas. (VIEIRA, 2005, p.168)</p>	<p>Visa a preservar o resultado da atuação jurisdicional e projeta-se para fora da relação processual em que se formou. (MONIZ DE ARAGÃO, 1992, p. 220)</p> <p>Como a coisa julgada formal pode resultar da preclusão, para a interposição de um último recurso cabível, diz-se habitualmente, que ela consubstancia a “preclusão máxima”. (ARRUDA ALVIM, 2001, p. 507)</p> <p>A coisa julgada é uma das várias situações jurídicas dotadas de eficácia preclusiva. Entre os efeitos da coisa julgada, figura o de produzir uma determinada modalidade de preclusão. (BARBOSA MOREIRA, 1988, p. 100).</p> <p>A coisa julgada, diversamente da preclusão, opera fora dos autos, irradiando-se aos pressupostos pré-processuais. (VIEIRA, 2005, p.169)</p>	<p>Manifesta-se no impedimento que surge, com o trânsito em julgado, à discussão e apreciação das questões suscetíveis de incluir, por sua solução, no teor do pronunciamento judicial, ainda que não examinadas pelo juiz. Se a decisão é das que só produzem coisa julgada formal, o efeito preclusivo projeta-se <i>ad extra</i>, fazendo sentir-se nos eventuais processos subseqüentes. Daí qualificar-se de <i>pan-processual</i> a eficácia preclusiva da coisa julgada material, aqui aproveitando terminologia utilizada por Redenti. (BARBOSA MOREIRA, 1988, p. 101).</p> <p>Consiste na imutabilidade que se estende a todas as questões decididas e, bem ainda, a toda matéria que poderia ser oposta tanto ao acolhimento, quanto à rejeição do pedido (CPC, art. 474). Está ligada ao fenômeno da preclusão que, além de representar fenômeno extintivo de direitos ou faculdades processuais para as partes, significa – <i>objetivamente</i> falando – um impedimento ao retrocesso, em regra válida inclusive para o órgão julgador, nos termos do art. 473 do CPC. (GRINOVER, 2002, p.23)</p>

³⁴ Segundo Moniz de Aragão, referido conceito é a adoção da doutrina de Chiovenda, inspirado na lição de Büllow, que foi seguida no Brasil.

Assim é que, ao longo do processo ocorrem tanto preclusões, como coisa julgada e eficácia preclusiva, assegurando que não se dê passos para trás, caminhando sempre para a frente, “em direção à entrega da prestação jurisdicional. Processo, aliás, vem do latim *pro cedere*, andar para a frente”. (CÂMARA, 2007, p. 499).

Salienta-se que o conteúdo do quadro acima contém somente algumas diferenciações, talvez as mais marcantes e objetivou apenas esclarecer um pouco mais o estudo e entendimento do complexo instituto da coisa julgada.

2.7 A COISA JULGADA COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL E SUA RELATIVIZAÇÃO

Ao tratar da coisa julgada o nosso legislador elevou-a à condição de cânone constitucional, sendo o que se extrai do artigo 5º, XXXVI, da Constituição da República de 1988, quando assevera que “*a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada*”.

É interessante frisar, que “a garantia constitucional da coisa julgada nasce no processo, através da imutabilidade dos efeitos da sentença, mas transforma-se, posteriormente, em verdadeira garantia de direito material”, porque incorpora ao patrimônio jurídico de seu beneficiário o direito substancial definido na sentença. Essa garantia, aliás, atua até contra as inovações legislativas, que não poderão retroagir para modificar a situação consagrada por sentença transitada em julgado. (GRECO FILHO, 1989, p.55)

Conforme posição de Vicente Greco Filho, a imutabilidade da sentença, além de ter um fundamento lógico e social, de exigência de estabilidade das relações jurídicas, também tem um sentido de garantia individual, tanto que a Constituição Federal a protege inclusive contra as eventuais alterações legislativas, através de cláusula pétrea constitucional (art. 60, § 4º, inciso IV). Com efeito, aquele que detém, a seu favor, uma decisão judicial irrecorrível, e, portanto, imutável, tem o direito de não voltar a ser demandado quanto àquele objeto, inexistindo possibilidade de nova atuação jurisdicional.

Isso, porque, mais que a coisa julgada, a estabilidade da situação jurídica consolidada impede a revisão ou modificação de relações jurídicas. Tem-se, pois a inaceitabilidade da garantia da coisa julgada contra disposição da Constituição,

porque o instituto instaura uma nova ordem jurídica, que pode desconsiderar a ordem jurídica anterior. E, ainda, como a própria coisa julgada tem sua estabilidade garantida constitucionalmente, a situação jurídica consolidada independe da Constituição, porque está inserida no patrimônio do indivíduo de maneira irreversível, faticamente. “A estas situações consolidadas, a nova ordem constitucional não atinge, posto que, disposição em contrário seria violar princípios naturais da convivência”. (GRECO FILHO, 1989, p. 55).

Nesse sentido, a eficácia e a utilidade da função jurisdicional do Estado e a segurança das relações jurídicas exigem que esse julgamento se torne inalterável e obrigatório; e o Estado atende tal exigência, mediante o instituto da coisa julgada

Para Eduardo Talamini, “a afirmação de que não é dado à lei suprimir a coisa julgada, que já se tenha formado implica também o princípio geral de que o aplicador da lei não pode, ele mesmo, desrespeitar a coisa julgada”, pois não há que se falar em limites para a atividade do legislador com o fim de proteger a coisa julgada e, ao mesmo tempo, livre arbítrio e subjetivismo ao aplicador da lei, no trato da matéria. Trata-se, portanto, de conjugar o art. 5º, XXXVI, com o princípio constitucional da legalidade (art. 5º, II), ficando “definitivamente afastada a idéia de que o inciso XXXVI do art. 5º estaria tratando unicamente de irretroatividade das leis”, pois o dispositivo consagra como garantia constitucional o próprio instituto da coisa julgada. E, tomando-se como base o acima exposto, “a coisa julgada não pode ser suprimida da Constituição nem sequer mediante emenda constitucional (CF, art. 60, § 4º, IV)”. (TALAMINI, 2005, p.51)

Assim, a coisa julgada constitui uma garantia individual na perspectiva do jurisdicionado, pois ela se presta a conferir estabilidade à tutela jurisdicional obtida, situação observada por Dinamarco, quando diz que a coisa julgada não consiste, em si mesma, na tutela jurisdicional em favor da parte, mas “vale como uma tutela aos efeitos produzidos”, vale dizer é a tutela da tutela, um reforço da tutela. (DINAMARCO, 1996, p. 64)

Na mesma linha, Barbosa Moreira assente que a sentença sob o manto da autoridade da coisa julgada é indiscutível *porque* imutável:

...para garantir-lhe a imutabilidade, proíbe o ordenamento não apenas a emissão de outra sentença divergente, mas a própria reapreciação da matéria decidida, já que não teria sentido facultar uma discussão cujo desfecho está de *antemão fixado*.(..) A *auctoritas rei iudicatae* abrange a

imutabilidade e a incontestabilidade, que são como duas faces da mesma moeda. (BARBOSA MOREIRA, 1988, p. 88)

Entretanto, referido autor não traz à baila a análise da coisa julgada tida como inconstitucional, uma vez que, para ele, o princípio da segurança jurídica sobrepõe à cristalização de injustiças, permitindo o ordenamento jurídico brasileiro, no caso de extrema gravidade, que se afaste o obstáculo ao rejuízo, as hipóteses de rescindibilidade da sentença arroladas no art. 485 do CPC, pois “se o resultado é injusto, paciência: o que passou, passou”. (BARBOSA MOREIRA, 1988, p.99)

Mas o que seria a coisa julgada inconstitucional, já que é intensa a discussão sobre o tema?

Segundo o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, ela decorre da “sentença trãnsita em julgado desenvolvida com base em lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal, ou em interpretação tida como incompatível com a Constituição”. (MENDES, 2006, p. 87)

Há que se analisar ainda o problema das decisões definitivas não só contrárias à Constituição, mas também injustas, contrárias à realidade dos fatos, aqui vistos como decorrentes da mudança de um estado de fato posteriormente ao processo.

Certo é que hodiernamente vêm surgindo trabalhos sobre a relativização da coisa julgada inconstitucional que, segundo Cláudio Sinoé dos Santos, esta doutrina moderna foi iniciada com precisão pelo Ministro José Augusto Delgado. Salieta que é o caso de uma sentença, existente, válida no plano formal, “mas completamente ineficaz por ferir a ordem constitucional, ou melhor, a ordem democrática e seus princípios maiores”, que estariam explícitos na Constituição, colocando em voga os princípios da moralidade e legalidade. (SANTOS, 2006, p. 31)

Aliás, referido autor cita, como exemplo, ementa de acórdão ³⁵, de caso de investigação de paternidade, já selado com a imutabilidade da coisa julgada, que foi admitida a renovação da ação, ante a impossibilidade à época da feitura do exame de DNA, salientando que, em termos gerais, tais casos refletem as mudanças e tendências do processo para um novo tempo.

E ainda conclui:

³⁵ AC nº 70002430106, TJRS, julg. 26.09.2001, Relatora a Desa. Maria Berenice Dias

Pois os princípios como otimização de novas feições do processo, essencialmente os princípios constitucionais (catalogados ou não, expressos ou implícitos) buscam uma efetiva justiça dentro do primado da norma e da sociedade. Aqui a justiça adentra um plano mais prático do que filosófico. A sentença injusta ou sentença em dissonância aos princípios constitucionais transita em julgado ganha o nome de coisa julgada inconstitucional – denominação dada pelo Dr. José Augusto Delgado. E a sentença inconstitucional não forma a sua esperada imutabilidade e perenidade, é uma aparência e nada mais. (...) É a tendência da nova era do processo civil com a reformulação de conceitos. (SANTOS, 2006, p. 40-41).

Aliás, O STJ , com o decorrer dos anos, com novos estudos e com aumento de ações sempre sob os mesmos fundamentos, a questão começou a ser repensada e várias foram as decisões que relativizaram a coisa julgada, fundada em decisão julgada improcedente por insuficiência probatória em ação investigatória de paternidade, como no caso de acórdão em que o Ministro Relator Sálvio de Figueiredo Teixeira conclui: “Este tribunal tem buscado, em sua jurisprudência, firmar posições que atendam aos fins sociais do processo e às exigências do bem comum”. (STJ. Recurso Especial n. 226.436/PR. Julgado em 28 de junho de 2001 pela Quarta Turma. Relator Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira). (MELO, 2007, p. 421)

Bastante discutido é o trabalho de Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria, que defendem a referida relativização, sob vários argumentos e propostas.

A princípio os doutrinadores justificam a divergência:

No caso da coisa julgada inconstitucional, as objeções partidas de alguns segmentos da doutrina representam a rejeição total da tese da relativização do princípio da intangibilidade nesta hipótese. Para tanto se valem do singelo argumento de que a inconstitucionalidade da sentença não pode escapar dos efeitos da intangibilidade da coisa julgada, porque esta se acha comprometida, na ordem constitucional, com a garantia da coisa julgada inconstitucional e, por conseguinte, das intrincadas questões que suscita na atualidade.

(...)

Negar simplesmente a relativização da intangibilidade da coisa julgada inconstitucional seria negar a própria Superioridade da Constituição e admitir a existência de um poder sem limitação. Seria conferir aos juízes o poder ilimitado de decidir, ainda que contrariamente à Constituição, visto que o vício de inconstitucionalidade seria sanável com a *res iudicata* e se tornaria soberanamente irremediável após o decurso do prazo da ação rescisória. (THEODORO JR E FARIA, 2006, p. 163-164)

Os autores em questão inovam e surpreendem com as considerações sobre o tema, admitindo que o fato da coisa julgada ser rompida ou relativizada a sua

intangibilidade, nada tem de absurdo, pois é medida excepcional que se justifica diante de sério vício que abala a estrutura do instituto. Continuam na defesa da tese, ao argumento de que a relativização não pode ser considerada como “panacéia capaz de ser adotada em toda e qualquer hipótese” de alegação de injustiça. Ela tem que estar embasada em vício, qual seja, a vulneração pela sentença de algum preceito constitucional ou que esteja fundada em desrespeito a normas, garantias e princípios previstos na Constituição Federal, objetivamente.

Para tanto, argumentam:

... A coisa julgada não pode suplantar a lei, em tema de inconstitucionalidade, sob pena de transformá-la em um instituto mais elevado e importante que a lei e a própria Constituição. Se a lei não é imune, qualquer que seja o tempo decorrido desde a sua entrada em vigor, aos efeitos negativos da inconstitucionalidade, por que o seria a coisa julgada? (THEODORO JR E FARIA, 2006, p. 177)

Nessa esteira, para os autores supracitados, a intangibilidade da coisa julgada não mais é um dogma intocável, absoluto, sobretudo se infringir os princípios constitucionais da legalidade, que emana da força normativa e vinculativa da Constituição Federal ou mesmo o princípio de justiça das decisões jurisdicionais, que vão de encontro à realidade dos fatos.

Integrando a corrente que pugna pela inaceitabilidade da relativização da coisa julgada, temos o professor mineiro João Alberto de Almeida, que em trabalho recente de doutorado, intitulado *Aspectos Constitucionais da Coisa Julgada*, ressalta:

Não se pode admitir o princípio da segurança jurídica seja colocado em confronto com o princípio da justiça, com o argumento simplista de que o segundo prevalece sobre o primeiro. O princípio da justiça não existe sem o princípio da segurança jurídica, da legalidade e, conseqüentemente, da coisa julgada no Direito Constitucional brasileiro. Flexibilizar a coisa julgada em nome do princípio da justiça, sem regra expressa que o autorize, significa entregar casuisticamente a cada intérprete a decisão sobre o que ele pensa que seja justo ou mesmo injusto para decidir o caso que se lhe apresenta. Esta é uma solução absolutamente indesejada para um conflito de princípios, que a rigor não existe.

Ora, dizer que a coisa julgada pode ser flexibilizada por ser inconstitucional, fato que gera nulidade da sentença, é ferir a realidade. A nulidade processual nesta hipótese deve ser declarada, e não presumida, que sentença opera efeitos sobre a realidade é mais ampla que a dimensão da hipótese de incidência da norma, segundo a previsão do legislador. A realidade é mais abrangente e rica que a imaginação do legislador, porque dela participam as pessoas com sua capacidade de criar, recriar e modificar situações. (ALMEIDA, 2006, p.227-228)

Não há dúvidas de que a constitucionalidade, como pilar de sustentação do Estado Democrático de Direito, exige proteção constitucional ao instituto da coisa julgada e do verdadeiro conteúdo do princípio da segurança jurídica, diferenciando-o da certeza do direito.

Não poderia deixar de citar os ensinamentos de Rosemiro Pereira Leal, que também tem importante obra sobre o tema, baseada na tese de que, após a vigência da Constituição democrática de 1988, a coisa julgada assumiu contornos teóricos de instituto jurídico autônomo. Ou seja, a coisa julgada, figura como “garantia constitucional de existência, exigibilidade e eficácia de provimentos meritis pelo atendimento ao direito fundamental do **devido processo**”, diferente da sentença transitada em julgado – “ato jurisdicional afetado pela preclusão máxima”. (LEAL, 2005, p. 3).

Nesse sentido, o processualista afirma:

Coisa julgada não mais significa proteção invulnerável de que se revestem os atos transitados em julgado, mas direito-garantia constitucional de vedação de descumprimento de julgados (decisões) com exclusão do DEVIDO PROCESSO. Para se dizer se um ato é ou não jurídico, é ou não é sentença, não basta fala (ou escrita) da autoridade decisória, porque exatamente a *autoridade* (forma pura de dominação) é que não é mais legitimadora da declaração da vontade jurídica no Estado Democrático de Direito, sequer é a *autoridade* o lugar humano de segurança jurídica. (LEAL, 2005, p.14)

Portanto, para Leal, levando-se em conta o novo conceito de coisa julgada explicitado, relativizável não é a coisa julgada em si, que permite a reabertura da discussão, mas a preclusão máxima, que “qualifica os efeitos da sentença de mérito, como óbice de revisibilidade dentro ou fora do *iter* procedimental de sua produção”, uma vez que os julgados somente são garantidos por uma possibilidade de rediscussão, se de acordo com os procedimentos e limites estabelecidos no ordenamento jurídico, pelo Devido Processo, exaurindo, pela procedimentalidade, os princípios da isonomia, contraditório e ampla defesa, pois na democracia não há imutabilidade que se eterniza. (LEAL, 2005, p. 15)

Logo, visto sob este prisma, no Estado Democrático de Direito, não existe fundamento que permita a subsistência de decisões que contrariem a Lei Fundamental da ordem jurídica.

A final, cumpre ressaltar que a discussão do presente item não objetivou concluir por uma posição doutrinária mais adequada acerca da coisa julgada

inconstitucional e sua relativização, nem esgotar as suas justificativas, mas apresentar um pequeno panorama geral e atual do que vem se discutindo sobre essa nova aspiração jurídica.

3 A COISA JULGADA NO PROCESSO COLETIVO

O debate sobre o instituto da coisa julgada se traduz em tema de grande complexidade aos estudiosos do processo civil, motivo pelo qual há grande diversidade de trabalhos doutrinários, nacionais e estrangeiros, e linhas de pesquisa conflitantes, sendo certo que, não obstante tal fato, muitas questões permanecem em aberto na busca de novas respostas, novos conceitos, para que possam atender a demanda de novos conflitos dantes adormecidos ou ignorados.

Assim, a coisa julgada, alicerçada em um ordenamento jurídico processual projetado para tutelar e resolver conflitos individuais, não coaduna com a nova ordem de tutela dos direitos coletivos.

Como pode se observar, pelo já exposto no presente trabalho, no qual foi apresentada uma evolução da coisa julgada desde os primórdios de sua aplicação até os dias atuais, na perspectiva do Código de Processo Civil pátrio, é inevitável que se remodelem conceitos para adequação a um novo gênero do direito, ou seja, ao direito processual coletivo, uma vez que, como está posto em nossa legislação, é imprestável para sua aplicação na solução de conflitos coletivos.

Entretanto, para se prosseguir no presente estudo, faz-se necessário também o entendimento do processo coletivo e suas origens, numa perspectiva moderna e participada pelos que sofrerão os efeitos do provimento jurisdicional, ou seja, através de um processo norteado pelos princípios do Estado Democrático de Direito.

Para tanto, conceitos que estão na base do direito coletivo serão revistos, iniciando-se com o de processo coletivo, de direito e interesse e classificação dos direitos coletivos, aqui numa nova análise já apresentada pelo Professor Vicente de Paula Maciel Júnior em sua obra *Teoria das Ações Coletivas*, na qual, destemidamente, apresenta a proposta das ações coletivas como *ações temáticas*.

3.1 PROCESSO COLETIVO

3.1.1 Origem

Tendo em vista a já ressaltada importância da história no estudo dos institutos jurídicos, não poderia ser diferente em relação ao processo coletivo, para se

delimitar em que momento iniciou-se a preocupação ou mesmo a normatização da tutela dos chamados interesses coletivos.

Segundo Ricardo de Barros Leonel, o antecedente remoto da tutela judicial dos interesses coletivos pode ser identificado na ação popular romana. Para ele, não obstante, a predominância do direito romano das questões de natureza individual, retratadas nas *legis actiones, per formulas* e *cognitio extra ordinem*, não passou despercebido do senso comum dos romanos que em algumas situações estavam presentes interesses atinentes a todos os cidadãos como um conjunto, mesmo porque os romanos compreendiam a coisa pública na noção de interesse público. Isso, porque não havia uma noção definida a respeito de Estado, acarretando um vínculo natural entre o cidadão e a *gens*. (LEONEL, 2002).

Assim o autor prossegue, em pesquisa a Rodolfo de Carvalho Mancuso:

Daí a concepção da relação existente entre o cidadão e a *res publica*, calcada no sentimento de que esta última pertencesse de alguma forma a cada um dos integrantes daquele povo. Desta premissa fica fácil compreender o porque da legitimação de cada singular indivíduo para pleitear em juízo, já naqueles tempos, em nome da coletividade, do interesse público, em defesa de interesses que fossem inerentes àquela *res communes omnium*.

Embora a *actio romana* exigisse, a princípio, um interesse pessoal e direto a ser exercido pelo titular do direito, as demandas populares eram admitidas como exceção ao princípio ou regra geral, posto que por meio delas o cidadão perseguia um fim altruísta, de defesa de bens e valores de maior importância para a própria comunidade. (LEONEL, 2002, p. 41).

Nessa linha, Seabra Fagundes, em artigo sobre a ação popular, assente que, em Roma, a ação popular se revestia de uma amplitude extraordinária, servindo não só à validade de interesses individualizados, mas, sobretudo, de interesses coletivos. Sempre que estivesse em jogo a coisa pública, a ação seria popular, figurasse o autor como sujeito de um direito subjetivo ou fosse mero agente da coletividade na defesa de um interesse por todos disperso. (FAGUNDES, 1947, p. 21)

Reforçando a importância desse resgate histórico, Roberto Carlos Batista, informa que estaria delimitado aí, “o nascimento da coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes* nas ações hoje intituladas de coletivas”. Informa também que houve muita discussão entre os especialistas em Direito Romano, se a *exceptio rei judicata* era oponível na *actio popularis*, fazendo citação do trabalho desenvolvido por Vittorio Scialoja em 1933, concluindo que na ação popular romana a *exceptio rei judicata* se

opunha contra o renovar-se da ação também por parte de terceiros autores, demonstrando, dessa forma, os efeitos subjetivos da coisa julgada neste tipo de ação. (BATISTA, 2005, p.113-114) ³⁶

Gregório Assagra, cita Mafra Leal, que implementou estudo sobre as ações coletivas do direito anglo-americano e afirma que sua análise da tutela dos direitos das massas apontou para a origem histórica das ações coletivas no Séc. XII, e que há pelos menos oito séculos estas já existiam, não obstante haver diferenças quanto às primeiras ações medievais, modernas e contemporâneas. Portanto, no contexto medieval não existia divergência a respeito da representatividade do demandante da ação coletiva, porque não havia distinção entre indivíduo e comunidade; enquanto no moderno, a concepção de indivíduo autônomo, em relação à comunidade, exigia um título e uma teoria que justificasse a representação de outros em uma relação processual. Mas é no contexto contemporâneo que surgem os direitos difusos e formas de serem tutelados jurisdicionalmente, uma vez que as ações coletivas medievais e modernas só tutelavam direitos individuais homogêneos e direitos coletivos em sentido estrito. Este autor também advertiu que boa parte da doutrina aponta uma variante do *bill of peace* ³⁷, no Séc. XVII, como o antecedente histórico da ação coletiva.(ALMEIDA, 2003, p. 39)

Ratificando o disposto acima, Teori Albino Zavascki aponta a experiência inglesa, no sistema da *common law*, como origem dos instrumentos do processo coletivo e, mais especificamente, da tutela coletiva de direitos. Menciona que desde o Século XVII os tribunais de equidade (*Courts of Chancery*) admitiam, no direito inglês, o já citado *bill of peace*. Nasceu daí a ação de classe (*class action*), tendo sido modesta a sua aplicação e evolução até final do Séc. XIX, dizendo o autor o seguinte:

O certo é que da antiga experiência das cortes inglesas se originou a moderna ação de classe (*class action*), aperfeiçoada e difundida no sistema norte-americano, especialmente a partir de 1938, com a *Rule 23* das *Federal Rules of Civil Procedure*, e da sua reforma, em 1966, que transformaram esse importante método de tutela coletiva em 'algo único e absolutamente novo' em relação aos seus antecedentes históricos". (ZAVASCKI, 2007, p. 29)

³⁶ Roberto Carlos Batista cita SCIALOJA (1933, p. 233): "...é necessário ammettere che nelle azioni popolari romane l'exceptio rei iudicatae si opponeva contro il rinnovarsi dell'azione anche per parte di terzi attori".

³⁷ "O *bill* era uma autorização para processamento coletivo de uma ação individual e era concedida quando o autor requeria que o provimento englobasse os direitos de todos que estivessem envolvidos no litígio, tratando a questão de maneira uniforme, evitando a multiplicação de processos". (LEAL, 1998, p. 22)

A respeito da coisa julgada na *class action*, Zavascki completa que, atendidos os requisitos de admissibilidade e de desenvolvimento do processo, a sentença fará coisa julgada com eficácia geral, vinculando a todos os membros da classe, inclusive os que não foram dele notificados, desde que tenha ficado reconhecida a sua adequada representação.

Não obstante a divergência quanto à verdadeira origem do processo coletivo, a doutrina é unânime em afirmar que a Revolução Industrial do Séc. XVIII, foi o marco da ascensão das massas, uma vez que a época era de repúdio ao individualismo e de uma valorização do coletivo e de formas de tutelar os direitos advindos desse movimento – era a transição do Estado Liberal para o Estado Social.

Isso se justificou, segundo Luciano Velasque Rocha, porque o Estado Liberal³⁸ e seu liberalismo não era mais suficiente para assegurar ao trabalhador a proteção que precisava, então era natural que as primeiras manifestações coletivas aparecessem. Surge então o Estado Social com a obrigatoriedade de agir e implementar políticas públicas, mas, em contrapartida, a modernidade trouxe a “hiperinclusão: todos são cidadãos” e, em paralelo:

...a já mencionada “hiperinclusão” e a disposição do Estado a intervir nas relações sociais coloca vários tipos de interesses, antes marginalizados, no centro da arena política, tais como os interesses de consumidores, dos defensores do meio ambiente, de manifestantes pró-aborto, dos portadores de deficiências físicas etc., o que dá causa à inevitável fragmentação do que se conhecia por “interesse público”. Surge assim o denominado “interesse metaindividual”. (ROCHA, 2007, p. 21)

Conclui o autor que é no Estado Social que surgem as primeiras manifestações específicas em torno da necessidade da tutela de interesses coletivos, mas que as discussões mais aprofundadas em torno da tutela de direitos ou interesses supraindividuais somente atingiram a maturidade no período subsequente à Segunda Guerra Mundial.

E é neste cenário que surgem as inovações legislativas a respeito do tema, advindas de uma sobrecarga no sistema político e jurídico, que não tinham resposta para as novas demandas que lhe eram apresentadas. (ROCHA, 2007)

Observa-se com esse breve perfil histórico traçado, que talvez seja o momento de mais inovações e reformulações de conceitos que ainda se encontram arraigados ao individualismo – por exemplo, o de *coisa julgada*.

³⁸ “Com o advento do liberalismo, as ações coletivas – juntamente, aliás, da maior parte das formas de manifestação não individuais – passam a um plano secundário: é o apogeu do individualismo”. (ROCHA, 2007, p. 7)

3.1.2 Conceito

De fundamental importância a conceituação de determinado instituto antes do início do seu estudo, mas em relação ao processo coletivo, não parece tarefa fácil, por isso busca-se um conceito, que abarque todas as suas principais características.

Primeiramente precisa-se entender sobre a terminologia “processo” e avocar um pouco das teorias do processo na história do direito.

Rosemiro Pereira Leal aponta que, comumente, se confunde o termo processo com direito processual, como se equivalentes fossem. Ressalta que, na verdade o processo “é o tema central do estudo do direito processual” e que “a precisão terminológica, a definição e a demarcação de conceitos são requisitos que não podem mais ser negligenciados no estudo do Direito” e também:

As ‘garantias constitucionais de liberdade’ não se editam pela tramitação do procedimento, mas pela norma instituidora do Processo e asseguradora de direitos fundamentais, cumprindo ao *direito processual* infraconstitucional formulado, por seus institutos, o suporte jurídico do exercício dessas garantias, se violadas ou ameaçadas. (LEAL, 2005, p. 90)

Assim, coloca-se a seguir, um quadro (LEAL, 2005, p.91-103), contendo pequena retratação das teorias do processo na história do direito:

TEORIA DO PROCESSO COMO:			
CONTRATO	QUASE CONTRATO	RELAÇÃO JURÍDICA	SITUAÇÃO JURÍDICA
Pothier - 1800 – Natureza privatística – Processo era um <i>contrato</i> entre os litigantes, que se firmava com o comparecimento espontâneo das partes em juízo para solução do conflito. Instaurava-se o processo pela <i>litiscontestatio</i> (convenção das partes perante o juiz para acatar a decisão proferida), e o juiz seria o árbitro judicial e facultativo e não órgão jurisdicional monopolizador da jurisdição que independia de prévia provocação unânime das partes para exarar provimentos.	Savigny – 1850 – Natureza privatística – Processo era <i>quase um contrato</i> porque a parte que ingressava em juízo já consentia que a decisão lhe fosse favorável ou desfavorável, ocorrendo um nexo entre o autor e o juiz, ainda que o réu não aderisse espontaneamente ao debate da lide.	Bülow – 1868 – Marco da autonomia do processo ante o conteúdo de direito material. Processo possuía pressupostos de existência e desenvolvimento pela <i>relação juiz, autor e réu</i> , em que para validade e legítima constituição, seriam necessários requisitos que estes deveriam cumprir conforme disposto em lei processual, enquanto que o direito disputado e alegado pelas partes se situava em plano posterior à formação do processo, distinguindo-se pela regulação em norma de direito material criadora do bem da vida que define a matéria de mérito.	Goldschmidt – 1925 - A realização do processo se dava pela atividade jurisdicional em que o provimento final – sentença definia simplesmente um duelo entre partes, como se fosse um jogo das partes em busca de uma vitória espetacular. A sentença não precisava apontar fundamentos jurídicos para sua elaboração e conclusão.

TEORIA DO PROCESSO COMO:			
INSTITUIÇÃO	PROCEDIMENTO EM CONTRADITÓRIO	CONSTITUCIONALISTA	NEO-INSTITUCIONALISTA
Guasp – 1940 – Processo como um complexo de atos, um método, um modo de ação, unitário, regulado pelo direito para obter um fim, mas ainda se conduzia pelas mãos jurisdicionais dos juízes. Fundo sociológico sem qualquer balizamento jurídico.	Elio Fazzalari – <i>Estruturalista</i> – Difundida no Brasil por Aroldo Plínio Gonçalves - Processo definido pela presença do atendimento do direito ao contraditório entre as partes (que sofrerão os efeitos do provimento), em simétrica paridade, no procedimento que, longe de ser uma seqüência de atos exteriorizadores do processo, equivale a uma estrutura técnica construída pelas partes, sob o comando do modelo normativo processual.	Ítalo Andolina - Difundida no Brasil por José Alfredo de Oliveira Baracho -Processo, em seus novos contornos teóricos na pós-modernidade, apresenta-se como necessária instituição constitucionalizada que, pela principiologia constitucional do devido processo que compreende os princípios da reserva legal, da ampla defesa, da isonomia e do contraditório como direito-garantia fundamental.	Rosemiro Pereira Leal – Proposta Processo como uma <i>conjunção</i> de princípios (contraditório, isonomia, ampla defesa, direito ao advogado e à gratuidade jurídica), que é referente jurídico-discursivo da procedimentalidade ainda que esta, em seus modelos legais específicos, não se realize expressa e necessariamente em contraditório. É uma teoria da processualização testificante da validade normativo-democrática, porque propõe e atua um pensar jurídico da racionalidade sempre problematizável, por falibilidades revisíveis, da produção e aplicação do direito

Importante salientar que a evolução do processo pode ser analisada em função da evolução do Estado. Os contornos delineados, sobretudo nos séculos XVIII e XIX, desenharam o plano dos direitos na órbita predominantemente individual, cujas garantias, historicamente, se fizeram assegurar por declarações, que são consideradas marcos dos direitos humanos, como por exemplo, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789. Era o chamado Estado Liberal de Direito, com a submissão à lei, a divisão dos poderes, a garantia dos direitos individuais e a não intervenção na vida privada dos indivíduos. Nesta época se edificou o direito positivo voltado para a proteção dos indivíduos, característica esta presente até os dias atuais no ordenamento processual pátrio, uma vez que vários institutos estão concebidos para a prestação jurisdicional individual como, por exemplo, a legitimação para agir e o regime da coisa julgada. Não houve concessão ao coletivo e referidos institutos controvertidos se mantêm rodeados de polêmicas.

Entretanto, segundo Roberto Carlos Batista, “as transformações sociais geradas principalmente pelos ditames do eixo político-econômico passaram a demandar do Estado não somente o respeito ao direito do indivíduo, mas também uma prestação em prol do coletivo”. O Estado Social aparece com a exigência de os

poderes públicos preencherem as lacunas das necessidades da sociedade, quais sejam direitos sociais, culturais e econômicos. (BATISTA, 2005, p. 11)

Continua o autor dizendo que, o econômico passou a ditar as regras da sociedade, uma vez que, com o término da Segunda Guerra Mundial, o mundo retomou um movimento direcionado para as relações econômicas, com grandes impactos como a desigualdade e exclusão social. Surgem os movimentos sociais e que buscam participação efetiva na escolha dos desígnios da sociedade, fomentando o exercício de uma democracia plena e participativa, na superação de um modelo tradicional, conforme a seguir:

A travessia da sociedade do seu molde individual, liberal-burguês, para a contemporaneidade, marcada pelos influxos da globalização, do neoliberalismo, do pluralismo, de movimentos sociais, de conflituosidade coletiva, de carências, interesses e demandas de massa exige do ordenamento jurídico e dos profissionais que o manuseiam e o fazem atuar, adequação, adaptação, reformas, de conceitos, de institutos, de princípios, sobretudo, mudanças de mentalidade.

O fenômeno da ascensão das massas após a Segunda Guerra Mundial, no caso da América Latina, e na década de 20, na Europa Continental, a reivindicar novos direitos e a suscitar pressões sociais, por emergirem da marginalidade absoluta e passarem a disputar espaço social, reclama do Estado mudanças não só no Direito Processual, como também no material, face à deficiência do protótipo individualista. (BATISTA, 2005, p. 30)³⁹

Esses direitos recebem, então, a outorga do Estado em face das reivindicações, através da Norma Maior. O Brasil, após duas décadas de autoritarismo militar, elaborou a Constituição da República de 1988, marcando a transição para o regime democrático.

3.1.2.1 Processo e jurisdição no modelo do Estado Democrático de Direito

Com o advento da Constituição da República de 1988, tem-se o novo modelo do Estado Democrático de Direito, que no entendimento de Rogério Medeiros, “estimula a harmonia entre a atividade estatal e ação privada, valorizando os entes

³⁹ Faz-se necessário que alguns termos dispostos na citação sejam esclarecidos, apesar de comuns na fala geral: Sobre o *neo-liberalismo* Roberto Batista diz que na década de 80 o mundo assistiu a uma política de liberação das normas de mercado e incentivo à expansão de grandes empresas, que se transformaram em megacompanhias, além do fortalecimento de organismos como o Banco Mundial e o Fundo Monetário Internacional, favorecendo o desmantelamento do regime socialista e o fim da guerra fria, que se identifica como movimento neo-liberal. Quanto ao *pluralismo* seria “uma multiplicidade de identidades sociais específicas culturalmente e únicas do ponto de vista histórico”, utilizando da concepção do autor Cittadino. (BATISTA, 2005, p. 14) *Globalização* pode ser entendida como: “Conjuntos de relações sociais que se traduzem na intensificação das interações transnacionais, sejam elas práticas interestatais, práticas capitalistas globais ou práticas sociais e culturais transnacionais” (SANTOS, 2002, p. 85)

de cooperação e fortalecendo o desenvolvimento da comunidade mediante os instrumentos de garantia e proteção de direitos coletivos e difusos”. (LIMA, 2002, p. 40)

Assim, conflitos e violações envolvendo os direitos atinentes à coletividade hoje são uma constante e clamam por uma resolução pacífica, mas através da função jurisdicional do Estado, por meio do processo.

Só que o processo aqui alicerçado no modelo do Estado Democrático de Direito, garantido constitucionalmente, que segundo Vicente Maciel: “... um Estado será democrático se os processos de definição de competências forem difusos à participação na sociedade, para que seja estabelecido de modo amplo qual seja o direcionamento da vontade em um determinado Estado”. O autor reforça a idéia, com base no estudo em *Habermas*⁴⁰, segundo o qual, para haver uma produção jurídica legítima, todos os envolvidos neste processo discursivo deliberativo, já constituído pela lei, deverão participar de forma livre e igualitária para a aprovação. (MACIEL, 2006, p. 118)

Sobre a função jurisdicional do Estado, tem-se que, modernamente é entendida como atividade exercida pelos órgãos jurisdicionais criados pela estrutura jurídica constitucional e nos limites constitucionais, permitindo ao Estado, quando provocado, pronunciar o direito de forma imperativa e imparcial, através do devido processo legal.⁴¹

Nesse sentido o Estado, como se sujeita às leis emanadas da vontade popular, em nome do povo ele exerce a função jurisdicional, pois na concepção de Estado Democrático de Direito, os órgãos jurisdicionais se sujeitam ao ordenamento jurídico advindo de um devido processo legislativo e que disciplinam a jurisdição.

Segundo Ronaldo Brêtas, na concepção estruturante do Estado Democrático de Direito, a função jurisdicional é:

...atividade dever do Estado, prestada pelos seus órgãos competentes, indicados no texto da Constituição, somente possível de ser exercida sob petição da parte interessada (direito de ação) e mediante a garantia do

⁴⁰ Habermas: autor da teoria do agir comunicativo, que enfatiza as diversas formas de participação discursiva, a defesa do direito enquanto categoria da mediação social entre facticidade e validade. (HABERMAS, 2003 – *Direito e Democracia – Entre facticidade e validade*)

⁴¹ “O devido processo legal deve ser entendido como um bloco aglutinante de e compacto de vários direitos e garantias fundamentais inafastáveis ostentados pelas partes litigantes contra o Estado, quais sejam”: a) direito de amplo acesso à jurisdição, b) garantia do juízo natural, c) garantia do contraditório, d) garantia da ampla defesa (incluído direito ao advogado), e) garantia da fundamentação racional das decisões jurisdicionais e f) garantia de um processo sem dilações indevidas. (BRÊTAS, 2007, p.229)

devido processo constitucional, ou seja, por meio de processo instaurado e desenvolvido em forma obediente aos princípios e regras constitucionais, dentre os quais avultam o juízo natural, a ampla defesa, o contraditório e fundamentação dos pronunciamentos jurisdicionais, com o objetivo de realizar imperativa e imparcialmente o ordenamento jurídico. (BRÊTAS, 2004, p.84)

Quanto ao Estado Democrático de Direito, aduz que este se refere a um princípio, resultante de uma fusão do Estado Democrático e do Estado de Direito, através das normas constitucionais. Ou seja: no Estado de Direito tem-se todos os fundamentos, princípios e regras explícitos no texto constitucional, quais sejam, direitos e garantias elencados nos art. 5º e 6º, princípio da igualdade, da reserva legal, direito à jurisdição, garantia do devido processo constitucional, devido processo legal, princípio da prevalência da constituição, da fundamentação das decisões jurisdicionais. O Estado Democrático tem seu fundamento na democracia, soberania e na vontade do povo, instrumentalizado por meio do voto, ou seja, o “Estado Democrático tem sua dimensão e se estrutura constitucionalmente na legitimidade do domínio político e na legitimação do exercício do poder assentadas unicamente na soberania e na vontade do povo.” (BRÊTAS, 2003, p.)

Nessa mesma linha de pensamento José Joaquim Gomes Canotilho assevera que, “o princípio da soberania popular concretizado segundo procedimentos juridicamente regulados serve de ‘charneira’ entre o ‘Estado de direito’ e o ‘Estado democrático’ possibilitando compreensão da moderna fórmula, *Estado de direito democrático*”. (CANOTILHO, 2003, p. 100)

Rosemiro Pereira Leal, bem faz a interligação de jurisdição e processo:

A jurisdição, face ao estágio da Ciência Processual e do Direito Processual, não tem qualquer valia sem o Processo, hoje considerado no plano do direito processual positivo como complexo normativo constitucionalizado e garantidor dos direitos fundamentais da ampla defesa, contraditório e isonomia das partes e como mecanismo legal de controle da atividade do órgão-jurisdicional (juiz), que não está autorizado a utilizar o Processo como método, meio ou mera exteriorização instrumental do exercício da jurisdição. (LEAL, 2005, p. 45)

Pelo que se pode observar, a teoria do processo como relação jurídica ou instrumento da jurisdição se tornou obsoleta, para garantia dos princípios jurídicos do instituto do devido processo legal e para tutela jurisdicional dos direitos coletivos.

Mesmo porque, quando a Constituição da República, em seu art. 5º , inciso XXXV, expressa que “não se excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”, diz respeito a todos os direitos, individuais ou coletivos.

Na concepção de Elio Fazzalari, processo no seu conceito renovado é “procedimento realizado em contraditório entre as partes”, em simétrica paridade, daqueles a que se destinam os efeitos do provimento estatal, que ele vier impor. Ou seja, “um procedimento do qual participam (são habilitados a participar) aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos: em contraditório, de modo que o autor do ato não possa obliterar as suas atividades” (FAZZALARI, 2006, p. 118-121)

Ademais, o contraditório tem quer ser visto como atividade participada, garantindo a simétrica paridade entre as partes (isonomia), não como mera “ação e reação” dos interessados, pois estes é que terão “os efeitos do provimento atingindo a universalidade de seus direitos, ou seja, interferindo imperativamente no seu patrimônio”. (GONÇALVES, 2001, p. 127)

Não se pode mais pensar em um contraditório estático, para atender uma estrutura procedimental direcionada à formação unilateral de um provimento pelo decisor, mesmo porque não se exclui que o juiz participe atentamente do processo e adote as providências para garanti-lo e assegurá-lo.

Portanto, contraditório não é só uma faculdade dada a uma parte de resistir aos interesses da outra e vice-versa, mas é “referente lógico jurídico do processo constitucionalizado”, porque sem ele o processo perderia sua “base democrático-jurídico principiológica”, submetendo a vontade das partes ao arbítrio do juiz, em um completo desrespeito ao devido processo legal, ou seja, “estrutura metodológica construída normativamente”. (BRÊTAS, p. 567)

Nessa esteira, percebe-se pelo disposto acima, que teoria neo-institucionalista do processo, de Rosemiro Pereira Leal, abarca as características da teoria fazzalariana do processo e acrescenta a transposição do princípio do discurso para o princípio da democracia, dentro de uma procedimentalidade, pois torna o sistema jurídico uma instância de problematização dos enunciados resolutivos dos conflitos, acessível a todos:

A teoria neo-institucionalista do processo é uma Teoria da processualização testificante da validade normativo-democrática, porque propõe e atua um pensar jurídico da racionalidade sempre problematizável, por falibilidades revisíveis, da produção e aplicação do direito. (LEAL, 2005, p. 103)

De conseguinte, Vicente Maciel também aduz:

Pressupondo o processo como um instrumento democrático da racionalidade, ele necessariamente deverá permitir que dele participem todos os que afirmem um interesse e invoquem o prejuízo sofrido demandando uma solução hipoteticamente prevista na norma, no sistema jurídico.

Se espontaneamente o conflito de interesses não foi resolvido, é fundamental que o sistema jurídico que admite o princípio da inafastabilidade da apreciação da demanda pelo poder judiciário permita a transposição desse conflito para dentro de um processo, garantindo às partes a sustentação de seus interesses em contraditório. (MACIEL, 2006, p.171)

Denota-se, portanto, que todas as considerações e pressupostos discutidos acima acerca do processo, são também atinentes ao processo coletivo, que pode ter conceitos diversos.

A princípio, cita-se entendimento de Ricardo Barros Leonel, que traz uma definição de processo coletivo como “conjunto de normas e princípios que regem o equacionamento dos conflitos envolvendo direitos ou interesses coletivos em sentido amplo”, embasada na *teoria instrumentalista do processo*, pois o processo coletivo é instrumento destinado a “tornar acessível a justiça para aquelas situações em que ocorram ameaças ou lesões a interesses e direitos que pelos métodos tradicionais do processo de cunho clássico ou individual não seriam tuteláveis”. (LEONEL, 2002, p. 17-22)

Na mesma linha de entendimento, Gregório Assagra traz à baila um conceito de direito processual coletivo, como sendo o ramo do direito processual que possui natureza de direito processual-constitucional-social, cujo conjunto de normas e princípios visa disciplinar a ação coletiva, o processo coletivo, a jurisdição coletiva, a defesa no processo coletivo e a coisa julgada coletiva. Tudo isto objetivando tutelar, no plano abstrato, a congruência do ordenamento jurídico em relação à Constituição e, no plano concreto, pretensões coletivas em sentido *lato*, decorrentes dos conflitos coletivos que decorrem dos conflitos sociais, no dia a dia. (ALMEIDA, 2003, p. 22).

Rodolfo Mancuso aponta que para compreensão do que seja um processo coletivo, precisa-se atentar para dois lados: a) pela sua face negativa, permitindo o descarte de casos *pseudo-coletivos*, nos quais há uma soma de direitos individuais, sem a predominância dos elementos comuns que os uniria; b) pela sua face positiva, reconhecendo-se uma ação como coletiva, quando constatado que uma certa faixa

do universo coletivo sofrerá os efeitos do comando judicial, indistintamente. (MANCUSO, 2006, p. 61)

Teori Zavascki defende a idéia de que o processo coletivo se traduz em um subsistema do direito processual civil, com objetivos próprios (tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos), que são alcançados através de instrumentos próprios (ações civis públicas, ações civis coletivas, ações de controle concentrado de constitucionalidade) fundados em princípios e regras próprios, conferindo-lhe uma identidade definida no direito processual. (ZAVASCHI, 2005, p.27).

Na verdade não há, no Brasil, uma normatização sistemática que assim se aplique a todas as ações coletivas, em modo de um Código Processual Coletivo, ou mesmo de uma Consolidação das normas existentes. Há, em tramitação, desde o ano de 2006, um Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, cujo Art. 1º diz: “*Conteúdo do Código* – Este Código dispõe sobre os processos coletivos relativos às ações coletivas ativas, à ação coletiva passiva originária, ao mandado de segurança coletivo, à ação popular constitucional e à ação de improbidade administrativa”. (GRINOVER, 2007, p. 453)

Todavia, retratando uma visão mais moderna e realmente comprometida com a definição de processo no Estado Democrático de Direito, Vicente Maciel afirma que “a dimensão do coletivo e do difuso não pode prescindir do bem e do indivíduo que sofrerá os efeitos do provimento”, pois somente a partir do bem será possível verificar quais são os interessados por esse bem, sendo certo que a lei a ser construída, deverá também tê-lo como ponto de partida. (bens considerados em sentido amplo). (MACIEL, 2006, p.159).

Aliás, o autor parte do princípio de que não há interesse coletivo, pois “interesse é a manifestação de um sujeito em face de um bem”. O interesse é sempre individual, portanto o que existe são interessados. Ratifica, portanto, que não é a qualidade ou o número de sujeitos que caracteriza uma ação como coletiva: “É o fato de a demanda atingir um fato e um bem sobre o qual a tutela judicial vai incidir e poder envolver um grande número de interessados”, pois só o fato, o acontecimento, o bem da vida que se pretende tutelar é que definirá a demanda. (MACIEL, 2006, p.174-175)

Note-se, com isso, que a utilização do processo civil individual é ineficiente para atender as demandas coletivas, principalmente porque considera o critério segundo o qual a titularidade da ação é dada a quem é titular de um direito, o que

prejudica e restringe por demais seus legitimados para agir, ferindo o preceito constitucional de que toda lesão ou ameaça de direito será analisada pelo judiciário.

Daí é imperativo que o processo coletivo “importa em uma participação difusa dos sujeitos na fiscalização da legalidade de atos praticados e que podem ser anulados pelo Poder Judiciário”, uma vez que a ação coletiva põe em debate, em uma linguagem jurídica adequada, questões controvertidas da sociedade. A tônica é a participação, que está na base da estruturação do processo coletivo adotado pelo Estado Democrático de Direito, como conjunto de princípios, normas e regras que objetivam sistematizar formas de tutelas, estabelecendo garantias processuais para a tutela dos direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos. (MACIEL, 2006, p.119-121)

3.1.3 Evolução do processo coletivo no direito brasileiro

Conforme já relatado, é consenso doutrinário que as ações populares do processo romano foram a forma embrionária da tutela judicial dos interesses da coletividade.

No direito brasileiro a fórmula se repetiu e a origem da tutela judicial dos interesses coletivos também se deu através da instituição da ação popular, que teve dois momentos distintos: uma anterior e outra posterior à Constituição de 1934. De acordo com Seabra Fagundes, antes da Constituição de 1934, há reminiscência doutrinária da sua admissibilidade para a defesa dos lugares públicos, das coisas do domínio e uso comum do povo. Há registro ainda de uma ou outra lei estadual que a acolheu, como a lei baiana nº 1.102 de agosto de 1915, que admitia ser promovida por qualquer munícipe para reivindicar ou reaver bens ou direitos do município, que tenham sido usurpados, depois de provocados o Intendente ou o Conselho. A Carta Constitucional de 1934 incluiu a ação popular entre os direitos públicos subjetivos do indivíduo, sendo que seus termos restritos e sua duração efêmera jamais ensejaram o uso, ainda que raro do instituto. (SEABRA FAGUNDES, 1947, p.7)

Mas a ação popular não sobreviveu ao Estado Novo, sendo suprimida na Constituição de 1937, renascendo na Carta de 1946 e em algumas leis infraconstitucionais, como as de nº 818 de 18.09.1949, 3.052 de 21.12.1958. A Carta de 1967 manteve a sua previsão, bem como a EC 1/69. Todavia, marcou presença no âmbito infraconstitucional, com a admissão das ações populares, a Lei 4.717 de

29.06.1965, quando se reconheceu o direito de qualquer cidadão de defender o patrimônio público. (LEONEL, 2002, p. 55)

Na concepção de Teori Zavascki, a partir dos anos 70 do século 20, se fez notar um movimento, nos países do *civil law*, constante da preocupação de aperfeiçoar os sistemas processuais tradicionais, no intuito de dotá-los de mecanismos adequados a promover a tutela de direitos coletivos, bem como a tutela de direitos individuais atingidos ou ameaçados por atos lesivos. Isso se deveu à conscientização, pelos meios sociais mais esclarecidos, da urgência de operacionalizar medidas destinadas a preservar o meio ambiente e a proteger os indivíduos na sua condição de consumidores. Continua o autor, aludindo que Mauro Cappelletti e Garth, nessa época, constataram uma “revolução” dentro do processo civil, com foco centrado nos interesses difusos, uma vez que a concepção clássica e individualista do diploma legal não deixava espaço para a proteção desses interesses. (ZAVASCKI, 2006, p.34-37)

Portanto, na opinião do referido autor, foi o legislador brasileiro que protagonizou de modo mais profundo do que nos demais países da *civil law*, essa dita revolução, quando em 20.12.1977, com a Lei 6.513, modificou o art. 1º, § 1º da Lei da Ação Popular, considerando como patrimônio público “os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico”. Com isso possibilitou a tutela dos referidos bens e direitos de natureza difusa, pela via desta ação.

Nesse interregno, veio a Lei 7.347, de 24.07.1985, conhecida como a Lei da Ação Civil Pública, e assentou o marco principal do significativo movimento em busca de instrumentos processuais para a tutela dos chamados direitos e interesses difusos e coletivos. Com o seu advento, preencheu-se importante lacuna do sistema processual civil que, ressalvado os casos da ação popular, só dispunha meios para tutelar direitos individuais. (ZAVASCKI, 2006, p. 37)

Mais tarde, esses direitos que ultrapassam os limites individuais e alçam a modalidade de coletivos, difusos ou individuais homogêneos, pela primeira vez na história constitucional do Brasil, são contemplados na Constituição da República de 1988, o que robusteceu em muito o sistema jurídico e colocou o país entre as nações com regime mais avançado na tutela desse tipo de garantia. Como exemplo tem-se o disposto no art. 5º, incisos LXX, LXXIII; art. 127 – *caput*; art. 129 – inciso III e art. 225, dentre outros. (BATISTA, 2005, p. 35)

Em momento posterior, veio o moderno Código de Defesa do Consumidor – Lei nº 8.078 de 11.09.1990, reunindo ferramentas revolucionárias em relação ao processo tradicional: disciplinou, no âmbito das relações de consumo, procedimento denominado de ação civil coletiva, para defesa conjunta de direitos individuais homogêneos e principalmente disciplinou sobre os efeitos do instituto da coisa julgada, tema que será estudado em item separado.

Em seqüência se assente que todo o rol normativo constante do sistema pátrio explicitado acima, engendrou, de forma audaciosa, verdadeiras transformações, a saber: a) atribuiu legitimidade ao Ministério Público e entes coletivos, públicos e privados para a propositura de medidas judiciais em defesa de interesses meta individuais; b) alargou o âmbito desses interesses, enunciando outros além do patrimônio público, como o meio ambiente, o consumidor, o patrimônio artístico, histórico, turístico e paisagístico; c) viabilizou a inversão do ônus da prova nas ações coletivas, conforme o caso concreto; d) estabeleceu a fórmula conceitual dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos; e) admitiu a coisa julgada *erga omnes e ultra partes*, no domínio das tutelas coletivas. (BATISTA, 2005, p. 36)

Ao final, não obstante o avançado sistema de tutelas coletivas no Brasil, várias questões permanecem sem resposta, pois não há uma teoria do direito coletivo. Segundo Vicente Maciel, se está longe, por exemplo, de um consenso sobre o que sejam os direitos (ou interesses) difusos, coletivos, homogêneos e faz-se necessária a revisão e compreensão dos conceitos que estão na base do processo coletivo, no intuito de “perquirir qual o melhor modelo para a construção de uma efetiva tutela dos direitos coletivos através do processo”. (MACIEL, 2006, p. 20)

3.1.4 Interesses ou direitos no processo coletivo

Como muitos outros conceitos atinentes à ciência do direito, não há um consenso doutrinário quanto à utilização dos termos “direitos” ou “interesses” no plano do processo coletivo, ou mesmo o que sejam os direitos ou interesses difusos, coletivos ou homogêneos.

Portanto, neste item serão analisados dois entendimentos, quais sejam: Primeiro serão analisados entendimentos de doutrinadores para os quais não faz diferença para o processo coletivo, a utilização da terminologia direito ou interesse e,

segundo será analisado o entendimento de Vicente Maciel e sua justificativa para a diferenciação em questão.

3.1.4.1 Interesses e direitos como conceitos equiparados

Ricardo Barros Leonel, em sua obra clássica, inicia discussão sobre o tema perquirindo uma diferenciação entre direito subjetivo e interesse, uma vez que os conceitos jurídicos valem na medida em que permitem uma melhor assimilação dos fenômenos da vida, ou se traz algum proveito prático para a análise da tutela jurisdicional coletiva.

Para o autor, do ponto de vista processual, referida distinção é de difícil constatação, pois “assim, como os direitos subjetivos configuram situações de vantagem reconhecidas pelo legislador, aos interesses jurídicos também é conferido idêntico tratamento, pois recebem a proteção até mesmo em sede constitucional.” (LEONEL, 2002, p. 80)

Ratifica seu entendimento apontando que o próprio legislador brasileiro não teve preocupação com a diversificação, uma vez que utilizou ambos os termos, concluindo que o tratamento aos dois termos foi feito de forma homogênea e que a tutela jurídica abrange “direitos” e “interesses”. E, a exemplo disso, cita: a) o art. 129, inc. III, da CF/88 confere ao Ministério Público a possibilidade de promover a tutela de “interesses” difusos e coletivos, e no inc. V, a defesa judicial dos “direitos e interesses” das populações indígenas; b) o art. 1º, inc. IV, da Lei da Ação Civil Pública refere-se à tutela de qualquer outro “interesse” difuso ou coletivo; c) o art. 81 do Código de Defesa do Consumidor refere-se à defesa dos “interesses ou direitos” e d) a Lei 7.853/89 tratando da tutela das pessoas portadoras de deficiência, no art. 3º, faz uso da expressão “interesses”.

Assim, o referido mestre conclui, tendo como base entendimento de Kazuo Watanabe e Ada Pellegrini Grinover ⁴²:

... para o processo, para o processo coletivo – pela ausência de distinção axiológica, pela falta de relevância prática, e pelo tratamento dado pelo legislador -, válido é o exame indistinto das posições ou situações concretas de vantagem protegidas juridicamente, como “direitos” ou “interesses”

⁴² Leonel traz citação de Kazuo Watanabe e Ada P. Grinover, Código brasileiro de defesa do consumidor comentado, Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 503: “Os termos interesses e direitos foram utilizados como sinônimos; certo é que, a partir do momento em que passam a ser amparados pelo direito, os ‘interesses’ assumem o mesmo *status* de ‘direitos’, desaparecendo qualquer razão prática, e mesmo teórica, para a busca de uma diferenciação ontológica entre eles”.

supra-individuais. As conseqüências no plano normativo substancial e processual, para a tutela jurisdicional, serão as mesmas. (LEONEL, 2002, p. 89)

A partir daí o autor faz opção pelo termo “interesse”, ressaltando que a palavra revela a ligação de uma pessoa a determinado bem da vida, considerando o valor a ele atribuído, em virtude de sua utilidade, ou seja, haveria um liame psicológico entre o sujeito e o bem. Também faz uma classificação metodológica do interesse, em interesses simples e interesses legítimos ou jurídicos.

Os interesses simples estão “ligados à necessidade humana com relação a determinados bens” e dizem respeito ao plano primário da existência-utilidade para o sujeito. Os interesses legítimos ou jurídicos são os reconhecidos no ordenamento à proteção jurisdicional e possuem diversas espécies, como, o interesse material, interesse processual, o interesse privado e o interesse público, sendo que, podendo ser identificados como uma terceira categoria tem-se os interesses supra ou metaindividuais,

Nesse sentido, aduz Leonel:

Esta complexidade dos interesses supra ou metaindividuais tornou imprescindível a precisa definição de suas espécies, em virtude da confusão conceitual inicialmente reinante.

A solução mais adequada foi a adotada pelo nosso legislador, ao precisá-los (os interesses coletivos em sentido amplo, ou seja, o gênero) em três espécies, quais sejam os interesses difusos, os interesses coletivos (aqui em sentido estrito ou propriamente ditos) e os interesses individuais homogêneos.” (LEONEL, 2002, p. 98)

Na mesma linha tem-se entendimento de José Roberto Cruz e Tucci apontando que as demandas coletivas tendem a tutelar três diversificadas categorias de interesses ou direitos, em virtude da natureza da relação jurídica material: *difusos, coletivos e individuais homogêneos*. Para o autor a clássica dicotomia entre direito público ou privado foi “superada pela realidade da época contemporânea”, pois os novos tempos põem em cena, “novos *interesses*, novos direitos e deveres que, sem serem públicos, no sentido tradicional do vocábulo, são, no entanto, transindividuais”. Conclui que a complexidade jurídica dos interesses supra ou metaindividuais foi bem solucionada pelo legislador pátrio, no art. 81 do CDC, ao conceituar o gênero – direitos transindividuais nas três referidas categorias: direitos difusos, direitos coletivos e direitos individuais homogêneos. (CRUZ E TUCCI, 2007, p. 46).

Rodolfo Mancuso também diz que, não obstante a legislação brasileira referir-se indistintamente a interesses e/ou direitos metaindividuais, tudo leva a crer que foram utilizadas como sinônimas. Ademais,

Sem embargo, constata-se que tem prevalecido o uso da expressão *interesses* nos textos que tratam de temas concernentes a contingentes mais ou menos vastos de indivíduos, porque a expressão *direito* evoca uma posição adrede positivada, atributiva de certa situação de vantagem a um titular definido, ao passo que os *interesses* tuteláveis na jurisdição coletiva podem acaso não estar previstos expressamente no ordenamento, bastando que se mostrem *compatíveis* com ele. (MANCUSO, 2006, p. 85-86).

Este autor utiliza da mesma caracterização metodológica de Leonel, quando visualiza os interesses simples, os interesses dito legítimos, os direitos subjetivos e, por último, os interesses metaindividuais (difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos), que parecem estar acomodados entre os interesses legítimos e os direitos subjetivos, ou seja, mais do que aqueles e menos do que estes.

Para melhor entendimento, Mancuso, expõe quadro elucidativo sobre o contraste dos interesses metaindividuais, reproduzindo entendimento de Pedro Lenza, conforme a seguir (MANCUSO, 2006, p. 97):

Difusos	Coletivos <i>stricto sensu</i>	Individual homogêneo
1. Transindividualidade real ou essencial plana	1. Transindividualidade real ou essencial restrita (ao grupo, categoria ou classe de pessoas)	1. Transindividualidade artificial (ou legal) e instrumental
2. Indeterminação dos seus sujeitos	2. Determinabilidade dos sujeitos	2. Determinabilidade dos sujeitos
3. Indivisibilidade ampla	3. Divisibilidade externa e indivisibilidade interna	3. Divisibilidade
4. Indisponibilidade	4. Disponibilidade coletiva e indisponibilidade individual	4. Disponibilidade (quando a lei não disponha o contrário)
5. Vínculo meramente de fato a unir os sujeitos	5. Relação jurídica – base a unir os sujeitos	5. Núcleo comum de questões de direito ou de fato a unir os sujeitos
6. Ausência de unanimidade social	6. Irrelevância da unanimidade social	6. Irrelevância da unanimidade social
7. Organização possível, mas sempre subótima	7. Organização-ótima viável	7. Organização-ótima viável e recomendável
8. Reparabilidade indireta	8. Reparabilidade indireta	8. Reparabilidade direta, com recomposição pessoal dos bens lesados

Finalizando, Mancuso afirma, se referindo aos interesses e direitos metaindividuais, que a expressão *interesses* é mais adequada a esse tema, uma vez

que no processo coletivo “a situação legitimante não releva da titularidade exclusiva de uma afirmada posição de vantagem, como soe ocorrer com os *direitos*, nos conflitos intersubjetivos”. (MANCUSO, 2006, p. 98)

Teori Albino Zavascki, quando trata do tema, usa o termo “direitos” e mostra a sua preocupação no sentido de não se confundir defesa de direitos coletivos com defesa coletiva de direitos (individuais), pois se faz necessária a adequada identificação da natureza do direito material lesado ou ameaçado, identificação essa que servirá de guia para a definição dos meios, dos modos e dos instrumentos de natureza processual que podem ser utilizados para a sua proteção em juízo.

Neste ponto, ele aduz que não tem razão a doutrina que faz a distinção entre direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos através do pedido e da causa de pedir formulados na demanda, pois esta produziria o resultado absurdo de negar que o direito tenha alguma natureza antes de ser objeto de litígio em juízo, ou seja, o direito material preexiste ao processo, necessariamente. (ZAVASCKI, 2007, p.41).⁴³

Assim, ele faz a diferenciação:

Direitos coletivos são direitos subjetivamente *transindividuais* (=sem titular individualmente determinado) e materialmente *indivisíveis*. Os direitos coletivos comportam sua acepção no singular, inclusive para fins de tutela jurisdicional. Ou seja: embora indivisível, é possível conceber-se uma única unidade da espécie de direito coletivo. O que é múltipla (e indeterminada) é a sua titularidade, e daí sua transindividualidade. “Direito coletivo” é a designação genérica pra as duas modalidades de direitos transindividuais: o difuso e o coletivo *sctricto sensu*. (ZAVASCKI, 2007, p. 41-42).

Quanto aos direitos individuais homogêneos, para o autor, eles são simplesmente, direitos subjetivos individuais ligados entre si por uma relação de semelhança, o que permite a defesa coletiva de todos eles.

Portanto, para Zavascki, direitos ou interesses coletivos (*lato sensu*) e direitos ou interesses individuais homogêneos constituem categorias de direitos ontologicamente diferenciadas, conforme pode se observar do quadro comparativo aqui reproduzido (ZAVASCKI, 2007, p. 44-45):

⁴³ Nesse sentido, Zavascki (2007, p. 41) cita em nota de rodapé entendimento de José Roberto Bedaque: “O interesse ou direito é difuso, coletivo ou individual homogêneo independente da existência de um processo. Basta que determinado acontecimento da vida o faça surgir. De resto, é o que o ocorre com qualquer categoria de direito. Caso não se dê a participação espontânea, irá o legitimado bater às portas do Judiciário para pleitear a tutela jurisdicional, ou seja, àquele interesse metaindividual, preexistente ao processo”. (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo**: influência do direito material sobre o processo, p.35).

Direitos	Difusos	Coletivos	Indiv. homogêneos
1. Sob o aspecto subjetivo são:	<i>Transindividuais</i> , c/ indeterminação absoluta dos titulares (= não têm titular individual e a ligação entre os vários titulares difusos decorre de mera circunstância de fato. Ex: morar na mesma região)	<i>Transindividuais</i> c/ determinação relativa dos titulares (= não têm titular individual e a ligação entre os vários titulares coletivos decorre de uma relação jurídica-base. Ex: Estatuto da OAB)	<i>Individuais</i> : (=há perfeita identificação do sujeito, assim como da relação dele com o objeto do seu direito) A ligação que existe com outros sujeitos decorre da circunstância de serem titulares (individuais) de direitos com "origem comum".
2. Sob o aspecto objetivo são:	<i>Indivisíveis</i> (=não podem ser satisfeitos nem lesados senão em forma que afete a todos os possíveis titulares)	<i>Indivisíveis</i> (=não podem ser satisfeitos nem lesados senão em forma que afete a todos os possíveis titulares)	<i>Divisíveis</i> (=podem ser satisfeitos ou lesados em forma diferenciada e individualizada, satisfazendo ou lesando um ou alguns sem afetar os demais).
3. Exemplo:	Direito ao meio ambiente sadio (CF, art. 225)	Direito de classe dos advogados de ter representante na composição dos Tribunais (CF, art.94)	Direito dos adquirentes a abatimento proporcional do preço na aquisição de mercadoria viciada (CDC, art. 18, § 1º, III)
4. Em decorrência de sua natureza	<p>a) insuscetíveis de apropriação individual;</p> <p>b) insuscetíveis de transmissão, seja por ato <i>inter vivos</i>, seja <i>mortis causa</i>;</p> <p>c) insuscetíveis de renúncia ou de transação;</p> <p>d) sua defesa em juízo se dá sempre em forma de substituição processual (o sujeito ativo da relação processual não é o sujeito ativo da relação de direito material), razão pela qual o objeto do litígio é indisponível para o autor da demanda, que não poderá celebrar acordos, nem renunciar, nem confessar (CPC, 351) nem assumir ônus probatório não fixado na Lei (CPC, 333, parágrafo único, I)</p> <p>e) a mutação dos titulares ativos difusos da relação de direito material se dá com absoluta informalidade jurídica (basta alteração nas circunstâncias de fato).</p>	<p>a) insuscetíveis de apropriação individual;</p> <p>b) insuscetíveis de transmissão, seja por ato <i>inter vivos</i>, seja <i>mortis causa</i>;</p> <p>c) insuscetíveis de renúncia ou de transação;</p> <p>d) sua defesa em juízo se dá sempre em forma de substituição processual (o sujeito ativo da relação processual não é o sujeito ativo da relação de direito material), razão pela qual o objeto do litígio é indisponível para o autor da demanda, que não poderá celebrar acordos, nem renunciar, nem confessar (CPC, 351) nem assumir ônus probatório não fixado na Lei (CPC, 333, parágrafo único, I)</p> <p>e) a mutação dos titulares ativos coletivos da relação jurídica de direito material se dá com relativa informalidade jurídica (basta a adesão ou a exclusão do sujeito à relação jurídica- base).</p>	<p>a) individuais e divisíveis, fazem parte do patrimônio individual do seu titular;</p> <p>b) transmissíveis por ato <i>inter vivos</i> (cessão) ou <i>mortis causa</i>, salvo exceções (direitos extrapatrimoniais);</p> <p>c) suscetíveis de renúncia e transação, salvo exceções (v.g. direitos personalíssimos);</p> <p>d) são defendidos em juízo, geralmente por seu próprio titular. A defesa por terceiro o será em forma de representação (c/aquiescência do titular). O regime de substituição processual dependerá de expressa autorização em lei (CPC, art. 6º);</p> <p>e) a mutação de pólo ativo na relação de direito material, quando admitida, ocorre mediante ato ou fato jurídico típico e específico (contrato, sucessão <i>morts causa</i>, usucapião, etc).</p>

Concluindo, ainda sob os ensinamentos de Zavascki, os direitos transindividuais são indivisíveis e não têm titulares individuais certos, pois pertencem não a indivíduos, mas a grupos, a categorias ou a classes de pessoas, enquanto que os individuais homogêneos são divisíveis e têm titulares individuais juridicamente certos, embora a titulação particular de cada um deles possa, na prática, ser de difícil comprovação. (ZAVASCKI, 2007)

Antonio Gidi pondera que o Código de Defesa do Consumidor foi “menos técnico que cauteloso ao se utilizar da dupla terminologia ‘interesses ou direitos’ para se referir aos direitos subjetivos difusos, coletivos e individuais homogêneos”, nos seus artigos 81, 83 e 103, § 1º e que as teorias, que diferenciam o direito subjetivo do interesse superindividual, guardam em si a herança do individualismo que marcou a dogmática jurídica do século XIX. Por isso, ele prefere se referir, Indiscriminadamente a “direito difuso”, “direito coletivo” e “direito individual homogêneo”. (GIDI, 1995, p. 17-18)

Entretanto, diferentemente de outros autores como Zavascki e Nelson Nery, Gidi afirma que o critério científico para identificar se determinado direito é difuso, coletivo individual homogêneo ou individual puro não é a matéria, o tema, o assunto abstratamente considerado, mas o direito subjetivo específico que foi violado. Isto porque há casos em que a tutela jurisdicional pretendida não caracteriza o direito material em tutela e é recomendável que o direito subjetivo material seja analisado independente do direito processual.

Analisando o Código de Defesa do Consumidor, o autor aduz que esta legislação se utiliza de três critérios básicos, para distinguir os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos: a) *subjetivo* (titularidade do direito material), b) *objetivo* (divisibilidade do direito material) e c) *origem* (origem do direito material). Primeiramente, em análise ao critério *subjetivo*, discorda da doutrina que afirma ser os titulares do direito difuso, pessoas indeterminadas, pois não são vários, nem indeterminados, os titulares dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos, ou seja, dos direitos subjetivos. “Há apenas um único titular – e muito bem determinado: uma comunidade nos casos dos direitos difusos, uma coletividade no caso dos direitos coletivos ou um conjunto de vítimas indivisivelmente considerado no caso dos direitos individuais homogêneos”. (GIDI, 1995, p. 23) No critério *objetivo*, que se refere à divisibilidade do direito material, tanto o direito difuso como o coletivo são indivisíveis, portanto indistinguíveis entre si e os direitos

individuais homogêneos são divisíveis. Daí, só quando se atem ao aspecto *origem* é que as diferenças entre os direitos difusos e coletivos aparecem, conforme a seguir:

“... enquanto nos direitos difusos as pessoas que compõem a comunidade titular do direito não são ligadas por nenhum vínculo jurídico prévio, mas por meras circunstâncias de fato, nos direitos coletivos as pessoas que compõem a coletividade titular do direito são ligadas por uma prévia relação jurídica-base que mantinham entre si ou com a parte contrária”. (GIDI, 1995, p.24).

3.1.4.2 Interesses e direitos para Vicente de Paula Maciel Júnior

O jurista Vicente Maciel, em entendimento diverso dos autores dispostos no item anterior, apresenta uma proposta de reconstrução do conceito de direito e interesse e a classificação dos direitos coletivos, no intuito de se perquirir qual um melhor modelo para a construção de uma efetiva tutela dos direitos coletivos através do processo.

Para tanto, será utilizado como referência o Capítulo 1 da sua obra, Teoria das Ações Coletivas: As ações coletivas como ações temáticas.

Maciel inicia sua explanação partindo dos estudos em Jeremy Bentham e Rudolf Von Ihering, autores utilitaristas do século XIX, que ligaram o *interesse* à idéia de utilidade, valor e necessidade, numa perspectiva do individualismo premente à época. Mas foi Ihering o responsável pela propagação do entendimento de que interesses e direitos são eqüitativos e da idéia central até hoje defendida por vários doutrinadores de que “os direitos são interesses juridicamente protegidos”. Daí, para Ihering, “todo direito estabelecido seria a expressão de um interesse reconhecido pelo legislador e que estaria a merecer a sua proteção” e esse pensamento influenciou na classificação dos interesses e direitos. (MACIEL, 2006, p. 23-24).

Em uma evolução da organização estatal ⁴⁴, partindo do Estado Liberal, modelo clássico do individualismo em que os direitos subjetivos é que eram predominantemente protegidos pelo Estado; passa-se pelo Estado Social, que apesar da permanência da base dos interesses individuais, reconhece-se a participação do indivíduo em associações e o surgimento dos direitos sociais; e chega-se ao Estado democrático, no qual a tutela se refere aos interesses difusos,

⁴⁴ Consta no item 3.1.2 uma evolução da organização estatal mais completa. Aqui o objetivo é somente situar os interesses nos respectivos momentos históricos.

que afetam interesses e direitos de um grupo indefinível de indivíduos, dizendo respeito a todos e a cada um. Nesse parâmetro se tem as três grandes categorias de interesses: o individual, o geral e o público.

Assim, segundo Maciel, o Código de Defesa do Consumidor, quando no art. 81, itens I, II e III, prevê definição legal, para a tutela em sede coletiva de três ordens de interesses, reconhece, dentro da relação de consumo de três possibilidades de exteriorização “dos interesses de forma pluralizada, quais sejam, a difusa, a coletiva e a homogênea”. Os *interesses difusos*⁴⁵, denominados de transindividuais, têm natureza indivisível, cujos titulares são pessoas ligadas por circunstâncias de fato; os *coletivos*, também transindividuais, de natureza indivisível, cujos titulares são grupos, categorias ou classes de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica-base e os *individuais homogêneos*, que são os decorrentes de uma origem comum. (MACIEL, 2006, p. 26).

A partir daí, o autor passa realmente à crítica em relação às classificações do direito e interesse segundo a teoria de Ihering e justifica a impossibilidade de sua equiparação, uma vez que referida equiparação de conceitos tem gerado “o obscurecimento dos mesmos e em muitos casos, a impossibilidade de que a doutrina trilhe caminhos mais seguros no estudo e na evolução dos direitos coletivos e difusos”, bem como não se poderia explicar “a existência e legitimação de diversos interessados perante a norma”. Ressalta que é importante que os interesses sejam entendidos como manifestações unilaterais de vontade de um sujeito em face de um ou mais bens e que o “direito objetivo é critério de conduta e de análise das situações jurídicas”. O direito objetivo é o conjunto de normas abstratamente previstas e que formam um sistema jurídico. (MACIEL, 2006, p. 38-39).

Mas, quando ocorre um conflito de interesses em relação ao mesmo bem, ou a contenda se resolve espontaneamente pelos interessados, ou ela se transforma em uma demanda judicial, que será resolvida com a aplicação do direito ao caso concreto, através do processo, pelo detentor do exercício da função jurisdicional do Estado, o que revela a diferença entre o direito objetivo previsto e o direito aplicado ao caso concreto.

Nessa linha, Maciel, afirma:

⁴⁵ No item 3.1.4.1 consta quadro comparativo dos interesses, bem como diferenciações mais detalhadas.

Portanto, quando surge o conflito de interesses o que temos são afirmações de interesses em face de um ou mais bens e perante o direito objetivo vigente naquele país. Não podemos ainda dizer que estamos diante do direito subjetivo. O direito subjetivo somente existe se há o reconhecimento espontâneo da outra parte ou como a resultante de um processo judicial. Não existem direitos subjetivos prévios diante de um conflito de interesses.

Se o interesse vai futuramente se transformar em direito dependerá do processo de validação espontâneo no qual a sociedade reconhece ao indivíduo o gozo da coisa. Caso a sociedade não reconheça o interesse do sujeito, ele poderá requerer o reconhecimento compulsório através do devido processo legal, no qual exporá, fará prova e realizará debates em contraditório no sentido de ver reconhecido seu interesse como um direito através da sentença judicial.

A mera existência formal dos direitos previstos em lei não assegura, portanto, que efetivamente e a priori, os direitos sejam espontaneamente reconhecidos pela sociedade. O processo de formação do direito é um processo vivo que começa com a afirmação do interessado em face de um bem, e culmina com a validação espontânea ou judicial desse interesse, através de um processo legitimador, presente em uma determinada sociedade. (MACIEL, 2006, p. 41)

A questão se torna clara na medida em que se delimita a referida gênese dos direitos e o cerne dos interesses, pois se os interesses são manifestações unilaterais da vontade de um sujeito em relação a um bem, eles pertencem à esfera privada do indivíduo. Já os direitos estão em fase posterior e dependem da validação espontânea do interesse pela sociedade e respeito pela coletividade ou da validação pelo Estado, pelo órgão judicial, através do devido processo legal, em função de um interesse manifestado pela parte.

A afirmativa acima só leva a uma conclusão: os interesses não se confundem com os direitos, mas mesmo tendo conceitos diferentes, se inter-relacionam de modo íntimo. Na base de formação de todo direito existe um interesse, mas nem todo interesse gerará um direito. Dessa forma, o equívoco metodológico de Ihering se evidenciou quando supôs que o interesse teria importância para o direito quando houvesse a previsão legal de tutela desse interesse. “O interesse que importaria ao direito seria um interesse juridicamente tutelado, ou seja, um direito”. Daí, com a complexidade da evolução da sociedade, muitos direitos que foram reconhecidos e, “embora existentes”, não teriam suporte legal. (MACIEL, 2006, p. 43-44).

Partindo do pressuposto de que os interesses são sempre individuais, para Vicente Maciel, então não haveria interesses difusos ou coletivos.

Segundo Maciel, o professor Aroldo Plínio Gonçalves, bem retrata o tema e aduz que o interesse, no plano processual, desponta como condição para o exercício do direito de ação, traçando a seguinte diferenciação:

.... enquanto o direito subjetivo se configura como o momento de “verticalização da norma jurídica” que garante a pretensão exigível do titular em face da previsão feita no modelo normativo, o interesse seria outra modalidade de situação jurídica, que nem sempre contém de forma evidente a pretensão, concluindo que, quando obtém conteúdo jurídico o interesse passa a ser merecedor de garantias. (MACIEL, 2006, p. 47) ⁴⁶

Seguindo nessa abordagem, a essência da distinção entre direito e interesse seria em “função do momento em que ambas se efetivam e se realizam”, pois enquanto manifestação individual de uma necessidade perante um bem da vida, o indivíduo só tem o *interesse*. Mas, no momento em que este interesse é manifestado, aceito pela sociedade e respeitado por terceiros, seja de forma espontânea ou através de um processo judicial, tem-se um *direito*. Porquanto, o direito pressupõe um processo de validação da manifestação do interesse do indivíduo em face do ordenamento jurídico. (MACIEL, 2006, p. 54).

Por isso seria equívoco falar de interesse difuso e coletivo, pois na realidade o interesse é sempre individual. Mas tem-se que, “difuso ou coletivo é o número dos indivíduos que, de modo indeterminado ou agrupado, possuem interesses individuais manifestados num mesmo sentido”. Então o que se tem são “interessados” difusos ou coletivos.

A diferença básica é:

O interesse nasce e se exaure na intenção do sujeito, em sua manifestação perante as outras pessoas, na sua esfera privada. Os interesses manifestados são afirmações da vontade do sujeito em face de um bem. Não ocorre a sua transformação em direitos.

(...)

Os direitos nascem da aceitação, do consenso sobre as manifestações dos interesses dos sujeitos, ou do reconhecimento compulsório da validade do interesse manifestado pelo sujeito e admitido pelo juiz em uma sentença. (MACIEL, 2006, p. 55).

Outra conclusão óbvia é a necessária distinção entre interesse e direito, pois muitas situações jurídicas não seriam explicadas hodiernamente, em função da equiparação dos termos, conforme tese de Ihering e seguida por muitos doutrinadores, já citados em item anterior. Há interesses que não se transformam em direitos, pois se contrapõem a estes, não passando pelo processo de validação necessário.

⁴⁶ Vicente Maciel fez a pesquisa em estudo desenvolvido por Aroldo Plínio Gonçalves na obra Ação Civil Pública na Justiça do Trabalho (1994, p. 1225-1229).

Após as justificativas, segue quadro demonstrativo conclusivo do entendimento de Vicente Maciel a respeito de direitos e interesses (MACIEL, 2006, p. 57-61):

Direitos coletivos e difusos	Interesses ou direitos públicos	Interesse geral	Interesse subjetivo, direito subjetivo, direito objetivo
<p>O interesse é sempre identificável e relacionado a uma pessoa que manifesta sua intenção e dependerá da verificação se o fato ou circunstância atingiu individualmente as pessoas que manifestaram. Será sempre o fato e as circunstâncias que determinarão se os diversos interessados podem ser agrupados em interessados homogêneos, coletivos ou difusos.</p> <p><i>Interessados difusos:</i> se a abrangência do fato for tamanha que não se possa identificar o nº de interessados individuais.</p> <p><i>Interessados coletivos:</i> se o fato atingiu um nº de interessados pertencentes a um grupo organizado e associado.</p> <p><i>Interessados homogêneos:</i> se o fato atingiu um nº determinável de indivíduos não organizados ou associados, mas que se manifestam de modo homogêneo os interesses que se harmonizam.</p> <p>Em qualquer dessas hipóteses os interessados poderão agir individualmente ou em litisconsórcio. Se houver previsão legal da representação, admite-se o legitimado com tais poderes.</p>	<p>Não existe o interesse público ou interesse geral. O interesse é sempre individual. Na esfera de atuação do órgão público, nas competências que recebe da legislação, o agente público é o detentor dos poderes conferidos pelo direito legislado de conduzir a adm. pública no sentido de cumprir as determinações legais às quais estão vinculados.</p> <p>Não existe interesse público e sim o direito público a reger a atuação do agente, no sistema do Estado Democrático de Direito. Não há vínculo com o interesse individual e sim com o princípio da legalidade.</p>	<p>Não existe o interesse geral. No sentido conforme conceitua a doutrina, como interesses de toda a sociedade, já se encontram na lei, aprovada de acordo com o devido processo legislativo.</p> <p>O que existe é o direito público que se aplica à generalidade das pessoas por ser o processo de validação do interesse da parte.</p>	<p>O <i>direito subjetivo</i> somente existe a partir do momento em que a sociedade espontaneamente confere validade ao interesse da parte, ou através do reconhecimento judicial, pelo processo de validação do interesse – devido processo legal.</p> <p>Antes do processo de validação o que existe é o <i>interesse subjetivo</i>, que é individual.</p> <p>O <i>direito objetivo</i> é a lei posta como critério de conduta em uma determinada sociedade. Vale para todos e pode ser invocado para a fundamentação das manifestações de interesse dos sujeitos na vida social.</p>

Nesses termos, a reformulação e diferenciação dos conceitos de interesses e direitos serviram de base para a proposta da ação temática para as ações coletivas, que será tratada em item separado.

3.2 COISA JULGADA NAS AÇÕES COLETIVAS

A coisa julgada anteriormente debatida no capítulo 2 do presente trabalho, adquire contornos bem diferenciados quando se está diante de ações coletivas, pois tais demandas possuem características peculiares que as afastam do modelo tradicional implementado pela lei processual civil pátria.

Entretanto, para alguns doutrinadores não se pode dizer que a ação coletiva é apenas aquela que tutela direitos coletivos⁴⁷. Segundo Antônio Gidi, “ação coletiva é a ação proposta por um legitimado autônomo (legitimidade), em defesa de um direito coletivamente considerado (objeto), cuja imutabilidade do comando da sentença atingirá uma comunidade ou coletividade (coisa julgada)”. Nesse caso, o autor considera como elemento indispensável para a caracterização de uma ação coletiva a legitimidade para agir, o objeto do processo e a coisa julgada. (GIDI, 1995, p.16)

Há quem defenda que as ações coletivas têm fundamento no direito material tutelado, como por exemplo, Teori Zavascki e Gustavo Garcia. Este último autor defende a nomenclatura “ação coletiva” de forma genérica, eis que é de fácil relação com o direito material objeto da tutela. (GARCIA, 2007, p. 67)

Nessa mesma linha tem-se Gregório Assagra Almeida, para quem “ação coletiva é o instrumento processual colocado à disposição de determinados entes públicos ou sociais, arrolados na Constituição ou na legislação infraconstitucional – na forma mais restrita, o cidadão -, para a defesa via jurisdicional dos direitos coletivos em sentido amplo”. Defende ser legítimo o estabelecimento do conceito de ação levando-se em consideração o respectivo direito material por ela tutelado. Aliás, para ratificar este entendimento, Almeida usa dos ensinamentos do italiano Andréa Proto Pisani, segundo o qual, no plano processual constitucional e infraconstitucional, a aproximação e a ligação do direito processual e de seus institutos com o direito material é fundamental. (ALMEIDA, 2003, p. 541).

Quanto aos elementos da ação coletiva, Almeida observa que eles guardam semelhança com os mesmos elementos das ações do direito processual civil clássico, cabendo fazer ressalva acerca do elemento subjetivo – partes, para efeitos da coisa julgada, que será analisado em item separado. Pelo pedido será deduzida uma pretensão de direito coletivo, e a causa de pedir consistirá na fundamentação

⁴⁷ O termo “direitos coletivos” será utilizado no sentido *lato*, compreendendo os direitos difusos, os coletivos em sentido estrito e os individuais homogêneos.

de fato e de direito, meio pelo qual será extraída a alegação de ameaça ou lesão a direito ou interesse coletivo. Quanto às partes, no pólo passivo não existe restrição, mas no ativo, estará sempre um legitimado coletivo, como por exemplo, o Ministério Público ou uma associação ressaltando que os legitimados ativos serão parte, no que se refere aos efeitos da coisa julgada, somente no plano processual e não material. (ALMEIDA, 2003, p. 543).

Referido autor assente ainda que as condições da ação coletiva: a legitimidade *ad causam*, a possibilidade jurídica do pedido e o interesse processual, têm fundamento constitucional, uma vez que a Constituição da República (Art. 129, III) admite expressamente o cabimento de ação coletiva para a defesa de todo e qualquer direito ou interesse difuso ou coletivo e a afirmação de que lesão ou ameaça de lesão a direito ou interesse coletivo em sentido amplo serão analisados pelo judiciário.

Portanto, têm-se aqui, de forma sucinta, conceito, elementos e condições das ações coletivas, sendo que a questão do elemento subjetivo, que envolve a legitimação para agir será tratada em item separado, uma vez que possui relação direta com os efeitos da coisa julgada.

Sobre os **limites objetivos da coisa julgada** no processo coletivo, como não há regramento específico, estes são delineados pelos artigos 468 a 471 do Código de Processo Civil pátrio, assunto já discutido no capítulo anterior. Entretanto, no caso da jurisdição coletiva, a intensidade da cognição mostra-se particularmente relevante e deve ser levada em conta para o fim de discriminar a parte que no *decisum* reporta-se aos limites objetivos da coisa julgada, pois em se considerando que a improcedência da ação coletiva não obsta as ações individuais dos sujeitos concernentes, salvo em relação aos que optaram por aderir ao pleito coletivo (Lei 8.078/90, arts. 103, § 3º e 104). (MANCUSO, 2006, p. 237)

Ademais, em virtude da relevância em se solucionar, de forma uniforme e concentrada, controvérsias envolvendo violações de direitos coletivos, observa-se a existência de um sistema processual pátrio, pertinente à tutela transindividual, merecendo destaque a Lei da Ação Popular, a Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor.

No presente estudo será analisada a abrangência da coisa julgada principalmente nas Ações Cíveis Públicas e no Código de Defesa do Consumidor.

3.2.1 Limites subjetivos da coisa julgada nas ações coletivas

O principal problema a ser solucionado nas ações coletivas é aquele que tem relação com os limites subjetivos da coisa julgada e está ligado à legitimação para agir nas demandas.

Conforme ensina Angel Sosa, “uma delimitação excessiva rigorosa dos limites subjetivos da coisa julgada nos processos coletivos, poderia constituir um obstáculo insuperável para a tutela jurisdicional efetiva dos direitos supra-individuais”.⁴⁸ Destacou, ainda, que, se no processo coletivo não se autorizasse a extensão da imutabilidade do julgado a terceiros, se multiplicariam de forma desnecessária processos semelhantes, com o mesmo objetivo, com partes diferentes, mas com a mesma causa e idênticas pretensões. Isso emperraria, ainda mais, o sistema judicial, e faria inviável a efetiva prevenção ou reparação do dano, sem falar das decisões contraditórias, o que comprometeria fundamentalmente o já desgastado poder jurisdicional em toda a América Latina. (SOSA, 2005, p. 457)

Ratifica Ricardo Leonel sobre os efeitos da sentença coletiva:

A necessidade de reconhecimento de maior extensão aos efeitos da sentença coletiva é consequência da indivisibilidade dos interesses tutelados (material ou processual), tornando impossível cindir os efeitos da decisão judicial, pois a lesão a um interessado implica a lesão a todos, e o proveito a todos beneficia. É a indivisibilidade do objeto que determina a extensão dos efeitos do julgado a quem não foi parte no sentido processual, mas figura como titular dos interesses em conflito. (LEONEL, 2002, p. 259).

Segundo Roberto Batista, o regime da coisa julgada, com relação aos limites subjetivos para as ações coletivas, difere completamente do tratamento clássico de eficácia *inter partes* da decisão, com especial e peculiar regramento, em função da natureza dos bens jurídicos por elas tutelados. (BATISTA, 2005, p. 145)

O regramento da coisa julgada coletiva na ordem normativa brasileira iniciou-se com a Lei da Ação Popular – Lei 4.717/65, que em seu art. 18 prescreve que “a sentença terá eficácia de coisa julgada oponível erga omnes, exceto no caso de haver sido a ação julgada improcedente por deficiência de prova; neste caso, qualquer cidadão poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova”.

⁴⁸ “Una delimitación excesivamente rigurosa de los límites subjetivos de la cosa juzgada en los procesos colectivos podría constituir un obstáculo insuperable para tutela jurisdiccional efectiva de los derechos supraindividuales”.

Mas o estatuto processual que regula mesmo o instituto da coisa julgada é o Código de Defesa do Consumidor – Lei nº 8.078 de 11 de outubro de 1990 e a Lei da Ação Civil Pública – Lei nº 7.347 de 24 de julho de 1985. Ambos formam um sistema processual integrado com regência para as ações coletivas, tendo em vista o teor do artigo 21 da Lei da Ação Civil Pública, introduzido pelo artigo 117 do Código de Defesa do Consumidor. O Código de Defesa do Consumidor manda aplicar à Lei 7.347/85, em matéria de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, no que forem compatíveis às normas do seu Título III, incluindo aí a coisa julgada. (BATISTA, 2005, p. 145)

Há quem diga que toda a disciplina da coisa julgada nas ações coletivas, como Ada Pelegrini Grinover (GRINOVER, 2005), está contida no artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor. Entretanto, Antonio Gidi afirma que a disciplina deste código é limitada aos seus limites subjetivos, mas que é, sem dúvida, o seu aspecto mais importante em tema de ações coletivas. (GIDI, 1995, p. 112)

O Código de Defesa do Consumidor, além de conceituar interesses e direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, também trouxe dispositivo legal referente à coisa julgada nas demandas de consumo, disciplinando assim a forma como a autoridade da coisa julgada processa-se em relação aos direitos transindividuais.

Destarte, segundo o art. 103 do Código de Defesa do Consumidor, na hipótese de *direitos difusos*, pela própria natureza de tais direitos, a sentença fará coisa julgada *erga omnes*, o que também ocorrerá quanto aos *direitos individuais homogêneos*, mas apenas em caso de procedência da ação, a fim de beneficiar todas as vítimas e seus sucessores. Por fim, quando a ação coletiva versar sobre *direitos coletivos*, a autoridade da coisa julgada processar-se-á *ultrapartes*, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe.

Vale ressaltar, todavia, que o artigo 103 do CDC, não obstante tenha sido taxativo quanto às eficácias da coisa julgada nas ações coletivas, gerou dúvidas em várias questões, que vêm sendo debatidas pela doutrina, a saber.

Em primeiro lugar, os incisos I e II do art. 103, que se referem aos direitos difusos e coletivos, trazem uma exceção à existência da coisa julgada, que é a improcedência da ação por falta de provas. Isso significa que, neste caso, será possível aos autores intentar outra ação, assim que surgirem novas provas sobre o direito pleiteado na demanda.

A grande problemática que surge nessa situação é delimitar o que efetivamente consiste em nova prova, uma vez que a prova nova referida nos incisos I e II do artigo 103, pode se referir a outros elementos que não sejam necessariamente 'documento', como novas testemunhas ou perícia. Para Renato Braga, prova nova é todo elemento probatório que não pôde ser produzido na instrução anterior, seja por impossibilidade física ou por falta de conhecimento pela parte de sua existência. (BRAGA, 2000)

Assim, só se pode considerar prova nova aquela que não foi produzida na demanda anterior por manifesta impossibilidade. Nos demais casos, haverá coisa julgada, não podendo as partes negar a sua existência no sentido de intentar nova demanda após o trânsito em julgado na primeira ação.

A segunda questão que se impõe diz respeito aos vocábulos *erga omnes* e *ultrapartes*, pois há autores que os consideram como sinônimos, enquanto outros afirmam a sua distinção. Antônio Gidi é um dos juristas que entende serem sinônimas as expressões. Segundo este autor, os dispositivos legais constantes nos três incisos do art. 103 poderiam ter sido redigidos de duas formas dogmaticamente indiferentes, no que diz com as expressões latinas empregadas, que acarretam a mesma e única interpretação. Por outro lado, Antônio Gidi sustenta que é certo que *erga omnes*, abstrata e isoladamente considerado, tem feição aparentemente mais ampla e peremptória que *ultra partes*, havendo nítida impressão que a primeira atinge a todos, e a segunda atinge alguns. Assim, para o jurista, o mais técnico seria a utilização indiscriminada, nos três incisos do art. 103, da expressão *ultrapartes*. (GIDI, 1995, p. 108).

A par da discussão, conclui-se sobre a inadequação de ser da coisa julgada *erga omnes ou ultra partes*, pois apenas os indivíduos que tiveram sua esfera jurídica atingida pelo evento danoso, representados pelo autor coletivo, serão atingidos pela coisa julgada.

Nesse sentido, Aroldo Plínio Gonçalves tem o mesmo entendimento, justificando que, na realidade o legislador apenas modificou o conceito de parte, pois não foi alterado o destino do provimento e a figura daqueles que irão recebê-lo, portanto são inúteis as expressões *erga omnes e ultra partes*. (GONÇALVES, 1994)

Desse modo, independentemente de se estar diante de uma ação coletiva que defenda direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos, é importante saber que todos aqueles que foram atingidos pelo evento danoso estarão sob a

autoridade da coisa julgada e por tal razão, conforme diz Renato Rocha, sob os ensinamentos de Márcio Mafrá Leal, é apropriada a utilização da coisa julgada *extra partes*, expressão que engloba ambos os conceitos *erga omnes e ultra partes*, uma vez que significa a extensão de sua autoridade para pessoas que não fizeram parte da relação processual. (BRAGA, 2000).

Tem-se ainda, conforme relato de Aroldo Plínio Gonçalves, que a expressão *outra ação* utilizada pela lei não foi acidental. O preceito legal poderia se referir a *ação*, permitindo-se concluir que a decisão não faria coisa julgada e *ação* poderia ser renovada. Conforme dispositivo do CPC, uma *ação* é idêntica à *outra* quando têm as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido. Se um desses elementos não é o mesmo, em duas demandas, há *ações* distintas. Portanto:

Ao permitir que seja intentada *outra ação*, no caso de improcedência do pedido por insuficiência de provas, a disposição do item I, do art. 103, não atingiu a autoridade da coisa julgada de que reveste a sentença passada em julgado e não feriu o cerne do conceito de coisa julgada, que se encontra na imutabilidade da decisão. (GONÇALVES, 1994, p. 69)

Nesse caso, o que tornaria possível o ajuizamento de *outra ação*, para Gonçalves, é a legitimação concorrente, que foi nomeada no art. 82 do Código de Defesa do Consumidor. Mas é interessante ressaltar que o autor aponta que na propositura de uma *outra ação*, o legitimado que ajuizou a *ação* julgada improcedente por falta de provas deve ser excluído do rol de legitimados, para que não haja as mesmas partes na demanda. (GONÇALVES, 1994, p.70)

Conforme Eduardo Talamini, o art. 103, § 1º do Código de Defesa do Consumidor, a autoridade da coisa julgada, a qual, como vimos, opera-se *erga omnes e ultra partes* nas *ações* coletivas, em nada obsta a possibilidade de um cidadão, insatisfeito com o resultado da demanda, intentar nova *ação*, individualmente. Mas isso só irá ocorrer em caso de improcedência da *ação* ou mesmo de parcial procedência, porquanto, se o pleito for integralmente acolhido, a eficácia do provimento estenderá a todos os substituídos, não havendo necessidade de se intentar nova demanda. (TALAMINI, 2005, p. 125)

Assim, em uma *ação* em defesa de direitos difusos ou coletivos, podem surgir três casos distintos em relação à coisa julgada. Em primeiro lugar, se a demanda for acolhida integralmente, a sentença prevalecerá a todos os substituídos. Em segundo lugar, se o pedido for rejeitado no mérito, não poderá ser intentada

nova ação coletiva, mas serão admitidas ações individuais. E, finalmente, em terceiro lugar, se a sentença for julgada improcedente por falta de provas, não haverá coisa julgada, podendo nova ação ser ajuizada a qualquer tempo, desde que surjam novas provas.

Ainda em relação ao parágrafo 1º do art. 103, frisa-se que a referida regra somente se estende aos direitos difusos e coletivos, já que os direitos individuais homogêneos possuem dispositivo específico - parágrafo 2º do art. 103 - o qual disciplina de modo distinto a matéria, pois só poderão propor ação de indenização a título individual aqueles que não intervieram no processo como litisconsortes e apenas em caso de improcedência da ação. Desse modo, se o parágrafo 2º sustenta que em caso de improcedência da ação, apenas quem não atuou como litisconsorte poderá propor ação individual, como ficam aqueles que encabeçaram o pólo ativo da demanda coletiva e tiveram seu pleito rejeitado? Antônio Gidi opina:

O inciso III do artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor prevê que a sentença fará coisa julgada somente no caso de procedência do pedido. Surge, então, a perplexidade de se saber o que aconteceria no caso de improcedência. Não haveria formação de coisa julgada material nesse caso? A coisa julgada seria apenas *inter partes*? Resolve-se o problema com uma interpretação conjugada com o § 2º do mesmo artigo. Se esse dispositivo ressalva aos 'aos interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes', a possibilidade de propor a sua ação individual é porque, *contrario sensu*, aqueles interessados que intervieram, aceitando a convocação do edital a que se refere o art. 94, são atingidos pela coisa julgada *inter partes*. (GIDI, 1995, p. 139)

Portanto, conclui-se que quem ingressou na ação coletiva, como litisconsorte, em caso de improcedência da ação, é atingido pela autoridade da coisa julgada *inter partes*.

A extensão subjetiva para os interessados que se habilitaram como litisconsortes é clara, porque os mesmos serão tratados como partes e não como terceiros subordinados. Esta diferença ocorre porque, nas demandas em defesa de direitos difusos e coletivos, não é permitido ao substituído o ingresso na relação processual, já que a regra contida no artigo 94 do Código de Defesa do Consumidor, que permite esse ingresso, somente se aplica aos direitos individuais homogêneos. Esta é a outra diferença de muita importância entre o regime dos direitos individuais homogêneos e os difusos e coletivos, na medida em que, nestes, não é permitido o ingresso do lesado na relação processual. Logo, é o artigo 94 do Código de Defesa do Consumidor, que permite o tratamento diferenciado às ações em defesa de

direitos individuais homogêneos, na medida em que determina que os interessados intervenham como litisconsortes ativos nessas ações, tornando-se partes. (GIDI, 1995, p. 140).

Assim, todos aqueles que se habilitaram na ação coletiva para defesa de direito individual homogêneo, atuarão como litisconsortes, ou seja, partes, da relação. Logo, não haverá, na espécie, legitimação extraordinária para causa, explicando-se, assim, porque a sentença, nesse caso, faz coisa julgada *inter partes* e não *erga omnes*.

Merece, entretanto, também serem discutidos dois conceitos: primeiro, a terminologia *terceiros*, para Mancuso parece inadequada, pois tecnicamente não existem terceiros nas ações coletivas, posto que todas as pessoas estarão adequadamente representadas no processo. Ademais, se terceiro é aquele que não participou da relação processual ou não fez parte da relação de direito material, nas ações coletivas, de uma forma ou de outra, todos estarão participando:

A própria nomenclatura terceiros é questionável no plano coletivo, porque, se inviável a presença efetiva dos sujeitos concernentes ao interesse judicializado e se esses sujeitos estão *adequadamente representados* no processo por um autor credenciado *ope legis*, então a rigor não se pode tê-los como *terceiros*, porque, de duas uma: ou bem os sujeitos realmente concernem ao conflito judicializado, e nesse caso eles tecnicamente participam do processo coletivo através do autor ideológico; ou bem eles são estranhos ao *thema decidendum*, e então, enquanto *terceiros indiferentes*, não se lhes toca o trâmite da ação coletiva, inclusive a coisa julgada que aí venha se formar. (MANCUSO, 2006, p. 265)

E segundo, o de *parte*, que conforme entendimento de Aroldo Plínio Gonçalves, classicamente pode ser entendido como parte ativa quem demanda em seu próprio nome a atuação da vontade da lei e parte passiva, aquele frente ao qual a atuação da vontade da lei é demandada. Entretanto, levando-se em consideração o princípio do contraditório e participação isonômica das partes no processo, *parte* é identificada como o destinatário do provimento jurisdicional a receber os efeitos da sentença. (GONÇALVES, 1994, p. 70)

Para finalizar, apresenta-se quadro sinóptico citado por Mancuso, em consulta a Hugo Mazzili, relativo á coisa julgada nas ações coletivas (MANCUSO, 2006, p. 261-262):

SEGUNDO A NATUREZA DO INTERESSE			
Difusos	Sentença de procedência	Sempre tem eficácia <i>erga omnes</i>	
	Sentença de improcedência	Por falta de provas	Sem eficácia <i>erga omnes</i>
		Por outro motivo	Com eficácia <i>erga omnes</i>
Coletivos	Sentença de procedência	Tem eficácia <i>ultra partes</i> , limitadamente ao grupo, categoria ou classe	
	Sentença de improcedência	Por falta de provas	Sem eficácia <i>ultra partes</i>
		Por outro motivo	Com eficácia <i>ultra partes</i>
Individuais homogêneos	Sentença de procedência	Com eficácia <i>erga omnes</i> para beneficiar vítimas e sucessores	
	Sentença de improcedência	Não tem eficácia <i>erga omnes</i>	
SEGUNDO O RESULTADO DO PROCESSO			
Sentença de procedência	Beneficia a todos os lesados, observado o art. 104 do CDC; tratando-se de interesses coletivos, seus efeitos limitam-se ao grupo, categoria ou classe de pessoas atingidas		
Sentença de improcedência	Por falta de provas	Não prejudica os lesados	
	Por outro motivo	Prejudica os lesados, exceto em matéria de interesses individuais homogêneos, observado o art. 94 do CDC	

Os limites subjetivos da coisa julgada merecem estudo especial em relação às demandas coletivas não apenas por se diferenciarem quanto à extensão, mas também por trazerem algumas peculiaridades processuais, tais como a coisa julgada *secundum eventum litis*, e a coisa julgada *in utilibus*, conforme a seguir.

3.2.1.1 Coisa julgada secundum eventum litis

No sistema tradicional, a coisa julgada forma-se *pro et contra*, ou seja, independente do resultado do processo. O julgado tornar-se-á imutável tanto no caso de procedência como no de improcedência do pedido formulado pelo autor.

No caso das ações coletivas, a coisa julgada *secundum eventum litis*, condiciona a imutabilidade da sentença ao resultado do processo. Assim somente seria revestida da autoridade da coisa julgada a sentença que tiver acolhido a demanda, com efeito *erga omnes* ou *ultra partes*, exceto se for julgada improcedente por falta de provas.

Portanto, se a improcedência decorre da insuficiência de provas, o julgado produz efeitos somente entre as partes processuais, sendo possível renovação da

demanda com base em novas provas. A este sistema convencionou-se denominar coisa julgada *secundum eventum litis* - segundo o resultado do processo, e extensão *in utilibus* - para beneficiar- dos efeitos do julgado a terceiros que não foram parte na demanda coletiva, predominantemente de forma benéfica e quando útil ao indivíduo interessado no equacionamento da demanda coletiva. (LEONEL, 2002, p. 270). Isso significa que a eficácia da sentença transitada em julgado, em ações destinadas a defesa de direitos metaindividuais, somente atingirão aos demais interessados, dependendo do resultado da ação - se procedente ou improcedente e de sua fundamentação - se improcedente por falta de provas. ´

É o que prevê o artigo 103, I e II do Código de Defesa do Consumidor e o art. 16 da Lei 7.347/85. Segundo Talamini, quando a ação for julgada improcedente por insuficiência de provas, a sentença não fará coisa julgada material – seja em face de terceiros, seja perante as próprias partes. (TALAMINI, 2005, p. 126)

Mas, não se pode confundir a extensão dos limites subjetivos da coisa julgada com a sua formação, pois essa não se dá de acordo com o evento da lide. Na verdade, conforme afirma Antônio Gidi, a coisa julgada sempre se formará, independentemente de o resultado da demanda ser pela procedência ou improcedência. O que há de novo, portanto, é a possibilidade de modificação do rol das pessoas atingidas pelo fenômeno da coisa julgada, sempre que se estiver diante de uma ação coletiva.

Segundo Arruda Alvim, a adoção da regra da coisa julgada *secundum eventum litis* pelo sistema do Código do Consumidor e que norteia todas as ações de natureza coletiva teve como base o sistema americano das *class actions* e sofre críticas de muitos doutrinadores, como por exemplo, Antonio Gidi e Barbosa Moreira, que alegam a possibilidade de o réu poder ser demandado sucessivas vezes, caso a ação seja julgada improcedente por falta de provas ou que acarretaria um desequilíbrio entre as partes, bem como decisões contraditórias. (ARRUDA ALVIM, 2007, p. 176-177).

Aliás, já algum tempo o jurista italiano Allorio reconheceu que o princípio não merecia as críticas que lhe eram movidas, embora reconhecesse que as exceções à proibição deviam resultar de lei. (ALLORIO, 1935, p. 272).

Entretanto, Ada P. Grinover, responde às críticas informando primeiramente que o contraditório não fica sacrificado pela técnica do julgado *secundum eventum litis*, uma vez que o demandado na ação coletiva integrou a relação processual. Por

outro lado, parece claro que as demandas sucessivas, a título individual só teriam chance em casos excepcionais, “que são justamente aqueles que levam a propugnar a adoção da coisa julgada *secundum eventum litis*” e que, quanto ao desequilíbrio das partes, o prejuízo é mais teórico do que prático “pois o réu da ação coletiva entra no processo sabendo que, se ganhar, só ganhará com relação ao autor coletivo mas, se perder, perderá em relação a todos”. (GRINOVER, 2001, p. 837).

Conclui a referida autora:

A solução da lei leva em conta todas as circunstâncias apontadas, visando a harmonizar a índole da coisa julgada nas ações coletivas e sua necessária extensão a terceiros com as garantias do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, incs. LIV e LV da CF), as quais obstam a que o julgado possa desfavorecer aquele que não participou da relação jurídico-processual, sem o correlato, efetivo controle sobre a *representatividade adequada* e sem a segurança da efetiva possibilidade de utilização de técnicas de intervenção no processo e de exclusão da coisa julgada. (GRINOVER, 2001, p. 839).

3.2.1.2 Coisa julgada in utilibus

Os princípios da coisa julgada *secundum eventum litis* e *in utilibus* estão diretamente vinculados na medida em que os limites subjetivos da sentença transitada em julgado só irão estender-se aos substituídos - *secundum eventum litis*, se vierem em seu benefício - *in utilibus*.

Segundo a definição de Roberto Batista, a coisa julgada *in utilibus* é uma espécie *secundum eventum litis*, e significa que há a extensão da imutabilidade do julgado: estende-se a coisa julgada a terceiros para beneficiar, não para prejudicar. (BATISTA, 2005, p. 147).

Com efeito, tal princípio encontra-se expresso nos parágrafos 3º e 4º do artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor.

Discorrendo a respeito do parágrafo 3º do dispositivo acima mencionado, nos afirma Ada Pellegrini Grinover que tal artigo inova profundamente com relação aos princípios processuais sobre a coisa julgada porquanto, inspirado no princípio da economia processual e nos critérios da coisa julgada *secundum eventum litis*, bem como na ampliação do objeto do processo, expressamente autoriza o transporte, *in utilibus*, da coisa julgada resultante de sentença proferida na ação civil pública para as ações individuais de indenização por danos pessoalmente sofridos. Isso significa que, sendo procedente a ação civil pública, o Código de Defesa do Consumidor, por

economia processual, autoriza a extensão dos limites da coisa julgada a todas as vítimas e seus sucessores, sem que haja a necessidade de nova sentença. (GRINOVER, 2001, p. 838)

Deve-se frisar ainda, que além de estenderem-se as eficácias da coisa julgada às vítimas, ocorre também uma ampliação do pedido, pois o parágrafo 3º do artigo 103 supra referido, refere-se a ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, o que indica que, em caso de acolhimento da ação civil pública, o pedido de indenização exarado pelas vítimas em outras demandas, passa a integrar a ação coletiva. Analisado o aproveitamento da ação civil pública às ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, em caso de procedência da ação, deve-se também verificar o que ocorre quando o pleito é rejeitado. Sendo julgada improcedente a ação civil pública, tal como é regra nos processos coletivos, os substituídos não são atingidos pela coisa julgada, podendo ajuizar suas próprias ações indenizatórias.

Ainda sobre o parágrafo 3º do artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor, este estabelece que mesmo a sentença de procedência nas ações coletivas que versem sobre direitos difusos e coletivos – e não apenas aquelas sobre direitos individuais homogêneos – aproveitará aos sujeitos pessoalmente prejudicados, que a utilizarão como base para suas ações individuais de reparação de dano. Na verdade, conforme aduz Antonio Gidi, o parágrafo prevê uma espécie de inter-relação e reciprocidade entre a Ação Civil Pública e as ações civis por danos individual ou coletivamente propostas:

O que devemos compreender com a primeira frase desse dispositivo é que, como as ações coletivas do CDC em defesa dos direitos individuais homogêneos e as ações civis públicas em defesa de direitos superindividuais não são as mesmas ações, a propositura ou o julgamento de uma delas não tem o condão de obstar a propositura ou o julgamento da outra. (GIDI, 1995, 155)

Continuando, Antonio Gidi, faz as seguintes considerações: a) se a ação civil pública em defesa de direito superindividual for julgada procedente, a norma autoriza a extensão *in utilibus* da coisa julgada para a esfera individual das vítimas ou seus sucessores; b) se a ação civil pública em defesa de direito superindividual for julgada improcedente, a imutabilidade da decisão não poderá prejudicar nenhum direito individual dos consumidores interessados na demanda. Daí, os efeitos da coisa julgada na ação civil pública em defesa dos direitos superindividuais não prejudicam a proteção coletiva ou individual dos correspondentes direitos individuais. Mas, uma

ação civil pública proposta em defesa de um direito difuso, coletivo ou individual homogêneo será a mesma ação coletiva do Código de Defesa do Consumidor, se houver identidade de partes, de causa de pedir e de pedido. A concomitância induzirá à litispendência e à coisa julgada – artigo 301, §§ 1º a 3º do Código de Defesa do Consumidor. (GIDI, 1995, p. 155-163)

Por fim, cumpre relatar que a coisa julgada *in utilibus* também está presente no inciso III do art. 103 do Código de Defesa do Consumidor, o qual preconiza que os limites subjetivos da sentença com trânsito em julgado somente atingirão a todos os interessados em caso de procedência do pedido.

3.2.1.3 Coisa julgada nas Ações Cíveis Públicas – limitação territorial

A mudança empreendida no art. 16 da Lei nº 7.347/85, pela Lei 9.494/97, buscou limitar subjetivamente o âmbito da coisa julgada nas ações cíveis públicas, disciplinando que a eficácia *erga omnes* seria nos limites da competência territorial do órgão prolator. Segundo Roberto Batista, o regime criado destoa da sistemática desenhada para os direitos metaindividuais e seus instrumentos processuais, já que, pela nova redação conferida ao artigo, as eficácias da sentença somente atingem aqueles substituídos domiciliados na competência territorial prevista.

Posteriormente, uma outra Medida Provisória, a MP 2180-35, de 24 de agosto de 2001, incluiu novo dispositivo à Lei 9.494/97, o artigo 2º- A, estabelecendo que a sentença civil prolatada em demanda coletiva abrange apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator.

Ao instituir limites territoriais à extensão subjetiva da coisa julgada, o legislador foi de encontro a todo o regramento já existente acerca da tutela de direitos metaindividuais, bem como desconsiderou todo o objetivo da defesa desses direitos, que é proteção aos direitos de toda uma coletividade lesada.

Segundo Roberto Batista, a inovação do legislador se dirigiu exatamente no sentido inverso dos propósitos que justificam as ações coletivas, como por exemplo, facilitar o acesso à justiça, viabilizar uma participação democrática de todas as classes sociais, uniformizar decisões jurisdicionais, diminuir custos da prestação jurisdicional, etc. Ao tentar reduzir a eficácia subjetiva do julgado ao espaço territorial da competência do juízo prolator da sentença coletiva, o legislador nega os

propósitos das ações coletivas e exige a propositura de ações civis públicas quantas forem as competências territoriais em uma dada região, conforme o dano seja regional ou nacional. (BATISTA, 2005, P. 179)

Entretanto, comparando o artigo 16 da lei da ação civil pública com a redação do art. 103, II, do Código de Defesa do Consumidor, vê-se que ambas se referem ao *non liquet* por insuficiência de provas e que é perfeitamente cabível método analógico para compreender que o artigo 16 cobre tanto as hipóteses da coisa julgada envolvendo direitos difusos, quanto os coletivos, uma vez que não há diferenças entre o regime da coisa julgada nos direitos difusos e coletivos.

Ressalta-se, todavia, que a tentativa do legislador em restringir a coisa julgada nas ações civis públicas em nada alterou o regime do instituto da coisa julgada, uma vez que as normas contidas no Código de Defesa do Consumidor, mais precisamente o artigo 93, que estipulou a competência pela amplitude do dano não foi mudado, bem como o artigo 21 da Lei da Ação Civil Pública, que remete o intérprete à definição dos limites subjetivos da coisa julgada ao artigo 103 do Código. Por isso este artigo continua a ditar o verdadeiro efeito *erga omnes e ultra partes*, mesmo porque o Código de Defesa do Consumidor é lei especial prevalecendo suas regras, princípios e valores. (MORAES, 2005, p.133).

Segundo Teori Zavascki, a interpretação do art. 16 da lei da ação civil pública leva a um resultado incompatível com o instituto da coisa julgada. “Não há como cindir territorialmente a qualidade da sentença ou relação jurídica nela certificada”. Em se tratando de direitos transindividuais, a relação jurídica litigiosa, embora com pluralidade indeterminada de sujeitos no seu pólo ativo, é única e indivisível. Daí a limitação territorial da coisa julgada é ineficaz, bem como o art. 2º-A da lei 9.494/97 não diz respeito às sentenças que tratem de direitos transindividuais, pois o art. 16 da lei 7347/85 diz respeito às sentenças para tutela de direitos individuais homogêneos. (ZAVASCKI, 2007, p. 81-82).

3.2.1.4 Litispêndência

O Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 104, estabelece duas regras sobre as ações coletivas: Primeira, que não há litispêndência entre as ações individuais e as ações coletivas, podendo ambas correrem simultaneamente e em separado; segunda, que ainda quando o consumidor tenha proposto ação individual,

esse fato não impedirá possa ele ser beneficiado pela extensão da coisa julgada na ação coletiva.

Portanto, segundo Arruda Alvim, entre as ações versando interesses difusos, coletivos e mesmo individuais homogêneos, de um lado, e as ações individuais, de outro, a litispendência não pode haver, porque os pedidos e as partes são distintos, se bem que nas ações sobre interesses difusos estão contidos pedidos individuais, no que recebe tratamento diferenciado. Mas como a eficácia da ação coletiva pode também beneficiar o titular da ação individual, cujo fato esteja contido na ação coletiva, é que o legislador disciplinou expressamente. Nesse caso, está disposto que havendo concomitância entre a ação coletiva e a ação individual (com mesma causa de pedir remota), o autor da demanda individual, se quiser se beneficiar da decisão da ação coletiva, deverá requerer a suspensão de sua demanda no prazo máximo de 30 dias, contados a partir da ciência dos autos do ajuizamento da ação coletiva. Este pedido de suspensão é faculdade do autor individual, não havendo necessidade de concordância da parte contrária. Daí, requerida a suspensão da demanda individual, esta fica suspensa até o trânsito em julgado da decisão a ser proferida no processo coletivo. (ARRUDA ALVIM, 2007, p. 186)

Entretanto, caso seja julgado improcedente o pedido coletivo, o processo individual retomará seu curso, podendo o autor ter julgado procedente seu pedido, já que só ocorre a extensão subjetiva do julgado *in utilibus* para beneficiar. Mas se o autor da demanda individual prosseguir com o feito, ficará excluído da extensão subjetiva da coisa julgada formada na ação coletiva. Em sendo julgada procedente a ação coletiva, não será ele beneficiado pela coisa julgada, constituindo uma exceção à regra da extensão subjetiva da coisa julgada *in utilibus*, pois a pendência de uma ação individual não suspensa é uma excludente da eficácia e da extensão *erga omnes*. (MAIOLINO, 2005, p. 72)

Segundo Gonçalves, o conflito entre a coisa julgada na ação coletiva e na ação individual foi afastado pela própria lei, que deu às expressões *erga omnes* e *ultra partes* “conotação peculiar, porque peculiar foi a concepção de parte que acolheu”, uma vez que a lei, na ação coletiva, considerou como “partes” o legitimado e o réu, “os destinatários do provimento como meros beneficiados aos quais se alongavam os efeitos da sentença”. (GONÇALVES, 1994, p. 73).

3.3 COISA JULGADA NO SISTEMA DE *COMMON LAW* – *CLASS ACTION*

De fundamental importância a apresentação deste tema, numa abordagem, mesmo que superficial, das *class actions* norte-americanas, já que, conforme já explicitado em item de cunho histórico, as ações coletivas brasileiras derivam das *class actions* norte-americanas, isso por via indireta, através da doutrina italiana.

Teori Albino Zavascki aponta a experiência inglesa, no sistema da *common law*, como origem dos instrumentos do processo coletivo e, mais especificamente, da tutela coletiva de direitos. Menciona que desde o Século XVII os tribunais de equidade (*Courts of Chancery*) admitiam, no direito inglês, o *bill of peace*⁴⁹. Nasceu daí a ação de classe (*class action*), tendo sido modesta a sua aplicação e evolução até final do Séc. XIX. Nesse diploma estavam previstas três espécies distintas de *class action* de acordo com o tipo de relação jurídica que unia os membros do grupo (*class*), a saber, *true class action*, *hybrid class action* e *spurious class action*, cada qual com o seu alcance e a sua peculiaridade, porém, o âmbito de cada uma delas nunca foi bem delimitado e compreendido nem pela doutrina, nem pela jurisprudência, dizendo o autor o seguinte:

O certo é que da antiga experiência das cortes inglesas se originou a moderna ação de classe (*class action*), aperfeiçoada e difundida no sistema norte-americano, especialmente a partir de 1938, com a *Rule 23* das *Federal Rules of Civil Procedure*, e da sua reforma, em 1966, que transformaram esse importante método de tutela coletiva em ‘algo único e absolutamente novo’ em relação aos seus antecedentes históricos”. (ZAVASCKI, 2007, p. 29)

É necessário frisar que as *class actions* são oriundas do direito americano fundamentado no sistema ***common law (tradicional modelo britânico de costumes e precedentes)***. Por *common law* entendem-se os ordenamentos jurídicos anglo-americanos, opostos aos sistemas romanistas, ou, em um sentido mais estrito, o direito de criação judicial (*judge-made law*), diverso do *statute law*, que é elaborado pelo legislador.

Esse sistema jurídico ocorre, em especial, na Inglaterra e nos países em que houve, em algum momento histórico, dominação britânica, em especial nos Estados

⁴⁹ “O *bill* era uma autorização para processamento coletivo de uma ação individual e era concedida quando o autor requeria que o provimento englobasse os direitos de todos que estivessem envolvidos no litígio, tratando a questão de maneira uniforme, evitando a multiplicação de processos”. (LEAL, 1998, p. 22)

Unidos da América. Em solo inglês nunca chegou a ser aplicado o direito romano, e não surgiram as codificações. Assim, dá-se peculiar ênfase à rigidez e à certeza das normas emanadas dos precedentes judiciais, já que não conta o sistema com aquela segurança decorrente das codificações existentes nos países em que vige a *civil law* ou o direito codificado emanado do sistema romano.

É fato que nos Estados Unidos da América, durante o século XIX, o Congresso e as casas legislativas estaduais somente legislaram transitoriamente. Foram os tribunais que elaboraram um direito claro para sustentar o nascente Estado liberal, regulando também as relações jurídicas de Direito Privado, ora, de forma indiscutível foram os tribunais os principais criadores do novo ordenamento jurídico, porque tiveram, desde o início, que responder às questões que eram a eles submetidas, nascendo daí o sistema “*common law*”, que tinha jurisdição sobre as pretensões de natureza pecuniária e indenizatória (*damages – perda, dano, prejuízo*).

Antonio Gidi assenta em sua obra, o quanto as ações coletivas - *class action* - representam de economia processual, já que, economia e eficiência processual são valores constantes do direito processual civil americano e não instrumentos meramente retóricos da doutrina, já que é da *Rule 1 das Federal Rules of Civil Procedure* que, “estas normas – eficiência e economia processual – devem ser interpretadas e aplicadas para proporcionar a justa, rápida e econômica solução de cada controvérsia”. (GIDI, 2007, p.25/26)

O autor aponta:

Em uma questão de dimensão coletiva, tanto no pólo ativo como no pólo passivo da relação (ou mesmo em ambos) pode haver um número tão grande de pessoas com direitos tão conexos que seria mais eficiente e econômico julgá-los em uma única ação, em que um ou mais membros do grupo (*class*) representasse os demais. (GIDDI, 1995, p. 235)

Realmente é fato incontestável e Antonio Gidi revela que “a possibilidade de julgar em um único processo uma controvérsia complexa, envolvendo inúmeras pessoas, por outro lado, representa uma notável economia para o Judiciário, que se desembaraça de uma grande quantidade de processos repetitivos” e, buscando o eminente professor da PUC-SP, abono na assertiva de STEPHEN YEAZEL (*From group litigation to class action*), as ações coletivas são uma espécie de “aspirador de

pó judicial” que suga ações judiciais individuais semelhantes e alivia o trabalho dos tribunais. (GIDI 2007, p. 26).

Importante também se faz o procedimento inicial do processamento dessas ações, em que o tribunal, logo que puder, deverá pronunciar-se através de decisão susceptível de modificação, sobre a natureza da demanda, ou seja, se ela se configura uma verdadeira *class action*, como determina a *alínea c (1)*.⁵⁰ (BATISTA, 2005, 135)

Ademais, é necessário que haja um grupo bem determinado e que este grupo seja numeroso o suficiente, para que não justifique ações individuais ou litisconsorciais, porque a *class action* é um processo caro, demorado e desgastante e como já dito, a economia processual é sua tônica. Não só é preciso que haja realmente questões de fato ou de direito comuns ao grupo, mas os pedidos ou as defesas dos autores representantes devem ser similares aos dos outros membros do grupo ausentes no processo, pois não pode haver antagonismos. (GIDI, 1995, p. 236-237)

Salienta-se, portanto, que a *class action* é uma ação representativa – *representative action*, em que o autor representa em juízo os interesses dos demais membros – ausentes – do grupo. Este representante propõe a ação coletiva em nome próprio e em nome de todos os demais que se enquadram em uma situação semelhante à sua, o que gera dois pedidos independentes: o pedido individual, em benefício do representante, e o pedido coletivo, em benefício do grupo.

Antonio Gidi completa:

Ao contrário do que acontece no direito processual civil brasileiro, porém o efeito vinculante da sentença coletiva em face das pretensões individuais dos membros do grupo independe do resultado da demanda ou da suficiência do material probatório disponível ao grupo. Seja a sentença favorável ou contrária aos interesses do grupo (*whether favorable or adverse*), ela está revestida pelo manto da imutabilidade do seu comando em face dos direitos individuais e coletivos de todos os membros ausentes do grupo. (GIDI, 2007, p. 272)

Daí, como o grupo está presente em juízo, pela representação, a sentença faz coisa julgada *erga omnes* atingindo todos os seus membros. Tal operação *erga omnes* da coisa julgada nas *class actions* é uma exceção no direito americano “ao

⁵⁰ “As soon as practicable after the commencement of an action brought as a class action, the court shall determine by order whether it is to be so maintained. An order under this subdivision may be conditional, and may be altered or amended before the decision on the merits”.

tradicional principio segundo o qual uma pessoa não pode ser atingida pela coisa julgada em um processo do qual não foi feita parte através da citação”, mas faz-se necessário o respeito do devido processo legal. (GIDI, 2007, 272)

Nessa esteira:

Em sendo satisfeitas todas as exigências para a ação, a imutabilidade do comandado da sentença proferida em uma *class action* atingirá a todos os componentes do grupo (*class*) que dele não se auto-excluíram voluntariamente através do *right to opt out*. Seja a sentença favorável ou não, tenham participado do processo ou não, todos os componentes do grupo sofrerão os efeitos da coisa julgada (*former adjudication*). E isso não somente ao que diz respeito ao *collateral estoppel*, como também no que se refere à *res judicata*. (GIDI, 1995, p. 242)

Continua referido autor e arremata com muita propriedade, praticamente abarcando toda a questão da coisa julgada nas *class actions*, o fato de que a coisa julgada atinge um grupo composto por uma gama indeterminada de pessoas, diluída, muitas vezes, por todo o país. “Exatamente porque é fluido o grupo de pessoas interessadas, exige-se da corte que ele esteja com os seus contornos muito bem delineados no momento da decisão, de maneira que seja facilitada a futura tarefa de identificação de seus membros.” Como se vê, as adequadas representação e notificação exercem um papel decisivo para vincular os membros do grupo ausentes no processo, sem que isso implique violação ao sagrado princípio do *due processo of law*. (GIDI, 1995, p. 242)

Portanto, tem-se que para que o efeito da coisa julgada em uma ação coletiva *class action* se opere *erga omnes*, de forma independente do resultado da ação, é necessário que a garantia do devido processo legal de seus membros ausentes devem ser rigidamente controlada pelo juiz e pelas partes em todas as fases do procedimento. É o que Gidi sustenta: “em última análise, no contexto das ações coletivas do direito americano, *due processo of law* significa que deve ser assegurada aos membros ausentes justiça processual (*procedural fairness*), antes que eles possam ser vinculados pela decisão das questões comuns”. (GIDI, 2007, p. 278)

No que concerne objetivamente à questão da coisa julgada nas *class actions*, temos também a idéia de Rodolfo Mancuso, que seguiu os ensinamentos de Castro Mendes:

Segundo a versão original da Regra 23, nas ações coletivas autênticas e híbridas, os membros das classes envolvidas estariam sob o efeito do julgado. Na espúria, todavia, não haveria vinculação de toda classe, mas

apenas dos membros que tenham participado do processo, o que a transformava, na prática, numa espécie de litisconsórcio liberal, na medida em que apenas as partes, em sentido formal, litisconsortes, estariam adstritas ao julgado. (MANCUSO, 2006, p. 36)

A respeito da coisa julgada na *class action*, Zavascki ratifica a importância da representação e informa que, atendidos os requisitos de admissibilidade e de desenvolvimento do processo, a sentença fará coisa julgada com eficácia geral, vinculando a todos os membros da classe, inclusive os que não foram dele notificados, desde que tenha ficado reconhecida a sua adequada representação. (ZAVASCKI, 2007, p. 29)

Concluindo, como no processo civil brasileiro, os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa têm que ser preservados. No sistema da *class action* é feito através do controle da *adequacy of representation*, a ser realizado caso a caso pelo juiz, consistente na verificação de se o representante se acha investido de condições necessárias para assegurar a mais bem elaborada defesa dos representantes do processo.⁵¹ Caso não conclua o magistrado que a defesa fora satisfatória, a decisão circunscreve-se *inter partes*. Se reconhecer a *adequacy of representation*, os representados recebem uma *fair notice* do processo e os efeitos da coisa julgada lhes atingem. (BATISTA, 2005, p. 135)

Todavia, o que não se pode esquecer é que, apesar da influência do direito norte-americano sobre o brasileiro, no trato dos direitos coletivos (*lato sensu*), nosso sistema é filiado à família romano-germânica, portanto sistemático e que privilegia o princípio da legalidade, ao contrário do primeiro que é mais flexível, e “há um alargamento do juízo para a discussão de um problema referente a uma classe ou categoria de pessoas”, conforme preceitua Vicente Maciel. (MACIEL, 2006, p. 139-145)

3.4 AÇÃO COMO FACULDADE NA TEORIA DO PROCESSO COLETIVO NA VISÃO DE VICENTE DE PAULA MACIEL JÚNIOR

O jurista Vicente Maciel Júnior, em importante trabalho sobre a teoria das ações coletivas, apresenta vasta pesquisa, fundada no autor italiano Ricardo Orestano, em que conclui pela morte do direito subjetivo e analisa como esse

⁵¹ Roberto Carlos Batista citando Ada P. Grinover, aponta que a “Constituição Brasileira, contudo, não acolheu o critério da aferição caso a caso, da adequação da representatividade, satisfazendo-se com a existência legal e a pré-constituição dos corpos intermediários”. (BATISTA, 2005, p. 135)

conceito influenciou os institutos do direito processual e destaca uma mudança de paradigma no conceito de ação como faculdade.

Conforme já estudado em item anterior, para Maciel, “o *direito subjetivo* somente existe a partir do momento em que a sociedade espontaneamente confere validade ao interesse da parte, ou através do reconhecimento judicial, pelo processo de validação do interesse – devido processo legal. Antes do processo de validação o que existe é o *interesse subjetivo*, que é individual”, (MACIEL, 2006, p. 61-62) Este entendimento leva a uma decadência do sistema dos direitos subjetivos, especialmente do modelo de direito centrado no trinômio *direito subjetivo – ação – relação jurídica processual*, sistema este que vem desde a pandectística e continua válido até os dias atuais, na influência da fundamentação de todos os institutos do processo.

Segundo o professor, a partir do Estado Democrático de Direito, “o consenso na esfera social é obtido pela adoção do ‘direito objetivo’, aqui entendido como conjunto paradigmático de condutas abstratamente previsto para vigorar em uma sociedade segundo o processo legislativo nela vigente”, uma vez que aquele é o norteador das ações legítimas do Estado. (MACIEL, 2006, p. 71)

Nessa concepção, o processo era considerado, na visão de Orestano, como um procedimento técnico, como um instrumento, um meio para defesa dos direitos, uma prestação que o Estado deve aos titulares dos direitos subjetivos, um dever do Estado ou mesmo um serviço público, em razão da tutela dos direitos subjetivos ser escopo da jurisdição em primeiro plano, e a atuação do direito objetivo possuir papel secundário. (ORESTANO, 1978, p. 50-51)

Maciel também afirma que a mudança de paradigma da visão subjetivista para a visão objetivista do direito, importa na construção de um modelo de processo que destaca a jurisdição com ponto fundamental e parte em direção a um novo conceito de ação, destacando que “o importante é que a ciência do direito adquira plena consciência da possibilidade, e também a necessidade, de empregar novos procedimentos e novos instrumentos, livres de antigas servidões”. (MACIEL, 2006, p. 100-110).

Portanto, conclui o autor, sempre com base em Orestano, que chegou o momento de uma revisão completa para a ciência do direito, que é a mudança “do sistema de direitos subjetivos em direção ao sistema dos direitos objetivos foi em grande parte um deslocamento do eixo do indivíduo ao Estado, do indivíduo à

comunidade e considerando o ente abstrato como matriz de todo o ordenamento”. (MACIEL, 2006, p. 113).

Mas é importante destacar que a mudança de paradigmas só se faz tendo o Estado Democrático de Direito como fundamento, desvinculado da visão de “poder” personalizado em figuras humanas, pois tem importância a norma que define competências para o agente público, desde que o processo de definição destas competências sejam difusos à participação da sociedade. (MACIEL, 2006, p. 118).

E é neste modelo que se deve desenvolver a estruturação do processo coletivo, com a cristalização da formação participada a todos os interessados coletivos (em sentido *lato*), sem limitação de acessos de todos estes à justiça. “A legitimação para agir é a chave para a compreensão da dimensão desse fenômeno”, principalmente nas demandas coletivas, que vêm sofrendo exclusão de participação de indivíduos nos processos judiciais. (MACIEL, 2006, p. 123)

Assim, concluído está que os indivíduos não possuem “poder”, possuem faculdades decorrentes de sua personalidade. Os agentes públicos possuem competências para o exercício de funções no Estado, que são designadas através da norma, que foi criada através do devido processo legislativo.

Outra não é a consequência senão a de que *o direito de ação para a tutela dos interesses somente pode ser entendido como “faculdade” de ação*. E ainda, a “ação como ato de provocar a manifestação da jurisdição não pode, portanto, ser entendida como poder, mas como *faculdade*”, pois com o Estado Democrático o poder passou a ser gerido pela norma. (MACIEL, 2006, p. 124-129).

3.4.1 O problema da legitimidade para agir

Também neste item, a obra do Professor Vicente Maciel constitui o marco da pesquisa, que buscou, além de outros juristas, nas fontes de Vincenzo Vigoriti o suporte para o estudo de tema tão controvertido no processo coletivo.

A questão da legitimidade para agir passou a ser tema controvertido quando situações jurídicas específicas envolvendo direitos coletivos (*lato*) foram aparecendo, em função dos reclames sociais e suas demandas, e as primeiras explicações surgiram levando-se em consideração a utilização do modelo processual de cunho individualista como aplicativo para o processo coletivo.

Primeiramente cumpre analisar o sistema proposto por José Carlos Barbosa Moreira⁵², citado por Vicente Maciel (MACIEL, 2006, p. 131), a respeito da legitimação no campo do processo civil individual, salientando que a posição de parte pode existir de três modos no processo: a) quando alguém toma a iniciativa de instaurá-lo; b) quando se é chamado para ver-se processar e c) como um interveniente em processo iniciado entre outras partes, sendo que a cada uma das partes corresponde uma situação legitimante *ativa ou passiva*. A legitimação ocorre quando as situações jurídicas das partes correspondem às situações legitimantes. Por conseguinte, a legitimação pode ser *originária*, quando há uma coincidência entre a situação legitimante e aquela posta em juízo (os resultados da sentença recaem diretamente sobre a situação jurídica do titular) e será *extraordinária* quando alguém agir no processo como legitimado, participando da formação da sentença, cujos resultados terão efeitos na órbita jurídica de terceiros.

Continuando, Maciel salienta que Barbosa Moreira classifica ainda a legitimação extraordinária em autônoma, que por sua vez subdivide-se em *legitimação extraordinária autônoma e exclusiva* e *legitimação extraordinária autônoma e concorrente*, que pode ser *primária e subsidiária*. Entretanto, nesse estudo, o fenômeno da *substituição processual*, que constitui o fato de alguém agir em nome próprio na defesa de interesse alheio é considerado como a *legitimação extraordinária autônoma exclusiva*, numa diferença de nomenclatura.

Para Fazzalari, cuja teoria renova no conceito de parte desvinculado do processo como relação jurídica, “a legitimação para agir no processo jurisdicional civil é determinada em função do provimento ao qual ele visa, e que é contemplado por hipótese (independentemente, é óbvio, daquilo que será efetivamente o fim do processo, do qual pelo menos uma medida será emanada)” e é considerada como noção de teoria geral, por dois ângulos. Primeiro a *situação legitimante*, que determina qual sujeito que, concretamente, pode e deve cumprir um certo ato e segundo a *situação legitimada*, como o poder, a faculdade ou o dever – ou uma série deles – que, por conseqüência cabe ao sujeito identificado. Para este autor, não existe autor como parte ativa e réu como parte passiva, pois como as partes têm o direito, através do contraditório, de influir na formação do provimento, todos são ativos. A legitimação passiva é determinada em relação ao provimento, para aqueles

⁵² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária. São Paulo: Revista dos Tribunais. V. 58, n. 404, jun/1969.

que sofrerão seus efeitos na sua esfera jurídica. “Parte”, portanto, é o destinatário do provimento. (FAZZALARI, 2006, p. 369)

Sobre a legitimação extraordinária – alguns dos “interessados” podem agir em juízo com eficácia em relação a todos os outros “interessados”, ele aduz que no sistema italiano ela é uma exceção, para se evitar que o provimento do juiz envolva sujeitos estranhos ao processo. (FAZZALARI, 2006, p. 371-372). É a chamada *substituição processual*.

Na verdade, conforme preceitua Vicente Maciel, têm-se vários modelos⁵³ de legitimação para agir, dentre eles o da substituição processual ou da legitimação extraordinária, mas que se apresentam insuficientes, pelos motivos seguintes:

Os modelos de legitimação para agir que se seguiram, como veremos adiante, na verdade procuraram reduzir o fenômeno coletivo, difuso, a um sistema de representação no qual se reconheceria a “um” ente ou a uma pessoa a qualidade para representar a vontade de todos. Como veremos, isso nada mais é do que a reprodução do modelo da legitimação para agir do processo individual, no qual um sujeito eleito pela norma como o detentor da legitimação representa todos os possíveis interessados e em nome deles atua como um representante adequado daqueles que suportam os efeitos do provimento. (MACIEL, 2006, p. 135)

Todavia, Maciel ressalta sobre várias teorias da legitimação para agir nos sistemas da *common Law* e *civil law* (MACIEL, 2006, p. 136-149) e, neste último fala dos institutos específicos e ações especiais desenvolvidos no direito pátrio, na tentativa de tutelar os direitos coletivos, conforme quadro a seguir:

Ação Popular Lei 4.717/65	Ação Civil Pública Lei 7.347/85	Código de Defesa do Consumidor – Lei 8.078/90
São suprimidos os limites da legitimação para agir, deferindo-se a qualquer pessoa a possibilidade de agir em juízo para a tutela de interesses difusos	São legítimos para agir: Ministério Público, a Defensoria Pública; a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; a associação que, concomitantemente: a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil, 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.	A legitimidade para agir poderá ser exercida individualmente ou a título coletivo e concorrentemente: o Ministério Público, a União, os Estados, os Municípios e o e o Distrito Federal; 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; 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.

⁵³ Vicente Maciel cita Ephraim de Campos Jr.: que apresenta a solução para os conflitos metaindividuais, através da admissão da substituição processual, com a legitimação extraordinária concorrente dos diversos co-interessados. (MACIEL, 2006, p. 132-133)

Nessa esteira o autor comenta que, não obstante haver discussão doutrinária a respeito se é legitimação ordinária, extraordinária ou substituição processual, no caso do artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor, quando cria a “legitimação concorrente” para participar da demanda coletiva, o que importa é que referido artigo amplia a possibilidade de outros legitimados participarem do processo, objetivando maior efetivação na tutela dos interesses ou direitos postos na legislação. O código dá sinais de evolução. (MACIEL, 2006, p. 148)

Quanto à legitimação para agir, na tutela do direito coletivo *stricto sensu* – as associações e sindicatos têm “sua legitimação processual restringida aos associados e aos seus interesses coletivos, o que deverá ser demonstrado, sob pena de decretação da carência de ação pela ausência da legitimação *ad causam*”, o que não será tarefa fácil, porque:

A associação, quando esteja exercendo a defesa de direitos coletivos, não pode ao mesmo tempo pretender a tutela de direitos difusos.

(...)

Por existir a possibilidade de confrontação de direitos coletivos e difusos, que são categorias reconhecidamente diferentes, a associação, quando no exercício da tutela da coletividade, não pode ao mesmo tempo arvorar-se da posição de defensora dos interessados difusos, sob pena de anular as diversidades latentes e necessárias que caracterizam a fluidez dos direitos dos diversos interessados difusos. A associação, por estar envolvida e direcionada à defesa de interessados pertencentes à determinada categoria ou grupo, encontrar-se-á propensa a interpretar como legítimo para toda a sociedade o interesse coletivo que defende. A sua ótica será particularizada e restrita à categoria que pretende e deve proteger. (MACIEL, 2006, p. 149).

Em face do exposto, segundo Vicente Maciel, fundamentado em Vigoriti e Denti, a conclusão é uma só: “a legitimação para agir não pode ser colocada em termos tradicionais” (MACIEL, 2006, p. 150), quando os interesses envolvidos são os coletivos:

Il regime positivo e la vocazione degli interpreti giustificano pienamente la conclusione che la questione della legittimazione ad agire a tutela di interessi collettivi, una questione ritenuta da Denti “centrale, oggetto dei più vivaci dibattiti e delle più apassionati vicende giudiziali”, non può essere impostata nei termini tradizionali. (VIGORITI, 1979, p. 101)

Prosseguindo na explanação, o jurista Maciel, sempre embasado em Vigoriti, sustenta que as regras de legitimação são feitas para responder às exigências de tutela de certo tipo de situações de vantagem e que, quando a situação de vantagem é do tipo coletivo, não é necessário que todos os indivíduos titulares estejam presentes em juízo. Nesse caso alguém, de maneira adequada vai cumprir o trabalho, mas em relação a todos os interessados. Para tanto o autor afirma que o

pressuposto e o ponto de partida para a análise da legitimidade para agir na tutela dos interesses coletivos é a “rigorosa correlação entre a titularidade da situação de vantagem e a legitimação a deduzi-la em juízo”., sendo que no fenômeno coletivo os anseios devem ser satisfeitos em torno de um único bem. (MACIEL, 2006, p. 150)

E como conseqüência, obrigatoriamente, no plano processual, os interesses que compõem o coletivo devem obter o mesmo acerto judicial, com um único tratamento e, principalmente, o “acerto deve poder explicar os seus efeitos nos confrontos de todos os titulares das posições de vantagem confluentes no coletivo ainda que alguns tenham permanecido estranhos ao processo” sendo que “essa é a organização essencial da tutela jurisdicional dos interesses coletivos”. (MACIEL, 2006, p. 151)

Entretanto, como já foi concluído que não existe interesse coletivo, pois o interesse é sempre individual e se este interesse representa a sua vontade, ela pode ser manifestada em relação a um grupo ou a uma série de pessoas indeterminadas, o que a transformaria numa “vontade coletiva” que está assim definida pelo referido autor: “é a expressão, representação do interesse atribuído a um grupo, depois de o mesmo haver deliberado segundo o processo de escolha e legitimação do interesse prevalente dentre os diversos interesses dos membros do grupo, segundo a lei vigente. “ (MACIEL, 2006, p. 154)

Mas quando se trata da questão dos direitos difusos não existe uma “vontade difusa”, a resolução concerne no plano dos interessados difusos que possuem cada um o interesse individual perante o bem, e é a quem serão estendidos os efeitos do julgado. Portanto, a teoria objetiva é que se adapta e explica a tutela dos direitos difusos, que seria definida a partir do bem envolvido e os legitimados para a demanda coletiva seriam todos aqueles afetados direta ou indiretamente, pela situação do bem. (MACIEL, 2006, p. 156)

Portanto, quando se tem o Estado Democrático de Direito como modelo de estado, não pode ocorrer a exclusão de legitimados à possibilidade de discussão de problemas que afetam vários interessados, como ocorre em relação aos direitos difusos, que possui a atribuição da ação somente a órgãos e associações. Em sentido contrário da natureza do direito difuso, o legislador limita a legitimação do indivíduo para a ação, negando a ação coletiva aos interessados difusos, quando o mesmo não ocorre com a ação individual. (MACIEL, 2006. 156-157)

Ademais, é importante frisar que o “bem objeto da tutela na demanda individual afeta um número de interessados indeterminados, mesmo que esses interessados não participem da ação”, o que muda enormemente a questão da legitimidade para agir em relação aos direitos difusos e coletivos nos seguintes pontos: primeiro, nos direitos coletivos *stricto sensu*, o que define a legitimidade para agir é o objeto e a finalidade estipulada nos estatutos sociais, bem como as atas das assembléias das associações; segundo, nos direitos difusos a legitimação é definida a “partir do bem que se pretende tutelar”. (MACIEL, 2006, p. 158)

A consequência desta última conclusão, que afeta a extensão dos limites subjetivos da coisa julgada na tutela coletiva, com a qual acordamos, na visão aberta e democrática de Maciel, é a seguinte:

Se a decisão for sobre um bem objeto da ação que vá afetar um número indeterminado de pessoas, temos interessados difusos e a ação coletiva terá efeitos coletivos, difusos.

Nas ações coletivas para a tutela de direitos difusos é fundamental que haja o reconhecimento da legitimação para agir aos interessados difusos, porque eles na verdade são os destinatários do provimento que vão deliberar sobre o bem que diz respeito a todos. Como poderiam ficar excluídos da legitimação? (MACIEL, 2006, p. 158)

Em suma, a legitimidade para agir nos processos coletivos deve ser de forma mais aberta possível, desde que não se prescindia do bem ou do indivíduo que sofrerá os efeitos do provimento e como bem sumariza o autor, a legitimidade concorrente é a forma ideal de estruturação, pois permite maior acesso à justiça para a tutela de direitos difusos. (MACIEL, 2006, p. 161)

Dessa forma, há que se destacar que o anteprojeto para o Código Brasileiro de Processos Coletivos, não obstante ainda não haver desvinculado da teoria subjetivista do processo, bem como não fazer distinção entre direitos e interesses, estabelece, em seu artigo 20, a possibilidade de legitimação concorrente na defesa de interesses e direitos difusos, num grande sinal de abertura para acesso à justiça pelos interessados difusos que realmente sofrerão os efeitos de um provimento nesta seara.⁵⁴

⁵⁴ “Art. 20 – Legitimação – São legitimados concorrentemente à ação coletiva ativa: I – qualquer pessoa física, para a defesa dos interesses ou direitos difusos, desde que o juiz reconheça sua representatividade adequada, demonstrada por dados como:.....” Versão de Janeiro de 2007 – Ministério da Justiça – Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. (GRINOVER, 2007)

3.5 AÇÕES COLETIVAS COMO AÇÕES TEMÁTICAS E A COISA JULGADA

Partindo dos pressupostos de que a) a “legitimação ao indivíduo para o exercício da tutela coletiva na defesa de bens, direitos e situações difusas, existe e não pode ser limitada”, b) de que “a demanda coletiva deve ser essencialmente participativa”, c) de que “a legitimação do provimento decorrente de uma ação coletiva se dá pelo procedimento que permita a inclusão dos legitimados para a participação na construção da decisão” e d) de que “o processo coletivo não deve ter como ponto referencial os sujeitos, mas o fato, o acontecimento, o bem da vida que se pretende tutelar”, Vicente Maciel apresenta a proposta inovadora de que a ação coletiva deve ser uma *ação temática*. (MACIEL, 2006, 174-178)

Referida ação coletiva deve ter como base “temas”, que são os fatos, ou situações jurídicas que afetam os interessados e para cada tema haveria uma diversidade de entendimentos dos interessados difusos. A propositura da demanda coletiva propõe um tema, mas o conteúdo do processo deve ser definido de modo participativo, como uma fase inicial, para que o objeto seja formado. O mérito do processo é construído, dentro de um prazo (fixado em lei), para que os interessados compareçam na demanda (após chamamento por edital de todos os interessados difusos), formulem seus pedidos e expressem seus interesses. (MACIEL, 2006, p. 179)

Nesse caso, quanto maior o número de interessados participando na formação do mérito do processo, maior amplitude terá a demanda, salientando Maciel que estas demandas não podem ser rígidas quanto à formação do mérito, no sentido de obstar uma visão unilateral da decisão judicial.

Esta forma do *mérito participado* ampliada e uma clara definição do seu conteúdo é que delimitará tanto os efeitos da sentença, como a extensão da coisa julgada, ratificando o autor que a lei (logicamente após o devido processo legislativo) deve prever prazos e como ocorrerá a formação do mérito, que não pode ser determinado pelo pedido inicial, o que altera substancialmente a visão tradicional e individualista do processo civil.

E, ainda:

A importância da ação coletiva fundada em direito difuso ser temática é que ela trará para o seu bojo um conjunto maior de questões para serem discutidas e terá maiores condições de abranger o conflito pelos diversos ângulos que ele possua. Isso será fundamental para que se possa estabelecer uma política legislativa sobre a preclusão das questões

referentes ao processo coletivo, afetando diretamente o tema da coisa julgada. (MACIEL, 2006, p. 181)

Fica claro que a ampliação e flexibilidade na formação do mérito não significa demandas sem solução *ad eternum*, mas o “processo coletivo deve ter momentos fixos a partir dos quais não se permite mais alteração do objeto daquela ação proposta”, pois todos os interessados difusos são convocados a comparecer para participar na demanda e comporem o mérito. Não há sujeição de autor e réu nesta demanda, nem parte ativa ou passiva, porque todos os interessados serão “parte” em relação ao provimento e sofrerão os seus efeitos, sendo portanto, legitimados na ação coletiva.

Conforme bem relata Vicente Maciel, focado nos ensinamentos de Elio Fazzalari, o provimento é o referencial para se identificar os legitimados na ação coletiva, porque estes é que sofrerão os efeitos da sentença e a mudança em sua situação jurídica. (MACIEL, 2006, p. 185)

Parte não é considerada mais aquele que “pede”, mas sim aquele que “participa” de forma aberta, como construtor do mérito e destinatário do provimento com a garantia de influir na sua formação. Não haveria mais decisões solipsistas impregnadas de subjetivismos. Este é o cerne das ações temáticas que, cuja construção legal logicamente terá que passar pelo processo de validação pela sociedade nos moldes do devido processo legislativo.

Pelo disposto, conclui-se, também, que a coisa julgada nas ações temáticas, como a legitimidade para agir, abandona a concepção individualista do instituto, sem, contudo, ferir ou abandonar o cerne da coisa julgada. Não significa jogar por terra tudo o que foi construído até aqui, por processualistas como Liebman, Chiovenda ou Carnelutti, mas significa partir de um ponto para outro, em atendimento aos reclames deste novo ramo do direito, que é o coletivo.

Portanto, como o conceito clássico de *limites objetivos da coisa julgada* está relacionado ao objeto material da demanda, que por sua vez circunscrita ao pedido formulado pelo autor em que se baseia, nas ações temáticas, esta concepção não prevalece. As ações temáticas como ações coletivas têm como ponto central o fato, o acontecimento, o bem da vida que se pretende tutelar, mas definido através de um mérito participado por todos os interessados e legitimados que sofrerão os efeitos de uma decisão em relação a este.

Nessa linha, o limite objetivo da coisa julgada não está circunscrito ao pedido do autor, mas em relação ao referido ponto central, qual seja o fato, o acontecimento, o bem da vida que se pretende tutelar, nos limites do mérito participado na ação coletiva. Isso, porque a competência territorial do órgão prolator da sentença não representará limitação para o alcance da coisa julgada.

Os *limites subjetivos da coisa julgada*, na ação temática, como em qualquer outra ação, estão relacionados aos legitimados a agir no processo. Só que nesta ação não há restrições aos legitimados, pois todos os interessados coletivos (em sentido *lato*) podem participar e influir na decisão, uma vez que o provimento é o referencial para se identificar os legitimados na ação coletiva e estes é que sofrerão os efeitos da sentença proferida e a mudança em sua situação jurídica.

Portanto, a sentença faria coisa julgada *erga omnes*, se procedente o pedido, beneficiando os interessados e seus sucessores, sendo que, no caso do pedido ser julgado improcedente por insuficiência de provas, qualquer interessado poderia intentar nova ação, com o mesmo tema, na hipótese de surgimento de prova nova.

Concluimos então que estaria aí delimitado tanto o limite subjetivo quanto o limite objetivo da coisa julgada nas ações temáticas, sem perder de vista a garantia constitucional do instituto, a manutenção da segurança jurídica e amplo acesso à justiça. Não haveria, contudo, a possibilidade de “decisões injustas”, relativizáveis, pois a formação do mérito participado por todos os interessados coletivos (sentido *lato*), obsta tais alegações em confronto com o modelo de Estado Democrático de Direito.

Segundo Gonçalves, “o que permite caracterizar a coisa julgada, apesar das controvérsias existentes na doutrina sobre sua natureza de qualidade ou de efeito da sentença, é a imutabilidade que a decisão adquire, após o seu trânsito em julgado. A coisa julgada torna imutável, indiscutível, inquestionável e incontroversível a matéria decidida na lide”, (GONÇALVES, 1994, p. 69).

Essa imutabilidade não é alterada ou desvirtuada com as novas propostas em relação às ações temáticas como ações coletivas.

CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como escopo o exame de alguns conceitos tradicionalmente empregados no direito processual civil, bem como sua repercussão nos dias atuais, no processo coletivo, que veio para atender à demanda dos conflitos de massa.

O instrumento das ações coletivas despontou como veículo compatível com a nova realidade social e, paulatinamente, vem desmistificando o protótipo individual do processo e lutando pelas mudanças de paradigmas, com o fito de eliminar os claros deixados pela falta de motricidade e adequação do processo tradicional.

De todo o estudo expendido no presente trabalho, decerto os argumentos não são exaustivos, pois foram realçadas as razões mais contundentes, mas que, com certeza são suficientes para concluir pela não adequação do instituto da coisa julgada – tal como classicamente concebido no processo civil – no seu alcance e aplicabilidade quando da definição dos litígios, cujo direito posto em causa tenha caráter coletivo, eis que projetado em um Código criado para resolução de conflitos especialmente individuais.

Com certeza, não há mais lugar para decisões jurisdicionais fundadas no bom senso, prudente arbítrio e no “notável saber jurídico” de decididores que encarnam o próprio direito, buscando transcender a questão da justiça na dimensão social, sob o pretexto da opção entre a lei e o justo e preenchimento das lacunas que dizem possuir o ordenamento jurídico vigente, contexto este fora do modelo do Estado Democrático de Direito.

Portanto, em suma, concluímos por algumas questões, tendo como marco teórico a obra do Professor Vicente de Paula Maciel Júnior – Teoria das Ações Coletivas: As ações coletivas como ações temáticas, que serão postas aqui de forma sucinta, eis que mais amplamente discutidas no corpo do trabalho:

1. A coisa julgada, apesar das controvérsias existentes na doutrina sobre sua natureza de qualidade ou de efeito da sentença, caracteriza-se pela imutabilidade que a decisão adquire, após o seu trânsito em julgado;
2. A necessidade da distinção entre interesse e direito, pois muitas situações jurídicas não seriam explicadas hodiernamente, em função da equiparação

dos termos, conforme tese de *Ihering* e seguida por muitos doutrinadores. Há interesses que não se transformam em direitos, pois se contrapõem a estes, não passando pelo processo de validação necessário. A essência da distinção entre direito e interesse seria em função do momento em que ambos se efetivam e se realizam, pois enquanto manifestação individual de uma necessidade perante um bem da vida, o indivíduo só tem o *interesse*. Mas, no momento em que este interesse é manifestado, aceito pela sociedade e respeitado por terceiros, seja de forma espontânea ou através de um processo judicial, tem-se um *direito*. Porquanto, o direito pressupõe um processo de validação da manifestação do interesse do indivíduo em face do ordenamento jurídico. O interesse é sempre individual, portanto o que existe são interesses coletivos (*lato sensu*);

3. O direito subjetivo somente existe a partir do momento em que a sociedade, espontaneamente, confere validade ao interesse da parte, ou através do reconhecimento judicial, pelo processo de validação do interesse – devido processo legal. Antes do processo de validação o que existe é o interesse subjetivo, que é individual;
4. A partir do Estado Democrático de Direito, o consenso na esfera social é obtido pela adoção do ‘direito objetivo’, aqui entendido como conjunto paradigmático de condutas abstratamente previsto para vigorar em uma sociedade segundo o processo legislativo nela vigente;
5. Os indivíduos não possuem “poder”, possuem faculdades decorrentes de sua personalidade. Os agentes públicos possuem competências para o exercício de funções no Estado, que são designadas através da norma, que foi criada através do devido processo legislativo;
6. O direito de ação, para a tutela de qualquer interesse, somente pode ser entendido como “faculdade” de ação e a ação, como ato de provocar a manifestação da jurisdição, não pode, portanto, ser entendida como poder, mas como faculdade, pois com o Estado Democrático o poder passou a ser gerido pela norma;
7. A legitimação para agir, tanto quanto a coisa julgada, não pode ser colocada em termos tradicionais, pois: primeiro, nos direitos coletivos *stricto sensu*, o que define a legitimidade para agir é o objeto e a finalidade estipulada nos estatutos sociais, bem como as atas das assembléias das associações;

segundo, nos direitos difusos a legitimação é definida a partir do bem que se pretende tutelar;

8. A legitimidade para agir nos processos coletivos deve ser de forma mais aberta possível, desde que não se prescindia do bem ou do indivíduo que sofrerá os efeitos do provimento;
9. O estatuto processual que regula mesmo o instituto da coisa julgada é o Código de Defesa do Consumidor – Lei nº 8.078 de 11 de outubro de 1990 e a Lei da Ação Civil Pública – Lei nº 7.347 de 24 de julho de 1985. Ambos formam um sistema processual integrado com regência para as ações coletivas, tendo em vista o teor do artigo 21 da Lei da Ação Civil Pública, introduzido pelo artigo 117 do Código de Defesa do Consumidor. O Código de Defesa do Consumidor manda aplicar à Lei 7.347/85, em matéria de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, no que forem compatíveis às normas do seu Título III, incluindo aí a coisa julgada;
10. O Código de Defesa do Consumidor, na hipótese de *direitos difusos*, pela própria natureza de tais direitos, a sentença fará coisa julgada *erga omnes*, o que também ocorrerá quanto aos *direitos individuais homogêneos*, mas apenas em caso de procedência da ação, a fim de beneficiar todas as vítimas e seus sucessores. Por fim, quando a ação coletiva versar sobre *direitos coletivos*, a autoridade da coisa julgada processar-se-á *ultrapartes*, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe;
11. Levando-se em consideração o princípio do contraditório e participação isonômica das partes no processo, *parte* é identificada como o destinatário do provimento jurisdicional a receber os efeitos da sentença, num conceito renovado já no Código Brasileiro do Consumidor;
12. Nas ações temáticas, a forma do mérito participado ampliada (que não pode ser determinado pelo pedido inicial) e uma clara definição do seu conteúdo é que delimitará tanto os efeitos da sentença, como a extensão da coisa julgada, sendo que a lei (logicamente após o devido processo legislativo) deverá prever prazos, o que altera substancialmente a visão tradicional e individualista do processo civil;
13. Nas ações temáticas o limite objetivo da coisa julgada não está circunscrito ao pedido do autor, mas em relação ao referido ponto central, qual seja o fato,

o acontecimento, o bem da vida que se pretende tutelar, nos limites do mérito participado na ação coletiva;

14. Nas ações temáticas os limites subjetivos da coisa julgada alcançam a todos os interessados coletivos (em sentido *lato*) que podem participar e influir na decisão, uma vez que o provimento é o referencial para se identificar os legitimados na ação coletiva e estes é que sofrerão os efeitos da sentença proferida e a mudança em sua situação jurídica, bem como os efeitos da coisa julgada.

Em face de todo o trabalho aqui exposto, temos consciência de que foi feita primeiramente uma compreensão do instituto, para depois partirmos para o questionamento em torno de sua pertinência em face dos novos conflitos oriundos da coletividade, sem, contudo, perder de vista os propósitos clássicos da coisa julgada. Mas o principal, o trabalho não exaure as discussões, nem as críticas.

Por isso, lançado está um desafio aos operadores de direito da atualidade e doutrinadores, para que não se acomodem e despertem do sono letárgico que o processo individualista e a atual jurisdição “onipresente” impõem e proponham novos rumos para este novo ramo do direito: o direito coletivo.

REFERÊNCIAS

- ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2003
- ALMEIDA, Gregório Assagra de, **Direito Processual Coletivo – Um novo ramo do direito processual**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2003.
- ALMEIDA, João Alberto de. **Aspectos Constitucionais da Coisa Julgada**. Biblioteca da Faculdade de Direito da UFMG. Tese doutorado, 2006.
- ALLORIO, Enrico. **La cosa giudicata rispetto ai terzi**. Milão: Dott. A. Giuffrè, 1935.
- ALLORIO, Enrico. **Problemas de Derecho Procesal**. Tomo II. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1963.
- ALVIM, Eduardo Arruda. **Manual de Direito Processual Civil**. Vol. 1 e 2. 7ª. edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- ALVIM, Eduardo Arruda. Coisa Julgada e Litispendência no Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 174-193.
- ARAÚJO, Marcelo Cunha de. **Coisa Julgada Inconstitucional: Hipóteses de Flexibilização e Procedimentos para Impugnação**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.
- BARROSO, Luis Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. 3ª. edição. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo Constitucional**. 1ª. edição. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- BATISTA, Roberto Carlos. **Coisa Julgada nas Ações Cíveis Públicas: Direitos Humanos e Garantismo**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.
- BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Curso de processo civil: processo de conhecimento**. v. 1. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico – Lições de Filosofia do Direito**. São Paulo: Ícone, 1995
- BONFIM JR, Carlos Henrique de Moraes, *et al.* Coisa Julgada em Fazzalari. *In*: LEAL, Rosemiro Pereira. Coord. **Coisa Julgada: de Chiovenda a Fazzalari**. Belo Horizonte: Del Rey. 2006.
- BRAGA, Renato Rocha. **A Coisa Julgada nas Demandas Coletivas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. **A Autoridade da Coisa Julgada no Direito Internacional Público**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BRÊTAS DE CARVALHO DIAS, Ronaldo. Apontamentos sobre o Estado Democrático de Direito. **Revista Eletrônica da Faculdade Mineira de Direito**. Ano 2, nº 1, Agosto/2003.

BRÊTAS DE CARVALHO DIAS, Ronaldo. **Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004

BRÊTAS DE CARVALHO DIAS, Ronaldo. A Fundamentação das Decisões Jurisdicionais no Estado Democrático de Direito. *In*: FUX, Luiz; NERY JR, Nelson e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coordenação). **Processo e Constituição – Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: 2006.

BRÊTAS DE CARVALHO DIAS, Ronaldo e NEPOMUCENO, Luciana Diniz (Coordenação). **Processo Civil Reformado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

BÜTTENBENDER, Carlos Francisco. **Direito probatório, preclusão e efetividade processual**. Paraná: Juruá, 2004.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 16ª. edição, vol. I, 2007.

CAMPOS, Ronaldo da Cunha. **Limites Objetivos da Coisa Julgada**. Rio de Janeiro: Aide, 1988.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 7ª. Edição. 2ª. Impressão. Coimbra: Almedina, 2003.

CARLETI, Amilcare. **Dicionário de Latim Forense**. 4ª. Edição. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1992.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de Direito Processual Civil**. São Paulo: Classic Book, 2000.

CRETELLA JUNIOR, José. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988, volume I**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 3ª ed. - 1992.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada nas ações coletivas. *In*: **Revista de Processo**. V. 32, nº 143, p. 42-64, São Paulo: Revista dos Tribunais. Jan/2007

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Tutela Jurisdiccional. **RePro**, ano 21, nº 81. São Paulo: 1996.

DINIZ, Suzana R. Savoi, *et al.* Coisa Julgada em Allorio. *In:* LEAL, Rosemiro Pereira. Coord. **Coisa Julgada: de Chiovenda a Fazzalari**. Belo Horizonte: Del Rey. 2006

ENCICLOPÉDIA Universal Ilustrada; Europeo-Americana. Madrid: ESPASA-CALPE, s.d. v.15.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Coisa Julgada – Novos Enfoques**. São Paulo: Editora Método. 2007

GIDI, Antônio, **Coisa Julgada e Litispendência em Ações Coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995.

GIDI, Antônio. **Class Actions in Brazil – A Model for Civil Law Countries**. American Journal of Comparative Law: Volume L1, spring 2003, number 2. 2003.

GIDI, Antônio. **A Class Action como instrumento de tutela coletiva dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007

GRECO FILHO, Vicente, **Direito processual civil brasileiro**. 1. vol. São Paulo: Saraiva, 1989.

GRINOVER, Ada Pelegrini. Da Coisa Julgada. *In:* **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* 7ª. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p.832-842.

GRINOVER, Ada Pelegrini. Considerações sobre os Limites Objetivos e a Eficácia Preclusiva da Coisa Julgada. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**. V. 3, nº 16, p. 22-29. São Paulo: Mai-Abr/2002.

GRINOVER, Ada Pelegrini. Coisa Julgada *Erga Omnes, Secundum Eventum Litis e Secundum Probationem*. *In:* **Revista de Processo**. . V.30, nº 126, p.09-21. São Paulo:RT, ago/2005.

GRINOVER, Ada Pelegrini *et al.* **Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GONÇALVES, Aroldo Plínio, A Coisa Julgada no Código de Defesa do Consumidor e o conceito de parte. **Revista LTR**, v. 58, out/1994.

GONÇALVES, Aroldo Plínio, **Técnica Processual e Teoria do Processo**. RJ: Aide Editora, 2001.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito: introdução à problemática científica do direito**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

LEAL, Rosemiro Pereira, **Teoria Processual da Decisão Jurídica**. São Paulo: Landy, 2002.

LEAL, Rosemiro Pereira, Processo e Hermenêutica Constitucional a partir do Estado de Direito Democrático. **Revista Eletrônica da Faculdade Mineira de Direito**. Belo Horizonte, Ano 3, nº 1, Julho/2004.

LEAL, Rosemiro Pereira, Coord. **Relativização Inconstitucional da Coisa Julgada – Temática Processual e Reflexões Jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005 a.

LEAL, Rosemiro Pereira, **Teoria Geral do Processo, Primeiros Estudos**. 6ª. Edição. Porto Alegre: Síntese, 2005.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **A Monografia Jurídica**. 6ª. edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LEITE, José Rubens Morato. **Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonia**l. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do Processo Coletivo**. São Paulo: RT, 2002.

LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. **Contribuição à teoria da coisa julgada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

LIMA, Rogério Medeiros Garcia. **O Direito Administrativo e o Poder Judiciário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula, **Convenção Coletiva de Consumo: interesses difusos, coletivos e casos práticos**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula, **Teoria das Ações Coletivas – As ações coletivas como ações temáticas**. São Paulo: LTr, 2006.

MAIOLINO, Eurico Zecchin. Coisa Julgada nas Ações Coletivas. *In: Revista de Processo*. V.30, nº 123, p.60-75. São Paulo:RT, maio/2005

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Civil Pública em defesa do meio ambiente, patrimônio cultural e dos consumidores (Lei 7.347/85 e legislação complementar)**. 6a. ed. São Paulo: revista dos Tribunais, 1990

MANCUSO, Rodolfo de Carvalho. **Jurisdição Coletiva e Coisa Julgada – Teoria geral das ações coletivas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARQUES, José Frederico. **Manual de Direito Processual Civil. Vol. 3**. São Paulo: Saraiva, 1982

MARQUES, José Frederico. **Ensaio sobre a jurisdição voluntária**. Campinas: Millennium, 2000.

MAXIMILIANO, Carlos. **Heremênutica e Aplicação do Direito**. 3ª. Ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1941.

MAZZILI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**. 11ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MEDEIROS, João Paulo Fontoura de. **Teoria Geral do Processo – o processo como serviço público**. Paraná: Juruá, 2005, p. 80.

MELO, João Paulo Fanucchi de Almeida. Relativização da Coisa Julgada nas Ações Investigatórias de Paternidade após a Descoberta do Exame de DNA. *In: Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais*. Belo Horizonte: IAMG, n. 13, p. 407-425, 2007.

MENCHINI, Sérgio. **Il Giudicato Civile**. Torino: UTET, 1988.

MONIZ DE ARAGÃO, Egas D.. Observações Sobre os Limites Subjetivos da Coisa Julgada. **Revista de Processo**. nº 625, pp.7-26, São Paulo: RT, nov. 1987

MONIZ DE ARAGÃO, Egas D.. **Sentença e Coisa Julgada**. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. A Coisa Julgada *Erga Omnes* nas Ações Coletivas (Código do Consumidor) e a Lei 9.494/97. *In: Revista de Direito do Consumidor*. V. 14, nº 53, p. 107-134. São Paulo: RT. Jan/Mar-2005

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Coisa Julgada e Declaração. *In: Temas de Direito Processual. Primeira Série*. 2. ed., p. 81-89. São Paulo: Saraiva, 1988a.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Os Limites Objetivos da Coisa Julgada. *In: Temas de Direito Processual. Primeira Série*. 2. ed., p. 90-96. São Paulo: Saraiva, 1988b.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Eficácia Preclusiva da Coisa Julgada Material no Sistema do Processo Civil Brasileiro. *In: Temas de Direito Processual. Primeira Série*. 2. ed., p. 97-123. São Paulo: Saraiva, 1988c.

NASCIMENTO, Carlos Valder do; PEREIRA JÚNIOR, Lourival. Natureza da Coisa Julgada: uma abordagem filosófica. *In: Nascimento, Carlos Valder do; Delgado, José Augusto (org.). Coisa Julgada Inconstitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 45-63.

NEVES, Celso. **Coisa Julgada Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

ORESTANO, Riccardo. **Azione, Diritti soggettivi, persone giuridiche**. Bolonha: Il Mulino, 1978

PACHECO, José da Silva. **Evolução do Processo Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **Teoria geral do processo**. 3. ed. São Paulo: Manole, 2002.

PORTO, Sérgio Gilberto. **Coisa Julgada Civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ROCHA, Luciano Velasque. **Ações Coletivas – O problema da legitimidade para agir**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Os processos da globalização. A globalização e as ciências sociais**. São Paulo: Cortez, 1997

SILVA, Daniel Ribeiro da. A Classificação Jurídica da Competência e Coisa Julgada nas Ações Coletivas. *In: Revista de Direito Ambiental*. V. 7, nº 28, p. 58-69. São Paulo: out/dez-2002

SILVA, De Plácido e. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Curitiba: Guairá, 1940.

SOSA, Angel Landoni. La cosa Juzgada em los procesos colectivos. *In: Estudos em Homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. Coord. Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes. São Paulo: DPJ, 2005

TALAMINI, Eduardo. **Coisa Julgada e sua Revisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TESHEINER, José Maria Rosa, **Elementos para uma teoria geral do processo**. São Paulo. Saraiva, 1993.

THEODORO JÚNIOR, Humberto e FARIA, Juliana Cordeiro de. A Coisa Julgada Inconstitucional e os Instrumentos Processuais para seu Controle. *In: Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. Nº 19, p. 32-52. São Paulo: Set-Out/2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto e FARIA, Juliana Cordeiro de. A Coisa Julgada Inconstitucional e os Instrumentos Processuais para seu Controle. *In: GRINOVER, Ada Pellegrini; CASTRO MENDES, Aluisio Gonçalves e WATANABE, Kazuo. Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007

VIEIRA, José Marcos Rodrigues. Teoria Geral da Efetividade do Processo. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**. Belo Horizonte, v. 1, p.90-107, 1º sem. 1988.

VIEIRA, José Marcos Rodrigues. **Da Ação Cível**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

VIEIRA, José Marcos Rodrigues. Lide Prejudicial Constitucional Não Decidida e Coisa Julgada. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**. Belo Horizonte, nº 47, p. 163-179, Jul-Dez/2005.

VIGORITI, Vincenzo. **Interessi Colletivi e Processo: la legittimazione ad agire.**
Milano: Giuffrè Editore. 1979