

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

A EXTENSÃO SUBJETIVA DO JULGADO NO MODELO PARTICIPATIVO DA AÇÃO TEMÁTICA

Natália Chernicharo Guimarães

Belo Horizonte
2010

Natália Chernicharo Guimarães

A EXTENSÃO SUBJETIVA DO JULGADO NO MODELO PARTICIPATIVO DA AÇÃO TEMÁTICA

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

Orientador: Vicente de Paula Maciel Júnior.

Belo Horizonte
2010

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

G963e

Guimarães, Natália Chernicharo

A extensão subjetiva do julgado no modelo participativo da ação temática / Natália Chernicharo Guimarães. Belo Horizonte, 2010.
163f.

Orientador: Vicente de Paula Maciel Júnior
Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Coisa julgada. 2. Ação temática. 3. Direito processual coletivo. I. Maciel Júnior, Vicente de Paula. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU: 347.953

Natália Chernicharo Guimarães
A Extensão Subjetiva do Julgado no Modelo Participativo da Ação Temática

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, na área de concentração Direito Processual.

Vicente de Paula Maciel Júnior (Orientador) – PUC Minas

Belo Horizonte ____ de _____ de 2010.

***Aos meus pais e às minhas irmãs,
pelo apoio e carinho incondicionais.***

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus pelo dom da vida e pela família que me concedeu, que constitui o alicerce de toda a minha vida.

Ao meu pai, exemplo de homem, que com sua singela forma de se posicionar diante das situações apresentadas pela vida, me ensinou a agir com calma e sabedoria.

À minha mãe, exemplo de mãe, mulher e esposa, que com sua batalha diária me deu forças para levantar e continuar perante as adversidades da vida.

À minha irmã Mariana, que, mesmo de longe, sempre esteve presente e disposta a me ajudar; e à Letícia, pelo jeito carinhoso com que me acalmou nos momentos de ansiedade.

Ao meu orientador, Vicente de Paula Maciel Júnior, exemplo de profissional, pela atenção constante, pela acessibilidade e pelos ensinamentos que proporcionaram a realização deste trabalho.

Aos demais pesquisadores que continuam dispostos a contribuir pelo crescimento do País, mesmo diante de tantas atribulações, em especial ao professor Rosemiro Leal, que me mostrou outro enfoque no Direito Processual, sendo diretamente responsável pela continuidade dos meus estudos.

A todos os meus amigos que tornaram a caminhada menos penosa, em especial à minha grande amiga Renata, companheira de todas as horas.

Ao Vinícius, pelo carinho, atenção e companheirismo.

Aos meus colegas de mestrado e amigos, em especial Juliana, Leonardo e Marius, que compartilharam as aflições e preocupações do mestrado, tendo me ajudado a crescer.

E a todos que, de forma direta ou indireta, contribuíram para mais uma etapa cumprida, em uma longa caminhada pela busca do conhecimento.

Se sonharmos em retornar à infância, se formos tentados a confiar nos outros e assim ser felizes, se recuarmos da tarefa de carregar nossa cruz, a cruz da humanidade, da razão, da responsabilidade, se perdermos a coragem e vacilarmos ante a tensão, então deveremos fortalecer-nos com uma clara compreensão da simples decisão que está à nossa frente. Não podemos retornar às bestas. Mas, se quisermos permanecer humanos, então só existe um caminho, o caminho para a sociedade aberta. Devemos marchar para o desconhecido, o incerto e o inseguro, utilizando a razão de que pudermos dispor para planejar tanto a segurança quanto a liberdade.

Karl Popper.

RESUMO

Com o trabalho ora apresentado, objetiva-se debater a questão da aplicação da coisa julgada nos direitos difusos, baseada, essencialmente, na legitimação para agir e no conceito de parte. Trata-se, especificamente, dos limites subjetivos da coisa julgada nos direitos difusos. Apesar de o instituto da coisa julgada ser objeto de constantes debates no direito individual, é necessário proceder-se à sua reestruturação de acordo com o contexto brasileiro contemporâneo. O estudo do instituto no direito coletivo ainda é bastante recente e demanda pesquisas mais aprofundadas, a fim de efetivar a aplicação da referida garantia constitucional (CR/88) e seus limites subjetivos nos exatos moldes do Estado Democrático de Direito. Nesse diapasão, este trabalho encontra respaldo nas pesquisas realizadas pelo professor Vicente de Paula Maciel Júnior, que vem se dedicando ao estudo das ações coletivas e seu efetivo exercício como ações temáticas nos casos concretos, debatendo a específica preocupação da restrição da legitimação para agir nessas ações e, conseqüentemente, dos limites subjetivos da coisa julgada. Assim, o estudo da coisa julgada nos direitos difusos se afigura como um dos pontos essenciais para o desenvolvimento e efetivação dos direitos e garantias fundamentais, que também devem ser asseguradas, com suas devidas peculiaridades, no direito coletivo. É justamente sob essa perspectiva que este trabalho se desenvolve.

Palavras-chave: Coisa julgada. Limites subjetivos. Ação temática. Direito coletivo.

ABSTRACT

The presented work aims to debate the question of the application of the judged thing in the diffuse rights, based, essentially, in the legitimation to act and the concept of part. It treats, specifically, of the subjective limits of the judged thing in the diffuse rights. Although the institute of the judged thing is the object of constant debates in the individual right, is necessary to proceed in accordance with its reorganization in the Brazilian contemporary context. The study of the institute in the collective right is still sufficiently recent and demands more research, in order to accomplish the application of the cited constitutional guarantee (CR/88) and its subjective limits in the accurate molds of the Democratic State of Right. In this sense, the present work is based in the research carried through for the professor Vicente de Paula Maciel Júnior who has being dedicating to the study of the class actions, and its effective exercise as thematic actions in the concrete cases, debating the specific concern of the restriction of the legitimation to act in these actions and, therefore, of the subjective limits of the judged thing. Thus, the study of the judged thing in the diffuse rights figures as one of the essential points for the development and effectiveness of the rights and guarantees, that also must be assured, with its peculiarities, in the collective right, and is exactly under this perspective that this work is developed.

Key-words: Judged thing. Subjective limits. Thematic action. Collective right.

LISTA DE ABREVIATURAS

Art. - Artigo

Arts. - Artigos

CDC – Código de Defesa do Consumidor.

CPC – Código de Processo Civil.

CR/88 – Constituição da República brasileira promulgada em 1988.

ZPO – *Zivilprozessordnung* (Código de Processo Civil alemão).

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	12
2. ESCORÇO HISTÓRICO-JURÍDICO SOBRE O INSTITUTO DA COISA JULGADA	
JULGADA	16
2.1. O instituto da coisa julgada no direito individual	17
2.1.1 <i>Cenário brasileiro</i>	23
2.1.2 <i>Limites subjetivos da coisa julgada</i>	26
2.2 O instituto da coisa julgada no direito coletivo	29
2.2.1 <i>Direito coletivo brasileiro</i>	32
2.2.2 <i>A coisa julgada no sistema da Civil Law e da Common Law</i>	39
3. PERFIL JURÍDICO-FILOSÓFICO DO INSTITUTO DA COISA JULGADA ..	45
3.1 O fundamento político-social do instituto da coisa julgada	46
3.2 O instituto da coisa julgada e o princípio da segurança jurídica	51
3.3 Reflexos do modelo participativo do Estado Democrático de Direito no perfil jurídico-filosófico da coisa julgada.....	58
4. O CONCEITO DA COISA JULGADA NO DIREITO BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO	66
4.1. A conceituação da coisa julgada no direito coletivo.....	74
5. CONCEITOS INDISPENSÁVEIS PARA O ESTUDO DA COISA JULGADA NO ÂMBITO DO DIREITO COLETIVO BRASILEIRO	77
5.1. Direitos difusos.....	78
5.2. Legitimação para agir	85
5.2.1. <i>A legitimação para agir e os limites subjetivos da coisa julgada nos direitos difusos.....</i>	95
5.3. A denominada “possibilidade de relativização da coisa julgada”	96
6. A TEORIA DAS AÇÕES TEMÁTICAS	105
6.1. Interesse x Direito	105
6.2. A objetivação do direito	108
6.3. Os direitos difusos.....	110
6.4. A Legitimação para agir	112

6.5. Ação temática: modelo participativo	117
7. LIMITES SUBJETIVOS DA COISA JULGADA COLETIVA NA PERSPECTIVA DA AÇÃO TEMÁTICA	121
7.1. A Eficácia natural da sentença e sua imutabilidade – Resgate histórico- jurídico... ..	122
7.2. A disciplina dos limites subjetivos da coisa julgada no direito coletivo brasileiro.	127
7.2.1. <i>Coisa julgada secundum eventum litis, secundum eventum probationis e in utilibus</i>	130
7.3. Limites objetivos da coisa julgada sob a perspectiva da ação temática.....	133
7.3.1. <i>Direito individual</i>	133
7.3.2. <i>Direito coletivo</i>	140
7.3.3. <i>Ação temática</i>	141
7.4. Limites subjetivos da coisa julgada coletiva segundo o modelo participativo da ação temática.....	144
8. CONCLUSÃO	148
REFERÊNCIAS	153

1. INTRODUÇÃO

A coisa julgada é um dos institutos mais controvertidos e questionados do Direito Processual. Estudado há muitos séculos, o instituto continua a ser objeto de análise na contemporaneidade, dada a importância que lhe é atribuída.

Na realidade, a coisa julgada, assim como todos os demais institutos do Direito brasileiro, deve ser analisada sob dois panoramas distintos: antes da Constituição brasileira de 1988 e depois de sua promulgação, sendo que a análise anterior à promulgação se refere ao contexto histórico-jurídico do desenvolvimento do instituto e a posterior, ao contexto no qual o instituto é adotado contemporaneamente.

Esse fato se justifica pelo fato de a Constituição brasileira de 1988 ter rompido com todos os paradigmas que norteavam o sistema de normatização antes existentes, gerando a premente necessidade de revisão de todos os princípios, institutos e instituições a fim de constatar sua adequabilidade ou não ao novo modelo estatal: Estado Democrático de Direito¹.

Na perspectiva desse novo modelo estatal, em que a participação do cidadão na construção da decisão que poderá o afetar em toda e qualquer esfera é primordial, destacam-se os direitos difusos, que visam assegurar o direito de uma coletividade indefinida e indefinível.

Nesse sentido, o estudo da coisa julgada, erigida a garantia constitucional após a promulgação da Constituição brasileira de 1988, nos direitos difusos e, especificamente, de seus limites subjetivos (ou extensão subjetiva), é o objeto deste trabalho.

Analisa-se, contudo, a coisa julgada e sua extensão subjetiva nos direitos difusos adotando-se como marco teórico a Teoria das Ações Temáticas (MACIEL

¹ Utiliza-se a expressão “Estado Democrático de Direito”, em razão de ser essa a expressão adotada pela Constituição Brasileira de 1988. Contudo, posicionamo-nos no sentido de que a expressão mais adequada seria “Estado de Direito Democrático”, justamente porque o termo “democrático” caracteriza o “direito” e não o “Estado”.

JÚNIOR, 2006), teoria que visa procedimentalizar os referidos direitos difusos. Essa possui visão diferenciada com relação às outras teorias que disciplinam os direitos coletivos em geral, no que tange à legitimação para agir e ao próprio conceito adotado para elucidar os direitos difusos.

Para atingir o objetivo proposto, portanto, o trabalho foi dividido em oito capítulos, subdivididos em alguns tópicos (excetuando-se a introdução e a conclusão), considerados essenciais para o estruturamento lógico da pesquisa.

Assim, no segundo capítulo, discorre-se sobre o esboço histórico-jurídico da coisa julgada, situando-se o instituto na História do Direito, bem como seus limites subjetivos, a fim de contextualizar o leitor na temática e facilitar a compreensão do trabalho.

Destaque-se que o trajeto histórico do instituto está diretamente relacionado ao seu aspecto jurídico, razão pela qual opta-se por esse título. Contudo, apesar da tentativa de sintetizar os aspectos mais importantes da coisa julgada, vislumbrados pelas perspectivas de autores de grande renome e importância no Direito Processual, o contexto histórico-jurídico do instituto se resume a linhas gerais, dispostas em quadros comparativos, em razão da grandiosidade e complexidade do tema, visando à estruturação lógica do estudo e, como já destacado, contextualizar o leitor na temática do trabalho.

Ressalte-se que esse capítulo contém conteúdos essenciais da coisa julgada e sua extensão subjetiva na perspectiva do direito individual, no qual foi construído o instituto, e na perspectiva do direito coletivo, perspectiva adotada para o objetivo específico deste trabalho.

No terceiro capítulo, analisa-se o perfil jurídico-filosófico da coisa julgada, tendo em vista que a criação do instituto não se restringe a uma fundamentação puramente pragmática, mas também a aspectos jurídico-filosóficos.

Nesse ínterim, analisa-se a fundamentação político-social atribuída ao instituto, bem como sua direta relação com o princípio da segurança jurídica, para, ao final, demonstrar que os reflexos do modelo participativo de Estado e de processo no qual o Direito brasileiro se encontra inserido contemporaneamente

demandam a revisibilidade da conceituação da coisa julgada que, no Estado Democrático de Direito, não pode mais ser vislumbrada como a qualidade dos efeitos ou como o próprio efeito da sentença de mérito que a torna irretratável, irrecorrível e imutável.

No quarto capítulo, portanto, procede-se à revisibilidade do instituto da coisa julgada, apontando como a conceituação adequada ao contexto do Direito brasileiro contemporâneo, a da coisa julgada como garantia constitucional, no qual esta é considerada coextensão do devido processo constitucional, assegurando a eficácia e a exequibilidade da decisão, desde que observado o referido devido processo constitucional (LEAL, 2005).

Ainda nesse capítulo, depois de apontar a conceituação adequada para a coisa julgada, ocorrida no âmbito do direito individual, pois o instituto foi criado e desenvolvido nesse âmbito do direito primeiramente, demonstra-se que a utilização da conceituação da coisa julgada como garantia constitucional (coextensão do devido processo constitucional) é plenamente adequada, também, no âmbito do direito coletivo, o qual demanda uma grande força participativa que será assegurada, justamente, por essa conceituação revisitada da coisa julgada.

Observa-se que com base na determinação do conceito de coisa julgada revistado para o direito coletivo é que se torna possível trabalhar o tema proposto para este trabalho, desenvolvendo-se, nos capítulos posteriores, estudo específico sobre o direito coletivo (âmbito de incidência do trabalho).

No quinto capítulo, são elucidados alguns conceitos indispensáveis para o estudo da coisa julgada e sua extensão subjetiva no âmbito do direito coletivo, tais como os direitos difusos e a legitimação para agir.

Relaciona-se a possível implicação da legitimação para agir nos limites subjetivos da coisa julgada no âmbito dos direitos difusos e analisa-se a complexa questão da “possibilidade de relativização da coisa julgada”, tema que não poderia estar ausente de uma pesquisa que possui como tema central a coisa julgada, tendo em vista seu grande destaque no cenário do Direito Processual.

No sexto capítulo, discorre-se sobre o marco teórico deste trabalho: a Teoria das Ações Temáticas (MACIEL JÚNIOR, 2006), elucidando os pontos primordiais e diferenciados da teoria que tornam possível sua denominação como modelo participativo de processo, essencialmente no que diz respeito ao alargamento da legitimação para agir a todos os reais interessados-legitimados (aqueles que sofrerão os efeitos da decisão), o que possibilita a posterior construção sobre os limites subjetivos da coisa julgada.

Por fim, no sétimo capítulo, analisa-se o objeto central deste trabalho: a extensão subjetiva da coisa julgada no modelo participativo da ação temática.

Para tanto, retoma-se a teoria de Liebman (1984) sobre os limites subjetivos da coisa julgada com base na denominada “eficácia natural da sentença e sua imutabilidade” (LIEBMAN, 1984), pelo fato de ser essa a teoria mais completa sobre o assunto no âmbito do direito individual e pela importância que Liebman exerceu no direito processual brasileiro.

A seguir, elucida-se como é tratada a questão dos limites subjetivos da coisa julgada no direito coletivo atual, na perspectiva de autores que trabalham o direito coletivo, bem como a questão dos limites objetivos da coisa julgada, que, por ser intimamente relacionado com aqueles, não poderia estar ausente deste trabalho.

Obviamente, o último tópico desse capítulo é dedicado à análise da posição adequada a ser adotada para disciplinar a extensão subjetiva da coisa julgada nos direitos difusos, na perspectiva do modelo participativo da ação temática.

Realizada a sinopse dos capítulos que compõem esta obra, insta destacar que, em síntese, a proposta deste trabalho desenvolveu-se em aspecto multidisciplinar, no âmbito da esfera jurídica, com o intuito de explorar e explicitar temas que propiciarão melhor entendimento sobre a questão da extensão subjetiva da coisa julgada nos direitos difusos e sua melhor forma de aplicabilidade, tendo em vista o modelo participativo da ação temática no modelo participativo do Estado Democrático de Direito.

Desse modo, com o objetivo de participar na construção da Ciência do Direito apresenta-se esta obra à comunidade acadêmica, oferecendo-a às críticas científicas que porventura serão realizadas e contribuirão para o seu aperfeiçoamento.

2. ESCORÇO HISTÓRICO-JURÍDICO SOBRE O INSTITUTO DA COISA JULGADA

Inicia-se este estudo com a análise do escorço histórico-jurídico percorrido pelo instituto da coisa julgada.

Imprescindível, obviamente, tecer longas considerações sobre a importância e a necessidade de situar qualquer instituto jurídico no contexto histórico: tanto em termos do contexto da sua criação quanto em seu desenvolvimento jurídico.

Para que um instituto jurídico possa ser adotado nos ordenamentos jurídicos contemporâneos, em consonância com o que estabelecem as ordens constitucionais de referidos ordenamentos, é necessário conhecer de onde advém o instituto, qual era sua conceituação na época em que foi criado, o possível desenvolvimento desse conceito durante a história e a necessidade de sua adequação para se amoldar ao modelo contemporâneo. É preciso, portanto, conhecer de fato o instituto, o que somente poderá advir de uma análise histórico-jurídica.

Contextualizar o instituto da coisa julgada na história do Direito é um pressuposto para o possível desenvolvimento do tema deste estudo, ainda mais porque ele percorreu longo caminho, sendo utilizado desde a época do Direito romano.

Esclareça-se, desde já, que o objeto deste estudo é a análise do instituto da coisa julgada no direito coletivo², mais especificamente no que tange aos direitos difusos, tendo em vista que o marco teórico adotado, a Teoria das Ações Coletivas como Ações Temáticas (MACIEL JÚNIOR, 2006), disciplina referidos direitos.

Contudo, como o instituto é típico do direito individual, tendo em vista que foi construído e moldado para ser aplicado nessa espécie de direito, é necessário que o escorço histórico-jurídico se inicie, exatamente, pelas concepções adotadas no referido direito.

Assim, este capítulo foi dividido em dois grandes tópicos: a análise do escorço histórico-jurídico do instituto da coisa julgada no direito individual, bem como no âmbito do direito coletivo.

Para alcançar o objetivo proposto neste capítulo, por questões didáticas, adotou-se a utilização de quadros comparativos, com todas as informações histórico-jurídico necessárias. Referida escolha foi realizada a fim de proporcionar ao leitor melhor visualização dos dados, que se destacam por estarem contidos em quadros, ao invés de dispersos no texto.

2.1. O instituto da coisa julgada no direito individual

O instituto da coisa julgada é utilizado com um escopo de “segurança” desde a época do Direito romano (quando teria sido criado), com o objetivo claro de evitar que uma controvérsia que já tivesse sido decidida fosse submetida a análise mais de uma vez.

Antes de remeter o leitor ao primeiro quadro comparativo, que demonstra as épocas histórico-jurídicas e as conceituações do instituto adotadas em tais épocas, elucida-se uma conceituação geral do instituto da coisa julgada:

² Adota-se a expressão “direito coletivo” para se referir ao direito coletivo *lato sensu*. Quando o objeto de estudo forem os direitos coletivos *stricto sensu*, tais direitos estarão especificamente identificados.

Coisa julgada: é a questão jurídica discutida que resulta em sentença firme. Dá lugar a uma presunção e a uma exceção. A presunção é a de que a coisa julgada (ou melhor, o resultado da sentença firme) é o verdadeiro; de onde vem a máxima do Direito Romano; *res iudicata pro veritate habetur*. Esta presunção é *iuris et de iure*. [...] A exceção deriva dessa presunção, e tem por objeto impedir que se discuta e resolva em juízo, o que já tenha sido anterior e definitivamente discutido e definido judicialmente. Constitui uma exceção peremptória nos juízos civis e um artigo de prévio pronunciamento nos criminais³. (ENCICLOPÉDIA UNIVERSAL ILUSTRADA, [1907?-1930], p. 1.111, tradução nossa).

Sem adentrar as questões de exceção e presunção, denota-se que a conceituação do instituto detém uma grande preocupação em assegurar o que é verdadeiro. Posteriormente, verificar-se-á que tal preocupação está diretamente relacionada com a segurança jurídica.

Após delinear uma breve e simples noção do que consistiria o instituto, explicitam-se, no Quadro 1, as conceituações adotadas desde o início de sua construção, que remontaria ao Direito romano:

Direito romano	Legis actiones e Período Formular	Regra: sobre uma e mesma relação jurídica não pode ocorrer duas vezes a ação da lei, ou seja, um processo (<i>bis de eadem re ne sit actio</i>).
	Direito justinianeu	Regra: coisa julgada como consequência do pronunciamento do juiz que põe fim à contenda, seja por condenação, seja por absolvição. (<i>res iudicata dicitur, quae finem controversiarum pronuntiatione iudicis accipit; quod vel condemnatione, vel absoluteione contingit</i>).
Direito Intermédio	Conquistas bárbaras e Monarquia Visigótica	Regra: O caso julgado não comportava novo debate (<i>que non aya mas adelante contienda</i>

³ *Cosa juzgada: Es la cuestión jurídica discutida y resuelta por sentencia firme. Da lugar a una presunción y a una excepción. La presunción es la de que la cosa juzgada (más bien, lo resuelto en la sentencia firme) es lo verdadero; de donde la máxima del Derecho romano: res iudicata pro veritate habetur. Esta presunción es iuris et de iure. [...] La excepción se deriva de esta presunción, y tiene por objeto impedir que se discuta y resuelva en juicio lo que ya anterior, judicial y definitivamente há sido discutido y resuelto. Constituye una excepción perentoria en los juicios civiles y un artículo de previo pronunciamiento en los criminales.*

		<i>sobre aquello).</i>
	Direito comum	Regra: a coisa julgada consistia na sentença passada em julgado que era equiparada à verdade e transformava-se em lei para os litigantes.
Direito Moderno	Do século XVI a Savigny	Regra: a coisa julgada tem-se por verdade. <i>(facit de albo nigrum, originem creat, aequat rotunds, naturalia fanguinis vincula, & falfum in verum quoad iuris effectum, licet non effentialiter, mutat, & edeo non eft curandum qualiter fe veritas).</i>
	Savigny	“Instituto designado como força legal da sentença que outra coisa não é senão a <i>ficção da verdade</i> , mercê da qual a sentença passada em julgado é garantida contra qualquer tentativa futura de impugnação ou de invalidação.” (NEVES, 1971, p. 108)

Quadro 1: Coisa julgada na história do Direito

Fonte: NEVES, 1971.

No referido quadro, que delinea as épocas históricas do Direito (Direito romano, Direito Intermédio e Direito Moderno), Savigny representa o jurista que iniciou estudos mais aprofundados sobre o tema no Direito Moderno, razão pela qual seu nome aparece como um marco divisor.

Observa-se no quadro, com as devidas distinções em cada época histórica, que a coisa julgada não comportava a possibilidade de novo debate da sentença que fora objeto de julgamento e que o instituto começa a ser adotado como sinônimo de “verdade”.

Ainda sobre a época do Direito romano, importante observar a rigidez com que o instituto era concebido, nas profícuas lições de Liebman (1984, p. 4), que observa: a coisa julgada para os romanos clássicos era “o que de mais concreto e real se podia dar, enquanto a sentença não declarava a existência ou inexistência dum direito, mas criava antes um direito novo”.

Dando prosseguimento à época do Direito Moderno, vários juristas se dedicaram ao estudo do instituto da coisa julgada,⁴ contribuindo para sua consolidação e para as diversas polêmicas e controvérsias que se seguiram.

No Quadro 2, elucida-se o posicionamento de grandes juristas⁵ sobre o tema, destacando-se o de Liebman (1984)⁶, que teve grande influência no cenário do instituto no Brasil.

Pothier	Espécie particular de presunção <i>iuris et de iure</i> , reservada aos julgamentos definitivos que contêm, ou uma condenação ou uma absolvição. ⁷ (NEVES, 1971, p. 132)
Hellwig	A coisa julgada encontra seu fundamento na criação, para as partes, de um direito processual de exigir o seu respeito pelos juízes. (SANTOS;DIAS, [19--], p. 282-283).
Goldschmidt	Coisa julgada material: sentenças finais não submetidas a condição alguma, que resolvam o processo e que possuam a força de coisa julgada formal. A significação da força material da coisa julgada reside em seus efeitos de constatação, de tal modo que o juiz está vinculado, em todo processo futuro que se promova, à decisão contida na sentença. ⁸ (GOLDSCHMIDT, 1936, p. 386-387, tradução nossa).

⁴ Alguns autores, como Allorio (1969), destacam que o instituto da coisa julgada era embasado por duas teorias distintas às quais os juristas optavam por filiar-se: ou na Teoria Substancial da Coisa Julgada ou na Teoria Processual da Coisa Julgada, sendo que, na “Teoria substancial: coisa julgada é fator constitutivo de um novo vínculo de direito material e na Teoria processual: coisa julgada não cria ou modifica qualquer vínculo de direito material, teria eficácia declaratória, gerando vínculo somente para os processos futuros”. (LEAL, 2007, p. 144-145).

⁵ Não há uma ordem lógica para o posicionamento dos juristas no quadro, sendo importante destacar que não se trata de um quadro exaustivo, mas apenas exemplificativo, com a escolha de alguns juristas considerados de suma importância para o Direito Processual.

⁶ A data em parênteses se refere à data da obra consultada e citada, a edição traduzida para o português. Contudo, a referida obra do autor é datada de muito antes de 1984, mais especificamente, de 1945.

⁷ *L’áutorité de la chose jugée fait présumer vrai et équitable tout ce qui est contenu dans Le jugement; et cette présomption étant iuris et de iure, exclut toute preuve du contraire: Res iudicata pro veritate accipitur.*

⁸ *Solamente es posible hablar, en efecto, de fuerza material de cosa juzgada respecto de sentencias finales no sometidas a condición alguna que resuelvan el proceso y que posean ya la fuerza formal de cosa juzgada. [...] La significación de la fuerza material de cosa juzgada reside en sus efectos de constatación, de tal modo que el juez está ligado, en todo proceso futuro que se promueva, a la decisión contenida en la sentencia.*

Chiovenda	A coisa julgada é, essencialmente, um ato de vontade do Estado, irrevogavelmente obrigatório para todo futuro juiz. ⁹ (CHIOVENDA, 1949. p 202, tradução nossa). A coisa julgada é uma restrição da investigação lógica sobre a existência de direitos e deveres ¹⁰ . (CHIOVENDA, 1949, p. 213, tradução nossa).
Carnelutti	Decorre a autoridade da coisa julgada da sentença ser um comando mais lógico da sua eficácia vinculante. (SANTOS; DIAS, [19--], p. 282-283).
Ugo Rocco	A coisa julgada é um fenômeno processual, estando o seu fundamento na dupla extinção: do dever jurisdicional e do direito de ação. (SANTOS;DIAS, [19--], p. 282-283)
Betti	A coisa julgada é a força vinculadora que a sentença exerce no decidir irrevogavelmente a respeito da procedência da pretensão reclamada em juízo. (SANTOS;DIAS, [19--], p. 282-283)
Liebman	“A autoridade da coisa julgada não é o efeito da sentença, mas uma qualidade, um modo de ser e de manifestar-se dos seus efeitos, quaisquer que sejam, vários e diversos, consoante as diferentes categorias das sentenças.” (LIEBMAN, 1984, p. 6). “[...] Nisso consiste, pois, a autoridade da coisa julgada, que se pode definir, com precisão, como a imutabilidade do comando emergente de uma sentença. Não se identifica ela simplesmente com a definitividade e intangibilidade do ato que pronuncia o comando; é, pelo contrário, uma qualidade mais intensa e mais profunda, que reveste o ato também em seu conteúdo e torna assim imutáveis além do ato em sua existência formal, os efeitos, quaisquer que sejam, do próprio ato”. (LIEBMAN, 1984, p. 54).
Enrico Allorio	A coisa julgada é um vínculo; a roupagem que, em nosso sistema positivo, assume a declaração de certeza, enquanto juridicamente eficaz. ¹¹ (ALLORIO, 1963, p. 162, tradução nossa).
Elio Fazzalari	A coisa julgada é um fenômeno simplesmente processual, definido como a irretratabilidade que se torna um atributo da eficácia da

⁹ *La cosa juzgada es esencialmente un acto de voluntad del Estado irrevocablemente obligatorio para todo futuro juez.*

¹⁰ *La cosa juzgada es una restricción de la investigación lógica sobre la existencia de derechos e deberes.*

¹¹ *La cosa juzgada es el ropaje que, en nuestro sistema positivo, asume la declaración de certeza, encuaneto jurídicamente eficaz.*

	sentença. (“irretratibilidade da sentença pela mão do juiz”). (FAZZALARI, 2006, p. 541-544)
E. Couture	“A coisa julgada é a preclusão máxima.” (COUTURE, 1946, p. 347). “Emanação direta da lei que consagra o caráter indiscutível da sentença tornada executória”. (COUTURE, 1946, p. 340)
A. Proto Pisani	A coisa julgada formal define uma situação de relativa imutabilidade, na qual se torna a sentença não mais sujeita a impugnações consideradas ordinárias, enquanto a coisa julgada substancial define um fenômeno diverso: expande o acerto contido na sentença às pessoas fora do processo no qual a formou. ¹² (PROTO PISANI, 1990, p. 388, tradução nossa).
Celso Neves¹³ (Brasil)	“A coisa julgada é fato jurídico peculiar ao processo contencioso, resultante do juízo emitido pelo órgão jurisdicional a respeito do pedido formulado na ação, ao qual se vincula pelo princípio de congruência que domina o processo dispositivo, que define a situação jurídica das partes e impede que se restabeleça, em outro processo, a mesma controvérsia.” (NEVES, 1971, p. 46,9 489).

Quadro 2: Coisa julgada – Conceituações

Fonte: Referências bibliográficas constantes no quadro

Esses se configuram, portanto, como os dados histórico-jurídicos necessários para o desenvolvimento do estudo do instituto da coisa julgada no direito individual, nos termos de sua construção e conceituação adotadas ao longo dos anos e das épocas históricas no cenário do Direito Internacional.

O posicionamento dos juristas citados¹⁴ afigura-se extremamente importante, em razão do papel que exercem no contexto do Direito e, em especial,

¹² *La cosa giudicata formale, cioè, individuerebbe quella situazione di relativa immutabilità in cui si viene a trovare la sentenza non più soggetta ad impugnazioni cosiddette ordinarie, mentre la cosa giudicata sostanziale individuerebbe un fenomeno diverso: l'operare dell'accertamento contenuto nella sentenza al di fuori del processo in cui si è formato.*

¹³ O posicionamento de Celso Neves consta nesse quadro como o representante brasileiro no cenário internacional, em razão de ser ele um dos maiores estudiosos do tema no Brasil.

¹⁴ Na obra coordenada por Leal (2007), elucida-se, de forma objetiva, o que seria uma possível evolução das Teorias da Coisa Julgada, que consistiriam: 1. Teoria da Presunção da Verdade (juristas da Idade Média); 2. Teoria da Ficção da Verdade (Savigny); 3. Teoria da Força Legal, Substancial, da Sentença (Pagenstecher); 4. Teoria da Eficácia da Declaração (Hellwig, Binder, Stein); 5. Teoria da Extinção da Obrigação Jurisdicional (Ugo Rocco); 6. Teoria da Vontade do

do Direito Processual. A diversidade de posicionamentos e de juristas que se preocuparam com o tema demonstra a complexidade do instituto e a necessidade de constantes aperfeiçoamentos a fim de adequá-lo ao sistema jurídico contemporâneo.

Para completar o esboço histórico-jurídico da coisa julgada no direito individual, faz-se necessário analisar o tratamento do instituto no Direito brasileiro, uma vez que este estudo está focado na repercussão do instituto no Direito Pátrio. Contudo, essa análise da coisa julgada no Direito brasileiro não seria possível antes de elucidar o tratamento dado no cenário internacional, tendo em vista que o instituto não foi construído no Brasil, mas somente importado dos diplomas estrangeiros.

2.1.1 Cenário brasileiro

No cenário brasileiro, a coisa julgada se destaca com os estudos de Liebman, que se transferiu para São Paulo (SP) em razão da política de intolerância adotada pela Itália naquela época, e difundiu sua doutrina por todo o território brasileiro.

Contudo, o instituto já era adotado na legislação brasileira muito antes da chegada de Liebman (1939), precisamente, desde o Período Imperial (1822-1889), em um regulamento que data de novembro de 1850. (NEVES, 1971, p. 215)

A fim de informar ao leitor o tratamento da coisa julgada adotado nos diplomas legislativos no Direito brasileiro, no Quadro 3 retrata-se, portanto, a disciplina legislativa conferida ao instituto desde o Brasil Império (Período Imperial) até os dias atuais (Constituição brasileira de 1988 – Período Democrático).

Estado (Chiovenda); 7. Teoria de Carnelutti (coisa julgada está na imperatividade do comando da sentença); e 8. Teoria de Liebman. (LEAL, 2007.p. 251 *et seq.*).

Período Imperial	Período Republicano		Período Democrático
Diploma legislativo que disciplinou o instituto	Diplomas legislativos que disciplinaram o instituto¹⁵	Tratamento constitucional	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.
Regulamento n. 737, de 25 de novembro de 1850.	1. Lei n. 3.071, de 1916 (Lei de Introdução ao Código Civil). ¹⁶	1. Constituição de 1934. ¹⁷	Concepção adotada
Concepção adotada	Concepção adotada	Concepção adotada	Coisa julgada como garantia constitucional fundamental (prevista no art. 5º, inciso XXXVI).
Coisa julgada como presunção legal absoluta, prevalente mesmo que haja prova em contrário.	Coisa julgada como decisão judicial de que já não caiba recurso. Um dos institutos, assim como, o direito adquirido e o ato jurídico perfeito, que não poderia ser prejudicado por lei nova (prevista no art. 3º).	Coisa julgada apartada ao alcance retroativo das leis, assim como o direito adquirido e o ato jurídico perfeito (prevista no art. 113, n. 3).	
	2. Código de Processo Civil de 1939 ¹⁸	2. Constituição de 1946	
	Concepção adotada	Concepção adotada	
	Coisa julgada como exceção instrumental (prevista no art. 182, II).	Coisa julgada apartada ao alcance retroativo das leis, assim como o direito	

¹⁵ Neste quadro, constam somente os diplomas legislativos mais relevantes.

¹⁶ Segundo Celso Neves, esse foi o primeiro diploma legislativo que disciplinou a coisa julgada no Período Republicano no Brasil. A coisa julgada, antes da emancipação do direito processual, era objeto da disciplina do Direito Civil, razão pela qual foi disciplinada na Lei de Introdução ao Código Civil. (Cf. NEVES, 1971, p. 235-236)

¹⁷ Segundo Neves (1971, p. 237), essa foi a primeira vez que a coisa julgada recebeu, explicitamente, tratamento constitucional.

¹⁸ A coisa julgada foi disciplinada, anteriormente, nos Códigos de Processo Civil estaduais, quando foi atribuída aos Estados-Membros a competência para legislar sobre processo civil. Estabelecida a competência da União em matéria processual, o primeiro código a disciplinar a coisa julgada foi o Código de Processo Civil de 1939. (NEVES, 1971, p. 241).

		adquirido e o ato jurídico perfeito (prevista no art. 141, § 3º).	
	3. Código de Processo Civil de 1973. ¹⁹	3. Constituição de 1967.	
	Concepção adotada	Concepção adotada	
	Coisa julgada como exceção substancial, definida como repetição da ação que já foi decidida por sentença e da qual não caiba mais recurso (prevista no art. 301, V). Definição de coisa julgada material prevista no art. 467. ²⁰	Coisa julgada apartada ao alcance retroativo das leis, assim como o direito adquirido e o ato jurídico perfeito (prevista no art. 150, § 3º).	

Quadro 3: A coisa julgada no Direito brasileiro – Histórico
Fonte: Neves (1971) e diplomas legislativos brasileiros

Importante destacar, nesse contexto, o posicionamento adotado por um grande estudioso do tema no Brasil, Ovídio Baptista (2002a) que faz pequenas diferenciações com relação à doutrina de Liebman:

(...) cremos que se pode concluir, com LIEBMAN, que a coisa julgada não é um efeito, mas uma qualidade que se ajunta não, como ele afirma, ao conteúdo e a todos os efeitos da sentença, tornando-a imutável, e sim apenas ao efeito declaratório, tornando-o indiscutível (que é o meio de a declaração!) nos futuros julgamentos. (SILVA, 2002a. p. 492)

Explicitado o tratamento legislativo adotado no Brasil para o instituto da coisa julgada, com destaque para o tratamento atual (coisa julgada como garantia constitucional), fica nítida a grande influência exercida pelos autores clássicos já

¹⁹ Em razão de o intuito com este quadro ser o de demonstrar a normatização da coisa julgada ao longo da história do Direito brasileiro (situar o instituto no tempo), adota-se a concepção utilizada pelo Código de Processo Civil de 1973 original, ou seja, sem as suas posteriores reformas.

²⁰ “Art. 467. Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.”

citados neste estudo (Quadro 2) quanto à conceituação do instituto, principalmente no Código de Processo Civil de 1973.

Outro dado histórico-jurídico essencial para o desenvolvimento deste estudo é o que retrata a concepção dos limites subjetivos da coisa julgada adotada pelos grandes juristas do Direito Processual. E, mais uma vez, como o instituto possui bases eminentemente individuais, o estudo deve iniciar-se pelos autores que trabalham referidos limites do instituto no direito individual.

Afigura-se de comum conhecimento a complexidade que envolve o instituto da coisa julgada e suas variadas vertentes. Neste estudo, restringir-se-á à análise do próprio conceito da coisa julgada e dos seus limites subjetivos, que denotam um aspecto importantíssimo no direito coletivo.

Para tanto, serão elucidadas as conceituações sobre os limites subjetivos da coisa julgada no direito individual pelos mais renomados juristas do cenário internacional, a fim de demonstrar como eram conceituados tais limites, para uma possível comparação com o posicionamento adotado sobre o tema no direito coletivo em outro tópico.

Como já destacado, o esforço histórico-jurídico de qualquer instituto jurídico indica a principal forma de seu conhecimento histórico.

2.1.2 Limites subjetivos da coisa julgada

Os limites subjetivos da coisa julgada, assim como o próprio instituto, já eram objeto de preocupação desde a construção do Direito romano, tendo em vista que não se poderia estender o julgado (correndo o risco de prejudicar) a quem não era titular da relação jurídica deduzida em juízo.

Contudo, se a regra, desde aquela época, era de que a coisa julgada só se formava entre as partes, também havia exceções a essa regra que permitiam a extensão do julgado a terceiros, como no caso do Direito de Família, nas relações

que diziam respeito ao estado das pessoas, e do Direito da Sucessão. (NEVES, 1971, p. 43)

Assim leciona Neves (1971, p. 43):

No plano da limitação subjetiva, o sistema romano admitia extensões do julgado que, entretanto, não infirmavam o princípio de que a *res iudicata* era só *inter partes*. A sucessão, universal ou singular depois da sentença, vinculava o sucessor ao julgado.

Constituindo um dos pontos mais controvertidos da coisa julgada, os limites subjetivos adotaram como regra as partes, sendo sempre possíveis exceções que estendiam esses limites a terceiros.

No Quadro 4 elucidam-se o posicionamento de alguns dos mais balizados juristas do Direito Moderno que discorreram sobre o assunto.

Goldschmidt	A coisa julgada somente surte efeitos, subjetivamente, em favor e contra as partes (<i>res iudicata ius facit inter partes</i>) e das pessoas que tenham adquirido a qualidade de sucessores das mesma depois da litispendência. ²¹ (GOLDSCHMIDT, 1936, p. 393, tradução nossa). Em certos casos, como nos que dizem respeito ao estados das pessoas (causas matrimoniais, por exemplo), a coisa julgada surte efeitos diante de todos. (GOLDSCHMIDT, 1936, p. 394-395)
Carnelutti	“A coisa julgada reflete seus efeitos sobre todos os terceiros sem excluir os que são titulares de direitos incompatíveis com a coisa julgada para eles estranha. [...] Eficácia direta somente em relação às partes da própria lide”. (LIEBMAN, 1984, p. 102-103)
Chiovenda	A coisa julgada como resultado da definição da relação processual é obrigatória para os sujeitos daquela relação. ²² (CHIOVENDA, 1949, p. 205, tradução nossa). “O efeito é externado para fora do processo, forçando o reconhecimento de todos, quanto à sua existência, sujeitando-se à imutabilidade e à exequibilidade.” (LEAL, 2007, p. 18)

²¹ *Sólo surte efectos, subjetivamente, en favor y en contra de las partes (res iudicata ius facit inter partes) y de las personas que hayan adquirido la cualidade de sucesores de las mismas después de la litispendencia.*

²² *La cosa juzgada forma estado solo entre las partes.*

Betti²³	Via de regra, os efeitos da coisa julgada se produzem entre as partes. Quanto aos terceiros, os efeitos somente irão se produzir de acordo com o prejuízo jurídico. Classifica os terceiros em três espécies: 1. Terceiros juridicamente indiferentes; 2. Terceiros juridicamente interessados, não sujeitos à exceção da coisa julgada; e 3. Terceiros juridicamente interessados, sujeitos à exceção da coisa julgada. (LIEBMAN, 1984, p. 92).
Liebman	Eficácia natural da sentença: partes e terceiros; autoridade da coisa julgada: somente partes. “Não se podem aceitar as tentativas de estender aos terceiros ou a algumas categorias de terceiros a autoridade da coisa julgada, a qual é limitada por norma de lei somente às partes e aos seus sucessores posteriores à demanda judicial (inclusos aqui, naturalmente, aqueles cuja relação jurídica tenha sido legitimamente deduzida em juízo por um substituto processual).” (LIEBMAN, 1984, p. 121-122) “Entre partes e terceiros só há esta grande diferença: que para as partes, quando a sentença passa em julgado, os seus efeitos se tornam imutáveis, ao passo que para os terceiros isso não acontece.” (LIEBMAN, 1984, p. 126)
Enrico Allorio	Em regra, a coisa julgada não pode ter seus efeitos estendidos além das partes apontadas como sujeitos da lide. ²⁴ (ALLORIO, 1969. p 196, tradução nossa).
Elio Fazzalari	“A sentença é ‘incontestável’ não somente por obra das partes, mas sim também por obra dos terceiros herdeiros ou vencidos na causa das partes; também o substituído no processo por um substituto”. (FAZZALARI, 2006, p. 550)
E. Couture	A coisa julgada somente surte efeitos para os litigantes (partes na causa) com extensão aos seus herdeiros. (COUTURE, 1946, p. 351)
Celso Neves²⁵ (Brasil)	“Coisa julgada opera <i>inter partes</i> , não tendo valor absoluto.” (NEVES, 1971, p. 495). O autor concorda com o posicionamento de Liebman.

Quadro 4: Limites subjetivos da coisa julgada – Concepções

Fonte: Referências bibliográficas contidas no quadro

²³ Segundo Liebman (1984, p. 87), Betti e Segni são adeptos da doutrina germânica dos efeitos reflexos: efeitos secundários da sentença que se produzem para os terceiros.

²⁴ *In linea di massima non può toccare che le parti intese appunto come i soggetti della lite.*

²⁵ Novamente Celso Neves é escolhido como representante dos juristas brasileiros para figurar no quadro comparativo, em razão de seu vasto conhecimento sobre o tema

Vislumbra-se, portanto, na maior parte dos autores citados, a adoção da regra de que os limites subjetivos da coisa julgada se restringem às partes, comportando tal regra, no entanto, algumas possibilidades de exceção, com a extensão dos limites a terceiros.

Assim, encerrando o esforço histórico-jurídico do instituto da coisa julgada no direito individual, com a elucidação dos dados necessários a um possível desenvolvimento do tema no direito coletivo, dados esses que serão retomados nos próximos capítulos, parte-se para a análise do referido instituto no direito coletivo.

2.2 O instituto da coisa julgada no direito coletivo

O objeto deste estudo, como já destacado anteriormente, é a coisa julgada, bem como seus limites subjetivos no direito coletivo. Contudo, a necessidade de delinear o esforço histórico-jurídico preciso do instituto implica no fato de descrever o percurso histórico da coisa julgada no direito individual, pois, também como já descrito, é nele que a coisa julgada foi primeiramente construída.

Realizado referido percurso no direito individual, passa-se a elucidar o instituto no direito coletivo, ressaltando que, para que a coisa julgada seja adequadamente utilizada neste último, é necessária a sua adaptação, ou reconstrução, tendo em vista que o direito coletivo possui uma série de peculiaridades que o diferem do direito individual.

A adaptação do instituto no direito coletivo, no entanto, será objeto de análise em capítulo posterior. Neste tópico, demonstrou-se somente o trajeto histórico-jurídico da coisa julgada no direito coletivo, bem como seus limites subjetivos.

A análise se restringiu, contudo, em grande parte, ao direito coletivo brasileiro (diplomas legislativos e posicionamentos doutrinários), em razão de que

é neste que este estudo se desenvolve. No entanto, alguns posicionamentos de autores estrangeiros detentores de grande destaque no direito coletivo também serão enunciados.

Por fim, fez-se, também, uma comparação da conceituação do instituto da coisa julgada e de seus limites subjetivos no sistema da *Civil Law* (sistema adotado no Brasil) e da *Common Law* (tendo como base o sistema adotado nos Estados Unidos da América), tendo em vista que as *class actions*, ações coletivas do Direito estaduniense, são, em muitos aspectos, utilizadas como fontes das ações coletivas brasileiras.

Antes de iniciar esta análise histórico-jurídica, é indispensável tecer algumas considerações sobre o direito coletivo.

De acordo com Ives Gandra, o início do direito coletivo ocorre com a publicação da obra *Acesso à Justiça*, de Cappelletti e Garth, em 1965 (MARTINS FILHO, 2003).

Contudo, a informação mais correta parece ser a de que a referida obra difundiu o direito coletivo e não o teria iniciado.

Segundo Mazzoni (1972), o fenômeno coletivo surge individualmente, na esfera trabalhista,²⁶ nas corporações de ofício, sendo que, inclusive, a previsão das ações plúrimas no Direito do Trabalho brasileiro seria resquício desse fenômeno coletivo.

²⁶ Mazzoni (1972, p. 6-12) aponta que as relações coletivas surgem com o direito de associação, que possui sua maior expressão nas associações sindicais. Contudo, relata que referidas associações passaram por momentos histórico-jurídicos bem distintos: pelo período da ilegalidade das associações sindicais, que iria da época da Revolução Francesa até 1824; pelo período da tolerância legal nas associações sindicais, que se estende de 1824 a 1871; e pelo período do reconhecimento jurídico do direito de associação sindical, que se inicia em 1871 e se prolonga até os dias atuais. Destaca o autor que as datas assinaladas são aproximadas e não absolutas em razão de se referirem “à legislação do país que, em primeiro lugar, adotou novas diretrizes para a legislação associativa profissional” (MAZZONI, 1972, p. 7). Ressalta que “a diferença entre relação individual e coletiva não radica apenas no fato de que, no primeiro, haja sujeitos individuais e coletivos (pelo menos um deles) no segundo; mas, mais propriamente na circunstância de que, enquanto os efeitos da relação individual repercutem direta e imediatamente nas partes, na coletiva, as obrigações de cada membro, assumidas pelo sindicato, se encontram em função dos demais e implicam certo conteúdo obrigatório da relação individual de trabalho, sempre que a mesma surgir”. (MAZZONI, 1972, p. 109)

Mancuso (2007, p. 37), por sua vez, aponta o início do direito coletivo no século passado:

O próprio Direito Positivo restou organizado em dois ramos distintos: o público e o privado. [...] Sucede que, ao longo do período medieval, o Estado foi se enfraquecendo: por um lado, em virtude das guerras constantes e onerosas; por outro, em face do surgimento de novos focos de poder, chamados por Montesquieu os 'corpos intermediários'.

Independente do período exato em que o direito coletivo se iniciou, certo é que a obra de Cappelletti e Garth (1988) teve grande contribuição para a rápida difusão do direito coletivo.

Destacado como a “segunda onda de acesso à justiça” (CAPPELLETTI e GARTH, 1988), o direito coletivo é construído como um direito apto a realizar os interesses sociais e coletivos, que se adapta, plenamente, aos Estados Democráticos contemporâneos.

Nesse sentido,

a visão individualista do devido processo judicial está cedendo lugar rapidamente, ou melhor, está se fundindo com uma concepção social, coletiva. Apenas tal transformação pode assegurar a realização dos 'direitos públicos' relativos a interesses difusos. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 51)

Com o destaque adquirido pelo referido direito, essencial se torna, portanto, o estudo dos princípios e institutos jurídicos que integram sua composição, sendo o estudo da coisa julgada, primordial, para o contínuo desenvolvimento do direito coletivo.

Assim, principia-se a análise do esboço histórico-jurídico do instituto da coisa julgada no direito coletivo brasileiro.

2.2.1 Direito coletivo brasileiro

Inicia-se a análise histórico-jurídica da coisa julgada no direito coletivo brasileiro demonstrando os principais diplomas legislativos que disciplinam o referido instituto no Direito brasileiro, bem como o tratamento que conferem ao instituto.

No Quadro 5, foram relacionados tanto os diplomas legislativos vigentes no direito coletivo brasileiro quanto os diplomas que disciplinam o instituto e que ainda não passaram pelo devido processo legislativo. A relação desses últimos diplomas ocorre pela necessidade de informar ao leitor as propostas legislativas que disciplinam o tema.

Diplomas legislativos ²⁷	Disciplina legal
Art. 842 ²⁸ do Decreto-Lei n. 5.452/43 (CLT)	Art. 842. Sendo várias as reclamações e havendo identidade de matéria, poderão ser acumuladas num só processo, se se tratar de empregados da mesma empresa ou estabelecimento.
Lei da ação popular (Lei n. 4.717/65)	Art. 18. A sentença terá eficácia de coisa julgada oponível <i>erga omnes</i> , 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.
Lei da ação civil pública (Lei n. 7.347/85) ²⁹	Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada <i>erga omnes</i> , nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova. ³⁰

²⁷ Neste quadro, foram enunciados os diplomas legislativos que disciplinam o Direito e o Processo Coletivos Brasileiros que contêm tratamento legislativo específico sobre a coisa julgada. Há, porém, outros diplomas legislativos importantes que disciplinam o direito coletivo brasileiro que não são objeto de análise, tais como: Lei ambiental nº 6938/81; Lei dos portadores de deficiência física (nº 7853/89); Estatuto da Criança e do Adolescente, entre outras.

²⁸ Referido artigo disciplina as denominadas ações plúrimas, no âmbito do Direito do Trabalho.

²⁹ Foi divulgado, recentemente, um anteprojeto da nova Lei da Ação Civil Pública, contudo, como o mesmo ainda se encontra em amplo debate, não será objeto de análise do presente quadro, sendo necessário mencionar que a disciplina da coisa julgada é objeto de modificações na nova lei, com relação à anterior.

³⁰ Redação dada pela Lei nº 9.494, de 10.9.1997, que alterou a Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85).

Constituição brasileira de 1988 ³¹	Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXVI – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;
Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90)	<p>Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada: I – <i>erga omnes</i>, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81; II – <i>ultra partes</i>, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81; III – <i>erga omnes</i>, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81. § 1º Os efeitos da coisa julgada previstos nos incisos I e II não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe. § 2º Na hipótese prevista no inciso III, em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual. § 3º Os efeitos da coisa julgada de que cuida o art. 16, combinado com o art. 13 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos arts. 96 a 99. § 4º Aplica-se o disposto no parágrafo anterior à sentença penal condenatória.</p> <p>Art. 104. As ações coletivas, previstas nos incisos I e II e do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada <i>erga omnes</i> ou <i>ultra partes</i> a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva.</p>
Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América (outubro de 2004) ³²	Art. 33. Coisa julgada – Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada <i>erga omnes</i> , exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação,

³¹ Na Constituição de 1988, a coisa julgada vem disciplinada no art. 5º, XXXVI, que está contido no Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), Capítulo I (Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos), sendo, portanto, um instituto que pertence e é disciplinado no direito individual e no direito coletivo.

	<p>com idêntico fundamento valendo-se de nova prova.</p> <p>§ 1º Mesmo na hipótese de improcedência fundada nas provas produzidas, qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento, no prazo de (2) dois anos contados da descoberta de prova nova, superveniente, que não poderia ser produzida no processo, desde que idônea, por si só, para mudar seu resultado.</p> <p>§ 2º Tratando-se de interesses ou direitos individuais homogêneos, em caso de improcedência do pedido, os interessados poderão propor ação de indenização a título individual.</p> <p>§ 3º Os efeitos da coisa julgada nas ações em defesa de interesses ou direitos difusos não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos artigos 22 a 24.</p> <p>§ 4º Aplica-se o disposto no parágrafo anterior à sentença penal condenatória.</p> <p>§ 5º A competência territorial do órgão julgador não representará limitação para a coisa julgada <i>erga omnes</i>.</p>
<p>Anteprojeto do Código de Processo Coletivo brasileiro³³ (dezembro de 2005)³⁴</p>	<p>Art. 12. Coisa julgada – Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada <i>erga omnes</i>, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova.</p> <p>Par. 1º Tratando-se de interesses ou direitos individuais homogêneos (art. 3º, III, deste Código), em caso de improcedência do pedido, os interessados poderão propor ação a título individual, salvo quando a demanda coletiva tiver sido ajuizada por sindicato, como substituto processual da categoria.</p> <p>Par. 2º Os efeitos da coisa julgada nas ações em defesa de interesses ou direitos difusos ou coletivos (art. 3º, I e II, deste</p>

³² Elaborado, em outubro de 2004, por Roberto Berizonce (Argentina), Ada Pellegrini Grinover (Brasil) e Angel Landoni Sosa (Uruguai), essa comissão pertence ao Instituto Ibero-Americano de Direito Processual. Trata-se, de fato, de um modelo elaborado com o objetivo de basear as legislações dos países que viessem a elaborar um Código de Processo Coletivo, no entanto, não detém caráter normativo obrigatório. Apesar disso, considerou-se útil colocar a disciplina da coisa julgada no referido Código neste quadro, a fim de informar ao leitor sua existência, ressaltando-se, mais uma vez, que não configura um diploma legislativo obrigatório no território brasileiro (tendo em vista que não passou pelo processo legislativo regular) e que não se configura um modelo somente brasileiro. Disponível em:

http://www.mpcon.org.br/site/portal/jurisprudencias_detalhe.asp?campo=2552.

³³ Esse diploma legislativo também não é obrigatório no território brasileiro, tendo em vista que ainda não passou por todas as fases do devido processo legislativo, tratando-se, portanto, de apenas um anteprojeto. Desde a data de sua criação (dezembro de 2005), o anteprojeto já passou por algumas alterações, sem, contudo, ter sido alterada a disciplina da coisa julgada. Disponível em: http://www.mpcon.org.br/site/portal/jurisprudencias_detalhe.asp?campo=2591.

³⁴ Destaca-se a existência de uma proposta de Código de Processo Coletivo brasileiro, elaborada pelos alunos da pós-graduação *stricto sensu* da PUC Minas, sob a coordenação do Professor Vicente de Paula Maciel Júnior. Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/codigo.doc>.

	<p>Código) não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos arts. 28 e 29 deste Código.</p> <p>§ 3º Aplica-se o disposto no parágrafo anterior à sentença penal condenatória.</p> <p>§ 4º A competência territorial do órgão julgador não representará limitação para a coisa julgada <i>erga omnes</i>.</p> <p>§ 5º Mesmo na hipótese de sentença de improcedência, fundada nas provas produzidas, qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento, no prazo de 2 (dois) anos contados da descoberta de prova nova, superveniente, que não poderia ser produzida no processo, desde que idônea, por si só, para mudar seu resultado.</p> <p>§ 6º A faculdade prevista no parágrafo anterior, nas mesmas condições, fica assegurada ao demandado da ação coletiva julgada procedente.</p>
--	--

Quadro 5: Coisa julgada no direito coletivo brasileiro – Diplomas legislativos

Fonte: Diplomas legislativos indicados no quadro

Referidos diplomas legislativos, em especial, os do Código de Defesa do Consumidor em diante, com exceção da Constituição brasileira de 1988, baseiam-se nas conceituações adotadas pelos mais renomados doutrinadores brasileiros que vêm desenvolvendo o tema do direito coletivo.

No Quadro 6,³⁵ destacam-se as conceituações do instituto da coisa julgada, adotadas pelos doutrinadores de renome no direito coletivo no cenário brasileiro.

Ada Pellegrini Grinover	Garantia constitucional que é manifestação do princípio da segurança jurídica. Consiste em uma qualidade que proporciona a imutabilidade da sentença e de seus efeitos. (GRINOVER, 2007, p. 1)
Antonio Gidi	Instituto que assegura a imutabilidade da sentença. (GIDI, 1995, p. 12)
Aroldo Plínio 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 seu trânsito em julgado. A coisa julgada torna imutável, indiscutível, inquestionável, e incontrovertível a matéria decidida na lide.” (GONÇALVES, 1995, p. 67)

³⁵ A ordem em que os doutrinadores e seus respectivos posicionamentos foram dispostos consiste em ordem alfabética, não em grau de importância.

Gregório Assagra de Almeida	A coisa julgada é um dos principais institutos do processo coletivo, pois assegura o resultado útil do mesmo, qual seja, 'a pacificação social de forma potencializada'. (ALMEIDA, 2003, p. 554)
Ives Gandra	"Qualidade da sentença judicial é a de fazer coisa julgada, tornando-se imutável quando esgotadas as vias recursais ou precluso o prazo para delas se fazer uso. Distiguem-se em coisa julgada formal e coisa julgada material." (MARTINS FILHO, 2003, p. 210)
José Rogério Cruz e Tucci	"Diante da legislação em vigor, não há dúvida de que o regime da coisa julgada, disciplinado no art. 103 do Código de Defesa do Consumidor, vale para todas as ações coletivas. [...] A coisa julgada se forma <i>secundum eventum probationis</i> ." (CRUZ E TUCCI, 2006, p. 309, 315)
Luiz Guilherme Marinoni	"Garantia de indiscutibilidade e imutabilidade [...], imprescindível à efetividade do direito de acesso aos tribunais e à segurança e estabilidade da vida das pessoas." (MARINONI, 2004, p. 17)
Rodolfo de Camargo Mancuso	"No direito brasileiro, como se colhe da interpretação sistemática do art. 16 da Lei 7.347/85 e dos dispositivos de regência no CDC (art. 103, incisos e parágrafos; arts. 104 e 117), perfilhou-se a técnica da coisa julgada <i>secundum eventum litis</i> , com a possibilidade de transporte, <i>in utilibus</i> , do julgado coletivo em prol das demandas individuais." (MANCUSO, 2007, p. 315)
Teori Albino Zavascki	"Coisa julgada, portanto, é um fenômeno que se passa exclusivamente no plano do direito. É uma qualidade da sentença: a sua imutabilidade. Antes da coisa julgada e depois dela, o <i>conteúdo</i> da sentença não se altera. Permanece exatamente o mesmo. O que se acrescenta com a coisa julgada é apenas a sua condição de já não mais poder ser reformada ou anulada por via recursal. [...] Também em relação às sentenças proferidas nas ações civis públicas, a coisa julgada é a eficácia que as torna 'imutáveis e indiscutíveis'". (ZAVASCKI, 2007, p. 80, grifos do autor)

Quadro 6: Coisa julgada no direito coletivo – Conceções

Fonte: Referências bibliográficas contidas no quadro

Ainda no escopo de realizar a análise do esboço histórico-jurídico do instituto da coisa julgada no direito coletivo brasileiro, no Quadro 7 elenca-se o posicionamento de doutrinadores de renome no cenário do direito coletivo sobre os limites subjetivos da coisa julgada no referido direito.

Importante destacar que o conteúdo desse quadro será retomado posteriormente no presente estudo quando for desenvolvido capítulo específico dos limites subjetivos da coisa julgada no direito coletivo. Assim, seu conteúdo é imprescindível para a continuidade desta pesquisa.

Ada Pellegrini Grinover	Coisa julgada <i>erga omnes</i> , exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas. ³⁶
Antonio Gidi	“O que efetivamente ocorre é que todos – assim os terceiros como as partes – são atingidos pelos efeitos da sentença como ato de império do Estado (eficácia natural da sentença). Mas como ninguém além das partes é afetado pela imutabilidade em sua própria esfera jurídica (autoridade da coisa julgada), qualquer um poderia, em tese, rediscutir a questão e obter uma decisão diversa. Entretanto, somente o terceiro juridicamente prejudicado teria interesse jurídico para impugná-la em juízo” (GIDI, 1995, p. 12). “A coisa julgada nas ações coletivas se forma <i>pro et contra</i> [...] O que é <i>secundum eventum litis</i> não é a formação da coisa julgada, mas a sua extensão <i>erga omnes</i> ou <i>ultra partes</i> à esfera jurídica individual de terceiros prejudicados pela conduta considerada ilícita na ação coletiva (é o que se chama extensão <i>in utilibus</i> da coisa julgada).” (GIDI, 1995, p. 73)
Aroldo Plínio	“Deve-se ter presente que a coisa julgada se forma entre as partes” (GONÇALVES, 1995, p. 65). O problema é que o Código de Defesa do Consumidor alterou o conceito de parte ³⁷ ao tratar dos limites subjetivos da coisa julgada.
Gregório Assagra de Almeida	“É o artigo 103 do CDC que estatui as diretrizes básicas sobre a coisa julgada coletiva. [...] É de salientar que a coisa julgada coletiva pelo regime do CDC utiliza o critério <i>secundum eventum litis</i> , pelo qual a coisa julgada depende do resultado da lide (incisos I e II do art. 103 do CDC); não há ocorrência de coisa julgada nas ações coletivas para a tutela de direitos difusos e coletivos, quando a sentença for de

³⁶ Ver art. 12 do Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos.

³⁷ “No Código de Defesa do Consumidor, os legitimados são ‘partes’ legais, são ‘partes’ apenas por força da lei” (GONÇALVES, 1995, p. 67). Essa questão do conceito de parte e da legitimação para agir no processo coletivo será discutida em tópico posterior.

	improcedência por <i>insuficiência de provas</i> , bem como não há a transferência <i>in utilibus</i> . ³⁸ (ALMEIDA, 2003, p. 556, grifos do autor)
José Rogério Cruz e Tucci	“O já referido art. 103 do Código de Defesa do Consumidor traça as respectivas regras atinentes aos limites subjetivos da coisa julgada” (CRUZ E TUCCI, 2006, p. 314). “[...] A lei especial impôs que, nas ações de corte coletivo, a imutabilidade do <i>decisum</i> , ao invés de ficar restrita às partes formais que participam do processo, conforme o caso, estende-se <i>ultra partes</i> . Assim, por exemplo, na procedência do pedido nas ações civis públicas ou coletivas, a imutabilidade deverá estender-se a todo o grupo, categoria ou classe de lesados, os quais não estão representados nos autos, mas substituídos pelos legitimados extraordinários autorizados por texto legal expresso.” (CRUZ E TUCCI, 2006, p. 318-319)
Rodolfo de Camargo Mancuso	Propõe a adoção de um sistema semelhante ao empregado nas <i>class actions</i> , “que assegure ao integrante da classe ou categoria envolvida na ação o direito de opção inicial por ficar ou não vinculado ao que se irá afinal decidir (<i>opt in/ opt out</i>)”. (MANCUSO, 2007, p. 305). Concorda com a disciplina proposta no Anteprojeto do Código de Processo Coletivo brasileiro.
Teori Albino Zavascki	“A extensão subjetiva universal (<i>erga omnes</i>) é consequência natural da transindividualidade e da indivisibilidade do direito tutelado na demanda. Se o que se tutela são direitos indivisíveis e pertencentes à coletividade, a sujeitos indeterminados, não há como estabelecer limites subjetivos à imutabilidade da sentença. Ou ela é imutável, e, portanto, o será para todos, ou ela não é imutável, e, portanto, não faz coisa julgada. Por outro lado, a cláusula <i>erga omnes</i> certamente não vai a ponto de compreender a situação jurídica de terceiros. Aplica-se também à coisa julgada nas ações civis públicas a limitação, constante do art. 472 do CPC: os terceiros, embora possam ser beneficiados, jamais poderão ser atingidos negativamente pela sentença proferida em processo em que não tenham sido partes” (ZAVASCKI, 2007, p. 80-81). Regime da coisa julgada no CDC é aplicado, subsidiariamente, a todas as ações coletivas.
Vicenzo Vigoriti ³⁹	Uma vez reconhecida a exigência de uma coordenação necessária,

³⁸ Destaca-se que a coisa julgada *secundum eventum litis* e sua possível transferência *in utilibus* serão explanadas posteriormente em capítulo específico.

(Itália)	verifica-se um alargamento da coisa julgada a todas as relações entre as partes coordenadas, mesmo que os titulares destas sejam terceiros nos contornos do procedimento, ao término do qual é pronunciada a sentença passada em julgado. ⁴⁰ (VIGORITI, 1979, p. 129, tradução nossa)
-----------------	--

Quadro 7: Limites subjetivos da coisa julgada no direito coletivo – Posicionamentos

Fonte: Referências bibliográficas contidas no quadro

Observe-se que a maior parte dos posicionamentos contidos no quadro encontra-se em consonância com o que estabelece o Código de Defesa do Consumidor brasileiro quanto à disciplina dos limites subjetivos da coisa julgada, com destaque para os efeitos *erga omnes* e *ultra partes*, nos respectivos casos em que ocorrem.

A seguir, analisam-se as distinções na concepção da coisa julgada e dos seus limites subjetivos em dois sistemas jurídicos específicos: o da *Civil Law* e o da *Common Law*.

2.2.2 A coisa julgada no sistema da Civil Law e da Common Law

No âmbito do Direito, no panorama mundial, dois sistemas jurídicos com características bem delineadas, o da *Civil Law* e o da *Common Law*, são utilizados como balizadores do “tipo” de sistema a ser adotado por ordenamentos jurídicos específicos. .

Caracterizado o primeiro como um sistema que prima pelo direito escrito e o segundo, por um direito costumeiro, os lindes que distinguem os dois sistemas

³⁹ O posicionamento do referido autor italiano foi inserido neste quadro em razão da grande importância dos seus estudos no que tange à legitimação para agir no processo coletivo, na Itália. Posteriormente, no presente trabalho, relacionar-se-á a legitimação para agir com a coisa julgada, razão pela qual, primordial se faz a observação do autor no tema ora objeto de análise.

⁴⁰ *Ne deriva ancora che, una volta riconosciuta l'esigenza di un coordinamento necessario, si verifica anche un allargamento della cosa giudicata a tutti i rapporti fra loro coordinati, anche se i titolari di questi sono rimasti terzi nei confronti del procedimento al termini del quale è stata pronunciata la sentenza passata in giudicato.*

estão cada vez mais próximos, e os princípios e institutos jurídicos específicos de cada um desses sistemas vêm sendo utilizados indistintamente por ambos.

É o que ocorre no caso das ações coletivas brasileiras (*Civil Law*) que vêm utilizando, constantemente, institutos da *class action*⁴¹ estaduniense (*Common Law*) como forma de aperfeiçoamento do direito coletivo brasileiro.

Obviamente, não se pretende fazer uma comparação entre todos os ordenamentos jurídicos que se filiam ou a um sistema ou a outro: esse, de fato, não é o intuito com este estudo. Pretende-se, somente, comparar o tratamento conferido ao instituto da coisa julgada (este sim, objeto desse estudo) no Brasil, país que adota o sistema da *Civil Law* e o dos Estados Unidos da América, país que adota o sistema da *Common Law*, em razão do grande destaque das *class actions* no cenário do direito coletivo brasileiro contemporâneo.

Assim, pelo fato de a concepção do instituto adotada no Brasil já ter sido amplamente destacada, ressalte-se, inicialmente, como a coisa julgada (não especificamente no direito coletivo) é concebida nos Estados Unidos:

Deve observar-se, sem embargo, que nos Estados Unidos o conceito de coisa julgada (*res iudicata*) não assumiu até hoje aquela precisão e rigidez que adquiriu, por outro lado, nos sistemas de direito civil. Não somente é possível, como se tem visto, a proposição de moções para

⁴¹ “Antes da reforma de 1966, a Regra 23 ensejava uma tríplice distinção das *class actions*:

1. *True class action* – quando o direito da categoria era *joint* ou *common* – a eficácia *ultra partes* da decisão atingia diretamente todos os membros do grupo, ainda que estranhos ao processo.
2. *Hybrid class action* – quando os direitos dos componentes eram distintos (*several*), mas referentes a único bem –, na qual havia um interesse comum, os efeitos da denominada *claim preclusion* atingiam todos os membros tão-somente em relação a seus respectivos direitos sobre o bem que havia sido objeto de controvérsia: ‘*bound all the class members with respect to their rights in the property that was the subject matter of the suit*’.
3. *Spurious class action* – quando os direitos dos componentes eram distintos (*several*), mas dependentes de uma questão comum de fato ou de direito, ensejando uma decisão uniforme –, a qual, como decorre da própria denominação apenas do ponto de vista prático era inserida entre as *class actions*, a sentença projetava seus efeitos exclusivamente àqueles que participavam do processo: ‘*bound only the partis before the court*’”. (CRUZ E TUCCI, p. 26)

Com a nova redação da Regra 23, desapareceu a classificação em 3 espécies e preceitua-se que o julgamento proferido em uma *class action*, favorável ou contrário, seria diretamente eficaz a todos aqueles que o tribunal declarar integrantes daquele direito (CRUZ e TUCCI, p. 27). A regra ainda ressalta o direito do integrante daquele grupo de requerer o *right to opt out*, no caso de ação de natureza condenatória (alínea “b” da Regra 23), não se sujeitando, portanto, aos efeitos da sentença. (CRUZ e TUCCI, p. 28)

ouvir novamente, moções para deixar de lado um veredicto e outras moções dirigidas a obter que o fundo da causa seja reconsiderado depois que se tenha pronunciado uma decisão. É possível, além disso, com frequência, obter modificações depois que tenha sido pronunciado pelo juiz. É esta uma consequência histórica do princípio próprio da *common law*, elaborado sobretudo pela *equity*, segundo o qual, os poderes decisórios da corte, uma vez que a mesma tenha sido investida de uma controvérsia, não se esgotam com o pronunciamento da decisão, mas continuam mesmo depois de tal pronunciamento, para poder fazer justiça entre as partes sempre que presente a necessidade da mesma. [...] A fragilidade do julgado se manifesta também no fato de que, nos Estados Unidos, um julgamento pode ser com frequência sujeito, como dizem, a um 'ataque colateral'.⁴² (SERENI, 1958, p. 111, tradução nossa)

Contudo, apesar dessa ausência de rigidez do instituto no sistema da *Common Law*, como no sistema da *Civil Law*, como relevado no excerto acima transcrito, a necessidade de colocar um fim no conflito também é escopo do instituto no referido direito.

Nesse sentido, Gidi (1995, p. 228-229) assevera que “a tradição do direito inglês resumiu o fundamento político da coisa julgada em duas máximas: a) *No person should be twice vexed by the same claim*; b) *It is in the interest of the state that there be na end to litigation*”.⁴³

Após uma breve noção da conceituação do instituto adotada no *Common Law*, remetemos o leitor ao Quadro 8, no qual se retrata a concepção da coisa julgada no direito coletivo adotada no Brasil (*Civil Law*) e nos Estados Unidos da América (*Common Law*).

⁴² *Debe observarse, sin embargo, que en los Estados Unidos el concepto de cosa juzgada (res adjudicata) no ha asumido hasta hoy aquella precisión y rigidez que ha adquirido, en cambio, en los sistemas de derecho civil. No solamente es posible, como se há visto, proponer motions for a rehearing, motions to set aside a verdict y otras motions dirigidas a obtener que el fondo de la causa sea reconsiderado después que se ha pronunciado una decisión, es posible, además, con frecuencia, obtener modificaciones de un judgment después que há sido pronunciado por el juez y entered. Es ésta una consecuencia histórica del principio propio del common law, elaborado sobre todo pela equity, según el cual los poderes decisorios de la corte, una vez que la misma ha sido investida de una controversia, no se agotan con el pronunciamiento de la decisión, sino que continúan aun después de tal pronunciamiento, para poder hacer justicia entre las partes siempre que presente la necesidad de ello. [...] La fragilidad de lo juzgado se manifiesta también en el hecho de que, en los Estados Unidos, un judgment puede ser con frecuencia sujeto, como suele decirse, a collateral attack.*

⁴³ Tradução nossa: a) nenhuma pessoa deve ser duas vezes molestada pela mesma reivindicação; b) é do interesse do Estado que exista um fim para o conflito.

<i>Civil Law</i> ⁴⁴	<i>Common Law</i> ⁴⁵
<p>A mesma concepção adotada no direito individual. Define-se como efeito da sentença ou qualidade dos efeitos da sentença que a tornam irrecorrível, irretroatável e imutável. Adotada em duas concepções: 1. Coisa julgada formal: caracteriza-se pelo mero esgotamento ou preclusão dos recursos (pouco mencionada no direito coletivo); 2. Coisa julgada material ou substancial: caracteriza-se pela imutabilidade da sentença em relação à pretensão, produzindo efeitos fora do processo. (MARTINS FILHO, 2003, p. 210)⁴⁶</p>	<p>Gênero: <i>Former adjudication</i>, que se divide em dois institutos: 1. <i>Res judicata</i> (<i>claim preclusion</i>); e 2. <i>Collateral estoppel</i> (<i>issue preclusion</i>). O primeiro instituto é semelhante ao adotado no sistema da <i>Civil Law</i> e impede que determinado pedido (<i>claim</i>) já julgado em uma ação anterior seja discutido novamente. Já o segundo, é um instituto que assegura que as premissas necessárias à conclusão da sentença (<i>necessary step</i>) quando decididas expressa ou tacitamente após amplo debate entre as partes, fiquem impedidas de rediscussão em processo futuro, qualquer que seja a causa de pedir ou o pedido e independente de pedido das partes nesse sentido. (GIDI, 1995, p. 228)</p>

Quadro 8: Coisa julgada no direito coletivo – *Civil Law* e *Common Law*
Fonte: Referências bibliográficas contidas no quadro.

Quanto aos limites subjetivos da coisa julgada em ambos os sistemas, no Quadro 9 especifica-se o tratamento adotado. Ressalte-se, somente, que o efeito da coisa julgada no Direito estaduniense é denominado *binding effect* (efeito vinculante).

⁴⁴ Adota-se a concepção do instituto da coisa julgada concebida, de modo geral, pelos doutrinadores no direito coletivo brasileiro, em razão de o referido direito ser o objeto de estudo primordial neste trabalho.

⁴⁵ Adota-se a concepção do instituto da coisa julgada no sistema da *Common Law* utilizado nas *class actions* (ações coletivas), nos Estados Unidos da América.

⁴⁶ Adota-se a concepção do instituto da coisa julgada enunciada por Ives Gandra Martins Filho, uma vez que ela sintetiza o pensamento “geral” dos doutrinadores brasileiros; no entanto, em quadro específico, o pensamento de alguns doutrinadores que estudam o direito coletivo será enunciado apartadamente. Destaque-se a afirmação realizada por Martins Filho (2003, p. 213) de que, “[...] em dissídio coletivo, há apenas a coisa julgada formal”, fato pouco comum no direito coletivo, tendo em vista a prevalência da importância da coisa julgada material.

<i>Civil Law</i> (Direito brasileiro – Ações coletivas)	<i>Common Law</i> (Direito estaduniense – <i>Class action</i>)
<p>De modo geral, nas ações coletivas no Direito brasileiro, aplica-se o disposto no Código de Defesa do Consumidor, exceto naquelas que possuem diplomas legislativos específicos, tais como a Ação Popular (Lei n. 4.717/65) e a Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85). Contudo, mesmo nessas ações, é possível aplicar o intercâmbio de diplomas legislativos que disciplinam as ações coletivas, e utilizar a previsão contida no CDC, subsidiariamente, ou não. Em geral, portanto, há efeitos <i>erga omnes</i> ou <i>ultra partes</i> (ver art. 103 e parágrafos do CDC).</p>	<p>“A coisa julgada nas ações coletivas do direito norte-americano vincula a todos os membros do grupo, <i>wether favorable or not</i>” (GIDI, 1995, p. 244). Quando satisfeitas as exigências de dar o devido conhecimento da ação aos reais legitimados (suficiente informação), bem como a da adequada representação durante todo o procedimento, “a imutabilidade do comando da sentença proferida em uma <i>class action</i> atingirá a todos os componentes do grupo (<i>class</i>) que dele não se autoexcluíram voluntariamente através do <i>right to opt out</i>. Seja a sentença favorável ou não, tenham participado do processo ou não, todos os componentes do grupo sofrerão os efeitos da coisa julgada (<i>former adjudication – collateral estoppel e res judicata</i>) (GIDI, 1995, p. 242). Contudo, “para os que não foram parte em um determinado processo (<i>non party</i>) possam vir a ser prejudicados, é preciso que tenham uma relação jurídica com a parte (<i>privity</i>, daí serem <i>privies</i>) de tal forma aproximada que a primeira sentença implique necessariamente a segunda (<i>only parties and their privies may be bound or may take advantage of a judgment</i>)”. (GIDI, 1995, p. 231)</p>

Quadro 9: Limites subjetivos da coisa julgada no direito coletivo – *Civil Law* e *Common Law*: distinções

Fonte: Referências bibliográficas contidas no quadro

Esses são, em linhas gerais, os dados histórico-jurídicos necessários para o profícuo desenvolvimento do presente estudo.

Ressaltando, novamente, que os referidos dados serão utilizados nos capítulos posteriores, remetemos o leitor ao próximo capítulo, no qual se traça o perfil jurídico-filosófico do instituto da coisa julgada.

3. PERFIL JURÍDICO-FILOSÓFICO DO INSTITUTO DA COISA JULGADA

Após o esboço histórico-jurídico do instituto da coisa julgada, demonstrado no capítulo anterior, indispensável se faz apresentar o perfil jurídico-filosófico que permeia o instituto, tanto na época em que foi criado (e utilizado durante várias décadas) quanto nos dias atuais.

A coisa julgada, ao contrário de outros institutos que possuem o caráter eminentemente pragmático, é um instituto que foi concebido com toda uma argumentação jurídico-filosófica que constitui a sua base teórica.

Os argumentos jurídico-filosóficos, nesse contexto, relacionam-se com fatos jurídicos (certeza e estabilidade das relações jurídicas) e extrajurídicos (segurança), que são a base da criação do instituto da coisa julgada e possibilitam a segurança e a estabilidade necessárias ao próprio ser humano como forma possível de vida tranquila e pacífica.

Assim, é importante delinear o referido perfil jurídico-filosófico do instituto por duas razões iminentes: a primeira é pelo fato de que, pretendendo-se realizar um estudo sobre a coisa julgada, a fundamentação que embasa a criação do instituto é ponto primordial no referido estudo. Por outro lado, é crucial saber se essa fundamentação é ainda empregada, contemporaneamente, como justificativa para a contínua utilização do instituto da forma como foi criado, uma vez que várias modificações já ocorreram e foram adotados diferentes modelos de Estado. O conceito de coisa julgada sofre evidente reflexo do modelo de Estado vigente e merece revisão, máxime no modelo brasileiro de Estado Democrático de Direito.

Ressalte-se que esse perfil jurídico-filosófico da coisa julgada, pelo fato de representar a fundamentação por meio da qual o instituto foi criado, será delineado nos padrões do direito individual (espécie de Direito na qual a coisa julgada foi criada), com exceção do último tópico deste capítulo, que retratará uma característica do Direito contemporâneo, nos moldes do Estado Democrático de

Direito brasileiro e que, portanto, deve ser observada tanto no direito individual quanto no direito coletivo.

Este capítulo, portanto, foi dividido em três tópicos específicos: o fundamento do instituto da coisa julgada, no qual se discute qual é o fundamento que baseia a criação e a permanência do instituto da coisa julgada nos ordenamentos jurídicos; o instituto da coisa julgada e o princípio da segurança jurídica, no qual se discute essa controvertida relação; e por fim, os reflexos do modelo participativo do Estado Democrático de Direito no instituto da coisa julgada, no qual se questiona tanto a fundamentação da coisa julgada quanto sua relação com o princípio da segurança jurídica.

3.1 O fundamento político-social do instituto da coisa julgada

O instituto da coisa julgada, criado, segundo os dados históricos constantes no primeiro capítulo deste estudo, desde os primórdios do Direito romano, possuía, basicamente, o escopo de reforçar o encerramento de uma relação litigiosa, pondo fim ao conflito e impedindo que este fosse suscitado novamente em juízo, a fim de possibilitar aos litigantes a certeza e estabilidade do que havia sido decidido.

No decorrer da história jurídica, o instituto foi objeto de constantes aprimoramentos científicos, tendo como ápice a teoria de Liebman (1984) sobre a coisa julgada, que lhe detalhou vários aspectos de forma bem didática.

Quer como efeito da sentença (Chiovenda e tantos outros), quer como qualidade dos efeitos da sentença (Liebman), que a torna irrecurável, irretroatável e imutável, a coisa julgada,⁴⁷ repetidamente, foi e ainda é conceituada como o instituto que reforça o fim de uma relação jurídica controvertida e certifica que

⁴⁷ Ao se reportar ao instituto da coisa julgada, este está sendo utilizado como um único instituto, sem considerar uma de suas várias classificações em coisa julgada formal ou coisa julgada material (substancial).

essa mesma relação não poderá ser objeto de exame novamente, assegurando-se a definitividade daquela decisão.

Por que, no entanto, seria necessário que um instituto assegurasse que não se poderia discutir uma relação que já foi objeto de decisão?

A resposta a essa indagação configura o fundamento da criação, da adoção da coisa julgada no Direito Processual e da continuidade do seu emprego ao longo da história do Direito até os dias atuais.

Esse fundamento não se encontra, contudo, no âmbito jurídico, mas, sim, no âmbito político-social. Nesse sentido, Liebman (1984, p. 122) destaca:

Opinião de grande prevalência e quase pacífica, que a autoridade da coisa julgada não é um caráter essencial e necessário dos atos jurisdicionais, mas somente um instituto disposto pela lei por motivos de oportunidade e de conveniência política e social.

A conveniência política e social seria, portanto, o fundamento de criação do instituto da coisa julgada, constituindo, na realidade, uma ficção. A coisa julgada, por ser o instituto que impossibilita a revisibilidade da decisão, seria considerada lei entre as partes, seria a verdade do caso concreto, daí a razão de Savigny conceituá-la como “ficção da verdade”. (NEVES, 1971, p. 108).

“Ficção da verdade” porque, não necessariamente, o instituto da coisa julgada assegurava que, de fato, a verdade havia sido estabelecida pela decisão, mas somente que, por uma questão de conveniência política e social, a referida decisão seria considerada o estabelecimento da verdade a fim de encerrar o conflito que aquele caso suscitava.

Adota-se, portanto, a preferência por uma ficção em nome de uma suposta certeza e estabilidade das relações jurídicas, hábil a possibilitar uma sensação de segurança ao litigante.

Chiovenda (1949) também concorda com o pensamento de que o fundamento da coisa julgada é uma questão de oportunidade e utilidade social, visto que afirma: “São razões de oportunidade, considerações de utilidade social, as que fazem colocar um término à investigação judicial e tratar a sentença como

lei irrevogável para o caso concreto”.⁴⁸ (CHIOVENDA, 1949, p. 194, tradução nossa)

No âmbito do Direito brasileiro, os juristas que tiveram a oportunidade de trabalhar o tema em foco se posicionam, igualmente, no mesmo sentido:

Coisa julgada é uma questão de política legislativa, nada tendo que ver com a substância mesma do processo ou da atividade jurisdicional. [...] A coisa julgada, como instituto jurídico, é também em última análise, criação do homem para facilitar e ordenar a vida em sociedade. (CALMON DE PASSOS, 1984, p. 5).

Nesse ponto, faz-se necessário o esclarecimento de alguns termos utilizados no excerto acima por um dos maiores juristas brasileiros.

Quando se fala que se trata de uma questão de política legislativa, quer se dizer, exatamente, o que Liebman (1984, p. 5) afirma no trecho transcrito acima: algo disposto pela lei por motivo de oportunidade e conveniência política e social, ou seja, o que Calmon de Passos tentou dizer foi que o instituto da coisa julgada é adotado por uma questão de escolha do legislador, baseada em critérios políticos e sociais, e não critérios jurídicos.

Quanto à segunda parte do excerto transcrito, em que o referido jurista afirma que a coisa julgada é uma “criação do homem para facilitar e ordenar a vida em sociedade” (CALMON DE PASSOS, 1984, p. 5), está o autor a demonstrar, sob a sua perspectiva, o fundamento da conveniência e oportunidade política e social da coisa julgada: instituir e possibilitar a ordem na vida em sociedade.

Aliás, essa é outra questão importante a ser mencionada neste tópico: o fundamento para a adoção do instituto da coisa julgada na conceituação aqui enunciada é uma questão de conveniência e oportunidade política e social consubstanciada na política legislativa. Mas quais são os argumentos ou as razões que embasam essa questão de conveniência e oportunidade?

Calmon de Passos (1984, p. 5) se pronuncia, como destacado, no sentido de que a coisa julgada possibilita a ordem na vida em sociedade. De fato, esse é,

⁴⁸ *Son razones de oportunidad, consideraciones de utilidad social, las que hacen poner un término a la investigación judicial y trata la sentencia como ley irrevocable para el caso concreto.*

praticamente, o argumento utilizado pela maioria dos doutrinadores que discorreram sobre o tema, com algumas pequenas variações.

Para Santos e Dias ([19--] p. 282), a coisa julgada “encontra, assim, o seu fundamento político, nessa exigência de estabilidade, e no interesse público em se impedir a perpetuação dos litígios”..

A exigência de estabilidade e certeza das relações jurídicas proporcionadas pelo instituto da coisa julgada vem suprir uma das maiores dificuldades enfrentadas pelo ser humano: a insegurança, a instabilidade. Situa-se aí a razão da relação direta estabelecida pelo instituto da coisa julgada e o princípio da segurança jurídica, que serão objeto de estudo específico no próximo tópico.

Quanto ao interesse público⁴⁹ de impedir a perpetuação dos litígios, também esse se relaciona com a questão da segurança, pois seria muito complicado para o Estado administrar uma sociedade na qual se instaurasse a instabilidade, ainda mais no âmbito do Judiciário, que costuma ser uma das funções mais confiáveis do Estado; além do fato de que a perpetuação dos litígios geraria um maior abarrotamento de ações no próprio âmbito judicial, o que seria inconcebível, ainda mais no cenário atual,⁵⁰ em que a celeridade e a efetividade são apregoadas a qualquer custo.⁵¹

⁴⁹ Destaque-se que essa separação entre interesse público e interesse privado encontra-se amplamente superada contemporaneamente, tendo em vista a inter-relação entre os dois âmbitos, gerando a ausência de marcos específicos que delimitem a atuação de ambos; e a tendência para a publicização do privado no âmbito do Estado Democrático de Direito não em uma concepção de público como estatal, mas, sim, de todo o povo.

Ainda sobre a utilização da terminologia interesse público, ver interessante posicionamento de Maciel Júnior (2006, p. 36 *et seq.*). O referido autor assevera a impossibilidade da utilização do termo “interesse público” pelo fato de que todo interesse é eminentemente individual, apontando como correta a utilização da expressão “Direito Público”.

⁵⁰ Refere-se ao cenário das diversas reformas implantadas no Código de Processo Civil de 1973, bem como à do art. 5º, LXXVIII, da Constituição da República de 1988, que positivou a razoável duração do processo. Tais reformas possuíam como escopo a celeridade e a efetividade processuais.

⁵¹ Posicionamo-nos terminantemente contra esse furor legislativo que apregoa a celeridade e a efetividade processuais a qualquer preço, ainda mais quando tais preceitos são superpostos ao devido processo legal, fato ocorrido nas últimas reformas do Código de Processo Civil.

Chiovenda (1949, p. 210, tradução nossa), por sua vez, ainda nesse contexto, assegura que “[...] a razão da coisa julgada está na necessidade social da solidez da tutela jurídica acordada”.⁵²

Essa necessidade da solidez da tutela jurídica, apontada por Chiovenda como uma necessidade social está diretamente relacionada, mais uma vez, com a essencialidade de possibilitar a segurança na sociedade.

No caso do Direito, essa segurança recebe a conotação de segurança jurídica e relaciona-se diretamente com alguns institutos específicos, tais como o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e o próprio instituto da coisa julgada, que asseguram a permanência de direitos estabelecidos em face da retroatividade das leis.

Quanto ao instituto da coisa julgada, especificamente, pelo fato de assegurar a definitividade das decisões, é um dos maiores aliados dessa sensação de segurança necessária para a continuidade harmônica das relações humanas, essencialmente jurídicas nesse caso, atrelada ao ser humano.

Como já elucidado, a relação direta existente entre o instituto da coisa julgada e o princípio da segurança jurídica será explanada e analisada no próximo tópico. Contudo, com o intuito de finalizar este tópico, destaque-se, ainda, uma citação de Chiovenda (1949, p. 228), que resume a coisa julgada como “aquela, em suma, que representa a grande contribuição que o processo proporciona à vida social, a segurança no gozo dos bens da vida, mediante a declaração definitiva da vontade da lei no caso concreto”.⁵³

Assim, fundamentando-se em razões de oportunidade e conveniência política e social, que se baseiam na necessidade de proporcionar a segurança jurídica aos litigantes e exteriorizando-se na definitividade das decisões que proporciona a certeza e a estabilidade das relações jurídicas, a coisa julgada se destaca como um dos principais institutos no cenário do direito processual, tanto

⁵² *La razón de la cosa juzgada, que está en la necesidad social de la solidez de la tutela jurídica acordada.*

⁵³ *[...] aquella, en suma, que representa la grand contribución que el proceso proporciona a la vida social, la seguridad en el goce de los bienes de la vida, mediante la declaración definitiva de la voluntad de la ley en el caso concreto.*

no direito individual quanto no direito coletivo, como será analisado posteriormente.

A fim de prosseguir na análise do perfil jurídico-filosófico do instituto, passa-se a discorrer sobre a tão importante relação entre a coisa julgada e a segurança jurídica.

3.2 O instituto da coisa julgada e o princípio da segurança jurídica

Antes de adentrar no tema proposto para este tópico, faz-se necessário discorrer sobre alguns pontos relativos ao princípio da segurança jurídica.

Apontada a data de sua criação nos séculos XVII e XVIII, no auge do pensamento político liberal (SILVA, 2008, p. 78), a segurança jurídica firma-se como uma das maiores necessidades do ser humano na busca da certeza e a estabilidade das relações jurídicas.

Com relação aos dados históricos, Silva (2008. p. 78) aponta as raízes do princípio e sua conceituação:

A segurança jurídica, cujas raízes encontram-se deitadas no pensamento político liberal dos séculos XVII e XVIII, guarda estreita relação com a proteção concebida pela sociedade a cada um de seus membros, conforme consignado na Constituição Francesa de 1793, para a conservação de sua pessoa, dos seus direitos e de sua propriedade, conformando o Estado de Direito.

O princípio da segurança jurídica, por ser considerado característico do Estado de Direito, juntamente com o princípio da legalidade, detém essa forte relação com a necessidade de assegurar ao cidadão uma espécie de proteção em face das inseguranças provenientes das próprias relações jurídicas, visto que tais relações possuem como sujeitos os seres humanos, que são extremamente complexos e instáveis.

A segurança jurídica advém da própria necessidade de segurança, sendo que:

segurança, qualquer que seja a sua aplicação, insere o sentido de tornar a coisa *livre de perigos, livre de incertezas, assegurada de danos ou prejuízos, afastada de todo mal*. Neste particular, portanto, traduz a mesma idéia de seguridade, que é o estado, a qualidade, ou a condição, de estar seguro, livre de perigos e riscos, de estar afastado dos danos ou prejuízos eventuais. [...] Dessa forma, tem-se que a segurança jurídica diz respeito a tudo que esteja coberto pelo manto da legalidade, atos ou fatos, que garantam ao indivíduo o pleno exercício de seus direitos. (grifos do autor). [...] A segurança jurídica garante a certeza relativa que os indivíduos têm nas relações realizadas sob a égide de uma norma. (ZAINAGHI, 2005, p. 123, 132).

Colocando à parte essa questão da necessidade de segurança que o ser humano possui, que deve ser analisada em outras áreas específicas do conhecimento, tal como a da psicanálise, é necessário analisar a forma de consubstanciação do princípio da segurança jurídica no Direito.

No Brasil, de forma geral, o princípio sempre esteve correlacionado com a questão da legalidade. Apesar de se poder vislumbrar a segurança jurídica presente em alguns princípios e institutos que possuem como escopo garantir a certeza de relações jurídicas fora do âmbito da retroatividade das leis, esse princípio se faz presente nas previsões legislativas que asseguram a permanência de direitos já estabelecidos em face da promulgação de lei nova, garantindo que a possível retroatividade dessa lei não os atinja.

Os institutos que detêm, por excelência, o papel de impedir que essa retroatividade da lei atinja os direitos já constituídos sob a égide da lei anterior são o ato jurídico perfeito, a coisa julgada e o direito adquirido, cada qual com sua área de atuação específica.

Quanto à positivação do princípio da segurança jurídica no âmbito constitucional do Direito brasileiro, segundo alguns doutrinadores, desde a inauguração do constitucionalismo brasileiro (Constituição de 1824) ele já estava presente na proclamação da irretroatividade da lei como direito individual – art. 179, III (PIRES, 2005, p. 180-181). Na Constituição de 1891, na previsão da

irretroatividade da lei como limite material ao legislador (PIRES, 2005, p. 183). Já a Constituição de 1934 disciplinou o princípio da irretroatividade com expressa menção à garantia do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada (art. 113, § 3º) (PIRES, 2005 p. 185). Na Constituição autoritária de 1937, há a abolição da vedação da retroatividade, não sendo disciplinada, portanto, a segurança jurídica (PIRES, 2005, p. 187). A Constituição de 1946, por sua vez, insere a irretroatividade no campo dos direitos e garantias individuais, ressaltando o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada (art. 141, § 3º) (PIRES, 2005, p. 192), sendo que a Constituição de 1967 mantém o disposto na Constituição anterior (art. 150, § 3º) (PIRES, 2005, p. 194).

A Constituição de 1988, ainda segundo Pires (2005, p. 197), “concilia regras e princípios voltados para a garantia da segurança jurídica no processo de edição legislativa com os mecanismos de democratização de sua prática: arts. 59 a 69, art. 5º, XXXVI, arts. 14, III e 61, §2º”.

O art. 5º, XXXVI, da Constituição de 1988 é o que estabelece, juntamente com outros institutos, a garantia constitucional da coisa julgada e, portanto, será objeto de análise. Os outros dispositivos legais mencionados pela autora não serão analisados, contudo são úteis a título de elucidação de onde se encontra relacionado o princípio da segurança jurídica na Constituição brasileira em vigor, segundo entendem alguns doutrinadores brasileiros.

De todo o conteúdo dissertado sobre a segurança jurídica até este ponto, percebe-se a intensa relação entre ele e a coisa julgada: a coisa julgada possibilita o cumprimento da segurança jurídica. Aliás, a relação vai além disso, pois, como observado no tópico acima, a segurança chega a ser o fundamento da oportunidade e conveniência política e social da criação da coisa julgada.

Essa relação entre os referidos instituto e princípio que atualmente sofre profundos questionamentos com a tese da possibilidade da “relativização da coisa julgada” será, portanto, o cerne da discussão deste tópico, para que se continue a análise jurídico-filosófica da coisa julgada.

Antes, porém, é necessário introduzir uma reflexão sobre o princípio da segurança jurídica no Estado Democrático de Direito: pode este continuar a ser concebido como um princípio que assegura a estabilidade das relações jurídicas por meio da certeza advinda das decisões nas quais essas relações são discutidas?

Provavelmente, a segurança jurídica ganha forças em razão de que

a relevância e, ao mesmo tempo, a preocupação com o risco defloram, pois, da insegurança proveniente do desconhecido, ou mesmo, da incerteza que campeia o futuro, assim como do embate de interesses e opiniões travado no seio de um processo democrático de tomada de decisões em meio a uma sociedade altamente complexa. (SILVA, 2008, p. 89).

Contudo, o próprio autor que aponta a causa do reforço do princípio da segurança jurídica contemporaneamente, também, delineia os contornos iniciais de como a segurança jurídica deve ser concebida: “como princípio que nos diz que decisões não serão tomadas sem o nosso conhecimento e, mais, sem a nossa participação”. (SILVA, 2008, p. 86)

Deixando essa reflexão para o leitor desde este momento, discorre-se sobre a relação entre coisa julgada e segurança jurídica, ambas ainda concebidas em suas formas originais.⁵⁴

O instituto da coisa julgada relaciona-se diretamente com o princípio da segurança jurídica, de modo destacado, na questão da retroatividade das leis. Funcionando como um impedimento a uma possível retroatividade da lei nova, a coisa julgada assegura a observância da segurança jurídica ao garantir que os direitos já estabelecidos por sentença e acobertados pelo instituto não sofram qualquer tipo de violação ou modificação.

Nesse sentido,

coisa julgada tem a ver com a *incidência* normativa, entendida como configuração *atual* de situações subjetivas e objetivas por força da

⁵⁴ A expressão “formas originais” se refere às formas como a coisa julgada e a segurança jurídica foram concebidas e aplicadas durante toda a história do Direito até os dias atuais.

aplicação de lei eficaz (*eficácia* enquanto *possibilidade* de incidência). Como a lei nova pode ter eficácia, desde logo, tanto para o futuro quanto para o passado (isto é, desde o presente, ela pode alterar efeitos ocorridos pela incidência de normas, no passado), o instituto da coisa julgada confere à dinamicidade do sistema um instrumento importante para lidar com as contradições que poderiam surgir entre a incidência passada e a incidência futura. Se o tempo cronológico tudo corrói, o instituto da coisa julgada é um instrumento capaz de resgatar o passado em nome de um futuro incerto e cambiante, pela prevalência de uma incidência jurisdicional ocorrida sobre a efetividade de uma nova incidência sobre o mesmo objeto. Por essa razão, a coisa julgada é um dos institutos que, ao configurar a segurança, está inserida no rol dos direitos fundamentais. (FERRAZ JÚNIOR, 2005, p. 266, grifos do autor).

No excerto acima transcrito, demonstra-se a nítida relação entre a coisa julgada e a impossibilidade da incidência da retroatividade da lei nova aos direitos acobertados pelo instituto, gerando, portanto, a segurança jurídica.

Discorda-se, no entanto, do posicionamento do autor, quando ele atribui a razão de o instituto constar no rol dos direitos fundamentais dada a configuração de segurança que a coisa julgada assegura. De fato, com a promulgação da Constituição brasileira de 1988 e a instituição do Estado Democrático de Direito, não parece apropriado afirmar que a configuração de segurança seria a razão para a coisa julgada ser inserida no rol dos direitos fundamentais. Contudo, a despeito da necessidade de manifestar, desde já, a discordância com o posicionamento acima esposado, a possível razão para que a coisa julgada tenha sido inserida no rol dos direitos fundamentais somente será trabalhada nos tópicos posteriores.

Retornando ao tema objeto de análise considerando todas as possíveis conceituações adotadas para o instituto da coisa julgada, nas suas mais distintas nuances e as mais complexas questões, tais como os limites subjetivos, também objeto de análise neste estudo, denota-se que os doutrinadores que se dedicaram ao tema, ou até mesmo os que somente o mencionam em suas publicações, são consentâneos na afirmação da relação direta entre o instituto e a impossibilidade da retroatividade de a lei nova afetar os direitos já acobertados por ele, assegurando a incidência da segurança jurídica.

Observa-se referido posicionamento no trecho abaixo destacado:

A coisa julgada, apesar das variações nos assentos doutrinários e na base de sua normatividade, no âmbito dos ordenamentos jurídicos, quanto à sua expressão conceitual, à extensão de seus efeitos e em relação à integração de seu conteúdo, apresenta-se de modo recorrente, como barreira categórica à retroatividade da lei, sendo seu primado sobre a lei nova reconhecido tradicionalmente no constitucionalismo pátrio. (PIRES, 2005, p. 233-234).

Assim, novamente, reforça-se o posicionamento de que o fundamento da conveniência e a oportunidade social e política da criação da coisa julgada constituem a necessidade de proporcionar a tão almejada segurança aos cidadãos. No caso da coisa julgada, proporciona-se a segurança jurídica aos litigantes de que o que foi decidido e os direitos estabelecidos por essa decisão não poderão ser objeto de qualquer modificação, estabelecendo-se a certeza e a estabilidade características dessa segurança almejada.

A relação estabelecida entre o instituto da coisa julgada e o princípio da segurança jurídica é que aquele assegura a certeza e a estabilidade das relações jurídicas, ao instituir a imutabilidade das decisões.

Nesse ínterim, destacam-se, mais uma vez, as lições prestimosas de Sampaio (2005, p. 267, grifos do autor):

Também os processualistas enxergam na coisa julgada uma garantia do princípio da segurança jurídica. Chiovenda, por exemplo, citando o Digesto, aponta que essa qualidade já era apreendida pelos romanos, para os quais a *res iudicata* conferia ao reconhecimento de um bem ou direito a necessária certeza e segurança em seu gozo sem a qual seria impossível a vida social. A doutrina processualista contemporânea reconhece a importância da coisa julgada, ao lado do princípio da irretroatividade das leis e das cláusulas pétreas da Constituição, como instrumentos necessários para se '*assegurar a estabilidade das relações jurídicas e, por conseguinte, a própria segurança jurídica*'.

Essa necessidade de estabilidade das relações jurídicas assegurada pelo instituto da coisa julgada que configuraria a segurança jurídica é, ainda segundo o mesmo autor, vislumbrada nos próprios limites subjetivos da coisa julgada que, geralmente, atuam somente entre as partes:

No caso da coisa julgada, o parâmetro é a segurança, sendo por força dela que sentenças valem *inter partes*, admitindo, assim, a configuração de situações diferentes. Só em casos muito especiais – interesses difusos – admiti-se, em nome da segurança, uma igualdade genérica. E, assim mesmo, para realizar essa igualdade, o instrumento é processual e previsto expressamente (ação civil pública). (FERRAZ JÚNIOR, 2005, p. 269-270)

Considerando a peculiaridade de cada caso, Sampaio (2005) aduz que a regra que estabelece que os limites subjetivos da coisa julgada devem atingir somente as partes⁵⁵ de certo caso traduz a segurança jurídica, visto que o estabelecido nesse caso não poderá ser estendido aos demais casos diferentes.

A questão dos limites subjetivos da coisa julgada nos direitos coletivos, um dos temas principais deste estudo, foi desenvolvida em capítulo específico. No entanto, importante destacar, desde já, o posicionamento do renomado autor de que a igualdade legal estabelecida nos limites subjetivos da coisa julgada nos direitos difusos é fundamentada por razões de segurança jurídica.

Assim, demonstrada a relação direta que perpassa o instituto da coisa julgada e o princípio da segurança jurídica, relação existente há séculos e que assegura a certeza e a estabilidade das relações jurídicas, delineando-se, portanto, mais uma etapa do perfil jurídico-filosófico da coisa julgada, remete-se o leitor ao próximo tópico no qual se questiona, justamente, essa relação e as próprias concepções adotadas pelos referidos instituto e princípio.

⁵⁵ Destaque-se que, como enunciado no primeiro capítulo deste estudo, apesar de a maioria dos juristas considerar que os limites subjetivos da coisa julgada atingem somente as partes como regra, todos também consideram que essa regra comporta algumas exceções.

3.3 Reflexos do modelo participativo do Estado Democrático de Direito no perfil jurídico-filosófico da coisa julgada

Prosseguindo com a análise do perfil jurídico-filosófico da coisa julgada, inicia-se o estudo do instituto em uma realidade distinta das outras estudadas: no contexto do Estado Democrático de Direito, no cenário da pós-modernidade.

Em razão de o movimento da pós-modernidade acontecer em nível mundial, ele será objeto de análise primeiramente.

A título elucidativo, insere-se o excerto abaixo transcrito, no qual a pós-modernidade é concebida como a revisão paradigmática da modernidade:

Na revisão paradigmática da Modernidade, afirmada a heteronomia societal e ultrapassada a dicotomia Estado-Sociedade, pela compreensão de processos societários mais amplos, com a conseqüente reconceitualização das esferas, e redefinido o papel do Direito, tem-se como desdobramento novo núcleo de concepção construído sobre um tripé ideológico relativamente à sociedade: complexidade, pluralidade e heteronomia; Estado como dimensão societária especial, conformada como instância governamental, que se conjuga com uma esfera pública societal e se relaciona com a esfera privada em lógica de complementaridade; e direito imparcial, aberto, assentado na procedimentalidade e na adaptabilidade. (PIRES, 2005, p. 59)

Em poucas linhas e de forma sintética, o trecho acima resume o movimento da pós-modernidade no âmbito estatal e do próprio Direito: não há mais a dicotomia entre Estado (direito público) e sociedade (direito privado); preservados por séculos, ambos atuam, agora, de modo complementar a fim de assegurar os direitos dos cidadãos (não há a sobreposição de um direito ao outro); a sociedade é extremamente complexa, o que gera a necessidade constante de adaptabilidade do direito às mais diversas situações criadas a cada dia; e, por fim, o que talvez configure o traço característico da pós-modernidade: a provisoriedade, que advém diretamente da complexidade, tendo em vista que a criação de algo mais aperfeiçoado substitui o menos aperfeiçoado.

Referida provisoriedade também é traço distintivo da ciência pós-moderna, especialmente no âmbito do desenvolvimento de novas teorias, em que a crítica científica assume papel epistemológico essencial.

Popper (1999, p. 64), com sua teoria do racionalismo crítico (ou falibilismo), é um dos maiores expoentes da ciência pós-moderna, ao trabalhar a impossibilidade da utilização dos termos convencionais como verdade e certeza, pela dificuldade de atingi-los realmente, substituindo-os por verossimilitude, termo que indicaria a “probabilidade lógica” de certa teoria.

Assim, a melhor teoria será a que detiver maior verossimilitude, ou seja, a teoria que detiver maior conteúdo informativo ou lógico (POPPER, 1999, p. 61) e for, portanto, mais resistente às críticas.

Segundo o autor, “podemos explicar o método da ciência, e muito da história da ciência, como o processo racional de chegar mais perto da verdade.” (POPPER, 1999, p. 63). E é esse processo racional de chegar mais perto da verdade denominado verossimilitude.

Se, contudo, a crítica científica pode invalidar uma teoria, mostrando que esta não resiste àquela, toda teoria é provisória e somente será adotada até que uma teoria com um grau de verossimilitude maior venha a substituí-la.

Nesse sentido, profícuas as lições de Lyotard (2002, p. 108):

A ciência pós-moderna torna a teoria de sua própria evolução descontínua, catastrófica, não retificável, paradoxal. Muda o sentido da palavra saber e diz como esta mudança pode se fazer. Produz, não o conhecido, mas o desconhecido.

Denota-se que a pós-modernidade traz consigo essa característica da não linearidade, de mudanças constantes, da provisoriedade, que se destacam, principalmente, no âmbito científico.

Os próprios direitos coletivos são fruto dessa constante mutação de conceitos e da complexidade da sociedade, na qual surgem novos e complicados conflitos que refogem ao direito individual.

Contudo, mesmo antes de adentrar na análise da Constituição brasileira de 1988 e do Estado Democrático de Direito, já se percebe uma incongruência no conceito de coisa julgada, no da própria segurança jurídica e na relação daquela com esta, tendo em vista o traço característico da pós-modernidade: a provisoriedade.

Na realidade, os conceitos de segurança como definitividade e de provisoriedade são antagônicos, e toda a fundamentação para a criação da coisa julgada visa impedir justamente essa provisoriedade, que representaria a instabilidade das relações jurídicas.

Obviamente, a segurança aqui trabalhada é a segurança jurídica assegurada pela definitividade das decisões advindas da coisa julgada. No entanto, isso não induz ao pensamento de que a segurança será sempre sinônimo de definitividade, pois no próprio sistema processual brasileiro existe a possibilidade de um processo provisório assegurar bens, pessoas e/ou coisas para um processo principal, como no caso do processo cautelar.

Neste tópico, porém, trabalha-se a segurança jurídica advinda da coisa julgada que assegura a definitividade das decisões.

Assim, questiona-se se seria possível manter os referidos conceitos e a relação existente entre a coisa julgada e a segurança jurídica no modelo em que foram concebidos e ainda utilizados atualmente.

A ciência pós-moderna se baseia nesse conceito de provisoriedade, e o Direito, que também constitui uma ciência, poderia não acompanhar referida evolução? Não representaria essa estagnação do Direito um retrocesso em relação ao compromisso com a ciência?

Evidentemente, o Direito, apesar de também ser considerado teoria do conhecimento, possui peculiaridades que tornariam necessário que essa provisoriedade fosse estabilizada. No caso específico do Direito Processual, referida estabilização ocorreria, justamente, no modelo participativo (devido processo constitucional).

Referidos questionamentos são, portanto, ainda mais intensificados quando se acopla a pós-modernidade ao cenário brasileiro contemporâneo: Estado Democrático de Direito.

Elucidando, primeiramente, o regime democrático e, posteriormente, retornando aos questionamentos sobre a coisa julgada e à segurança jurídica, Leal (2005a, p. 175), ao diferenciar o movimento da globalização do da pós-modernidade, destaca a relação deste último com a democracia: “O movimento de pós-modernidade tem raízes na democratização de condutas pela formação de pontos de decisão coletiva na rede das relações econômico-sociais”.

No contexto do Direito brasileiro, no cenário da pós-modernidade, com a promulgação da Constituição de 1988, ocorreu o rompimento paradigmático com a instituição do Estado Democrático de Direito como modelo estatal regente do Estado brasileiro.

Demonstrando a importância que a referida Constituição representou em termos de participação e de asseguramento de direitos e garantias fundamentais com a escolha do Estado Democrático de Direito como modelo regente de todas as atuações estatais, Cattoni de Oliveira (2006, p. 320-321, grifos do autor) afirma:

a Constituição do Estado Democrático de Direito deve ser compreendida, fundamentalmente, da perspectiva de um processo constituinte permanente de aprendizado social, de cunho hermenêutico-crítico, aberto ao longo do tempo histórico, que atualiza, de geração em geração, o sentido performativo do ato de fundação em que os membros do *povo* se comprometem, uns com os outros, com o projeto de construção de uma república de cidadãos livres e iguais. Tal projeto deve ser levado adiante, de forma reflexiva, na defesa de um *patriotismo constitucional*. A Constituição é, pois, a interpretação construtiva de um sistema de direitos fundamentais, garantidores das autonomias pública e privada, que se apresentam como as condições procedimentais de institucionalização jurídica das formas de comunicação necessárias para uma legislação política autônoma; ou seja, as condições procedimentais que configuram e garantem, em termos constitucionais, um processo legislativo democrático, em que maiorias e minorias guardam, portanto, o seu caráter dinâmico, aberto e não naturalizado.

A Constituição brasileira de 1988, portanto, ao instituir o Estado Democrático de Direito, representa um marco na história do País, gerando um

rompimento paradigmático e a conseqüente necessidade de revisão e possível adaptação das instituições, institutos e princípios do Direito brasileiro.

Referida revisão ocorre, no entanto, nos moldes característicos do modelo estatal em vigor, em que a participação dos cidadãos na esfera da tomada de decisões, seja em qualquer uma das funções⁵⁶ do Estado, é primordial.

Nesse sentido, Habermas (2003) foi um dos filósofos pioneiros a destacar a participação como traço essencial da democracia, estabelecendo a legitimidade de toda e qualquer decisão somente quando o destinatário desta se reconhecer como seu autor.

Destacando a publicidade da participação dos cidadãos na esfera da tomada de decisões, Wolff (1996, p. 73) caracteriza a democracia como o regime do discurso:

Ora, como sabemos, a democracia é por excelência o regime do discurso, isto é, da palavra pública: toda decisão (política, jurídica ou judiciária) supõe a discussão aberta, a confrontação explícita das posições das partes presentes, a exposição a todos de razões válidas para todos, o estabelecimento em comum dos valores comuns. De modo que, na democracia, a política se confunde com o intercambiável, tanto por seus objetos (o político é o discutível) como por sua forma (publicidade dos debates, transmissibilidade das opiniões).

O referido autor ainda atribui o surgimento da razão nos sistemas de pensamento ao advento da democracia:

No duplo princípio da substitutibilidade sobre o qual se fundam as decisões tomadas *democraticamente* ter-se-á reconhecido, portanto, o mesmo duplo princípio sobre o qual se fundam as verdades estabelecidas *racionalmente*. Assim se poderá adiantar que o nascimento da 'razão' na história dos sistemas de pensamento, ou pelo menos dos procedimentos de estabelecimento das verdades, não é senão o equivalente, do lado do conhecimento, do advento da democracia na história das instituições políticas. (WOLFF, 1996, p. 75, grifos do autor).

⁵⁶ Refere-se às funções estatais: Executivo, Judiciário e Legislativo. Ressalte-se que a utilização do termo "funções" afigura-se mais adequada do que o retrógrado termo "poderes" no Estado Democrático de Direito, tendo em vista que o poder nesse modelo estatal pertence somente ao povo.

Obviamente, como já explanado, essa “razão” caracterizada como os “procedimentos de estabelecimento das verdades” (WOLFF, 1996, p. 75) é substituída pela busca da verossimilitude na pós-modernidade, que configura o contexto no qual o Estado Democrático de Direito brasileiro se desenvolve contemporaneamente.

O importante, contudo, é destacar que a despeito de a democracia se caracterizar como o sistema em que a participação é traço distintivo, que surgiu em razão das próprias lutas dos desfavorecidos contra os opressores econômicos, como relatam os registros históricos, o sistema somente se aperfeiçoou com os estudos científicos realizados sobre o tema.

Sobre o ponto, Leal (2005a, p. 73, grifos do autor) elucida que a democracia é obra do pensamento científico e não da teoria do capitalismo:

A **democracia** é uma categoria da Ciência Político-Jurídica construída a partir das lutas sociais dos desfavorecidos pelos sistemas opressores de dominação econômica, explícita ou tácita (estatal ou grupal). A **democracia** tem origem nos movimentos populares de luta pelos direitos de sobrevivência digna para todos os viventes. Entretanto, sua ideação, com a largueza teórica que hoje consideramos, é obra do **pensamento científico** e não da teoria do capitalismo que, muitas vezes, ao calar os cientistas a serviço bem remunerado do sistema, promove e mantém a democracia como refém imprescindível das versões retóricas que o capitalismo cultua e propala.

Delineadas algumas das características principais da democracia e destacando que a própria Teoria da Democracia ainda está em construção, dada a provisoriedade que caracteriza a ciência pós-moderna, necessário se torna analisar os impactos causados pela adoção do referido sistema pelo Estado brasileiro na esfera do Direito e, em especial, do Direito Processual, que é o ramo que disciplina a coisa julgada.

Assim, no que tange à coisa julgada, o primeiro grande impacto acontece no recinto da segurança jurídica que, como já destacado nos tópicos anteriores, está diretamente relacionada com a segurança, que constitui o fundamento da oportunidade e a conveniência social e política da criação do instituto.

De fato, a concepção da segurança jurídica como resguardo da pessoa contra instrumentos jurídicos que pudessem caracterizar alguma instabilidade, de forma a permitir um eixo de previsibilidade das decisões, baseado na certeza, para o alcance de uma estabilidade das relações jurídicas, pode ser considerada como um resquício do Estado Social cuja Constituição brasileira de 1988 afastou de vez.

Com a provisoriedade como característica fundamental da pós-modernidade e a legitimidade (como direito de participação) e não somente a legalidade (característica do Estado de Direito que constitui a base da segurança jurídica), como fundamento do Estado Democrático de Direito, o eixo de previsibilidade das decisões não se concentra mais na segurança jurídica, mas, sim, no devido processo constitucional.

No Estado Democrático de Direito, o devido processo constitucional é hábil a assegurar a legitimidade, e não a segurança jurídica. Como nesse modelo estatal é a participação, e não a certeza, que constitui a base de proteção dos direitos dos cidadãos,⁵⁷ o eixo de previsibilidade das decisões está, justamente, na observância do devido processo constitucional.

Assim, dessa nova ordem constitucional infere-se que a previsibilidade das decisões é obtida mediante a formação participada dos processos decisórios (devido processo constitucional com todos os princípios dele decorrentes). Com efeito, prevalece para o Estado Democrático de Direito a legitimidade das decisões sobre a segurança jurídica, pois ela demanda a observância do devido processo na construção do provimento pelas partes. Por esse motivo é que a decisão legítima (aquela em que o destinatário da decisão se reconhece como seu próprio autor) é passível de cumprimento (dotada de exigibilidade).

Aliás, nesse contexto, não há lugar para aplicação da segurança jurídica nos moldes em que é concebida atualmente, sendo necessária sua revisão e adaptação. Para continuar significando sinônimo de estabilidade das relações jurídicas, o princípio deve ser reestruturado de acordo com o modelo participativo na construção das decisões, tendo em vista que, em uma época de

⁵⁷ Utiliza-se o termo “cidadãos” de modo amplo, como qualquer um do povo que possui direitos fundamentais.

provisoriedade, somente a participação de quem será afetado pela decisão na sua construção, ou seja, a legitimidade da decisão, poderá garantir alguma estabilidade.

Especificamente quanto ao instituto da coisa julgada, no contexto descrito neste tópico, também seria necessária sua revisitação, *a priori*, por dois motivos: o primeiro seria o fato de que o instituto, concebido desde a época do Direito romano, não estaria adequado ao novo paradigma do Estado brasileiro no cenário da pós-modernidade; e o segundo, diretamente relacionado ao primeiro, seria o fato da inadequação da segurança jurídica, princípio que detém relação direta com a coisa julgada, com o contexto do direito brasileiro contemporâneo.

Como a relação existente entre a segurança jurídica e a coisa julgada é direta e circular⁵⁸ e o modo pelo qual a segurança jurídica é concebida atualmente não se adapta aos parâmetros de legitimidade do Estado Democrático de Direito brasileiro, tampouco da própria pós-modernidade, na qual o modelo participativo estabiliza a provisoriedade, a relação existente entre o princípio e o instituto também precisa ser revisitada.

De fato, analisando todo o contexto do Direito brasileiro contemporâneo (Estado Democrático de Direito na pós-modernidade) e a inserção da coisa julgada como garantia constitucional no art. 5º, inciso XXXVI da Constituição brasileira de 1988, o instituto não poderia continuar a ser conceituado nos moldes pelos quais foi conceituado durante séculos.

A coisa julgada precisa ter um cunho jurídico-filosófico que assegure a observância da participação na construção da decisão e não pode continuar a ser utilizada com a fundamentação de conveniência e oportunidade política e social.

No próximo capítulo, portanto, delineia-se o conceito mais adequado ao instituto no cenário brasileiro contemporâneo, tanto no direito individual, quanto no direito coletivo, tendo em vista que o conceito adequado a este último configura-se como o ponto inicial para o desenvolvimento das questões, objeto de análise, deste trabalho.

⁵⁸ Ao mesmo tempo em que a segurança fundamenta a oportunidade e a conveniência política e social da criação da coisa julgada, é a própria coisa julgada que assegura a segurança jurídica.

4. O CONCEITO DA COISA JULGADA NO DIREITO BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO

Após proceder-se à análise do esboço histórico-jurídico da coisa julgada, bem como de seu perfil jurídico-filosófico, faz-se necessário delinear o conceito do instituto, adequado ao panorama do direito brasileiro contemporâneo.

Como já descrito no capítulo precedente, o Direito brasileiro se insere no contexto da pós-modernidade e do Estado Democrático de Direito, sendo que a Constituição brasileira de 1988 representa o marco paradigmático que rompe com toda a estrutura normativa utilizada anteriormente à sua promulgação.

Nesse sentido, todas as concepções de coisa julgada utilizadas até 1988, que apontam para um sentido parecido, já não se ajustam ao modelo do Estado Democrático de Direito e ao próprio modelo processual, que privilegia o devido processo constitucional e a legitimidade em face da segurança jurídica, nos moldes em que esta ainda se encontra conceituada.

Nesse sentido, Ovídio Baptista (2002b) aduz que depois de estabelecido sobre a coisa julgada “um conceito seguro, estaremos em condições de separá-la com relativa facilidade, dos efeitos produzidos pela sentença, que nada têm a ver com a coisa julgada”. (SILVA, 2002b, p. 322).

Leal (2005b), por sua vez, ao tratar do tema da “relativização da coisa julgada”, reestrutura o conceito do instituto adequando-o ao contexto brasileiro contemporâneo e possibilitando a sua aplicação, tornando sua função, indispensável ao processo.

Em razão de se considerar a teoria construída pelo autor a adequada para a concepção do instituto contemporaneamente no Brasil, discorre-se sobre os tópicos mais importantes dela, a fim de que seja adotada uma conceituação da coisa julgada para a continuidade do desenvolvimento desse estudo.

Importante destacar que se considera essa teoria a mais adequada e a que deve ser aplicada no que tange à conceituação da coisa julgada tanto nos direitos

individuais quanto nos direitos coletivos, como será demonstrado. Além disso, pelo fato de a teoria ser bastante recente e ainda não tão bem divulgada quanto deveria ser, opta-se pela citação integral de alguns trechos importantes, evitando-se parafraseá-los, a fim de não perder a riqueza do conteúdo descrito pelo autor.

Leal (2005b, p. 3, grifos do autor), então, inicia seus estudos afirmando que, com a promulgação da Constituição brasileira de 1988, a coisa julgada assume contornos teóricos distintos dos antes concebidos:

A **coisa julgada**, com a vigência da Constituição Brasileira de 1988, assumiu contornos teóricos de instituto jurídico autônomo, perdendo a inerência significativa de mero atributo, qualidade (como quis Liebman e atualmente Dinamarco) de efeito da sentença de mérito com autoridade a suscitar ainda, em preliminar, exceção substancial (art. 301, VI, CPC) extintiva do procedimento instaurado. Daí, impõe-se a distinção entre a **sentença transitada em julgado** como ato jurisdicional afetado pela **preclusão máxima** e a **coisa julgada**, esta agora como **garantia** constitucional de existência, exigibilidade e eficácia de provimentos meritosos pelo atendimento ao direito fundamental do **devido processo**.

Nesse sentido, a primeira mudança substancial observada é a de que “a sentença de mérito transitada em julgado, a partir da CR/88, **não** faz coisa julgada, mas tão-somente se torna terminativa-definitiva pela **preclusão máxima**”. (LEAL, 2005b, p. 4, grifos do autor).

Afastando, portanto, a inerência significativa da coisa julgada à sentença de mérito transitada em julgado, Leal (2005b, p. 3, grifos do autor) aduz: “Atualmente, só seria sustentável que a **sentença de mérito** transitada em julgado (título judicial) é garantida pelo instituto da **coisa julgada constitucionalizada** e não mais fonte originária da coisa julgada constitucional”.

Assim, a principal característica da coisa julgada hábil a gerar a segurança jurídica que consistia na definitividade da sentença de mérito transitada em julgado já não existe mais, tendo em vista que o instituto, agora, é autônomo, independentemente da referida sentença, e impede a prolatação de decisões sem que tenha havido processo: representa, portanto, uma coextensão do devido processo constitucional (LEAL, 2005b).

Nas palavras de Leal (2005b, p. 7, grifos do autor):

De conseqüência, com a CB/88, mais nítida ficou a distância que se mostra entre **sentença transitada** e **coisa julgada** que, como instituto jurídico do processo constitucional, desprende-se do conceito vetusto de efeito (qualidade, atributo) da sentença para adquirir a significação de instituto autônomo impeditivo de sentenças (decisões) sem PROCESSO.

Tendo adquirido contornos de instituto jurídico autônomo com a promulgação da Constituição brasileira de 1988, a coisa julgada, conceituada como uma garantia constitucional diretamente relacionada com o cumprimento do devido processo constitucional, não mais assegura a irretratabilidade, a irrecorribilidade e a imutabilidade da sentença de mérito, mas, sim, a existência e a eficácia dessa sentença, uma vez observado o devido processo constitucional.

Para encerrar a questão da nova relação existente entre sentença de mérito e coisa julgada com a promulgação da Constituição de 1988, citam-se as lições esclarecedoras de Leal (2005b, p. 7, grifos do autor):

Não é mais a sentença (ato judicial do juiz) que adquire autoridade de **coisa julgada**, mas esta é instituto impositivo do **devido processo** para tornar juridicamente existente, líquida, certa, exigível e eficaz (eficiente-efetiva) a sentença de mérito transitada em julgado **ou** tornar inexigíveis e ineficazes os efeitos da sentença de mérito transitada em julgado.

Prosseguindo na análise do possível conceito adequado à coisa julgada com a promulgação da Constituição brasileira de 1988, a segunda mudança substancial que se observa é a de que o instituto não mais pode ser sinônimo de segurança jurídica, tendo em vista que, no Estado Democrático de Direito, o fundamental é assegurar a legitimidade:

A garantia da **coisa julgada**, como acima exposto, 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, 2005b, p. 4, grifos do autor).

Colocando à parte a expressão “segurança jurídica”⁵⁹ e lembrando que o eixo de previsibilidade das decisões no Estado Democrático de Direito é o devido processo constitucional, a coisa julgada, como instituto possibilitador da aferição da legitimidade da decisão, pois é instituto impositivo do cumprimento do devido processo constitucional, afigura-se hábil a garantir a estabilidade⁶⁰ das decisões.

A razão de o instituto ser inserido no rol dos direitos e garantias fundamentais encontra-se no fato de que a coisa julgada assegura o cumprimento do devido processo constitucional, portanto, e não pelo fato de gerar segurança, como afirma Ferraz Júnior (2005, p. 266).

Aliás, denota-se completamente procedente a crítica formulada por Leal (2005b, p. 11-12, grifos do autor) aos doutrinadores brasileiros que insistem em conceituar a coisa julgada sob uma perspectiva invertida, do Código de Processo Civil brasileiro de 1973 para a Constituição brasileira de 1988, enquanto deveria ser feito o contrário:

A leitura que se divulga sobre seus conteúdos [coisa julgada] é feita numa perspectiva invertida, partindo-se pelo legislado pelo CPC de 1973 (que assimilou ensinamentos da moldura jurídica do Estado Liberal e Social de Direito) para o exame da **coisa julgada** na plataforma constitucional democrática vigente. Com isso, desfiguram-se os novos contornos teóricos assumidos pelo instituto da **coisa julgada** que, retirando-se da teoria jurisdicionalista do Estado-Juiz produtor de decisões por uma vontade soberana (Chiovenda), inscreve-se na constitucionalidade democrática como **direito-garantia** articulado ao DEVIDO PROCESSO na fixação criteriológica das pretensões de validade e legitimidade decisória por uma fiscalidade participativa dos destinatários normativos.

A coisa julgada elucidada no Código de Processo Civil de 1973 é consequência dos estudos sobre o tema, divulgados e difundidos até aquela data,

⁵⁹ A expressão “segurança jurídica” possui uma concepção de segurança tão arraigada que seria difícil considerar sua subsistência, mesmo que redelineado seu conceito, no Estado Democrático de Direito.

⁶⁰ Em razão de todo o cenário no qual se insere o Direito brasileiro contemporâneo: no Estado Democrático de Direito e na pós-modernidade, seria possível afirmar, somente, que a coisa julgada, ao assegurar o cumprimento do devido processo legal, poderia garantir a estabilidade das decisões, descartando-se a possibilidade de assegurar a denominada segurança jurídica.

sendo que os dois maiores nomes que influenciaram⁶¹ a conceituação do instituto nessa perspectiva, no Brasil, foram Liebman e Chiovenda.

No Estado Democrático de Direito brasileiro, instituído pela Constituição de 1988, no entanto, não é mais a qualidade dos efeitos (Liebman) ou os efeitos (Chiovenda) da sentença de mérito que tornam a coisa julgada irretratável, imutável e irrecorrível, como já ressaltado no início desse capítulo.

O estabelecimento do referido modelo estatal e a ruptura paradigmática estabelecida por ele, especificamente, nesse caso, com a criação do devido processo constitucional, impossibilita a continuidade de aplicação da coisa julgada como conceituada no Código de Processo Civil de 1973.

Nesses termos,

o absolutismo clássico da coisa julgada nos ensinamentos chiovendianos foi extinto nas democracias com a criação do DEVIDO PROCESSO CONSTITUCIONAL que hoje a tem incluída em seu arcabouço teórico como co-instituto-garantia do **devido processo** para se desfazer ou descumprir decisões sentenciasais, o ato jurídico perfeito e o direito adquirido, afastando a **autotutela** nulificatória proferida em nome do bom-senso e onividência do juízo de execução. Daí a **incolumidade da coisa julgada** em face dos erros grosseiros ocorridos em decisões teratológicas. A **coisa julgada** não é mais fenômeno de esfera causal ou conseqüencial dos atos judicantes, como acolhido de Chiovenda a Liebman (efeito ou qualidade da sentença de mérito). Atualmente, a **coisa julgada** tem por si, na lei democrática, uma incidência garantista de tornar os provimentos válidos (ainda que de eficácia impossível) e só suscetíveis de **rescisoriidade** pelo **devido processo**. (LEAL, 2005b, p. 14, grifos do autor)

Assim, é necessário que a coisa julgada comece a ser trabalhada do modo adequado estabelecido pela Constituição brasileira de 1988 para qualquer outro diploma legal que discipline o instituto, tendo em vista que o modo como ela vem sido trabalhada atualmente representa não somente uma inversão hierárquica

⁶¹ Apesar de constar expressamente na Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 1973 que o projeto perfilha “o conceito de coisa julgada elaborado por Liebman e seguido por vários autores nacionais” (BRASIL, 2003, p. 771), o conceito do instituto adotado no art. 467 do Código de Processo Civil parece se espelhar nos ensinamentos de Chiovenda ao prescrever: “Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”. (BRASIL, 2006b, p. 357)

insustentável no Direito brasileiro, como também uma inobservância do contexto processual constitucional brasileiro contemporâneo.

Retornando ao ponto da segunda mudança substancial ocorrida, que seria, como já ressaltado, a ausência de correspondência entre a garantia constitucional da coisa julgada e a segurança jurídica, a fim de concluir essa questão e apontar a terceira mudança substancial, destaque-se que o instituto assegura o cumprimento do devido processo constitucional, garantindo a legitimidade das decisões, não sendo mais adequado se falar em coisa julgada como sinônimo de segurança jurídica.

Aliás, o próprio conceito de segurança jurídica é recorrentemente questionado no modelo estatal adotado pelo Brasil na contemporaneidade, contudo a conceituação do princípio em si, no cenário atual, não configura objeto de análise deste trabalho.

No que tange à terceira mudança substancial da conceituação da coisa julgada a partir da Constituição de 1988 e da própria teoria enunciada por Leal (2005b), ora objeto de análise, denota-se que também está diretamente relacionada com a segurança jurídica, ou melhor, com a ausência desta.

No âmbito do Estado Democrático de Direito, no contexto da pós-modernidade, não há que se falar em um instituto que assegura a imutabilidade, pois “na democracia, não há situações perpetuamente imunizadas ou imunizantes (imutáveis), porque a democracia se caracteriza como sistema autodiscursivo pelo DEVIDO PROCESSO CONSTITUCIONALIZADO”. (LEAL, 2005b, p. 15, grifo do autor)

Assim, a coisa julgada se caracteriza como um instituto que permite a constante revisibilidade e abertura do sistema democrático, ao assegurar que todas as decisões advenham do cumprimento do devido processo constitucional, função esta completamente incompatível com a segurança jurídica almejada pela antiga conceituação do instituto.

Como instituto característico do “Sistema Democrático de Direito”, Leal (2005b, p. 12, grifos do autor) afirma:

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 de 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 exequibilidade, aferição de certeza, liquidez e exigibilidade de direitos jurisdicionalmente declarados.

A coisa julgada afigura-se, portanto, não mais como um instituto assegurador da imutabilidade das decisões, característica que possibilitava deduzir a segurança jurídica, mas, sim, como um instituto que assegura o cumprimento do devido processo constitucional.

Nesse sentido, uma vez não observado o devido processo constitucional e originada uma decisão desse descumprimento, a coisa julgada possibilitará a retomada do processo, a fim de que o devido processo constitucional seja observado e a decisão seja advinda deste.

De fato, a coisa julgada não somente possibilita essa reabertura do processo já findo, quando não observado o devido processo constitucional, como impõe que o processo seja retomado, a fim de assegurar a legitimidade da decisão.

Assim, “**coisa julgada** não mais significa proteção invulnerável que se revestem os atos transitados em julgado, mas direito-garantia constitucional de vedação de descumprimento de julgados (decisões) com exclusão do DEVIDO PROCESSO”. (LEAL, 2005b, p. 13, grifos do autor).

Portanto, novamente, vislumbra-se que a antiga relação existente entre coisa julgada e segurança jurídica não mais subsiste no contexto do Estado Democrático de Direito pós-moderno, tendo em vista que imutabilidade não configura característica do instituto após a promulgação da Constituição de 1988; pelo contrário, o que caracteriza a coisa julgada é a provisoriedade e a necessidade de revisitação de todo conteúdo decisório que não observou o cumprimento do devido processo constitucional em sua formação.

Destaque-se que essa terceira mudança substancial – coisa julgada como instituto característico do sistema democrático que permite a abertura do próprio ao assegurar a possibilidade contínua de revisibilidade dos conteúdos decisórios acaso não observado o devido processo constitucional – é o traço diferenciador da teoria de Leal (2005b) para a problemática da “relativização da coisa julgada”, que será analisada em capítulo posterior, em tópico específico.

Para finalizar, destaque-se um excerto que descreve, claramente, a conceituação adequada da coisa julgada no contexto do Estado Democrático de Direito brasileiro no cenário da pós-modernidade:

A **coisa julgada** é esse instituto jurídico atualmente constitucionalizado a garantir um resto de constitucionalidade a ser acertado pelo **devido processo**, de vez que, na democracia, não há uma completitude ou incompletitude decisória que se imutabilizasse para sempre. Os julgados são, na constitucionalidade democrática, garantidos por uma possibilidade de rediscussão processual consoante procedimentos e limites que o ordenamento jurídico estabelecer. (LEAL, 2005b, p. 20, grifos do autor).

Com essa noção de provisoriedade ao invés de imutabilidade e das três mudanças substanciais⁶² operadas na conceituação da coisa julgada desde a promulgação da Constituição brasileira de 1988, explicitadas pela teoria de Leal (2005b), afigura-se indubitável que a adequada conceituação do instituto e a que deve ser aplicada é a explicitada nas linhas acima.

A coisa julgada como extensão do devido processo constitucional (LEAL, 2005b) é plenamente adequada e aplicável tanto no âmbito do direito individual quanto no do direito coletivo, apesar das especificidades deste último.

A demonstração da adequabilidade dessa conceituação no âmbito do direito coletivo é o objeto de análise do tópico seguinte.

⁶² Destacaram-se as três mudanças consideradas substanciais na conceituação da coisa julgada com a promulgação da Constituição de 1988 para a análise e a possibilidade de posterior desenvolvimento deste trabalho, sendo que, não se olvida o fato de que a referida Constituição provocou outras mudanças que não foram destacadas.

4.1. A conceituação da coisa julgada no direito coletivo

Como já ressaltado no início deste trabalho, o estudo do direito coletivo é relativamente recente, sendo que o estudo dos seus princípios e institutos é recentíssimo.

Um dos maiores problemas enfrentados pelos estudiosos que se dedicam ao tema é a ausência de teorias adequadas ao direito coletivo, visto que a maioria das utilizadas atualmente, simplesmente, desconsidera as peculiaridades que caracterizam o referido direito e aplicam conceituações e funções dos institutos e princípios do direito individual no âmbito coletivo.

A aplicação desses princípios e institutos que possuem, eminentemente, caráter de direito individual, no âmbito do direito coletivo, gera distorções inaceitáveis na perspectiva do Direito Democrático brasileiro contemporâneo, pois, muitas vezes, referida aplicação provoca o cerceamento do direito coletivo a seus legitimados.

Nesse sentido e em razão de o escopo desse trabalho constituir na análise da coisa julgada e de seus limites subjetivos no âmbito do processo coletivo, discorre-se sobre o conceito adequado do instituto a ser utilizado no direito coletivo.

Com todas as peculiaridades que caracterizam o direito coletivo e, em especial, as que tangem à coisa julgada, máxime a questão da legitimação para agir, denota-se que a conceituação do instituto como coextensão do devido processo constitucional (LEAL, 2005b) se afigura adequada, também, no âmbito do direito coletivo.

A Constituição brasileira de 1988 insere a coisa julgada no art. 5º, XXXVI⁶³ (BRASIL, 2006e, p. 44). Referido artigo está contido no Título II, que estabelece

⁶³ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, e à propriedade, nos termos seguintes: [...]”.

“Dos direitos e garantias fundamentais”, no Capítulo I, que estabelece “Dos direitos e deveres individuais e coletivos”.

Assim, a coisa julgada, após a promulgação da Constituição de 1988, é garantia constitucional fundamental.

Como garantia constitucional fundamental e concebida no contexto do Estado Democrático de Direito, na pós-modernidade, a coisa julgada, quer no âmbito do direito individual, quer no do coletivo, não pode mais ser conceituada como instituto que assegura a imutabilidade dos julgados, sendo considerada, portanto, sinônimo de segurança jurídica, como já destacado no tópico anterior.

No âmbito do direito coletivo, também se afigura adequada a teoria de Leal (2005b) para a conceituação da coisa julgada, pois a observância do devido processo constitucional deve ser assegurada no direito coletivo, igualmente.

Aliás, a participação, que se destaca como traço distintivo do Direito Democrático se faz indispensável no âmbito do direito coletivo, no qual o objeto de tutela afeta uma coletividade de cidadãos.

Assim, a legitimidade da decisão, assegurada pela coisa julgada como instituto garantidor da observância do devido processo constitucional, que é indispensável nos processos democráticos contemporâneos, também será asseverada no direito coletivo.

Relembre-se o enunciado por Leal (2005b, p. 11-12, grifos do autor) sobre o instituto: a coisa julgada “inscreve-se na constitucionalidade democrática como **direito-garantia** articulado ao DEVIDO PROCESSO na fixação criteriológica das pretensões de validade e legitimidade decisória por uma fiscalidade participativa dos destinatários normativos”.

Referido conceito não poderia ficar restrito ao âmbito do direito individual, dada sua matriz constitucional, sendo, portanto, também, completamente aplicável ao direito coletivo.

Adotando-se a conceituação de coisa julgada adequada ao paradigma processual constitucional vigente no Brasil na contemporaneidade, que seria a de

XXXVI – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. (BRASIL, 2006d, p. 44).

coisa julgada como coextensão do devido processo constitucional (LEAL, 2005b), não haverá distinções em termos de direito individual ou coletivo. O que poderá ser objeto de distinção seriam os limites subjetivos do instituto, tendo em vista as peculiaridades da legitimação para agir no direito coletivo.

Por todo o exposto, a fim de dar continuidade ao trabalho e adentrar, propriamente, no tema proposto, adota-se como conceituação adequada para a coisa julgada no direito coletivo a teoria enunciada por Leal (2005b). Esse autor a conceitua como instituto impositivo do devido processo constitucional, hábil a tornar, ou não, a sentença de mérito transitada em julgado, juridicamente existente, líquida, certa, exigível e eficaz (LEAL, 2005b, p. 5), ou em outros termos, como já destacado, como o instituto coextensivo ao devido processo constitucional.

5. CONCEITOS INDISPENSÁVEIS PARA O ESTUDO DA COISA JULGADA NO ÂMBITO DO DIREITO COLETIVO BRASILEIRO

Estabelecido o conceito mais adequado para a coisa julgada no direito coletivo na perspectiva do contexto atual do Estado brasileiro, que se afigura como o ponto de partida para o estudo dos limites subjetivos do instituto, premente se faz enunciar alguns pressupostos para que o referido estudo seja possível.

Assim, neste capítulo, analisa-se a conceituação de termos essenciais que compõem o direito coletivo para a análise dos limites subjetivos da coisa julgada na perspectiva do marco teórico deste estudo, a Teoria das Ações Temáticas (MACIEL JÚNIOR, 2006), que também será objeto de análise específica no próximo capítulo.

Portanto, este capítulo foi dividido em três tópicos: os dois primeiros, que disciplinam dois conceitos indispensáveis para a continuidade deste estudo, quais sejam, os direitos difusos e a legitimação para agir; e o terceiro, que não trata especificamente de um pressuposto para o estudo dos limites subjetivos da coisa julgada no direito coletivo, mas que é um tema recorrente nos estudos atuais sobre a coisa julgada, qual seja, a possibilidade ou não de sua relativização.

A análise da conceituação dos direitos difusos é essencial para o desenvolvimento deste estudo, em razão de a Teoria das Ações Temáticas (MACIEL JÚNIOR, 2006) disciplinar as ações coletivas somente no âmbito dos direitos difusos.

Delimita-se, desse modo, desde já, o objeto de análise da pesquisa, que consiste no estudo dos limites subjetivos da coisa julgada nos direitos difusos, razão pela qual a conceituação desse direito deve ser explicitada.

A legitimação para agir no âmbito dos direitos coletivos, que consiste no segundo conceito indispensável para o prosseguimento deste estudo, possui relação direta com os limites subjetivos da coisa julgada coletiva: dependendo de

a quem se atribui a legitimação para agir, possibilita-se o alargamento dos limites subjetivos ou a sua restrição.

Por fim, o último tópico elucida um dos temas mais controvertidos do Direito Processual na contemporaneidade: a tão aclamada “relativização” da coisa julgada.

Como ressaltado, referido tema não constitui pressuposto para a análise dos limites subjetivos da coisa julgada coletiva, contudo, tendo em vista sua importância, até mesmo em razão da necessidade de revisitação do conceito de coisa julgada e do fato de o instituto ser o objeto de estudo deste trabalho, opta-se por elucidar a questão.

Inicia-se este capítulo, portanto, com a conceituação dos direitos difusos.

5.1. Direitos difusos

Os direitos coletivos, como já explicitado no primeiro capítulo, vêm obtendo maior destaque tanto no dia a dia das pessoas quanto na necessidade de normatização.

Nesse contexto, a Constituição brasileira de 1988 representa um marco na possibilidade de efetivação desses direitos em razão da ampla disciplina que lhe conferiu e do próprio cenário por ela estabelecido quando da sua promulgação.

Ao iniciar a análise dos direitos difusos, cita-se uma passagem de Mancuso (1991, p. 65) que retrata a realidade dos direitos coletivos na contemporaneidade:

Nessa sociedade de ‘massa’, não há lugar para o homem enquanto indivíduo isolado: ele é tragado pela roda-viva dos grandes grupos em que se decompõe a sociedade; não há mais a preocupação com as situações jurídicas individuais, o respeito ao indivíduo enquanto tal, mas, ao contrário, indivíduos são agrupados em grandes classes ou categorias, e, como tais, normatizados.

Obviamente, o homem, como indivíduo isolado, ainda dispõe de todos os meios de proteção e efetivação de seus direitos. O que Mancuso (1991) quis apontar foi a difusão do movimento coletivo no cenário atual, gerando a necessidade de que os direitos coletivos sejam assegurados e disciplinados.

Os direitos difusos, objeto de análise deste tópico, são parte integrante dos direitos coletivos e, portanto, dessa difusão do movimento coletivo no cenário atual.

Nesse sentido, os direitos difusos consistem em uma das espécies dos direitos coletivos, sendo acompanhados pelos direitos coletivos *stricto sensu*⁶⁴ e pelos direitos individuais homogêneos.⁶⁵

Considerados como uma espécie do gênero, direitos ou interesses transindividuais ou metaindividuais,⁶⁶ os direitos difusos também são conhecidos como direitos de terceira geração.⁶⁷

Contudo, a conceituação do direito difuso em si, até a elaboração do Código de Defesa do Consumidor, foi uma tarefa árdua para os doutrinadores, justamente pelo grau de complexidade desse direito.

Após a elaboração do Código de Defesa do Consumidor, não parece haver dúvida, por parte dos doutrinadores (CARVALHO NETO, 2005; MAZZILI, 1997), de que a conceituação de direitos difusos contida no referido Código seria a mais adequada, uma vez que é largamente adotada no âmbito jurídico.

⁶⁴ Segundo o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8078/90), os direitos coletivos *stricto sensu* (art. 81, parágrafo único, inciso II) consistem nos “interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”. (BRASIL, 2006a, p. 580).

⁶⁵ Segundo o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8078/90), os direitos individuais homogêneos (art. 81, parágrafo único, inciso III) são os “assim entendidos os decorrentes de origem comum” (BRASIL, 2006a, p. 580). Destaque-se que os direitos individuais homogêneos não configuram, propriamente, direitos coletivos, contudo, convencionou-se que assim seriam disciplinados, para facilitar a sua defesa em juízo.

⁶⁶ “Também chamados interesses coletivos, em sentido amplo, consistem em uma nova categoria que não se enquadra nem como interesse público nem como privado. Não é público porque não tem como titular o Estado, nem se confunde com o bem comum; e não é privado porque não pertence a uma pessoa, isoladamente, mas a um grupo, classe ou categoria de pessoas”. (GONÇALVES, 2006, p. 4)

⁶⁷ Os direitos de terceira geração são os chamados de solidariedade ou fraternidade, voltados para a proteção da coletividade.

Antes de proceder à análise do conceito enunciado pelo Código de Defesa do Consumidor, no entanto, algumas passagens de uma obra publicada antes da promulgação do referido Código (1984) que denotam a dificuldade de definição dos direitos difusos devem ser destacadas

Nesse sentido, Milaré e Nery Júnior (1984, p. 54) ao destacar que “interesses difusos ou coletivos existiram sempre, desde que o homem passou a viver em grupo, em sociedade, uma vez que são conaturais a esta”, asseveram que “a dificuldade em definir o ‘interesse difuso’ decorre da dificuldade de apreensão do verdadeiro significado desse instituto jurídico que, se não foi identificado recentemente, encontra-se ainda em processo de elaboração”.

Em outra passagem da obra, os autores começam a delinear o que seria a nota característica dos direitos difusos:

Verifica-se, então, com base nas noções até aqui expostas, que a nota característica do interesse difuso está na sua titularidade ativa: não tem ele por titular uma só pessoa, nem mesmo um grupo bem determinado de pessoas. Numa conceituação mais preocupada com a simplicidade do que com a precisão, poderíamos dizer que interesse difuso é aquele concernente a todo o grupo social, a toda a coletividade, ou a uma parcela significativa desta. (FERRAZ; MILARÉ; NERY JÚNIOR, 1984, p. 56)

Acoplando a característica da indeterminabilidade do sujeito, como citado no trecho acima, a definição do Código de Defesa do Consumidor estaria associada a mais duas características fundamentais: a indivisibilidade do objeto e a ligação deles por um vínculo fático, não jurídico. (GONÇALVES, 2006, p. 6)

Segundo o inciso I do parágrafo único do art. 81 do Código de Defesa do Consumidor, os direitos difusos, portanto, consistem em “interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”. (BRASIL, 2006a, p. 580)

Afirmam Marques, Benjamin e Miragem (2006, p. 974) ao comentarem o artigo em questão:

Assim, uma vez que não existe acordo doutrinário sobre a definição dos chamados direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, o legislador do CDC optou por, ele próprio, fixar um conceito, de modo a permitir um razoável grau de previsibilidade quanto a sua utilização. Inspiram-se nas *class actions* do direito norte-americano e vão determinar um significativo diálogo entre as normas do Código e a Lei da Ação Civil Pública.

Denota-se, portanto, que a conceituação estabelecida pelo Código de Defesa do Consumidor visou, justamente, suprir a lacuna da conceituação dos direitos difusos⁶⁸ e uniformizar o seu tratamento que, como já destacado, era muito complicado em razão da complexidade desses direitos.

Da definição acima destacada, duas observações que serão objeto de análise ainda neste tópico devem ser ressaltadas: há clara indistinção entre os termos interesse e direito na lei;⁶⁹ e a definição baseia-se em um critério subjetivo, qual seja, a indeterminabilidade das pessoas titulares dos referidos interesses ou direitos difusos.

Os excertos abaixo destacados demonstram a inteligibilidade do critério subjetivo como característica essencial dos direitos difusos:

Os direitos difusos caracterizam-se pela indivisibilidade do objeto e indeterminação dos sujeitos. Significa dizer que os seus titulares não são determinados ou determináveis, ou seja, não estão ligados por uma relação jurídica-base. Assim, não é possível precisar quem seriam os afetados por um determinado dano ao meio ambiente ou pela ofensa ao patrimônio histórico. Tais bens, por sua vez, não podem ser fracionados em parcelas individuais. Se um determinado indivíduo puder dispor deles, todos os outros o poderão. Se negado para um, o será para todos. Daí por que se afirmar que são direitos que pertencem a todos e a ninguém ao mesmo tempo. (BARROS, 2004, p. 22)

⁶⁸ O Código de Defesa do Consumidor supriu a lacuna de definição e uniformizou o tratamento não somente dos direitos difusos, mas de todos os direitos coletivos, incluindo os direitos coletivos *stricto sensu* e os direitos individuais homogêneos (convencionalmente denominados direitos coletivos).

⁶⁹ Apesar de o Código de Defesa do Consumidor deixar bem claro que interesses e direitos são termos distintos, fato que se deduz da alternatividade enunciada quando da definição dos direitos difusos (art. 81, I, interesses **ou** direitos difusos, assim entendidos, para efeitos desse Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato), não há definição expressa de referidos termos na lei e os mesmos são utilizados indistintamente pelos doutrinadores.

São interesses metaindividuais que, não tendo atingido o grau de agregação e organização necessários à sua afetação institucional junto a certas entidades ou órgãos representativos dos interesses já socialmente definidos, restam em estado fluido, dispersos pela sociedade civil como um todo (v.g., o interesse à pureza do ar atmosférico), podendo, por vezes, concernir a certas coletividades de conteúdo numérico indefinido (v.g., os consumidores). Caracterizam-se pela indeterminação dos sujeitos, pela indivisibilidade do objeto, por sua intensa litigiosidade interna e por sua tendência à transição ou mutação no tempo e no espaço. (MANCUSO, 1991, p. 109)

O exemplo clássico destacado em termos de direitos difusos é, na maioria das vezes, o direito ao meio ambiente, tendo em vista que ele demonstra claramente a impossibilidade de individuação dos seus titulares:

Despontam aí os *interesses difusos* que expressivamente se revelam em tema de meio ambiente, porque a proteção deste não cabe a um titular exclusivo ou individuado, mas se espraia difusamente sobre toda coletividade e cada um dos seus membros. (MILARÉ, 2007, p. 782)

Assim, o conceito enunciado pelo Código de Defesa do Consumidor, com suas características principais, indeterminação dos titulares, indivisibilidade dos bens, sendo que seus titulares são ligados por circunstâncias de fato, é o conceito considerado adequado e amplamente aplicado no âmbito das ações coletivas.

De fato, é improvável que ocorra a identificação dos titulares de um direito classificado como difuso, tal como o meio ambiente, sendo que não se questiona nem o fato de os titulares de referido direito estarem ligados por circunstâncias de fato (não há nada disposto em lei que os una), nem o fato de que os bens não sejam passíveis de fracionamento (indivisíveis). Porém, seria adequado afirmar que esse critério subjetivo define os direitos difusos?

Maciel Júnior (2006) questiona essa definição dos direitos difusos pelo critério subjetivo, a começar pela impossibilidade da adoção do uso indistinto dos termos direitos ou interesses difusos, tendo em vista que seria impossível se pensar em um interesse que não fosse individual.

O interesse é um termo que possui várias acepções nas mais diversas áreas, contudo “interesse e direito são coisas distintas” (MACIEL JÚNIOR, 2006, p. 47) e não podem ser usados indistintamente.

Sem aprofundar-se no tema neste momento, o importante é destacar a impossibilidade de utilização da expressão “interesses difusos” em razão de que o interesse é sempre relacionado a alguém que manifesta a sua intenção e, sendo assim, é sempre individual. Obviamente, o interesse de uma pessoa, como manifestação individual, em face de um bem, não pode ser difuso.

Nesse sentido:

Negamos em diversas oportunidades em nossa exposição a existência de interesses coletivos e difusos. Sob o nosso prisma, os interesses são sempre individuais e, se assim é, não há como reconhecer que a manifestação individual do interesse de uma parte em face de um bem possa ser difusa. O interesse é sempre identificável e relacionado a uma pessoa que manifesta a sua intenção. Até mesmo a difundida expressão ‘interesses difusos’ foi idealizada tomando por pressuposto básico os sujeitos, para ressaltar que, com relação a essa espécie de interesses não há como identificar cada um daqueles possíveis interessados. (MACIEL JÚNIOR, 2006, p. 57-58).

Assim, a expressão adequada a utilizar seria “direitos difusos”, e não interesses difusos, tendo em vista que o termo direito não necessariamente expressa uma manifestação de vontade individual, visto que este é a forma de proteção do interesse.

Portanto, vários interesses individuais em assegurar, por exemplo, a preservação do meio ambiente originam o direito difuso, que protege todos esses interesses individuais que se manifestam em interessados difusos, que não são passíveis de quantificação.

Na realidade, essa questão dos direitos difusos fica mais clara quando se modifica o fator determinante deste que, de acordo com a corrente majoritária que trabalha o processo coletivo no direito brasileiro atual, é o critério subjetivo.

Modificando esse critério subjetivo de determinação dos direitos difusos pelo critério objetivo proposto por Maciel Júnior (2006), vislumbra-se a impossibilidade de se falar em interesses difusos e a plausibilidade de se falar em interessados difusos.

De acordo com o critério objetivo, o fato jurídico e as circunstâncias que atingem determinado bem é que poderão determinar quem serão as pessoas

afetadas por essa situação. Desse modo, seria possível classificá-las em interessadas individuais homogêneas, coletivas ou difusas.

Nas palavras do pesquisador,

a rigor será sempre o fato e suas circunstâncias que determinarão se os diversos interessados podem ser agrupados em interessados, homogêneos, coletivos ou difusos. A doutrina tradicional, centrada na tese de Ihering [...], sempre privilegiou o aspecto subjetivo como critério de classificação dos interesses difusos. A explicação dos interesses difusos sempre se fez a partir da indeterminação dos sujeitos, restando a circunstância de fato como um dado secundário da definição. Entretanto, a perspectiva que melhor esclarece o problema dos interesses difusos é a que parte do fato, de sua repercussão social para a identificação dos diversos sujeitos interessados e atingidos. (MACIEL JÚNIOR, 2006, p. 58).

Se, portanto, é o fato jurídico ocorrido que determinará os interessados, há uma inversão do que caracterizava o direito difuso, pois agora a caracterização parte de um critério objetivo, e não mais do critério subjetivo da indeterminabilidade dos titulares do referido direito.

Obviamente, o direito difuso ainda possuirá a característica da indeterminabilidade dos interessados, tendo em vista que o bem objeto de tutela desse direito é indivisível e afeta uma coletividade que não pode ser determinada; contudo, a análise do que caracteriza o direito difuso deve partir do fato jurídico que pode atingir um sem-número de interessados e não do número de interessados atingidos sem a análise desse fato jurídico.

Para concluir, destaca-se uma passagem da obra de Maciel Júnior (2006, p. 155), que elucida o conceito de direito difuso a ser adotado na contemporaneidade:

O direito difuso é o direito que tutela bens (bens, fatos, situações jurídicas) e como são bens que afetam um número indeterminado de pessoas, não é possível estabelecer 'um interesse' sobre esses bens. Somente podemos compreender esse fenômeno a partir do bem e sua relação com o indivíduo, ou seja, dos interessados. Temos interessados difusos, que são todos aqueles que manifestam um interesse em face do bem tutelado genericamente pela lei.

O tema dos direitos difusos será retomado no próximo capítulo quando se discorrerá sobre a Teoria das Ações Temáticas (MACIEL JÚNIOR, 2006), marco teórico deste estudo.

Contudo, é necessário ressaltar que se adota neste trabalho o conceito de direito difuso elucidado por Maciel Júnior (2006), que parte do fato jurídico ocorrido para determinar os interessados e possíveis afetados e, portanto, se o direito a ser tutelado será difuso.

Destaca-se que a perspectiva de direito difuso, aqui elucidada, configura pressuposto para o desenvolvimento do capítulo central deste trabalho – os limites subjetivos da coisa julgada –, tendo em vista que referidos limites serão analisados no contexto dos direitos difusos.

O outro pressuposto para o desenvolvimento do capítulo central deste trabalho, a legitimação para agir nos direitos coletivos, será objeto de exposição do tópico seguinte.

5.2. Legitimação para agir

No âmbito do direito coletivo, uma das questões que suscitam mais dúvidas, ao lado da coisa julgada, é a da legitimação para agir. Não é casualmente, portanto, que as duas se interligam de modo direto.

Muitos estudiosos do direito coletivo defendem a ideia de que “o problema relativo à tutela dos interesses coletivos [...] compreende, talvez acima de tudo, a questão da titularidade ativa dessa defesa, ou seja, da legitimação para agir.” (FERRAZ; MILARÉ; NERY JÚNIOR, 1984, p. 59). E é justamente a possibilidade de titularidade ativa da defesa do direito coletivo que se relaciona com os limites subjetivos da coisa julgada.

A relação direta entre a legitimação para agir e os limites subjetivos da coisa julgada, razão para a abertura deste tópico, será objeto de análise mais

adiante. Primeiramente, elucida-se a questão da legitimação para agir no processo coletivo.

No Direito brasileiro, no caso dos direitos coletivos, a lei processual outorga a legitimação para agir a alguns legitimados específicos previstos expressamente em lei. Referidos legitimados não são os titulares dos direitos deduzidos,⁷⁰ mas atuam no lugar dos referidos titulares por serem considerados aptos para exercer tal função.

A legitimação é concorrente e disjuntiva (MILARÉ, 2007, p. 1013), pois, tendo em vista que há alguns legitimados elencados na lei, qualquer um deles pode ajuizar a ação e pode agir isoladamente, sem necessidade de ação em conjunto de todos os legitimados.

Segundo Marinoni e Arenhart (2008, p. 744-745),

a lei processual brasileira concebe, para as ações coletivas, um sistema de legitimação extraordinária, atribuindo a defesa dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos a determinados organismos que, supõe-se, tenham condições de adequadamente protegê-los. O sistema tem, em certa medida, inspiração na disciplina existente para as *class actions* do direito anglo-americano, no qual se prevê a chamada 'representatividade adequada'. Para esse sistema legal, a avaliação da condição de certo(s) autor(es) para representar os interesses de todo o grupo é feita pelo magistrado, caso a caso, conforme expressem efetivamente os interesses da categoria e sejam dignos de agir em nome dela em juízo.

A legitimação para agir no sistema brasileiro apresenta-se, portanto, segundo a maioria dos doutrinadores, como concorrente e disjuntiva, como já referido, e extraordinária, concebida como a possibilidade de alguém em nome próprio defender interesse alheio.

Criticando a posição dos mais renomados doutrinadores, tais como, Hugo Nigro Mazzili, Amaro Alves de Almeida Neto, Manoel Gonçalves Ferreira Filho e a

⁷⁰ Na Lei n. 4717/65 (Lei da Ação Popular), o titular do direito é legitimado para exercer sua defesa em juízo. Assim, o art. 1º da Lei prevê que "qualquer cidadão será parte legítima" (BRASIL, 2006e, p. 777) para propor a ação popular. Critica-se, contudo, a exigibilidade de apresentação do título de eleitor para a propositura da ação, visto que cidadão no Estado Democrático de Direito não é somente a pessoa que exerce seu direito político de votar. Tendo em vista que a referida lei foi promulgada bem antes da Constituição brasileira de 1988, seria razoável que a interpretação dela à luz da Constituição dispensasse o requisito de apresentação do título de eleitor.

própria Ada Pellegrini, que consideram a legitimação para agir no caso dos “interesses metaindividuais” como extraordinária (possibilidade de alguém em nome próprio defender interesse alheio), Carvalho Neto (2005, p. 44), no entanto, se posiciona no sentido de que o que ocorre seria uma representação processual (defesa de direito alheio em nome alheio), e não uma substituição processual, denominada como legitimação extraordinária.

Não adentrando nessa questão de substituição processual ou representação processual, visto que referido assunto deve ser detalhado em trabalho específico sobre o tema, o que importa destacar é a exclusão do indivíduo interessado (titular do direito deduzido em juízo) do rol dos legitimados.

O panorama da legitimação para agir nos principais diplomas legislativos que disciplinam os direitos coletivos no Brasil apresenta-se delineado no quadro abaixo.

Diplomas legislativos	Disciplina legal
Lei da Ação Popular (Lei n. 4.717/65)	Art. 1º Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista (Constituição, art. 141, § 38), de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos.
Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85) ⁷¹	Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: ⁷² I – o Ministério Público; II – a Defensoria Pública; III – a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; IV – a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; V – a associação que, concomitantemente:

⁷¹ Foi divulgado, recentemente, um anteprojeto da nova Lei da Ação Civil Pública, contudo, como o mesmo ainda se encontra em amplo debate, não será objeto de análise neste quadro.

⁷² Redação dada pela Lei n. 11.448 de 2007, que alterou a Lei n. 7.347/85.

	<p>a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil;</p> <p>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.</p> <p>§ 1º O Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei.</p> <p>§ 2º Fica facultado ao Poder Público e a outras associações legitimadas nos termos deste artigo habilitar-se como litisconsortes de qualquer das partes.</p> <p>§ 3º Em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa. <i>(Redação dada pela Lei nº 8.078, de 1990)</i></p> <p>§ 4º O requisito da pré-constituição poderá ser dispensado pelo juiz, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido. <i>(Incluído pela Lei nº 8.078, de 11.9.1990).</i></p> <p>§ 5º Admitir-se-á o litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e dos Estados na defesa dos interesses e direitos de que cuida esta lei. <i>(Incluído pela Lei nº 8.078, de 11.9.1990) (Vide Mensagem de veto) (Vide REsp. 222582 /MG – STJ).</i></p> <p>§ 6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial. <i>(Incluído pela Lei nº 8.078, de 11.9.1990) (Vide Mensagem de veto) (Vide REsp. 222582 /MG – STJ)</i></p>
<p>Constituição brasileira de 1988⁷³</p>	<p>Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...];</p> <p>XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito.</p>
<p>Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90)</p>	<p>Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente <i>(Redação dada pela lei n. 9.008 de 21. 3. 1995)</i>:</p> <p>I – o Ministério Público,</p> <p>II – a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal,</p> <p>III – as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente</p>

⁷³ Na Constituição de 1988, o inciso XXXV do art. 5º representa o denominado “direito de acesso à justiça”. Tendo em vista sua ampla relação com a legitimação para agir, este foi elencado neste quadro.

	<p>destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código;</p> <p>IV – 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.</p> <p>§ 1º O requisito da pré-constituição pode ser dispensado pelo juiz, nas ações previstas nos arts. 91 e seguintes, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.</p>
<p>Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos⁷⁴ (dezembro de 2005)⁷⁵</p>	<p>Art. 19. Legitimação. São legitimados concorrentemente à ação coletiva ativa:</p> <p>I – qualquer pessoa física, para a defesa dos interesses ou direitos difusos, desde que o juiz reconheça sua representatividade adequada, demonstrada por dados como:</p> <p>a) a credibilidade, capacidade e experiência do legitimado;</p> <p>b) seu histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos difusos e coletivos;</p> <p>c) sua conduta em eventuais processos coletivos em que tenha atuado;</p> <p>II – o membro do grupo, categoria ou classe, para a defesa dos interesses ou direitos coletivos e individuais homogêneos, desde que o juiz reconheça sua representatividade adequada, nos termos do inciso I deste artigo;</p> <p>III – o Ministério Público, para a defesa dos interesses ou direitos difusos e coletivos, bem como dos individuais homogêneos de relevante interesse social;</p> <p>IV – a Defensoria Pública, para a defesa dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, neste último caso quando os membros do grupo, categoria ou classe de pessoas forem predominantemente hipossuficientes;</p> <p>V – as pessoas jurídicas de direito público interno, para a defesa dos interesses ou direitos difusos e, quando relacionados com suas funções, dos coletivos e individuais homogêneos;</p> <p>VI – as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos indicados neste Código;</p> <p>VII – as entidades sindicais e de fiscalização do exercício das profissões, restritas as primeiras à defesa dos interesses e direitos ligados à categoria;</p> <p>VIII – os partidos políticos com representação no Congresso Nacional, nas Assembléias Legislativas ou nas Câmaras</p>

⁷⁴ Esse diploma legislativo não é obrigatório no território brasileiro, tendo em vista que ainda não passou por todas as fases do devido processo legislativo, tratando-se, portanto, de apenas um anteprojeto. Desde a data de sua criação (dezembro de 2005), já passou por algumas alterações. Disponível em: http://www.mpcon.org.br/site/portal/jurisprudencias_detalhe.asp?campo=2591.

⁷⁵ Destaque-se a existência de uma proposta de Código de Processo Coletivo brasileiro, elaborada pelos alunos da pós-graduação *stricto sensu* da PUC Minas, sob a coordenação do professor Vicente de Paula Maciel Júnior, que disciplina a legitimação para agir de modo completamente distinto dos diplomas acima mencionados. Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/codigo.doc>.

	<p>Municipais, conforme o âmbito do objeto da demanda, para a defesa de direitos e interesses ligados a seus fins institucionais;</p> <p>IX – as associações civis e as fundações de direito privado legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses ou direitos indicados neste Código, dispensadas a autorização assemblear ou pessoal e a apresentação do rol nominal dos associados ou membros.</p> <p>§ 1º Na defesa dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, qualquer legitimado deverá demonstrar a existência do interesse social e, quando se tratar de direitos coletivos e individuais homogêneos, a coincidência entre os interesses do grupo, categoria ou classe e o objeto da demanda;</p> <p>§ 2º No caso dos incisos I e II deste artigo, o juiz poderá voltar a analisar a existência do requisito da representatividade adequada em qualquer tempo e grau de jurisdição, aplicando, se for o caso, o disposto no parágrafo seguinte.</p> <p>§ 3º Em caso de inexistência do requisito da representatividade adequada (incisos I e II deste artigo), o juiz notificará o Ministério Público e, na medida do possível, outros legitimados, a fim de que assumam, querendo, a titularidade da ação.</p> <p>§ 4º Em relação às associações civis e às fundações de direito privado, o juiz poderá dispensar o requisito da pré-constituição, quando haja manifesto interesse social evidenciado pelas características do dano ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.</p> <p>§ 5º Será admitido o litisconsórcio facultativo entre os legitimados.</p> <p>§ 6º Em caso de relevante interesse social, o Ministério Público, se não ajuizar a ação ou não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei.</p> <p>§ 7º Havendo vício de legitimação, desistência infundada ou abandono da ação, o juiz aplicará o disposto no par. 3º deste artigo.</p> <p>§ 8º Em caso de inércia do Ministério Público, aplica-se o disposto no parágrafo único do art. 7º deste Código.</p> <p>§ 9º O Ministério Público e os órgãos públicos legitimados, agindo com critérios de equilíbrio e imparcialidade, poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de conduta às exigências legais, mediante cominações, com eficácia de título executivo extrajudicial, sem prejuízo da possibilidade de homologação judicial do compromisso, se assim requererem as partes.</p>
--	---

Quadro 10: Legitimação para agir no direito coletivo brasileiro – Diplomas legislativos

Fonte: Diplomas legislativos indicados no quadro.

Doutrinadores como Ferraz, Milaré e Nery Júnior (1984, p. 61), que se dedicam ao tema, afirmam que “de todas as alternativas, aquela que de maneira mais evidente se revela inadequada é a de conferir apenas ao particular a proteção dos interesses coletivos”.

A justificativa para referida exclusão é a de que

os atentados contra os interesses difusos são praticados freqüentemente por poderosos grupos econômicos, ou mesmo pelo próprio Poder Público, diante dos quais, compreensivelmente, o indivíduo se sentirá inferiorizado e, portanto, desencorajado. (FERRAZ; MILARÉ; NERY JÚNIOR, 1984, p. 62).

Conferir apenas ao particular a legitimação para agir não parece, de fato, o caminho mais adequado, contudo, seria constitucional excluir o indivíduo titular do direito de defendê-lo em juízo?

Vigoriti (1979, p. 66), ao tratar do tema, que também é bem controvertido no ordenamento italiano, afirma:

o problema da legitimação para agir é acima de tudo uma questão de escolha de política legislativa e, portanto, um problema técnico, por isso, dificilmente, há a preocupação de se indagar sobre os fundamentos dos atuais critérios de determinação dos sujeitos legitimados, definindo-se a relatividade como a solução acolhida no nosso ordenamento.⁷⁶

Vislumbra-se, no entanto, que o que ocorre no ordenamento italiano também acontece no brasileiro, pois elencar um rol de legitimados aptos a exercer a defesa dos direitos coletivos em juízo sem que sejam os verdadeiros titulares dos referidos direitos é uma escolha de política legislativa.

Contudo, as justificativas para explicar referida escolha são muitas. A maioria dos autores afirma que o indivíduo interessado, para defender seus direitos coletivos, teria uma barreira praticamente intransponível, tamanha a dificuldade que encontraria para ter acesso à justiça .

Observe-se:

Percebeu-se que era preciso facilitar a defesa dos interesses transindividuais, atribuindo-a a determinados entes. Sem isso, cada

⁷⁶ *Queste dovrebbero muovere dalla consapevolezza che il problema della legittimazione ad agire è prima di tutto una questione di scelte di politica legislativa e, poi, un problema tecnico, per cui se appena ci si preoccupa di indagar sul fondamento degli attuali criteri di determinazione dei soggetti legittimati ad affermare e contraddire, si avverte subito quella che potrebbe essere definita come la relatività delle soluzioni accolte nel nostro ordinamento.*

interessado individual teria de buscar sozinho os seus direitos, o que implicaria grandes dificuldades de acesso à justiça e uma proliferação de demandas similares, fundadas na mesma situação fática ou jurídica, com prejuízo do bom andamento dos processos e grave risco de decisões conflitantes. (GONÇALVES, 2006, p. 5)

Quanto à questão de o formato da legitimação para agir nos direitos coletivos ser de escolha de política legislativa, os doutrinadores brasileiros se posicionam de modo favorável a essa afirmação, sendo que os legitimados elencados em lei, também denominados representantes adequados,⁷⁷ receberiam uma qualidade a mais que os demais interessados (reais legitimados) para atuar em juízo:

E assim, a legitimação se apresenta como um poder de agir, quer dizer, na ‘escolha’ procedida pelo legislador, dentre os vários interessados na tutela jurisdicional, alguns recebem um *plus*, uma *qualidade* que os destaca dos demais: o *poder* de pleitear em juízo essa tutela. (MANCUSO, 1991, p. 128, grifos do autor)

Contudo, não parece adequado falar em poder no âmbito do Estado Democrático de Direito e muito menos em qualidade que destaca um indivíduo dos demais: em tempos de igualdade e isonomia (âmbito processual), não pode haver essa “preferência” de legitimados legais em detrimento dos reais legitimados.

O indivíduo legitimado não poderia exercer seu direito coletivo em juízo pelo fato de que ele não seria o titular de referido direito, tendo em vista que tal espécie de direito não poderia ter um titular, dada a impossibilidade de seu fracionamento. O esquema da legitimação para agir no direito individual (o titular do direito é legitimado), portanto, não poderia ser trasladado para o direito coletivo porque

não se vai encontrar o ‘titular’, o ‘dono’ do interesse objetivado, dada a inviabilidade de sua ‘partição’ ou ‘fracionamento’ (a chamada ‘indivisibilidade do objeto’) e, de outro lado, dada a impossibilidade de sua atribuição a certos ‘titulares’ (a chamada ‘indeterminação dos sujeitos’). (MANCUSO, 2001, p. 97-98)

⁷⁷ No ordenamento jurídico italiano, o representante adequado recebe o nome de *ente esponentiale*.

Mesmo considerando o contexto brasileiro do Estado Democrático de Direito e admitindo que tal contexto “deixa ao indivíduo, primeira e precipuamente, a resistência na defesa de seus direitos”, Milaré (2007, p. 1.012) considera que não se encontra alguém capaz de defender os direitos coletivos em nome próprio:

Parte a lei do princípio de que nos casos em que há um titular de direitos subjetivos perfeitamente identificado, está ele legitimado processualmente para defender, em juízo, aquilo que é seu. Sim, pois o regime democrático, que supõe uma comunidade de seres humanos livres, deixa ao indivíduo primeira e precipuamente, a resistência na defesa de seus direitos. A cada um se facultam os meios de atuação e proteção dos próprios direitos. Mas, à frente de interesses ou direitos não individualizados, impessoais, supra-individuais – difusos ou coletivos – não se encontrava claramente alguém capaz de, em seu próprio nome, defendê-los, mormente em face do óbice representado pelo art. 6º do CPC, que somente confere legitimidade para agir ao titular do direito ameaçado ou violado.

Contudo, a manutenção desse modelo de legitimação para agir nos direitos coletivos, adotado na legislação brasileira atual, configura-se inadmissível, justamente em razão do modelo de Estado adotado pelo Brasil.

Por que o indivíduo interessado e real legitimado não seria capaz de defender seus direitos coletivos em juízo? E os legitimados legais são aptos para exercer referida defesa? Os reais legitimados outorgaram poderes aos legitimados legais para em nome deles agir?

Especificamente quanto aos direitos difusos, a preocupação de Mancuso (2001, p. 101) de que a tutela destes seja difusa, tendo em vista que os interesses⁷⁸ difusos “não devem ter sua tutela restringida à atuação de certos órgãos governamentais, nem somente ao Ministério Público” é completamente procedente. Porém, novamente, a possibilidade de conferir ao indivíduo interessado a legitimação para agir a fim de defender seus próprios interesses, não é nem cogitada.

O Estado Democrático de Direito brasileiro concebe, no entanto, ampla legitimação a qualquer indivíduo para exercer seus direitos quando há lesão ou

⁷⁸ Mancuso utiliza os termos “direito” e “interesse” indistintamente.

ameaça a direito (art. 5º, XXXV, da CR/88) e a legislação infraconstitucional não pode cercear essa garantia fundamental.

Nesse sentido:

Por estarmos sob o pálio de um Estado Democrático de Direito, que se obrigou a apreciar lesões ou ameaças a direito deve-se conceder aos interessados a legitimação para agir nos processos coletivos pertinentes a fatos que repercutam difusamente. Permitir a apenas alguns órgãos a legitimação para agir nesses casos, seria afrontar o modelo de Estado e ofender a garantia constitucional. (TEIXEIRA, 2006, p. 360)

Assim, a ausência de outorga de legitimidade ao indivíduo para propor ações coletivas nas legislações infraconstitucionais, tendo em vista o modelo democrático, não pode continuar a ser adotada no Estado brasileiro contemporâneo.

A continuidade de adoção desse sistema da legitimação para agir, em especial nos direitos difusos, representaria o cerceamento do modelo participativo instaurado pela Constituição brasileira de 1988 e até mesmo uma completa incompreensão dessa espécie de direito.

Maciel Júnior (2006, p. 156) deduz com precisão a necessidade de que os interessados, ainda que individualmente, possam exercer seus direitos difusos em juízo:

Mas, pressupondo o Estado Democrático Direito como modelo de Estado vigente, como no caso brasileiro, é insito aos sistemas democráticos que possam demandar aqueles que demonstrem interesse. E nos sistemas que adotam o direito de acesso à Justiça para a tutela da lesão e ameaça a direito, é esperado que se restaure e interprete ampliativamente a extensão da legitimação para agir a qualquer um dos interessados naturais atingidos pelo bem. Aliás a exclusão da possibilidade de ação apenas a órgãos (MP, Procons, etc.) e associações constituem em completa falta de compreensão do fenômeno do direito difuso e uma considerável limitação na possibilidade de discussão dos problemas que afetam vários interessados.

Deduzidas as observações necessárias sobre a legitimação para agir nos direitos coletivos, discorre-se sobre sua relação com os limites subjetivos da coisa julgada nos direitos difusos.

5.2.1. A legitimação para agir e os limites subjetivos da coisa julgada nos direitos difusos

Depois de realizadas algumas considerações sobre a legitimação para agir, elucida-se, brevemente, sua relação com os limites subjetivos da coisa julgada nos direitos difusos e as implicações decorrentes dessa relação.

A referida relação não será objeto de demoradas análises neste tópico, contudo, necessário se faz demonstrar a necessidade de conceituação da legitimação para agir e a possível relação com a coisa julgada para o prosseguimento deste trabalho.

Como explanado nas linhas anteriores, o padrão da legitimação para agir nos direitos coletivos não pode continuar sendo o adotado pelas legislações infraconstitucionais brasileiras atuais.

O indivíduo que possui interesse na causa em que um direito coletivo esteja em pauta, em especial neste caso, se for um direito difuso, deve ser legitimado para exercer a defesa de seu direito em juízo.

E é esse o padrão de legitimação para agir que passa a ser o adotado neste trabalho: legitimação ampla e extensiva a todos os interessados, quer individualmente considerados ou não, para exercer a defesa de seus direitos difusos em juízo.

A relação existente entre a legitimação para agir e os limites subjetivos da coisa julgada nos direitos difusos só pode começar a ser analisada após a determinação do padrão de legitimação para agir a ser adotado. Imagine-se: se a legitimação para agir é concebida nos padrões das legislações brasileiras atuais, restrita a alguns representantes adequados, o limite subjetivo da coisa julgada não pode ser ampliado aos interessados (titulares do direito) que não tiveram a oportunidade de participar do processo coletivo. O limite subjetivo é restrito aos participantes do processo. Por outro lado, se a legitimação é ampliada a todo e qualquer interessado, possibilitando a participação de todos eles no processo

coletivo, o limite subjetivo da coisa julgada pode vir a ser ampliado, estendendo-se a todos os interessados no direito difuso deduzido.

A relação, portanto, é direta, e o modelo participativo do Estado Democrático de Direito é decisivo tanto para a conceituação da legitimação para agir quanto para os limites subjetivos da coisa julgada.

Enunciada a relação entre os limites subjetivos da coisa julgada e a legitimação para agir nos direitos difusos e demonstrada sua importância neste estudo, passa-se ao próximo tópico, indispensável a um trabalho que possui como objeto a coisa julgada, qual seja, a possibilidade de sua relativização.

5.3. A denominada “possibilidade de relativização da coisa julgada”

Depois de analisados dois pressupostos para a continuidade do estudo sobre os limites subjetivos da coisa julgada nos direitos difusos, o tema da possibilidade de relativização da coisa julgada não poderia ser simplesmente aqui ignorado.

O tema é objeto de grandes controvérsias no direito individual, contudo, como a coisa julgada também é instituto essencial do direito coletivo, a possibilidade de sua relativização poderia, do mesmo modo, ser cogitada nessa espécie de processo.

Embora não haja qualquer dispositivo nas legislações que disciplinem o direito coletivo que deem margem a essa possibilidade, pelo fato de este trabalho ter como objeto central a coisa julgada nos direitos difusos, a possibilidade de relativização da coisa julgada no direito coletivo será analisada somente como hipótese.

Como já foi demonstrada a necessidade de revisitação dos conteúdos da coisa julgada para adequação ao modelo estatal adotado pelo Brasil na contemporaneidade, tanto no direito individual quanto no direito coletivo, e como a

teoria adotada neste trabalho foi construída com base nessa problemática da possibilidade de relativização, discorre-se sobre a referida possibilidade, ainda que de forma sintética.

A denominada “possibilidade de relativização da coisa julgada”⁷⁹ se encontraria, portanto, positivada em dois dispositivos do Código de Processo Civil brasileiro, mais especificamente nos arts. 475-L, § 1º⁸⁰ e 741, parágrafo único.⁸¹

Segundo Assis (2007, p. 1.108), o dispositivo que autoriza a relativização da coisa julgada tem origem no Código de Processo Civil português, mais precisamente no art. 813, “a”, que prevê a possibilidade de alegação em embargos à execução da matéria de inexistência ou inexecuibilidade do título fundado em sentença.

Sua origem também é atribuída aos dispositivos da legislação alemã, o § 79-2 da Lei do Tribunal Constitucional e o § 767 do ZPO.⁸² O primeiro estabelece que “apesar de remanescerem íntegros os provimentos judiciais proferidos com base em lei pronunciada inconstitucional, torna-se inadmissível sua execução” (ASSIS, 2007, p. 1.108), por aplicação do segundo, que autoriza a oposição do executado à cobrança em razão de fatores supervenientes ao trânsito em julgado da decisão.

Assim, sustentou-se no Brasil a possibilidade de um dispositivo análogo aos acima elencados, em que a declaração de inconstitucionalidade de uma norma

⁷⁹ A possibilidade de relativização da coisa julgada é denominada por expressões diversas. Dentre as recorrentemente utilizadas encontram-se: “coisa julgada relativa”; “coisa julgada inconstitucional”; “flexibilização da coisa julgada”; “relativização da coisa julgada”.

⁸⁰ “Art. 475-L. A impugnação somente poderá versar sobre: *(Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005)*

II – inexigibilidade do título;

§ 1º Para efeito do disposto no inciso II do *caput* deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal.”

⁸¹ “Art. 741. Na execução contra a Fazenda Pública, os embargos só poderão versar sobre: *(Redação dada pela Lei nº 11.232, de 2005)*

II – inexigibilidade do título;

Parágrafo único. Para efeito do disposto no inciso II do *caput* deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal. *(Redação pela Lei nº 11.232, de 2005)*

⁸² Código de Processo Civil alemão.

pudesse implicar a nulidade do título executivo judicial no qual ele foi baseado, sob a justificativa de que a manutenção do título geraria uma “injustiça”⁸³ inaceitável no próprio âmbito do direito.

Para Talamini (2002, p. 67), a intenção do legislador brasileiro ao criar um dispositivo similar aos já positivados em legislações estrangeiras não era violar a coisa julgada, mas, pelo contrário, “minorar as conseqüências de um pronunciamento que adotou solução inconstitucional”.

A positivação de referidos dispositivos gera posicionamentos díspares entre os doutrinadores brasileiros: uns se manifestam a favor da possibilidade de relativização, enquanto outros se posicionam contrariamente.

Um questionamento, contudo, parece ser consentâneo: a permanência ou não da tão consagrada relação existente entre a coisa julgada e a segurança jurídica. Poderia a relação concebida há séculos, a segurança jurídica assegurada pelo instituto da coisa julgada,⁸⁴ ser mantida nos mesmos termos? Seria mais importante assegurar a segurança de uma decisão do que sua “justiça”?

Na realidade, segundo os doutrinadores que defendem a possibilidade de relativização, há uma inversão de papéis na antiga relação existente entre a coisa julgada e a segurança jurídica: a possibilidade de relativização da coisa julgada para evitar “injustiças” é que seria, agora, sinônimo de segurança jurídica (DINAMARCO, 2003, p. 32-33), pois a segurança jurídica deveria estar diretamente relacionada com a “justiça” da decisão, e a relativização da coisa julgada, em certos casos, asseguraria a referida segurança.

Esse é, de fato, o posicionamento de um dos mais renomados doutrinadores do Direito Processual e, é, portanto, acompanhado por vários outros, tais como, Theodoro Júnior (2004).

⁸³ Os termos “injusto” e “justo” encontram-se entre aspas no texto pelo fato de serem termos utilizados pelos doutrinadores. Dado o alto grau de subjetividade contido em tais termos, optou-se, neste trabalho, por não utilizá-los.

⁸⁴ A coisa julgada possui, neste ponto, a concepção adotada desde o Direito romano e ainda utilizada recorrentemente no Direito brasileiro atual: atributo que torna a sentença irrecorrível, irreatável e imutável.

Theodoro Júnior (2004, p. 16-17) entende que a ideia de segurança jurídica é obtida mediante o sopesamento da supremacia da Constituição com a prevalência da coisa julgada, em busca de um “direito justo”.

Marinoni e Arenhart (2008, p. 678), embora definam a coisa julgada como “atributo indispensável ao Estado Democrático de Direito e à efetividade do direito fundamental de acesso ao Poder Judiciário – obviamente quando se pensa no processo de conhecimento” –, no entanto, se posicionam contrariamente a essa possibilidade de relativização:

É óbvio que uma teoria que conseguisse fazer com que todos os processos terminassem com um julgamento justo seria a ideal. Mas, na sua falta, não há dúvida de que se deve manter a atual concepção de coisa julgada material, sob pena de serem cometidas injustiças muito maiores do que as pontuais e raras levantadas pela doutrina. (MARINONI; ARENHART, 2008, p. 696-697)

Contudo, a análise da plausibilidade dessa possibilidade de relativização não poderia deixar de considerar o tratamento constitucional diferenciado atribuído à coisa julgada pela Constituição brasileira de 1988.

A despeito de tal fato ser nítido para a maioria dos doutrinadores brasileiros, há que se ressaltar que existem os que discordam desse posicionamento (DELGADO, 2001) e entendem que a inserção da coisa julgada na Constituição de 1988 representou somente um limite ao legislador, uma vez que o art. 5º, XXXVI, da Constituição estabelece que “a *lei* não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. (THEODORO JÚNIOR, 2004)

Ressalvados esses entendimentos, a coisa julgada é vislumbrada, quase de modo unânime, como uma real garantia constitucional. O que ocorre, contudo, é que a maioria dos doutrinadores ainda não vislumbrou a necessária revisitação do instituto pelo fato de ele estar inserido no rol das garantias fundamentais previsto na Constituição de 1988.

Assim, a coisa julgada é, em geral, vislumbrada como uma garantia constitucional, mas ainda concebida como “uma situação de estabilidade legalmente definida, instituída mediante processo, garantida constitucionalmente e

destinada a proporcionar segurança e paz de espírito às pessoas, tal como preconizava Enrico Tulio Liebman”. (DINAMARCO, 2003, p. 24)

Se a coisa julgada é destinada a proporcionar segurança e paz de espírito às pessoas, então a possibilidade de sua relativização pode ser vista sob duas perspectivas: ou é plausível, porque a “perpetuação da injustiça de uma decisão” não gera esse escopo; ou não é plausível, porque a possibilidade de reabertura de algo já definido também não gera esse escopo.

Assim, novamente, os posicionamentos são divergentes: há os que defendem a permanência dos dispositivos que preveem a possibilidade de relativização no sistema, opinando pela sua constitucionalidade; e há os que se posicionam contrariamente à permanência, opinando pela sua inconstitucionalidade.

Talamini (2002, p. 67), por exemplo, aduz que a coisa julgada é realmente uma garantia constitucional, porém seus limites e contornos são estabelecidos pelo legislador infraconstitucional. Esse fato conduziria a uma permissão normativa para arrolar hipóteses em que a coisa julgada poderia ser relativizada, razão pela qual inexisteriam quaisquer violações à garantia da coisa julgada pelos arts. 475-L, § 1º, e 745, parágrafo único, ambos do Código de Processo Civil.

São vários os processualistas que também defendem a manutenção desses dispositivos no sistema jurídico nacional, como Zavaski (2005), para quem o art. 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil é constitucional, pois somente agregou ao ordenamento jurídico um mecanismo com eficácia rescisória de sentenças inconstitucionais. Nada de diferente em relação ao propósito da ação rescisória, há muito vigente (ZAVASCKI, 2005, p. 82).

Barbosa Moreira (2005), no entanto, se posiciona de modo contrário à permanência dos dispositivos. Entende que seria desnecessária a criação de tais normas, em razão de o ordenamento jurídico pátrio já contemplar as hipóteses para a desconstituição da coisa julgada.

O autor critica a intenção dos defensores do movimento em prol da relativização da coisa julgada enquanto eles pretenderem tal medida em nome de

uma “justiça” ou “direito justo”. Com efeito, o processualista constata que os defensores dessa relativização adotam dois caminhos distintos, quais sejam: a negação da própria existência da coisa julgada material (como o faz expressamente Cândido Rangel Dinamarco) ou adotam o entendimento de que a coisa julgada é passível de desconsideração. (MOREIRA, 2005, p. 9)

E ambos os caminhos adotados pelos defensores da relativização, segundo Barbosa Moreira (2005), encontrariam empecilhos na própria legislação processual. No primeiro caso, por exemplo, o art. 485 do Código de Processo Civil perderia sua eficácia, uma vez que, se inexistente a coisa julgada, não há que se falar em ação rescisória. No segundo, os óbices seriam os arts. 471 e 474 do Código de Processo Civil, pois estes também perderiam sua eficácia.

Conclui, portanto, pela desnecessidade de criar novos mecanismos para revisar os efeitos da sentença, propondo, no máximo, a possibilidade de ajuizar a ação rescisória a qualquer momento quando ocorrer determinado vício na sentença. (MOREIRA, 2005)

Verificando-se que há doutrinadores que se posicionam contra a manutenção dos arts. 475-L, § 1º, e 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil, em razão de sua desnecessidade no ordenamento brasileiro, discorre-se, a seguir, sobre o posicionamento de Leal (2005), que concede as bases para a reestruturação do conceito de coisa julgada adotado neste trabalho.

Ao analisar-se a posição adotada pelo referido pesquisador, constata-se o intuito de adequar a coisa julgada ao modelo estatal do Estado Democrático de Direito (modelo esse eleito pela CR/88), tendo em vista a constante necessidade de revisão do conteúdo das instituições, institutos e princípios quando da adoção de um novo modelo estatal a fim de possibilitar a utilização deles no novo modelo.

Nesse sentido, a coisa julgada, após ser erigida a garantia constitucional (CR/88), passa a ser concebida como um instituto autônomo que assegura a existência, a exigibilidade e a eficácia das decisões desde que as mesmas tenham sido construídas sob a égide do devido processo constitucional. (LEAL, 2005, p. 3)

Assim, como destacado, o referido pesquisador retira de vez a coisa julgada da esfera dos institutos hábeis a assegurar a segurança jurídica (do modo pelo qual é concebida e adotada atualmente) e a transfere para o âmbito da legitimidade, instituto fundamental do Estado Democrático de Direito.

Ao adentrar na problemática da relativização da coisa julgada, Leal (2005) realiza a distinção imprescindível entre a sentença transitada em julgado e a coisa julgada, distinção essa mencionada no capítulo precedente.

Assim, afirma o autor que a preclusão máxima que afeta a sentença é que seria possível de sofrer relativização, e não a coisa julgada, que seria, justamente, o instituto hábil a garantir a relativização dessa preclusão, caso a sentença que decorresse de certo procedimento não tivesse obedecido ao devido processo constitucional (LEAL, 2005, p. 6).

Portanto, no que tange à hipótese de relativização da coisa julgada, encontra-se esta, segundo o pesquisador, impossível no Direito Democrático, pois é exatamente essa garantia que vai assegurar o cumprimento do devido processo constitucional.

Além disso, a coisa julgada configura o instituto hábil a assegurar a falibilidade⁸⁵ do sistema, deixando sempre aberta a possibilidade de revisibilidade das decisões, desde que atendido o devido processo constitucional.

Por ser um instituto de extrema importância no contexto do Direito Democrático, inconstitucional se afiguraria, portanto, o parágrafo único do art. 741, bem como o § 1º do art. 475-L, ambos do Código de Processo Civil, que conferem ao juiz a possibilidade de exercer

uma autotutela eximitória de acatamento de efeitos de sentença que lhe coube cumprir, estabelecendo a resolução do impasse (criado pela preclusão máxima) por uma via não democrática e pertinente ao Estado Liberal ou Social-Direito que outorga ao juiz a presunção transcendental de um saber já, a priori, coincidente com o desejo do povo e preservação de seu acervo jurídico ou moral (republi-canismo acéfalo). (LEAL, 2005, p. 15-16).

⁸⁵ Essa característica da coisa julgada denota que o instituto revisitado encontra-se inserido no cenário da pós-modernidade.

Não há, no contexto dessa teoria, que demonstra ser a mais adequada no contexto brasileiro atual, possibilidade de relativizar a garantia da coisa julgada em razão da declaração solipsista de um juiz de que o título judicial é inexigível, tendo em vista que exatamente a garantia da coisa julgada é que vai assegurar que seja obedecido o devido processo constitucional (com a participação de todas as partes e o asseguramento de todas as garantias constitucionais) para a declaração de inexigibilidade do referido título.

Assim, após a promulgação da CR/88, impossível tratar a coisa julgada como “dogma a ser removido pelo poder geral de cautela do juiz” (LEAL, 2005, p. 19), o que inquina de total inconstitucionalidade o parágrafo único do art. 741 do Código de Processo Civil, bem como o § 1º do art. 475-L do mesmo Código.

Portanto, referidos dispositivos seriam completamente inaplicáveis no contexto do processo constitucional brasileiro, razão pela qual considera-se que a garantia constitucional da coisa julgada, já revisitada e adotada de acordo com a concepção presente neste trabalho, não poderia ser passível de relativização.

O mesmo posicionamento aplica-se à coisa julgada no âmbito do direito coletivo, pois, conforme já destacado, a coisa julgada erigida a garantia constitucional pela Constituição de 1988 é aplicável tanto no âmbito do direito individual quanto no do direito coletivo.

Tendo em vista que a conceituação da coisa julgada, já reestruturada também no direito coletivo, é a de um instituto coextensivo ao devido processo constitucional, que assegura a existência e a eficácia da decisão desde que observado o devido processo (LEAL, 2005), impraticável se afigura relativizar a garantia que assegura o cumprimento do devido processo constitucional.

Relativizar essa garantia denotaria possibilitar uma decisão que não tivesse observado o devido processo constitucional. Isso significaria uma decisão advinda de um procedimento⁸⁶ que não assegurasse o modelo participativo, impossível do Estado Democrático de Direito, fato que se torna ainda mais grave no âmbito do

⁸⁶ Utiliza-se o termo “procedimento” em vez de “processo” em razão de que um procedimento que não obedece ao devido processo constitucional e, portanto, o modelo participativo, não pode ser considerado processo. O processo, na contemporaneidade, é definido como uma instituição

direito coletivo, dado o amplo espectro participativo que envolve o referido processo.

Assim, apesar de não haver dispositivo específico nas legislações que disciplinam o direito coletivo que autorizam a possibilidade de relativização da coisa julgada, somente cogitar referida possibilidade seria impraticável, tendo em vista que a coisa julgada assegura, atualmente, a efetiva observação do modelo participativo (devido processo constitucional).

Após a análise de algumas questões do direito coletivo consideradas como pressupostos para o desenvolvimento dos limites subjetivos da coisa julgada nos direitos difusos, bem como a problemática da possibilidade de relativização da coisa julgada, discorre-se no próximo capítulo sobre a teoria que embasa todo o estudo da coisa julgada nos direitos difusos.

constitucionalizada que, pelas garantias da ampla defesa, da isonomia, do contraditório e do direito ao advogado, assegura a efetividade dos direitos fundamentais, tendo como garantia regente o devido processo constitucional (LEAL, 2009). (Sobre o tema, cf. LEAL, 2009).

6. A TEORIA DAS AÇÕES TEMÁTICAS

Antes de desenvolver o objeto central deste trabalho, que são os limites subjetivos da coisa julgada nos direitos difusos, e depois de discorrer sobre os pressupostos necessários para se chegar a este capítulo, examina-se a teoria que embasa todo o estudo que vem sendo proposto, ou seja, analisa-se o marco teórico desse trabalho.

Assim como no quarto capítulo, em que foi delineado o conceito de coisa julgada adequado à realidade constitucional brasileira contemporânea, fundamentado em uma teoria específica (LEAL, 2005), a qual foi objeto de narração pormenorizada, também neste capítulo o objetivo é a descrição da teoria que alicerça e torna possível o desenvolvimento e o modo pelo qual este trabalho foi conduzido.

Na Teoria das Ações Temáticas propõe-se, basicamente, um novo tratamento para as ações coletivas que disciplinam os direitos difusos. Como essa teoria, a exemplo da teoria da coisa julgada adotada neste trabalho (LEAL, 2005), é inédita e recente, opta-se por realizar muitas citações integrais dos escritos do autor Maciel Júnior (2006), a fim de proporcionar maior conhecimento ao leitor da teoria ora descrita.

Por razões de didática, o capítulo foi dividido em cinco tópicos que tratam dos principais pontos dessa teoria.

6.1. Interesse x Direito

A primeira distinção essencial estabelecida pela Teoria das Ações Temáticas (MACIEL JÚNIOR, 2006) é entre os termos “direito” e “interesse”, utilizados indistintamente, corriqueiramente, no âmbito do direito coletivo.

O estudo proposto por Maciel (2006, p. 19) é baseado na reavaliação dos conceitos de direito, essencialmente o direito subjetivo tratado por Ihering, e o interesse.

Segundo Maciel Júnior (2006), o conceito de Ihering (*apud* MACIEL JÚNIOR, 2006, p. 19), segundo o qual “o direito é o interesse juridicamente tutelado”, teria sido adotado em razão da época em que o autor viveu: uma época de afirmação do indivíduo perante um Estado forte e centralizador.

Contemporaneamente, no entanto, no cenário do Estado brasileiro, vivencia-se a realidade do Estado Democrático de Direito e questiona-se, portanto, se o modelo adotado para a tutela dos chamados interesses individuais e direitos subjetivos pode ser transposto para os direitos coletivos e difusos. (MACIEL JÚNIOR, 2006, p. 20)

Aliás, esse é um dos maiores mal-entendidos no direito coletivo atual: a adoção do modelo de direitos individuais, ainda baseado no direito subjetivo, para o delineamento dos princípios e institutos do direito coletivo que, obviamente, são específicos dessa espécie de direito.

Maciel (2006) destaca, portanto, a necessária revisitação do conceito estabelecido por Ihering, da distinção entre direito e interesse e do próprio direito subjetivo.

Assim, estabelece que é “necessário processo judicial de validação do interesse para sua transformação em direito.” (MACIEL JÚNIOR, 2006, p. 39). Sendo que, “o interesse, desse modo, sempre será um momento anterior à formação do próprio direito”. (MACIEL JÚNIOR, 2006, p. 42).

Afirma que “é fundamental que tenhamos claro que os interesses são manifestações individuais de vontade de um sujeito em face de um ou mais bens” (MACIEL JÚNIOR, 2006, p. 39) e que, portanto,

os interesses nunca se confundirão com os direitos, visto que os primeiros sempre serão manifestações individuais de vontade, enquanto os direitos pressuporão sempre um processo social de validação e reconhecimento da legitimidade dos interesses manifestados. (MACIEL JÚNIOR, 2006, p. 43).

Assim, diferenciando o interesse e o direito também pelo momento de sua formação, Maciel Júnior (2006, p. 44) estabelece que “os interesses são a base a partir da qual haverá a manifestação do sujeito e ocorrerá o desencadeamento do processo social ou judicial de validação dos interesses a sua transformação em direitos”.; enquanto “os direitos são, por sua vez, as situações jurídicas reconhecidas por um processo de validação de interesses manifestados perante a sociedade ou perante o Estado-juiz.”

Em outros termos, o interesse ocorre no momento que precede o processo de validação, enquanto o direito ocorre no momento posterior a esse processo. De fato, é o interesse⁸⁷ que inicia o processo de validação que culmina no direito.

Contudo, como já destacado, o interesse consiste em uma manifestação individual de um sujeito em face de um bem (MACIEL JÚNIOR, 2006); portanto, impossível se falar em interesse coletivo, seja este *stricto sensu* ou difuso.

Por esse motivo, o autor é contrário à utilização dos termos “interesse” ou “direito” indistintamente, visto que se o interesse é sempre uma manifestação individual, sua utilização em termos coletivos é inadequada e incorreta.

Nas palavras do autor:

Em verdade não haveria interesses difusos ou coletivos, porquanto admitimos que os interesses são sempre individuais, sempre ocorrem e se exaurem na esfera particular do indivíduo. Os interesses são manifestações, afirmações unilaterais da vontade em face de bens. (MACIEL JÚNIOR, 2006, p. 43)

Assim, o termo correto a ser utilizado seria direito “coletivo” ou “difuso” e, então, seria possível falar em interessados coletivos e difusos, tendo em vista que o interesse individual de cada um deles seria em um bem que afetaria um número indeterminado ou indeterminável de pessoas.

⁸⁷ Interessante destacar a diferenciação entre interesse e vontade. O interesse será sempre individual, sendo que a vontade pode ser individual ou coletiva. “O interesse é a manifestação de um sujeito em face de um bem. A vontade é o direcionamento do desejo de um indivíduo ou grupo, mediante a manifestação expressa nos termos do direito”. (MACIEL JÚNIOR, 2006, p. 152)

Por fim, destaca-se a alteração do enfoque concedido ao direito subjetivo, o qual, no Estado Democrático de Direito, não pode mais ser concebido como inerente ao sujeito de direitos.

Nesse sentido, “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”. (MACIEL JÚNIOR, 2006, p. 41)

No contexto brasileiro atual, adquire espaço a objetivação do direito em lugar do subjetivismo, fato que precisa ser observado, também, no âmbito do direito coletivo.

Obviamente, depois de todo o exposto neste tópico, aufere-se que o modelo baseado em interesses individuais e no direito subjetivo não pode ser adotado no direito coletivo, sendo necessária a adoção de um modelo específico que esteja de acordo com as peculiaridades desse direito.

6.2. A objetivação do direito

A segunda modificação importante destacada pela Teoria das Ações Temáticas é a objetivação do direito, ou seja, o direito é definido como difuso ou coletivo de acordo com o bem objeto de tutela que atinge um número indefinido ou indefinível de pessoas.

Nesse sentido, são essas pessoas que podem ser denominadas como interessadas difusas ou coletivas, ou, ainda, individuais homogêneas: as atingidas por esse bem que será objeto de tutela.

Segundo Maciel (2006, p. 54),

o que pode ser admitido como difuso ou coletivo é o número dos indivíduos que, de modo indeterminado ou agrupado, possuem interesses individuais manifestados num mesmo sentido e se encontram em face de um fato, numa mesma situação. Nesse sentido podemos ter ‘interessados’ difusos ou coletivos, mas nunca ‘interesses’ difusos ou coletivos.

Afastando a teoria dos direitos coletivos, que os classifica de acordo com o número de pessoas, e adotando a teoria objetivista, que considera como critério de classificação o bem ou o fato jurídico que atingirá as pessoas afetadas pela tutela do referido bem ou fato jurídico, classificam-se os interessados do modo abaixo especificado:

Se a abrangência do fato for tamanha que não se possa identificar o número de interessados individuais no mesmo estaremos diante de interessados difusos. Se o fato atingiu um número de interessados pertencentes a um grupo organizado e associado teremos os interessados coletivos. Se, por outro lado, o fato atinge um número determinável de indivíduos não organizados ou associados, mas que manifestam de modo homogêneo os interesses que se harmonizam, temos os interessados homogêneos. (MACIEL JÚNIOR, 2006, p. 58).

Como destacado no tópico acima, o fato de o interesse ser considerado somente uma manifestação de vontade individual, pode haver várias pessoas que possuam o mesmo interesse (sempre individual), formando uma vontade coletiva. Haverá, portanto, dependendo do bem ou fato jurídico objeto de tutela, interessados difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

O autor também critica a utilização das expressões “interesse público” e “interesse geral”, pois as definições de referidos “interesses” seriam baseadas em critérios subjetivos, que dariam margem a interpretações díspares, tendo em vista a dificuldade de se estabelecer com imparcialidade o que seria a vontade pública ou a vontade geral.

Além disso, não há definição legal de quem seria apto para estabelecer referidos conceitos, uma vez que a própria lei não estabelece:

O critério de se estabelecer, *a priori* e sem respaldo legal, o que seja o interesse geral, é um tanto quanto perigoso. O chamado interesse geral pressuporia análises subjetivas do interlocutor, que atribuiria à coletividade, à sociedade, a interpretação de que estaria em vigor nessa comunidade um certo interesse conforme ele o percebeu. Mas a análise subjetiva do interlocutor dependeria de um alto grau de sensibilidade e imparcialidade, no sentido de imaginar e interpretar corretamente a ‘vontade geral’. Com poderes quase plenipotenciários, esse interlocutor iria inferir que a soma de todos os interesses individuais iria resultar no interesse geral por ele percebido. (MACIEL JÚNIOR, 2006, p. 60-61)

Nesse sentido, Orestano (*apud* MACIEL JÚNIOR, 2006, p. 113) ressalta a necessidade de revisitação dessas ordens baseadas nesses critérios subjetivos, dadas as próprias modificações que acompanham a ciência jurídica:

De tudo isso decorre que após um determinado tempo essas ordens baseadas nesses esquemas devem sofrer uma revisão completa, ou mesmo uma re colocação em termos mais adequados em relação aos dados estruturais do concreto, quanto as modificações de concepções que segundo várias correntes inspiram a ciência jurídica.

Assim, a objetivação do direito e a mudança de enfoque do sujeito para o bem é um dos pontos fundamentais para a compreensão do direito coletivo e, em especial, no caso do presente estudo, dos direitos difusos.

Segundo Maciel (2006, p. 159):

A expectativa de que a solução sobre o bem afete, por consequência, um número indeterminado de pessoas é o ponto fundamental para a compreensão do fenômeno do direito difuso e é a pedra fundamental a partir da qual poderão ser construídos os institutos do direito coletivo e do processo coletivo.

Definido o ponto inicial para a construção de um modelo de direito coletivo, que passa, necessariamente, pela objetivação do direito e pela correta diferenciação entre os termos “interesse” e “direito”, discorre-se brevemente sobre a concepção de direito difuso, objeto de disciplina da ação temática, a fim de que o leitor compreenda a inversão de perspectiva contida nessa teoria analisada.

6.3. Os direitos difusos

Depois de demonstrada a necessidade de objetivação do direito, sobretudo no contexto do Estado Democrático de Direito, a fim de melhor compreender o próprio fenômeno do direito difuso, ressalta-se, neste tópico, a concepção adequada desse direito.

A despeito de já haver posicionamento, neste trabalho, sobre a conceituação que seria a adequada, quando se discorreu sobre o direito difuso no capítulo anterior, essencial destacar, ainda que brevemente, alguns trechos que demonstram a sua importância.

Saliente-se, primeiramente, que os direitos difusos, de acordo com a Teoria das Ações Temáticas (MACIEL JÚNIOR, 2006) são definidos objetivamente, ou seja, o direito difuso será aquele que tutela um bem ou um fato que atinge um número indeterminado e indeterminável de pessoas.

Tendo essa concepção como parâmetro, vislumbra-se a importância do direito difuso, por exemplo, na própria definição de competências de poder do Estado:

O centro da preocupação do direito, portanto, é o poder. E 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. (MACIEL JÚNIOR, 2006, p. 118)

Inegável, portanto, a grande força participativa contida nos direitos difusos:

As demandas coletivas ressaltam temas que muitas vezes afetam um número indeterminado de pessoas e inclusive o próprio Estado. É inegável que a demanda coletiva possui, portanto, uma grande força participativa, mesmo porque o seu resultado poderá gerar modificações e adequações de atos de execução dos agentes políticos no exercício de competências de poder. Isso representa uma forma de linguagem jurídica adequada à colocação em debate do discurso sobre questões controvertidas na sociedade. (MACIEL JÚNIOR, 2006, p. 119)

O grande problema que impede essa grande força participativa contida nos direitos difusos de se tornar realidade, no entanto, é justamente a restrição imposta pela legitimação para agir, nos moldes em que é concebida nas ações coletivas atualmente.

O modelo delineado pela Teoria das Ações Temáticas foca-se, essencialmente, em uma proposta distinta para a legitimação para agir, que permite a expansão da força participativa contida nos direitos difusos.

Exatamente sobre essa questão é que se discorre no tópico a seguir.

6.4. A Legitimação para agir

A questão da legitimação para agir nos direitos coletivos, que já foi objeto de análise no capítulo precedente, é agora abordada sob a perspectiva da Teoria das Ações Temáticas (MACIEL JÚNIOR, 2006).

O modelo proposto e ora objeto de exposição é diretamente relacionado à objetivação do direito e contrário ao modelo utilizado atualmente nas ações coletivas do sistema brasileiro.

Inicia-se este tópico com a crítica de Maciel Júnior (2006, p. 120) ao modelo de legitimação para agir utilizado atualmente, o modelo que confere legitimação para agir aos “legitimados” elencados em lei, com a exclusão dos indivíduos, reais interessados e legitimados:

Como consequência e reação a essa força participativa que pode surgir dos direitos coletivos e difusos, e das ações coletivas para sua tutela, os agentes políticos tendem a criar ou atribuir competências aos chamados ‘órgãos intermediários’ (Ministério Público, associações, Órgãos de Defesa do Consumidor, Delegacias de Ordem Econômica, *ombudsman*) e que em muitos casos pertencem ao próprio governo. Sob o argumento de que com isso viabilizam a tutela dos direitos, esses agentes políticos encaminham projetos de lei no sentido de restringir a legitimação para agir somente a esses entes intermediários, excluindo o indivíduo da possibilidade de demandar para a tutela de outros interessados. Some-se a isso que os argumentos utilizados para justificar essa posição são extraídos exatamente do direito processual civil individual, no sentido de afirmar inclusive que a viabilidade da demanda coletiva estaria comprometida se a legitimação fosse estendida a todos os indivíduos, porque não seria identificado o ‘sujeito’ da ação.

E completa:

Em uma lógica compreensível, mas perversa, tanto os legisladores quanto os governantes utilizaram-se do instituto processual da legitimação para agir como um mecanismo limitador do acesso à justiça a todos os interessados difusos. Com isso somente teriam a possibilidade de ajuizar a demanda coletiva algumas poucas entidades e desde que cumprissem certos requisitos pré-estabelecidos na norma. (MACIEL JÚNIOR, 2006, p. 121)

Ocorre que essa restrição da legitimação para agir ao indivíduo está completamente inadequada ao Estado Democrático de Direito brasileiro, no qual a participação é traço fundamental.

Nesse sentido:

Esse modelo de Justiça no qual se nega legitimação para agir ao indivíduo é um sinal da presença autoritária das forças políticas dos agentes em um Estado. Eles agem retirando a possibilidade de instauração de processos judiciais discursivos que os fiscalizem e limitem suas ações aos termos da lei. (MACIEL JÚNIOR, 2006, p. 127).

No Estado Democrático de Direito, instituído pela Constituição brasileira de 1988, o direito de ação é incondicionado, sendo que o único pressuposto a ser observado é que haja ameaça ou lesão a direito (art. 5º, XXXV, da CR/88).⁸⁸

A legitimação para agir nos direitos coletivos do modo como é concebida atualmente vai de encontro, justamente, à grande propagação do “acesso à justiça”, concretizado nos próprios direitos coletivos – segunda onda de acesso à justiça (CAPPELLETTI; GARTH, 1988) – visto que restringe a participação dos reais legitimados na ação, em especial, quando se trata dos direitos difusos:

Ou seja, contrariando a própria natureza do direito difuso, o legislador limita a legitimação do indivíduo para a ação, como se o direito difuso pudesse ser enquadrado no esquema do direito coletivo *stricto sensu*. Com isso atribui-se a esses órgãos e associações o distorcido poder de deliberar, pressupor e decidir qual seria a ‘vontade difusa’ a ser defendida. Para completar, aos interessados difusos não é permitida a chamada ‘ação coletiva’. (MACIEL JÚNIOR, 2006, p. 157)

Aduz o autor:

E aqui a revelação das tensões nos processos judiciais discursivos se faz mais nítida, transformando em grande problema moderno a questão do acesso à Justiça, quando na verdade o que ocorre é uma negação da faculdade de agir ao legitimado natural para a ação. (MACIEL JÚNIOR, 2006, p. 127)

⁸⁸ “Se alguém comparece em juízo com uma demanda na qual invoca lesão ou ameaça a algum interesse já cumpriu a única exigência constitucional que existe para que o Poder Judiciário se pronuncie sobre a questão posta em juízo.” (MACIEL JÚNIOR, 2006, p. 167)

A participação, essencial no Estado Democrático de Direito está diretamente relacionada com a legitimação para agir. A restrição dessa legitimação afeta a própria estrutura do processo, que se desenvolve no âmbito da ampla participação:

O problema da participação, que fundamentalmente decorre da adoção do modelo do Estado Democrático de Direito, está na base da estruturação do processo coletivo. A legitimação para agir é a chave para a compreensão da dimensão desse fenômeno [...]. (MACIEL JÚNIOR, 2006, p. 121).

O grande problema do modelo excludente e atual da legitimação para agir no direito coletivo situa-se no conceito de parte, que foi reestruturado por Fazzalari (2006), mas não foi incorporado pela maior parte da doutrina brasileira.

Segundo Fazzalari (2006), há uma deslocação do pedido para o destinatário do provimento. Assim, parte não é mais quem pede, mas, sim, quem é afetado pela decisão.

Essa inversão da conceituação das partes na legitimação para agir se desenvolve do seguinte modo:

Em relação às partes, os efeitos do provimento determinam a legitimação para agir porque esses efeitos incidirão no patrimônio (*universum ius*) dos sujeitos que dele são os destinatários, e o princípio do contraditório exige que aqueles que sofrerão tais efeitos tenham a oportunidade de participar da fase de sua formação. Por isso, diz Fazzalari, enquanto são legitimados passivos (perante o provimento), tais sujeitos são legitimados 'a dizer e contradizer', são 'legitimados ao processo'. Anote-se que a própria concepção de parte já tem seu ponto focal de definição deslocado do pedido (parte não é mais apenas 'aquele que pede...') para o destinatário do provimento, e, por isso, é sujeito do processo, com a garantia de participação nos atos que o preparam. (MACIEL JÚNIOR, 2006, p. 185).

Sendo necessário assegurar a possibilidade do contraditório no processo de cunho democrático e tendo em vista que esse contraditório exige que as pessoas que sofrerão os efeitos da decisão tenham a oportunidade de participar da sua construção, não é possível que os reais legitimados ou legitimados naturais

do processo, aqueles que sofrerão os efeitos da decisão, não possam participar da sua construção.

Tratando especificamente dos direitos difusos e tendo em vista essa construção de parte desenvolvida por Fazzalari (2006), é a teoria objetiva dos direitos difusos que fundamenta a legitimação para agir na Ação Temática:

[...] é a teoria objetiva que melhor explica o problema dos direitos difusos. Segundo essa perspectiva, como esclarece *Vigoriti*, a definição dos direitos difusos seria definida a partir o bem envolvido. Isso significa que os legitimados para a demanda coletiva seriam todos aqueles que são direta ou indiretamente afetados pela situação jurídica que atinge um determinado bem. A legitimação seria construída nesse modelo a partir do bem, para saber quais pessoas foram atingidas pelos fatos que o envolveram. *Vigoriti* expressamente rejeita essa linha de pesquisa e acata a teoria subjetiva, sob a justificativa de que ela transforma em legitimados para a ação todos aqueles que são atingidos pela modificação sofrida pelo bem e isso inviabilizaria a própria ação coletiva. (MACIEL JÚNIOR, p. 156)

Assim, a legitimação no modelo da Ação Temática é construída de acordo com o bem ou o fato jurídico que atingiram determinadas pessoas. Os atingidos pelos referidos bens é que possuirão a legitimação para agir e poderão ajuizar a ação coletiva.

Apesar de o modelo da teoria objetiva ter sido rejeitado por *Vigoriti*, um dos maiores estudiosos do direito coletivo, é indispensável recordar que:

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 JÚNIOR, 2006, p. 158).

Se “é o ‘controle difuso da legalidade’ e o fato de poderem sofrer os efeitos do provimento que legitimam a ação de todos os indivíduos para a ação coletiva” (MACIEL JÚNIOR, 2006, p. 175), não é factível, no contexto do Estado Democrático de Direito, não possibilitar a participação dos interessados coletivos e difusos na construção da decisão que poderá afetá-los.

Nesse sentido e tendo em vista a importância assumida pelo processo na contemporaneidade, instituição⁸⁹ que possibilita a concretização do modelo participativo e o asseguramento dos direitos fundamentais, Maciel (2006, p. 170) 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.

Por fim, pelo fato da inversão ocorrida no conceito de parte e da adoção da teoria objetiva dos direitos difusos, na Ação Temática, o legitimado é, de fato, aquele interessado difuso que sofre os efeitos da decisão na sua esfera patrimonial ou pessoal.

Contudo, Maciel (2006) ainda elucida que o melhor modelo de legitimação para agir, especificamente, nos direitos difusos, seria o modelo da legitimação concorrente, tendo em vista que possibilita participação ampla e irrestrita de todo e qualquer interessado.

Assim,

a legitimação para agir concorrente, na qual se permita a qualquer interessado individual, bem como a órgãos e associações, o acesso à Justiça para a defesa de direitos difusos é a forma ideal de estruturação da legitimação para agir em tema de tutela coletiva. (MACIEL JÚNIOR, 2006, p. 161)

Discorrido sobre o tópico fundamental da Teoria da Ação Temática a legitimação para agir, que constitui o principal diferencial dessa teoria com relação às outras teorias das ações coletivas, descreve-se, propriamente, o modelo participativo da Ação Temática.

⁸⁹ Concebe-se, neste trabalho, de acordo com Leal (2009), o processo como instituição constitucionalizada que, pelos princípios do contraditório, da ampla defesa, da isonomia, do direito ao advogado e da gratuidade da prestação jurisdicional, assegura o cumprimento dos direitos fundamentais.

6.5. Ação temática: modelo participativo

Tendo em vista o principal diferencial da ação temática para os demais modelos de ações coletivas, já destacado e analisado, qual seja, a legitimação para agir ampla e irrestrita a todos os interessados, de preferência concorrente, delinea-se, neste tópico, a estrutura da ação temática.

Destaca-se, primeiramente, que a ação temática é válida somente para os direitos difusos. Obviamente, toda a teoria que a embasa, como discorrido neste capítulo, não trata somente dos direitos difusos, mas dos direitos coletivos de modo geral. Contudo, a estrutura da própria ação temática é voltada para disciplinar somente ameaça ou lesão a direitos difusos.

Esclarecido esse primeiro ponto, fala-se em modelo participativo da ação temática justamente pela questão da legitimação para agir que foi amplamente analisada no tópico precedente: modelo participativo porque possibilita que todos os interessados difusos, aqueles que de alguma maneira serão afetados pela decisão, participem da construção dessa decisão.

Quanto à denominação “ação temática”, Maciel (2006, p. 178) entende que “a ação coletiva deve ser uma demanda que viabilize a discussão de ‘temas’”, sendo que “esses temas são os fatos ou situações jurídicas que afetam os interessados”.

Segundo Maciel (2006, p. 179),

A ação coletiva deve ser a demanda que propõe um ‘tema’, abrindo a possibilidade de que o próprio conteúdo do processo seja definido de modo participativo. O processo coletivo demanda, portanto, uma fase inicial na qual o seu objeto seja formado. O mérito do processo é construído, dentro de um determinado período de tempo fixado na lei, até quando será possível que os diversos interessados compareçam na demanda e formulem seus pedidos. Uma vez proposta a ação coletiva o juiz deverá abrir prazo em edital para que os interessados difusos compareçam e expressem seus interesses. Findo o prazo, as diversas manifestações dos interessados formarão o conteúdo do processo, o mérito da demanda coletiva. Quanto maior a participação dos interessados na formação do mérito do processo maior será a possibilidade de que esse processo represente o conflito coletivo de forma ampla. Isso é de extrema importância porque terá repercussões nos efeitos da sentença coletiva e na extensão da coisa julgada.

Na ação temática, portanto, todos os interessados difusos podem comparecer, obviamente, assistidos pelos seus respectivos advogados, levantando argumentos e questionamentos “que seriam anotados para que o juiz fixasse os pontos controvertidos que deverão ser objeto de análise na demanda coletiva, que compõem o seu mérito”. (MACIEL JÚNIOR, 2006, p. 189)

O mérito da demanda, dessa forma, seria construído participadamente. O procedimento da ação temática consistiria, portanto, em,

proposta uma ação cuja decisão envolva um bem que afete um número indeterminado de pessoas, o ideal seria que a lei fixasse uma fase de divulgação para que os interessados difusos tomassem ciência e pudessem intervir no processo. Nas ações coletivas poderia ser estabelecida a obrigatória participação do MP, o que já ampliaria o rol de legitimados presentes na ação e envolveria um órgão que tem por função primordial a defesa da legalidade. Recebida a defesa e os eventuais aditamentos à inicial, deveria haver um despacho saneador no qual o juiz obrigatoriamente fixasse os pontos controvertidos e o objeto da prova e resolvesse as demais questões do processo. Contra essa decisão poderia ser prevista uma impugnação em prazo razoável (mais ou menos 10 dias), no sentido de permitir a ampliação do objeto da lide ou revisar qualquer equívoco na fixação dos pontos controvertidos. Em seqüência à decisão sobre o objeto daquele processo, que não poderia a parti de então ser alterado, a não ser na hipótese de reunião de processos coletivos por conexão com o bem a envolver ambas as demandas e desde que estejam as causas em um mesmo momento processual (ambas em 1º grau e antes de colhidas provas nos autos. A fixação de um momento, que pode ou não ser na forma como acima sugerido, é fundamental porque organiza e permite que aqueles pedidos feitos pelos interessados difusos naqueles processos sejam examinados. (MACIEL JÚNIOR, 2006, p. 183-184).

De fato, no desenvolvimento deste trabalho, o mais importante nesse modelo da ação temática é a possibilidade de participação de todos os interessados difusos na construção da decisão, ou seja, a legitimação para agir.

Um maior número de participantes permite a ampliação da própria demanda, possibilitando que mais questões sejam discutidas e resolvidas.

Tratando-se de direitos difusos, que pela própria complexidade já demandam uma análise mais detalhada das questões que deles advêm, a ação temática afigura-se como uma alternativa adequada às ações coletivas atualmente utilizadas, especialmente, no contexto do Estado Democrático de Direito.

Destaca-se a importância das ações temáticas no trecho abaixo descrito:

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 JÚNIOR, 2006, p. 181).

Exatamente a questão da coisa julgada no direito coletivo, mais especificamente seus limites subjetivos, que configuram o objeto central desse trabalho.

Destaque-se, ainda, a importância da teoria ora enunciada na própria questão da segurança jurídica, que não é objeto específico deste trabalho, mas que, por estar diretamente relacionada com o tema da coisa julgada e pela necessidade premente de reestruturação, poderia começar a ser redelineada de acordo com a ação temática, que se enquadra no modelo de Estado brasileiro contemporâneo.

Pelo fato de a ação temática trabalhar o direito difuso de modo objetivo e ser considerada um modelo participativo de ação é que se poderia pensar em uma nova concepção para a segurança jurídica, distinta da concebida por séculos e ainda concebida atualmente (estabilidade das relações jurídicas por meio da certeza) e próxima do conceito de estabilidade decorrente da observância do devido processo constitucional, como já enunciado no capítulo terceiro deste trabalho.

Como o modelo participativo do próprio Estado Democrático de Direito exige um modelo participativo de processo e a construção participada da decisão é indispensável para um possível esgotamento do conflito, a teoria das ações temáticas possibilita o deslocamento do eixo da segurança jurídica como concebida atualmente para um modelo de segurança jurídica obtida pelo esgotamento da matéria objeto do processo, pelo exaurimento dos argumentos sobre o tema por meio do modelo participativo (observância do devido processo constitucional).

Esse modelo, sim, poderia gerar a estabilidade almejada no Estado Democrático de Direito.

Contudo, retornando ao estudo do objeto central deste trabalho, já que descrita a teoria que fundamenta o estudo dos limites subjetivos da coisa julgada no processo coletivo, sob a ótica aqui observada, torna-se possível proceder-se à análise do referido tema.

Assim, considerando o modelo participativo da ação temática e, principalmente, a legitimação para agir proposta nesse modelo, discorre-se, no próximo capítulo, sobre o cerne do objeto de análise deste trabalho.

7. LIMITES SUBJETIVOS DA COISA JULGADA COLETIVA NA PERSPECTIVA DA AÇÃO TEMÁTICA

Como destacado em todos os capítulos, o cerne deste estudo encontra-se neste capítulo, que desenvolve a análise dos limites subjetivos da coisa julgada no processo coletivo, na perspectiva da ação temática.

Depois de analisados o perfil histórico-jurídico e jurídico-filosófico da coisa julgada no direito individual (direito no qual o instituto foi criado), foi possível demonstrar a necessidade de adaptação de seu conceito à realidade brasileira contemporânea (Estado Democrático de Direito) e apontar um conceito compatível com referida realidade, tanto no direito individual quanto no direito coletivo, que foi incorporado a este trabalho; logo após, demonstrou-se a conceituação adotada pelo direito coletivo atual para alguns pressupostos para o estudo dos limites subjetivos da coisa julgada, tais como o direito difuso e a legitimação para agir. Contudo, no capítulo precedente, onde se discorreu sobre o marco teórico deste trabalho, vislumbrou-se a necessidade da adoção de conceituação distinta desses pressupostos, tendo em vista o modelo participativo de processo instaurado pelo Estado Democrático de Direito (CR/88).

Assim, após percorrer todos esses capítulos, que constituem estudos indispensáveis para o desenvolvimento do presente capítulo, é possível analisar os limites subjetivos da coisa julgada coletiva.

Destaca-se, desde já, que pelo fato de se tratar da análise dos limites subjetivos da coisa julgada no direito coletivo, as peculiaridades dessa espécie de direito devem ser observadas, impossibilitando a simples repetição do tratamento dado ao tema no direito individual.

Nesse sentido, Mazzili (1997, p. 165) assevera:

Cabe lembrar a advertência de Cappelletti, de que, em matéria de conflitos metaindividuais, os tradicionais limites subjetivos e objetivos da coisa julgada 'caem como um castelo de cartas'. Não que devam ser simplesmente desconsideradas as leis em vigor, mas é necessário aplicar

com cuidados redobrados normas que foram concebidas antes para solucionar meros conflitos individuais.

Feita essa observação, ressalte-se que este capítulo foi dividido em quatro tópicos: no primeiro, resgata-se um pouco da análise histórica dos limites subjetivos da coisa julgada, a fim de esclarecer ao leitor a complexidade que envolve o tema; no segundo, elucida-se como esses limites encontram-se estabelecidos no processo coletivo brasileiro atual; no terceiro tópico, são trabalhados os limites objetivos da coisa julgada, que estão diretamente relacionados aos limites subjetivos, máxime no modelo participativo da ação temática; e, no quarto, propõe-se uma construção teórica dos limites subjetivos na perspectiva da ação temática.

Inicia-se, portanto, o estudo, pela conceituação e resgate da análise histórica dos limites subjetivos da coisa julgada.

7.1. A Eficácia natural da sentença e sua imutabilidade – Resgate histórico-jurídico

Ao resgatar-se a parte histórico-jurídica dos limites subjetivos da coisa julgada, duas observações devem ser logo realizadas: a primeira é a de que referida parte é desenvolvida sob a perspectiva do direito individual, tendo em vista que a coisa julgada foi criada para esse direito; e a segunda é a de que muitos estudiosos se dedicaram ao tema (como se vislumbra no quadro histórico sobre os limites subjetivos da coisa julgada contido no segundo capítulo deste trabalho), contudo os estudos de Liebman (1984) foram um dos que mais se aprofundaram.

Tendo em vista a segunda observação, em razão da profundidade dos estudos de Liebman (1984) sobre o tema e da influência ele exerceu no Direito

brasileiro, é que a teoria criada pelo estudioso será mais bem detalhada neste tópico. Aliás, é esse o fato que justifica o título do tópico.

Antes de adentrar, especificamente, na teoria de Liebman (1984), é necessário destacar no que consistiriam esses limites subjetivos da coisa julgada.

Os limites subjetivos seriam, portanto, os limites de pessoas que seriam atingidas pela coisa julgada; em outros termos, o que se pretende conhecer com os limites subjetivos seriam as pessoas que sofreriam os efeitos da coisa julgada.

Em geral, esses efeitos operariam somente *inter partes*, entre as partes que “participaram” do procedimento, contudo – e o que gera as maiores controvérsias –, é a situação de terceiros alheios a esse procedimento.

No que diz respeito aos terceiros, praticamente todos os estudiosos que se dedicaram ao tema afirmam que a coisa julgada operaria efeitos *inter partes* como regra, mas comportaria algumas exceções, que atingiriam terceiros. (Ver Quadro 4)

Assim, foram elaboradas as mais diversas teorias sobre a extensão dos limites subjetivos da coisa julgada a terceiros (ver Quadro 4), tendo destaque a de Betti, que classifica os terceiros de acordo com o prejuízo jurídico causado por aquele julgado. (LIEBMAN, 1984, p. 92)

Liebman (1984), no entanto, em razão da própria conceituação distinta da coisa julgada, como qualidade dos efeitos da sentença que a torna imutável, irretratável e irrecorrível e não como os próprios efeitos da sentença, constrói uma teoria específica sobre os limites subjetivos da coisa julgada.

De acordo com o estudioso, há que se distinguir entre a eficácia natural da sentença, eficácia que atingiria tanto as partes quanto os terceiros e a imutabilidade, que seria característica específica da coisa julgada, qualidade que somente seria concedida às partes.

Segundo Liebman (1984, p. 133),

a respeito das partes, bem raramente tem a eficácia natural da sentença ocasião de manifestar-se na prática, sem estar revestida daquela imutabilidade especial que lhe confere a autoridade da coisa julgada e sem ser por ela quase absorvida e coberta.

Isso acontece porque, para as partes, opera-se, na quase totalidade das vezes, a coisa julgada, qualidade que confere imutabilidade ao julgado. Não quer isso significar que a sentença não operaria sua eficácia natural para as partes, mas somente que essa eficácia natural estaria absorvida na imutabilidade da coisa julgada.

Para os terceiros, contudo,

onde, ao contrário, não opera a coisa julgada, isto é, em relação aos terceiros, apresenta-se a eficácia da sentença em suas linhas nuas e puras, e exige e ao mesmo tempo permite que seja pesquisado e determinado o seu fundamento jurídico. (LIEBMAN, 1984, p. 133).

E completa Liebman (1984, p. 132):

Não produz a sentença para os terceiros efeitos especiais e exclusivamente particulares, mas efeitos de natureza igual aos que produz para as partes; em outros termos, os terceiros simplesmente participam, assim como as partes, da eficácia natural da sentença.

Assim, os terceiros sofreriam os efeitos que decorreriam naturalmente da sentença, sem assumir tais efeitos a qualidade da imutabilidade gerada pela coisa julgada, que só se aplicaria às partes.

O trecho abaixo esclarece, em termos práticos, qual seria a diferença para os terceiros, que somente seriam atingidos pela eficácia natural da sentença, e para as partes, que também seriam afetadas, além da eficácia natural da sentença, pela imutabilidade:

A sentença produz normalmente efeitos também para os terceiros, mas com intensidade menor que para as partes; porque, para estas, os efeitos se tornam imutáveis pela autoridade da coisa julgada, ao passo que para os terceiros podem ser combatidos com a demonstração da injustiça da sentença. Usando, de passagem, da terminologia do Código, poderá dizer-se que tem a sentença para as partes eficácia de presunção *iuris et de iure*; para os terceiros, pelo contrário, de presunção *iuris tantum*. Sem voltar à demonstração do fundamento em direito da tese exposta, é oportuno, todavia, ressaltar o lado prático e a equidade da solução a que ela conduz. Tem, em primeiro lugar, a vantagem de utilizar, na maior medida possível, a atividade processual exercida, em cada processo,

pelo órgão jurisdicional e pelas partes, em benefício da economia do processo. Tende, além disso, a favorecer a harmonia dos resultados dos processos sobre relações conexas ou dependentes, diminuindo a possibilidade de contradição dos julgados; mas atinge esses fins sem sacrificar os direitos dos terceiros, aos quais outorga ampla faculdade de defesa nos casos em que a sentença pronunciada *inter alios* seja viciada por erro. (LIEBMAN, 1984, p. 150).

A imutabilidade, portanto, seria uma qualidade que intensificaria os efeitos da sentença para as partes, enquanto para os terceiros os efeitos seriam de intensidade reduzida, uma vez que somente seriam afetados pela eficácia natural da sentença.

Desse modo, a teoria esposada por Liebman (1984) traria vantagens e desvantagens para as partes e os terceiros: enquanto as partes estariam acobertadas pela imutabilidade da coisa julgada, o que geraria uma estabilidade e segurança para elas ou, pelo menos, para a parte vencedora, mas não para os terceiros; estes últimos poderiam, no entanto, ter a possibilidade de realizar modificações no julgado, caso fosse constatado algum erro, enquanto as partes não poderiam fazê-lo em razão da imutabilidade contida na coisa julgada.

Não obstante a boa estruturação da teoria de Liebman (1984), ela sofreu críticas severas por parte de muitos estudiosos, principalmente no que tange à ausência da coisa julgada (qualidade que confere a imutabilidade) para os terceiros em algumas situações específicas, como nas ações de estado das pessoas.

No Brasil, no Código de Processo Civil de 1973 (código vigente), apesar de textualmente contido na Exposição de Motivos (BRASIL, 2003, p. 771)⁹⁰ elaborada por Buzaid, que a teoria da coisa julgada adotada seria a esposada por Liebman (1984), não é exatamente essa a teoria adotada nem na conceituação de coisa julgada,⁹¹ tampouco na de seus limites subjetivos.

⁹⁰ *In verbis*: “O projeto tentou solucionar esses problemas, perfilhando conceito de coisa julgada adotado por LIEBMAN e seguido por vários autores nacionais”.

⁹¹ “Art. 467. Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”. (BRASIL, 2003, p. 853).

No caso dos limites subjetivos, adota-se uma teoria mista, que incorpora algumas das lições de Liebman (1984) e as outras teorias que concebem a imutabilidade da coisa julgada aos terceiros, como exceção em alguns casos:

Art. 472. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros. (BRASIL, 2003, p. 854).

A extensão dos limites subjetivos da coisa julgada às partes, sem prejudicar ou beneficiar terceiros, com a extensão desses limites aos terceiros no caso do estado das pessoas, desde que preenchidos os requisitos do art. 472 do Código de Processo Civil, configura, de fato, o tratamento concedido aos limites subjetivos da coisa julgada no direito individual.

Depois de realizar esse resgate histórico-jurídico dos limites subjetivos da coisa julgada, esclarecendo alguns aspectos da teoria de um dos estudiosos que mais influenciou o Direito Processual brasileiro e tendo elucidado como são aplicados os limites subjetivos da coisa julgada no direito individual brasileiro na atualidade, remetemos o leitor ao próximo tópico, no qual se demonstrará o tratamento concedido aos limites subjetivos da coisa julgada no direito coletivo brasileiro na atualidade.

Ressalte-se, por fim, que a demonstração do tratamento concedido aos limites subjetivos no direito individual é importante como base de comparação para o tratamento concedido no direito coletivo, que deve observar as peculiaridades desse direito e não transpor o modelo individual.

7.2. A disciplina dos limites subjetivos da coisa julgada no direito coletivo brasileiro

Como desenvolvido no segundo capítulo deste trabalho, a disciplina legal da coisa julgada, bem como de seus limites subjetivos, no direito coletivo, encontra-se esparsa em vários diplomas legais.

Isso ocorre porque a disciplina legal do próprio direito coletivo é esparsa. Contudo, dois diplomas legais se destacam quando se trata de direito coletivo: a Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85) e o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90), sendo que desde a edição deste último ele é usado como parâmetro legislativo para o direito coletivo, permitindo-se até mesmo a utilização de seus dispositivos quando se trata de ação civil pública.

No que tange ao tratamento conferido à coisa julgada, a Lei da Ação Civil Pública disciplina, no art. 16,⁹² a extensão *erga omnes* de seus efeitos, com exceção do pedido ser julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que se formaria apenas a coisa julgada formal.⁹³

Nesse próprio artigo, foi realizada uma alteração em sua redação pela Lei n. 9.494/97, que acrescentou o limite da competência territorial do órgão prolator para a extensão *erga omnes* da coisa julgada, gerando as mais diversas manifestações de repúdio, tendo em vista que uma limitação territorial da coisa julgada significaria a possibilidade de formação de decisões díspares acobertadas pela coisa julgada em todo o território brasileiro.

⁹² “Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.” (Redação dada pela Lei nº 9.494, de 10.9.1997)

⁹³ Segundo Aroldo Plínio Gonçalves, no artigo “A coisa julgada no Código de Defesa do Consumidor e o conceito de parte”, nessa hipótese, há sim formação da coisa julgada material entre as partes (legitimado e réu), que segundo o autor, foi o objeto de alteração pelo CDC e não a coisa julgada, segundo preleciona a maioria dos autores. As partes seriam, portanto, o legitimado e o réu e entre elas se formaria a coisa julgada material. (GONÇALVES, 1995).

A despeito da grande polêmica gerada por referida alteração, sendo que a maioria dos doutrinadores opina pela sua desconsideração, afirmando que ocorreu um equívoco por parte do legislador, ela não será objeto de análise neste trabalho.

Deve-se destacar, contudo, que a despeito da utilização da Lei da Ação Civil Pública para disciplinar a coisa julgada, o Código de Defesa do Consumidor foi mais específico no tratamento da matéria, ressaltando os limites subjetivos no caso de cada direito coletivo (direito difuso, direito coletivo *stricto sensu* e direito individual homogêneo),⁹⁴ razão pela qual opta-se pela utilização desse diploma legislativo quando se trata da coisa julgada.

Assim, portanto, pelo fato de o Código de Defesa do Consumidor ser o diploma legislativo utilizado como parâmetro para o direito coletivo e de ter disciplinado a coisa julgada de modo específico, o art. 103 do referido Código é considerado o dispositivo que disciplina a matéria da coisa julgada e seus limites subjetivos no direito coletivo brasileiro atual.

Obviamente, pelo fato de neste trabalho analisar-se a coisa julgada no direito coletivo como um todo, mas especificamente nos direitos difusos, em razão do próprio marco teórico da pesquisa (Teoria da Ação Temática), discorre-se

⁹⁴ “Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada:

I – *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81;

II – *ultra partes*, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81;

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

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

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

§ 3º Os efeitos da coisa julgada de que cuida o art. 16, combinado com o art. 13 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos arts. 96 a 99.

§ 4º Aplica-se o disposto no parágrafo anterior à sentença penal condenatória.”

sobre o tratamento utilizado pelo Código de Defesa do Consumidor para disciplinar a coisa julgada e seus limites subjetivos somente nos direitos difusos.

Assim, a título didático, transcreve-se a parte do dispositivo que se refere aos direitos difusos:

Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada:

I – *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81. (BRASIL, 2006a, p. 581).

Vislumbra-se, portanto, que o limite subjetivo da coisa julgada nos direitos difusos é *erga omnes* (oponível a todos), ou seja, atinge pessoas que não participaram do procedimento, que seriam denominados como “terceiros”.

Assim, a escolha pela extensão *erga omnes* da coisa julgada estaria baseada no fato de que “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)

Na realidade, do artigo deduz-se que a coisa julgada seria estendida a todos somente em caráter benéfico, ou seja, se a ação for julgada procedente ou improcedente, nessa última hipótese, se demonstrado que a pretensão era infundada; se a ação for julgada improcedente por insuficiência de provas, não haveria a formação da coisa julgada material (que concede a imutabilidade da sentença), mas somente formal.

Essa extensão dos limites subjetivos da coisa julgada de acordo com o julgamento recebe nomes específicos, que serão esclarecidos logo abaixo.

7.2.1. Coisa julgada *secundum eventum litis*, *secundum eventum probationis* e *in utilibus*

Essa extensão da coisa julgada somente em caráter benéfico recebe as denominações: coisa julgada *secundum eventum litis*, que seria traduzida como coisa julgada segundo o resultado do processo; coisa julgada *secundum eventum probationis*, que seria traduzida como coisa julgada segundo o resultado das provas; e extensão *in utilibus* da coisa julgada, que consistiria na extensão benéfica da coisa julgada.

A despeito da diferenciação nas terminologias, as três expressões se referem ao fato de que os limites subjetivos da coisa julgada somente serão *erga omnes* se a ação for julgada procedente ou improcedente desde que demonstrado que a pretensão era infundada; não existindo, no entanto, a possibilidade de extensão desses limites subjetivos caso a ação seja julgada improcedente por insuficiência de provas.

Nesse sentido,

a previsão é de extensão do comando da sentença no processo coletivo em caráter benéfico, em caso de procedência da ação, e na hipótese de improcedência quando demonstrado que a pretensão era infundada. Se a improcedência decorre da insuficiência de provas, o julgado produz efeito 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*, e extensão *in utilibus* aos efeitos do julgado. (LEONEL, 2002, p. 266)

Alguns doutrinadores consideram, no entanto, que a expressão mais correta seria coisa julgada *secundum eventum probationis*, justamente porque seria a insuficiência de provas que permitiria a extensão benéfica da coisa julgada, sendo que o “resultado do processo” (*secundum eventum litis*) dependeria dessa insuficiência ou não de provas.

O que estaria sendo avaliado seria a posição assumida pelo terceiro, tendo em vista que entre as partes persiste a regra adotada no direito individual de que a coisa julgada se forma *inter partes*.

No que tange aos terceiros,

encontramos na doutrina dos escritores e na jurisprudência dos Tribunais a afirmação de que os terceiros podem invocar o caso julgado alheio quando lhes aproveite, mas não estão sujeitos a ele quando lhes cause prejuízo. Esta opinião costuma designar-se pela fórmula – eficácia do julgado *secundum eventum litis*. (REIS, 1985, p. 89)

Gidi (1995, p. 73), no entanto, possui um posicionamento mais específico sobre as terminologias adotadas:

A coisa julgada sempre se formará, independente de o resultado da demanda ser pela procedência ou pela improcedência. A coisa julgada nas ações coletivas se forma *pro et contra*. O que diferirá, de acordo com o 'evento da lide', não é a formação ou não da coisa julgada, mas o rol de pessoas por ela atingidas. Enfim, o que é *secundum eventum litis* não é a formação da coisa julgada, mas a sua extensão *erga omnes* ou *ultra partes* à esfera jurídica individual de terceiros prejudicados pela conduta considerada ilícita na ação coletiva (é o que se chama extensão *in utilibus* da coisa julgada).

Para o referido autor, ao contrário do que apregoa a maioria da doutrina, a coisa julgada não deixará de se formar caso o pedido seja julgado improcedente por insuficiência de provas, pelo contrário, a coisa julgada sempre se formará *pro et contra* (a favor ou contra), e o que poderá ser de acordo com a coisa julgada benéfica ou não é a extensão dos seus limites subjetivos.

A despeito de a posição de Gidi (1995) estar mais bem estruturada e mais consentânea com o próprio conceito de coisa julgada adotado no direito coletivo brasileiro atual (mesmo conceito do direito individual: qualidade dos efeitos ou efeito da sentença que a torna irrecorrível, irretroatável e imutável)⁹⁵, não parece haver dúvida de que as três expressões, ora objeto de análise, relacionam-se aos limites subjetivos da coisa julgada no direito coletivo.

⁹⁵ Já se demonstrou no capítulo 4 que a utilização de referido conceito na contemporaneidade é inadequada.

Depois de devidamente esclarecidas referidas expressões, portanto, ressaltando o posicionamento de Leonel (2002, p. 266) de que “[...] a extensão da coisa julgada só em caráter benéfico ainda é a solução que melhor atende às peculiaridades do processo coletivo”, em síntese, pode-se concluir que os limites subjetivos da coisa julgada nos direitos difusos, atualmente, no direito coletivo brasileiro são estabelecidos do seguinte modo.

Encontram-se disciplinados no Código de Defesa do Consumidor, consistindo em: geralmente, nas partes, que serão diretamente afetadas pela coisa julgada; podendo ser estendidos a terceiros (oponibilidade *erga omnes*), caso o pedido seja julgado procedente ou improcedente, se demonstrado que a pretensão era infundada; e não podendo ser estendidos a terceiros, caso o pedido seja julgado improcedente por insuficiência de provas (coisa julgada *secundum eventum litis*, coisa julgada *secundum eventum probationis* e/ou extensão *in utilibus* da coisa julgada), hipótese na qual, qualquer legitimado difuso “poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova”. (parte final do inciso I do art. 103 do CDC).

Destaque-se, ainda, que a extensão dos limites subjetivos da coisa julgada nos direitos difusos a terceiros não impede que sejam ajuizadas ações individuais dos portadores dos direitos difusos (§ 1º do art. 103 do CDC), o que se impede é o ajuizamento de outra ação coletiva.

Assim, após elucidar o tratamento concedido aos limites subjetivos da coisa julgada nos direitos difusos no direito coletivo brasileiro atual, possibilita-se a enunciação do tratamento considerado adequado para referidos limites, segundo as diretrizes esposadas e adotadas neste trabalho.

Contudo, não seria possível trabalhar os limites subjetivos da coisa julgada nos direitos difusos sem elucidar a questão dos limites objetivos da coisa julgada, que se relacionam diretamente, máxime em termos da ação temática (MACIEL JÚNIOR, 2006).

Tendo em vista referido fato, no próximo tópico, discorre-se sobre os denominados limites objetivos da coisa julgada. Antes, porém ressalte-se o

posicionamento de Gidi (1995), esposado por Rocha (2002, p. 184), que pertence à disciplina atual dos limites subjetivos da coisa julgada, mas que será bastante útil para as ideias desenvolvidas no último tópico deste capítulo:

A coisa julgada sempre atinge somente as partes do conflito, pois mesmo no caso de interesses difusos a comunidade de sujeitos indeterminados afetada é a titular do direito subjetivo e que sofre a lesão, e não o indivíduo indeterminado, assim, este, mesmo não sendo parte no processo e sim a comunidade coletivamente considerada, não há como considerá-lo terceiro, pois integra a coletividade ou comunidade.

7.3. Limites objetivos da coisa julgada sob a perspectiva da ação temática

Antes de adentrarmos, portanto, ao tema central deste trabalho, necessário discorrer, ainda que brevemente, sobre os denominados limites objetivos da coisa julgada, tema que se afigura intrinsecamente correlacionado ao dos limites subjetivos da coisa julgada.

Assim, tendo em vista que o instituto da coisa julgada foi desenvolvido, primeiramente, no âmbito do direito individual, discorre-se sobre seus limites objetivos no âmbito do direito individual, no do direito coletivo adotado no Brasil atualmente e no da ação temática.

7.3.1. *Direito individual*

No direito individual, sempre ocorreu uma preocupação muito grande sobre qual “parte” da sentença seria objeto da qualidade da imutabilidade gerada pela coisa julgada.

Os limites objetivos da coisa julgada consistiriam, portanto, no marco que delimitava o que seria objeto da imutabilidade da coisa julgada.

Tendo em vista que a sentença, de acordo com o Código de Processo Civil de 1973,⁹⁶ contém três partes integrantes, quais sejam, o relatório, os fundamentos e o dispositivo, a corrente indagação que se propunha era a de qual seria a extensão dos limites objetivos da coisa julgada, ou em outros termos, qual seria a parte ou as partes da sentença que seriam objeto de imutabilidade.

Em geral, segundo a legislação vigente (CPC/1973)⁹⁷ e o posicionamento da maioria dos doutrinadores, a imutabilidade somente abarca o dispositivo da sentença, sendo que o relatório e os fundamentos não seriam objeto de imutabilidade.

Segundo Liebman (1984, p. 55), um dos maiores influenciadores do direito processual como já destacado, “só o comando pronunciado pelo juiz que se torna imutável, não a atividade lógica exercida pelo juiz para preparar e justificar a decisão”.

Liebman (1984, p. 58), em longa nota de rodapé em que discorre especificamente sobre o tema da coisa julgada, refere-se à complexidade que envolve a questão dos limites objetivos da coisa julgada, concluindo pela restrição da coisa julgada à parte dispositiva da sentença.

Nas palavras do autor,

[...] a questão dos limites objetivos da coisa julgada é uma das mais controvertidas no direito brasileiro. Resolveu-a, na verdade, há muito tempo, e de modo insuperável, Paula Batista (*Compêndio de Teoria e Prática do Processo Civil*, 8. ed., São Paulo, 1935, §185, nota I), quando afirmou que ‘a autoridade da coisa julgada é restrita à parte dispositiva do julgamento e aos pontos aí decididos e fielmente compreendidos em relação aos seus motivos objetivos’. Significa isso que os motivos da sentença *não são objeto* da coisa julgada, mas devem ser considerados

⁹⁶ “Art. 458. São requisitos essenciais da sentença:

I – o relatório, que conterá os nomes das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II – os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III – o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões, que as partes lhe submeterem.”

⁹⁷ “Art. 469. 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 fundamento da sentença;

III – a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo.”

para entender o verdadeiro e cabal alcance da decisão. Em essência, é análogo ao pensamento de João Mendes (*Direito Judiciário Brasileiro*, 3. ed., Rio de Janeiro, 1940. ps. 485-486), que estende a coisa julgada aos *motivos objetivos*, entendidos, porém, estes como 'elementos ou partes constitutivas da relação de direito', 'conteúdo da relação litigiosa'. Critério mais amplo, parece, ao revés, o de João Monteiro (*Teoria do Processo Civil e Comercial*, 5. ed., São Paulo, 1936, §246), para quem 'fazem coisa julgada as relações jurídicas que realmente foram controvertidas e julgadas'. Um pouco oscilante entre estas duas tendências, mas exato na conclusão, é Aureliano Gusmão (*Coisa Julgada*, 2. ed., São Paulo, 1922, p. 68 e segs.). Também na interpretação do art. 287, parág. único, do Cód. de Proc. Civil brasileiro, nem sempre é seguro o critério dos comentadores, deixando margem a muitas incertezas na prática. [...] Importa realçar que a afirmação freqüente, segundo a qual se estenderia a coisa julgada a todas as questões debatidas e decididas, é duplamente inexata. Em primeiro lugar, porque se estende também a questões não debatidas nem decididas: se uma questão pudesse ser discutida no processo, mas de fato não o foi, também a ela se estende, não obstante, a coisa julgada, no sentido de que aquela questão não poderia ser utilizada para negar ou contestar o resultado a que se chegou naquele processo. Por exemplo, o réu não opôs uma série de deduções defensivas que teria podido opor, e foi condenado. Não poderá ele valer-se daquelas deduções para contestar a coisa julgada. A finalidade prática do instituto exige que a coisa julgada permaneça firme, embora a discussão das questões relevantes tenha sido eventualmente incompleta; absorve ela, desse modo, necessariamente, tanto as questões que foram discutidas como as que o poderiam ser. Nesse sentido dispõe exatamente o parág. único do art. 287 do Cód. de Proc. Civil. Em segundo lugar, pelo contrário, não se abrangem na coisa julgada, ainda que discutidas e decididas, as questões que, sem constituir objeto do processo em sentido estrito, o juiz deverá examinar, como premissa da questão principal (questões prejudiciais em sentido estrito): foram ela *conhecidas*, mas não *decididas*, porque sobre elas o juiz não sentenciou, e por isso podem ser julgadas livremente em outro processo, mas para fim diverso do objetivado no processo anterior; e o resultado desse processo deve permanecer intangível, mas para qualquer outro efeito subsistem intactas as questões prejudiciais... Assim, a disposição do art. 287, parág. único, deve aplicar-se com muita cautela. Por essa razão, ao invés de estabelecer os limites da coisa julgada com fundamento nas questões discutidas, convém lembrar que o que a coisa julgada deve assegurar, é o *resultado prático e concreto do processo* (ou, em outras palavras, o seu efeito), e nada mais que isso; e é, pelo contrário, irrelevante a amplitude da matéria lógica discutida e examinada. Pode esta ter ultrapassado os limites da questão que foi deduzida no processo como seu objeto, ou pode também ter-se restringido mais do que ela poderia ter comportado, sem que por isso se altere o âmbito em que opera a coisa julgada. E para identificar o objeto (sentido técnico) do processo e, em conseqüência, da coisa julgada, é necessário considerar que a sentença representa a resposta do juiz aos pedidos das partes e que por isso (prescindindo da hipótese excepcional de decisão *extra petita*) tem ela os mesmos limites desses pedidos, que ministram, assim, o mais seguro critério para estabelecer os limites da coisa julgada. Em conclusão, é exato dizer que a coisa julgada se restringe à parte positiva da sentença; a essa expressão, todavia, deve dar-se um

sentido *substancial* e não *formalístico*, de modo que abranja não só a fase final da sentença, mas também qualquer outro ponto em que tenha o juiz eventualmente provido sobre os pedidos das partes. Excluem-se, por isso, da coisa julgada os motivos, mas são eles mesmos um elemento indispensável para determinar com exatidão a significação e o alcance do dispositivo. (LIEBMAN, 1984, p. 55-58, grifos do autor).

Segundo Liebman (1984), portanto, os motivos são essenciais para o estabelecimento do raciocínio lógico do decisor, contudo não são objeto da imutabilidade da coisa julgada.

Como já ressaltado, sendo um tema muito controverso no Direito, assim como todos os que envolvem a coisa julgada, os limites objetivos foram objeto de várias polêmicas, destacando-se, contudo, o posicionamento de Liebman (1984) como o mais acertado e acolhido.

De acordo com Campos (1988, p. 26-27),

de tais polêmicas, que chegam até o início do século, é que os defensores da restrição dos limites objetivos extraem a conceituação de dispositivo como a última conclusão do juiz, dele se excluindo as razões que sustentam tal conclusão. Na verdade acolhem a doutrina de LIEBMAN, que assentava só adquirir autoridade de coisa julgada o comando contido na sentença, e não os motivos, que se prestariam, no máximo, a esclarecer o dispositivo, entendido como exclusivamente comando. Assim, apenas o comando, isto é, a resolução da lide imposta às partes, ou na terminologia de LIEBMAN, a resposta ao pedido da parte, recebia a autoridade da coisa julgada.

O próprio Campos (1988, p. 93-94), porém, em obra específica sobre o tema, discorda do posicionamento esposado por Liebman (1984), ao afirmar que

a coisa julgada compreende não só comando porém todos os elementos da decisão da questão. Esta decisão compreende vários elementos, e entre eles se encontra a situação inicial da qual partiu o ciclo onde se resolveu o fato construído pela sentença.

E completa:

a coisa julgada encontrará seus limites objetivos nos elementos nos quais se resolveram a solução das questões. É necessário agora estabelecer que estas questões são geradas por: razões da pretensão, razões da

resistência e razões da contrapretensão (quando ocorra). (CAMPOS, 1988, p. 63).

Sobre os limites objetivos da coisa julgada, Campos (1988, p. 65-66) aduz, portanto:

a) a coisa julgada encontra seus limites objetivos nas soluções das questões; b) estas soluções são as razões e as resultantes da decisão; c) a estrutura das razões consiste na afirmação de fatos jurídicos; d) os fatos jurídicos afirmados na decisão são os constantes das razões da pretensão, ou da contestação, ou da contrapretensão; e) estes fatos são de duas ordens: a primeira, os afirmados como existentes; a segunda, os fatos que se pretendem constituir através da decisão; f) a decisão contém a afirmação das duas ordens de fatos, pois a afirmação da segunda implica juridicamente a afirmação da primeira; g) estas duas ordens de fatos como conteúdo da decisão são o conteúdo das soluções das questões; h) as duas ordens de fatos dão origem respectivamente à razão da decisão e à resultante da decisão; i) estes fatos são, portanto, os limites objetivos da coisa julgada, visto que sua interdependência é jurídica, e não só lógica, estando vinculados por relação de causa e efeitos jurídicos. A autoridade da coisa julgada estende-se, pois, a todos estes fatos jurídicos.

Para compreender o posicionamento de Campos (1988), alguns esclarecimentos devem ser feitos. O primeiro é o de que a decisão se forma de acordo com as representações dos fatos da lide, simples e jurídicos, tendo em vista que o que se encontra no procedimento são representações, e não os fatos em si:

O julgado se forma considerando estas representações, porque os fatos da lide, os jurídicos e os simples, não se encontram direta e concretamente no processo, porém nele estão exatamente suas representações. Assim, se as representações não atuam diretamente no fluxo dos fatos, determinarão também o julgado, pois este se forma a partir dos elementos existentes nos autos, e nestes encontramos representações e não fatos. (CAMPOS, 1988, p. 73).

O segundo é a diferenciação realizada por Campos (1988, p. 86) entre fatos da lide e fatos do processo. Os primeiros integrariam as razões da decisão e,

portanto, seriam objeto da coisa julgada, e os segundos integrariam os motivos da decisão, não constituindo objeto da coisa julgada:

Entendemos que tais distinções são possíveis porque estabelecemos dois planos: o primeiro é a cadeia de fatos onde eclodiu a lide; o segundo, a cadeia de fatos estruturada para formar o julgado que compõe a lide. As razões da decisão pertencem ao primeiro e os motivos ao segundo. Por consequência, inexato distinguir-se motivos e razão da decisão, segundo sua relevância para a decisão, considerando-se um só e mesmo plano. [...] Concluimos, pois, que em um plano as razões da decisão a determinam, e, em outro plano, os motivos cumprem a função de revelar as características e a relevância das razões da decisão, são causa de convicção e não de existência.

A distinção dessas duas espécies de fatos, ou dos dois planos, como prefere Campos (1988, p. 93-94), é que possibilitaria uma conceituação de motivo diversa de razão da decisão, o que explicaria sua exclusão do âmbito da imutabilidade da coisa julgada, segundo prescrição do art. 469, I, do Código de Processo Civil⁹⁸:

No nosso entender, a constatação da existência de dois planos possibilita-nos uma conceituação de motivo, e explica sua exclusão do âmbito da coisa julgada, nos termos do art. 469, I, do CPC. [...] Se atentarmos também ter a autoridade da coisa julgada a finalidade de assegurar o resultado prático do processo, como diz LIEBMAN, não há porque comunicá-la aos motivos, pois estes dela não necessitam, já que não integram a cadeia de fatos onde eclodiu a lide. Sua função é formar a convicção do julgador e para cumpri-la não necessitam receber a autoridade da coisa julgada. Os motivos esgotam sua eficácia no processo, e a autoridade da coisa julgada é necessária para que os fatos fora do processo, e após o processo, tenham um determinado curso. (CAMPOS, 1988, p. 87-88). [...] No julgado o motivo é substituível, o que não ocorre com a razão da decisão que o integra. [...] Os fatos simples são pois substituíveis. Ao contrário, o fato jurídico [...], é insubstituível. Julgamos portanto mais uma vez esclarecida a distinção entre as duas ordens de fatos. Além do mais, se atentarmos ser substituível o fato simples, e insubstituível o fato jurídico, veremos que o primeiro pode ser alijado do âmbito da coisa julgada, e o segundo, ao contrário, a integra,

⁹⁸ “Art. 469. Não fazem coisa julgada:

I – os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença;
[...].”

dela não podendo ser excluído. Concluímos, pois, que o fato a que se refere o inciso II do art. 469 é o fato simples tão-somente.

Explicando, de acordo com seu entendimento, o sistema adotado pelo Código de Processo Civil de 1973 para a disciplina dos limites objetivos da coisa julgada, Campos (1988, p. 168) conclui:

O sistema proposto implica dois mecanismos harmônicos: a) Os limites objetivos da coisa julgada são definidos pelas questões decididas, consistindo as questões na dúvida gerada pelas razões da pretensão, contrapretensão, ou resistência à pretensão. As questões decididas, restabeleceriam a eficácia jurídica dos fatos contidos na cadeia onde eclodiu a lide. Visto esta concatenação, a autoridade da coisa julgada, pela natureza de sua função, tanto restabelece a eficácia dos fatos subseqüentes, como dos antecedentes, cuja eficácia condiciona a dos subseqüentes. Este é o mecanismo previsto no art. 468, assentado sobre a decisão das questões cobertas pela autoridade da coisa julgada. b) Para que o julgado se forme sobre a lide no estado em que ela se encontra quando da pronúncia da sentença, é necessário atender às modificações relevantes e supervenientes no estado da lide. Este o sentido do mecanismo previsto nos arts. 5, 325, 303, I, 462, 470 do CPC. Da mesma forma que se exigiu a iniciativa da parte para levar a juízo a lide, também esta iniciativa é indispensável para que nela se considere a modificação superveniente. Desta forma a iniciativa da parte é reclamada não para que a autoridade da coisa julgada se estenda a determinado tipo de questões, porém para que a questão, por seu caráter superveniente, seja trazida ao processo e integrada por isso no mecanismo previsto no art. 468, isto é, no âmbito da autoridade da coisa julgada. c) Os dois mecanismos atendem a dois aspectos do julgado: o primeiro (art. 468) disciplina os limites objetivos da coisa julgada; o segundo (arts. 5, 462 e 470) disciplina a atualização dos julgados.

Assim, portanto, o posicionamento de Campos (1988) se diferencia do de Liebman (1984) no sentido de que não seria somente o dispositivo o objetos dos limites objetivos da coisa julgada e, portanto, da imutabilidade, mas, também, todas as razões da decisão, ou seja, todos os fatos jurídicos que ensejaram a lide, excluindo-se da imutabilidade, no entanto, os motivos que justificam a tomada da decisão.

Referido posicionamento, no entanto, pela própria complexidade que apresenta, não é o correntemente adotado pela doutrina brasileira, mas demonstra entendimento diferenciado e bem fundamentado sobre outra perspectiva, razão pela qual foi elucidado.

De modo geral, no Direito brasileiro prevalece o posicionamento esposado por Liebman (1984), ou seja, o de que os limites objetivos da coisa julgada se restringem ao dispositivo da sentença.⁹⁹

7.3.2. Direito coletivo

No âmbito do direito coletivo, os limites objetivos da coisa julgada não costumam chamar a atenção dos doutrinadores, sendo os limites subjetivos a fonte de preocupações.

Assim, pouco se desenvolveu o estudo da extensão objetiva do julgado no âmbito do direito coletivo, aplicando-se a mesma disciplina esposada pelo direito individual.

Segundo Gidi (1995, p. 113),

Afinal, a coisa julgada coletiva também há de ser limitada objetivamente. E essa disciplina ao que nos parece, não encontramos pelo menos totalmente, nas disposições do CDC. Chega-se à inelutável conclusão de que a disciplina prevista pelo CPC para a coisa julgada individual, deve ser aplicada, no que couber e no que não conflitar com a índole especial das ações coletivas, à coisa julgada coletiva.

Nesses termos, considera-se que o limite objetivo da coisa julgada no direito coletivo também se restringe ao dispositivo da sentença, pois “seja a sentença de procedência, seja de improcedência (em havendo suficiência probatória), a mesma ação coletiva, em defesa do mesmo direito, não poderá ser reproposta: o comando da sentença é imutável”. (GIDI, 1995, p. 117)

Obviamente, contudo, não se inclui na imutabilidade proporcionada pela coisa julgada o dispositivo da ação em que o pedido foi julgado improcedente por

⁹⁹ Como ressaltado, trata-se de uma análise geral do adotado no Código de Processo Civil de 1973, não tendo sido avaliadas as possibilidades de extensão desses limites objetivos, por exemplo, às questões prejudiciais, por meio da declaratória incidental.

insuficiência de provas (art. 103, I, do CDC)¹⁰⁰, tendo em vista que, nesse caso, somente há formação da denominada coisa julgada formal (esgotamento das vias de questionamento e possível revisibilidade da decisão), e não da coisa julgada material, que seria hábil a conferir a imutabilidade.

No entanto, como se discorreu, o conceito do instituto da coisa julgada foi revisitado após a promulgação da Constituição brasileira de 1988 e não se adapta mais a esta conceituação relacionada à imutabilidade, sendo, portanto, difícil manter essa extensão objetiva da coisa julgada como sinônimo de imutabilidade a qualquer parte da sentença.

No tópico a seguir, sob a perspectiva do conceito de coisa julgada revisitado e de acordo com a Teoria da Ação Temática, desenvolve-se um raciocínio mais adequado sobre os possíveis limites objetivos da coisa julgada nos direitos difusos.

7.3.3. Ação temática

A ação temática, como já destacado, objetiva a conceituação do direito difuso, transferindo seu cerne do número de sujeitos atingidos, segundo a conceituação corrente do direito difuso, para o bem ou fato jurídicos que poderiam afetar um indefinível número de sujeitos.

Isso é muito importante porque estabelece que o essencial em uma ação coletiva não seria um sem-número de interessados integrando o procedimento (a despeito de ser possível na ação temática), mas, sim, os diversos

¹⁰⁰ “Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada:
I – *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81.
[...].”

posicionamentos distintos que seriam objeto de análise e que enriqueceriam o conteúdo da ação.

Reafirma-se, assim, a importância de a ação temática proceduralizar os direitos difusos:

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 pelo 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 JÚNIOR, 2006, p. 181)

Portanto, o próprio mérito da ação temática será participado, ou seja, todos os pedidos realizados, baseados nas mais diversas posições, serão considerados para a formação do mérito, e não somente o pedido inicial que gerou a ação:

O mérito nas ações coletivas que tratem dos interesses difusos não pode ser posto ou determinado somente no pedido inicial. Deve haver uma fase até quando os diversos interessados difusos possam manifestar seus interesses e alterar o mérito da ação coletiva, com o agrupamento das posições comuns e o destaque das várias questões conflituosas que deverão ser objeto de julgamento. (MACIEL JÚNIOR, 2006, p. 181).

Contudo, em que medida tudo isso se relaciona com os limites objetivos da coisa julgada?

Diretamente.

De fato, na ação temática, a coisa julgada, como também já exposto, não é conceituada como uma qualidade ou efeito que confere imutabilidade à sentença, ou ao dispositivo da sentença (limites objetivos da coisa julgada na conceituação clássica).

Referido conceito não pode perdurar mais no ordenamento jurídico brasileiro após a promulgação da Constituição de 1988 e o estabelecimento do Estado Democrático de Direito.

Na ação temática, a coisa julgada representa um instituto autônomo que torna a sentença exigível, desde que observado o devido processo constitucional (LEAL, 2005).

Como a coisa julgada assegura, na perspectiva adotada neste trabalho, o devido processo constitucional, e não a imutabilidade da sentença, não há que se falar em seus limites objetivos, visto que o devido processo constitucional deve ser observado durante todo o procedimento, inclusive na sentença, que é parte integrante deste.

Não se poderia destacar uma ou mais partes específicas em que o devido processo constitucional deveria ser observado na sentença, como se realizava com a qualidade da imutabilidade nos limites objetivos da coisa julgada na conceituação clássica, pelo simples fato de que o devido processo constitucional deve ser observado não somente na inteireza da sentença, como em todo o procedimento.

Assim, na ação temática, não se fala em limites objetivos da coisa julgada, e o essencial para determinar o prosseguimento da ação e evitar a repetição de argumentos já esposados é a preclusão. E é exatamente pelo fato da ação temática permitir a discussão de maior número de questões, em razão da construção do mérito participado, que é necessário estabelecer uma política legislativa adequada sobre a preclusão, visto que é esse instituto que vai possibilitar a dinâmica do procedimento.

No entanto, as linhas acima elucidadas sobre os limites objetivos da coisa julgada, ou melhor, sobre a ausência desses limites no âmbito da ação temática, representam somente esboços iniciais sobre o tema, que se relaciona diretamente com o tema central deste trabalho.

Na realidade, limites objetivos e subjetivos sempre foram peculiaridades do mesmo instituto, sendo, portanto, complicado estudar um deles sem, ao menos, mencionar o outro.

No tópico a seguir, portanto, desenvolve-se o tema central deste trabalho.

7.4. Limites subjetivos da coisa julgada coletiva segundo o modelo participativo da ação temática

Intentando demonstrar qual seria a concepção adequada para os limites subjetivos da coisa julgada nos direitos difusos, é necessário retomar a conceituação de alguns pontos essenciais para a elucidação de referido objetivo.

Antes, porém, observe-se o posicionamento de Maciel (2006, p. 180) sobre os referidos limites:

O que será fundamental para estabelecer os limites da demanda e, por conseguinte, da extensão dos futuros efeitos da coisa julgada nas ações coletivas será uma clara definição sobre o mérito ou o conteúdo da demanda, que não será formado apenas pelo objeto do pedido constante na petição inicial, mas pela efetiva oportunidade de ingresso na ação do maior número de interessados difusos que tenham teses diferentes dos já existentes no processo. Isso necessariamente provoca a possibilidade de alteração ou ampliação do mérito da ação proposta, o que é de admissão restritíssima dentro do processo civil individual.

Nesse excerto, já se vislumbra a relação direta da legitimação para agir com os limites subjetivos da coisa julgada nos direitos difusos, segundo a perspectiva da ação temática (MACIEL JÚNIOR, 2006).

Destaque-se, novamente, no entanto, o fato de que o importante na ação temática não é o fato de um sem-número de participantes esposar a mesma tese jurídica, mas, sim, possibilitar a ampla participação para que sejam discutidas muitas teses jurídicas, sob diferentes pontos de vista, sobre o objeto do procedimento, o que significaria a possível ampliação do mérito da ação proposta.

Os pontos que devem ser retomados para uma adequada enunciação dos limites subjetivos da coisa julgada nos direitos difusos são, portanto, além da legitimação para agir, o modelo participativo, os direitos difusos, o conceito de parte e o conceito de coisa julgada.

Como se trata de enunciar algo nos direitos difusos, o primeiro conceito a ser retomado deve ser o dos próprios direitos difusos.

Assim, neste trabalho, adota-se o conceito de direito difuso como aquele que tutela um bem ou um fato que atinge um número indeterminado e indeterminável de pessoas, concebido, portanto, objetivamente, de acordo com a Teoria das Ações Temáticas (MACIEL JÚNIOR, 2006)

Esse conceito de direito difuso, visto sob uma perspectiva objetiva será extremamente importante para a possível extensão dos limites subjetivos da coisa julgada.

Ao se retomar, portanto, o modelo participativo, que configura o modelo do Estado brasileiro na contemporaneidade e do próprio processo, retomam-se também, os conceitos da legitimação para agir, de parte e da coisa julgada.

Especificamente quando se fala em modelo participativo neste trabalho, fala-se em modelo participativo da ação temática, justamente pela legitimação para agir adotada nessa ação: modelo participativo porque possibilita que todos os interessados difusos, aqueles que serão, de alguma maneira, afetados pela decisão participem da construção dessa decisão.

Ressalte-se que a participação efetiva na ação temática dos interessados difusos não é obrigatória. O que o modelo participativo assegura é a possibilidade de participação; a escolha pela participação, ou não, cabe ao interessado.

A legitimação para agir na ação temática, portanto, é ampla e irrestrita a todo e qualquer interessado difuso; e o conceito de parte é o de quem sofre os efeitos da decisão e tem a oportunidade de participar de sua construção, e não de quem pede.

Finalmente, a conceituação do instituto da coisa julgada considerada adequada aos parâmetros do Estado Democrático de Direito, em relação direta com o modelo participativo da ação temática, é a de garantia constitucional que assegura a existência e a eficácia da decisão, uma vez observado o devido processo constitucional, configurando-se, portanto, como uma coextensão do devido processo constitucional (LEAL, 2005).

Quanto aos limites subjetivos da coisa julgada nos direitos difusos, deduz-se, portanto, que, desde que observado o devido processo constitucional – e sua observância é pressuposto do modelo participativo –, há formação da coisa julgada; se parte no processo coletivo é aquela que tem a oportunidade de participar do devido processo, da construção da decisão e, por conseguinte, é aquela que sofre os efeitos da decisão, sendo que, todos os interessados difusos são legitimados para participar, em razão da própria caracterização dos direitos difusos, afirma-se que não existem terceiros na ação temática.

Ou seja: em razão de o objeto da ação temática ser o fato jurídico ou a circunstância de fato que afeta um número indeterminado e indeterminável de pessoas, sendo, portanto, todos os interessados difusos legitimados para ajuizar a ação, todo e qualquer interessado difuso será parte porque tem a oportunidade de participar da construção da decisão e sofrerá seus efeitos.

Portanto, tendo em vista que não há terceiros na ação temática, os limites subjetivos da coisa julgada (concebida como coextensão do devido processo constitucional) serão as próprias partes.

Nesse sentido e por todo o exposto neste trabalho, afirma-se que, sob a perspectiva da ação temática, os limites subjetivos da coisa julgada nos direitos difusos são as partes.

Se as partes, consideradas como todos os interessados difusos, representarão a extensão subjetiva da coisa julgada, aliás, se somente existe coisa julgada caso ocorra o devido processo constitucional e todos os interessados difusos são legitimados a participar da construção da decisão, sendo, portanto, seus autores e destinatários, obviamente, a coisa julgada deve ser estendida a todas as partes.

Seria despidendo tratar de limites subjetivos se todas as partes (todos os interessados difusos) possuirão a garantia da coisa julgada, uma vez observado o devido processo constitucional na ação temática; contudo, a terminologia pode continuar a ser utilizada no direito coletivo para designar a extensão subjetiva da coisa julgada, sem qualquer prejuízo terminológico.

Contudo, relembre-se que os limites subjetivos se referem à extensão subjetiva da coisa julgada considerada como garantia constitucional (instituto autônomo) que assegura a eficácia e a exigibilidade da decisão, uma vez observado o devido processo constitucional (LEAL, 2005).

Considerando, portanto, que o modelo participativo da ação temática é o mais adequado para a disciplina dos direitos difusos no contexto do Estado Democrático de Direito, a coisa julgada (coextensão do devido processo constitucional) e seus limites subjetivos (as partes), construídos de acordo com o referido modelo, devem ser observados e aplicados no direito coletivo brasileiro.

8. CONCLUSÃO

Adentrar no estudo do instituto da coisa julgada, bem como de sua extensão subjetiva, é de suma importância para o ordenamento jurídico e para aqueles que atuam no universo jurídico, pois, desde a promulgação da Constituição brasileira de 1988, a coisa julgada foi erigida a garantia constitucional.

A coisa julgada é contemporaneamente concebida como um instituto autônomo, não mais dependente da sentença de mérito, que assegura a eficácia e a exequibilidade das decisões quando observado o devido processo constitucional no procedimento no qual a decisão foi construída.

Com a instituição do Estado Democrático de Direito no território brasileiro, delineia-se a necessidade de revisitação de todas as instituições, institutos e princípios jurídicos, a fim de que eles se adaptem ao novo modelo estatal, e é exatamente sob a perspectiva da coisa julgada revisitada que se desenvolveu este estudo.

O conceito ultrapassado de coisa julgada como qualidade dos efeitos da sentença de mérito ou efeito da sentença de mérito que a tornam irretroatável, irrecorrível e imutável não coaduna com o conceito de provisoriedade que perpassa a pós-modernidade, tampouco com o de legitimidade (possibilidade de participação), que caracteriza o Estado Democrático de Direito.

A necessidade de segurança jurídica é substituída pela necessidade da observância do devido processo constitucional e, portanto, o eixo de previsibilidade das decisões se encontra, atualmente, neste último, e não mais naquela.

Nessa perspectiva, a coisa julgada afigura-se como um instituto coextensivo ao devido processo constitucional, real garantia constitucional, que assegura o cumprimento da decisão construída sob o devido processo constitucional.

Logo após o estudo da coisa julgada na perspectiva do direito individual, no qual o instituto se desenvolveu, foi possível observar que sua conceituação

revisitada ajusta-se, também, à do direito coletivo, apesar das peculiaridades que o distinguem do direito individual.

Isso porque, o traço distintivo da coisa julgada revisitada é o devido processo constitucional e, conseqüentemente, a possibilidade de participação do destinatário da decisão na sua construção, coadunando-se, portanto, com o direito coletivo, onde o objeto de tutela afeta uma coletividade de cidadãos.

Além disso, a coisa julgada afigura-se como garantia constitucional fundamental em todo e qualquer âmbito do Direito, daí a importância em se estudar a sua conceituação e aplicabilidade, também nos direitos coletivos, bem como de seus limites subjetivos.

Dada a complexidade e grandiosidade do tema, contudo, aprofundou-se este estudo nos direitos difusos, ou melhor, nos limites subjetivos da coisa julgada nos direitos difusos.

Nesse sentido, a conceituação dos direitos difusos e da legitimação para agir adotada pela doutrina corrente de estudiosos do direito coletivo não se encontra adequada ao modelo do Estado Democrático de Direito, tendo em vista que a adoção de critérios subjetivos para a definição de direitos e a restrição da participação do interessado, afetado pela decisão, na construção da decisão, afrontam o modelo estatal participativo brasileiro contemporâneo.

Assim, o modelo procedimental adotado para a efetivação dos direitos difusos no direito coletivo brasileiro atual não é adequado ao Estado Democrático de Direito, razão pela qual, adota-se, alternativamente ao modelo vigente, o modelo participativo da Ação Temática, que prima pelo alargamento da legitimação para agir a qualquer interessado e pela objetivação do direito difuso.

O direito é definido como difuso, portanto, de acordo com o bem objeto de tutela que atinge um número indefinido ou indefinível de pessoas, e não pela quantidade de sujeitos, possíveis titulares do direito. Objetiva-se o direito.

A legitimação para agir, no modelo participativo da ação temática, por sua vez, é diretamente relacionada com o conceito de parte deslocado da posição “de quem pede” para quem será afetado pela decisão.

Assim, qualquer interessado (aquele que será afetado pela decisão) é parte e, portanto, legitimado a participar da construção da decisão que o afetará. A legitimação para agir é ampla e irrestrita, coadunando-se com o estabelecido pelo art. 5º, XXXV, da Constituição brasileira de 1988.

A legitimação para agir configurada nos moldes da ação temática possibilita o estudo da extensão subjetiva da coisa julgada nos direitos difusos, pois a relação entre legitimação para agir e coisa julgada é direta, sendo que o modelo participativo do Estado Democrático de Direito é decisivo para a conceituação de ambas.

Nesse contexto, o modelo de limites subjetivos da coisa julgada nos direitos difusos utilizado atualmente, que inclui a coisa julgada *secundum eventum litis*, *secundum probationis* e *in utilibus*, em que se estende a imutabilidade do comando da sentença a terceiros (oponibilidade *erga omnes*) somente em caso de decisão benéfica, também não se coaduna com a realidade do Direito brasileiro na contemporaneidade, tendo em vista a conceituação revisitada da coisa julgada.

Aliás, no que tange à questão da imutabilidade do comando, ou dispositivo da sentença (como consagrado pela doutrina), ou seja, dos denominados limites objetivos da coisa julgada, que representam íntima relação com os limites subjetivos em razão de ambos corresponderem a diferentes perspectivas do mesmo instituto, também não se pode adotar o posicionamento utilizado há séculos.

Como a coisa julgada assegura, na perspectiva adotada neste trabalho, o devido processo constitucional, e não a imutabilidade da sentença, não há que se falar em seus limites objetivos, visto que o devido processo constitucional deve ser observado durante todo o procedimento, inclusive na sentença, que é parte integrante deste.

Não é possível destacar uma ou mais partes específicas em que o devido processo constitucional deva ser observado na sentença, como ocorria com a qualidade da imutabilidade nos limites objetivos da coisa julgada na conceituação

clássica, pelo simples fato de que o devido processo constitucional deve ser observado não somente na inteireza da sentença, como em todo o procedimento.

Assim, na ação temática, não se fala em limites objetivos da coisa julgada, e o essencial para determinar o prosseguimento da ação e evitar a repetição de argumentos já esposados é a preclusão.

A construção do mérito participadamente, bem como a determinação do objeto do procedimento com a participação de todos os interessados (legitimados-afetados), assegura a ausência de repetições de argumentos e provas desnecessárias, possibilitando a dinâmica do procedimento por meio de preclusões sucessivas.

Não é necessário assegurar a imutabilidade quando se assegura a participação.

Quanto aos limites subjetivos, finalmente, observa-se a necessidade de consideração de alguns conceitos fundamentais, analisados durante todo o trabalho, para sua adequada enunciação, tais como a legitimação para agir, o modelo participativo, os direitos difusos, o conceito de parte e o conceito de coisa julgada.

Assim, conclui-se que, desde que observado o devido processo constitucional - pressuposto do modelo participativo - há formação da coisa julgada; se parte no processo coletivo é aquela que tem a oportunidade de participar do devido processo, da construção da decisão e, por conseguinte, é aquela que sofre os efeitos da decisão, sendo que todos os interessados difusos são legitimados para participar, em razão da própria caracterização dos direitos difusos, afirma-se que não existem terceiros na ação temática.

Pelo fato de o objeto da ação temática ser o fato jurídico ou a circunstância de fato que afeta um número indeterminado e indeterminável de pessoas, sendo, portanto, todos os interessados difusos legitimados para ajuizar a ação, todo e qualquer interessado difuso será parte, uma vez que tem a oportunidade de participar da construção da decisão e sofrerá seus efeitos.

Nesse sentido e por todo o exposto neste estudo, afirma-se que, sob a perspectiva da ação temática, os limites subjetivos da coisa julgada nos direitos difusos são as próprias partes.

Apesar de ser despidendo tratar de limites subjetivos se todas as partes (todos os interessados difusos) possuirão a garantia da coisa julgada, uma vez observado o devido processo constitucional na ação temática, a terminologia pode continuar a ser utilizada no direito coletivo para designar a extensão subjetiva da coisa julgada sem qualquer prejuízo terminológico.

Tendo em vista as análises e considerações, conclui-se que o modelo participativo da ação temática é o mais adequado para a disciplina dos direitos difusos no contexto do Estado Democrático de Direito e que, portanto, a coisa julgada (coextensão do devido processo constitucional) revisitada e seus limites subjetivos (as partes), esposados nesse trabalho, em consonância com o referido modelo, devem ser observados e aplicados no direito coletivo brasileiro contemporâneo.

REFERÊNCIAS

ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. **Cuestiones de terminología procesal**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1972, 251 p.

ALLORIO, Enrico. **Problemas de derecho procesal**. Tradução de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1963. t. II. 463 p.

ALLORIO, Enrico. **Diritto processuale tributario**. 5. ed. Torino: Torinese, 1969. 743 p.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro**: um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação). São Paulo: Saraiva, 2003. 665 p.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Manual das ações constitucionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. 916 p.

ALVIM, Arruda. **Mandado de segurança, direito público e tutela coletiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. (Coleção Estudos e Pareceres, II) 558 p.

ALVIM, Thereza. **Questões prévias e os limites objetivos da coisa julgada**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1977. 122 p.

ARMELIN, Donaldo. **Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1979. 191 p.

ASSIS, Araken de. **Cumprimento da sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A proteção jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. *In: A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984, p. 98-106.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, n. 33, p. 5-28, jan./fev. 2005.

BARROS, Marina Rocha Cavalcanti. **Direitos difusos**: o giro da subjetividade para a intersubjetividade na compreensão do ordenamento jurídico. 2004. 141 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais(UFMG), Belo Horizonte, 2004.

BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade: algumas observações sobre o Brasil. **Estudos Avançados**, São Paulo v. 18, n. 51, p. 127-150, 2004.

BONAVIDES, Paulo. A despolitização da legitimidade. **Revista Trimestral do Conselho Federal da OAB**, São Paulo, Ano XX, v. XIX, n. 49, p. 5-27.

BRASIL. Associação Nacional do Ministério Público do Consumidor. **Anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos**. Disponível em: http://www.mpcon.org.br/site/portal/jurisprudencias_detalhe.asp?campo=2591
Acesso em: 25 maio 2009.

BRASIL. Associação Nacional do Ministério Público do Consumidor. **Anteprojeto de código modelo de processos coletivos para ibero-américa**. Disponível em: http://www.mpcon.org.br/site/portal/jurisprudencias_detalhe.asp?campo=2552.
Acesso em: 25 maio 2009.

BRASIL. Código de defesa do consumidor. *In*: ANGHER, Anne Joyce (Org.). *Vade mecum acadêmico de direito*. 3. ed. São Paulo: Rideel, 2006a, p. 567-582.

BRASIL. **Código de processo civil**. Organizador: Yussef Said Cahali. Obra coletiva de autoria da Editora Revista dos Tribunais. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. 1.725 p. (Legislação brasileira).

BRASIL. Código de processo civil. *In*: ANGHER, Anne Joyce (Org.). **Vade mecum acadêmico de direito**. 3. ed. São Paulo: Rideel, 2006b, p. 297-399.

BRASIL. Constituição (1988). Consolidação das leis do trabalho. *In*: ANGHER, Anne Joyce (Org.). **Vade mecum acadêmico de direito**. 3. ed. São Paulo: Rideel, 2006c, p. 649-728.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. *In*: ANGHER, Anne Joyce (Org.). **Vade mecum acadêmico de direito**. 3. ed. São Paulo: Rideel, 2006d, p. 3-143.

BRASIL. Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965. Regulamenta a ação popular. *In*: ANGHER, Anne Joyce (Org.). **Vade mecum acadêmico de direito**. 3. ed. São Paulo: Rideel, 2006e, p. 777-780.

BRASIL. Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985. Regulamenta a ação civil pública. *In*: ANGHER, Anne Joyce (Org.). **Vade mecum acadêmico de direito**. 3. ed. São Paulo: Rideel, 2006f, p. 897-898.

BRASIL. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Faculdade Mineira de Direito. **Proposta de código de processo coletivo brasileiro**. Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/codigo.doc>. Acesso em: 25 maio 2009.

BENJAMIN, Antônio Herman V. (Coord.). **Dano ambiental**: prevenção, reparação e repressão. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993. 470p.

CAMPOS, Ronaldo Cunha. **Limites objetivos da coisa julgada**. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1988. 186p.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. v. 10.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. 168p.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema del diritto processuale civile**. v. 3. Padova: Cedam, 1938.

CARVALHO NETO, Inácio de. **Manual de processo coletivo**. Curitiba: Juruá, 2005. 256p.

CASTILHO, José Luciano de. Celeridade processual e segurança jurídica. **Síntese Trabalhista**, Porto Alegre v. 1, n.1, p. 5-13, jul./1989.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Minorias e democracia no Brasil. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v. 1, n. 4, p. 307-322, 2006.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Tradução de J. Guimarães Menegale. São Paulo: Livraria Acadêmica, 1945. v. III. 478p.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Ensayos de derecho procesal civil**. Tradução de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires Jurídicas Europa-América; Bosch, 1949. v. III. 397p.

COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos do direito processual civil**. Tradução de Rubens Gomes de Sousa. São Paulo: Saraiva, 1946. 420p.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **“Class action” e mandado de segurança coletivo**: diversificações conceituais. São Paulo: Saraiva, 1990. 92 p.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006. 392 p.

CUETO RUA, Julio. **El “common law”**: su estructura normativa – Su enseñanza. Buenos Aires: La Ley, 1957. 458 p.

DELGADO, José Augusto. Pontos polêmicos das ações de indenização de áreas naturais protegidas. Efeitos da coisa julgada e princípios constitucionais. *In*: **Revista de Processo**, Ano 26. n. 103, p. 9-36, jun./set. 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material. **Revista de Processo**, Ano 28, n. 109, p. 9-38, jan./mar. 2003.

DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição. São Paulo: Landy, 2006. 197 p.

ENCICLOPEDIA UNIVERSAL ILUSTRADA: Europeu-Americana. Madri: Espasa-Calpe, [1907?-1930]. t. XV.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006. 780 p.

FERRAZ, Antônio Augusto Melo de Camargo; MILARÉ, Edis; NERY JÚNIOR, Nelson. **A ação civil pública e a tutela jurisdicional dos interesses difusos**. São Paulo: Saraiva, 1984. 218 p.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Segurança jurídica, coisa julgada e justiça. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v. 1, n. 3, p. 263-278, 2005.

GIDI, Antonio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995. 267 p.

GOLDSCHMIDT, James. **Derecho procesal civil**. Tradução de Leonardo Prieto Castro. Buenos Aires: Labor, 1936. 916 p.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. A ação civil pública na justiça do trabalho. **Revista LTr**, v. 58, n. 10, p. 1225-1229, out. 1994.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. A coisa julgada no código de defesa do consumidor e o conceito de parte. **Revista Forense**, v. 331, p. 65-73, jul./set 1995. Separata.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide, 2001.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Tutela de interesses difusos e coletivos**. São Paulo: Saraiva, 2006. 164 p. (Coleção Sinopses Jurídicas, v. 26).

GOTTHEIL, Julio. **Common law e civil law**. el *common law* y nuestro sistema juridico. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1927. 150 p.

GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). **A tutela dos interesses difusos**. São Paulo: Max Limonad, 1984. 258 p.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle difuso da constitucionalidade e a coisa julgada *erga omnes* das ações coletivas. **Revista Jurídica**, Ano 51, n. 307, p. 7-12, maio 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Coisa julgada e terceiros. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, v. 2, n. 12, p. 5-13, maio 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Coisa julgada penal. *In*: INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PROCESSUAL. **Enciclopédia Eletrônica**, 26 jan. 2007.

Disponível em:

http://www.direitoprocessual.org.br/dados/File/enciclopedia/Coisa_julgada_penal.doc. Acesso em: 27/05/2009.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre a facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1.

LEAL, Rosemiro Pereira. A casualidade ilusória da globalização. *In*: **Relativização inconstitucional da coisa julgada**: temática processual e reflexões jurídicas. Belo Horizonte: Del Rey, 2005a. p. 175-182.

LEAL, Rosemiro Pereira. A relativização inconstitucional da coisa julgada. *In*: **Relativização inconstitucional da coisa julgada**: temática processual e reflexões jurídicas. Belo Horizonte: Del Rey, 2005b. p. 3-22.

LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.). **O ciclo teórico da coisa julgada de Chiovenda a Fazzalari**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. 322 p.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. 360 p.

LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002. 462 p.

LEONEL, Ricardo de Barros. Ações coletivas: nota sobre competência, liquidação e execução. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 132, p. 30-51, 2005.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença**. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. 332 p.

LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. **Contribuição à teoria da coisa julgada**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997. 168 p.

LYOTARD, Jean-François. **A condição pós-moderna**. Tradução de Ricardo Corrêa Barbosa. 7. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2002. 131 p.

MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das ações coletivas**: as ações coletivas como ações “temáticas”. São Paulo: LTr, 2006. 224 p.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos**: conceito e legitimação para agir. 2. ed. rev. e atual.. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1991. 216 p.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos**: conceito e legitimação para agir. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004. 317 p.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação civil pública**: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001. 416 p.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação civil pública**: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007. 445 p.

MARINONI, Luiz Guilherme. O princípio da segurança dos atos jurisdicionais (a questão da relativização da coisa julgada material). **Revista Jurídica**. v. 52, n. 317, p. 14-33, mar./2004.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de conhecimento**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008v. 2: Curso de Processo Civil. 360 p.

MARQUES, Alberto Carneiro. **Perspectivas do processo coletivo no movimento de universalização do acesso à justiça**. Curitiba: Juruá, 2007. 110 p.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006. 1311p.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **Processo coletivo do trabalho**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2003. 360 p.

MAZZILI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**: meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1997. 239 p.

MAZZONI, Giuliano. **Relações coletivas de trabalho**. Tradução de Antônio Lamarca. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1972. 305p.

MEGALE, Maria Helena Damasceno e Silva (Org.). **Temas de direito**: programa de iniciação à docência da Faculdade de Direito da UFMG – 2001/2006. Belo Horizonte: Edições da Fundação Valle Ferreira-UFMG, 2007. 386p.

MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente**: doutrina, jurisprudência, glossário. 5. ed. ref., atual. e ampl.. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007. 1.280 p.

NEVES, Celso. **Coisa julgada civil**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1971. 514p.

ORESTANO, Riccardo. Azione, diritti soggettivi, persone giuridiche. Bolonha: Il Mulino, 1978, 301p. *apud* MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das ações coletivas**: as ações coletivas como ações “temáticas”. São Paulo: LTr, 2006. 224 p.

PIRES, Maria Coeli Simões. **Direito adquirido e ordem pública**: segurança jurídica e transformação democrática. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. 990 p.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS. Pró-Reitoria de Graduação. Sistema de Bibliotecas. **Padrão PUC Minas de normalização**: normas da ABNT para apresentação de trabalhos científicos, teses, dissertações e monografias. Belo Horizonte, 2008. Disponível em: <<http://www.pucminas.br/biblioteca>>. Acesso em: 21 maio 2009.

POPPER, Karl Raimund. **A sociedade aberta e seus inimigos**. Tradução de Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: Ed. da Universidade de São Paulo, 1987. t. I. 394 p.

POPPER, Karl Raimund. **Conhecimento objetivo**: uma abordagem evolucionária. Tradução de Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia, 1999. 394 p.

PROTO PISANI, Andrea. Appunti sul giudicato civile e sui suoi limiti oggettivi. **Rivista de Diritto Processuale**, v. 2, p. 386-419, 1990.

REIS, José Alberto dos. A figura do processo cautelar: eficácia do caso julgado em relação a terceiros. **Coleção AJURIS**, Porto Alegre, n. 19, 1985. 174 p.

ROCHA, Ibraim das Mercês. **Litisconsórcio, efeitos da sentença e coisa julgada na tutela coletiva**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. 247 p.

ROCHA, J. Elias Dubard de Moura. **Interesses coletivos**: ineficiência de sua tutela judicial. Curitiba: Juruá, 2003. 202 p.

SANTOS, Gisela Potério. **O processo como convergência entre o *common law* e o *civil law***. 1999. 172 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Faculdade Mineira de Direito da Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte 1999.

SANTOS, João Manuel de Carvalho; DIAS, José de Aguiar. **Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Borsoi, [19--]. v. IX.

SERENI, Angelo Piero. **Aspetti del processi civile negli Stati Uniti**. Milano: Dott. A. Giuffrè – Editore, 1954. 168p.

SERENI, Angelo Piero. **El proceso civil en los Estados Unidos**. Tradução de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1958. 195 p.

SILVA, Elke Andrade Soares de Moura. **O princípio da segurança jurídica em face da responsabilidade do gestor público no controle difuso de constitucionalidade**. 2008. 151 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Belo Horizonte, 2008.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil**. vol. 1. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. 351p.

SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio. **Teoria Geral do processo civil**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. 351p.

SILVEIRA, Cláudia Maria Toledo da. **Intangibilidade do princípio do direito adquirido no Estado Democrático de Direito**. 2003. 341 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Belo Horizonte, 2003

TALAMINI, Eduardo. Embargos à execução de título judicial eivado de inconstitucionalidade. **Revista de Processo**, n. 106. v. 27, p. 38-83, abr./jun. 2002.

TARUFFO, Michele. Aspetti fondamentali del processo civile di civil law e di common law. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**, v. 36, p. 27-48, jul./2001.

TEIXEIRA, Renato Patrício. **Legitimação para agir no processo coletivo**. 2006. 401 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade Mineira de Direito Pontifícia da Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2006.

THEODORO JUNIOR, Humberto. A reforma do processo de execução e o problema da coisa julgada inconstitucional (CPC, artigo 741, parágrafo único). *In*: **Revista de Direito Civil e Processual Civil**, n. 29, mai-jun/2004, p. 5-27.

THIBAU, Tereza Cristina Sorice Baracho. **A legitimação ativa nas ações coletivas**: um contributo para o estudo da substituição processual. 2003. 293 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Belo Horizonte, 2003.

VASCONCELOS, Eduardo Matos. **Coisa julgada nas ações coletivas do direito processual civil brasileiro**. 2008. 139 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Belo Horizonte, 2008.

VIGORITI, Vincenzo. **Interessi collettivi e processo**: la legittimazione ad agire. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1979. 332p.

WOLFF, Francis. Nascimento da razão: origem da crise. *In*: NOVAES, Adauto (Org.) **A crise da razão**. São Paulo: Companhia das Letras, 1996. p. 67-82.

ZAINAGHI, Diana Helena de Cássia Guedes Mármora. Princípio da legalidade e segurança jurídica. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, Ano 13, n. 53, p. 114-133, out./dez. 2005.

ZAVASCKI, Teori Albino. Embargos à execução com eficácia rescisória: sentido e alcance do art. 741, parágrafo único do CPC. **Revista de Processo**, n. 125, ano 30, p. 79-91. jul. 2005.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. 303 p.