

Os efeitos da coisa julgada no processo coletivo quando o grupo for ausente

Rafaella Boone Schimidt¹

Resumo: O processo coletivo brasileiro pressupõe a existência de uma situação jurídica litigiosa coletiva, ativa ou passiva, de titularidade de um grupo de pessoas. Ordinariamente, o grupo envolvido na demanda coletiva é representado em juízo por um legitimado extraordinário, com exceção da ação coletiva ajuizada pelas comunidades indígenas, visto que segundo os termos do artigo 37, do Estatuto do Índio, a legitimação é ordinária. A ausência do grupo no litígio ocorre mesmo quando é representado em juízo por um colegitimado público, ou, no caso da ação popular, por um cidadão que pode até ser membro do grupo. A presente pesquisa repousa o estudo nos efeitos da coisa julgada no processo coletivo quando o grupo for ausente. Para tanto, busca compreender o regime jurídico da coisa julgada no processo coletivo, que encontra-se definido no artigo 103, do Código de Defesa do Consumidor. Desta feita, nota-se a necessidade de implementação de mecanismos com o escopo de permitir que os princípios do devido processo legal coletivo e do contraditório sejam verdadeiramente respeitados, mesmo não estando os membros do grupo integrando a lide, mediante a certificação do processo coletivo, a definição do grupo envolvido no litígio, a presença efetiva de um representante adequado capaz de defender com vigor o direito do grupo ausente no litígio coletivo.

Palavras-chave: Processo coletivo; Litígio coletivo; Representação extraordinária; Grupo ausente; Coisa julgada coletiva.

Referencial teórico

No ensinamento de Didier Jr. e Zaneti Jr. (2017, p. 32), o processo coletivo “é aquele em que se postula um direito coletivo lato sensu (situação jurídica coletiva ativa) ou que se afirme a existência de uma situação jurídica coletiva passiva [...] de titularidade de um grupo de pessoas”.

No Brasil, o processo coletivo é originado a partir de uma ação coletiva (*opt out*) ou do julgamento de casos repetitivos (*opt in*), instrumentos fundamentais para a tutela dos direitos e das pessoas, adequada, tempestiva e efetiva, por meio de um processo justo.

¹ Mestranda em direito processual pela Universidade Federal do Espírito Santo.

Para a proteção conferida aos direitos coletivos é de suma importância destacar o conceito de tutela jurisdicional coletiva:

[...] a proteção que se confere a uma *situação jurídica coletiva ativa* (direitos coletivos *lato sensu* de um grupo de pessoas) ou a efetivação de situações jurídicas (individuais ou coletivas) em face de uma coletividade (grupo), que seja titular de uma *situação jurídica coletiva passiva* (*deveres ou estados de sujeição coletivos*) (DIDIER JR. e ZANETI JR., 2017, p. 34).

O processo coletivo é regido por institutos e enunciados principiológicos próprios, recebendo tratamento jurídico diverso do Direito Processual individual. Roque (2016) esclarece que a premissa básica desse ramo do direito consiste no reconhecimento de sua autonomia, ocasião em que observa princípios próprios, distintos do direito processual individual.

O processo coletivo brasileiro não conta com uma Codificação própria, tal como o processo civil pátrio. Desta feita, pode-se falar na existência de um microsistema da tutela coletiva, regido pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC).

Esse microsistema é composto pelo CDC, a Lei de Ação Civil Pública, a Lei de Ação Popular, no seu núcleo, e a Lei de Improbidade Administrativa, a Lei do Mandado de Segurança e outras leis avulsas, na sua periferia. A única leitura possível deste microsistema atualmente será aquela que o articula, em um diálogo de fontes, com a Constituição e o CPC (DIDIER JR. e ZANETI JR., 2017, p. 56).

O artigo 81, parágrafo único, do CDC apresenta os denominados direitos coletivos *lato sensu*, são eles: direitos difusos, direitos coletivos *stricto sensu* e direitos individuais homogêneos.

Os direitos difusos são definidos no artigo 81, parágrafo único, I, do CDC como sendo “os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”.

Para melhor elucidação, Didier Jr. e Zaneti Jr. (2017, p. 74.) esclarecem que os direitos difusos somente podem ser considerados como um todo, sendo titularizado por sujeitos indetermináveis, ligados por circunstâncias fáticas, por exemplo, a tutela do meio-ambiente e a defesa da moralidade administrativa.

Os direitos coletivos *stricto sensu* encontram conceituação legal no artigo 81, parágrafo único, II, do CDC: “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.”

Pinho (2015) preconiza que os indivíduos titulares dos direitos coletivos *stricto sensu* são determináveis, em tese, tendo em vista que fazem parte de algum grupo, categoria ou classe, por exemplo, os membros de uma associação de classe.

Vale pontuar que a diferença entre o direito difuso e o direito coletivo *stricto sensu* é a “determinabilidade e a decorrente coesão como grupo, categoria ou classe anterior à lesão” (DIDIER JR. e ZANETI JR., 2017, p. 75).

Por sua vez, os direitos individuais homogêneos encontram previsão no artigo 81, parágrafo único, III, do CDC, “entendidos os decorrentes de origem comum”.

O legislador foi além da definição de direitos difusos e coletivos *stricto sensu* e criou uma nova categoria de direitos coletivos (coletivamente tratados), que denominou direitos individuais homogêneos [...]. A gênese dessa proteção/garantia coletiva tem origem nas *class actions for damages*, ações de reparação de danos à coletividade do direito norte-americano. [...]. Sem sua criação pelo Direito positivo nacional, não existiria possibilidade de tutela coletiva de direitos individuais com natural dimensão coletiva em razão de sua homogeneidade, decorrente de massificação/padronização das relações jurídicas e das lesões daí decorrentes (DIDIER JR. e ZANETI JR., 2017, p. 75-76).

Contudo, a classificação dos direitos coletivos *lato sensu* segundo o artigo 81, parágrafo único, do CDC tem-se mostrado equivocada, uma vez a necessidade de adaptar tais conceitos às situações concretas, porquanto não são direitos estáticos, e sim, dinâmicos, refletindo a pretensão de uma coletividade que está em constantes mudanças, conforme defende Pinho (2015).

Nessa esteira, vale mencionar, brevemente, a proposta de Vitorelli (2016) acerca da insuficiência conceitual dos direitos transindividuais e a construção do princípio do devido processo legal coletivo segundo a tipologia do conflito.

Vitorelli (2016) esclarece que os conflitos coletivos apresentam variados graus de complexidade e conflituosidade, o que obsta um tratamento igualitário para todos eles e para tanto propõe a conceituação dos direitos transindividuais em três categorias, quais sejam, litígios transindividuais de difusão global, local e irradiada.

Nos litígios transindividuais globais a lesão não recai sobre qualquer pessoa diretamente, por exemplo, um vazamento de óleo no meio do oceano, devendo a sua titularidade ser conferida à sociedade entendida como estrutura. Já nos litígios transindividuais de difusão local os danos atingem, de forma específica e grave, grupos menores com laços intensos de afinidade social, emocional e territorial, por exemplo, os índios ou quilombolas (VITORELLI, 2016).

Os litígios transindividuais de difusão irradiada consistem naqueles casos em que a lide derivada da lesão afeta diretamente os interesses de diferentes indivíduos, entretanto, essas pessoas não compõem uma comunidade, bem como não serão atingidas pelo resultado do litígio em igual proporção, o que possibilita o surgimento de concepções discrepantes (VITORELLI, 2016).

No que concerne à concepção de coisa julgada, Didier Jr. e Zaneti Jr. (2017, p. 423) evidenciam que “considera-se a coisa julgada como a situação jurídica que torna indiscutível o conteúdo de determinadas decisões jurisdicionais”.

A coisa julgada não é uma característica específica do Direito Processual Coletivo, não obstante seja de suma importância para a sua estrutura, se diferencia do processo individual. Sobre isso, Didier Jr. e Zaneti Jr. (2017) salientam que a coisa julgada não é uma particularidade do processo coletivo, todavia, o seu exame é fundamental para constatar a estrutura do processo coletivo, mas não para conceituá-lo.

Destarte, a coisa julgada coletiva consiste em instituto estrutural fundamental do direito processual coletivo, o qual deve estar comprometido com a efetivação dos valores fundamentais elencados na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Nessa esteira, Almeida (2003) anota que é através da coisa julgada coletiva que se alcançará o resultado útil do processo coletivo, que ocorrerá a pacificação social de forma potencializada, bem como a concretização das finalidades do direito processual coletivo no âmbito do Estado Democrático de Direito.

Topan (1993) já explanava a necessidade de desvinculação do processo das vias liberais-individualistas, conferindo uma nova roupagem aos institutos da legitimidade, pedido, coisa julgada, entre outros, com o escopo de proteger os direitos coletivos que surgiam na sociedade.

O regime jurídico da coisa julgada coletiva é definido pelo artigo 103, do CDC, que especifica os seus efeitos sob os direitos difusos (inciso I), direitos coletivos *stricto sensu* (inciso II) e direitos individuais homogêneos (inciso III).

No tocante a coisa julgada coletiva nas ações que versam sobre direitos difusos ou coletivos *stricto sensu*, optou o legislador por estabelecer o regime jurídico da coisa julgada *secundum eventum probationis*, formada somente nas situações de esgotamento de provas, ou seja, se a ação for procedente (com ou sem esgotamento de prova) ou improcedente (com suficiência de prova) (DIDIER JR. e ZANETI JR., 2017).

Os incisos I e II, do artigo 103, do CDC preconizam que a sentença fará coisa julgada *erga omnes* nas ações coletivas que visem a tutela de direitos difusos, ao passo que naquelas voltadas para a proteção de direitos coletivos *stricto sensu* fará coisa julgada *ultra partes*.

Sobre o tema, Almeida (2003, p. 556-557) explica:

Quando o texto diz que a sentença fará coisa julgada *erga omnes*, significa que a decisão atingirá toda a comunidade de pessoas e não será mais possível a repositura da mesma ação coletiva, salvo se o *fundamento* constante da decisão de improcedência do pedido for a *insuficiência de provas*, ocasião em que qualquer legitimado poderá ajuizar novamente a mesma ação, desde que *fundamentada em nova prova*. [...] a coisa julgada operará *ultra partes* justamente porque a eficácia do julgado transcenderá as partes litigantes, atingindo grupo, categoria ou classe de pessoas [...].

Importante observar que não será possível discutir novamente a demanda coletiva, ainda que por outro colegitimado, em caso de decisões de procedência com ou sem esgotamento dos meios probatórios ou na situação de improcedência com esgotamento de provas. Todavia, sendo a decisão de improcedência do pedido por insuficiência de provas, qualquer legitimado poderá ajuizar novamente a mesma ação, desde que fundamentada em nova prova, capaz por si só de alterar o julgamento da demanda. Ressalva-se que a improcedência com suficiência de provas não impede o ajuizamento de ação individual.

Além disso, registra-se que o que é *secundum eventum litis* é a extensão dos efeitos *erga omnes* ou *ultra partes*, somente para beneficiar os titulares dos direitos individuais e não especificamente a coisa julgada coletiva (DIDIER JR. e ZANETI JR., 2017).

No que tange aos direitos individuais homogêneos (artigo 103, III, do CDC), a extensão da coisa julgada coletiva será *erga omnes*, unicamente na situação de procedência do pedido, com o fito de beneficiar todas as vítimas e seus sucessores. Entretanto, visto que não há regramento da coisa julgada coletiva nos direitos individuais homogêneos, Didier Jr. e Zaneti Jr. (2017, p. 430) explicam:

Assim, parece que, aplicando o princípio hermenêutico de que a solução das lacunas deve ser buscada no microsistema coletivo, se pode concluir que se a ação coletiva for julgada procedente ou improcedente por ausência de direito, haverá coisa julgada no âmbito coletivo; se julgada improcedente por falta de provas, não haverá coisa julgada no âmbito coletivo, seguindo o modelo já examinado para os direitos difusos e coletivos em sentido estrito. Contudo, a doutrina dominante não pensa assim, adotando a interpretação literal do dispositivo do inciso III, que não prevê a exceção da coisa julgada no caso de insuficiência ou falta de provas.

O parágrafo primeiro, do artigo 103, do CDC sublinha que a sentença coletiva de improcedência não prejudicará as pretensões individuais, ao passo que o parágrafo terceiro, do mesmo dispositivo acentua que nas sentenças de procedência nas ações para a tutela de direitos difusos ou coletivos *stricto sensu*, os efeitos da coisa julgada coletiva são estendidos à esfera individual (transporte *in utilibus* da coisa julgada coletiva), de forma que o indivíduo poderá proceder à liquidação e à execução do *decisum*.

O parágrafo segundo, do artigo 103, do CDC versa sobre os direitos individuais homogêneos e diz que a coisa julgada coletiva afetará o indivíduo que intervier na ação coletiva (artigo 94, do CDC) ainda quando se tratar de improcedência do pedido. O parágrafo quarto, por sua vez, ilustra que haverá repercussão da sentença penal condenatória na esfera cível, de modo a beneficiar a vítima.

Referentemente ao artigo 104, do CDC, Mendes e Silva (2016, p. 564) catalogam:

[...] a vinculação à coisa julgada no caso de procedência do pedido só se aplica aos interessados que não ajuizaram suas ações individuais ou que, ainda que estivessem com elas em curso, requereram a suspensão de suas ações individuais no prazo de trinta dias [...].

Ademais, questão de extrema importância trata da regra da adequada representação do grupo titular do direito em âmbito coletivo, através de um legitimado definido em lei, que exerça com efetividade o seu dever, guiando o processo coletivo com os recursos apropriados, sejam eles, financeiros, técnicos ou morais.

Em regra, a legitimação no processo coletivo é extraordinária, haja vista que o legitimado para propositura da tutela coletiva, como por exemplo, o Ministério Público e o titular do direito (grupo ausente na demanda coletiva) não coincidem, com exceção da ação coletiva ajuizada pelas comunidades indígenas, visto que segundo os termos do artigo 37, da Lei Federal n.º 6.001/1973 (Estatuto do Índio) a legitimação é ordinária.

Roque (2016) pontua que alguns princípios são comuns a todos os ramos do processo, notadamente os de origem constitucional, como o devido processo legal e o contraditório. Contudo, mesmo estes, assumem feições peculiares no processo coletivo. Para tanto, exemplifica que o devido processo legal nas ações coletivas não exige que os titulares dos direitos tutelados compareçam pessoalmente em juízo, mas que sejam representados de forma adequada pelo legitimado coletivo.

A legitimação coletiva apresenta as seguintes características:

a) está regulada, inicialmente, por lei (art. 5.º da Lei n.º 7.347/85; art. 82 do CDC etc.), podendo ser aferida em concreto a presença da adequada representação; b) é conferida a entes públicos, privados e despersonalizados, e, até, ao cidadão, na ação popular; c) o legitimado coletivo atua em nome próprio na defesa de direitos que pertencem a um agrupamento humano (pessoas indeterminadas, comunidade, coletividade ou grupo de pessoas, titulares de direitos individuais abstratamente considerados, na forma do art. 81 do CDC e seus incisos); d) esse agrupamento humano não tem personalidade judiciária, portanto não pode atuar em juízo para proteger os seus direitos, cuja defesa cabe aos legitimados coletivos, que possuem legitimação autônoma, exclusiva e concorrente e disjuntiva ou simples (DIDIER JR. e ZANETI JR., 2017, p. 197-198).

O instituto da adequação representação tem origem norte-americana no modelo de litígios das *class actions*, sendo a legitimidade conferida a qualquer indivíduo de determinada classe interessado na causa. O Direito brasileiro, por sua vez, adotou o sistema de legitimidade *ope legis*, visto que a lei aponta os legitimados para demandar as ações coletivas (GUERRA, 2016).

A respeito dos grupos ausentes na demanda coletiva passiva, Guerra (2016, p. 306) assinala que nas situações em que um grupo de réus apresenta um padrão de conduta ilegal, é possível, a partir de uma única ação coletiva, obrigar a todos ao ajuste de suas condutas às normas legais e ainda vinculante a todos os ausentes na demanda que se encontram em situação similar de ilicitude.

Impende observar que é exatamente a adequada representação dos interesses dos ausentes que contornará a violação do *due process clause*. [...] Por isso, para que possa haver o *binding effect* (efeito vinculante, efeito da coisa julgada) em relação a todo o grupo, vale dizer, para que haja a coisa julgada *erga omnes* é preciso que o representante se haja portado de forma tal que o resultado seria o mesmo, ainda que os próprios ausentes estivessem postulando em juízo (GIDI *apud* GUERRA, 2016, p. 312-313).

Segundo Violin (2008, p. 139) “mesmo diante da ausência de norma definidora do que seja um representante adequado, pode e deve o juiz efetuar esse controle. Para isso, deverá analisar, diante do caso concreto, a qualidade da defesa dos interesses da classe”.

Embasando-se em entendimento deflagrado por Hermes Zaneti Jr. no Grupo de Estudos de Tutela Coletiva da Universidade Federal do Espírito Santo, Guerra (2016, p. 314) explica:

[...] tanto a Defensoria como o MP, por meio de uma notificação adequada aos membros do grupo a ser demandado, podem viabilizar a formação de um grupo verdadeiramente coeso e consciente de sua posição, com definição clara das condutas imputadas e solução para um ajuste de conduta. E é esse diálogo prévio que permitirá uma participação mais efetiva dos membros ausentes na lide, pois estreita a relação com o representante do grupo e, por consequência, com o processo, e consolida um verdadeiro devido processo legal coletivo.

Por todo o exposto, nota-se a necessidade de implementação de mecanismos para permitir que os princípios do devido processo legal coletivo e do contraditório sejam observados, mesmo não estando todos os membros do grupo integrando a lide, mediante a presença efetiva de um representante adequado, capaz de defender com vigor os direitos dos grupos ausentes, por exemplo, mediante a certificação do processo coletivo, a definição e a notificação adequada do grupo envolvido no litígio.

Referências

- ALMEIDA, Gregório Assagra de. Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003.
- ARENHART, Sérgio Cruz. A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. 427 p.
- BRASIL. Lei n.º 6.001, de 19 de dezembro de 1973. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6001.htm>. Acesso em: jul. 2017.
- BRASIL. Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm>. Acesso em: jan. 2017.
- DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Curso de direito processual civil: processo coletivo. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. 4 v. 543 p.
- GIDI, Antonio. Coisa julgada e litispendência em ações coletivas. São Paulo: Saraiva, 1995. 267 p.
- GUERRA, Márcia Vitor de Magalhães e. Ação coletiva passiva: uma análise quanto à formação do grupo demandado. In: DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral); ZANETI JR., Hermes (Coord.). Processo coletivo. Salvador: JusPodivm, 2016. 8 v. 640 p.
- LEONEL, Ricardo de Barros. Manual do processo coletivo. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. 507 p.
- MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; SILVA, Larissa Clare P. da. As soluções para demandas repetitivas no novo Código de Processo Civil e suas implicações para o processo coletivo. In: DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral); ZANETI JR., Hermes (Coord.). Processo coletivo. Salvador: JusPodivm, 2016. 8 v. 640 p.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Direito processual civil contemporâneo: teoria geral do processo. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. 955 p.

- RODRIGUES, Marcelo Abelha. Processo civil ambiental. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. 318 p.
- ROQUE, Andre Vasconcelos. As ações coletivas após o novo código de processo civil: para onde vamos? In: DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral); ZANETI JR., Hermes (Coord.). Processo coletivo. Salvador: JusPodivm, 2016. 8 v. 640 p.
- TOPAN, Luiz R. Ação coletiva e adequação da tutela jurisdicional. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.
- VIOLIN, Jordão. Ação coletiva passiva: fundamentos e perfis. Salvador: JusPodivm, 2008.
- VITORELLI, Edilson. O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. 637 p.
- _____. Tipologia dos litígios transindividuais: um novo ponto de partida para a tutela coletiva In: DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral); ZANETI JR., Hermes (Coord.). Processo coletivo. Salvador: JusPodivm, 2016. 8 v. 640 p.