

A FORMAÇÃO DA COISA JULGADA E EXTENSÃO DE SUA EFICÁCIA À ESFERA INDIVIDUAL NO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO

Reginaldo Barros de Almeida Junior

Bacharelado em Direito.
Curso em andamento - 9º período

RESUMO: O presente estudo buscou investigar o panorama normativo do processo civil coletivo brasileiro e as correntes doutrinárias e jurisprudências referentes à sua efetivação, a fim de apontar o modo de produção da coisa julgada e a extensão de sua eficácia à esfera individual no mandado de segurança coletivo, e, portanto, as possibilidades de exegese da dicção do art. 22 da nova lei do mandado de segurança – Lei n. 12.016/2009. Desta maneira, intentou-se propor uma interpretação do texto legal que seja coerente com as normas e princípios constitucionais norteadores do processo brasileiro, evitando-se, assim, a existência de um dispositivo legal anômalo, enquanto discrepante com o sistema de tutela coletiva.

Palavras Chaves: mandado de segurança coletivo, coisa julgada, processo coletivo, devido processo legal.

1. CONSIDERAÇÕES GERAIS

Em meados do ano de 2009, foi promulgada a Lei n. 12.016/2009, que disciplinou o mandado de segurança, tirando de vigência, depois de quase sessenta anos, a Lei n. 1.533/51. A nova legislação foi recebida com certa surpresa pela comunidade jurídica, vez que sua edição não foi precedida de discussões de larga repercussão sobre o tema.

A Lei n. 12.016/2009 é, no mais, uma compilação de entendimentos jurisprudenciais já firmados, alguns já sumulados – o que foi, aliás,

expressamente manifesto em sua exposição de motivos. Em alguns momentos, entretanto, foram fixadas disposições sem a preocupação de manter a coerência do novo regramento com o sistema processual civil¹, calcado na Constituição Federal.

A aplicação do novo diploma demanda reflexões de ordem pragmática, quanto à operacionalização de alguns dispositivos. Dentre estes, chamam especial atenção aqueles referentes ao mandado de segurança coletivo, seja em face de seu pioneirismo no regramento deste instituto – desde sua instituição pelo texto da Constituição Federal de 1988, não se lhe havia dado disciplina infraconstitucional –, seja pelo tratamento dissonante conferido a algumas matérias, quando em cotejo à disciplina precedentemente dada a estas nos diplomas formadores do microsistema do direito processual coletivo brasileiro².

A nova lei traz dois artigos relativos ao mandado de segurança coletivo. O art. 21 toca, em seu parágrafo único, na questão dos direitos passíveis de tutela por este remédio constitucional, deixando de mencionar entre eles os difusos. O art. 22, por sua vez, trata da extensão subjetiva da eficácia da coisa julgada.

Pela dicção deste último dispositivo, a sentença fará coisa julgada apenas entre os membros do grupo representado na demanda. Todavia, não há qualquer ressalva quanto à extensão da eficácia da coisa julgada à esfera individual ou quanto às hipóteses de sua formação, ao contrário do que faz o Código de Defesa do Consumidor e a Lei da Ação Civil Pública. Nestes diplomas, a formação da coisa julgada e a sua extensão ocorrem apenas quando verificadas certas condições, que serão explicitadas posteriormente neste trabalho.

¹ BUENO, Cassio Scarpinella. **A nova lei do mandado de segurança**: comentários sistemáticos à Lei n. 12.016, de 7-8-2009. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 8.

² A fim de esclarecer o tema, cabe a transcrição: “Com efeito, a concepção do microsistema jurídico coletivo deve ser ampla, a fim de que o mesmo seja composto não apenas do CDC e da LACP, mas de todos os corpos legislativos inerentes ao direito coletivo, razão pela qual diploma que compõe o microsistema é apto a nutrir carência regulativa das demais normas, pois, unidas, formam um sistema especialíssimo. Isso significa dizer que o CPC terá aplicação somente se não houver solução legal nas regulações que estão disponíveis dentro do micro sistema coletivo que, frise-se, é formado por um conjunto de diplomas especiais com o mesmo escopo (tutela de massa).” DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil**: processo coletivo. 5. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2010, p. 49.

Diante da omissão legal, cabe indagar se a nova lei do mandado de segurança inovou na disciplina deste instituto, ou se a lacuna deve ser integrada por meio da aplicação subsidiária de outras normas. Em outras palavras, a questão cinge-se em saber se a coisa julgada no mandado de segurança coletivo se formará e se estenderá de forma irrestrita aos membros do grupo litigante ou se esta se submeterá aos condicionamentos consagrados no processo civil coletivo brasileiro.

2. BREVE HISTÓRICO DO PROCESSO COLETIVO

A tutela jurisdicional coletiva não é experiência recente na humanidade. Já os romanos possuíam a *rei sacrae, rei publicae*, por meio da qual ao cidadão era atribuído o poder de agir em defesa do patrimônio público³. Pela sistemática processual civil atual, estaríamos diante da defesa em juízo de um bem jurídico que não integra o patrimônio do litigante, à semelhança da legitimação extraordinária característica das atuais ações coletivas. Entretanto, é necessário ter-se em mente a inexistência, naquele contexto, de uma noção bem definida de “Estado”. Por outro lado, havia um forte vínculo entre o cidadão e a *gens*. É dizer, existia um sentimento de que a coisa pública pertencia, em alguma medida, a cada um dos romanos⁴⁻⁵.

Há quem enxergue, nestas ações populares romanas, a gênese da idéia de legitimação por categoria, onde o demandante postula em defesa de interesses de cunho cívico, na medida em que o autor atuava na defesa de interesse indivisível e indissociável do restante da comunidade, muito embora fosse este também o seu interesse.⁶

³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação popular**: proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente. 4. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 42.

⁴ Referindo-se ao tema, Mancuso diz: “Nessa visão, fica mais fácil entender que embora a *actio* romana exigisse um interesse pessoal e direto exercido pelo titular do direito (*nemo alieno nomine lege agere potest; actio nihil aliud est quam jus persequendi iudicio quod sibi debetur*), as ações populares eram aceitas como uma exceção àquele princípio, justamente porque através delas o cidadão perseguia um fim altruísta, de defesa dos bens e valores mais altos dentro da *gens*” MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Obra citada, p. 43.

⁵ Para um rol mais completo de ações voltadas à tutela de direitos transindividuais no do direito romano, vide LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p 48.

⁶ LEONEL, Ricardo de Barros. Obra citada, p 50.

Nos séculos que se seguiram, especialmente na modernidade, o desenvolvimento do processo coletivo foi obstado por razões de ordem teórica. A partir do século XVII, com a difusão do método cartesiano na Europa Continental, foram difundidas e exaltadas as noções de propriedade individual, de autonomia da vontade, e do direito de agir como atributos exclusivos do titular do direito privado, que tinha o poder de dispor, como quisesse, de seu direito subjetivo individual. Fortaleceu-se a premissa de que apenas ao titular do direito lesado, o interessado, caberia decidir sobre a propositura da demanda. “Era o início dos Estados-Nação, da vinculação da jurisdição à soberania estatal e da futura ‘Era dos Códigos’”⁷. Por uma questão de coerência abstrata do sistema, não havia, neste modelo, espaço para a tutela de direitos coletivos.

Naquela época, todavia, o modelo processual coletivo teve alguma difusão nos países do *commom law*. Na Inglaterra, desde o século XVII, os tribunais de equidade (*Courts of Chancery*) admitiam o *bill of peace*, um modelo de demanda que rompia com o princípio de que os interessados deveriam participar do processo, criando-se a possibilidade de que um representante atuasse, em nome próprio, em favor dos direitos de um grupo por este representado, ou mesmo que fosse demandado em face destes mesmos direitos.⁸

Entretanto, foi modesta a utilização e evolução deste instituto até o final do século XIX, inclusive em virtude das interpretações restritivas impostas pela jurisprudência aos textos normativos referentes a estas demandas. É inegável, por outro lado, que a experiência das cortes inglesas deu origem à moderna ação de classe (*class action*), aperfeiçoada especialmente no direito norte-americano, especialmente após a edição da *Rule 23* das *Federal Rules Of Civil Procedure*, em 1938, que sofreu, posteriormente, reformas em 1966 e, finalmente, em 2003⁹.

⁷ DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. Obra citada, p. 24.

⁸ ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 25.

⁹ GIDI, Antonio. **Rumo a um código de processo civil coletivo**: a codificação das ações coletivas no Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 70.

2.1. PROCESSO COLETIVO NO DIREITO BRASILEIRO

Também, no Brasil, os pressupostos individualistas, característicos da modernidade, trabalharam contra o desenvolvimento do processo coletivo. Com o art. 76 do Código Civil de 1916 – o primeiro diploma jurídico brasileiro de índole marcadamente individualista e comprometido com a completude e exclusividade – o seu mentor intelectual, Clóvis Beviláqua, esforçou-se por fazer uma limpeza no sistema processual brasileiro, afastando qualquer possibilidade de abertura a tutelas coletivas¹⁰⁻¹¹.

A extinção das ações coletivas pretendida pelo Código Civil de 1916 foi frustrada pela Constituição de 1934, que previu expressamente, em seu art. 113, inc. XXXVIII, a possibilidade de impetração da ação popular, por qualquer cidadão, para anular os atos lesivos ao patrimônio da União, dos estados ou dos municípios. Este remédio, todavia, deixou de ser previsto na Constituição de 1937, tendo sido restaurado, de modo definitivo, com a Carta de 1946¹².

Entretanto, o estudo sistemático e o desenvolvimento com real vigor do processo coletivo no Brasil se deu com base na recepção, pela doutrina processualista brasileira, dos estudos realizados por acadêmicos italianos na década de setenta, que se debruçaram sobre as ações coletivas norte-americanas. Os autores italianos mais influentes, neste tema específico, foram Mauro Cappelletti, Michele Taruffo e Vincenzo Vigoriti.

Logo em seguida, os processualistas de renome na doutrina nacional, tais como Ada Pellegrini Grinover, José Carlos Barbosa Moreira e Waldemar Mariz de Oliveira Junior, publicaram seus próprios estudos sobre o processo coletivo¹³, muito embora ainda tenham se baseado por muito tempo na

¹⁰ DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. Obra citada, 25.

¹¹ Interessantes as palavras de Beviláqua, em seus comentários ao Código de 1916, que explicitam seu desiderato: “Outra controvérsia, a que pôz termo, foi a referente á persistência das ações populares, que, no direito romano, tinham por objecto a defesa dos bens publicos. Na organização juridica moderna, os actos, que davam causa ás ações populares, passaram a constituir crimes reprimidos pelo Codigo Penal, sendo materia, ora de leis de policia, ora de posturas municipais, e, algumas vezes, offensas a direitos individuaes.” BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil** – v. 1. Ed. Histórica, 5ª Tiragem. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1980, p. 322.

¹² LEONEL, Ricardo de Barros. Obra citada, p. 53-54.

¹³ Para maiores informações sobre as obras das décadas de 60 e 70 dos autores italianos e brasileiros citados, *vide* GIDI, Antonio. **Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil**: un modelo para países de derecho civil. México: Universidad Nacional

doutrina italiana, que perdeu progressivamente o interesse pelo tema e deixou de se atualizar a respeito das inovações sentidas nas *class actions*. Dessa maneira, até meados da década de 90, os juristas brasileiros se desligaram das inovações oriundas processo coletivo do norte-americano, a despeito de sua larga evolução após a reforma de 1966¹⁴.

A despeito disso, o apoio intelectual destes importantes juristas facilitou o desenvolvimento das ações coletivas no direito brasileiro. Em apenas quinze anos, a doutrina nacional especializada ganhou consistência e sofisticação próprias. Resultado visível disto foi a promulgação, em 1985, da Lei da Ação Civil Pública¹⁵.

Logo em seguida, em 1990, foi promulgado o Código de Defesa do Consumidor (CDC), em cumprimento ao disposto no art. 48 do ADCT da atual Constituição, com normas de direito material, referentes à tutela do consumidor, mas também inúmeras normas de direito processual, sob o título de “Da defesa do consumidor em juízo”, que terminou por ter um alcance muito mais abrangente que a princípio parecia possuir.

Este diploma normativo trouxe o disciplinamento específico à coisa julgada, à liquidação de sentença e à distinção entre a defesa dos direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos nas ações coletivas, dentre outros temas correlatos. Por este motivo, é possível tomar-se o CDC como um verdadeiro “Código de Processo Civil Coletivo Brasileiro”,¹⁶

Assim, estamos diante de aproximadamente quarenta anos de evolução doutrinária, legislativa e jurisprudencial da tutela coletiva no Brasil, não sem idas e vindas, mas que permitiu a existência de um razoável delineamento de seus institutos.

3. A COISA JULGADA NAS AÇÕES COLETIVAS PELO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

A definição dos limites subjetivos da coisa julgada em processos coletivos tem como complicador o fato de que indivíduos que não participaram

Autónoma de México, 2004. xxxi, p 17-18.

¹⁴ GIDI, Antonio. **Rumo a um código de processo civil coletivo**: a codificação das ações coletivas no Brasil. Rio de Janeiro : Forense, 2008, p. 32-34.

¹⁵GIDI, Antonio. **Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil**: un modelo para países de derecho civil, p 19.

¹⁶ DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. Obra citada, 46-47.

do processo podem ser atingidos, benéfica ou prejudicialmente, por seus resultados. Não existem maiores celeumas quanto à extensão da coisa julgada para beneficiar alguém que não integrou a relação processual. Todavia, a princípio, ofende a garantias constitucionais do contraditório, da isonomia e do devido processo legal (art. 5º, LIV, LV e XXV) esta mesma extensão, quando prejudicial¹⁷. O Código de Defesa do Consumidor, entretanto, buscou construir um regramento consentâneo com a principiologia constitucional, ainda que satisfazendo às prementes necessidades de um tratamento diferenciado aos direitos coletivos e aos direitos individuais tutelados coletivamente considerados.¹⁸ Com este intuito, o CDC restringiu os modos de produção da coisa julgada material e da extensão de sua eficácia à esfera individual nas demandas coletivas.

Antes de adentrar na matéria, cabe fazer uma breve digressão sobre os modos de produção da coisa julgada, que são três.

Primeiramente, há a coisa julgada *pro et contra*, que é aquela cuja formação não é condicionada pelo resultado do processo ou pelo teor da decisão judicial proferida. Irrelevante, portanto, se houve juízo de procedência ou de improcedência, a decisão definitiva ali proferida produzirá coisa julgada. Essa é a regra de nosso sistema processual civil.

Adiante, temos a coisa julgada *secundum eventum litis*, que é aquela que apenas será formada no caso da procedência dos pedidos deduzidos – se houver juízo de improcedência do pedido, portanto, não haverá coisa julgada material.

Por fim, temos a coisa julgada *secundum eventum probationis*, cuja formação só se dará quando houver o esgotamento das provas no curso da instrução processual. Portanto, a decisão que julgar improcedente o pedido por insuficiência de provas não formará coisa julgada.¹⁹

3.1. COISA JULGADA EM AÇÕES RELATIVAS A DIREITOS DIFUSOS E COLETIVOS *STRICTO SENSU*

De início, cabe salientar que, quantos às ações coletivas, o CDC afastou a formação da coisa julgada *pro et contra*, é dizer, aquela em que os litigantes

¹⁷ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007 p. 106.

¹⁸ GIDI, Antonio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 71.

¹⁹ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. v. 2 4. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 422.

submetem-se à imperatividade e imutabilidade da decisão transitada em julgado independente das circunstâncias do processo da qual emanou – ou seja, se houve juízo de procedência ou improcedência do pedido, com suficiência ou insuficiência de provas.

Todavia, diferentemente do que alguns defendem, não foi consagrada a formação da coisa julgada *secundum eventum litis*, ou seja, condicionada ao êxito da demanda proposta. A leitura do art. 103, com seus incisos e parágrafos, leva à clara compreensão de que a decisão judicial será cingida de imutabilidade independentemente da procedência ou improcedência do pedido inicial. Há, todavia, ressalva de que a coisa julgada material apenas se formará se a demanda tiver sido julgada com acervo probatório suficiente, com a exaustão dos meios de provas possíveis – a demanda julgada improcedente por insuficiência de provas não será revestida de intangibilidade. É o que está disposto nos inc. I e II do art. 103 do CDC. Trata-se, portanto, da formação da coisa julgada *secundum eventum probationis*, que exige o esgotamento das provas para a sua ocorrência²⁰, aplicável, a princípio, às causas que versem sobre direitos difusos e coletivos *strictu sensu*.

Neste ponto, há que se distinguir a circunstância mediante a qual a coisa julgada se forma (técnica de produção) e aquela que determina a sua extensão à esfera individual, que são coisas distintas, conforme será mais detalhadamente referido adiante. Neste momento, importa sublinhar que o trânsito em julgado da sentença de improcedência na ação coletiva, emanada após instrução probatória suficiente, obsta apenas que os demais legitimados extraordinários reproponham a mesma demanda coletiva. Entretanto, neste caso, não serão atingidos os direitos individuais correspondentes, uma vez que, segundo disposto no art. 103 e parágrafos do CDC, a extensão da eficácia da coisa julgada poderá beneficiar, mas nunca prejudicar os direitos individuais.

Em outras palavras, a demanda coletiva fará sentir seus efeitos na esfera individual apenas em caso de procedência do pedido. Desta forma, como se percebe, o que é *secundum eventum litis* é apenas a extensão da eficácia da coisa julgada à esfera individual e não, ao contrário do que equivocadamente se afirma, o seu modo de produção. Nas palavras do professor Leonardo Carneiro da Cunha “é a extensão *erga omnes* ou *ultra*

²⁰ DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. Obra citada, 365.

partes da coisa julgada que depende do resultado da causa, consistindo no que se chama de extensão *in utilibus* da coisa julgada”²¹.

3.1.1. DECISÃO COM ESGOTAMENTO DAS PROVAS

Doutrinariamente, indaga-se de que forma se configuraria o juízo de improcedência por insuficiência de provas capaz de obstar a formação da coisa julgada em demandas coletivas.

Para alguns, quando a improcedência do pedido decorrer da insuficiência de provas, esta circunstância deve ser expressamente consignada na decisão ou estar implícita em seus termos, sob pena ser impossibilitada a repropitura da demanda. Se acaso o julgado for omissivo quanto a esta circunstância, nem mesmo prova nova seria capaz de reabrir a via coletiva. Seria necessário, portanto, o manejo de ação rescisória, com as inúmeras restrições que lhe são inerentes, para possibilitar nova demanda no âmbito coletivo²².

Entretanto, a posição mais coerente é aquela que adota o critério substancial para verificar se a decisão de improcedência emanou de processo cuja instrução probatória foi suficiente. Assim, o simples fato de o legitimado coletivo da demanda reproposta juntar prova relevante que não havia chegado ao conhecimento do julgador da causa anterior demonstra que, nesta última, houve lacunas na colheita das provas²³.

Por este posicionamento, não é, portanto, necessário que o julgador informe expressamente que a causa foi tida por improcedente por insuficiência de provas; é indispensável, no entanto, que o conteúdo da decisão demonstre que o resultado da demanda poderia ter sido diverso se o autor houvesse comprovado os fatos constitutivos de seu direito.²⁴

²¹ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A fazenda pública em juízo**. 8. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Dialética, 2010, p. 473.

²² GIDI, Antonio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 131.

²³ Endossando tal posicionamento, Ada Pellegrini ensina que: (...) A sentença desfavorável faria coisa julgada, mas de acordo com a prova produzida. A prova nova, a ser produzida por qualquer legitimado, autorizaria sempre a propositura de nova ação coletiva, baseada em idêntico fundamento. GRINOVER, Ada Pellegrini, 1933-. **Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre legitimação e a coisa julgada**. Revista Forense. Rio de Janeiro, v. 98, n. 361, maio/jun. 2002, p. 10.

²⁴ DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. Obra citada, p. 367.

3.2. COISA JULGADA EM CAUSAS RELATIVAS A DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

O inc. III do art. 103 traz dicção um tanto divergente dos demais, o que pode suscitar algumas dúvidas. O dispositivo aponta que haverá coisa julgada apenas quando da procedência do pedido. Numa primeira leitura, este parece erigir a coisa julgada *secundum eventum litis* para os litígios que versem sobre direitos individuais homogêneos: é dizer, nestas causas, só haveria coisa julgada caso o pleito fosse julgado procedente.

A leitura do §2º deste artigo, entretanto, dispõe que aqueles que não intervieram como litisconsortes, em caso de improcedência do pedido, poderão propor suas ações a título individual. A *contrario sensu*, é possível inferir que aqueles que intervieram não poderão fazê-lo, o que demonstra que, mesmo em caso de improcedência, a coisa julgada se forma, ainda que apenas *inter partes*.

A interpretação dada à norma por grande parte da doutrina, entretanto, é no sentido de que, rejeitada a pretensão, a via coletiva ficará obstada a todos os demais legitimados coletivos, como ocorre nas demais hipóteses²⁵. Apenas fica resguardada a possibilidade de propositura de ações individuais sobre o mesmo tema, à semelhança dos demais casos (inc. I e II do art. 103 do CDC). Desta forma, o inciso sob análise não trata da formação da coisa julgada em si, mas da sua extensão a esfera individual, como veremos posteriormente.

Outra controvérsia que circunda o tema é se, na hipótese do inc. III, a coisa julgada se forma *pro et contra* ou *secundum eventum probationis*, a exemplo do que ocorre nos inc. I e II. É dizer, na defesa de direitos individuais homogêneos, será possível afirmar que, sendo as provas insuficientes, a coisa julgada na esfera coletiva não se formará, mesmo não havendo disposição legal neste sentido?

Ada Pellegrini entende que este dispositivo efetivamente excepcionou a disciplina conferida às demais espécies de direitos coletivos – os direitos difusos e os coletivos *strictu sensu* – sendo que apenas nestes a formação da coisa julgada fica condicionada à suficiência das provas²⁶. No mesmo

²⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense universitária, 2007, p. 857. GIDI, Antonio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 140.

²⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor**, p. 857.

sentido, parecem se posicionar Pedro Lenza²⁷ e Antônio Gidi²⁸, embora este último não o faça expressamente.

Em sentido oposto, interpretando a omissão como mera lacuna na lei e não como desejo expresso do legislador de prever disciplina diversa à tutela dos direitos individuais homogêneos, estão Fredie Didier e Hermes Zaneti, para os quais este dispositivo deve ser interpretado em coerência com o microsistema coletivo. Assim, para estes autores, sendo a causa julgada improcedente por insuficiência de provas, não haverá coisa julgada, como ocorre nas demais hipóteses já expostas²⁹.

A princípio, parece defensável o entendimento esposado por Fredie Didier e Hermes Zaneti, uma vez que inexiste, no direito brasileiro, o controle judicial da adequação da representatividade (*adequacy of representation*), à semelhança do que ocorre nas *class actions* do direito norte americano. Caso se admitisse a formação da coisa julgada em caso de juízo de improcedência por insuficiência de provas, a atuação desidiosa do legitimado extraordinário prejudicaria os titulares do direito pleiteado que, muito embora ainda possam propor suas ações individuais, não mais contarão com a celeridade e a facilitação do acesso à justiça propiciada pela via coletiva. Por outro lado, inadmitindo-se a formação da coisa julgada nessa hipótese, estar-se-ia protegendo os substituídos da atuação do legitimado extraordinário que não tivesse exercido representação do grupo substituído de forma adequada, por não em trazer aos autos os elementos necessários à prova de suas alegações. Garantir-se-ia, assim, que a via coletiva só estaria preclusa quando satisfeito o devido processo legal.

3.3. EXTENSÃO DA EFICÁCIA COISA JULGADA AO PLANO INDIVIDUAL

Explicitou-se, logo acima, o regime de formação da coisa julgada coletiva, o que não se confunde, consoante brevemente adiantado, com a sua extensão à esfera individual. Como visto, consagrou-se para as causas coletivas que versam sobre direitos difusos e direitos coletivos *strictu sensu*

²⁷ LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 235.

²⁸ GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 139-140.

²⁹ DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. Obra citada, p. 369.

a coisa julgada *secundum eventum probationis*. Para as causas referentes a direitos individuais homogêneos, o posicionamento majoritário é de que esta se forma *pro et contra*, muito embora respeitável doutrina posicione-se de modo diverso, conforme referido.

Distinta, todavia, é a disciplina da extensão da eficácia da coisa julgada para a esfera individual. O Código de Defesa do Consumidor dispõe, nos parágrafos do art. 103, que, em caso de improcedência do pedido, independentemente das provas produzidas, a coisa julgada coletiva não prejudicará as pretensões individuais a esta relacionada. Por outro lado, a sentença de procedência em ação proposta pelo legitimado coletivo poderá ser liquidada e executada sem a necessidade da propositura de ação individual para a determinação do *an debeat*³⁰. Necessário que prove apenas o nexo de causalidade entre o prejuízo individual e o objeto da ação coletiva.³¹

Trata-se, portanto, de extensão da coisa julgada coletiva à esfera individual *secundum eventum litis*, pois condicionada à procedência do pedido, e *in utilibus*, pois apenas beneficia o indivíduo, que poderá proceder à liquidação de seus prejuízos e promover a execução da sentença.

Pedro Lenza defende, no caso de demandas relativas a direitos difusos e coletivos *strictu sensu*, que a ressalva feita no §3º do art. 103 quanto à não extensão à esfera individual dos efeitos da coisa julgada coletiva, quando da improcedência do pedido, é desnecessária, visto que o pedido formulado por ocasião da ação coletiva é distinto daquele que embasa a ação individual correlata, sendo distinto, portanto, o objeto destas demandas³².

De fato, quando proposta uma ação face à violação a um direito transindividual (direitos difusos e coletivos *strictu sensu*), o pedido não abrange o ressarcimento aos danos causados individualmente, nem o direito tutelado é o individual, mas o da comunidade coletivamente considerada. Todavia, a violação ao direito coletivo eventualmente pode gerar lesões a direitos individuais. O juízo de improcedência de uma ação coletiva que visasse tirar de circulação propaganda supostamente enganosa não seria óbice ao pedido de ressarcimento de indivíduo efetivamente levado a erro pela publicidade, já que o pedido é diverso.

³⁰ DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. Obra citada, p. 371.

³¹ LENZA, Pedro. Obra citada, p. 239.

³² LENZA, Pedro. Obra citada, p. 237.

Entretanto, se é desnecessário que a lei disponha que, nas causas referentes a direitos transindividuais, a coisa julgada não prejudica os direitos individuais dos integrantes da coletividade, é imprescindível a existência de dispositivo legal para que decisão coletiva favorável possa ser benéfica aos titulares destes direitos. E isto pela mesma razão: não há coincidência de pedido que possa determinar, por si só, que o resultado da demanda coletiva influa, benéfica ou prejudicialmente, na demanda individual. Assim, é a norma do §3º que possibilita, como forma de promoção da economia processual, a transposição *in utilibus* da coisa julgada coletiva para beneficiar os titulares dos direitos individuais correspondentes.

Ada Pellegrini leciona que a norma contida nesse parágrafo determina a ampliação do objeto do processo coletivo, passando o dever de indenizar a integrar o pedido, o que possibilita a extensão benéfica da coisa julgada coletiva³³⁻³⁴. É o que se denomina ampliação *ope legis* do objeto do processo, possível apenas por determinação legal³⁵.

José Rogério Cruz e Tucci, por outro lado, rejeita tal compreensão do fenômeno. O autor defende que a possibilidade de liquidação e execução pelos indivíduos do julgado derivado da ação coletiva é efeito anexo ou secundário da sentença oriunda da ação coletiva, conferido pela lei³⁶.

³³ GRINOVER, Ada Pellegrini, *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 8. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense universitária, 2004, p. 934-935.

³⁴ Interessante também, no que tange ao tema, a formulação de Arruda Alvim, para quem: “O que se verifica, por este art. 103, §3.º, é que se contém, *virtualmente*, no pedido formulado com base na Lei da Ação Civil Pública, a possibilidade de que a sentença transcenda o objeto do pedido, *tal como originariamente constava da Lei da Ação Civil Pública. Independentemente de pedido explícito (i.e., que não tenha sido formulado com a ação civil pública), o art. 103, §3º, confere uma eficácia objetiva e subjetiva ampla à sentença de procedência (cujo pedido tenha por causa a ocorrência de dano), hipertrofiando este texto, pois, subjetivamente, o leque de beneficiários. Há, ao menos, uma transcendência ao objeto do pedido, tal como nominal e linguísticamente haja sido feito, no âmbito da Lei da Ação Civil Pública e para os fins desta. Se o pedido feito na ação civil pública pode ser executado, tal como se tivesse sido feito em face do espectro do art. 81, par. ún., inc. III, do CDC, disto segue, também, que há um ‘aumento objetivo’ do pedido e da sentença.* ALVIM, José Manoel de Arruda: Notas sobre a coisa julgada coletiva. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 88, p. 31-57, 1997, p. 54.

³⁵ DIAS, Francisco Barros. **Coisa Julgada e Execução no Processo Coletivo**, p. 11. Disponível em: www.jfrn.gov.br/docs/doutrina125.doc

³⁶ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

Christianine Chaves Santos, em sua dissertação, critica tais posicionamentos, ao vislumbrar neles apego excessivo ao princípio dispositivo, que, privilegiando a vontade do autor, define o objeto do processo e do julgamento a partir do pedido por ele deduzido, adotando, portanto, uma concepção notadamente individualista. Para a autora, em virtude dessa visão individualista do processo, a doutrina estaria deixando de reconhecer o óbvio: que o §3º do art. 103 do CDC ampliou também os limites objetivos da coisa julgada coletiva para que esta alcançasse igualmente a decisão sobre as questões fáticas e jurídicas fundamentais à lide³⁷.

Entretanto, em todos os posicionamentos elencados há a convergência no sentido de que a liquidação e execução individual da sentença exarada em ação coletiva proposta na tutela de direitos difusos e coletivos *strictu sensu* só é possível por força da previsão do §3º do art. 103 do código consumerista.

4. REGIME DA COISA JULGADA NO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO ANTERIOR À LEI 12.016/2009 – REGULAÇÃO PELO MICROSSISTEMA DA TUTELA COLETIVA

Grande parte da doutrina, em momento anterior à vigência da Lei nº 12.016/2009, entendia que, por não haver disciplina específica sobre o tema, não apenas da coisa julgada, mas também da legitimidade, da litispendência, dentre outros que demandam tratamento peculiar face ao fenômeno da tutela de massa, seria impositiva a aplicação das disposições do CDC e da LACP ao mandado de segurança coletivo³⁸.

Não poderia ser diferente a conclusão, uma vez que, inexistindo normatização própria, estaria inviabilizado, sem a aplicação subsidiária desses diplomas processuais coletivos, o manejo de mandado de segurança coletivo. Portanto, o posicionamento pela não adoção de tais diplomas

³⁷ SANTOS, Christianine Chaves. **Uma leitura da tutela jurisdicional coletiva à luz da coisa julgada**. 231 f.; Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Pernambuco. CCJ/FDR, Recife, 2002, p. 191-192.

³⁸ DINAMARCO, Pedro Silva. **A sentença e seus desdobramentos no mandado de segurança individual e coletivo**. In ALVIM, Arruda; BUENO, Cassio Scarpinella; DALLARI, Adilson Abreu; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança: 51 anos depois**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 695.

seria inaceitável, porquanto significaria a supressão de uma garantia constitucional que, como tal, deve gozar de máxima efetividade.

Ademais, por tratar-se de instrumento voltado à tutela de direitos transindividuais e individuais homogêneos, não se pode buscar solução para a lacuna normativa pela aplicação subsidiária de diplomas cuja inspiração seja notadamente individualista, como, por exemplo, o Código de Processo Civil.

Neste sentido, a doutrina especializada tem falado da existência do microsistema da tutela coletiva, formada pelos diplomas, quer processuais, quer materiais, referentes ao direito de massa³⁹. A identificação desses microsistemas liga-se à insuficiência dos grandes códigos para suprir a carência regulativa de relações jurídicas que, por sua especificidade, não encontram guarida nas normas gerais. Assim, surgem leis extravagantes de inspiração e principiologia própria, porquanto adequada ao disciplinamento de situações não abarcadas pelos códigos pretensamente completos⁴⁰.

É justamente por conta desta necessidade de tratamento próprio que as soluções para as lacunas no tratamento de questões relativas à tutela coletiva devem ser buscadas dentro do próprio microsistema coletivo, uma vez que este é formado por diplomas possuidores da mesma essência e que buscam normatizar a mesma espécie de relações jurídicas. Apenas quando a lacuna persistir mesmo após a consulta aos diplomas componentes do microsistema coletivo é possível buscar solução fora deste – neste caso, no Código de Processo Civil. Ainda assim, é necessário proceder à adaptação da norma de processo individual (não-coletivo) às especificidades inúmeras da tutela de massa, em homenagem ao princípio da adaptabilidade⁴¹⁻⁴².

Dando embasamento a estas considerações, especialmente quanto à LACP e CDC, Ada Pelegrini ensina que, ainda que o art. 103 do CDC se

³⁹ MAZZEI, Rodrigo. A ação popular e o microsistema da tutela coletiva. *Revista forense*, Rio de Janeiro, v.103, n.394, nov./dez., 2007, p. 267.

⁴⁰ MAZZEI, Rodrigo. Obra citada, p. 271.

⁴¹ MAZZEI, Rodrigo. Obra citada, p. 272.

⁴² A existência dessa relação próxima entre as diversas leis componentes do microsistema coletivo foi reconhecida inclusive no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, como atesta didático julgado do Ministro Luiz Fux: “A lei de improbidade administrativa, juntamente com a lei da ação civil pública, da ação popular, do mandado de segurança coletivo, do Código de Defesa do Consumidor e do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Idoso, compõem um microsistema de tutela dos interesses transindividuais e sob esse enfoque interdisciplinar, interpenetram-se e subsidiam-se.” RESP 200801872713, LUIZ FUX, STJ - PRIMEIRA TURMA, 06/11/2009.

refira às “ações coletivas que trata este código”, sua abrangência é maior, e isso por expressa disposição legal⁴³.

Na redação do CDC enviado para a sanção do presidente da república, havia o art. 89, que fixava que as disposições processuais do código seriam aplicáveis, quando cabíveis, à tutela de outros direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Todavia, este dispositivo foi alvo do veto presidencial⁴⁴.

Por outro lado, não foi alvo do veto presidencial o art. 117 do CDC, dispositivo de teor semelhante que acresceu o art. 21 à LACP. Vê-se, por sua redação, que o dispositivo não restringe sua aplicação à LACP, mas abrange toda a defesa em juízo dos direitos coletivos *lato sensu*.

Cabe salientar que, por inexistir, à época, qualquer norma legal disciplinando o mandado de segurança coletivo, seria absolutamente dispensável recorrer ao art. 21 da LACP para determinar a aplicação subsidiária das normas processuais do CDC, face a reconhecida existência do microsistema da tutela coletiva. A existência deste dispositivo apenas reforçou o fundamento do posicionamento majoritário.

Ressaltando que discorreremos, aqui, sobre o regime da coisa julgada anterior à nova lei do mandado de segurança, importa apontar uma peculiaridade do mandado de segurança coletivo em relação às demais ações coletivas. No mandado de segurança, seja ele individual ou coletivo, a existência de prova pré-constituída e suficiente é requisito de admissibilidade. Assim, a deficiência da prova documental gera a inadmissibilidade do *writ* e não sua improcedência.

Como vimos, não há ressalva da não formação da coisa julgada *erga omnes* nas hipóteses de improcedência por insuficiência de provas no caso de defesa em juízo de direitos individuais homogêneos, pelo disposto no CDC. A despeito disto, quando estes fossem defendidos mediante mandado de segurança coletivo, se não houvesse prova documental inequívoca da pretensão – insuficiência de provas, portanto – não haveria

⁴³ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor**, p. 847.

⁴⁴ Eis fundamentos lançados para embasamento do veto: “a extensão das normas específicas destinadas à proteção dos direitos do consumidor a outras situações excede dos objetivos propostos no código, alcançando outras relações jurídicas não identificadas precisamente e que reclamam regulação própria e adequada. Nos termos do art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, deve o legislador limitar-se a elaborar Código de Defesa do Consumidor.” Mensagem nº 664, de 11 de setembro de 1990 - Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil.

exame do mérito e nem formação de coisa julgada material.⁴⁵ A ausência de provas, neste caso, pode ser entendida como ausência de direito líquido e certo, provocando a decretação de carência do *mandamus* coletivo, o que autoriza, em contrariedade à dicção do art .103, III do CDC, sua repositura mediante a apresentação de novas provas.⁴⁶

5. GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO E PROCESSO COLETIVO

O surgimento das ações coletivas está ligado à evolução social que conduziu ao surgimento de sociedade de massas, em que se multiplicam conflitos de mesma origem. Há muito, ocorrem lesões a direitos ligados a uma coletividade ou certos indivíduos coletivamente considerados, que poderiam pleitear a solução coletivamente. Entretanto, tal necessidade torna-se premente quando se passa a reconhecer direitos que, por um lado, não pertencem a nenhum indivíduo enquanto tal, mas pertence, sim, a toda coletividade, como é o exemplo clássico do meio-ambiente preservado.

Por outro lado, a tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos traz consigo o evidente ganho no que se refere à economia processual, já que o núcleo comum entre os inúmeros litígios em potencial poderá ser resolvido por meio de um único procedimento, restando para um momento posterior apenas a identificação dos beneficiados e fixação individualizada do *quatum debeat*. O ganho se torna mais evidente quando se tem em conta a quantidade de processos existentes e a insuficiência dos recursos humanos e materiais disponíveis para solucioná-los. Todavia, o maior benefício, dentro da óptica do Estado Democrático de Direito, é o de possibilitar o efetivo acesso à justiça, por intermédio da resolução da controvérsia pela via coletiva, em favor daqueles que, por desconhecimento ou despreparo, não poderiam comparecer em juízo para reclamar seus direitos.

Importa considerar, entretanto, que esses novos direitos de natureza coletiva, bem como a nova perspectiva de equacionamento coletivo de lides individuais, reclamam um modelo processual que se ajuste às

⁴⁵ GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*, p. 85.

⁴⁶ ALVIM, Eduardo Arruda. *Apontamentos sobre o mandado de segurança coletivo*. Disponível em: <http://www.arrudaalvim.com.br/pt/artigos/17.asp?id=artigos&lng=pt>.

suas peculiaridades e lhes garanta efetividade, pois, como observa Teori Zavascki⁴⁷:

(...), na atividade de criação ou de reforma de instrumentos processuais, deve-se ter como principal preocupação a de amoldar tais instrumentos ao direito material a que buscam servir. Para direitos materiais sujeitos a diferentes formas de concretização devem ser disponibilizados meios também diferenciados.

A despeito disto, o tratamento peculiar que deve ser dispensado às causas coletivas não pode ser dissonante com os condicionamentos ao modo de ser do processo estabelecido por meio das garantias constitucionais. A grande questão é, portanto, de que forma assegurar aos indivíduos as mesmas garantias processuais que eles teriam se litigassem individualmente, considerando que tais garantias são indispensáveis em um contexto democrático, a fim de afastar a possibilidade do exercício arbitrário da função jurisdicional.

Antes de adentrarmos no estudo, ainda que superficial, dos princípios constitucionais do processo mais sensíveis ao fenômeno da litigância de massa, convém considerar, como oportunamente advertiu o Professor Ivo Dantas⁴⁸, que não é possível isolar cada um desses princípios, pois estes só serão corretamente compreendidos quando vistos em suas interrelações, nas quais exercem influência recíproca entre si. Dessa maneira, a união desses princípios é o que forma o conteúdo ideológico do sistema processual.

5.1. DEVIDO PROCESSO LEGAL: ORIGENS E DESDOBRAMENTOS

Muito embora usualmente se tenha indicado a *Magna Charta* de João Sem-Terra, do ano de 1.215, como o primeiro documento em que foi inscrita a cláusula do devido processo legal (*due process of law*, ou *law of the*

⁴⁷ ZAVASCKI, Teori Albino **Reforma do processo coletivo: indispensabilidade de disciplina diferenciada para direitos individuais homogêneos e para direitos transindividuais**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 34

⁴⁸ DANTAS, Ivo. **Constituição e processo**. 2. ed., rev., atual. e ampl. Curitiba: Juruá, 2007, p. 341-342.

land, em sua dicção primitiva)⁴⁹, há registro de que as origens do instituto são ainda mais remotas.

Ruitemberg Nunes Pereira aponta, com base principalmente nos estudos de William Stubbs, que a Magna Carta, em verdade, não significou nenhuma inovação ou originalidade na evolução do *due process of law*, uma vez que foi apenas uma reformulação da Carta de Henrique I, que, por sua vez, buscou influência no Decreto Feudal de 1.037 de Conrad II, do Império Franco. Conclui o autor, portanto, pela origem germânica das bases do devido processo legal⁵⁰.

No art. 39 da Carta Magna, o princípio do *law of the land*, forma primitiva do *due process of law*, assegurava aos homens livres, especialmente aos barões e proprietários de terra, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade e sobretudo à propriedade, que só poderiam ser afastados mediante a observância dos procedimentos previstos e pela força do direito sedimentado no precedentes judiciais⁵¹⁻⁵².

A expressão que se consagrou, *due process of law*, surgiu apenas no século seguinte, em uma das reedições da *Magna Charta*⁵³, o *statute of Westminster of the Liberties of London* de 1354, editada no reinado de Eduardo III. Ressalte-se que, nestes primeiros momentos da existência do instituto, coexistiram as expressões *law of the land*, *due course of law* e *due process of law*, que eram indistintamente utilizadas pelos juristas com o mesmo significado.

Todavia, a verdadeira evolução do conteúdo da cláusula se deu nos Estados Unidos, que a conheceu desde seu período colonial, como se verifica por sua inclusão em algumas das constituições das colônias inglesas na América,

⁴⁹ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo** – 9ª ed. rev., ampl., e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 78.

⁵⁰ PEREIRA, Ruitemberg Nunes. **O princípio do devido processo legal substantivo**. 1.ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 10-45.

⁵¹ Confira-se o Art. 39 da *Magna Charta*: “No free man shall be sized or imprisoned, or stripped of his rights or possessions, or outlawed or exiled, or deprived of his standing in any other way, nor will we proceed with force against him, or send others to do so, except by the lawful judgment of his equals or by **the law of the land**” Ressalte-se que originalmente a Magna Carta foi redigida em latim e assim permaneceu por mais de duzentos anos, o que inviabilizou que a maioria da população inglesa pudesse invocá-la em sua defesa. CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade** – 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 7.

⁵² CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Obra citada, p. 7.

⁵³ PEREIRA, Ruitemberg Nunes. Obra citada, p. 56.

ainda sob a arcaica denominação “*law of the land*”⁵⁴. Na constituição norte-americana, já em 1791, havia a *Bill of rights*, no qual constava a garantia do *due process of law*, trazida pela 5ª e em seguida modificada pela 14ª Emenda.

Inicialmente, o princípio em referência foi concebido com uma índole notadamente processualística, com aplicação no processo penal, para, somente depois, ter seus efeitos estendidos para a jurisdição civil e finalmente para os procedimentos administrativos no âmbito da administração pública⁵⁵. Todavia, construiu-se, mediante a sucessão dos julgados da Suprema Corte norte-americana, uma nova compreensão da abrangência da cláusula, que passou a não apenas informar o modo de ser dos processos judiciais e administrativos, mas, também, se tornou parâmetro de aferição do conteúdo substantivo da legislação⁵⁶.

Por esse novo enfoque, o *due process of law* tornou-se parâmetro para averiguar a razoabilidade das leis, de modo a resguardar, pela via judicial, os cidadãos de abusos estatais cometidos por meio da atividade legiferante. Dessa maneira, o princípio foi alçado à condição de ferramenta idônea à apreciação da justiça do conteúdo da lei ou do ato administrativo à luz da preservação dos direitos fundamentais, especialmente aqueles relacionados às liberdades civis⁵⁷.

Esse aspecto da abrangência do princípio foi nomeado como devido processo legal substantivo (*substantive due process*), ao lado da acepção clássica, o qual passou a denominar-se de devido processo legal procedimental (*procedural due process*)⁵⁸.

⁵⁴ Exemplo da recepção da garantia do *due process of law* pelo pensamento jurídico das colônias americanas foi a sua inclusão pela Declaração de Direitos da Virgínia, de agosto de 1776; pela Declaração de Delaware, de setembro de 1776 e também da Declaração de Direitos da Carolina do Norte, de dezembro de 1776, apenas para citar alguns exemplos. Para maiores informações sobre o tema, confira-se CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **Obra citada**, p 9-12.

⁵⁵ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **Obra citada**, p. 29.

⁵⁶ SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido processo legal (due process of law)** – 3. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 418.

⁵⁷ SILVEIRA, Paulo Fernando. **Obra citada**, p. 424.

⁵⁸ Importa destacar o posicionamento de Humberto Ávila, para quem os deveres de proporcionalidade e razoabilidade não têm por fundamento o devido processo legal substancial, mas sim os princípios da igualdade e da liberdade. Em suas palavras: “2.1.1 Considerando que a Constituição garante o ‘devido processo legal’ (art. 5.º, LIV), indaga-se: é correto usar o dispositivo relativo ao ‘devido processo legal’ como fundamento normativo dos deveres de proporcionalidade e de razoabilidade e, portanto, do chamado ‘devido processo legal substancial’? A resposta é não. 2.1.2. Sendo os princípios de liberdade e igualdade os fundamentos dos deveres de proporcionalidade e razoabilidade, o recurso ao dispositivo relativo ao ‘devido processo legal’ como seu fundamento normativo, quando a

No Brasil, o princípio só veio a ter assento constitucional com a Carta de 1988, com sua inclusão no art. 5º, LIV – dentre os direitos e garantias fundamentais, portanto. Entretanto, mesmo antes da inclusão da cláusula no texto da constituição, a doutrina já havia se dedicado à compreensão do instituto, como fez de forma pioneira Lêda Boechat Rodrigues em sua obra “A Corte Suprema e o Direito Constitucional americano”, publicada em 1958⁵⁹.

A despeito de apenas recentemente incluída no ordenamento jurídico brasileiro, a cláusula do *due process of law* tem sido aplicada pelo Supremo Tribunal Federal, inclusive em sua acepção substantiva. É o que se percebe da leitura do julgado exarado por ocasião do julgamento da ADI 3685/DF, em que se discutia a aplicação do princípio da anterioridade eleitoral, previsto no art. 16 da CF, às alterações referentes às coligações partidárias operadas pelo art. 2º da EC 52/06. Em seu voto, o Ministro Cezar Peluso apontou que a eferida emenda era inconstitucional por ofensa ao devido processo legal eleitoral, oponível inclusive ao poder constituinte derivado⁶⁰⁻⁶¹.

Vê-se, portanto, que o STF tem desenvolvido seu próprio conjunto de precedentes sobre a aplicação do devido processo legal, até mesmo como instrumento de análise do mérito da produção legislativa, nos moldes preconizados pela interpretação da Suprema Corte norte-americana.

Constituição já prevê os princípios de liberdade e igualdade, é desnecessário e redundante.” ÁVILA, Humberto. O que é “devido processo legal”? **Revista de processo**, São Paulo, v. 33, n. 163, set. 2008, p. 56-57.

⁵⁹ RAMOS, João Gualberto Garcez. Evolução histórica do princípio do devido processo legal. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**, Curitiba, n. 46, p. 108.

⁶⁰Em virtude da clareza da exposição, é conveniente a transcrição de excertos das considerações tecidas pelo Ministro Cesar Peluso em seu voto: “Como se sabe, a garantia do justo processo da lei (*due process of law*) nasceu de necessidades próprias da natureza do processo penal, mas, como instrumento dogmático flexível, teve os contornos estendidos, progressivamente, sobretudo por obra da Suprema Corte norte-americana, ao âmbito de todas as espécies de processo e, mas tarde, ao controle do próprio mérito dos mecanismos de produção jurídico-normativa (*substantive*). Assim, alcança hoje, na amplitude da concepção positivo constitucional subjacente ao art. 5º, inc. LVI, cuja etiologia está na 5ª e 14ª Emendas à Constituição norte-americana, todos os procedimentos tendentes a influir, de qualquer modo, sobre o exercício de direitos fundamentais.” ADI 3685, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 22/03/2006, DJ 10-08-2006. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363397>, p. 59.

⁶¹ Ainda no sentido da aplicação do devido processo legal substantivo pelo Supremo Tribunal Federal, confira-se o julgado exarado por ocasião da ADI 173/DF, da relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, em que se discutia a constitucionalidade dos art. 1º e 2º da Lei n. 7.711/88. **ADI 173**, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 25/09/2008, DJe-053, 20-03-2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=582642>, p. 14.

5.1.3. DEVIDO PROCESSO LEGAL PROCEDIMENTAL (PROCEDIMENTAL DUE PROCESS)

A despeito da riqueza conceitual impressa ao devido processo legal substancial no decorrer de seu desenvolvimento, aos fins do presente trabalho importa apenas a análise da faceta procedimental do princípio sob análise.

A denominação adotada pelo direito italiano para referir-se ao devido processo legal, qual seja, justo processo (*giusto processo*, art. 111 da CF italiana)⁶², serve de auxílio para a compreensão do alcance conferido a esse princípio. Ele aponta aos procedimentos que devem ser observados sempre que algum bem de vida possa ser retirado de alguém, seja por meio de processo judicial ou administrativo. Cabe salientar que o legislador não tem discricionariedade ilimitada para definir o que é o “devido processo”, devendo sempre preservar um mínimo de garantias aos litigantes⁶³.

As garantias mínimas que decorrem do devido processo legal visam conferir legitimidade ao uso da força estatal em um contexto democrático, mediante a promoção da participação e do diálogo das partes potencialmente atingidas na construção da decisão, o que resulta em prevenção contra injustificadas subtrações de direitos⁶⁴.

Vê-se, portanto que, ao contrário do que se pode supor por uma leitura apressada de sua enunciação constitucional, o devido processo legal, mesmo em sua feição procedimental, não se restringe à garantia de respeito às formas processuais previstas, mas condiciona a própria substância do processo, de forma que este permita ao julgador o elevado grau de convencimento necessário para que este profira sua decisão⁶⁵.

⁶² NERY JUNIOR, Nelson. Obra citada, p. 86-87.

⁶³ Nesse particular, é oportuna a transcrição da lição de Paulo Fernando Silveira, válida para o nosso direito positivo, muito embora o autor estivesse referindo-se ao direito norte-americano: “A Suprema Corte americana tem relacionado o devido processo legal às garantias da Magna Carta contra as opressões e usurpações pela prerrogativa real, com esteio na conclusão básica de que o devido processo constitui uma limitação aos poderes governamentais emanados do Legislativo, do Executivo e da esfera judicial, o qual é construído de modo a não deixar o Congresso livre para estabelecer, de acordo com sua vontade, o que é devido processo. (...) O elemento da análise do devido processo, caracterizado como devido processo procedimental, delinea os limites constitucionais da execução judicial, executiva ou administrativa, das leis, provisões ou decisões governamentais.” SILVEIRA, Paulo Fernando. Obra citada, p. 304-305.

⁶⁴ SILVEIRA, Paulo Fernando. Obra citada, p. 305.

⁶⁵ CRETELLA NETO, José. Obra citada, p. 44-45.

Dentro dessa ambiência, têm sido apontados como decorrência do devido processo legal procedimental, dentre outros: a) o direito ao procedimento em contraditório; b) direito a não ser processado, julgado ou condenado por alegada infração à lei *ex post facto*; c) direito de ser julgado por autoridade competente, segundo regras de competência previamente estabelecidas; d) oferta de tutela jurisdicional à maciça maioria da população (acesso à justiça)⁶⁶; e) o direito à fundamentação das decisões judiciais⁶⁷.

Longe de ser exaustivo, o rol de garantias oriundas do devido processo legal acima exposto apenas revela de que maneira esse princípio condiciona o modo de ser do processo. Tais garantias, e tantas outras quantas surjam face às necessidades surgidas em casos concretos, visam propiciar aos potencialmente afetados pelo exercício da jurisdição a oportunidade de participar de forma efetiva e satisfatória da construção da decisão, de modo a tornar o processo um instrumento por meio do qual se torna possível a implementação dos direitos⁶⁸.

É de se notar ainda que as garantias constitucionais referente ao processo estão compreendidas pelo devido processo legal, de forma que, ainda que não estivessem expressamente previstas, seriam plenamente aplicáveis em nosso direito positivo. Dessarte, a enunciação no texto constitucional dos princípios da ampla defesa, do contraditório, da motivação das decisões judiciais, do juiz natural, da inafastabilidade da jurisdição, por exemplo, serve de reforço à incidência destes princípios, muito embora conteúdo que estão imbuídos já estivesse abrangido pelo devido processo legal. Nas palavras de Juliano Vitor Lima, “podemos dizer, sim, que o devido processo legal não tem maior ou menor prevalência do que outros princípios, mas que é um princípio irradiador de outros princípios”⁶⁹.

5.1.4. DEVIDO PROCESSO LEGAL COLETIVO

Conforme precedentemente esclarecido, o devido processo legal desenvolveu-se ao redor da preservação das liberdades civis, especialmente no tocante à realização dos direitos à vida, liberdade e propriedade.

⁶⁶ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Obra citada, p. 331.

⁶⁷ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Obra citada, p. 312.

⁶⁸ LIMA, Juliano Vitor. **Do princípio do devido processo legal**. In TAVARES, Fernando Horta (coord.). Constituição, Direito e Processo: princípios constitucionais do processo. Curitiba: Juruá, 2008, p. 248-250.

⁶⁹ LIMA, Juliano Vitor. Obra citada, p. 243.

Portanto, é de se notar que o princípio foi gestado e interpretado sob um viés nitidamente individualista, levando em consideração o contexto da sociedade americana dos fins do século XVIII e decorrer do século XIX, fortemente influenciada pela óptica do Estado Liberal.

Todavia, o Estado Liberal mostrou as graves contradições decorrentes da igualdade jurídico-formal e desigualdade social, razão pela qual cedeu espaço paulatinamente ao Estado Social. Como se sabe, o Estado Social compromete-se com a efetivação, mediante a atuação concreta do aparelho estatal, dos direitos antes tão-somente proclamados, além da afirmação de outros direitos, alçados à mesma estatura de direitos fundamentais, ligados à satisfação das necessidades básicas do homem⁷⁰.

Em passo posterior, alia-se à visão provedora do Estado Social a noção da democracia, fundada na soberania do povo, mediante a efetiva participação popular na gestão da coisa pública, de modo a garantir a preservação e a realização dos direitos⁷¹. Exsurge, assim, o Estado Democrático de Direito, em que convergem a promoção da justiça e a garantia da tutela dos direitos da personalidade.

Nesse contexto, insere-se a Constituição de 1988, que não apenas declara ser o Estado brasileiro um Estado Democrático de Direito, mas também faz, no decorrer de seu texto, a enunciação dos tradicionais direitos individuais, dos direitos sociais e econômicos e da participação popular na construção das decisões políticas. Inúmeros desses direitos e compromissos constitucionais, conforme é evidenciado pela própria dicção da Carta de 1988, são titularizados não apenas por pessoas individualmente consideradas, mas igualmente pela coletividade como um todo, que é também destinatária da atuação provedora do Estado.

⁷⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo** – 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 115.

⁷¹ Note-se que não há ligação necessária entre o Estado Social e a noção de democracia, pois como observa Paulo Bonavides: “A Alemanha nazista, a Itália fascista, a Espanha franquista, o Portugal salazarista foram ‘Estados Sociais.’ Da mesma forma, Estado Social foi a Inglaterra de Churchill e Attlee; os Estados Unidos, em parte, desde Roosevelt; a França, com a Quarta República, principalmente; e o Brasil, desde a Revolução de 1930. (...) Ora, evidencia tudo isso que o Estado Social se compadece com regimes políticos antagônicos, como sejam a democracia, o fascismo e nacional-socialismo.” BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social** – 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 184.

Foi justamente a atual Constituição – que manteve a tradição constitucional brasileira da enunciação dos direitos sociais⁷², acrescentando-lhe ainda outros e fornecendo meios processuais para sua efetivação – que introduziu de forma expressa a garantia do devido processo legal no direito brasileiro, ainda acompanhada da clássica fórmula que remete à preservação dos direitos à liberdade e propriedade.

Tecidas essas considerações, importa atentar para o descompasso entre o contexto em que foi gestado o devido processo legal, em que imperava a visão liberalista-individualista da realização do direito, e aquele no qual ele está inserido agora, qual seja, o direito positivo brasileiro sob a égide da Constituição de 1988. Tal descompasso só pode ser superado mediante a adequação hermenêutica desse princípio à nova realidade em que toma lugar, levando em consideração, sobretudo, a nova visão da função do Estado assumida pela atual carta constitucional e os compromissos por ela assumidos em face da sociedade.

Aliás, essa é lição advinda do direito norte-americano, onde a dicção indefinida do *due process of law* colaborou para o seu criativo manuseio pretoriano, de forma que foi impossibilitada sua definição apriorística⁷³, o que permite uma interpretação constitucional sensível às demandas da sociedade⁷⁴.

Nesse sentido, é relevante a lição de Elton Venturi, para quem a compreensão do devido processo legal deve levar em consideração o significado que adquire o direito à vida, à liberdade e à propriedade no presente contexto constitucional e social. Em suas palavras:

É preciso despertar para uma nova realidade: se os alvos de proteção da garantia do devido processo legal ainda são fundamentalmente os mesmos (vida/

⁷²BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 366-368.

⁷³ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Obra citada, p. 47.

⁷⁴ Sobre a utilização do *due process of law* no direito americano, Carlos Roberto Siqueira de Castro comenta que: “Tem-se, nessa ‘jurisprudência construtiva’ (*constructive jurisprudence*) a constatação da ‘relatividade histórica da Constituição’, de que a experiência norte-americana é por certo o exemplo mais eloqüente. Chega-se, por esse processo fecundo e permanente de adaptação da Constituição às realidade emergentes, à noção de constituição viva, isto é, da Constituição que se alimenta do plasma da realidade social e encontra seu renovado sentido através da configuração dos fatos da vida.” CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Obra citada, p. 65.

liberdade/propriedade), não é menos verdade que as perspectivas pelas quais tais alvos são encarados hoje são profundamente diferentes. De fato, os múltiplos e complexos pressupostos para se qualificar o ser humano livre e digno, para além daqueles religiosa e filosoficamente estáticos, cambiam naturalmente, de acordo com o próprio contexto social.⁷⁵

Dessa forma, sob um viés processualístico, as garantias decorrentes do devido processo legal devem ser lidas por um enfoque que leve em consideração a realização dos direitos pertencentes à coletividade, tenham estes previsão constitucional ou infraconstitucional.

Conforme observou Antônio Gidi, uma leitura estrita da tradicional garantia do devido processo legal tornaria impossível a existência da tutela processual coletiva⁷⁶. Isso porque tais garantias foram pensadas, como já observado, tendo em vista o processo no qual se desenvolveria uma lide entre indivíduos. É inquestionável a importância do desenvolvimento dessas garantias nesses moldes no momento histórico em que foram inicialmente propostas. Entretanto, estas não podem se constituir em entrave para a necessária efetividade da tutela coletiva, mas devem passar por uma releitura com o fito de se adequarem ao novo contexto em que se inserem. Nesse sentido, Gidi fala em um devido processo legal coletivo, de natureza social, em lugar do instituto tradicional, de natureza individual.

A advertência dirigida por esses autores especificamente ao princípio do devido processo legal indubitavelmente aplica-se irrestritamente em relação a toda principiologia, constitucional ou infraconstitucional, do processo. Não se trata de afastar as garantias processuais reservadas aos jurisdicionados, o que seria, em verdade, um retrocesso no desenvolvimento civilizatório. Trata-se, por outra via, de encontrar caminhos para dar eficácia a essas garantias sem subtrair a efetividade que reclama o processo coletivo.

5.2. PRINCÍPIO DA ISONOMIA

O princípio da igualdade em matéria processual decorre da previsão genérica do *caput* do art. 5º da CF, que prevê que “todos são iguais perante

⁷⁵ VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 149.

⁷⁶ GIDI, Antonio. **Rumo a um código de processo civil coletivo**, p. 78.

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 (...).”

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, promulgada em 1789 na França revolucionária, proclamava que todos os homens nascem e permanecem *iguais em direito*. Firmou-se, então, a igualdade jurídico-formal, de cunho eminentemente negativo, que pretendia tão-somente abolir privilégios e regalias de classe. Esse tipo de igualdade, que deixava de levar em consideração as peculiaridades existentes dentre os diversos estratos sociais, terminou por acentuar as desigualdades econômicas já existentes, uma vez que tinha por lastro uma visão individualista do homem, tendo-o por membro de uma sociedade relativamente homogênea.

Entretanto, muito embora a Constituição de 1988 ainda se utilize da locução “todos são iguais perante a lei”, a doutrina e jurisprudência pátria há muito já se posicionaram no sentido de que, ao princípio da igualdade, não se pode conferir a interpretação estreita que se lhe dava ao tempo das revoluções liberais. Deve-se entender o princípio por seu viés material e positivo, no sentido de que, uma vez identificada uma situação fática de desnível, deve o legislador buscar saná-la por meio da distribuição de encargos e benefícios.⁷⁷

Dessa mesma forma, também em matéria processual importa assegurar a igualdade substancial, sem que quaisquer formas de privilégios injustificados sejam deferidos às partes e seus procuradores. Ademais, impõe-se que sejam estabelecidos mecanismos através dos quais seja possível a eliminação das desigualdades naturais existentes entre os litigantes⁷⁸.

O comando dirige-se primeiramente ao legislador, que é incumbido da elaboração de leis processuais que assegurem essa igualdade⁷⁹. O juiz

⁷⁷ SILVA, José Afonso da. *Obra citada*, p. 214-215.

⁷⁸ É relevante destacar a concepção de José Cretella Neto, para quem: “A garantia constitucional da igualdade deve estar presente em todas as etapas do processo, de sorte que ninguém seja privado de seus direitos. Obedecer ao princípio significa cumprir adequadamente o estatuído em lei, com tratamento isonômico entre os litigantes, devendo juiz estar atento à concepção de processo adequado e justo, compatível com o Estado social de direito em vigor nas nações consideradas como democráticas pela comunidade internacional.” CRETELLA NETO, José. *Obra citada*, p. 56.

⁷⁹ Exemplo da equalização das evidentes desigualdades entre os litigantes operada por lei é a previsão do Código de Defesa do Consumidor que autoriza ao juiz a inversão do ônus da prova em favor do

é também destinatário deste comando, muito embora deva assegurar o tratamento igualitário das partes apenas onde lhe for facultada discricionariedade⁸⁰. Assim, o juiz não pode, a pretexto de restabelecer a igualdade entre os litigantes, alargar os prazos concedidos aos particulares que litiguem contra a fazenda pública por entender que a norma do art. 188 do Código de Processo Civil estabelece privilégios injustificados⁸¹.

No entanto, não se pode ignorar que o julgador, no exercício do controle de constitucionalidade difuso de que está investido, pode deixar de aplicar a norma que esteja em desacordo com a Constituição. A esse respeito, são elucidativas as palavras de José Afonso da Silva, para quem:

A concepção de que o princípio da igualdade perante a lei se dirige primariamente ao legislador avulta a importância da igualdade jurisdicional. Pois, se o princípio se dirigisse apenas ao aplicador da lei, bastaria a este respeitar o princípio da legalidade e o da igualdade estaria também salvo. No sentido da concepção exposta, que é correta e pacificamente aceita, o princípio da igualdade consubstancia uma limitação ao legislador, que, sendo violada, importa na inconstitucionalidade da lei (...).⁸²

consumidor atendidos os requisitos previstos (art. 6º, inc. VIII). Tal previsão, longe de estar eivada de inconstitucionalidade por tratamento desigual entre as partes, realiza o preceito constitucional de promover a igualdade de condições entre as partes para que estas deduzam em juízo suas pretensões.

⁸⁰ CRETELLA NETO, José. Obra citada, p. 55.

⁸¹ Cabe, entretanto, consignar relevante posicionamento de Luiz Guilherme Marinoni, para o qual cabe também ao juiz a adequação procedimental de modo a garantir efetividade da tutela buscada mediante o processo. Em suas próprias palavras: “O que falta, porém, é atentar para que, se a técnica processual é imprescindível para a efetividade da tutela dos direitos, não se pode supor que, diante da omissão do legislador, o juiz nada possa fazer. (...) Por isso, é absurdo pensar que o juiz deixa de ter dever de tutelar de forma efetiva os direitos somente porque o legislador deixou de editar uma norma processual mais explícita. Como consequência disso, há que entender que o cidadão não tem simples direito à técnica processual evidenciada na lei, mas sim direito a um determinado comportamento judicial que seja capaz de conformar a regra processual com as necessidades do direito material e dos casos concretos. Como é óbvio, não se pretende dizer que o juiz deve pensar o processo civil segundo seus próprios critérios. O que se deseja evidenciar é que o juiz tem o dever de interpretar a legislação processual à luz dos valores da Constituição Federal.” MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004, p. 224-225.

⁸² SILVA, José Afonso da. Obra Citada, p. 218.

Dessarte, há que se considerar que é inconstitucional a lei processual que deixe de reconhecer as desigualdades existentes dentre os jurisdicionados e, portanto dê às partes substancialmente diferentes tratamento igual que acabe por perpetuar a desigualdade já existente ou mesmo agravá-la.

5.3. PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

O princípio do contraditório foi alçado a nível constitucional inicialmente em 1934, muito embora ali só houvesse expressa referência à sua incidência no processo penal, o que se repetiu nas cartas constitucionais subsequentes, até 1967. Apenas na atual carta constitucional houve a extensão da garantia ao processo civil e aos procedimentos administrativos (art. 5º, inc. LV CF), na esteira do já preconizado pela doutrina anterior à sua promulgação⁸³.

Inicialmente, relacionava-se o contraditório com a contestação ao pedido formulado pelo autor em juízo. Entretanto, essa concepção restritiva foi superada, pelo que o contraditório representa uma controvérsia que se desenvolve no campo da dialética, o que não se restringe apenas a apresentação da resposta do réu, mas permeia todo o curso do procedimento. Do mesmo modo, o contraditório não favorece apenas o réu, uma vez que é garantia do processo que se volta também ao autor, que poderá apresentar impugnação às argumentação que lhe forem desfavoráveis⁸⁴.

O contraditório está intimamente ligado à isonomia processual, uma vez que dele resulta o direito daqueles que terão seu direito substancial afetado pelo provimento final de participar em igual medida no convencimento do julgador, pela oportunidade sempre franqueada de apresentar objeção à versão apresentada pela parte *ex adversa*.⁸⁵

Aspecto inafastável do princípio do contraditório, no processo penal ou civil, é o dever de informação posto a cargo do julgador, a quem incumbe comunicar o demandado da existência da ação bem como comunicar às

⁸³ NERY JUNIOR, Nelson. Obra citada, p 204.

⁸⁴ SOUZA, Artur Cesar de. **Contraditório e revelia**: perspectiva crítica dos efeitos da revelia em face da natureza dialética do processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 168.

⁸⁵ Confira-se, nesse sentido, as elucidativas palavras de José Cretella Neto: “Com efeito, o dever de imparcialidade do juiz obriga-o a ouvir ambas as partes litigantes: uma delas apresentará a sua visão, necessariamente facciosa, dos fatos e do direito (*tese*), e a outra, visão contrária à primeira (*antítese*), num processo dialético, que levará o juiz a realizar uma *síntese*, para poder decidir.” CRETELLA NETO, José. Obra citada, p. 71.

partes da ocorrência de todos os atos processuais. Sem a comunicação, torna-se impossível o exercício do direito de reação. Dessa forma, a comunicação há de ser sempre efetiva.

O efetivo exercício da reação na arena processual, por outro lado, será exigível a depender da natureza do processo do em que esteja sendo aplicado. Isso porque no âmbito do processo penal exige-se o contraditório *efetivo, real, substancial*, de maneira que é imprescindível a defesa técnica do réu, ainda que revel. É indispensável, ainda, que a defesa seja suficiente, de modo que a defesa técnica tida por desidiosa, incorreta ou pobre não satisfaz o princípio do contraditório nessa seara.

Por outro lado, no processo civil o contraditório é se satisfeito quando aos litigantes é dada a oportunidade de serem ouvidos de forma paritária. Dessa forma, realizada a regular citação, a ausência de contestação – com o que se configura a revelia – não ofende ao contraditório, pois foi aberta a oportunidade da pronuncia nos autos⁸⁶⁻⁸⁷. Em suma, “[...] o contraditório significa, de um lado, a necessária informação dos atos do processo às partes

⁸⁶ NERY JUNIOR, Nelson. Obra citada, p. 208-209.

⁸⁷ Artur César de Souza posiciona-se contrariamente ao exposto acima, nos seguintes termos: “Afirma-se que no processo civil, tratando-se de litígio em torno de direitos substanciais objetivamente disponíveis e sendo capazes as partes, é suficiente que o réu haja tido a oportunidade de defender-se, configurando-se a defesa então como ônus a seu cargo e sofrendo ele as consequências de eventual omissão. Essa concepção, na ótica desse trabalho, é totalmente divorciada da moderna visão de processo. (...) o réu pode dispor do objeto de direito material que foi inserido na relação jurídica processual, mas esse caráter de disponibilidade não se aplica à relação jurídica de direito processual, que é de natureza pública e, portanto, indisponível. (...) É missão do processo conduzir o litígio ou o interesse das partes a uma solução que corresponda, com maior fidelidade possível, à realização do direito material no caso concreto(...). E isso se dá mediante a dialética, ou seja, mediante a contemplação dos fatos ‘[...] por mais de um ângulo e se ponham em confronto as diversas imagens parciais assim colhidas [...]’. Sem a efetiva participação das partes na relação jurídica processual, lançar-se-á o processo à sorte das argumentações do autor, o qual poderá provocar uma tutela jurisdicional divorciada da realidade e injusta.(...) O fato do revel não ter apresentado sua contestação, não lhe pode ensejar a grave sanção inserida no Código de Processo Civil, no sentido de que não será mais intimado para participar dos demais atos processuais. (...) Aceitando-se a regra processual de que o revel não é intimado para mais nenhum dos atos processuais, estar-se-á apenas garantindo o contraditório sob o aspecto formal, quando, na verdade, deve-se assegurar efetivamente o contraditório no seu aspecto substancial.” SOUZA, Artur Cesar de. Obra citada, 176-179.

e, de outro, a possível reação destas aos atos desfavoráveis. Informação necessária. Reação possível [...]”⁸⁸⁻⁸⁹.

Vê-se, desse modo, que se veda em absoluto a condução de processo em secreto⁹⁰, sem que se franqueie aos demandados ao menos o conhecimento da pretensão proposta em seu desfavor e sem que se garantam durante no curso de procedimento oportunidades de efetiva participação no convencimento do julgador.

5.4. REGIME DA COISA JULGADA DO CDC E CLASS ACTIONS: ALTERNATIVAS À SATISFAÇÃO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

5.4.1. CLASS ACTIONS

Os Estados Unidos, grandes pioneiros da moderna litigância de massa e fonte de grandes lições para os doutrinadores brasileiros nesta matéria, estabeleceram, na conhecida *Rule 23* das *Federal Rules of Civil Law Procedure*, que as *class actions* não podem ser propostas e conduzidas sem que se verifique a denominada representividade adequada (*adequacy of representation*)⁹¹. Cumpre ressaltar que, muito embora não haja, como no Brasil, um rol preestabelecido de legitimados à propositura do ação coletiva, é necessário que o autor da *class action* componha o grupo que pretende representar.⁹²

A adequação da representatividade consubstancia-se no comprometimento, diligência, disponibilidade de tempo, capacidade financeira, conhecimento do litígio e a credibilidade da parte representativa,

⁸⁸ LA CHINA, Ségio. *L'esecuzione forzata e Le disposizioni generali Del codice di procedura civile*. Milão: Giuffrè, 1970, p. 25, *apud* SOUZA, Artur Cesar de. Obra citada, p. 169.

⁸⁹ Convém ressaltar uma situação excepcional na qual mesmo no processo civil é exigido o contraditório efetivo em sua plenitude e não apenas no que tange ao dever de informar. Trata-se da defesa técnica do réu revel que tenha sido citado fictamente (por edital ou por hora certa), que ficará a cargo de curador especial designado para tal fim, conforme previsão do art. 9º, inc. II do CPC. A nomeação do curador especial é indispensável, uma vez que realizada a citação ficta é de se presumir que o réu não chegou ao conhecimento da existência de demanda em seu desfavor.

⁹⁰ NERY JUNIOR, Nelson. Obra citada, p. 219.

⁹¹ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 81.

⁹² GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*, p. 236.

bem como na qualidade da defesa do interesse da classe. Verifica-se também a inexistência de conflitos de interesse entre a parte representativa e a classe representada. Em relação ao advogado, são analisadas questões relativas, dentre outras coisas, a qualificação profissional, a especialização na área, a experiência com ações coletivas, o relacionamento e o cumprimento do dever de comunicação com a parte e, finalmente, a inexistência de conflito de interesse⁹³.

O órgão judicial exerce controle ativo e constante sobre o efetivo cumprimento dos requisitos acima listados, como verdadeiro investigador, a fim de garantir a satisfação da representatividade adequada. Ao lado da representatividade adequada, exige-se também o cumprimento da adequada notificação (*fair notice*), que é a cientificação pessoal dos membros do grupo, identificáveis por meio de esforço mediano, da existência do litígio coletivo⁹⁴.

Todas essas exigências estão ligadas ao fato de que, no direito norte-americano, a imutabilidade do comando da sentença se estenderá a todos os membros do grupo ou classe representado, seja qual for o resultado da demanda. Ressalte-se, por outro lado, que a notificação adequada, em muitos casos, também cumpre a função de conferir ao membro da coletividade a faculdade de retirar-se do grupo que será atingido pela coisa julgada coletiva (*right to opt out*).⁹⁵

Cumprido asseverar, todavia, que, a despeito de construída com base em décadas de experiência, a disciplina das *class actions* norte americanas não é isenta de críticas. Dentre elas, cabe salientar o custo excessivo dessa forma de litigância, em virtude, sobretudo, do rigor emprestado à *fair notification* pela Suprema Corte norte-americana após do julgamento do caso *Einsen v. Carlisle & Jacquelin*, da década de 70. A partir dessa decisão, passou-se a ser exigida a notificação individual de todos os membros do grupo facilmente identificáveis. Em consequência disso, apenas grandes escritórios de advocacia, ou mesmo consórcios de escritórios, têm condições de propor uma *class action*⁹⁶.

⁹³ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Obra citada, p. 82.

⁹⁴ GIDI, Antonio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**, p. 238.

⁹⁵ GIDI, Antonio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**, p. 242.

⁹⁶ GIDI, Antonio. **Rumo a um código de processo civil coletivo**, p. 63.

Vê-se que tal disciplina impõe entrave ao acesso à justiça, que deve levar em consideração também os valores gastos com a causa⁹⁷, de modo que não se impossibilite a propositura de demanda aos de menor poder aquisitivo. Ademais, cumpre lembrar que o acesso à justiça também constitui uma das garantias albergadas pelo devido processo legal⁹⁸, o que apenas põe em relevo a complexidade do tratamento que se deve dispensar às demandas coletivas a fim de torná-las coerentes com a Constituição.

Entretanto, a despeito das críticas pontuais que se possam fazer, nas *class actions* é preservado, por via diversa da seguida em processos individuais, o princípio do *due process of law*, muito embora haja a extensão dos comandos de sentença a terceiros que não participaram do processo atuando no convencimento judicial e exercendo o contraditório, com a garantia da mais plena defesa dos interesses do indivíduo em juízo, mesmo sem sua participação.

5.4.2. REGIME DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Conforme exposto acima, na disciplina formada pelo Código de Defesa do Consumidor, Lei da Ação Civil Pública e demais diplomas formadores do microsistema da tutela coletiva, a ação coletiva será proposta por um dos entes legitimados pelo art. 5º da LACP e pelo art. 82 do CDC. Da análise de disciplina trazida por esses diplomas normativos, vê-se que inexistente a previsão de notificação aos titulares dos direitos individuais correspondentes ao direito coletivo em litígio para que possam intervir no processo, ou ao menos para que tenham simples ciência de sua existência.

Por outro lado, ressalte-se que ao particular jamais poderá advir prejuízo direto em virtude do ajuizamento da ação coletiva, tendo em vista a extensão da eficácia coisa julgada à esfera individual se dá apenas *in utilibus*. Ademais, mesmo para os demais legitimados coletivos, a formação da coisa julgada prejudicial se dará apenas *secundum eventum probationis*, conforme já explicitado no item 3 deste trabalho.

⁹⁷ ARENHART, Sérgio Cruz. **Introdução**. In GIDI, Antônio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (coord.). **Comentários ao Código Modelo de Processos coletivos**. Um diálogo ibero-americano. Salvador: JusPodivm, 2009, p.107.

⁹⁸ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Obra citada, p. 331.

O regime de formação e extensão da coisa julgada não poderia ser outro, pelas razões a seguir elencadas.

Nesse procedimento previsto para as causas coletivas, o contraditório, entendido como princípio que confere estrutura dialética ao processo mediante a participação daqueles que serão afetados pela decisão judicial, não é observado, nem formal nem substancialmente.

Não é observado formalmente porquanto não há previsão de mecanismos que garantam a ciência do litígio aos titulares dos direitos individuais correspondentes àqueles discutidos no processo coletivo – uma publicação no Diário Oficial é a única forma de notificação destinada a dar ciência ao grupo sobre a existência de uma demanda coletiva em seu favor. Desta feita, é forçoso reconhecer também que não há mecanismo que oportunize satisfatoriamente a intervenção no feito dos interessados, de modo que o binômio formador do contraditório – informação necessária/ reação possível – não está presente nesse procedimento.

Por outro lado, não é observado substancialmente uma vez que, em conformidade com crítica diversas vezes repetida na doutrina, a previsão de um rol preestabelecido de legitimados à propositura da ação coletiva não garante que haverá satisfatória condução do processo por parte de qualquer um deles⁹⁹⁻¹⁰⁰. É dizer, o legitimado que propôs a ação coletiva pode conduzir o processo com desídia ou incompetência; pode ainda estar de má-fé ou mesmo estar em conluio com o réu – o que é não hipótese impensável, mormente levando em consideração o vulto dos valores que podem estar envolvidos em uma ação coletiva¹⁰¹.

⁹⁹ GIDI, Antonio. **Rumo a um código de processo civil coletivo**, p. 84; DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. Obra citada, p. 211.

¹⁰⁰ Em um de seus trabalhos, Antônio Gidi defende que a existência de rol preestabelecido de legitimados à propositura da ação coletiva e inexistência de previsão de controle judicial da adequação da representação por eles exercida não obsta que esse controle seja realizado. Haveria, em verdade, verdadeiro dever de realizar tal controle independentemente de norma infraconstitucional que o impusesse, em virtude da garantia constitucional do devido processo legal. GIDI, Antonio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. **Revista de Processo**, São Paulo, nº 108, out-dez, 2002, p 68-70.

¹⁰¹ Note-se, entretanto, que mesmo existindo o rol preestabelecido de legitimados à propositura da ação coletiva, os tribunais brasileiros têm, em alguns casos, exercido controle, ainda que superficial, da adequação da legitimidade. Nesse sentido, não se tem reconhecido pertinência temática entre o objeto da demanda e os fins institucionais da associação que tenha proposto a ação civil pública quando tais fins sejam demasiadamente genéricos e abarquem todos os tipos de direitos

Entretanto, a despeito dessas considerações, não se evidencia qualquer inconstitucionalidade flagrante por ofensa ao devido processo legal ou qualquer outro princípio informativo do processo, por um motivo simples: tais princípios resguardam aqueles que serão afetados pelo resultado do processo, de modo que o regime restritivo de formação e extensão da eficácia da coisa julgada nas ações coletivas enfraquece, em certa medida, a necessidade do emprego de mecanismos que viabilizem a cientificação dos interessados e sua participação no processo. Dito de outra maneira, é o regime estabelecido pelo CDC para a formação da coisa julgada e extensão de sua eficácia ao plano individual em demandas coletivas que mantém a conformidade do procedimento nelas empregado com as garantias constitucionais do processo.

Muito embora haja duras críticas à opção do legislador brasileiro no que tange à coisa julgada coletiva, tal opção decorreu do próprio contexto social brasileiro quando da edição do Código de Defesa do Consumidor, qual seja, o início da década de 90, momento em o país acabara de sair de uma ditadura militar e vivia período de instabilidade econômica. Tal período era caracterizado pela falta de conscientização de parcela relevante da população, o desconhecimento dos canais de acesso à justiça, a distância entre Poder Judiciário e o povo, bem como pela dificuldade

passíveis de tutela pela via processual coletiva. Nesse sentido, confira-se a ementa de julgado do STJ, cujo relator foi o Ministro Luiz Fux: “(...) 3. A representatividade adequada sob esse enfoque tem merecido destaque na doutrina; senão vejamos: “(...)A pertinência temática significa que as associações civis devem incluir entre seus fins institucionais a defesa dos interesses objetivados na ação civil pública ou coletiva por elas propostas, dispensada, embora, a autorização de assembléia. Em outras palavras, a pertinência temática é a adequação entre o objeto da ação e a finalidade institucional. As associações civis necessitam, portanto, ter finalidades institucionais compatíveis com a defesa do interesse transindividual que pretendam tutelar em juízo. Entretanto, essa finalidade pode ser razoavelmente genérica; não é preciso que uma associação civil seja constituída para defender em juízo especificamente aquele exato interesse controvertido na hipótese concreta. Em outras palavras, de forma correta já se entendeu, por exemplo, que uma associação civil que tenha por finalidade a defesa do consumidor pode propor ação coletiva em favor de participantes que tenham desistido de consórcio de veículos, não se exigindo tenha sido instituída para a defesa específica de interesses de consorciados de veículos, desistentes ou inadimplentes. **Essa generalidade não pode ser, entretanto, desarrazoada, sob pena de admitirmos a criação de uma associação civil para a defesa de qualquer interesse, o que desnaturaria a exigência de representatividade adequada do grupo lesado.** (...) in A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo, Hugo Nigro Mazzilli, São Paulo, Saraiva, 2006, p. 277/278.” – destaques acrescidos – AGRESP 200602429729, LUIZ FUX, STJ - PRIMEIRA TURMA, 16/03/2009

de acesso a informações completas e corretas. Tudo isto constitui entrave para a colaboração dos interessados no processo coletivo ou mesmo para o exercício da opção de auto-exclusão da lide (*right to opt out*)¹⁰².

Não se ignora a existência de posicionamentos no sentido da insuficiência do regramento das causas coletivas no direito brasileiro, especialmente no que tange ao controle da legitimidade e à notificação dos interessados quanto à existência do processo. Não se está defendendo, ademais, que a opção do CDC seja a melhor, mais adequada ou a mais consentânea com a principiologia constitucional. Ressalte-se, todavia que, de maneira diversa daquela encontrada pelo direito norte-americano, o legislador brasileiro buscou preservar, dentro das peculiaridades do processo coletivo, as garantias inscritas nos inc. LIV e LV do art. 5º da Constituição Federal.

6. REPERCUSSÃO DO ARTIGO 22 DA LEI Nº 12.016/2009

A Lei nº 12.016/2009 trouxe, pela primeira vez, disciplinamento infraconstitucional referente ao mandado de segurança coletivo, posto que, anteriormente, apenas o art. 5º, LXX da CF previa a existência do instituto, sem, contudo, que a lei federal lhe conferisse regulamentação específica.

Quanto à coisa julgada, o diploma legal limitou-se a dizer, em seu art. 22, que “no mandado de segurança coletivo, a sentença fará coisa julgada limitadamente aos membros do grupo ou categoria substituídos pelo impetrante.”

A simples leitura do dispositivo mencionado revela que este foi mais marcante pelo que deixou de disciplinar do que pelo que efetivamente disciplinou. Indubitavelmente, o art. 22, ao dizer que a coisa julgada limitar-se-á “aos membros do grupo ou categoria substituídos pelo impetrante”, estabeleceu que seu alcance será *ultra partes*, mesmo em se tratando de tutela de direitos individuais homogêneos. A lei deixou, entretanto, de estabelecer a forma de produção da coisa julgada - se *pro et contra*, *secundum eventum probationem* ou *secundum eventum litis* - bem como deixou de fixar a forma pela qual se dará a extensão de seus efeitos à esfera individual.

Quanto a tais omissões legais, cabe tecer alguns comentários.

Inicialmente, cumpre considerar que há posicionamentos no sentido de que a Lei 12.016/2009 excepcionou o regime da coisa julgada no mandado de segurança coletivo, quando comparado àquele aplicável às

¹⁰² GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor*, p. 835-836.

demais vias processuais coletivas. Confira-se, de forma exemplificativa, o posicionamento de Daniel Zanetti:

Todavia, o que se depreende do art. 22, caput, da Lei 12.016/09 é que, no mandado de segurança coletivo, a coisa julgada dar-se-á ultra partes, isto é, limitadamente aos substituídos processuais, sem qualquer ressalva quanto à procedência ou não da pretensão posta *sub judice*, neste particular aspectos distanciando-se da disciplina até então aplicada, de modo que, em princípio, pelo que se percebe pela novel disciplina jurídica do assunto, não há mais que se cogitar no mandado de segurança coletivo da chamada coisa julgada *secundum eventum litis*, por ausência de previsão legal no sentido. Diga-se de passagem, a Lei nº 12.016/09 sequer previu em seu texto a possibilidade de aplicação subsidiária das Leis nº 7.347/85 e 8.078/90 ao instituto ali disciplinado, por mais esse motivo exsurgindo a plausibilidade do entendimento restritivo sobre o tema¹⁰³⁻¹⁰⁴.

Esse não parece ser, todavia, o posicionamento mais coerente. Conforme discorreremos no item 3.3, quando a lide coletiva versar sobre direitos transindividuais, apenas por expressa disposição legal será possível estender o seu resultado aos direitos individuais correspondentes, já que,

¹⁰³ CARNEIRO, Daniel Zanetti Marques. Mandado de Segurança: considerações sobre a recém editada Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n. 80, novembro, 2009, p. 24.

¹⁰⁴ Em posicionamento contrário, Fredie Didier e Hermes Zaneti ensinam que: “Diante da lacuna, busca-se no microsistema a solução para o impasse. O modo de produção da coisa julgada no mandado de segurança coletivo é o mesmo previsto genericamente para as ações coletivas e está regulado no art. 103 do CDC: *secundum eventum probationis*, sem qualquer limitação quanto ao novo meio de prova que pode fundar a repositura da demanda coletiva, e sua extensão subjetiva será *secundum eventum litis*, sem prejuízo das pretensões dos titulares de direitos individuais, mesmo no caso de desistência do processo prevista no § 1º do mesmo, já que sabidamente a desistência não embaça repositura da demanda (art. 267, VIII do CPC).” DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Coisa Julgada no Mandado de Segurança Coletivo (art. 22 da Lei 12.016/2009)**. Disponível em: http://www.processoscoletivos.net/artigos/091010_didier_jr_zaneti_coisa-julgada-no-msc.php. Nesse mesmo sentido: ALVIM, Eduardo Arruda. Coisa julgada no mandado de segurança coletivo e a Lei n. 12.016/09. **Revista forense**, Rio de Janeiro, v. 106, n. 409, maio/jun. 2010, p. 224-225.

neste caso, não ocorre a coincidência entre o objeto do processo coletivo e do processo individual.

Destarte, dizer que a coisa julgada terá eficácia transubjetiva significa apenas que, para obstar a propositura de nova ação, não será necessário que ocorra a tríplice coincidência entre as partes, a causa de pedir e o pedido – neste caso, exige-se ainda que sejam coincidente a causa de pedir e o pedido. Portanto, ausência de disposição legal no art. 22 estabelecendo que o resultado da demanda coletiva não prejudicará os direitos individuais não será interpretada no sentido da possibilidade de haver extensão prejudicial da eficácia da coisa julgada. Ao contrário, para que o resultado da demanda coletiva vinculasse as individuais correspondentes, seria necessária expressa previsão legal.

Analisando-se a questão sob o aspecto dos direitos fundamentais que regem o processo, a eventual previsão legal de que a coisa julgada em mandado de segurança coletivo se estenderia à esfera individual indistintamente teria, sob pena de inconstitucionalidade, que cercar-se de mecanismos que garantissem o devido processo legal àqueles que, muito embora não estivessem em juízo, viessem a ser atingidos pelo resultado do litígio

À míngua de qualquer previsão que se assemelhe à *adequacy of representation* e à *fair notice* do direito norte-americano, a extensão da coisa julgada coletiva prejudicial à esfera individual significaria verdadeira violência às garantias processuais constitucionais, deixando os substituídos suscetíveis a conluíus entre as partes, ou mesmo a aventuras processuais de legitimados extraordinários que conduzissem irresponsavelmente o litígio.

Cumprir lembrar que o devido processo legal em sua acepção procedimental não se limita a assegurar a observância aos procedimentos estabelecidos, mas impõe ao legislador a formulação de leis adequadas, em que estejam previstos uma série de atos voltados a assegurar um processo justo, em que seja garantida a isonomia entre os litigantes e o efetivo exercício contraditório. Não atendidos tais requisitos, indubitavelmente a norma estará eivada de inconstitucionalidade.

Vê-se, portanto que, ainda que tenha tratado de forma pioneira sobre a coisa julgada no mandado de segurança coletivo, o dispositivo mencionado não trouxe, em virtude de sua lacunosidade, nenhuma novidade ao seu

regramento, quando posto ao lado das normas do Código de Defesa do Consumidor que tratam do tema da coisa julgada.

7. CONCLUSÕES

A breve explanação realizada no curso deste trabalho demonstra quão complexa é a matéria relativa à coisa julgada coletiva, tanto pela técnica processual que deve ser respeitada no seu disciplinamento – a fim de não violar institutos consagrados pela doutrina e legislação precedente –, quanto por estar intimamente ligada à preservação das garantias processuais estabelecidas na constituição federal.

Há que se considerar, por um lado, as peculiaridades dos direitos coletivos, que demandam tutela judicial diferenciada, a fim de garantir a sua máxima efetividade. Por outro lado, qualquer técnica processual que busque tutelar tais direitos tem necessariamente que se adequar aos princípios constitucionais do processo, de modo a garantir um procedimento em que de fato haja a exposição das visões parciais dos atores processuais, no intuito de influir na formação do convencimento judicial. Ao mesmo tempo, é impositiva a garantia de tratamento equânime àqueles que serão afetados diretamente pelos efeitos da sentença, tenham participado ou não do processo. Em suma, há que se garantir um processo justo e adequado, consoante preceitua a cláusula do devido processo legal.

A nova lei do mandado de segurança, no que se refere especificamente ao regime da coisa julgada no mandado de segurança coletivo, não trouxe um disciplinamento que consiga, por si só, atender aos imperativos da instituição de uma técnica processual que confira efetividade na tutela dos direitos coletivos e preserve as garantias àqueles que não compuseram a relação processual, e que, portanto, não puderam influir no resultado da demanda.

Diante das omissões de relevância inegável da Lei 12.016/2009, é indispensável que se recorra ao microssistema da tutela coletiva para buscar a solução para tais lacunas. Como visto, buscar solução em diplomas que não componham o microssistema é indesejável, uma vez que o direito de massa demanda soluções peculiares, não abarcadas pelos textos legais de inspiração notadamente individualista.

Ademais, o constituinte, ao prever mais um instrumento de defesa em favor da coletividade, objetivou ampliar as garantias individuais e jamais limitá-las¹⁰⁵. Assim, é impositivo dispensar ao mandado de segurança ao menos o mesmo regime que rege as demais ações coletivas, jamais outro mais oneroso. Interpretação diversa acabaria por esvaziar a utilização coletiva do *mandamus*, e, portanto, esvaziaria o próprio conteúdo do art. 5º LXX da Constituição Federal, retirando das mãos dos jurisdicionados uma via mais célere e efetiva na resolução de seus conflitos.

Por esta via de considerações, a nova lei do mandado de segurança, ainda que tenha pretendido fazê-lo, não trouxe nenhuma novidade ao tratamento anteriormente dispensado à coisa julgada no mandado de segurança coletivo. A despeito da existência de opiniões em contrário, o quadro permaneceu inalterado após a promulgação da Lei nº 12.016/2009: por ausência de normatização sobre o instituto da coisa julgada, a solução adequada – e constitucionalmente coerente – é a aplicação da disciplina do Código de Defesa do Consumidor e demais diplomas formadores do microsistema de tutela coletiva.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Eduardo Arruda. **Apontamentos sobre o mandado de segurança coletivo**. Disponível em: <http://www.arrudaalvim.com.br/pt/artigos/17.asp?id=artigos&lng=pt>.

_____. Coisa julgada no mandado de segurança coletivo e a Lei n. 12.016/09. **Revista forense**, v. 106, n. 409, p. 203-227, maio/jun. 2010.

ALVIM, José Manoel de Arruda: Notas sobre a coisa julgada coletiva. **Revista de Processo**, n. 88. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 31-57, 1997.

ARENHART, Sérgio Cruz. **Introdução**. In GIDI, Antônio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (coord.). **Comentários ao Código Modelo de Processos coletivos**. Um diálogo ibero-americano. Salvador: JusPodivm, 2009.

ÁVILA, Humberto. O que é “devido processo legal”? **Revista de processo**, v. 33, n. 163, p. 50-59, set. 2008.

¹⁰⁵ GIDI, Antonio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**, p. 82.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil** – v. 1. Ed. Histórica, 5ª Tiragem. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1980.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2004

_____. **Do Estado Liberal ao Estado Social** – 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JUNIOR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. v. 2, 4. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2010.

BUENO, Cassio Scarpinella. **A nova lei do mandado de segurança: comentários sistemáticos à Lei n. 12.016, de 7-8-2009**. São Paulo: Saraiva, 2009.

CARNEIRO, Daniel Zanetti Marques. Mandado de Segurança: considerações sobre a recém editada Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n. 80, novembro, 2009.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade** – 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CRETELLA NETO, José. **Fundamentos principiológicos do processo civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo. **Comentários à nova lei do mandado de segurança: Lei 12.016, de 7 de agosto de 2009**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A fazenda pública em juízo**. 8. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Dialética, 2010.

DANTAS, Ivo. **Constituição e processo**. 2. ed., rev., atual. e ampl. Curitiba: Juruá, 2007.

DIAS, Francisco Barros. **Coisa Julgada e Execução no Processo Coletivo**, p. 11. Disponível em: www.jfrn.gov.br/docs/doutrina125.doc

DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. 5. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2010.

_____. **Coisa Julgada no Mandado de Segurança Coletivo** (art. 22 da Lei 12.016/2009). Disponível em: http://www.processoscoletivos.net/artigos/091010_didier_jr_zaneti_coisa-julgada-no-msc.php.

DINAMARCO, Pedro Silva. **A sentença e seus desdobramentos no mandado de segurança individual e coletivo**. In ALVIM, Arruda; BUENO, Cassio Scarpinella; DALLARI, Adilson Abreu; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança: 51 anos depois**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GIDI, Antonio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. **Revista de Processo**. São Paulo, nº 108, p. 61-70, out-dez, 2002.

_____. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. **Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil: un modelo para países de derecho civil**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.

_____. **Rumo a um código de processo civil coletivo: a codificação das ações coletivas no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini-. Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre legitimação e a coisa julgada. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, v. 98, n. 361, maio/jun. 2002.

_____, *et al*. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 9. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense universitária, 2007.

LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LENZA, Pedro. **Teoria geral da ação civil pública**. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação popular: proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente**. 4. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme, **Técnica processual e tutela dos direitos**, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

MAZZEI, Rodrigo. A ação popular e o microsistema da tutela coletiva. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v.103, n.394, nov./dez., 2007, p. 263-279.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas no direito comparado e nacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo** – 9ª ed. rev., ampl., e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

PEREIRA, Ruitemberg Nunes. **O princípio do devido processo legal substantivo**. 1.ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

RAMOS, João Gualberto Garcez. Evolução histórica do princípio do devido processo legal. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**. Curitiba, n. 46, p. 101-110, 2007.

SANTOS, Christianine Chaves. **Uma leitura da tutela jurisdicional coletiva à luz da coisa julgada**. 231 f.; Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Pernambuco. CCJ/FDR, Recife, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Ovidio A. Baptista da. **Sentença e coisa julgada**: ensaios e pareceres. 4. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido processo legal (due process of law)** – 3. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SOUZA, Artur Cesar de. **Contraditório e revelia**: perspectiva crítica dos efeitos da revelia em face da natureza dialética do processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

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

VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo**. São Paulo: Malheiros, 2007.

ZANETI JUNIOR, Hermes . **Mandado de Segurança Coletivo**. In: Fredie didier Jr. (Org.). **Ações Constitucionais**. 3 ed. Salvador: JusPodivm, 2008, v. 1, p. 157-210

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Reforma do processo coletivo: indispensabilidade de disciplina diferenciada para direitos individuais homogêneos e para direitos transindividuais**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. **Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 33-38.