

A Polêmica sobre os Direitos Individuais Homogêneos: Essencialmente Individuais e Acidentalmente Coletivos ou, Autênticos Direitos Coletivos, na Seara Trabalhista

ENOQUE RIBEIRO DOS SANTOS

Professor Associado da Faculdade de Direito da USP, Desembargador do Trabalho do TRT da 1ª Região, Mestre (Unesp/SP), Doutor e Livre-Docente em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito da USP.

SUMÁRIO: Introdução; 1 O microsistema de tutela coletiva trabalhista; 2 Conceito da doutrina tradicional sobre os direitos individuais homogêneos; 3 Natureza jurídica dos direitos superindividuais (difusos e coletivos); 4 Coisa julgada nas lides coletivas; 5 Coisa julgada *secundum eventum probationis* nos direitos individuais homogêneos; Considerações finais.

INTRODUÇÃO

O presente escrito tem por finalidade desmistificar a natureza jurídica dos direitos individuais homogêneos, se essencialmente individuais e acidentalmente coletivos, ou autênticos direitos coletivos, ao lado e em condições de igualdade com os superdireitos (metaindividuais ou transindividuais – difusos e coletivos), diversamente do que se aceita, pacificamente, na seara deste importante ramo do Direito Processual Coletivo Trabalhista.

Além da natureza jurídica dos direitos individuais homogêneos, por ser matéria correlata, com apoio em decisões recentes do Superior Tribunal de Justiça, discutiremos se esses direitos, uma vez molecularizados, podem ou não ostentar a faculdade de relativização da formação da coisa julgada material, atribuída pelo CDC (Lei nº 8.078/1990, art. 103, § 2º e inciso III¹) aos direitos difusos e coletivos², ou seja, de não formação da coisa julgada material, em caso de insuficiência probatória, especialmente da coisa julgada *secundum eventum litis* e *secundum eventum probationis* e seus efeitos expansivos no âmbito dos direitos individuais dos membros das respectivas coletividades.

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

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

1 O MICROSSISTEMA DE TUTELA COLETIVA TRABALHISTA

Não é possível falar em direitos moleculares sem, antes, dizer algo sobre o microssistema de tutela coletiva. Na verdade, foi a Constituição Federal de 1988 que, além de albergar os direitos fundamentais ao longo de seu texto, apresentou novos direitos materiais, entre eles os difusos e coletivos, no art. 129, III, tendo sido atribuída ao Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990) a tarefa de apresentação da novidade jurídica em relação aos direitos individuais homogêneos.

O modelo das ações de massa americanas, que serviu, em tese, como paradigma para o desenvolvimento do microssistema de tutela coletiva no Brasil, a partir da Constituição da República de 1988, além de oferecer ao público-alvo, a sociedade, um produto judicial isonômico, a sentença coletiva proveniente das *class actions*, primando pela celeridade e economia processuais, tão caros ao processo de uma forma geral, acabou por induzir a mitigação da disseminação da atomização dos conflitos em múltiplas ações individuais repetitivas.

Tal fracionamento enseja nefastas consequências no mundo jurídico, entre elas o grande acúmulo de processos nas Varas e nos Tribunais, o desprestígio do Judiciário, o risco de decisões conflitantes e colidentes, bem como a acentuada perda de confiança da sociedade nos Poderes do Estado, em razão da demora para a prolação das decisões judiciais, malferindo o mandamento do art. 5º, LXXXVIII, da Constituição Federal.

A partir do pós-guerra verificou-se o fenômeno de valorização dos direitos humanos fundamentais, de ascensão do constitucionalismo, de declínio dos códigos, cujo movimento de constitucionalização do direito partiu dos países de tradição anglo-americana em direção ao mundo romano-germânico, resultando em uma convergência entre os sistemas jurídicos da *common law* e da tradição romano-germânica. Essa expansão do poder das cortes constitucionais acabou provocando o que se convencionou chamar de movimento de descodificação do direito. Em outras palavras, as constituições passaram a adquirir centralidade ontológica e axiológica no sistema jurídico, e a afirmação dos direitos individuais e sociais passou a depender cada vez menos dos Códigos e cada vez mais das Constituições, já que a referência passou a ser a interpretação e a aplicação da Constituição pelas cortes constitucionais³.

3 MERRYMAN, John Henry. *The civil law tradition: an introduction to the legal systems of Western europeu and Latin America*. 2. ed. Stanford: Stanford University, 1985. p. 157.

No Brasil, a tutela coletiva apoia-se na observação das normas jurídicas do microsistema de tutela jurisdicional coletiva, que tem como núcleo a LACP (Lei nº 7.347/1985) e o CDC (Lei nº 8.078/1990), os quais definiram um conjunto de conceitos substanciais para impor celeridade e segurança na órbita desses direitos e interesses metaindividuais, provendo tratamento diferenciado e peculiar a institutos como a competência, a legitimidade, as prestações (especialmente obrigações de fazer e não fazer, em caráter inibitório, preventivo ou remoção de ilícitos), a prescrição, a tutela antecipada, a coisa julgada, a litispendência, a liquidação e a execução da ação condenatória genérica, entre outros. O art. 110 da Lei nº 8.078/1990 (CDC) acrescentou o inciso IV ao art. 1º da Lei nº 7.347/1985 (LACP), ampliando a abrangência dessa tutela jurisdicional a qualquer outro interesse difuso ou coletivo, o que representa, no mundo jurídico, que o sistema processual do Código se aplica, no que couber, a todas e quaisquer ações em defesa de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, da forma como ficou disposto no art. 21 da LACP e no art. 90 do CDC.

O microsistema de tutela coletiva, que tem como objeto os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, incorpora todos os instrumentos processuais, administrativos, negociais ou arbitrais, que produzam coisa julgada coletiva, ou equivalentes jurisdicionais, com eficácia *erga omnes* ou *ultra partes*, com efeitos expansivos, atingindo terceiros que não participaram do processo. Entre os equivalentes jurisdicionais, encontra-se, no plano administrativo, o termo de ajustamento de conduta (TAC), que possui eficácia de título executivo extrajudicial (Lei nº 7.347/1985, art. 5º, § 6º), no plano negocial, os acordos e as convenções coletivas de trabalho (art. 114, § 2º, da CF/1988 e arts. 611-A e seguintes da CLT), no plano arbitral, a sentença arbitral (Lei nº 9.307/1996 e art. 114, § 1º, da CF/1988), entre outros.

Daí decorre a beleza do microsistema de tutela coletiva, que reúne não apenas instrumentos processuais de tutela jurisdicional, como também os mencionados equivalentes jurisdicionais, que possuem a mesma eficácia na produção de efeitos jurídicos, com “autoridade” equivalente à coisa julgada, quanto à sua efetiva aplicação no mundo dos fatos.

Dessa forma, é natural que os processos coletivos estejam relacionados a novos direitos, conclamados como direitos de grupos, sendo a legislação especial específica parte integrante deste microsistema, tais como a Lei nº 6.938/1981 (responsabilidade civil por danos ao meio ambiente); a Lei nº 7.853/1989, sobre o apoio às pessoas com deficiência; a

Lei nº 7.913/1989, para a proteção dos investidores em valores mobiliários; a Lei nº 8.069/1990, para a defesa de crianças e adolescentes; a Lei nº 12.529/2011, para se contrapor às infrações da ordem econômica e da economia popular; a Lei nº 10.257/2001, de usucapião especial coletivo de imóveis urbanos; a Lei nº 10.429/2003, de improbidade administrativa; a Lei nº 10.741/2003, que dispõe sobre o Estatuto do Idoso, aperfeiçoando a tutela coletiva nos arts. 78 a 93; a Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), que trata da responsabilização administrativa e civil das pessoas jurídicas na prática de atos contra a Administração Pública, nacional e estrangeira; a Lei nº 13.146/2015, que trata do Estatuto da Pessoa com Deficiência; além da Lei Complementar nº 75/1993 (lei orgânica do Ministério Pública da União) e da Lei nº 8.625/1993 (lei orgânica do Ministério Público Estadual). Isso sem contar a própria CF/1988, em seus vários artigos (art. 5º, XXXV, LIV, LXX, LXXI, LXXIII; art. 8º, III; art. 129, III e § 1º), que trata dos novos direitos.

De outro lado, se o CPC/1973 não tinha abrangência para pacificar conflitos de massa, em seu advento, o CPC/2015 incorporou uma série de institutos do microsistema de tutela coletiva e passou a ser dotado de um microsistema próprio de resolução de demandas repetitivas (arts. 926 e 927) e de precedentes vinculantes (arts. 976 a 987).

2 CONCEITO DA DOCTRINA TRADICIONAL SOBRE OS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

O Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990), em seu art. 81, define direitos individuais homogêneos da seguinte forma:

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

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

[...]

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

Para a completude da defesa dos direitos da massa, no âmbito do processo coletivo de trabalho, não bastava a nomeação e a identificação dos novos direitos (difusos e coletivos) pela Constituição Federal de 1988, mas se tornou necessária também a criação de uma nova categoria de direitos de massa ou coletivos, a qual o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990) identificou como direitos individuais homogêneos.

Fredie Didier Jr. e Hermes Zanetti Jr.⁴, com apoio em Antonio Gidi⁵, informam que a importância prática dessa categoria é cristalina. Sem sua criação pelo direito positivo nacional, não existiria possibilidade de tutela coletiva de direitos individuais com natural dimensão coletiva em razão de sua homogeneidade, decorrente da massificação/padronização das relações jurídicas e das lesões daí decorrentes. A “ficção jurídica” atende a um imperativo do Direito: realizar com efetividade a Justiça frente aos reclamos da vida contemporânea. Assim, “tal categoria de direitos representa uma ficção criada pelo direito positivo brasileiro com a finalidade única e exclusiva de possibilitar a proteção coletiva (molecular) de direitos individuais com dimensão coletiva (em massa). Sem essa expressa previsão legal, a possibilidade de defesa coletiva de direitos individuais estaria vedada”.

Antonio Gidi⁶, em relação aos direitos individuais homogêneos, assinala que, na doutrina brasileira, a expressão foi utilizada pela primeira e última vez antes da publicação do CDC por Barbosa Moreira⁷, ao se referir despretensiosamente a “feixe de interesses individuais homogêneos e paralelos”, quando comentava as *class actions for damages* do Direito norte-americano.

Este autor⁸, ancorado em Nelson Nery Jr.⁹, e com ele dissentindo¹⁰ ligeiramente, declara que

o critério científico para identificar se determinado direito é difuso, coletivo ou individual homogêneo ou individual puro não é a matéria, o tema, o assunto abstratamente considerado, mas o direito subjetivo específico que foi violado. [...] O CDC se utiliza de três critérios básicos para definir e distinguir os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos: *subjetivo* (titularidade do direito material), *objetivo* (divisibilidade do direito material) e de *origem* (origem do direito material).

Antonio Gidi¹¹ assevera que,

4 DIDIER JR., Didier; ZANETTI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil*. Processo coletivo. 14. ed. Salvador: JusPodium, 2020. p. 98-99.

5 GIDI, Antonio. *Cosa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 30.

6 Ibidem, p. 20.

7 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tendências contemporâneas do Direito Processual Civil. In: *Temas de direito processual*. 3. sér. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 10.

8 GIDI, Antonio. Op. cit., p. 23.

9 NERY JR., Nelson. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992. p. 619.

10 A dissensão vem assim apresentada por Antonio Gidi: “Dissentimos ligeiramente da tese de Nelson Nery Jr. quando conclui ser o tipo de tutela jurisdicional que se pretende obter em juízo o critério a ser adotado”.

11 GIDI, Antonio. Op. cit., p. 22.

quanto à titularidade do direito material (aspecto subjetivo), temos que o direito difuso pertence a uma comunidade formada por pessoas indeterminadas e indetermináveis; o direito coletivo pertence a uma coletividade (grupo, categoria, classe) formada por pessoas indeterminadas, mas determináveis; os direitos individuais homogêneos pertencem a uma comunidade formada de pessoas perfeitamente individualizadas, que também são indeterminadas e determináveis. [...] É imperativo observar, que, ao contrário do que se costuma afirmar, não são vários, nem indeterminados, os titulares (sujeitos de direito) dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos. Há apenas um único titular – e muito bem determinado: uma *comunidade* no caso dos direitos difusos, uma *coletividade* no caso dos direitos coletivos ou *um conjunto* de vítimas indivisivelmente considerado no caso dos direitos individuais homogêneos.

Avança no tema afirmando que

o indivíduo, isolada e atomizadamente, aí sim é portador tão-só e exclusivamente de um “interesse” não tutelado pelo ordenamento de que o direito superindividual ou individual homogêneo da comunidade ou da coletividade à qual pertence seja tutelado em juízo através de uma ação coletiva. Quem tem o direito público subjetivo à prestação jurisdicional referente a tais direitos (direito de ação coletivo) é apenas a comunidade ou a coletividade como um todo, através das entidades legalmente legitimadas à sua propositura.¹²

Quanto à divisibilidade do direito material (aspecto objetivo), tanto o direito difuso quanto o coletivo, exatamente porque são superindividuais, metaindividuais, transindividuais, são indivisíveis e, considerando apenas esse aspecto, indistinguíveis entre si¹³.

Os direitos individuais homogêneos, ao contrário, devido ao caráter predominantemente individualizado que portam, são perfeitamente divisíveis entre os integrantes da comunidade de vítimas titular do direito material¹⁴.

12 Ibidem, p. 23. Nesse particular, Antonio Gidi diz: “Seguindo esse raciocínio, afigura-nos inadequado e tecnicamente impreciso dizer que ‘os titulares do direito difuso são pessoas indeterminadas’, como o faz não somente o CDC em seu art. 81, parágrafo único, I, como grande parte da doutrina. Mais técnico e mais preciso o inciso II desse mesmo dispositivo, que *atribuiu a titularidade do direito coletivo ao grupo, categoria, ou classe de pessoas (coletividade)*. Do direito subjetivo, portanto, nunca é mais repetir, *só há um titular: a comunidade, a coletividade ou a comunidade de vítimas indivisivelmente considerada, conforme seja o direito difuso, coletivo ou individual homogêneo, respectivamente*. As pessoas que compõem a comunidade ou a coletividade é que são várias e indeterminadas ou indetermináveis; não o titular do direito material em si” (grifo nosso).

13 Ibidem, p. 24.

14 Idem, ibidem.

É apenas analisando o aspecto origem que a diferença entre os direitos difusos e coletivos mais nitidamente ressalta. Enquanto nos direitos difusos as pessoas que compõem a comunidade titular do direito não são ligadas por nenhum vínculo jurídico prévio, mas por meras circunstâncias de fato, nos direitos coletivos as pessoas que compõem a coletividade titular do direito são ligadas por uma prévia relação jurídica-base que mantinha entre si ou com a parte contrária¹⁵.

Analisando esse aspecto isoladamente, não há como distinguir os direitos difusos dos direitos individuais homogêneos, pois a “origem comum” que caracteriza os direitos individuais homogêneos é nada mais nada menos que as mesmas “circunstâncias de fato” que ligam as pessoas que compõem a comunidade titular do direito difuso. Tanto isso é verdade que situações hoje nitidamente características de direitos individuais homogêneos (divisíveis, portanto) eram de certa forma incluídas na esfera de abrangência dos direitos difusos pela nossa doutrina anterior ao CDC. E a diferença entre ambos mais marcantes é exatamente a divisibilidade¹⁶.

Para Antonio Gidi¹⁷, tal categoria de direitos representa uma ficção criada pelo direito positivo brasileiro com a finalidade única e exclusiva de possibilitar a proteção coletiva (molecular) de direitos individuais com dimensão coletiva (de massa). Sem essa expressa previsão legal, a possibilidade de defesa coletiva de direitos individuais estaria vedada.

Em razão dessa alta conexidade entre as ações individuais decorrentes de direitos que são homogêneos entre si, o próprio CPC/2015 (art. 113 e 116) autoriza a litigância consorciada, enquanto que, se inexistir tal conexidade ou homogeneidade, impossível será a instrução e a decisão única (ação coletiva) ou conjunta unitária (litisconsórcio).

Embora os direitos materiais – direitos individuais homogêneos – sejam considerados, como vimos, um feixe de direitos essencialmente divisível, sua titularidade é da comunidade¹⁸ de todos os atingidos pelo ato

15 Idem, ibidem.

16 Ibidem, p. 24-25.

17 Ibidem, p. 30.

18 Vejamos o entendimento do colendo TST: “[...] LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM DO SINDICATO PROFISSIONAL PARA ATUAR COMO SUBSTITUTO PROCESSUAL DA CATEGORIA PROFISSIONAL – DEFESA DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS – PEDIDO DE PAGAMENTO DE HORAS EXTRAS E DE MULTA NORMATIVA – DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADA – Esta Subseção adota o entendimento de que, configurada a origem comum do direito, de modo que legitime a atuação do sindicato, não a descaracteriza o fato de ser necessária a individualização para apuração do valor devido a cada empregado, uma vez que a homogeneidade diz respeito ao direito, e não à sua quantificação, até porque os direitos individuais homogêneos não são direitos individuais idênticos, necessitando apenas que decorram

ilícito ou abusivo do agente perpetrador, sendo este todo (conjunto) indivisivelmente considerado. A divisibilidade do direito material somente será manifesta nas fases de liquidação e de execução da sentença molecular, onde cada um dos supostos lesados deverá provar a titularidade do direito material, onexo causal (se pertence não ao grupo, relação de causa e efeito) e o seu prejuízo material ou até mesmo moral.

Concordamos com a aproximação entre direitos difusos e individuais homogêneos. Vejamos: os primeiros envolvem todas as pessoas que sofrem ou sofreram lesões, em decorrência de ato ilícito ou abusivo de algum fornecedor, ligadas entre si simplesmente por essa questão de fato, que não deixa de ter uma origem comum. Exemplo clássico: problemas de *recall* de uma concessionária de veículos, a nível nacional. Todos os consumidores brasileiros que compraram o mencionado veículo são atingidos pela provável lesão material. Pessoas indeterminadas em todo o Brasil que consumiram aquele produto, ligadas entre si por uma situação apenas “de fato”. Observamos, também, que existe aqui uma “origem comum” que liga esses mesmos consumidores, isto é, todos são consumidores do mesmo produto. Daí a aproximação existente entre os direitos difusos e individuais homogêneos em relação ao “núcleo comum” de homogeneidade entre eles.

Se os direitos individuais homogêneos constituem uma espécie dos direitos difusos, ou, como o próprio STF¹⁹ já admitiu, subespécie de direitos coletivos, não se pode admitir que ele tenha um tratamento legislativo diferente dos superdireitos (difusos e coletivos). Trazemos alguns exemplos: uma fornecedora de petróleo e de combustíveis fornece um combustível viciado, com elevado índice de poluentes que contamina os consumidores e leva alguns ao óbito. Aqui, inicialmente, temos um direito difuso – transcende um indivíduo para atingir toda a sociedade –, que não pode inicialmente ser dividido em quotas-partes – envolve pessoas indeterminadas na sociedade, portanto, indivisibilidade absoluta na sua gênese. O direito material em bloco pertence à comunidade de lesados pelo uso do combustível

de um fato lesivo comum. Assim, a liquidação do direito eventualmente declarado para cada trabalhador substituído dependerá do exame das particularidades afetas a cada um deles, de forma a verificar, em relação a cada um deles, se e em que medida se encontra abrangido pela decisão judicial a ser proferida. Contudo, a necessidade de quantificação dos valores devidos não desnatura a homogeneidade dos direitos e, portanto, não afasta a legitimidade ativa do substituto processual. *In casu*, a tese adotada na decisão embargada foi a de que as parcelas vindicadas nesta ação decorrem de situação de fato comum a todos os empregados, tratando-se, pois, de direito individual homogêneo. Desse modo, os arestos indicados ao cotejo de teses estão superados pela iterativa e notória jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, não havendo falar em divergência jurisprudencial, nos termos do art. 894, inciso II, da CLT, com a redação conferida pela Lei nº 11.496/2007. Embargos não conhecidos. [...]” (TST, E-ED-RR 49900-97.2007.5.17.0004, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Rel. Min. José Roberto Freire Pimenta, DEJT 07.06.2019).

19 STF, RE 631.111/GO, J. 2014.

(todos que se encontram na mesma situação de fato), enfermos ou herdeiros dos falecidos pelo ato ilícito da empresa fornecedora de combustíveis.

Da mesma forma, imaginemos um hotel em Guarujá, que transforma a praia em extensão de seu espaço físico para lazer de seus hóspedes. Esse local constitui bem de uso comum de todos os indivíduos (locais ou turistas). Nesse caso, pode-se ter até mesmo uma *melange* entre direitos difusos e coletivos, ao mesmo tempo. Os direitos difusos estariam representados por todos os indivíduos do País, pessoas indeterminadas, que residem no Guarujá ou não, com direito/interesse naquele pedaço de praia em frente ao hotel. A lesão atinge pessoas indeterminadas na sociedade – os locais e os visitantes, portanto, indivisível.

Analisado sobre outro ângulo, esse mesmo direito poderia ser considerado coletivo, se considerássemos apenas os hóspedes do hotel, que são ligados entre si e com a parte contrária, por uma relação jurídica-base, ou seja, um contrato privado de hospedagem; porém, aqui não haveria lesão alguma, já que eles estão sendo beneficiados.

O direito material pertence à coletividade, como um todo, enquanto a legitimidade processual caberá a um ente legitimado, ou autor ideológico, que pode se utilizar de quaisquer meios processuais para a defesa dos direitos indisponíveis envolvidos. Uma associação ou mesmo o Ministério Público Estadual poderia ser acionado para agir na defesa da coletividade e pacificar o conflito por meio de um TAC (obrigação de não fazer). Em caso de recalcitrância, poderíamos ter uma ação civil pública, com a prolação de uma sentença específica.

Podemos observar que não se trata, grosso modo, de direitos coletivos, pois os usuários da praia não possuem uma relação jurídica com a parte contrária, são apenas ligados entre si por uma situação fática (gosto comum de se banhar no mesmo local, invadido pelo hotel). Trata-se, então, de direitos difusos, indivisíveis, *prima facie*, que podem também se tornar direitos individuais homogêneos, na medida em que um cidadão também se sinta lesado no seu interesse/direito de usufruir aquele local da praia, fazer exercícios, caminhar, etc., conectando-se esse direito, de origem comum com os demais usuários da praia, estabelecendo um padrão ou núcleo comum em relação a todos os usuários.

Aqui teríamos o rompimento da indivisibilidade absoluta (todos os locais e visitantes que passam pela praia anualmente) para uma indivisibilidade relativa (de direitos difusos para direitos individuais homogêneos).

Nada impede e tudo incentiva que os locais, unidos pela origem comum da lesão (de serem impedidos de usar a praia que tanto apreciam), agora considerados como grupo – grupo de lesados pelo hotel –, impedindo um, impediu todos, acabando por ferir o interesse de todo o grupo.

Outro exemplo: empresa transportadora de caminhões se instala em área eminentemente residencial urbana, perturbando o sossego dos habitantes, com o barulho e as poluições sonoras e ambientais. Caminhões chegam a toda hora do dia e da noite, emitindo gases tóxicos derivados do *diesel* e se mantém em funcionamento, a partir das 5h da manhã, com movimento até 23h da noite. Qual o direito material violado pela transportadora? Difuso, coletivo ou individual homogêneo? Todos têm direito ao sossego, das 22h às 7h²⁰, e ao meio ambiente saudável (art. 225 da CF/1988), bem como de respirar um ar não poluído.

Analisando-se o caso concreto e o bem violado – meio ambiente urbano sadio –, nota-se que foram atingidas as famílias (crianças, adolescentes, adultos e velhos) que habitam em residências no local, no entorno da sede da transportadora, sendo afetadas pela poluição sonora, emissão de gases, que lhes prejudicam a saúde e o sossego, podendo lhes causar toda a sorte de doenças e perturbações físicas e psíquicas. Em princípio, poderíamos falar em direitos difusos, pois relacionados ao meio ambiente natural, envolvendo toda a população do local do dano (município), ligados entre si por uma situação fática. Mas não podemos também ignorar que os mesmos indivíduos, pelo menos os mais próximos da sede da transportadora, estão relacionados entre si por uma relação jurídica-base de vizinhança²¹, o que atrai o padrão normativo que o caracteriza como direito coletivo.

Aqui a relação jurídica se estabelece entre os vizinhos, e destes com a transportadora. Mas não se pode negar que também pode existir um direito individual homogêneo, de origem comum, na hipótese de um indivíduo (ou família) sentir-se lesado, independentemente dos demais. A titularidade do direito material pertence ao grupo de famílias lesadas, como direitos

20 Lei nº 4.092/2008 – Lei do Silêncio, que regulamenta o controle da poluição sonora e os limites máximos de intensidade de emissão de sons e ruídos, resultantes de atividades urbanas e rurais no Distrito Federal.

21 “Art. 1.277. O proprietário ou o possuidor de um prédio tem o direito de fazer cessar as interferências prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde dos que o habitam, provocadas pela utilização de propriedade vizinha. Parágrafo único. Proíbem-se as interferências considerando-se a natureza da utilização, a localização do prédio, atendidas as normas que distribuem as edificações em zonas, e os limites ordinários de tolerância dos moradores da vizinhança. Art. 1.278. O direito a que se refere o artigo antecedente não prevalece quando as interferências forem justificadas por interesse público, caso em que o proprietário ou o possuidor, causador delas, pagará ao vizinho indenização cabal. Art. 1.279. Ainda que por decisão judicial devam ser toleradas as interferências, poderá o vizinho exigir a sua redução, ou eliminação, quando estas se tornarem possíveis.”

indisponíveis. Não obstante, se ninguém se importar e apenas uma família se sentir incomodada, ela deterá o seu quinhão – como membro daquele grupo – e poderá buscar a tutela de seu direito por qualquer dos instrumentos disponíveis no ordenamento jurídico, seja de índole administrativa ou judicial. Um dos caminhos seria o oferecimento de denúncia ao Ministério Público Estadual, ou à Defensoria Pública, para instaurar inquérito civil e pacificar o conflito por meio de um TAC²².

Nosso ordenamento jurídico não impede também que as famílias individualmente, ou o chefe de família, utilizem seu direito individual para ajuizar uma ação individual, buscando a proteção apenas para seu núcleo familiar, tendo como pedidos a obrigação de fazer ou não fazer e a indenização por dano moral individual.

Neste contexto, segundo a doutrina, qual o artifício ou mecanismo que se pode usar para identificar se um feixe de direitos individuais tem “origem comum”? Antonio Gidi²³, Kazuo Watanabe e Arruda Alvim informam que, pelo prisma do direito processual civil, é possível associar o conceito de “origem comum” ao de “causa de pedir”. As causas de pedir de cada direito individual devem ser, se não exatamente as mesmas, pelo menos similares, a ponto de tornar indiferentes, para a apuração em juízo, as peculiaridades de cada caso particular. O fundamental é que sejam “situações juridicamente iguais”, ainda que constituam como “fatos diferenciados no plano empírico, tendo em vista a esfera pessoal de cada uma das vítimas ou sucessores”.

Essa homogeneidade não precisa ser quantitativa e qualitativa igual para todos os lesados, pois isso será aferido em liquidação de sentença e na execução individual. Essa homogeneidade está relacionada apenas a um núcleo comum que permita um tratamento universal e globalizante para todos os casos.

22 Em caso de recalcitrância, o MPE pode ajuizar ação civil coletiva, tendo por objeto direitos coletivos ou mesmo direitos individuais homogêneos, que possibilitará a condenação genérica da transportadora em obrigação de fazer – de se mudar para um outro local, em determinado prazo, bem como de pagar uma indenização por dano moral coletivo (destinado a um fundo) e, eventualmente, a cada uma das famílias afetadas (dano moral individual), já que pode haver acumulação, em face da natureza jurídica diversa dos danos moral individual e coletivo.

23 Ibidem, p. 32. WATANABE, Kazuo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992. p. 507; Demandas coletivas e os problemas emergentes da práxis forense. In: *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993; p. 189; ARRUDA ALVIM, José Manoel; ARRUDA ALVIM, Thereza; ARRUDA ALVIM, Eduardo; SOUZA, James Marín de. *Código de defesa do consumidor comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 172.

Oportuno trazer também um exemplo sobre a legitimidade do Ministério Público do Trabalho para propor ação coletiva em defesa de direitos individuais homogêneos, mesmo porque o próprio Conselho Superior do MPT editou precedente²⁴ no sentido de que cabe a cada procurador, na análise do caso concreto e de forma discricionária, aferir sobre a mencionada legitimidade/competência, a depender do “relevante fundamento da lide” ou da efetiva existência de “interesse público primário da sociedade”.

Considerando os direitos individuais homogêneos, em bloco, *indisponíveis* e indivisíveis, como grupo de vítimas, inferimos que é disponível apenas cada um dos direitos materiais isolada e individualmente considerados, em relação a seu titular individual (membros), e não os direitos individuais homogêneos globais (o todo coletivamente considerado). Nessa vertente, o MPT deve reconsiderar seu enunciado, pois, de acordo com a redação do art. 127, *caput*²⁵, da CF/1988, o Ministério Público do Trabalho não poderia deixar de ajuizar lide coletiva, tendo como objeto direitos individuais homogêneos, na medida em que esses globalmente considerados são *indisponíveis* pelo grupo de pessoas lesadas. Disponível será apenas cada um dos direitos/interesses isolada e individualmente considerado, relacionado a seu titular individual, e não os direitos individuais homogêneos, como um todo (coletivamente considerados).

Nesse sentido, a Lei nº 6.001/1973 (Estatuto do Índio), que possibilita que o próprio grupo ou comunidade tenha legitimidade ordinária para a propositura de ação coletiva, conforme se depreende do art. 37: “Os grupos tribais ou comunidades indígenas são partes legítimas para a defesa dos seus direitos em juízo, cabendo-lhes, no caso, a assistência do Ministério Público Federal ou do órgão de proteção ao índio”.

3 NATUREZA JURÍDICA DOS DIREITOS SUPERINDIVIDUAIS (DIFUSOS E COLETIVOS)

Os direitos difusos e coletivos são transindividuais, metaindividuais, ou seja, extrapolam ou transcendem o direito subjetivo individual de uma

24 Enunciado nº 5/CCR (49ª Sessão Extraordinária, realizada nos dias 25.02 e 10.03.2015 – DOU Seção 1 – 26.03.2015 – p. 76/77): “VIOLAÇÃO DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS – ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO – DISCRICIONARIEDADE DO PROCURADOR OFICIANTE – Mantém-se, por despacho, o arquivamento da representação quando a repercussão social da lesão não for significativamente suficiente para caracterizar uma conduta com consequências que reclamem a atuação do Ministério Público do Trabalho em defesa de direitos individuais homogêneos. A atuação do Ministério Público deve ser orientada pela ‘conveniência social’. Ressalvados os casos de defesa judicial dos direitos e interesses de incapazes e população indígena”.

25 “Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.”

pessoa para atingir toda uma comunidade ou coletividade. Isso porque possuem um núcleo conceitual comum, permitindo um tratamento comum ou aproximado, já que ambos são superindividuais (fenômeno da transcendência) e indivisíveis. Não podem ser divididos em quotas-partes, e os indivíduos que possuem tais direitos materiais são indeterminados.

Nesse sentido que Barbosa Moreira os designou como direitos “essencialmente coletivos”, ao contrário dos individuais homogêneos, que, para ele, eram apenas “acidentalmente coletivos”.

Consideremos que o processo, como gênero, do qual temos várias espécies (eleitoral, penal, administrativo, negocial, arbitral, trabalhista, etc.), constituindo verdadeiro direito humano fundamental, instrumento de participação política do cidadão em um Estado Democrático, e não sendo um fim em si mesmo, mas instrumento de realização da justiça e da pacificação social, suscita duas relações jurídicas: uma de direito material e outra de direito processual. Somente em caso de não satisfação do direito material entre as partes é que caberá a inauguração do direito processual, tendo por objeto uma pretensão resistida.

No direito coletivo, os direitos superindividuais não pertencem a uma pessoa física ou jurídica determinada, mas a uma comunidade amorfa, fluída e flexível, com identidade social, porém sem personalidade jurídica (como o Ministério Público da União). Isso não significa que tais direitos não tenham titulares ou que estes sejam indeterminados: o titular será a comunidade ou coletividade sem personalidade jurídica. Exatamente nesse sentido, por não se constituírem na soma dos direitos individuais (como o dano moral coletivo, por exemplo), são uma categoria autônoma de direito subjetivo, cujos titulares são uma comunidade ou coletividade. Aqui reside a nota de indivisibilidade inerente a tais espécies de direito²⁶.

De acordo com Barbosa Moreira²⁷, a indivisibilidade se caracteriza pela impossibilidade de sua divisão (mesmo ideal) em quotas atribuíveis individualmente a cada um dos interessados. Entre os interessados, instaura-se uma união tão firme que a satisfação de um só implica, de modo necessário, a satisfação de todos e, reciprocamente, a lesão de um só constitui, *ipso facto*, lesão da inteira coletividade.

26 Ibidem, p. 26.

27 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A proteção jurídica dos interesses coletivos. A legitimação para a defesa dos interesses difusos no Direito brasileiro. In: *Temas de direito processual*, cit., p. 174, 185 e 195, respectivamente.

Nessa toada, entende-se que a indivisibilidade deve e pode ser aferida não de acordo com a matéria, o objeto ou o assunto genericamente considerado, mas, de forma concreta, caso a caso, de acordo com a realidade dos fatos e de acordo com o direito subjetivo material específico a que se visa dar a necessária proteção legal. Vejamos um exemplo: uma grande empresa passa a descumprir, de forma arbitrária e unilateralmente, uma cláusula normativa estabelecida em acordo coletivo (plano de pensão para trabalhadores próximos à aposentadoria), em flagrante prejuízo aos empregados.

Nesse caso, existem várias possibilidades de atuação. Alguns empregados podem optar por irem a juízo e poderão ter o seu pedido julgado procedente; outros poderiam ver o seu pedido julgado improcedente; outros poderiam optar por sequer buscar a tutela jurisdicional, aceitando pacificamente a alteração contratual lesiva. Cada empregado tem legitimidade para propor ação individual, de forma isolada ou em litisconsórcio contra a empresa empregadora. A retirada do plano de saúde pelo empregador quando o empregado mais dele necessita (em situação de pós ou pré-aposentadoria) pode configurar dano moral individual (nas ações individuais) e, eventualmente, dano moral coletivo (no plano coletivo).

Da mesma forma, os legitimados do art. 82 do CDC ou do art. 5º da LACP têm legitimidade para propor uma ação coletiva em tutela do direito coletivo e indivisivelmente considerado, de forma que apenas uma só ação e uma única decisão venha a beneficiar a todos os interessados, como membros de uma coletividade indivisível. Nesse exemplo, o direito material pleiteado deve ser o direito coletivo, de que é titular a coletividade composta pelos empregados da empresa, que mantém uma relação jurídica-base com o empregador.

Para que fique mais clara a percepção desse núcleo comum dos direitos dito superindividuais, trazemos a diferença que faz Rodolfo de Camargo Mancuso entre indivisibilidade absoluta e relativa. Para esse autor, a indivisibilidade referente ao direito difuso é absoluta em função da própria indeterminação das pessoas que compõem a comunidade titular do direito (exemplo: todas as pessoas interessadas e inscritas em um concurso público, a nível nacional). Por seu turno, a indivisibilidade do direito coletivo é meramente relativa, quando os membros da coletividade titular do direito são perfeitamente identificáveis e individualmente beneficiados (empregados da empresa que retirou o plano de pensão de alguns trabalhadores, próximos à aposentadoria).

No primeiro exemplo (conduta ilícita por parte de instituição pública que deveria respeitar o direito difuso – concurso público), a comunidade titular do direito material difuso é composta de pessoas relacionadas entre si, por circunstâncias de fato (CDC, art. 81), enquanto a coletividade titular de um direito coletivo é composta por pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica-base (CDC, art. 81, parágrafo único, II).

Egon Bockmann Moreira, Andreia Cristina Bagatin, Sérgio Cruz Arenhart e Marcella Pereira Ferrado²⁸, a respeito da natureza dos direitos individuais homogêneos em cotejo com os difusos e coletivos, declaram que até mesmo em razão do tratamento uniforme que recebem (os individuais homogêneos) antes da prolação da sentença (e das liquidações e execuções individuais, se for o caso de adotar o procedimento bifásico-coletivo-individual), há tentativas de compreendê-los como direitos também transindividuais (ao menos no primeiro momento). Ou seja, os direitos de massa seriam realmente coletivos, ao menos na fase de conhecimento coletiva. Enfim, o que importa destacar é a diferença existente entre os “direitos essencialmente coletivos”, e, assim, indivisíveis (sejam eles chamados de “difusos”, sejam de “coletivos”) e os “direitos acidentalmente coletivos”, isto é, direitos individuais que recebem tratamento processual coletivo (“direitos individuais homogêneos”, “direitos de massa”, “direitos tuteláveis coletivamente”, etc.). Além disso, as categorias empregadas pelo CDC não podem perder de vista a instrumentalidade da tutela coletiva, que permite a utilização das mais variadas formas de tutela e técnicas processuais, independentemente da classificação “correta”. Como salientado anteriormente, essas definições devem antes ser consideradas como abertura processual às ações coletivas para tutela de direitos coletivos ou direitos de massa do que um fechamento, a fim de restringir a sua abrangência, suas potencialidades e seus benefícios.

4 COISA JULGADA NAS LIDES COLETIVAS

A CF/1988 engendrou a formação e o desenvolvimento do microsistema de tutela coletiva, reconhecendo novos direitos e apresentando novos instrumentos de tutela para possibilitar a concretude daqueles, ao passo que o CDC (Lei nº 8.078/1990), ao apresentar a novidade jurídica dos direitos individuais homogêneos, também colocou um instrumental processual adequado à sua efetiva tutela, articulando o direito processual com o direito material.

28 MOREIRA, Egon Bockmann; BAGATIN, Andreia Cristina; ARENHART, Sérgio Cruz; FERRARO, Marcella Pereira. *Comentários à Lei da Ação Civil Pública*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 182.

Quanto à natureza da coisa julgada nas lides coletivas regidas pelo Código de Defesa do Consumidor, nos filiamos a Antonio Gidi²⁹, ao afirmar que

nas ações coletivas regidas pelo CDC costuma-se, com certa frequência, afirmar que a coisa julgada é *secundum eventum litis*, ou que se forma apenas *secundum eventum litis*. No entanto, a imprecisão de tal assertiva costuma induzir muitos autores em erro e, por isso requer certos reparos. [...] Rigosamente, a coisa julgada nas ações coletivas do direito brasileiro não é *secundum eventum litis*. Seria assim, se ela se formasse nos casos de procedência do pedido, e não nos de improcedência. Mas não é exatamente isso o que acontece. A coisa julgada sempre se formará, independentemente de o resultado da demanda ser pela procedência ou pela improcedência. A coisa julgada nas ações coletivas se forma *pro et contra*.

E prossegue:

O que diferirá, de acordo com o “evento da lide”, não é a formação ou não da coisa julgada, mas o rol de pessoas por ela atingidas. Enfim, o que é *secundum eventum litis* não é a formação da coisa julgada, mas a sua extensão *erga omnes*, ou *ultra partes* à esfera individual de terceiros prejudicados pela conduta considerada ilícita na ação coletiva (é o que se chama extensão *in utilibus* da coisa julgada)³⁰, fenômeno a que Rodolfo Mancuso³¹ chama de “eficácia expandida apresenta pela coisa julgada nos processos coletivos”.

Antonio Gidi³² assinala que são três as hipóteses a distinguir a coisa julgada nas lides coletivas: a) em caso de improcedência após instrução suficiente, a sentença coletiva fará coisa julgada *ultra partes* para atingir a comunidade ou a coletividade titular do direito superindividual (difuso ou coletivo) ou individual homogêneo em litígio e impedir que qualquer legitimado do art. 82 reproponha a mesma ação coletiva pleiteando a mesma tutela para o mesmo direito através do mesmo pedido, invocando a mesma causa de pedir. Ações individuais, em defesa de direitos individuais (homogêneos ou não), entretanto continuam podendo ser propostas; b) em caso de improcedência após instrução insuficiente (por falta de provas), a sentença coletiva não fará coisa julgada material; b) em caso de procedência do pedido, a sentença coletiva fará coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes* para tutelar o bem coletivo, atingindo a comunidade ou a coletividade titular

29 GIDI, Antonio. Op. cit., p. 73.

30 Idem, ibidem.

31 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. 3. ed. Salvador: JusPodium, 2020. p. 106.

32 GIDI, Antonio. Op. cit., p. 73.

do direito superindividual, e alcançando, para beneficiar, também a esfera individual de todos os componentes da comunidade ou da coletividade que sejam titulares do correspondente direito individual homogêneo. É apenas nesta última hipótese, de procedência do pedido coletivo, que ocorre a extensão subjetiva *erga omnes* ou *ultra partes* e *secundum eventum litis* da coisa julgada para beneficiar (*in utilibus*) a esfera jurídica individual dos consumidores lesados. Também, na primeira hipótese, de improcedência, a coisa julgada se opera *ultra partes* para atingir a comunidade ou a coletividade titular do direito superindividual ou individual homogêneo em litígio.

Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr.³³ pensam de forma diferente. Embora esses autores compactuem com Antonio Gidi quanto ao fato de que a titularidade para as ações coletivas seja do grupo³⁴ (comunidade, coletiva ou grupo de lesados, em se tratando de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, respectivamente), em relação a ele divergem quanto à formação ou não da coisa julgada material.

Para tais autores³⁵, no que estamos acordes, modificando nosso entendimento anterior,

aplicando o princípio hermenêutico de que a solução das lacunas deve ser buscada no microsistema coletivo, se pode concluir que se a ação coletiva for julgada procedente ou improcedente por ausência de direito, haverá coisa julgada no âmbito coletivo; se julgada *improcedente* por *falta de provas*, não haverá coisa julgada no âmbito coletivo, seguindo o modelo já examinado para os direitos difusos e coletivos em sentido estrito. Contudo, a doutrina dominante não pensa assim, adotando a interpretação literal do dispositivo do inciso III³⁶, que não prevê a exceção da coisa julgada no caso de insuficiência ou falta de provas.

33 DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil*. Salvador: JusPodium, v. 4, 2020. p. 488.

34 Idem, *ibidem*. Assim destacam esses autores: "A redação do inciso III do art. 103 do CDC é um tanto lacunosa. Deixa claro que haverá extensão da coisa julgada para o plano individual apenas no caso de procedência do pedido da ação coletiva. Não há regramento, no entanto, da coisa julgada coletiva, somente da extensão da coisa julgada coletiva ao plano individual. Talvez isso decorra do equívoco de considerar a ação envolvendo direitos individuais homogêneos como uma demanda individual tutelada coletivamente, e não como uma autêntica ação coletiva. Conforme premissa estabelecida neste Curso, essa ação é coletiva, pois os direitos individuais homogêneos pertencem, por ficção, a um grupo de indivíduos".

35 Idem, *ibidem*. Para esses autores, na mesma vertente de Antonio Gidi, os direitos individuais homogêneos constituem uma ficção jurídica para possibilitar a tutela coletiva, constituídos de três fases na sua tutela: a) direitos coletivos em sentido amplo até a sentença no processo de conhecimento; b) direitos individuais para fins de liquidação e execução; c) direitos coletivos em sentido amplo, caso não ocorra a liquidação e execução em número compatível com a gravidade do dano (*fluid recovery*).

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

Zaneti Jr. e Ergon Bockmann Moreira, entre outros, passaram a enfatizar que a situação jurídica coletiva dos direitos individuais homogêneos, que se forma para a tutela do grupo *como um todo indivisível*, tutela um, tutela todos; os direitos individuais homogêneos são uma situação jurídica distinta da situação jurídica dos direitos individuais dos membros do grupo e poderiam ser equiparados aos direitos superindividuais (difusos e coletivos).

Como o direito processual é um desdobramento de duas relações jurídicas, no qual no processo individual há uma identidade, ou seja, o suposto titular do direito material é o mesmo titular do direito processual (art. 18 do CPC), tal fato não ocorre em sede de processo coletivo, pois aqui, em face da legitimidade extraordinária ou autônoma, o legitimado adequado processual (*adequacy of representation*) não é titular do direito material, que pertence à comunidade, à coletividade ou ao grupo de pessoas indeterminadas ou determináveis.

Isso porque, na fase de conhecimento, a primeira fase de tutela dos direitos individuais homogêneos, em que se verifica o núcleo de homogeneidade (como demonstrado no RE 631.111/GO, no voto do Ministro Teori Zavascki), não há qualquer preocupação com as pretensões dos indivíduos. A tutela será da pretensão genérica que atinge o grupo como um todo, os indivíduos serão atingidos apenas em benefício e não farão parte do processo, salvo raríssimas exceções. Quando ocorre a rara exceção da intervenção do indivíduo, o processo o atingirá *pro et contra* (art. 103, § 2º, do CDC)⁴¹.

Ainda para tais autores, a interpretação dada pelo acórdão supramencionado prejudica a tutela dos direitos individuais homogêneos de forma indevida e trata esses importantes direitos com uma tutela mais fraca do que a dos direitos difusos e coletivos, quando a razão de sua proteção, especialmente na matéria relacionada ao consumidor, é justamente a hipossuficiência organizativa ou jurídica dos titulares individuais. Podemos dizer que o mesmo se aplica no Direito do Trabalho, em razão da hipossuficiência de grande parte dos trabalhadores brasileiros, que se assemelha ao princípio da vulnerabilidade do consumidor.

p. 501; MOREIRA, Egon Bockmann; BAGATIN, Andreia Cristina; ARENHART, Sérgio Cruz; FERRARO, Marcella Pereira. *Comentários à Lei da Ação Civil Pública*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 660-661.

41 DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil*. 14. ed. Salvador: JusPodium, v. IV, 2020. p. 491. Esses dois autores declaram ainda que a extensão subjetiva da coisa julgada apenas para beneficiar os titulares dos direitos individuais homogêneos é garantia distinta da coisa julgada *secundum eventum probationis*.

Egon Bockmann Moreira, Andreia Cristina Bagatin, Sérgio Cruz Arenhartt e Marcella Pereira Ferrado⁴² questionaram a decisão adotada no STJ, em relação ao REsp 1.302.596/SP (2ª Seção, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Red. p/o Ac. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, J. 09.12.2015, DJe 01.02.2016), corroborando a relevância da discussão de se é ou não possível a aplicação da coisa julgada *secundum eventum probationis* para os direitos individuais homogêneos, de modo a possibilitar a repositura da ação coletiva para sua tutela, mediante apresentação de prova nova, julgado em que o STJ entendeu que não apenas há formação de coisa julgada em relação à demanda coletiva na improcedência (impedindo que qualquer legitimado rediscuta aquilo coletivamente, embora ainda aberta a via individual), como que isso se dá em qualquer hipótese de improcedência. Em outros termos, conforme o voto vencedor no STJ, não é aplicável o regime de formação da coisa julgada, conforme tenha ou não o julgamento de improcedência sido acarretado por insuficiência de provas.

Informam aqueles autores⁴³ que, no caso, conforme relatado no acórdão, discutia-se a possibilidade de ser ajuizada novamente ação civil pública, então em São Paulo, buscando a reparação de danos causados aos consumidores pelo uso do medicamento “Vioxx”, em razão da “exposição ao risco de lesões cardiovasculares causadas pelos efeitos colaterais omitidos pelos fornecedores”. O TJ havia reconhecido coisa julgada na hipótese, haja vista que a ACP teria sido apreciada e rejeitada, no mérito, pelo TJRJ, diante do que foi interposto o recurso especial.

No voto do Relator, que resultou vencido, era inclusive feita a ressalva quanto à insuficiência de provas:

O segundo aspecto é que, mesmo que fosse, por hipótese, aplicável o inc. I (do art. 103 do CDC) ao caso dos autos, a sentença da primeira ação coletiva, transitada em julgado, não produziria efeitos erga omnes, pois a improcedência se deu por insuficiência de provas, e não por ausência de direito vindicado. A primeira ação civil pública, ajuizada no Tribunal do Rio de Janeiro, movida por associação de atuação e representatividade estadual, diversamente da parte autora da presente ação civil pública, que se trata de associação com atuação e representatividade nacional, foi julgada improcedente por insuficiência de provas. A propositura da primeira demanda ocorreu em 2004, ou seja, poucos dias após a retirada do medicamento litigioso do mercado, enquanto, na presente ação, o ajuizamento se deu em 2009,

42 MOREIRA, Egon Bockmann; BAGATIN, Andreia Cristina; ARENHART, Sérgio Cruz; FERRARO, Marcella Pereira. *Comentários à Lei da Ação Civil Pública*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 660-661.

43 *Ibidem*, p. 661

quando havia elementos probatórios mais robustos, que foram devidamente colacionados à petição inicial desta demanda que, com a extinção precoce do processo, sequer foram analisados.⁴⁴

Em seu voto vencedor, porém, o Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva consignou:

Da simples leitura dos referidos dispositivos legais, resulta evidente que, para a aferição da exata extensão dos efeitos da sentença proferida em ação coletiva que tenha por objeto direitos individuais homogêneos – diversamente do que ocorre em se tratando de direitos difusos e coletivos – revela-se juridicamente irrelevante investigar se o provimento judicial de improcedência do pedido resultou ou não de eventual insuficiência probatória.⁴⁵

Um dos argumentos utilizados para essa conclusão foi o de que, “nas demandas para defesa de direitos difusos e coletivos há um natural maior distanciamento dos fatos e das provas pelos legitimados do que quando se trata de direitos individuais homogêneos, o que justifica a propositura de nova demanda coletiva quando surja prova mais robusta capaz de alterar a cognição sobre a matéria apenas nos primeiros casos”. Porém, não parece que tal lógica seja suficiente para justificar interpretação restritiva, no sentido de limitar a coisa julgada *secundum eventum probationis* aos direitos essencialmente coletivos⁴⁶.

Continuam aqueles autores⁴⁷ aduzindo que, por um lado, os legitimados coletivos são os mesmos, de modo que, ao que parece, em um ou outro caso estarão, eles mesmos, distanciados “dos fatos e das provas”. A possibilidade de os indivíduos participarem do processo coletivo relativo a direitos individuais homogêneos (art. 94 do CDC), por si só, não implica “maior proximidade”, em especial porque isso nem sempre acontece ou não se dá de forma significativa. Ademais, mesmo que se tenha os próprios titulares dos direitos afirmados como legitimados – aí para as ações individuais (ou possam participar, em tese, do processo coletivo) –, tampouco isso isoladamente implica maior facilidade de prova, embora se possa dizer que estejam “mais próximos dos fatos”. Por fim, e por outro lado, veja-se que, ainda que se trate de interesses coletivos, indivíduos identificáveis (pessoas físicas ou jurídicas, ou, eventualmente, órgãos, que estejam mais ligados à questão ou faticamente próximos do acontecimento) podem levar ao legi-

44 Idem, ibidem.

45 Idem, ibidem.

46 Idem, ibidem.

47 Ibidem, p. 662.

timado coletivo, ou mesmo ao processo, as informações que possuem – o que pode significar não haver tanta diferença em termos de “distanciamento dos fatos e das provas” nas ações coletivas para tutela de um ou outro direito, a justificar tratamento diverso.

E mais, que, ligado a um dos pontos *supra*, foi também argumentado no voto vencedor que, “nas ações coletivas para a defesa de direitos individuais homogêneos, por outro lado, não se justifica a repetição da ação quando aferida sua improcedência por insuficiência de provas. Isso porque, em tais casos, é conferida a todos os possíveis interessados no deslinde da controvérsia a oportunidade de participar ativamente da instrução processual”. Tal justificativa, porém, esbarra no problema antes posto, da muitas vezes presente complexidade fático-probatória e do desequilíbrio entre as partes – além da questão da eficiência da prestação jurisdicional, da isonomia e do acesso à Justiça (aspectos que a própria técnica coletiva busca aprimorar)⁴⁸.

Outro ponto de apoio à possibilidade de se igualar as lides coletivas essenciais (difusas e coletivas) àquelas tendo por objeto os direitos individuais homogêneos, no tocante à possibilidade de repropositura da ação em caso de improcedência, por falta de provas utilizada por aqueles autores⁴⁹ foram assim expostas:

Ademais, note-se que o CPC traz a técnica dos atos concertados (art. 69), mediante cooperação entre diferentes órgãos do Judiciário, o que indica a necessidade de concentração da resposta jurisdicional não apenas em relação a “questões de direito” (como se tem nos incidentes de resolução de demandas repetitivas e assunção de competência e nos recursos repetitivos), mas também de atos instrutórios ou mesmo de processos: “§ 2º Os atos concertados entre os juízes cooperantes poderão consistir, além de outros, no estabelecimento de procedimento para: [...] II – a obtenção e apresentação de provas e a coleta de depoimentos; [...] VI – a centralização de processos repetitivos”.

Nessa lógica, não parece que a possibilidade, em abstrato, de os interessados utilizarem a via individual deva afastar a viabilidade, mediante

48 Idem, *ibidem*. Os autores, nesse ponto, com apoio em Venturi (*Processo civil coletivo*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 243), assinalam que, “considerando que a via coletiva de tutela de direitos individuais homogêneos, apesar de não ser exclusiva, no mais das vezes acaba sendo a única praticamente efetiva, tendo em vista os conhecidos entraves opostos ao acesso individual à justiça, a oponibilidade da autoridade da coisa julgada material nas hipóteses de improcedência do pedido no intuito de afastar a repropositura da mesma demanda pela via coletiva, acarreta, *previsivelmente*, o virtual aniquilamento das pretensões individuais de todos aqueles que não têm nem nunca terão incentivo ou condições materiais para o comparecimento pessoal em juízo. Aí, portanto, a falta de prejuízo por ainda haver a via individual é ilusória”.

49 *Ibidem*, p. 662-663.

prova nova, ser o caso rediscutido coletivamente. Além disso, a utilização da técnica da coisa julgada *secundum eventum probationis* talvez seja ainda mais eficiente, no sentido de que ela terá um filtro inicial, a saber, se a nova prova é, em tese, capaz de levar a resultado diverso, barrando desde logo a repetição desnecessária da discussão.

Declaram os mencionados autores⁵⁰ que é necessário e parece possível ir além da interpretação restritiva e isolada do inciso III do art. 103 do CDC, compreendendo-o conjuntamente com a previsão do próprio art. 16 da LACP, que expressamente excepciona a coisa julgada em relação ao julgamento de improcedência por falta de provas. E veja-se que, se se entendesse aplicável a limitação territorial prevista no art. 16 e inclusive para direitos individuais homogêneos, como já se pretendeu, menos razão ainda haveria para a utilização parcial do dispositivo, impondo-se que também a coisa julgada *secundum eventum probationis* se operasse, na dimensão coletiva, para os direitos de massa. Ou seja, o art. 16 não poderia, aí, ser aplicado somente para diminuir a efetividade da tutela coletiva, especificamente no que toca à sua pretensão de limitar territorialmente a abrangência da decisão coletiva. Deve, diferentemente, autorizar que a coisa julgada, na improcedência por falta de provas, não se forma também em relação aos direitos individualmente tutelados coletivamente. Portanto, nessa linha, não há formação de coisa julgada para os legitimados coletivos na improcedência por insuficiência probatória – além de não haver coisa julgada para os indivíduos na improcedência, qualquer que seja aí o fundamento da rejeição da demanda.

Em apoio ainda à tese da relativização da coisa julgada também nas ações envolvendo os direitos individuais homogêneos, por insuficiência probatória, em idêntica posição às lides moleculares (direitos difusos e coletivos), temos que a formação ou não de coisa julgada *secundum eventum litis* em nosso ordenamento jurídico possui pertinência com recurso especial repetitivo representativo de controvérsia, no contexto de processos individuais previdenciários sobre aposentadoria por idade rural. O STJ, pela Corte Especial, entendeu que, com referência aos dispositivos do CPC/1973,

a ausência de conteúdo probatório válido a instruir a inicial, conforme determina o art. 283 do CPC, implica a carência de pressuposto de constituição e desenvolvimento válido do processo, impondo a sua extinção sem o julgamento do mérito, de forma a possibilitar que o segurado ajuíze nova ação, nos termos do art. 268 do CPC, caso obtenha prova material hábil a

50 Ibidem, p. 663.

demonstrar o exercício do labor rural pelo período de carência necessário para a concessão da aposentadoria pleiteada. (STJ, REsp 1.352.721/SP, Rel. Napoleão Maia Filho, J. 16.12.2015, DJe 28.04.2016)

Partindo-se desse julgado, é possível diferenciar (i) não formação da coisa julgada por insuficiência de provas em ações coletivas, mesmo havendo julgamento do mérito, e (ii) a extinção do processo individual sem julgamento do mérito, justamente em razão da falta de provas sobre o trabalho rural (ou, mais especificamente no caso, de “início de falta de prova material” a respeito)⁵¹. E finalizam, informando que

a diferença é significativa, pois, no caso de a ação coletiva ter sido julgada improcedente por deficiência de prova, a própria lei que relativiza a eficácia da coisa julgada torna imutável e indiscutível a sentença no limite das provas produzidas nos autos. Não impede que outros legitimados intentem nova ação com idêntico fundamento, mas exige prova nova para admissibilidade de *initio litis* da demanda coletiva. (STJ, REsp 1.676.027/PR, 2ª Turma, Rel. Herman Benjamin, J. 26.09.2017, DJe 11.10.2017)

Após nos debruçarmos profundamente nesta temática, revimos e alteramos nossa posição anterior em relação à matéria sobre duplo aspecto: passamos a nos filiar ao entendimento de que não apenas os superdireitos, metaindividuais, transindividuais – difusos e coletivos –, por suas características próprias, se apresentam como direitos globalizantes indisponíveis da comunidade ou da coletividade, como também os direitos individuais homogêneos se apresentam na mesma vertente, como direitos do grupo prejudicado, o que não se confunde com os direitos dos indivíduos pertencentes a esse agrupamento. Se a Lei de Regência (Lei nº 8.078/1990, arts. 81 e seguintes) não fez qualquer distinção, não cabe ao intérprete fazê-lo. Talvez pelo peso, pela intelectualidade e pela intensidade das palavras de Barbosa Moreira, naquela época ainda preliminar de desenvolvimento dos direitos de massa, sua posição sobre os direitos individuais homogêneos (apenas “acidentalmente coletivos”) não tenha sido contestada ou mesmo colocada à prova pela evidência dos casos concretos, que agora começam a despontar na jurisprudência dos Tribunais Superiores.

Isso porque considerar que apenas os superdireitos *meta* ou transindividuais (difusos e coletivos) dispõem dessa interpretação hermenêutica implicaria ferir não apenas o princípio da isonomia, como também rebaixaria

51 Ibidem, p. 666.

os direitos individuais homogêneos como segunda categoria de direitos de massa, uma espécie de “primo pobre” dos superdireitos difusos e coletivos.

Além desse aspecto relacionado à titularidade globalizante, ou em bloco, no caso dos direitos individuais homogêneos, como ficção jurídica, também acolhemos e nos filiamos à tese de Egon Bockmann Moreira, Andreia Cristina Bagalin, Sérgio Cruz Arenhart, Marcela Pereira Ferraro, Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., no sentido de que não apenas na defesa dos direitos difusos e coletivos, como também dos direitos individuais homogêneos, deve se aplicar a regra da coisa julgada *secundum eventum probabionis*. Isto é, havendo julgamento de improcedência da lide, por insuficiência de provas, ocorrerá a exceção consentida pelo ordenamento jurídico do *non-liquet*, no sentido de não formação da coisa julgada material, possibilitando futura propositura de nova ação coletiva, com fundamento em prova nova.

Assim sendo, revimos nosso posicionamento anterior para acolher a proposição dos autores⁵² mencionados, no sentido de que, se a decisão for por insuficiência de provas, deve o processo preservar os direitos dos atingidos e não usar uma ação precoce, sem material probatório suficiente, para impedir a tutela dos direitos de massa, que, ao fim e ao cabo, é a tutela das pessoas atingidas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto e da evolução que vem experimentando o Direito Processual Coletivo do Trabalho na doutrina e na jurisprudência dos Tribunais, já que o microsistema de tutela coletiva se aplica a vários ramos do direito processual, entre eles o trabalhista, não se limitando ao direito do consumidor, revendo nosso posicionamento anterior sobre os direitos meta-individuais e sua tutela coletiva, tendo por foco especialmente os direitos individuais homogêneos, concluimos que:

- a) o direito processual, de uma forma geral, engloba duas relações jurídicas: uma de direito material e outra de direito processual, sendo que esta se manifesta não havendo um acerto voluntário, espontâneo entre as partes, ensejando, dessa forma, uma pretensão resistida e dando origem à relação jurídica processual. Em se tratando de prática de um ato ilícito pelo empregador no campo do Direito do Trabalho, pode ensejar a agressão a direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos, que ensejará

52 Ibidem, p. 492.

- a eventual proposição de uma ação molecular, cuja coisa julgada será fundamentalmente diferente da coisa julgada das ações atomizadas. Certo é que também poderá ocorrer a pacificação social na área administrativa, pela celebração de um termo de ajustamento de conduta (TAC), na área negocial, por meio da negociação coletiva bem-sucedida, ou, ainda, por meio de uma sentença arbitral, todos produzindo a extensão de seus efeitos *erga omnes* para atingir toda a comunidade envolvida;
- b) não apenas os superdireitos, metaindividuais, transindividuais – difusos e coletivos –, por suas características próprias, se apresentam como direitos globalizantes indisponíveis da comunidade ou da coletividade, como também os direitos individuais homogêneos. Isso porque estes últimos se apresentam em nosso ordenamento jurídico, como uma ficção jurídica, na mesma vertente daqueles superdireitos, como direitos indisponíveis do grupo prejudicado, o que não se confunde com os direitos materiais individuais das pessoas a eles pertencentes ou não, na exata medida da Lei de Regência (Lei nº 8.078/1990, arts. 81 e seguintes) que não fez qualquer distinção a respeito;
 - c) uma leitura hermenêutica diferente levaria à diminuição da importância material dos direitos individuais homogêneos, de origem comum, em relação aos superdireitos (difusos e coletivos), relegando-os a uma espécie de segunda categoria de direitos coletivos;
 - d) acolhemos, também, a proposta da corrente doutrinária inovadora, composta por vários autores nomeados no texto *supra*, no sentido de que, além do aspecto da titularidade globalizante (da comunidade, da coletividade e do grupo lesionado), aos direitos individuais homogêneos também se aplica a regra da coisa julgada *secundum eventum probationis*, da mesma forma que estes são aplicados na defesa dos direitos difusos e coletivos (art. 113, § 2º, I, do CDC);
 - e) assim sendo, havendo julgamento de improcedência da lide, que tenha por objeto direitos individuais homogêneos, por falta de provas, ocorrerá a exceção consentida pelo ordenamento jurídico do *non-liquet*, no sentido de não formação da coisa julgada material, possibilitando a repositura de nova ação coletiva, pelos mesmos autores, com a mesma causa de pedir e pedidos, porém com fundamento em prova nova e atualizada.