

**UNIVERSIDADE PARANAENSE – UNIPAR
CAMPUS UMUARAMA –SEDE**

MARIA FLÁVIA AGNER GRUBBA MOREIRA

DA COISA JULGADA NAS AÇÕES COLETIVAS

UMUARAMA

2009

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

MARIA FLÁVIA AGNER GRUBBA MOREIRA

**DA COISA JULGADA NAS AÇÕES COLETIVAS: ANÁLISE EVOLUTIVA E
PROJEÇÕES DO INSTITUTO PROCESSUAL DIANTE DA SOCIEDADE DE MASSA**

Trabalho de conclusão de curso apresentado a banca examinadora do Curso de Pós Graduação *Stricto Sensu* de Direito Processual e Cidadania – Linha de Pesquisa Relações Negociais da Universidade Paranaense – UNIPAR, como exigência para obtenção do grau de Mestre em Direito Processual, sob a orientação do Prof. Dr. Fábio Caldas de Araújo.

UMUARAMA

2009

M838c Moreira, Maria Flávia Agner Grubba.

A coisa julgada coletiva / Maria Flávia Agner Grubba

Moreira. – Umuarama : Universidade Paranaense – UNIPAR,
2009. 235 f.

Orientador: Prof. Dr. Fábio de Araújo Caldas

Bibliotecária Responsável

Inês Gemelli

CRB 9/966

DEDICATÓRIA

A todos que, direta ou indiretamente contribuíram para a realização deste trabalho.

À minha família, pelo apoio, incentivo e pela paciência em tolerar o tempo dedicado ao presente estudo.

Ao meu orientador Prof. Dr. Fábio Caldas de Araújo pela dedicação, inspiração e luzes nos momentos de escuridão.

Ao meu amado Gustavo, pelo amor que tens dedicado neste período de distância e compreensão pela minha ausência.

AGRADECIMENTOS

O agradecimento é um momento único. Talvez seja a parte mais complicada para se escrever. Expressar toda gratidão por aqueles que nos ajudam no dia-a-dia e torcem por nós é uma tarefa difícil; as palavras são reducionistas e não expressam o tamanho de nossos sentimentos. Cada um que passa por nossas vidas, de certa forma, é importante. Mesmo aqueles que parecem ser inexpressivos, normalmente os rostos anônimos, ajudam-nos a realizar nossos sonhos.

A meus pais, Robson Arthur Grubba Moreira e Eloíza Helena Pacheco Agner, por todos os ensinamentos da minha vida e por terem feito dos seus sonhos a realização dos meus.

Ao meu amado Gustavo Melo que, mesmo longe, sempre esteve ao meu lado.

A todos os professores que passaram pela minha vida, que me motivaram a seguir a carreira acadêmica e com quem muito aprendi e em especial ao Prof. Caldas pela orientação nesse trabalho científico.

Só o saber liberta.
(*Frase pronunciada diariamente por minha mãe*)

SUMÁRIO

LISTA DE SIGLAS.....	10
RESUMO.....	11
ABSTRACT.....	12
DELIMITAÇÃO DO TEMA.....	13
INTRODUÇÃO.....	16
ASPECTOS INTRODUTÓRIOS.....	20
1 DA COISA JULGADA.....	20
1.1 DO CONCEITO DE COISA JULGADA.....	23
1.2 DA PRECLUSÃO E DA COISA JULGADA FORMAL E MATERIAL	26
1.3 DOS FUNDAMENTOS DA COISA JULGADA	30
1.4 LIMITES SUBJETIVOS E OBJETIVOS DA COISA JULGADA	41
1.4.1 Dos limites objetivos da coisa julgada.....	42
1.4.2 Dos limites subjetivos da coisa julgada	45
1.5 FUNÇÃO DA COISA JULGADA.....	49
1.5.1 Da função positiva.....	50
1.5.2 Da função negativa	51
1.6 A COISA JULGADA COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL	52
1.7 A GARANTIA CONSTITUCIONAL E A POSSIBILIDADE DE RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA.....	55
2 CONFLITOS SOCIAIS DE MASSA E O MICROSSISTEMA INTEGRADO DE TUTELA JURISDICIONAL COLETIVA NO BRASIL.....	63
2.1 PRECEDENTES HISTÓRICOS	65

2.2 SISTEMATIZAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL COLETIVA NO BRASIL E O SISTEMA DAS <i>CLASS ACTIONS</i>	72
2.2.1 A regra 23 das Federal Rules – Das class actions.....	73
2.2.2 Direito processual coletivo nacional	80
3 DA NECESSIDADE DE ADAPTAÇÃO DO INSTITUTO DA COISA JULGADA ÀS AÇÕES COLETIVAS	83
4 A LEGITIMIDADE NO PROCESSO COLETIVO	86
4.1 LEGITIMIDADE <i>AD CAUSAM</i>	86
4.1.1 Legitimidade Ordinária e Extraordinária	87
4.1.2 Da Natureza Jurídica da Legitimação Coletiva.....	90
4.1.3 Da Legitimação Ativa, Disjuntiva e Concorrente	98
4.2 REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA.....	100
4.2.1 O critério do <i>opt out</i>	110
4.2.2 O critério do <i>opt in</i>	114
4.2.3 A combinação do <i>opt in</i> com o <i>opt out</i>	115
5 DIREITOS DIFUSOS, COLETIVOS E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS E O REGIME DA COISA JULGADA	116
5.1 DIREITOS OU INTERESSES?	118
5.2 DOS INTERESSES DIFUSOS E O REGIME DA COISA JULGADA	121
5.2.1 Da coisa julgada nos direitos difusos	123
5.3 DOS INTERESSES COLETIVOS <i>STRICTO SENSU</i> E O REGIME DA COISA JULGADA	128
5.3.1 Da coisa julgada nos direitos coletivos <i>stricto sensu</i>	129
5.4 DOS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS E O REGIME DA COISA JULGADA.....	133
5.4.1 Da coisa julgada nos direitos individuais homogêneos	136
5.4 TRANSPORTE <i>IN UTILIBUS</i> DA COISA JULGADA COLETIVA.....	143

5.5 DA LITISPENDÊNCIA E DA CONEXÃO ENTRE AÇÕES INDIVIDUAIS E COLETIVAS.	147
5.6 A CRÍTICA À COISA JULGADA <i>SECUNDUM EVENTUM LITIS</i>	150
6 DA COISA JULGADA EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA.....	160
7 CONSTATAÇÕES DA COISA JULGADA COLETIVA NO CENÁRIO NACIONAL: CONSIDERAÇÕES SOBRE A COISA JULGADA NO MANDADO DE SEGURANÇA E NO PROJETO DE LEI DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA.....	171
7.1 DO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO	172
7.2 DO PROJETO DE LEI DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA	177
CONCLUSÃO	182
REFERÊNCIAS.....	186
ANEXO	210

LISTA DE SIGLAS

CDC – Código de Defesa do Consumidor

CF – Constituição Federal

CPC – Código de Processo Civil

CPP – Código de Processo Penal

LACP – Lei de Ação Civil Pública

PL – Projeto de Lei

RESUMO

O trabalho ora em vista, traz em seu conteúdo idéias e considerações sobre a coisa julgada projetada ao processo coletivo, realizando apontamentos quanto a atual sistemática, além de projeções para vindouras alterações legislativas. Constrói-se o presente estudo resgatando os aspectos históricos do instituto processual da coisa julgada, transmutando-o da seara individual para a coletiva, lançando-se as influências do direito norte americano. Considera-se, ainda, a influência da legitimidade ativa e representatividade adequada para a consolidação da coisa julgada coletiva e, ao final, analisa-se o vigente artigo 16 da Lei de Ação Civil Pública e as contemporâneas modificações legais, em especial quanto a Lei que modificou o Mandado de Segurança e o ainda projeto de Lei que visa alterar a Lei de Ação Civil Pública.

ABSTRACT

The present work, brings in its content ideas and considerations thing judged designed to process collective collective performing systematic research on current projections, in addition to future legislative changes. Constructs this study rescuing historical aspects of procedural Institute, changing thing judged the individual conference launching the North American law influences. It is also the influence of adequate representativity and legitimacy to the consolidation of collective something judged and, in the end, analyzes the current article 16 of the law of public Civil action and contemporary legal modifications, especially as the law who modified the writ and even bill that aims to amend the law of public Civil action.

DELIMITAÇÃO DO TEMA

Dentro da pesquisa científica, particularmente no estudo do processo civil, há uma imensa gama de vertentes, nas quais o estudo pode, sem ressentimento ou temor debruçar, com certeza de um lado de que há um terreno fértil para o cultivo e, de outro, de que haverá muito trabalho a se vencer, para que se tenha condições ao menos de traçar uma visão sistemática e de certo modo global de seu estudo.

Não há dúvidas que todo e qualquer ponto específico que venha a ser eleito neste desiderato conterà sua importância, pois a temática do processo está necessariamente presente na vida do jurista e de todo operador do direito, não se limitando a visão processualista, na medida em que como ciência instrumental o processo tem o condão de espriar sua relevância dentro do espectro de atuação a todos os ramos de estudo e aplicação do direito.

Todavia, ainda assim é possível identificar no âmbito da ciência do direito, particularmente do processo, temáticas que, sem minorar o relevo das demais, ganham notoriedade, posto que diretamente relacionadas ao efetivo atendimento dos anseios mais atuais do jurisdicionado, vale afirmar, à aplicação do direito material tal qual deveria ocorrer se viessem os preceitos normativos, e conseqüentemente os “direitos” de índole material, a serem apreciados e respeitados espontaneamente, por todos aqueles que integram a sociedade e vivenciam o ordenamento em vigor.

Aí reside uma dificuldade, destarte, na definição do tema em um trabalho de pesquisa científica: a diversidade de assuntos e o grau de importância de cada um deles, dentro do processo encontram inúmeras opções de escolha.

O mimetismo processual, na busca incessante pela adequação as novas realidades materiais, faz com que o pesquisador do direito opte com tópicos mais atuais no sentido de contribuir com a ciência, assim como aos aplicadores do direito que diariamente necessitam se municiar com novos elementos de informação de conteúdo útil e prático.

Diante disto, ao lado de tantos outros assuntos que figuram em igualdade de condições no que tange à utilidade prática de relevo dentro da constelação do direito e do processo, brilha em maior intensidade a alteração normativa da coisa julgada nos direitos coletivos, particularmente na ação civil pública.

Sem ingressar prematuramente ao objeto de estudo, é lícito afirmar que a análise do palpitante e tormentoso tema convida aquele que se dedica ao estudo do processo compreender corretamente a abrangência do processo coletivo e suas peculiaridades, por tratar-se de interesses a serem postos sob a tutela jurisdicional, cujo relevo é evidentemente, em razão de sua dimensão e espectro de incidência.

Nos conflitos de massa que caracterizam a sociedade moderna e a cada dia incidem em maior intensidade, abandonando as típicas confrontações individualistas de compreensão dos instrumentos postos pelo legislador à disposição do interessado, a fim de que seja viável a adequada defesa de tais interesses ou direitos de natureza não eventual.

Dentro desta seara é que se identifica possibilidade de renovação dos estudos a respeito do processo coletivo, passando por suas origens e constituição do sistema processual coletivo pátrio, com uma breve passagem ao direito norte-americano, até galgar seus contornos mais atuais em nosso ordenamento, apresentando as contemporâneas perspectivas, até a apresentação final do anteprojeto que objetiva modificar a Lei de Ação Civil Pública, adequando às transformações econômicas, políticas, tecnológicas e culturais no âmbito global, significativamente aceleradas nesta virada do século XX, para o fim de tutelar a proteção de direitos constitucionalmente protegidos, essencialmente os que dizem respeito à cidadania, não consubstanciados na atual Lei de Ação Civil Pública.

Assim, conjugando a contemporaneidade do processo coletivo com o fascínio da coisa julgada e suas discussões mais latentes foi suficiente para motivar a escolha do tema: “A COISA JULGADA NO PROCESSO COLETIVO: ANÁLISE EVOLUTIVA E PROJEÇÕES DO INSTITUTO PROCESSUAL DIANTE DA SOCIEDADE DE MASSA” para o desenvolvimento da dissertação necessária à conclusão do curso de pós

graduação *scrito sensu* promovido pela Universidade Paranaense - UNIPAR. A identificação da temática vasta e atual, farta de dúvidas e incertezas é seguramente terreno fértil à pesquisa e elaboração científica, com utilidade não somente na solução de problemas meramente acadêmicos, mas também voltados a pragmática dos operadores do direito.

Dentro deste espírito é que se pretende, com o presente trabalho, abordar o a coisa julgada no processo coletivo, mas sem a pretensão de se esgotar o assunto, o que seria materialmente impossível em virtude do próprio dinamismo dos fenômenos de identificados em decorrência da evolução do processo.

INTRODUÇÃO

A sociedade, dinâmica e em constante evolução traz consigo a necessidade de lapidação de idéias, reformulação e a conquista de novos conceitos. Esse exercício, enquanto a questão relacionada ao Direito desperta na comunidade jurídica uma inquietude para a construção de novos parâmetros.

Na atualidade, não há dúvidas dos constantes desafios para o aprimoramento, eficiência e efetividade na prestação jurisdicional ao efeito de constantemente otimizar a instrumentalização do processo. E, pautada nessas transformações sociais exige-se dedicação e, ao mesmo tempo, elevada prudência por parte dos operadores do direito de modo que não haja um rompimento de preceitos constitucionais pela adequação da ciência processual ao contexto social.

Neste prisma de constante mutação, com uma sociedade que caminha, cada vez mais para uma perspectiva coletiva, o estudo desenvolvido no presente trabalho verticaliza-se no sentido de estabelecer um diálogo entre as transformações sociais, essencialmente diante das sociedades denominadas massificadas e o instituto processual da coisa julgada.

Pois bem, o instituto da coisa julgada é um velho conhecido do mundo jurídico, desde o início da concepção do Estado, é elemento indispensável à solução definitiva dos conflitos. A coisa julgada vem tomando contornos tais que, hodiernamente, constitui-se em um instrumento indispensável para efetivação do Estado Democrático de Direito.

A partir do momento que o Estado chamou para si a responsabilidade pela solução dos conflitos, regulando atividade jurisdicional, afastando as leis de talião e da justiça divina, atraiu, juntamente com a exclusividade de proclamar a justiça, a responsabilidade de pôr fim aos conflitos, encerrando, definitivamente, a discussão da lide, com a formalização da coisa julgada.

A problemática trazida no presente trabalho científico se inicia com a delimitação do estudo da coisa julgada. Ora, se faz necessário traçar, em linhas rasas, a evolução da própria concepção da coisa julgada que passa de um conceito errôneo de eficácia da sentença, vastamente rechaçada pela doutrina moderna, para chegar-se à conclusão de que a coisa julgada é, em verdade, uma qualidade que se agrega à sentença de mérito.

Neste compasso, compreende-se que a coisa julgada está intimamente ligada ao princípio de segurança jurídica e do Estado Democrático de Direito. Não se podendo admitir, por isso, que determinada decisão se acobertasse por seu manto de imutabilidade mediante simples análise superficial da lide, ou mesmo por uma decisão de caráter provisório.

Analisados, pois, seu conceito e seu enquadramento jurídico, permite-se adentrar os seus desdobramentos, como gêneros, funções e finalidades, bem como seus limites, estabelecendo suas relações com um conjunto de fenômenos correlatos.

Apresenta-se, a partir desta análise, em vôo rasante, toda a perspectiva formal e material da coisa julgada para, então, atingir-se um espectro atual e nebuloso da coisa julgada restringindo a sua abordagem ao campo do direito coletivo.

Ora, diante das vertiginosas transformações políticas, econômicas e culturais que a sociedade passou ao largo dos últimos anos há o surgimento de novos direitos. São os denominados direitos transindividuais que suplantam a esfera do indivíduo, judicializando as relações coletivas, tutelando as violações de massa.

Vivemos o que denomina Bobbio a terceira, quiçá a quarta geração de direitos que são denominados de metaindividuais, que, em razão de movimentos internacionais, produziram-se efeitos internos e reflexos na própria legislação de direitos difusos. Hodiernamente a preocupação com a proteção ao meio ambiente, ao idoso, ao consumidor, à criança, dentre outros direitos, é a pauta diária de muitos telejornais, culminando em uma judicialização e resguardo desta categoria de direitos.

Atento a esta nova realidade o direito processual civil brasileiro, vem buscando mecanismos hábeis a conferir efetividade e celeridade para a solução de

conflitos coletivos, criando novos mecanismos e aprimorando os instrumentos jurídicos já existentes.

Para tanto, após uma calorosa discussão doutrinária, vingou o projeto de lei que redesenha lei de ação civil pública (PL n. 5.139/09) que, em fase final de aprovação nas casas legislativas, lançando bases principiológicas e codificando institutos dentre os quais se destaca a coisa julgada.

Pela lei ainda em vigência, após proposta uma ação coletiva em defesa de interesses individuais homogêneos, as partes interessadas que já tenham proposto ação individual na Justiça para proteger esse mesmo direito podem optar por manter a ação individual ou por requerer a suspensão do processo e se beneficiar de eventual sucesso da ação coletiva. Ainda, as decisões de improcedência proferidas a luz do sistema atual não prejudicam os interesses individuais que podem incitar a propositura de uma ação individual para resguardar o seu direito.

Todavia, pelo projeto de lei, propõe-se um regime da coisa julgada ampliativo que, sempre que envolver questão exclusivamente de direito, veda-se, expressamente, o ajuizamento de novas ações individuais para rediscutir a temática já consolidada na seara coletiva. Trata-se de um nítido empenho em aplicar o preceito constitucional de celeridade no trâmite processual de modo a evitar o abarrotamento das varas com o ajuizamento de novas ações individuais com o mesmo objeto.

Contudo, tornar definitivo para toda coletividade uma decisão, limitando a propositura de novas ações individuais gera certa preocupação. Ora, como solucionar a quimera envolvendo uma decisão inadequada a decisão proferida em Ação Civil Pública? Não há como o cidadão rediscutir individualmente o direito que alega ter por um deslize do magistrado?

Ademais, pelo texto do anteprojeto de lei, a sentença no processo coletivo fará coisa julgada *erga omnes*, independentemente da competência territorial do órgão prolator ou do domicílio dos interessados. Haverá, pois, um elastecimento dos efeitos da decisão proferida em ação civil pública, deixando de ser restrita aos limites da competência territorial do órgão prolator para ser válida e eficaz em todo o território nacional. Tal questão igualmente deve ser vista com cautela, pois, considerando a dimensão do território brasileiro, é possível que o denominado direito de exclusão seja

pouco utilizado, permanecendo elevado de demandas individuais. Para tanto, deve-se pensar e, além disso, aplicar uma forma efetiva e eficiente de comunicar os cidadãos do ajuizamento de demandas coletivas.

Desta feita, vastamente estudado e discutido o tema, oportuniza-se no presente estudo científico o resgate e contextualização do instituto da coisa julgada diante das sociedades de massa e em um novo contexto de adequação normativa ao efeito de conferir maior efetividade ao direito material individual.

ASPECTOS INTRODUTÓRIOS

Para que se possa compreender a estrutura da coisa julgada coletiva e a sua extensão ao projeto de lei que modifica a lei de Ação Civil Pública (PL 5.139/2009), não basta simplesmente estudá-la de acordo com o previsto no Código de Defesa do Consumidor e na vigente Lei de Ação Civil Pública. Há necessidade de uma breve reconstrução, ainda que em linhas gerais, da estrutura da coisa julgada no processo civil individual, conceituando-a, distinguindo os seus aspectos formais e materiais, suscitando seus fundamentos, pontuando a sua função negativa e positiva e, ao cabo, resgatando aspectos constitucionais, para que, a partir destas premissas, possamos em capítulo vindouro ingressar no cerne de discussão do presente estudo, aproximando-se da seara coletiva.

1 DA COISA JULGADA

A individualidade do ser humano lhe confere certa autonomia e existência própria, mas é o convívio com seus pares que permite o seu desenvolvimento e relevância social. Assim, com integração dos indivíduos, edificando-se as relações sociais, o homem assume uma feição eminentemente social, feição esta consolidada em uma convivência que, em qualquer plano, impõe sacrifícios e restrições.

E, da natural incapacidade humana para o desprendimento e para a renúncia, diante de uma postura individualista egoística, surgem, em meio às pessoas que, de qualquer modo relacionam-se, confrontações de toda ordem (BERMUDES, 2002, p. 2).

Com a finalidade de harmonizar tais interesses colidentes, há tempos que se busca estabelecer regras de conduta impostas a todos ou a alguns dos membros da sociedade visando a uma convivência harmônica, com o afastamento de posturas instintivas e impulsivas inerentes ao ser humano (GONÇALVES, 2007, p. 2).

Na era primitiva, quando o homem mais se aproximada dos seres irracionais, os conflitos intersubjetivos eram solucionados pela força dos envolvidos (autotutela), ou seja, prevalecia a vontade do detentor de maior força bruta, esperteza ou astúcia (COSTA, 2008, p. 91).

Com o advento da noção e do fortalecimento do Estado há a proibição da autotutela, sendo os conflitos solucionados pela imposição das soluções apresentadas pela figura estatal. Surge, neste período, *“o poder do Estado de dizer aquele que possui razão em face do caso conflitivo, ou do poder e dizer o direito, conhecido como ‘iuris dicitio’”* (MARINONI; ARENHART, 2001, p.25).

O Estado, portanto, assume o monopólio da jurisdição, sendo o único detentor do poder-dever de solucionar os conflitos, indispensável, portanto, para a estabilidade da vida social, que de outra forma seria entregue a contendas intermináveis (MARINONI, 2008, p. 58).

Observe-se que o exercício da atividade jurisdicional tem como finalidade primordial o restabelecimento da ordem jurídica, quebrada diante do conflito insurgido entre os litigantes, tornando-se imperativo que a decisão dela emanada se apresente estável, a fim de restaurar as relações jurídicas, pondo fim aos litígios.

A jurisdição, portanto, não pode ser considerada apenas como um meio de resolver os litígios, mas fundamentalmente, uma manifestação estatal voltada a eliminá-lo, ou melhor, a solucioná-lo, definitivamente, fazendo com que os seus envolvidos reconheçam o seu fim (MARINONI, 2008, p. 59). Assim, a atuação do Judiciário não é infundável, encontrando um limite cujo pronunciamento manifesta um conteúdo com efeitos imutáveis (força de coisa julgada), pacificando e conferindo estabilidade as relações sociais.

Sob essa ótica que a idéia de coisa julgada está ligada como regra geral à de jurisdição. E, tal convicção de que não é concebível a atuação do poder judiciário alheio a coisa julgada é muito bem destacada por Humberto Theodoro Júnior¹ que, ao citar

¹ Vale destacar a redação original: *“La coza juzgada es el atributo de La jurisdicción. Ninguna outra actividad del orden jurídico tiene La virtud de reunir los caractgeres arriba mencionados: La irreversibilidad, La inmutabilidad y La coercibilidad. Ni La legislación ni la administracion pueden expedir actos com estas modalidades ya que, por su própria naturaleza, lãs leyes se derogan com outra leyes y los actos adminstrativos se revocan o modificam com otros actos.”* E segue destacando: *“La cosa juzgada es El fin del processo. Este apunta hacia la cosa juzgada como hacia su fin natural. La Idea de proceso*

Eduardo Coture (1977 apud TEODORO JÚNIOR, 1996, p. 83), ressalta que a coisa julgada é um atributo da jurisdição, não havendo atividade jurisdicional sem a coisa julgada.

Deve-se dizer, portanto, que para que a vida social se desenvolva de forma pacífica e harmônica, faz-se necessário imprimir certeza ao gozo dos bens da vida e garantir o resultado do processo, de modo tal a assegurar coercitividade à solução dos conflitos a fim de que se torne imutável, para o futuro o pronunciamento judicial apresentado.

Tem-se presente, em suma, que somente quando a regulação do conflito está definitivamente ultimada pela atuação jurisdicional, não mais passível de recurso, é que se pode reconhecer que há o surgimento do instituto jurídico da coisa julgada que, por integrar o conteúdo do direito fundamental à segurança jurídica, é um dos alicerces do Estado Democrático de Direito (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2008, p. 551).

Ao efeito de complementação, ainda, cumpre destacar que, malgrado a relevância da atividade executiva e legiferante, apenas a atividade jurisdicional sustenta como característica de definitividade dos seus pronunciamentos após o trânsito em julgado. Neste prisma, importa destacar o escólio de Walter Nunes da Silva Júnior (1999, p. 23):

A característica fundamental da jurisdição é a definitividade na resolução dos conflitos, o que diferencia, sobremaneira, das demais funções estatais, pois é da própria natureza das atividades legislativas e administrativas a mutabilidade. Isso porque o poder de dirimir os conflitos surgidos no corpo social, por imperativo de segurança jurídica, há de ser definitivo, resolvendo, de uma vez por todas, a querela que estava pendente. Se o deslinde da contenda não se revestisse da autoridade de definitividade, não se alcançaria a pacificação social, porquanto os descontentes retornariam a litigar perante o judiciário, tornando instável a relação jurídica.

Conclui-se, pois, que a coisa julgada é um instituto indispensável ao exercício à própria jurisdição (MARINONI, 2008, p. 56), atribuindo a sua força como um pressuposto de verdade, certeza e justiça, formadas ou afirmadas pelo *decisum judicial*,

es necessariam etne teleológica, decíamos. Si no culmina em cosa juzgada El proceso es solo procedimiento.” (COUTRE, 1977 apud THEODORO JR., 1996, p. 83).

impondo um *status* de irrevogabilidade ou irretratabilidade para o que foi proferido sob o manto da seara jurisdicional (DELGADO, 2001).

1.1 DO CONCEITO DE COISA JULGADA

De Plácido e Silva conceitua a coisa julgada (*res judicata*) como *caso julgado*, descrevendo a coisa julgada como a sentença que, se tendo tornado irretratável por não haver contra ela mais qualquer recurso, encerra o direito dos litigantes para não admitir sobre a dissidência objeto do litígio, qualquer outra oposição por parte do contendor vencido, ou de outrem que se sub-rogue em suas pretensões improcedentes (SILVA, 2006a, p. 305).

Todavia, o conceito de coisa julgada não pode ser definido através de mecanismos simplistas, uma vez que se mostra polêmico e intrigante²². A importância do de tal instituto transcende, inclusive, ao âmbito puramente processual para a produção de efeitos em todos os ramos do direito alcançando, em especial, tutela constitucional, tema este que será objeto de análise em título separado.

Em uma visão legalista, encontra-se o conceito coisa julgada no artigo 467 do Código de Processo Civil com o seguinte texto:

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

Tal conceito, por si só, constituiu um campo fértil para árduas discussões doutrinárias dentre elas: Porque se utilizou a expressão coisa julgada formal, sem menção à coisa julgada formal?; A coisa julgada é realmente a eficácia da sentença?; Em que momento a sentença começa a produzir efeitos?; Esses efeitos são ou tornam-se, realmente imutáveis?

Note-se que o legislador definiu a coisa julgada material como eficácia da sentença. Há que se criticar esta redação destacando duas visões doutrinárias.

²² Nas lições de Ovídio A. Baptista da Silva o conceito de coisa julgada continua a ser um dos mais polêmicos e, em dúvida, um dos mais importantes para a ciência do processo civil. (SILVA, 2001. p. 483).

A eficácia da sentença nada mais é do que a propriedade de ter a sentença força ou efeitos (MIRANDA, 2002, p. 57). Pontes de Miranda ao apresentar a classificação das ações fá-lo em sua famosa distinção quinária, quais sejam: eficácia declarativa; eficácia constitutiva, eficácia condenatória; eficácia mandamental e eficácia executiva.

A visão ponteana leva em conta a preponderância de uma das cinco pretensões de direito material, a cuja tutela são criados os remédios técnicos processuais. Tais pretensões são, portanto, de condenação, de declaração, de constituição, de execução e de mandamento (WATANABE, 2000, p. 38).

Nesta esteira, pela ótica de Pontes de Miranda, a eficácia da sentença, traduz a fração preponderante da natureza das pretensões deduzidas no meio das ações (ou melhor, do exercício do direito de ação).

Vale destacar:

Se a sentença é favorável inteiramente ao *petitum*, a carga de eficácia da sentença é igual à carga de eficácia que o autor pediu, ou que foi pedida pelo reconvincente. Se a sentença julga improcedente a ação, a força sentencial é declarativa. Força sentencial é a carga ou peso de maior comuto da eficácia. [...] É eficácia: a) certa imodificabilidade pelo prolator, que varia da modificabilidade, quando o juiz volte a ter de examinar o assunto, até à sentença, que de regra é imodificável (sentença apelável) e só excepcionalmente alterável por provocação; b) força formal de coisa julgada; c) força ou efeito declaratório, ou força ou efeito material de coisa julgada; d) força ou efeito constitutivo, condenatório, mandamental, ou executivo, se o tem; e) os efeitos próximos ou laterais; f) os efeitos-reflexos, que são os da sentença como ato jurídico ou fato jurídico. Em sentido estrito, eficácia seria ter os efeitos a) e b) (MIRANDA, 2002, p. 58).

Ainda, na visão adotada por Pontes de Miranda, importa destacar que à coisa julgada não recai a totalidade eficácia da sentença. Vê-se que a coisa julgada impera, portanto, sobre a parte declaratória da sentença, independentemente da eficácia preponderante desta.

Nesse sentido:

A eficácia material de coisa julgada é imanente à sentença declarativa (e quase todas as condenatórias), mas há sentenças outras que têm efeitos de coisa julgada material, pelo elemento declaratório (mas condenatório, muitas vezes) que contêm. Conhecem-se sentenças constitutivas, mandamentais e até executivas com tal efeito, em algum ponto. Não há sentença declarativa sem

força material de coisa julgada. Mas há sentença que não são preponderantemente declarativas, que têm eficácia de coisa julgada material. Em toda sentença há um mandamento, como em toda sentença há uma declaração, no sentido de enunciado sobre relação jurídica, porá ou situação jurídica (MIRANDA, 2002, p. 62).

Observa-se, todavia, pela visão de Liebman³, ao sistematizar o tema da coisa julgada, reconhece-se que a coisa julgada não é um mero efeito da sentença, mas sim uma qualidade que aos efeitos se agrega. Distancia-se da doutrina de Pontes de Miranda (reflexo da visão de Hellwig e também adotada por Celso Neves) e reconhece que dentre todos os possíveis efeitos da sentença, os quais são classificados em principais (declarativo, constitutivo e executório ou sancionatório), são independentes da coisa julgada e podem operar mesmo que esta não tenha ocorrido.

Desse modo, considerando que a eficácia e a imutabilidade para Liebman são conceitos diversos e que os efeitos da sentença são independentes da coisa julgada, tem-se que a autoridade da coisa julgada recai sobre os efeitos da sentença, podendo-se dizer que são efeitos de imutabilidade da declaração, entendendo-se por declaração o comando emanado da sentença.

Denota-se, portanto, que a coisa julgada jamais poderia ser tida puramente como um efeito, ou eficácia da sentença, tal qual o comando legislativo citado.

Saliente-se, ainda, no que concerne a conceituação legal, há que se notar que o legislador delimitou-se a tratar da coisa julgada material, se olvidando da formal.

Buscando justificar tal omissão, na visão de Pontes de Miranda (2002, p. 111), “o legislador, só se referindo à coisa julgada material, entendeu que a adjetivação bastaria, uma vez que a coisa julgada material contém aquela, ao passo que nem toda decisão dotada de coisa julgada formal, produz coisa julgada material”. Assim, subsiste a coisa julgada formal quando a decisão proferida não pode mais ser discutida no mesmo processo, enquanto a coisa julgada material impediria a rediscussão em qualquer outro litígio. Por isso considerou “imprópria” a utilização do termo “material” no artigo 467. Argumenta que “quando se diz processualmente imutável a sentença ou

³ Em momento oportuno deste estudo, todavia, há de se notar que a tese libmaniana foi alvo de críticas que buscam provar que a coisa julgada nada tem a ver com a eficácia declaratória da sentença e que a coisa julgada não tem referência alguma à declaração judicial.

processualmente indiscutível a sentença, o que há é eficácia de coisa julgada formal: a relação jurídica processual extingui-se” (MIRANDA, 2002, p. 112).

A luz dessa discussão, já é possível vislumbrar uma clara distinção entre a coisa julgada formal e material. Revela-se, portanto, prudente bem conceituar tais espécies, situando, inclusive as suas distinções do fenômeno da preclusão.

1.2 DA PRECLUSÃO E DA COISA JULGADA FORMAL E MATERIAL

A coisa julgada não se confunde com preclusão (lógica temporal e consumativa) (SILVA, 2006a, p. 1074). A rigor, na dogmática processual, a coisa julgada é multifacetada (MANCUSO, 2007a, p. 119) e se encaixa no gênero da preclusão, figurando como espécies a coisa julgada formal e material (MOURÃO, 2008, p. 122).

Para melhor entendimento dos conceitos jurídicos supracitados e suas diferenciações, útil é oferecer algumas considerações sobre tais.

A preclusão pode ser definida como perda, extinção, ou consumação de uma faculdade processual, alcançando o termo final definido pela norma legal para o seu exercício (CHIOVENDA, 1993, apud MOURÃO, 2008, p. 127). Advêm, em regra, da não interposição do respectivo recurso no prazo legal, ou da impossibilidade de fazê-lo por incompatibilidade lógica, ou do seu respectivo exaurimento (consumação) do ato processual (SOUZA, 1971).

Celso Agrícola Barbi (1955, p. 61) complementa que a preclusão não abrange apenas o não exercício de uma faculdade concedida as partes, mas também as questões já decididas, atingindo, desta forma, também o juiz, impossibilitando, inclusive, a sua reapreciação.

A coisa julgada formal, por sua vez, se refere à sentença que já não admite recurso, de sorte que é um fenômeno interno ao processo e se refere à sentença como ato processual, apresentando como característica essencial a imutabilidade da decisão judicial dentro do processo em que foi proferida (MOURÃO, 2008, p. 128).

É de se notar que a carga semântica da coisa julgada formal recai aos limites espaciais do processo, figurando como um fenômeno endoprocessual, decorrente da irrecorribilidade da decisão judicial (DIDIER; BRAGA; OLIVERIA, 2008, p. 553). Didier (2008, p. 553), inclusive destacar que se trata, em verdade, “de uma espécie de preclusão, constituindo-se na perda do poder de impugnar a decisão judicial no processo em que foi proferida”.

Talamini (2005, p. 131) define a coisa julgada formal como sendo a “impossibilidade de revisão da sentença dentro do próprio processo em que foi proferida, depois que ocorreu o trânsito em julgado.”

Nesse caso, não se pensa propriamente nos efeitos imunizados da sentença, e sim na sentença como um ato jurídico do processo, que dispõe acerca do processo no caso concreto. Não há uma exteriorização da coisa julgada, que, portanto, é endoprocessual⁴.

Inadequado seria esquecer, também que, sobre o manto do art. 6º, § 3º da Lei de Introdução ao Código Civil, a coisa julgada formal encontra sua guarida apresentando a seguinte redação: "Chama-se coisa julgada ou caso julgado⁵ a decisão de que já não caiba recurso".⁶

Não é o desiderato desse estudo, contudo oportuno pontuar que a trajetória da coisa julgada formal é acometida de ataques doutrinários que propugnam, inclusive, pela sua extinção, posto que a equiparam à preclusão.

Como defensores desta corrente, destacam-se Nelson Nery Jr. e Rosa Maria Nery que, ao tratarem do assunto, afirmam que “a denominação de coisa julgada formal é equívoca, mas se encontra consagrada na doutrina. Trata-se, na verdade, de preclusão e não de coisa julgada” (NERY JR; NERY, 2006, p. 567).

⁴ Nesse particular, o conteúdo da sentença se torna imutabilizado pelo instituto apenas dentro do processo em que foi proferido, não atingindo, portanto, qualquer outra relação processual que não aquela em que foi proferida a decisão que não caiba mais recurso.

⁵ Os juristas portugueses preferem a tradução da expressão latina *resjuicata* por caso julgado, eis que tal expressão não se denota, somente o julgamento da *res* que está intimamente ligada a idéia de “relação ou conflito”, mas a especial autoridade de que esta se reveste com a preclusão da faculdade de interposição de recursos, o que faz com que se torne imutável. (PINHEIRO; SIQUEIRA, 2006, p. 74).

⁶ Para Luiz Eduardo Mourão o dispositivo contido na Lei de Introdução do Código Civil reflete uma afirmação errônea, pois confunde coisa julgada com preclusão. Defende que a coisa julgada está relacionada com a imutabilidade interna da decisão judicial em processos futuros. Argumenta que a imutabilidade interna da decisão judicial, pela impossibilidade de interposição de recursos, relacionando-se à preclusão que é figura jurídica diversa da coisa julgada. (MOURÃO, 2008, p. 55).

A despeito de tal posicionamento, não há como se reconhecer a sinonímia entre os institutos, vez que a impossibilidade do magistrado rever a sua própria decisão, dentro do mesmo processo (endoprocessual) não decorre da coisa julgada, mas da preclusão recursal (MOURÃO, 2008, p. 135). Há, portanto, distinção entre tais institutos.

Para bem ilustrar a diferença entre preclusão e coisa julgada formal, invoca-se o artigo 463 do Código de Processo Civil, modificado pela lei 11.232/2005, que contempla o princípio da inalterabilidade da sentença alargando a sua incidência a sentenças não unicamente de mérito, mas também para sentenças terminativas, acórdãos e, de forma mitigada, a algumas decisões interlocutórias (DONIZETTI, 2008, p. 73). Pelo texto normativo anterior, ao contrário, previa-se a inalterabilidade apenas para sentença de mérito, o qual, por extensão abrangia também as sentenças terminativas e processuais.

Há que se salientar que o dispositivo legal, com especificidade, dispõe que a publicação da decisão impede a alteração de seu conteúdo pelo magistrado que a proferiu, refletindo a incidência da preclusão neste caso e não da coisa julgada formal.

Observa-se, portanto, que não obstante haja operado a preclusão para o juiz, a publicação da decisão nem sempre implica no encerramento das atividades do magistrado, uma vez que determinadas decisões podem ser publicadas sem que haja o fim do ofício jurisdicional e, por conseguinte, a configuração da coisa julgada formal. A exemplo, têm-se as sentenças que impõem uma obrigação de prestação que, quando inadimplidas pelo demandado, dá-se seguimento a atividade do juiz com a instauração de nova fase executiva.

Conclui-se, portanto, que a coisa julgada formal distingue-se da coisa julgada material e da preclusão, ao efeito de que esta última detém um espectro subjetivo mais amplo atingido também o magistrado da relação jurídica processual e não apenas as partes.

Corroborando o assunto já se pronunciaram Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2001, p. 608) que assinalam: "(...) A chamada coisa julgada formal, em verdade, não se confunde com a verdadeira coisa julgada (ou seja, com a coisa julgada material). É isto sim, uma modalidade de preclusão, a última do processo de

conhecimento, que torna insubsistente a faculdade processual de rediscutir a sentença nele proferida”.

Em remate a estas breves considerações, há que se conceituar a coisa julgada material que, em verdade, traduz na “indiscutibilidade da decisão judicial no processo em que foi produzida e em qualquer outro. Imutabilidade que se opera dentro e fora do processo” (DIDIER; BRAGA, OLIVEIRA, 2008, p. 553).

Sob outro enfoque, observa-se que, em se operando o trânsito em julgado, o comando sentencial “se integra ao ordenamento jurídico de tal modo que não pode ser ignorada por nenhum outro juiz, em qualquer processo futuro, impedindo qualquer ato estatal, processual ou não que possa negá-lo” (MANCUSO, 2007a, p. 119).

Em outras palavras a coisa julgada formal é um complemento ou degrau da coisa julgada denominada de material (DIDIER; BRAGA, OLIVEIRA, 2008, p. 553), vez que esta é possível ser vislumbrada dentro e fora do processo (endo/extraprocessual), ao impossibilitar a propositura de nova demanda com as mesmas partes, mesma causa de pedir e mesmo pedido capaz de macular o dispositivo sentencial já então cristalizado.

Não há dúvida, como se observou, que nas distinções entre estes três institutos. Neste cariz, convém destacar as lições de Giuseppe Chiovenda⁷:

A coisa julgada contém, pois, em si a preclusão de qualquer questão futura: o instituto da preclusão é a base prática da eficácia do julgado; vale dizer que a coisa julgada substancial (obrigatoriedade nos futuros processos) tem por pressuposto a coisa julgada formal (preclusão das impugnações). A relação, portanto entre coisa julgada e preclusão de questões pode assim formular-se: a coisa julgada é um bem da vida reconhecido ou negado pelo juiz; a preclusão de questões é o expediente de que se serve o direito para garantir o vencedor no gozo do resultado do processo (ou seja, o gozo do bem reconhecido ao autor vitorioso, a liberação da pretensão adversária ao réu vencedor) (MANCUSO, 2007a, p. 119).

Posta assim a questão, é de se dizer que a coisa julgada (material) é o instituto cuja função é a de estender ou projetar os efeitos indefinidamente para o futuro

⁷ “Para se entender corretamente o pensamento do mestre italiano, é preciso ter clareza quanto a três premissas que norteiam seus ensinamentos: (a) a coisa julgada, para Chiovenda, é um efeito da sentença; (b) a coisa julgada material é efeito da sentença de mérito; (c) a razão de a coisa julgada material gerar efeitos fora do processo está no fato de decidir sobre a titularidade do bem da vida, objeto do processo, e portanto, atuar na relação jurídica de direito material”. (MOURÃO, 2008, p. 127).

(WAMBIER; MEDINA, 2003, p. 21), ao efeito de zelar pela segurança extrínseca ou extraprocessual das relações jurídicas. E, justamente essa segurança extrínseca das relações jurídicas gerada pela coisa julgada material traduz na impossibilidade de que haja outra decisão sobre a mesma pretensão (WAMBIER; MEDINA, 2003, p. 21).

Conclui-se, enfim, que a questão principal meritória estará sujeita à coisa julgada (material) enquanto as questões processuais argüidas ou passíveis de argüição estarão sujeitas ao efeito preclusivo da coisa julgada (formal) ⁸.

Ultimada tais distinções, insta destacar que diante das considerações já expendidas e das vindouras ao longo desse estudo, salvo onde houver expressa menção à coisa julgada formal, será à coisa julgada material a que se estará referindo, porque, afinal, é nesta que se contém a autoridade do comando sentencial e, ademais, é ela que repercute na vida prática na jurisdição singular, mas expandindo-se extra autos no plano coletivo.

1.3 DOS FUNDAMENTOS DA COISA JULGADA

Antes mesmo de considerarmos o aspecto da constitucional e a função da coisa julgada, não há como se furtar da ponderação de alguns aspectos que envolvem a contenda doutrinária envolvendo os fundamentos de tal instituto.

A *prima facie* convém compreender que a autoridade da coisa julgada tem sido justificada pela doutrina com base em dois fundamentos. O primeiro é de natureza política e o segundo de ordem jurídica.

A luz de uma visão política, o cerne da questão da indiscutibilidade dos julgados não está, propriamente, na garantia do bem jurídico objeto do processo, mas sim, e prioritariamente, na segurança jurídico-social que ela representa e, tanto quanto isso,

⁸ Insta salientar, a título de observação que, *'em regra, a coisa julgada formal ocorre simultaneamente com a coisa julgada material. Há, porém, situações em que isso não acontece. Exemplos: em caso de sentença contra a Fazenda Pública, se o particular não recorrer, ocorre a coisa julgada formal (preclusão), mas a coisa julgada material só vai acontecer com o reexame necessário da sentença pelo tribunal (art. 475 do CPC). O mesmo se dá nos casos das sentenças proferidas com base no art. 267 do CPC'*. (DELGADO, 2008, p. 43).

na constituição da resposta jurisdicional representada pelo exercício do direito de ação (DIAS, 2008, p. 212).

Moacyr Amaral dos Santos (1997, p. 461-462), ao mencionar o fundamento de ordem política, destaca:

A verdadeira finalidade do processo, como instrumento destinado à composição da lide, é fazer justiça, pela atuação da vontade da lei ao caso concreto. Para obviar a possibilidade de injustiças, as sentenças são impugnáveis por via de recursos, que permitem o reexame do litígio e a reforma da decisão. A procura da justiça, entretanto, não pode ser indefinida, mas deve ter um limite, por exigência de ordem pública, qual seja a estabilidade dos direitos, que inexistiria se não houvesse um termo além do qual a sentença se tornou imutável.

No mesmo sentido, Rodolfo de Camargo Macunso (2009, p. 123) defende que o fundamento político da coisa julgada está intimamente ligado à tutela constitucional de tal instituto. Reforça que além do enfoque técnico processual de figurar como causa impeditiva para repropositura de causas já decididas, “a coisa julgada se legitima por finalidades denominadas de meta-processuais com uma visão social de prestígio da função jurisdicional do Estado, ao efeito de pacificar os conflitos de forma a agregar a malha social”.

Assevera, nesse mesmo sentido, a doutrina de Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina, citando José Joaquim Gomes Canotilho:

O princípio da segurança jurídica é elemento essencial ao Estado Democrático de Direito e, desenvolve-se, consoante escreve José Joaquim Gomes Canotilho, em torno de dois conceitos basilares: o da estabilidade das decisões dos poderes públicos, que não podem ser alteradas senão quando concorrerem fundamentos relevantes, através de procedimentos legalmente exigidos; o da previsibilidade, que se ‘reconduz à exigência de certeza e calculabilidade, por parte dos cidadãos’.(CANOTILHO, 1993, apud WAMBIER; MEDINA, 2003, p. 22).

Por outro enfoque, a coisa julgada encontra como justificativa um fundamento de ordem jurídica. Há que se notar que os posicionamentos doutrinários quanto a essa temática têm oscilado ao largo dos anos.

Invocando-se aspectos históricos, constata-se que por muito tempo vigorou a concepção romanística de que a coisa julgada seria um efeito da sentença. De acordo com essa visão, a *res iudicata* seria um dos vários efeitos produzidos pela sentença ou,

ainda, tratar-se-ia do próprio efeito declaratório do pronunciamento jurisdicional (TALAMINI, 2005, p. 32). Mas, constata-se que, até alcançarmos a famosa teoria de Liebman que distingue a eficácia natural da sentença da autoridade da coisa julgada, houve uma árdua marcha evolutiva doutrinária que buscava encontrar o melhor fundamento para explicar o instituto da coisa julgada.

Pois bem. Por influência dos jurisconsultos romanos a *res iudicata*, ou bem julgado, foi sendo identificada, paulativamente, com um ato do processo: num primeiro momento, com a *litis contestatio*⁹, posteriormente, como *sententia*, sendo que essa tendência foi mantida até os dias atuais, tendo surgido teorias que identificam a coisa julgada como a própria sentença; como os efeitos da sentença; como uma qualidade dos efeitos da sentença e como uma qualidade do conteúdo da sentença. (MOURÃO, 2008, p. 28).

Posta assim a questão, não há como se furtar de tecer considerações em face das teorias existentes para justificar a força da coisa julgada.

Em um primeiro momento, fundados em textos de Ulpiano e guiados pela filosofia escolástica¹⁰ os juristas da Idade Média fundamentavam a autoridade da coisa julgada na presunção de verdade contida na sentença (SANTOS, 1997, p. 462).

Partindo da consideração de que as sentenças injustas resultam de erro de fato e que, mesmo assim, fazem coisa julgada, essa teoria reconhece que nem sempre a sentença reproduz a verdade em absoluto. Logo, há uma apenas presunção de que o *decisum* tenha se chegado à verdade, e que contenha a verdade.

Essa teoria foi consagrada no Código de Napoleão, sendo esposada no Regulamento de número 737 de 1850, cujo artigo 185 lançava a seguinte redação: “são

⁹ Importa destacar que a *litis contestatio* representava, em verdade, uma espécie de fase de saneamento na qual eram fixados os pontos controvertidos da lide que seriam objeto de julgamento pelo juiz popular na segunda fase do procedimento. A relevância do estudo deste processo implica o fato de que os romanos já se preocupavam com a estabilização e pacificação dos conflitos, fixando o exaurimento da função da *litis contestatio*, asseverando que um direito não mais poderia ser submetido a novo Juízo desde que já deduzido em processo anterior, mesmo que ainda não julgado pelo juiz privado escolhido pelas partes. (NEVES, 1971, p. 11).

¹⁰ Para a escolástica, a finalidade do processo é a busca da verdade. Viam, por isso, na premissa menor do silogismo, que se contém na sentença, ponto a exigir maior observação na formulação da sentença, porquanto a matéria de fato (premissa menor) tem que estar abrangida na matéria de direito (premissa maior) para chegar-se à conclusão (decisão). (SANTOS, 1997, p. 462).

presunções legais absolutas os fatos ou atos que a lei expressamente estabelece como verdade ainda que haja prova em contrário, como a coisa julgada” (SANTOS, 1997, p. 463).

Assim, sob o prisma dessa teoria, ultimada a atividade jurisdicional presume-se que a sentença tenha alcançado a verdade dos fatos, caracterizando a coisa julgada que não se traduz na imutabilidade, mas na atividade jurisdicional que reconhece ou não o direito postulado em juízo.

Num segundo lance, elaborada por Savigny, a teoria da ficção da verdade reconhece que a sentença é dotada de uma verdade artificial, eis que reconhece que também as sentenças consideradas injustas produzem coisa julgada. Desta forma, aduzia-se que a coisa julgada constituía-se em mera ficção de verdade (PORTO, 2000, p. 151), sendo que a autoridade da coisa julgada está nessa verdade artificial existente na sentença (SANTOS, 1997, p. 464).

Outra teoria que busca explicar o fundamento jurídico da coisa julgada é a teoria da força substancial da sentença, cujo principal expoente é Pargensteher, que defende que o fundamento da coisa julgada está no direito novo (substancial) produzido pela sentença (SANTOS, 1997, p. 464).

Ainda, importa destacar a denominada teoria da eficácia da declaração.

Desenvolvida por Konrad Hellwig, tal teoria identifica a coisa julgada como um efeito da declaração contida na sentença e lhe confere consequências de natureza processual. Hellwig analisa a natureza jurídica do efeito da declaração contida na sentença transitada em julgado que, em sua essência, efeito esse que é o da incontestabilidade, ou seja, a impossibilidade de se discutir novamente em juízo a mesma questão (MOURÃO, 2008, p. 79).

Tendo como premissa a classificação das sentenças em declaratórias (*feststellungsurteile*) - que contém uma declaração sobre existência ou inexistência de uma relação jurídica - e, noutro prisma, as sentenças modificativas de direito (Konstitutive Urteile) - que alteram as relações jurídicas preexistentes (MOURÃO, 2008, p. 78) - o citado processualista germânico sustenta que na primeira categoria, inserem-

se as chamadas sentenças declaratórias¹¹, enquanto na segunda categoria encontram-se as sentenças constitutivas. Argumenta, que tanto as sentenças constitutivas quanto as declaratórias apresentam um conteúdo de declaração e é, justamente sobre o citado conteúdo, que paira o efeito de imutabilidade que caracteriza a coisa julgada (ROCCO, 1917, MOURÃO, 2008, p. 79).

Sem olvidar a autoridade de tais teorias, somente em Chiovenda e na dilapidada doutrina de Liebman que se encontram os verdadeiros fundamentos jurídicos da coisa julgada.

Chiovenda e outros doutrinadores alemães reconheciam, pela denominada teoria da vontade do Estado que a autoridade da coisa julgada está no fato de provir do Estado (PORTO, 2000, p. 152).

Ao lançar as afirmações acerca da autoridade da coisa julgada, Chiovenda promove um esboço de superação da noção que outrora imperava (TALAMINI, 2005, p. 33). Argumenta que o pronunciamento jurisdicional é edificado na inteligência do juiz sobre os fatos a ele são apresentados de forma a preparar a formulação da vontade da lei (CHIOVENDA, 2009, p. 450). Assim, a lógica sobre o caso concreto posto em juízo figura como um meio para a prolação da sentença, em que o magistrado aplicará a vontade do Estado (vontade da lei ao caso concreto) (MOURÃO, 2008, p. 83).

Por essa doutrina o magistrado atua não usando uma lógica de decidir, porém, atua de forma a traduzir a vontade estatal perante o caso concreto, atuando apenas como órgão julgador, não sendo autorizado a criar o Direito, mas tão-somente a interpretar leis (MOURÃO, 2008, p. 84).

Sob esta ótica, a “sentença, portanto, é unicamente a vontade do Estado que garanta a alguém um bem da vida no caso concreto, e só a isto pode estender a autoridade do julgado; com a sentença só se consegue a certeza da existência da vontade e, pois, a incontestabilidade do bem reconhecido ou negado” (MOURÃO, 2008, p. 84).

¹¹Luiz Eduardo Ribeiro Mourão, citando Ugo Rocco, elucida que as sentenças constitutivas possuem também um conteúdo declaratório, que recai somente aos litigantes, enquanto que a modificação jurídica produz efeito para todos. Segue trançando tal distinção defendendo que as sentenças condenatórias, da mesma forma, contém uma declaração sobre a existência ou inexistência da relação jurídica obrigacional, que o que as individualiza é a existência de uma ordem para o cumprimento da prestação, conferindo ao beneficiário o direito de execução forçada. Conclui, portanto, que a sentença condenatória, nada mais é que um ato de formação do direito que cria o direito a execução forçada.

Assim, o bem da vida cujo autor deduziu em juízo, com a afirmação de uma vontade concreta de lei, o garante a seu favor, somente depois que o juiz o reconheceu com a prolação da sentença¹², conformando, por conseguinte, a coisa julgada (material) (CHIOVENDA, 2009, p. 447). Todavia, não há como se olvidar que, com conformação da coisa julgada, há também a preclusão de todas as questões suscitadas e discutidas e mesmo as suscetíveis (ARAÚJO, 2008, p. 131).

Em outro fragmento doutrinário, a doutrina de Carnelutti também vincula a coisa julgada aos efeitos da sentença (SANTOS, 1997, p. 467).

Em seu ensaio denominado de *Sistema de direito processual civil*, o jurista reconhece que a sentença é composta de um juízo lógico e de um mandato. Sintetiza que quanto ao primeiro elemento da sentença o magistrado decide a lide (ato ou *juízo dado sobre o litígio*) e, no que tange ao segundo há a eficácia vinculante (efeito) (MOURÃO, 2008, p. 81). Ora, enquanto um é o ato de decidir, o segundo consiste no efeito de decidir o que realiza o juiz em torno do mesmo litígio.

Diferentemente da teoria da vontade do Estado, para o processualista italiano, a coisa julgada firma-se no comando decisório da sentença, sendo que a aplicação da lei ao litígio (caso concreto) reproduz um comando suplementar que traduz em uma declaração de certeza que legitima a denominada imperatividade (SANTOS, 1997, p. 467). Tem-se, portanto, que a própria decisão do juiz é a própria coisa julgada, pois, a sentença – enquanto aplicação da lei ao caso concreto – tem sua eficácia "tão intensa quanto a da lei" (MOURÃO, 2008, p. 81).

Citado por Humberto Thedor Junior (1996, p. 86), Carnelutti reconhece que a força da coisa julgada se manifesta com dois efeitos fundamentais, quais sejam a

¹² A afirmação de Chiovenda, com fulcro em aspectos conceituais do direito romano, de que a finalidade da atividade jurisdicional consiste na formulação a vontade concreta da lei configurando, neste caminhar, figura da *sententia*. Para o processualista italiano, o juiz deveria decidir as questões surgidas no processo pelo uso da lógica (raciocínio) ou mediante a atividade subsuntiva, ou seja, concretizando a atividade volitiva da lei. Assim, distingue-se, no direito romano, a figura das *interlocutiones* da *sententia*. Ora, naquelas o magistrado exercia atividade lógica, enquanto nesta prevalecia a vontade da lei ao caso concreto. Portanto, a *sententia*, no direito romano, sempre decidia o mérito e, assim, produzia *res iudicata*. As *interlocutiones*, por seu turno, não faziam coisa julgada. Desta forma, a preclusão opera-se dentro do processo, quedando-se vedada a renovação das questões decididas mediante uma interlocutória. Conclui-se, enfim que a coisa julgada de natureza material refere-se a incontestabilidade do bem da vida, julgado pela manifestação da vontade da lei por uma sentença, produzindo efeitos externos ao processo e, noutro vértice, as *interlocutiones*, por não recaírem diretamente ao bem da vida, estão sujeitas apenas a preclusão e, por isso seus efeitos são limitados ao processo em que foram proferidas. (CHIOVENDA, 2009, p. 460).

imperatividade e a imutabilidade. A imperatividade traduz na força normativa (força de lei) que a sentença assume em relação às partes. Assim, os litigantes não podem mais discutir a lide solucionada (coisa julgada material). Reconhece que essa eficácia se opera fora do processo em que a sentença foi pronunciada modificando a relação jurídica material das partes. A imutabilidade, por sua vez, não só faz desaparecer o direito da parte em provocar o judiciário sobre o assunto, como também extingue o ofício do juiz.

Assim, para Carnelutti, pode-se dizer que a coisa julgada refere-se, em sentido amplo, à própria sentença que se decompõe em ato e efeito, sendo que neste último conforma-se a imperatividade do *decisum* que reflete a coisa julgada material. (THEODORO JR., 1996, p. 82).

Encerrando a idéia central, coube a Liebman¹³ a precisa distinção entre coisa julgada e efeitos da sentença (TALAMINI, 2005, p. 33).

Ao perquirir sobre as razões do instituto da coisa julgada o doutrinador não vislumbrava a autoridade como mais um efeito da sentença, mas, sim, como uma qualidade que aos efeitos que a ela se somava, para torná-los imutáveis (PORTO, 2000, p. 152). Diante dessa doutrina a coisa julgada deixa de ser reconhecida unicamente como elemento declaratório da sentença, mas também os elementos constitutivos e condenatórios, não a considerando como efeito da sentença, mas um modo como esta se manifesta e produz seus efeitos (TALAMINI, 2005, p. 33).

Liebman vê, portanto, na coisa julgada uma qualificação especial da sentença, capaz de reforçar a sua eficácia, consistente na imutabilidade do comando sentencial como ato processual (coisa julgada formal) e na imutabilidade dos seus efeitos (coisa julgada material) (SANTOS, 1997, p. 468).

A afirmação de que a coisa julgada é um efeito da sentença passa, portanto, a ser considerada como ultrapassada, pois assume a *res judicata* a figura de qualidade do ato sentencial (SANTOS, 1997, p. 468) que atinge a todos: partes (as primeiras que sofrem os efeitos) e terceiros. *Tal fenômeno denominado de eficácia natural, que*

¹³ Em 1935 vem a lume a monografia de Liebman denominada de *efficacia ed autorità della sentenza que encetou um marco no estudo da coisa julgada, vez que a doutrina posterior a tese de Liebman dividiu-se em duas fileiras contrapostas: os libmanianos, de um lado, e os defensores da tradicional definição da coisa julgada como efeito declaratório, de outro.* (À respeito, cf. TUCCI, 2006, p. 86).

decorre da obrigatoriedade ou da imperatividade inerente a qualquer ato provindo de órgão estatal é subjetivamente ilimitado, perante todas as relações e situações jurídicas conexas com aquela que foi objeto da sentença (TUCCI, 2006a, p. 86).

Diante dessas proposições, forçoso se faz invocar o posicionamento doutrinário que corrobora a visão libmaniana:

A eficácia da sentença não se confunde com sua autoridade. A eficácia da sentença é a aptidão para a produção de efeitos. A autoridade da sentença é a imutabilidade e indiscutibilidade. A coisa julgada não é uma eficácia da sentença, mas simplesmente uma qualidade que se agrega ao efeito declaratório da sentença de mérito transitada em julgado. É a indiscutibilidade aquilo que ficou decidido no dispositivo da sentença de mérito de que não caiba mais recurso (MARINONI; MIDIERO, 2008, p. 446).

E, ainda, Sérgio Gilberto Porto (2000, p. 152) assinala:

Indubitavelmente a autoridade da coisa julgada não se impõe como um efeito da sentença e sim, consoante observa LIEBMAN, como uma qualidade, uma potencialidade que habita o próprio ato sentencial e nasce com este, não se concebendo que possa existir decisão – em face de sua finalidade e natureza – sem que seja capaz de produzir tal resultado. A eficácia, de sua parte – que não se confunde com autoridade – é a força que emana da sentença transita em julgado voltada para um resultado.

Assim, assimilando-se as idéias e discussões doutrinárias, principalmente as de Liebman que continuam sendo o sustentáculo para a conceituação de coisa julgada no Brasil, conclui-se que a coisa julgada, em seu fundamento jurídico, representa o exaurimento de qualquer meio tendente a alterar o conteúdo da prestação jurisdicional ditada pela situação litigiosa, no momento em que esta deixa de estar sujeita à impugnação por meio de recurso, ou a reexame necessário, tornando-se insuscetível de modificação do ato decisório.

Visa, pois, a coisa julgada a conferir estabilidade e segurança jurídica às relações jurídicas, ao efeito de proporcionar que o bem da vida almejado, seja revestido de eficácia declaratória, constitutiva, condenatória, mandamental e executiva *lato sensu*, ou seja, importa a proteção do resultado final do processo.

Ressalvas, porém, receberam as lições de Liebman.

Em preciosa contribuição ao estudo da coisa julgada, José Carlos Barbosa Moreira¹⁴ aprimora a teoria libmaniana, ao manifestar o entendimento de que a coisa julgada não é a imutabilidade, mas o conteúdo da mesma. Afirma que o que se torna imutável, em verdade, é o conteúdo da sentença (formada pela somadas eficácias) e que o será impossível de se obter será outro comando sentencial junto a qualquer outro juiz acerca do objeto em litígio, imunizado pela coisa julgada.

Segundo Eduardo Talamini (2005, p. 37),

o que Barbosa Moreira faz é levar adiante, aprimorar, a distinção entre os efeitos e autoridade da sentença – sem negar o cerne da tese de Liebman, seja no que concerne a essa distinção, seja na negativa de limitar a coisa julgada ao efeito declaratório. Aliás, em um dos últimos ensaios que Liebman publicou sobre o tema, em 1979, a formulação por ele proposta aproximou-se significativamente da de Barbosa Moreira: em face da coisa julgada, o que não se permite as partes ‘é pretender um novo juízo sobre o que foi validamente decidido por intermédio de uma sentença que representa a disciplina concreta da relação jurídica controvertida’.

Pretendeu José Carlos Barbosa Moreira demonstrar, dessa forma, que Liebman confundiu eficácia da sentença, cuja base está contida na sentença, com os próprios efeitos, os quais, em última análise, consistem na repercussão do *decisum* sobre a situação e o objeto de julgamento. Estes jamais se podem pretender imutáveis, eis que as partes detêm o poder para, independente do que determinou a sentença, alterá-los (no âmbito dos direitos disponíveis), mas o conteúdo da sentença sim fica atingido pela autoridade de imutabilidade de imutabilidade advinda da coisa julgada (TALAMINI, 2005, p. 36).

Estabelecido, portanto, que a imutabilidade decorrente da coisa julgada diz com a sentença como o ato do juiz subsuntivo, aplicando a lei ao caso concreto, outra polêmica doutrinária emerge.

Surge, desse modo, outra definição mais restrita no que tange aos limites de imutabilização da coisa julgada. Ovídio Baptista da Silva, embora concordando

¹⁴ José Carlos Barbosa Moreira argumenta que *La teoria di Liebman há acquistato in Brasile l'adesione di non poche voci autorevoli. Essa è stata perfino applicata al processo penale. Ma anche quelli che non l'accolgono in tutti i suoi aspetti concordano generalmente con La tesi secondo La quale sono cose distinte l'efficacia della sentenza e l'immutabilità caratteristica della cosa giudicata.* (MOREIRA, 2004, p.47).

parcialmente com a teoria de Liebman com a crítica de Barbosa Moreira, opõe-se a determinados aspectos de ambas (TALAMINI, 2005, p. 36).

Consoante já mencionado em considerações pretéritas, para Liebman, não só a eficácia declaratória estaria coberta pela coisa imutabilidade, mas também qualquer outra, com vistas a garantir o resultado do processo.

Entretanto, para Ovídio Baptista da Silva (2006, p. 81), somente a declaração contida na sentença é que se torna imutável pela formação da coisa julgada, eis que os demais efeitos (condenatório, constitutivo, mandamental e executivo) são livremente alteráveis por vontade das partes sujeitas a esses efeitos.

No mesmo sentido, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2001, p. 611) consideram que somente os efeitos declaratórios que se cingem ao instituto da coisa julgada:

Tem-se, então, que a coisa julgada material corresponde à imutabilidade da declaração judicial sobre o direito da parte que requer alguma prestação jurisdicional; declaração esta de existência de um daquela relação jurídica deduzida em juízo.

Portanto, para que possa ocorrer coisa julgada material, é necessário que a sentença seja capaz de declarar a existência ou não de um direito. Se o juiz não tem condições, pelo grau de cognição que lhe permite o processo, de declarar, com juízo de certeza, a existência ou não de um direito, então aquela declaração não tem força suficiente para gerar imutabilidade típica da coisa julgada.

Registre-se que tal confinação da coisa julgada ao efeito declaratório da sentença, consagrada por Hellwig e aderida por Pontes de Miranda, também guarda simpatia por Celso Neves (WAMBIER; MEDINA, 2003, p. 19).

Nas sentenças de conteúdo heterogêneo – condenatórias e constitivas – que a par da atividade típica do processo de cognição, apresentam, também, elementos de jurisdição executória, a executividade interior, tal como a consecutiva, é estranha à coisa julgada. Pode-se dizer, à vista disso, que só há um tipo de ação de conhecimento: a declaratória. As demais são declaratórias em que se incluem elementos de execução. E porque esse elemento executório caracteriza uma tutela apta a realizar as conseqüências práticas a que tende o julgado, passa a determinar o esquema das classificações da ação. Assentado que a coisa julgada reveste, apenas, o conteúdo declaratório da sentença, os demais elementos aparecem como conseqüência do que se decidiu, já no plano da realização prática de seus efeitos processuais, reservado a atividade executória do juiz.

Em grande medida, esse resgate da tese que defende a eficácia da imutabilidade limitada à fração declaratória da sentença se aproxima da definição romanista tão combatida por Liebman, que refutava a doutrina de Hellwig.

Segundo Liebman, o primeiro erro lógico da teoria de Hellwig estaria fulcrado na conceituação de coisa julgada como um dos efeitos da sentença, porque dessa forma, se colocam em um “mesmo plano coisas heterogêneas de qualidades bem diversas” (WAMBIER; MEDINA, 2003, p. 22).

Reconhece, pois, que “identificar a declaração produzida pela sentença com a coisa julgada significa, portanto, confundir efeito com um elemento novo que o qualifica” (WAMBIER; MEDINA, 2003, p. 23). Diga-se a propósito que:

Uma coisa é distinguir os efeitos da sentença segundo sua natureza declaratória ou constitutiva, outra é verificar se eles se produzem de modo mais ou menos perene e imutável. De fato, todos os efeitos possíveis da sentença (declaratório, constitutivo, executório) podem de igual modo, imaginar-se, pelo menos em sentido puramente hipotético, produzidos independentemente da autoridade da coisa julgada (WAMBIER; MEDINA, p. 23).

Enrico Tullio Liebman ainda admite que ao se estruturar a coisa julgada como sendo um dos efeitos da sentença distinguindo-a dos demais (condenatório e constitutivos) aparta-se totalmente a autoridade do julgado destes últimos efeitos e torna-se independentes destes (WAMBIER; MEDINA, 2003, p. 23).

Observa, enfim, que deformação da concepção de coisa julgada como sendo a intangibilidade do efeito declaratório “consiste na supervalorização do elemento lógico do processo, como conteúdo de coisa julgada” (WAMBIER; MEDINA, 2003, p. 23).

Neste prisma, interessante panorama nos apresenta Paulo Roberto de Oliveira Lima (1997, p. 25-26), cujo trabalho intenta demonstrar a impropriedade de se restringir a coisa julgada ao elemento declaratório da sentença, consoante proposta de que “também fazem coisa julgada material as sentenças ditas mandamentais, condenatórias, executivas ou constitutivas, não tendo qualquer razão os que enxergam a coisa julgada apenas no elemento declaratório da sentença”. Isto porque em sua opinião, “seja qual for a quantidade do efeito declarativo presente na decisão, o sistema

há que reconhecer certa dose de imutabilidade no comando da sentença, tão logo esgotada a possibilidade do uso do recurso.”

No Brasil, além da já citada doutrina do processualista fluminense José Carlos Barbosa Moreira, Eduardo Talamini (2005, p. 42) observa que a regra do artigo 850 do Código Civil de 2002 confirma a possibilidade de as partes disporem de outro modo a respeito de situação jurídica disponível que foi objeto de sentença transitada em julgado.

Portanto, não se verifica no elemento declaratório da sentença qualquer marca especial no sentido de a ele atrelar a imutabilidade proveniente da autoridade da coisa julgada.

Assim, conclui-se, que a formulação mais adequada para o fundamento jurídico de coisa julgada, ainda é a proposta por Barbosa Moreira que, ao aprimorar a doutrina de Liebman, reconhece a *res judicata* como sendo aquela que recai ao conteúdo do comando sentencial, seja ele qual for, impedindo que nova decisão seja proferida acerca do objeto já decidido naquela decisão revestida de coisa julgada material. Reconhece-se, portanto, que a qualidade de imutabilidade que se adere ao conteúdo da sentença pode apresentar natureza declaratória, constitutiva, mandamental ou executiva, tornando-a, inatacável em relação a uma nova pretensão jurisdicional.

1.4 LIMITES SUBJETIVOS E OBJETIVOS DA COISA JULGADA

Não menos importante e de extrema relevância, se faz necessária, nesse voo panorâmico sobre aspectos conceituais coisa julgada, suscitar a distinção acerca dos limites da coisa julgada, limites estes que se dividem em: limites objetivos e subjetivos.

Os limites da coisa julgada estabelecem as balizas “do que”- qual objeto – ou “quem” será atingido pela coisa julgada e será, conseqüentemente, afetado pela imutabilidade da decisão e pela segurança jurídica. Esse exame será realizado de maneira breve, pois não consiste no tema central do presente trabalho.

1.4.1 Dos limites objetivos da coisa julgada

Primeiramente, antes de enfrentar o tema em voga, importante esclarecer “o que” recai a autoridade da coisa julgada.

É sabido que a relação jurídica é composta por partes, pedido e pela causa de pedir. A conjugação destes três aspectos forma a tríplice identidade ou *trie eadem* (TALAMINI, 2005, p. 68). A coisa julgada pode atingir a um, a dois¹⁵ ou aos três¹⁶ aspectos mencionados.

Quando se fala em limite objetivo, o que se busca é saber qual o real alcance da coisa julgada que recai sobre determinada decisão, isto é, sobre qual parte da decisão recai a imutabilidade da coisa julgada.

É no artigo 468 do CPC que se observam os limites objetivos da coisa julgada, delineados na relação jurídica material que se tornou imutável e indiscutível entre os sujeitos processuais. Segundo o dispositivo em questão: “a sentença que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas.”

Assim, através da lide e das questões suscitadas em juízo que a lei estabelece as balizas objetivas da coisa julgada. Aliás, do ponto de vista prático, a *res iudicata* “é o resultado do juízo emitido pelo órgão jurisdicional a respeito do pedido formulado na ação, ao qual se vincula pelo princípio de congruência que domina o processo dispositivo” (THEODORO JÚNIOR, 1996, p. 36).

¹⁵ Note-se que para Talamini o objeto que não poderá ser revisto ou rediscutido por força da coisa julgada material é o pedido e a causa de pedir. Dessa forma, se alterarmos o pedido, ou ainda, a causa de pedir que embasou determinada lide, estaríamos alterando o objeto e dessa forma afastando a identidade de ações. Diante disso não há óbice pela existência da coisa julgada. (cf. TALAMINI, 2005, p.69).

¹⁶ Dinamarco estende o objeto do processo: “(...) a soma de todos os pedidos trazidos pelo autor originário e por outros eventuais demandantes, como o próprio autor, ao denunciar a lide a terceiro, o réu em reconvenção ou também denunciar a lide ou chamar terceiro ao processo ao deduzir intervenção litisconsorcial voluntária ou oposição interventiva.” E continua afirmando: “ (...) sobre o que a sentença de mérito dispuser abrangerá todos esses capítulos de mérito e, conseqüentemente, todo o objeto do processo. Ela cobrirá o conteúdo de cada um deles e os efeitos do julgamento que cada qual contém, além de vincular de modos diferentes os sujeitos envolvidos em cada pretensão julgada.” (DINAMARCO, 2002, p. 313).

Assim, a coisa julgada ocorre sobre o objeto da pretensão, ou seja, sobre o pronunciamento que o juiz faz sobre o pedido do autor. Bom é dizer que é o autor o primeiro a estabelecer os limites do objeto da lide e, conseqüentemente, sobre o objeto material da coisa julgada. Não se deixa esquecer, contudo, de que os argumentos de defesa, desde que não sejam matérias prejudiciais, também podem passar a formar o objeto da lide.

Em outras palavras, o objeto material da lide¹⁷ é o primeiro objetivo da coisa julgada, constituindo-se pelas questões pertinentes à lide (THEODORO JÚNIOR, 2002, p. 481).

Mas não é sobre a totalidade do pronunciamento sentencial que recai o manto da coisa julgada.

Por expressa disposição legal, ultimando com celeuma doutrinária pretérita¹⁸, o artigo 469 do Código de Processo Civil é explícito ao definir:

Artigo 469. Não fazem coisa julgada:

I – os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença;

II – a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença;

III – a apreciação de questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo.

Assim, nos termos do Diploma Processual pátrio, os fundamentos da sentença não estão acobertados pelo manto da coisa julgada.

Neste mesmo sentido, os motivos, ainda que determinantes e embora sirvam para o embasamento da decisão, por opção legislativa não adquirem a autoridade de coisa julgada. Importante citar o posicionamento de José Frederico Marques que menciona: “a motivação da sentença é apenas elemento de esclarecimento do

¹⁷ Nas lições de Eduardo Talamini, o objeto processual ou objeto do processo (e o seu mérito) é constituído da pretensão processual. Essa, por sua vez, não se confunde com a pretensão de direito material (atinente a concreta exigibilidade de uma prestação de conduta). Explica que “a pretensão processual se identifica pela consideração conjugada do mecanismo processual de tutela pretendido (a providencia processual concreta) com a situação carente de tutela (a ‘situação trazida fora do processo’).” (TALAMINI, 2005, p. 79).

¹⁸ Se remontarmos aos posicionamentos doutrinários observa-se a matéria já comportou diversas correntes, como expõe Moacyr Amaral dos Santos: (...) para uns a coisa julgada absolutamente não atingia a motivação; para outros atingia a motivação quando o dispositivo fosse confuso e seu esclarecimento dela dependesse; segundo outros a coisa julgada abrangia os motivos quando insertos na conclusão; e ainda outros entendiam serem sempre os motivos abrangidos pela coisa julgada, por neles estar a alma da sentença. (SANTOS, 1977, p.53)

imperativo que dimana de sua parte dispositiva, como consubstanciação do julgamento” (MARQUES, 1971, p. 55).

Conclui-se, pois, que os motivos da sentença não constituem objeto da coisa julgada, mas, outrossim, devem ser tomados em consideração para se entender o verdadeiro e completo alcance da decisão (LIEBMAN, 1947, p. 163).

No que concerne aos fatos¹⁹, deve-se lembrar que estes servem para formar a livre convicção do magistrado acerca do pedido almejado pelas partes. E ainda, atendo-se que juiz lida com a verdade formal dos fatos, não há necessidade de se atribuir a estes a autoridade da coisa julgada.

No que tange, em derradeiro, as questões prejudiciais (classificadas como pontos controversos cuja apreciação necessariamente deva anteceder o julgamento da causa de fundo) (LIEBMAN, 1947, p. 163), ressalta-se a possibilidade de decisão fazer coisa julgada (artigo 470 do CPC), caso envolva pressuposto necessário para o julgamento da lide principal e seja juízo competente provocado por meio da ação declaratória incidental (artigo 325 do CPC).

Vale lembrar o entendimento de Paulo Roberto de Oliveira Lima (1997, p. 30):

O estudo dos limites objetivos da coisa julgada se presta a estabelecer o que da sentença se reveste daquela qualidade de imutabilidade e o que fica de fora. Por outra, se destina a separar, das múltiplas questões decididas pela sentença, aquelas que restam protegidas pela monta da coisa julgada (...) A coisa julgada somente apanha a parte dispositiva da sentença, ou seja, a parte final, onde se soluciona o mérito da pretensão deduzida²⁰.

Assim, tampouco o relatório ou os fundamentos estão imunizados pela autoridade da coisa julgada. Ora, o relatório, por não apresentar qualquer carga

¹⁹ Não é matéria afeta a este estudo, todavia vale destacar a tese de Ronaldo Cunha Campos que sustenta que a coisa julgada se estende ao fato jurídico afirmado pelo juiz como fundamento da decisão. Argumenta que, ao invocar a doutrina de Carnelutti e o disposto no artigo 468 do CPC, a coisa julgada não se cinge apenas ao comando da norma jurídica, mas compreende o suporte fático que permitiu a solução do litígio. Assim, “acolhido o pedido converte-se em razão da decisão; assim, como a razão compreende tanto o suporte fático quanto o preceito de uma norma jurídica, a coisa julgada não se limita ao comando contido na sentença, mas abrange todo o fato jurídico que a determinou”. (CAMPOS, Ronaldo Cunha, **Limites objetivos da coisa julgada**. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1988. p. 19 e ss).

²⁰ LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. **Contribuição à teoria da coisa julgada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 30.

decisória, não faz coisa julgada, constituindo, apenas, parte informativa da sentença na qual se definem as partes e a breve narrativa dos eventos do processo.

Resta, assim, apenas ao dispositivo, com conteúdo de substancial carga decisória, a qualidade de imutabilidade, ínsita à coisa julgada.

Saliente-se, neste sentido, os escritos de Paula Batista que, citada por Liebman, destaca que “a coisa julgada é restrita a parte dispositiva do julgamento e aos pontos aí decididos e fielmente compreendidos em relação aos seus motivos objetivos” (BATISTA, 1934 apud LIEBMAN, 1947, p. 163).

Nesse passo, impõe-se repisar que é, justamente, na conclusão (dispositivo) da sentença que o juiz declara se acolhe ou não o pedido do autor e, por tal razão, está a esse *loci* processual a reserva autoridade da coisa julgada.

1.4.2 Dos limites subjetivos da coisa julgada

A investigação dos limites subjetivos da coisa julgada consiste em saber quem será prejudicado pela sentença (PINHEIRO; SIQUEIRA, 2006, p. 89).

Em um primeiro lance, há que se salientar que a coisa julgada apenas alcança as partes em litígio, não afetando os demais.

Em nosso sistema, a regra geral é consagrada nos termos do artigo 472 do Diploma Processual que traduz: “A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Nas causas relativas ao estado da pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros”.

Com inspiração em garantias constitucionais de inafastabilidade da jurisdição, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (artigo 5º, XXXV, LIV e LV da Magna Carta), os limites subjetivos da coisa julgada preceituam que ninguém pode ser atingido por uma decisão jurisdicional transitada em julgado sem que lhe tenha sido respeitado a máxima do *due process of law*, oportunizando a participação em contraditório (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2008, p. 419).

Neste sentido, importa destacar o posicionamento de Eduardo Talamini (2005, p. 96) que, com precisão, define o âmbito de incidência dos limites subjetivos da coisa julgada material:

[...] a coisa julgada opera apenas perante as partes. É o que estabelece a primeira parte do art. 472. Tal norma é corolário das garantias constitucionais da inafastabilidade da tutela jurisdicional, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (CF, art. 5º, XXXV, LIV e LV). Estaria vedado o acesso à justiça ao terceiro, caso se lhe estendesse a coisa julgada formada em processo alheio. Depois, isso implicaria privação de bens sem o devido processo legal. Haveria ainda a frustração da garantia do contraditório: de nada adiantaria assegurar o contraditório e a ampla defesa a todos os que participaram do processo e, ao mesmo tempo, impor como definitivo o resultado do processo à aqueles que dele não puderam participar.

Há, portanto, duas razões pelas quais a autoridade da coisa julgada não suplante os sujeitos processuais clássicos: a garantia do contraditório e um natural desinteresse dos terceiros pelos resultados do processo por não haver afetação direta a suas esferas de direitos e obrigações (LÉOPRE, 2009, p. 16).

Logo, pode-se afirmar que, em princípio, a coisa julgada recai apenas as partes em litígio produzindo efeitos restritos às partes, não beneficiando e nem prejudicando terceiros (GRINOVER, 2005, p. 10). Entretanto, há de se considerar em razão da interpenetração das relações humanas, não existe a possibilidade de se negar determinada repercussão dos efeitos da decisão definitiva a terceiros.

Para Sérgio Gilberto Porto (1994, p. 43),

nas demandas individuais é clara a orientação doutrinária no sentido de que, por regra, somente as partes são atingidas pela autoridade da coisa julgada e, por exceção os terceiros juridicamente interessados poderão ser atingidos. Na classe dos terceiros juridicamente interessados incluem-se: o sucessor (*causa mortis*), o cessionário e o substituído processualmente.

Dentre as inúmeras hipóteses em que os efeitos da *res judicata* ultrapassam os limites da lide, estendendo-se a terceiros, Liebman invoca as teorias mais expressivas, buscando em Savigny²¹ a teoria da representação, que no Brasil tem relevância apenas

²¹ Moacyr Amaral dos Santos disserta sobre o tema também colacionado o pensamento de Savigny, na chamada teoria da representação, que tem por alicerce a ampliação dos efeitos da coisa julgada a

histórica (LIEBMAN, 2007, p. 111), e a teoria dos efeitos reflexos da coisa julgada (LIEBMAN, 2007, p. 71) que, sob a égide de tal pensamento, tinha-se a produção de efeitos diretos e indiretos (reflexos) em decorrência da coisa julgada, sendo que estes afetavam toda a coletividade, enquanto aquele restringia-se às partes.

Liebman então, ao tempo em que, mais uma vez, asseverou o fato de se tratar a coisa julgada de uma qualidade especial e não um efeito diferencia a denominada eficácia natural²² da sentença da autoridade da coisa julgada. Extrai-se das palavras do jurista italiano:

A sentença, como ato autoritativo ditado por um órgão do Estado reivindica naturalmente, perante todos, seu ofício de formular qual seja o comando concreto da lei ou, mais genericamente a vontade do Estado, para um caso determinado. As partes, como sujeitos da relação a que se refere a decisão, são certamente as primeiras que sofrem a sua eficácia, mas não há motivo que exima os terceiros de sofrê-la igualmente. Uma vez que o juiz é o órgão ao qual atribui o Estado o mister de fazer atuar a vontade da lei ao caso concreto, apresenta-se a sua sentença como eficaz exercício dessa função perante todo o ordenamento jurídico e todos os sujeitos que nele operam. Certamente, muitos terceiros permanecem indiferentes em face da sentença que decidiu somente a relação que em concreto foi submetida ao exame do juiz; mas todos, sem distinção, se encontram potencialmente em pé de igualdade de sujeição a respeito dos efeitos da sentença, efeitos que se produzirão efetivamente para todos aqueles cuja posição jurídica tenha qualquer conexão com o objeto do processo, porque para todos contém a decisão a atuação da vontade da lei ao caso concreto (LIEBMAN, 2007, p. 123).

terceiros que tivessem laços de representação com as partes ou, simplesmente, interesse representado em juízo. (Sobre o assunto: SANTOS, 2003, p. 74).

b²² Para melhor precisar a distinção entre eficácia direta ou natural, que se opera *erga omnes*, e eficácia reflexa Ovídio Baptista da Silva utiliza o seguinte exemplo: *A, locador do prédio X, propõe, vitoriosamente, ação de despejo contra seu inquilino B, sob o fundamento de falta de pagamento de alugueis. C, subinquilino regular de B, sofrerá os efeitos do despejo (efeito executivo), na medida em que, caindo a locação, cairá, automaticamente, a sublocação. Por sua vez, o fiador D do inquilino nada sofrerá, em que esfera jurídica, relativamente as exceções ao pressuposto para o despejo e que constitui (causa pretendi) para a procedência da ação, ou seja, a verificação do débito, de modo que o locador A pudesse utilizar contra do fiador D a sentença obtida em sua ação de despejo contra B, exigindo-lhe o pagamento dos alugueis devidos, sem que o fiador pudesse defender-se rediscutindo esse ponto da existência ou não do débito.* No exemplo, Ovídio Baptista relata que o efeito executivo, consistente na retirada da posse, até então mantida pelo inquilino, terá alcance *erga omnes*, assim como a rescisão do contrato locatício (*efeito constitutivo*) não podendo ser desconhecido por ninguém, muito menos negado em um processo futuro. Já o efeito reflexo é aquele capaz de dar ensejo a diversas modalidades de intervenção na causa, por parte de terceiros juridicamente interessados, em razão de vínculos de conexão ou acessoriedade da relação de que os terceiros participem e da relação jurídica que seja tema do *decisum*. (SILVA, 2006b, 86-88).

Daí, tem-se que a eficácia natural da sentença atinge a todos, enquanto a autoridade da coisa julgada forma-se e existe somente para as partes (LIEBMAN, 2007, p. 182). Sob a ótica do entendimento de Liebman, deve-se observar que somente poderão se opor contra a sentença aqueles terceiros²³ que, efetivamente, tenham sido por ela juridicamente prejudicados (LIEBMAN, 2007, p. 183).

Assim não há interesse processual para as pessoas às quais a coisa julgada é irrelevante. Sérgio Bermudes (2002, p. 197) exemplifica: “Que importa a Inácio, ou a Dionísio, a sentença, ontem transitada em julgado, que mandou Marlene pagar a Emília uma quantia em dinheiro?”. Ainda, outro grupo ou categoria que se devem vergar ao que se julgou são aquelas que têm interesse de conteúdo não jurídico, tal qual, interesses morais, religiosos, afetivos ideológicos dentre outros.

Ou seja, nas palavras de Antonio Gidi (2007, p. 12):

O que efetivamente ocorre é que todos – assim os terceiros como as partes – são atingidos pelos efeitos da sentença como ato de império do Estado (eficácia natural da sentença). Mas como ninguém além das partes é afetado pela imutabilidade em sua própria esfera jurídica (autoridade da coisa julgada), qualquer um poderia, em tese rediscutir a questão e obter uma decisão diversa. Entretanto, somente o terceiro juridicamente interessado teria interesse jurídico em impugná-la em juízo.

Mas, há hipóteses excepcionais nas quais se detecta a extensão da coisa julgada a sujeitos estranhos ao processo. Neste prisma, oportuno se faz destacar a visão libmaniana que concebe que o sucessor (*inter vivos* ou *mortis causa*) fica sujeito à autoridade da coisa julgada (PINHEIRO; SIQUEIRA, 2002, p. 89), em que tendo sido decidida uma questão em face de um sucedido, o sucessor ocupa todas as posições jurídicas no estado em que se encontrarem, sujeitando-se aos eventuais ônus, obrigações e direitos, como na hipótese do artigo 43 do CPC (LÉOPRE, 2009, p. 16).

²³ Importa destacar que a respeito dos terceiros, Liebman adota a distinção formulada por Chiovenda e Betti, recepcionada pela doutrina brasileira, que os classifica em terceiros indiferentes e terceiros interessados. Os terceiros não interessados ou indiferentes “são aqueles que não mantêm nenhuma relação jurídica interdependente com aquela submetida a apreciação judicial”. [...] os terceiros considerados indiferentes não possuem interesse jurídico e nem legitimidade, não podendo atacar a sentença proferida, estando, tão somente, sujeitos a seus efeitos naturais. Os terceiros juridicamente interessados, por sua vez, podem apenas estar juridicamente sujeitos a eficácia natural da sentença ou, quiçá, suscetível a eventual prejuízo. (MARINONI; ARENHART, 2001, p. 620).

O mesmo fenômeno ocorre na substituição processual, caracterizada pela defesa em nome próprio e interesse alheio, o substituído tem sua esfera de direitos claramente atingida pelo julgado, como o clássico exemplo da alienação de coisa litigiosa (LÉOPRE, 2009, p. 16).

Em igual cariz, a coisa julgada material alcança ainda, os possíveis litisconsortes facultativos, que, podendo figurar no processo com uma das partes, não o faz, desde que o fundamento desse litisconsórcio, acaso instaurado, fosse a identidade de pedido e da causa de pedir (a conexão teria de ser concebida pela simultaneidade do pedido e da causa de pedir, não bastando um só desses elementos) (BERMUDES, 2002, p. 198).

Infere-se, por essas breves considerações do que tange aos limites subjetivos da coisa julgada civil que, no tocante aos processos individuais, em que os próprios titulares das pretensões comparecem perante o Estado reclamando solução acerca do conflito existente, somente em relação a essas pessoas a imutabilidade do julgado estenderá os seus efeitos, podendo, em determinados casos atingir terceiros (MAIOLINO, 2005, p. 61).

Todavia, em se tratando de ações coletivas, em que se cogitam direitos e interesses de indivíduos que não figuram na relação jurídico-processual, importa um estudo mais aprofundado da extensão subjetiva da coisa julgada, assim, pois notadamente atinge pessoas que, malgrado titulares das relações jurídicas-materiais, não participam do processo e, conseqüentemente, não engendraram seus esforços para a obtenção de uma tutela jurisdicional favorável.

Assim, em capítulo destacado deste estudo, há que se observar a extensão dos limites subjetivos da coisa julgada na seara coletiva.

1.5 FUNÇÃO DA COISA JULGADA

A função primordial da coisa julgada, como já mencionado é zelar pela segurança extrínseca e intrínseca das relações jurídicas, traduzindo-se na

impossibilidade de haver outra decisão pairando sobre a mesma pretensão (WAMBIER; MEDINA, 2003, p. 21).

Nas palavras de Celso Neves, *“a sentença elimina, processualmente, tão logo transite em julgado, a incerteza subjetiva que pesava sobre a relação controvertida e assegura nessa conformidade o resultado prático visado pelos litigantes”* (NEVES, 1995, p. 489). Assim, a coisa julgada assume uma dúplici função, eis que de um lado tem a aptidão de definir, vinculativamente, a situação jurídica das partes; de outro lado, impede que se restabeleça, em outro processo, a mesma controvérsia (NEVES, 1995, p. 489).

1.5.1 Da função positiva

A função positiva da coisa julgada consiste no fato de o juiz, na qualidade de representante do Estado, atribuir a determinado indivíduo o bem da vida, objeto de tutela. É, pois, o próprio exercício da jurisdição, fazendo a submissão da norma ao caso concreto.

Essa função, porém, vai mais além do que o simples exercício da jurisdição. Mais do que declarar o direito, cumpre ao juiz fazer valer o provimento jurisdicional acobertado pela coisa julgada²⁴. É a expressão do efeito da coercitibilidade.

A doutrina, assim, explica:

Além da função, que se diz negativa, da coisa julgada e que sobressai nas origens do instituto (como consequência do princípio da consumação processual), pode a coisa julgada incluir uma função positiva, a saber, quando constringe o juiz a reconhecer a existência do julgado em todas as suas decisões sobre demanda que o pressuponham (MARINONI; ARENHART, 2001, p. 617).

A função positiva exercida pela coisa julgada é, pois, o poder conferido a esta para ser imposta e exigida tornada indiscutível para o futuro (CINTRA, 2002, p. 293),

²⁴ O efeito positivo vincula os juízes de causas subseqüentes à declaração expedida (e transitada em julgado) no processo anterior (Cf. MARINONI; ARENHART, 2001, p. 617).

facilmente vislumbrada quando “a questão principal, uma vez retornada ao judiciário como questão incidental (não principal, em virtude da vedação imposta pelo efeito negativo), não possa ser decidida de modo distinto daquele como foi no processo anterior, em que foi a questão principal” (DIDIER JÚNIRO; BRAGA, OLIVEIRA, 2008, p. 425).

1.5.2 Da função negativa

A função negativa da coisa julgada traduz no impedimento do Judiciário de se manifestar acerca de matéria já decidida (WAMBIER; MEDINA, 2003, p. 21).

Traduz na expressão do efeito extraprocessual da imutabilidade. Isto indica que determinada lide que já tenha sido levada à apreciação da atividade judicante não poderá mais ser reapreciada.

Assim, em razão de sua função negativa, a coisa julgada impede que se volte a discutir, em processo ulterior, a lide que já foi objeto de julgamento (*bis de eadem re ne sit actio*) (CINTRA, 2002, p. 93).

Giuseppe Chiovenda (2009, p. 465) assim define:

A obrigatoriedade da coisa julgada se endereça ao juiz dos processos vindouros: assim, por certo, às partes nos futuros processos é possível alegar e provar julgamento anterior para excluir o novo. Essa é a *exceptio rei iudicatae*. Essa é, efetivamente, uma exceção à natureza especial: de um lado, com ela se propõe excluir não só uma decisão contrária à precedente, mas simplesmente uma nova sobre o que já foi julgado; por conseqüência, é logicamente preliminar a qualquer outra dedução de mérito.

Importa salientar que os reflexos da função negativa constituem um poder-dever do magistrado de reconhecer o óbice processual de ofício, na medida em que o juiz tendo conhecimento da coisa julgada, competindo ao réu alegá-lo, em contestação em antes de discutir o mérito (CINTRA, 2002, p. 293).. Constatada a coisa julgada sob a ótica de sua função negativa, conduz-se a extinção do processo sem julgamento de mérito (artigo 267, V do CPC).

Conclui-se, pois, que a função negativa, além de ser uma proteção à segurança jurídica das relações é, outrossim, uma forma de proteger a própria legitimidade do Poder Judiciário, porque ao permitir que um mesmo caso, seja julgado mais de uma vez por juízes diferentes, implicaria em possibilidade de julgamentos conflitantes, situação que criaria uma celeuma inafastável sobre qual decisão deveria ser cumprida.

1.6 A COISA JULGADA COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL

Do já exposto, infere-se que a imutabilidade é a principal característica ou qualidade da sentença que se acrescenta aos efeitos do comando contido na sua parte decisória. E é desse comando de imutabilidade está fincada a coisa julgada.

Todavia, no Direito Brasileiro, a coisa julgada nem sempre galgou o atributo da imutabilidade, apresentando uma manifesta fragilidade em razão de forças políticas e financeiras que visavam eternizar a rolagem de sua moratória, que a justiça penosamente administrava, desvirtuando o papel do judiciário de guardião dos direitos do cidadão (NICOLAU JÚNIOR, 2006, p. 255).

Buscando evitar que os conflitos sociais solucionados pela atuação Estatal possam ser rediscutidos, ou suscetíveis à modificação pela atuação do poder legislativo, a coisa julgada deixa de ser considerada como uma regra meramente processual, passível de ser flexibilizada ou conformada a determinada situação processual, para obter resguardo na Constituição (NICOLAU JÚNIOR, 2006, p. 256).

Visando interromper uma discussão cíclica que poderia se perenizar no tempo diante da insatisfação notória de uma das partes pelo julgamento favorável à parte contrária, a tutela constitucional da coisa julgada vem prestigiada no artigo 5º, inciso XXXVI da Magna Carta de 1988 que apresenta a seguinte redação: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” reproduz a trilogia constitucional resguardando os limites da vigência da lei em observância ao ato jurídico, ao direito adquirido e a coisa julgada.

Neste compasso, importante as lições de Sérgio Gilberto Porto (2003, p. 13):

O contrato existente entre o cidadão e o Estado, está assim definido e, portanto, indubitavelmente, há uma garantia de ordem constitucional-processual que, por opção política, determina que a partir de certo momento não se pode mais, no Estado civilizador, prosseguir em determinado conflito. Encerra-se verdadeiramente a disputa, declarando-se a estabilidade definitiva da relação jurídica controvertida como ato de soberania de Estado. Havendo, naquele caso, por atos legítimos de império, segurança jurídica constitucionalmente reconhecida.

Nesse lanço, o ideário da segurança jurídica permitiu que a tutela da coisa julgada fosse enquadrada como garantia constitucional e fundamento do Estado Democrático de Direito (MARTINS, 2009, p. 61), com o objetivo de conferir uma efetiva proteção às relações jurídicas passadas em julgado, limitando a atuação indefinida do Estado.

Oportuno se torna a dizer, todavia, que a incursão à seara constitucional do instituto da coisa julgada é uma opção política do constituinte, porque, para além do enfoque técnico processual, a coisa julgada mais se legitima por finalidades meta-processuais, de prevalente cunho social, como a “desejável estabilidade das decisões de mérito; o próprio vestígio da função jurisdicional do Estado perante a população; a pacificação dos conflitos, visto que a lide pendente é um fator desestabilizante e desagregador do tecido social” (MANCUSO, 2007a, p. 123).

Nesse passo Eduardo Talamini (2005, p. 47) discorre:

A atribuição da autoridade da coisa julgada decorre de opção política entre dois valores: a segurança, representada pela imutabilidade do posicionamento, e o ideal de justiça, sempre passível de ser buscado enquanto se permita o reexame do ato. E é unicamente nos limites desta escolha operada pelo legislador que haverá coisa julgada.

Isto indica que, apesar da *res iudicata* estar assegurada constitucionalmente, a sua incidência não é irrestrita a todo e qualquer ato jurisdicional, tem, pois, seus limites delineados no binômio principiológico que a justifica qual seja: segurança jurídica x ideal de justiça.

Em um primeiro lanço, há que se exaltar que a finalidade precípua do processo é atingir a justiça na resolução do conflito, através da aplicação da lei ao caso concreto.

Com o fito de afastarem-se as injustiças, o sistema processual vigente permite a interposição dos mais variados recursos previstos na legislação competente. Mas, em razão da própria estabilidade da ordem pública objetiva-se a paz social, operacionalizada pela imunização das sentenças passadas em julgado após a devida ingerência Estatal. Prima-se, portanto, pela segurança jurídica, a fim de se evitar a perpetuação das lides.

Neste sentido, manifestou-se Alexandre Freitas Câmara (2007, p. 18), salientando que a “segurança jurídica é o mínimo de previsibilidade necessário que o Estado de Direito deve oferecer a todo cidadão, a respeito dos quais são as normas de convivência que ele deve observar com base nas quais pode travar relação jurídica válidas e eficazes”.

Outrossim, como dito alhures, é fundamental para a paz social objetivada pelo direito a manutenção da estabilidade das decisões. Caso fosse possível discutir-se indefinidamente uma questão já julgada pelo Poder Judiciário, a segurança jurídica seria gravemente afetada, causando uma sensação de incerteza às partes.

Cabe destacar a visão de J.J Gomes Canotilho (2002, p. 264), ao discorrer em sua obra *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*:

O princípio da segurança jurídica não é apenas um elemento essencial do princípio do Estado de Direito relativamente a actos normativos. As idéias nucleares de segurança jurídica desenvolvem-se em torno de dois conceitos: (1) estabilidade ou eficácia *ex post* da segurança jurídica dado que as decisões dos poderes públicos, uma vez adotadas, na forma e procedimento legalmente exigidos, não devem poder ser arbitrariamente modificadas, sendo apenas razoável a alteração das mesmas quando ocorram pressupostos materiais particularmente relevantes; (2) previsibilidade ou *eficácia ex ante* do princípio da segurança jurídica que, fundamentalmente, se reconduz à exigência de certeza e calculabilidade, por parte dos cidadãos, em relação aos efeitos jurídicos dos actos normativos. [...].

Desta feita, é no intuito de garantir a aludida segurança jurídica que a Magna Carta resguarda a garantia constitucional da coisa julgada, assegurando a estabilidade e eficácia dos pronunciamentos judiciais já transitados em julgado edificando, por conseguinte, um dos pilares Estado Democrático de Direito.

Trata-se, pois, de um instituto indispensável ao exercício a própria jurisdição (MARINONI, 2008, p. 56), atribuindo a sua força como um pressuposto de verdade, certeza e justiça, formadas ou afirmadas pelo *decisum* judicial, impondo um *status* de irrevogabilidade ou irretratabilidade para o que foi proferido sob o manto da seara jurisdicional (DELGADO, 2001).

Assim, é a coisa julgada o instituto de maior vinculação à temática com a segurança jurídica. Como o Judiciário é a *ultima ratio* para que os cidadãos busquem a solução para os seus conflitos no âmbito do direito, o exercício jurisdicional dota-se do predicado fundamental da definitividade, de forma a por fim às discussões relativas à titularidade ou à existência de direitos e obrigações.

1.7 A GARANTIA CONSTITUCIONAL E A POSSIBILIDADE DE RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA

Conquanto não seja o objeto desse estudo científico, não há como se furtar de lançar nescas considerações sobre a fascinante problemática da relativização da coisa julgada. Saliente-se, todavia, que neste momento não há como trazer a verticalidade necessária do tema, uma vez que não se trata do cerne do presente trabalho científico.

Inicialmente, é importante salientar que há um amplo debate na doutrina a respeito do tratamento constitucional da coisa julgada.

Diante da previsão constitucional, os conflitos sociais solucionados pela atuação Estatal, como já exaustivamente tratados, não podem ser rediscutidos assumindo uma feição de verdadeira garantia principiológica do processo.

Denota-se, no entanto, que há parte da doutrina brasileira que considera a coisa julgada não como sendo uma garantia constitucional, argumentado que a localização textual, por si só, não é suficiente para conferir tal *status*. Para essa corrente doutrinária, a existência do termo “coisa julgada” no bojo do artigo 5º da Constituição Federal serve apenas para estabelecer limites à questão referente a irretroatividade da lei.

Essa tese de que o instituto da coisa julgada não é uma garantia constitucional considera, em suma, que a previsão normativa apenas interdito o ataque ao comando da sentença, protegendo a imutabilidade do julgado, de modo a torná-lo imune a alterações legislativas supervenientes.

Defensores dessa corrente, Humberto Theodoro Júnior e Juliana Corderio Faria (2002, p. 94-95) argumentam que a intenção do legislador constituinte foi apenas salvaguardar a coisa julgada dos efeitos decorrentes de uma nova lei, de modo que a decisão judicial, não mais sujeita a recurso, fosse atingida por esta nova legislação, como forma de garantia do próprio jurisdicionado. Reconhecem, portanto, que a coisa julgada não é uma garantia constitucional, assim deverá ter como limite a Constituição Federal, a qual apenas afirma que a coisa julgada está protegida contra a lei nova que não poderá retroagir (THEODORO JÚNIOR; FARIA, 2005, p. 21). Afirmam também que a “a intangibilidade da coisa julgada, no sistema jurídico brasileiro, não tem sede constitucional, mas resulta, antes de norma contida no Código de Processo Civil (art. 457), pelo que de modo algum pode estar imune ao princípio da constitucionalidade²⁵ hierarquicamente superior”, (THEODORO JÚNIOR; FARIA, 2005, p. 21) sendo a decisão inconstitucional – desconforme a Magna Carta – manifestamente nula. Neste sentido:

A decisão judicial transitada em julgado desconforme a Constituição padece de vício de inconstitucionalidade que, nos mais diversos ordenamentos jurídicos lhe impõe a nulidade. Ou seja, a coisa julgada inconstitucional é nula e, como tal, não se sujeita a prazos prescricionais ou decadenciais. Ora, no sistema de nulidades, os atos judiciais nulos independem de rescisória para a eliminação do vício respectivo, ou em embargos à execução. (STJ, Resp 7.556/RO, 3ª Turma, Rel. Ministro Eduardo Ribeiro, RSTJ 25/439).

Partilha da mesma opinião José Maria Tesheiner²⁶, para quem,

²⁵ Invocando as lições de Jorge Miranda, os autores reconhecem que o princípio da constitucionalidade (consequência direta da força normativa e vinculativa da Constituição enquanto lei fundamental), exige para a validade do ato, sua conformidade com a constituição. Assim, entendem que “a coisa julgada não pode suplantar a lei, em tema de constitucionalidade, sob pena de transformá-la em um instituto mais elevado e importante que a própria Constituição.” (THEODORO JÚNIOR; FARIA, 2005. p. 16-18).

²⁶ Há que se salientar que as motivações de Tesheiner foram inspiradas nas ponderações de Paulo Roberto de Oliveira Lima que reconhece que é perfeitamente constitucional o instituto da coisa julgada, ainda que a mudança implique em restringir-lhe a aplicação, a criação de novos instrumentos de seu controle, ou até a sua supressão, em alguns ou todos os casos. (cf: TESCHEINER, 2007, p. 170 e ss.)

[...] o que se veda é a lei retroativa, desconstitutiva de direitos subjetivos de ato jurídicos perfeitos e de sentenças que transitam em julgado. Não se veda – e esse é um dado importante – que nas relações continuativas se revise a sentença por alteração de estado de fato ou de direito, como aliás dispõe o artigo 471 do CPC (TESHEINER, 2001, p. 171).

Em José Afonso da Silva (2007, p. 436-437), destaca-se:

A proteção constitucional da coisa julgada não impede, contudo, que a lei preordene regras para a sua rescisão mediante atividade jurisdicional. Dizendo que a lei não prejudicará a coisa julgada, quer-se tutelar esta contra atuação direta do legislador, contra o ataque direto da lei. A não pode desfazer (rescindir ou anular ou tornar ineficaz) a coisa julgada. Mas pode prever licitamente, como o fez o artigo 485 do Código de Processo Civil, sua rescindibilidade por meio de ação rescisória.

Para tal corrente doutrinária, a coisa julgada possui natureza apenas ordinária, ou seja, não podendo se sobrepor a qualquer regra insculpida na Magna Carta.

Noutro vértice, fazendo uma leitura pelo método gramatical de hermenêutica, conforme destaca o Ministro José Augusto Delgado (2001), observa-se que a norma constitucional dirige-se ao legislador ordinário. O Ministro ressalta, inclusive, que a tutela constitucional da coisa julgada, em verdade é um *“sobre-direito, na medida em que disciplina a própria edição de outras regras jurídicas pelo legislador, ou seja, ao legislar é interdito ao poder legisferante de prejudicar a coisa julgada”*

Entretanto, sem olvidar a autoridade das considerações tecidas pelos citados juristas, essa não parece ser a posição doutrinária mais correta.

Ora, é impossível dar ao inciso XXXVI do artigo 5º da Constituição Federal estrito significado normativo valendo-se de mecanismos literais que asseguram unicamente a irretroatividade das leis. Argumenta Talamini (2005, p. 50) que, mesmo que se fosse possível dizer que o teor literal do dispositivo se restringe a isso, haveria de se aplicar a máxima de hermenêutica pela qual as normas sobre direitos e garantias fundamentais merecem interpretação extensiva.

Neste sentido importa destacar:

Uma interpretação restritiva no sentido de que apenas a “lei” não deve ofender a coisa julgada pode conduzir a idéia de que os demais poderes (Judiciário e

Executivo) estão autorizados a produzir atos contrários a esta garantia constitucional. Assim, por exemplo, a garantia da coisa julgada não valeria contra os órgãos jurisdicionais, de modo que eles pudessem, a qualquer tempo, rever suas próprias decisões (já consolidadas e estabilizadas), perpetuando o litígio. Considerando que a garantia da coisa julgada é um corolário da segurança jurídica, desdobramento normativo desta, esta interpretação restritiva acarreta frustração da norma constitucional, isto é, provoca a instabilidade e incerteza no campo dos pronunciamentos judiciais (LEITE, 2006, p. 159).

Assim, na visão de significativa parcela da doutrina, a coisa julgada é um instituto de natureza constitucional, pertencente ao rol das garantias fundamentais.

Thereza Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina (2003, p. 22) lançam o entendimento:

[...] trata-se de princípio agregado ao Estado Democrático de Direito, porquanto para que se possa dizer, efetivamente, esteja este plenamente configurado é imprescindível a garantia da estabilidade jurídica, de segurança e orientação da relativização do Direito. Assim, considerado o princípio, nota-se que é irrelevante menção expressa na Constituição Federal, acerca da coisa julgada – muito embora a Constituição Federal brasileira o faça, no artigo 5º XXXVI, no sentido de não se permitir a lei retroagir para atingir a coisa julgada – porquanto esta é umbilicalmente ligada ao Estado Democrático de Direito.

Adota a mesma tese Cândido Rangel Dinamarco (2003, p. 23):

Na fórmula constitucional da garantia da coisa julgada está disposto apenas que a lei não a prejudicará (artigo 5º. XXXVI), mas é notório que o constituinte *minus dixit quam voluit*, tendo esta garantia uma amplitude mais ampla que as palavras poderiam pensar [...] com esses contornos a coisa julgada é mais do que um instituto de direito processual. Ela pertence ao direito constitucional [...] Resolve-se em uma situação de estabilidade e destinada a proporcionar segurança e paz de espírito às pessoas.

Ademais, o próprio Supremo Tribunal Federal já se pronunciou no sentido de que “não faria sentido limitar a atividade do legislador para o fim de proteger a coisa julgada e, ao mesmo tempo, deixar livre o aplicador da lei para agir como bem entendesse” (DINAMARCO, 2003, p. 51).

Daí, entende-se que “ainda que o texto constitucional apenas se reporte a lei, a intangibilidade da coisa julgada existe e se impõe relativamente a todos os aplicadores do direito, o que inclui, inexoravelmente, o judiciário” (ARMELIN, 2004, p. 143).

Assim, a Constituição ao erigir a coisa julgada à categoria de garantia constitucional valoriza a independência dos poderes estatais, privilegiando a atuação do judiciário ao efeito de permitir e garantir que o pronunciamento jurisdicional não fique suscetível a superveniente cisão de legislação contraditória (MOTTA, 2009), seja por um legislador futuro; por um órgão jurisdicional; pela administração pública; enfim, pelos próprios sujeitos concernentes ao comando judicial que faz lei entre as partes (MANCUSO, 2007a, p. 123).

Como se pode notar, sob a ótica de José Carlos Barbosa Moreira (2007, p. 208) há prevalência da visão garantista constitucional, pois ele conclui que, de uma leitura superficial do dispositivo constitucional, denota-se uma “simples regra de direito intertemporal”; entretanto, culmina por destacar que a alocação no Título I (que corresponde aos direitos e garantias fundamentais) do Capítulo I (dos direitos e garantias individuais e coletivos) da Constituição, revela que a intenção do legislador foi de efetivamente oferecer proteção constitucional a coisa julgada.

Cumprindo obter, todavia que a atribuição de garantia constitucional não implica no reconhecimento de que a coisa julgada não comporta temperamentos, como se fosse uma garantia absoluta. Assim, não pode ser contemplada como um instituto “sagrado”:

En una época de dogmas y propensas a los mitos, el dogma de La cosa juzgada, quedaba redobada de “santidad”u se tomaba tecnicamente como “presunción de verdad”, solo destructible em los contados caso abiertos a La revisión. La “santidad de La cosa juzgada” venia a ser la religión de la justicia humana (VASQUEZ, apud WAMBIER; MEDINA, 2003, p. 11).

Ora, nenhum direito fundamental ou garantia constitucional é absoluto, destarte, a coisa julgada poderá, em determinadas situações excepcionais, ser relativizada (CÂMARA, 2007, p. 23).

Neste sentido, colaciona-se o entendimento de Eduardo Cambi (2003, p. 71):

[...] a relativização da autoridade da coisa julgada material deve ser excepcionalíssima, na medida em que, se a exceção virasse regra, milhares de ações seriam repropostas, instaurando um caos na já tão sobrecarregada justiça brasileira, a qual, além de não dar conta de mais esse pesado fardo, cairia em descrédito da população e, o que é pior, a segurança jurídica,

conquistada a duras penas, no primeiro processo, seria apenas o prenúncio de um novo sofrimento. A banalização da coisa julgada traz terrível conseqüência para o enfraquecimento do judiciário e da inviabilização do processo, que, apesar de todos os problemas, ainda é um dos instrumentos mais eficazes à promoção da democracia e à realização da justiça.

Ainda, há que se destacar a leitura de Cândido Rangel Dinamarco (2003, p. 28) que suscita que a coisa julgada não pode ser um valor absoluto, de modo a torná-la cindível em determinadas hipóteses, sendo plausível a sua relativização:

Não há uma garantia sequer, nem mesmo da coisa julgada, que conduza invariavelmente e de modo absoluto à renegação das meais ou dos valores que elas representam. Afirmar que o valor segurança jurídica (ou certeza) não pode implicar desprezo ao da unidade federativa, ao da dignidade humana e da intangibilidade do corpo, etc. É imperioso equilibrar com harmonia as duas exigências divergentes, transigindo razoavelmente quanto a certos valores em nome da segurança jurídica, mas abrindo-se mão desta sempre que sua prevalência seja capaz de sacrificar o insuscetível [...] conclui-se que é inconstitucional a leitura clássica da garantia da coisa julgada, ou seja, sua leitura com a crença de que ela fosse algo absoluto e, como era hábito dizer, capaz de fazer do preto branco e do quadrado redondo. A irrecorribilidade de uma sentença não apaga a inconstitucionalidade daqueles resultados substanciais política ou socialmente ilegítimos que a constituição repudia.

Sem trazer à baila a premente discussão doutrinária sobre as hipóteses de cabimento da relativização do instituto da coisa julgada²⁷, é certo que pela leitura do próprio texto constitucional, observa-se que esse diploma normativo alberga, além da garantia da estabilidade dos julgados, outros direitos e interesses dignos de proteção (LEITE, 2006, p. 159).

Assim, além da possibilidade de desconstituição da coisa julgada através de ação rescisória, mecanismo típico de revisão da sentença imunizada pela coisa julgada, com previsão no artigo 485, inc. V do CPC, também se admite a rescindibilidade do

²⁷ Ainda que haja divergência, pode-se ilustrar, a título de exemplo, o tratamento da coisa julgada material nas ações de investigação de paternidade que, por terem como objeto direito indisponível (o estado de filiação) permite-se um tratamento diferenciado em relação as demandas que versam sobre direito patrimonial. Ora, admite-se que com o surgimento de uma prova nova, mais consistente, seja procedido o rejuízo da demanda. Assim, nestes casos, pelas lições de Eduardo Cambi, a coisa julgada nas ações de investigação de paternidade deve ser *secundum eventum probationis*, isto é, o mérito (a *res in iudicium deducta* ou a pretensão do direito material) só deve ser definitivamente resolvida quando a prova for suficiente para a concluir pela existência ou inexistência do estado de filiação. (cf. CAMBI, 2005, p. 65-66)

julgado quando a sentença macula o texto constitucional²⁸. Desta feita, situações excepcionais de injustiça vista como intolerável, de excessiva gravidade, bem como atos decorrentes da denominada coisa julgada inconstitucional, permite a famigerada relativização (MOREIRA, 1996, p. 730).

Sem maiores digressões doutrinárias, faz-se necessário salientar que são duas as correntes a permitirem a mitigação da garantia constitucional da coisa julgada. Há quem negue a própria existência de coisa julgada material²⁹, e noutro vértice afirma-se que há coisa julgada, todavia esta comporta desconsideração, em razão de vício grave que a inquene (WAMBIER; MEDINA, 2003, p. 33).

A verdade é que, apoiando-se nos debates atuais do direito constitucional, com reflexo no campo processual, pode-se falar em ponderação de interesses realizados pelo legislador, que acaba por sopesar a estabilidade das relações sociais (protegidas pela intangibilidade das decisões passadas em julgado) e a “necessidade de se garantir o devido processo legal através de uma prestação jurisdicional isenta das vicissitudes e artifícios devidamente antecipados pelo CPC como hipóteses para rescisão da decisão judicial” (LEITE, 2006, p. 159).

A Constituição é uma norma dialética que consagra valores e interesses contrapostos, próprios de uma sociedade plural e, como consequência, não é incomum a tensão entre princípios constitucionais (BARROSO, 2005, p. 525). Assim, a coisa julgada, reflexo legal do princípio da segurança jurídica, não é um valor absoluto. Neste sentido:

²⁸ Na visão de José Miguel Garcia Medina e Teresa Arruda Alvim Wambier as sentenças que são inconstitucionais por acolherem pedidos inconstitucionais não transitam em julgado porque foram proferidas em processos instaurados por meio do mero exercício do direito de petição e não do direito de ação já que não há possibilidade jurídica do pedido nessas hipóteses. (WAMBIER, MEDINA, 2003, p. 39).

²⁹ Cumpre anotar que corrente doutrinária que defende a tese da relativização da coisa julgada reconhece que quando o vício é de tamanha gravidade acaba por culminar na nulidade da decisão, não se tratando de relativização ou desconsideração da coisa julgada, mas hipóteses de nulidade do processo, com o reconhecimento da inexistência da coisa julgada. Indo mais além, Thereza Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina destacam que não transitam em julgado a decisão, pois estar-se-ia de pedido juridicamente impossível, inviabilizando a formação da coisa julgada. Assim, em sendo juridicamente inexistentes as sentenças proferidas em processos pela propositura de “ações”, sem que tenham sido preenchidas as condições de seu exercício. Em outras palavras, reconhecem que se o autor não preenche as condições da ação, a sentença de mérito é considerada juridicamente inexistente. (WAMBIER; MEDINA, op. cit. p. 35).

A segurança jurídica, ao lado da justiça e do bem estar, é uma das finalidades do Direito. Mas não é, naturalmente, um valor absoluto, inclusive e sobretudo pela possibilidade de estar em tensão com os outros dois. A segurança jurídica, como produto da segurança social, não é um fenômeno estritamente dependente da técnica legislativa e da hermenêutica jurídica. Ela precisa ser materialmente construída (Teresa Negreiros). Sem maniqueísmos, será preciso indagar, aqui e ali: segurança de quem? (BARROSO, 2005a, p. 534).

Ainda, Cândido Rangel Dinamarco (2002, p. 5) destaca:

O objetivo do presente estudo é demonstrar que o valor da segurança das relações jurídicas não é absoluto no sistema, nem o é, portanto a garantia da coisa julgada, porque ambos devem conviver com outro valor de primeiríssima grandeza, que é o da justiça das decisões judiciais, constitucionalmente prometido mediante a garantia do acesso à justiça (Const., artigo 5º, inc. XXXV).

Um óbvio predicado essencial à tutela jurisdicional, que a doutrina moderna alcandora é realça, é o da justiça das decisões. Essa preocupação não é apenas minha: a doutrina e os tribunais começam a despertar para a necessidade de repensar a garantia constitucional e o instituto técnico-processual da coisa julgada, na consciência de que não é legítimo eternizar injustiças a pretexto de evitar a eternização de incertezas.

Há que se concluir que a própria Magna Carta contempla outros interesses e direitos dignos de proteção além daqueles assegurados pela garantia constitucional da coisa julgada. Assim, a fim de harmonizar os comandos constitucionais, mantendo a unidade normativa da constitucional, reconhecem-se como legítimas as previsões de desconstituição da coisa julgada através de ações rescisórias e dos pronunciamentos jurisdicionais manifestamente inconstitucionais.

A coisa julgada, portanto, como princípio garantidor que o é, não pode ser dotada de um caráter absoluto e de intransigência, sendo necessário que, em determinados casos, a sua força seja mitigada em razão de outros valores igualmente constitucionais e indispensáveis, tais como a garantia da justiça e à pacificação social.

2 CONFLITOS SOCIAIS DE MASSA E O MICROSSISTEMA INTEGRADO DE TUTELA JURISDICIONAL COLETIVA NO BRASIL

Para bem compreender a nova sistemática processual que está se delineando no Estado Democrático de Direito, adaptando-se o instituto da coisa julgada às grandes transformações que alcançaram o direito processual, convém traçar as balizas do direito material coletivo para bem adequar a sua instrumentalidade às questões que abrigam os conflitos sociais de massa, representado, essencialmente, pelo incremento paulativo de microssistemas³⁰ de tutela coletiva que buscam suprir as lacunas legislativas oriundas da mutabilidade social.

Ab initio importa revisitar a evolução histórica que consolidou o denominado Estado Pós-social³¹ sob o prisma dos direitos fundamentais, marcada pelos ideais revolucionários de liberdade, igualdade e fraternidade, que fulminou na ampliação do arcabouço normativo de tutela de bens jurídicos, abrigando novos direitos, dando especial enfoque aos direitos que refogem a esfera individual, denominados de transindividuais que, em dias atuais, encontram ambiente fecundo para se afluarem e se revelarem.

Ora, os direitos do homem são, primordialmente, fruto de um fenômeno social, ou seja, emergem em um contexto de evolução da sociedade caracterizada por rompimento de paradigmas, representado por lutas em defesa de novas liberdades contra os velhos poderes e se tornam mais ou menos absolutas em virtude do momento histórico e das necessidades e interesses das classes dominantes em desfavor das

³⁰ Os microssistemas, ensina Fredie Didier Jr., não são exclusivos do direito civil, evidenciando os microssistemas penais. Argumenta que os microssistemas evidenciam e caracterizam o policentrismo do direito contemporâneo, em que há vários centros de poder e harmonização sistemática: a Constituição (prevalente), o Código Civil, as leis especiais. Lembra que a recodificação significa uma função residual aos Códigos que contribua, de certo modo, para a harmonização dos sistemas com a Constituição, preservando valores “comuns na elaboração dos microssistemas”. (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, 2008, p. 48).

³¹ Pedro Lenza utiliza a classificação didática de Celso Fernandes Campilongo que apresenta a tríplice vertente do Estado de Direito: Estado Liberal; Estado Social e Estado Pós-social.

classes dominadas (CASTILHO, 2004, p. 5). As transformações técnicas, o surgimento de novas classes de poder e a carência de meios disponíveis para a operacionalização de diferentes relações jurídicas move essa constante transformação no direito de modo a viabilizar a vida social adequando-a as mudanças históricas, multiplicando-se, desta forma, os direitos.

Norberto Bobbio (1992, p. 68) ilustra que essa proliferação de direitos pode ocorrer em razão do incremento da quantidade de bens considerados merecedores de tutela, situação visivelmente notória quando considerado o surgimento dos direitos decorrentes da *internet* que consolidam o surgimento de novas relações jurídicas, assim como os direitos relativos à evolução genética que figuram um campo até então carente de integral proteção jurídica.

Ainda, enuncia o autor que há o aparecimento de novos direitos pela possibilidade de elasticidade da titularidade de alguns direitos típicos a sujeitos diversos do homem individualizado. Ora, o próprio homem não é mais considerado como um ente genérico, abstrativizado, mas é visto na especificidade ou na concreticidade de suas diversas maneiras de ser em sociedade, como criança, como idoso, como doente, como consumidor etc.

Assim, na busca de conferir concretude normativa as novas relações sociais, viabilizando-as, a dogmática jurídica deve ser operada com vistas à melhor aplicação do direito em favor da vida humana em sociedade. A dogmática jurídica deve-se cingir aos limites para os quais foi concebida, readaptada aos novos padrões sociais mitigando-se as dissonâncias entre a vida social e os padrões dogmáticos ultrapassados (GIDI, 1995, p. 2).

Não há dúvidas de que certos dogmas jurídicos, em determinados momentos históricos, representam a máxima para a obtenção da justiça. Contudo, com a evolução da sociedade, podem, quando aplicados, constituir grandes injustiças. Nestes casos a dogmática jurídica entra em descompasso com a realidade social vigente, sendo impreterível a atuação positiva do Estado, seja por ação normativa ou judicante, de modo a alcançar os ideais de justiça.

Salienta-se que o direito e seus dogmas jurídicos não representaram e, por vezes, ainda não concebem os ideais de justiça com perfeição. O fenômeno jurídico,

ora representa a criação do Poder para facilitar e legitimar o seu domínio sobre a sociedade – *“impedindo as mudanças bruscas e inconvenientes, as revoluções, e mantendo o estado de inércia para fins dominação - ora deve ser compreendido na busca da justiça social”* (GIDI, 1995, p. 2).

Desta feita, há que se analisar o surgimento dos novos ramos do direito, em especial o direito coletivo e as novas tendências normativas sob as luzes desse contexto de dominação *versus* busca da justiça social.

Encerradas tais premissas, observa-se que a criação do Estado de direito e sua evolução para o Estado Pós-social instrumentalizando os direitos com mecanismos processuais, consoante já abordado se confunde com os a evolução dos direitos fundamentais, quebra de paradigmas e contendas históricas que visam à conservação da dignidade da pessoa humana.

Assim, tanto o direito quanto o processo não podem ser estudados alheios às rupturas sócio-ideológicas, uma vez que o direito, a despeito de *concepções teóricas direcionadas a afastar os elementos que maculam a sua pureza metodológica, voltado à regulação da vida social, sofre o implacável influxo dos movimentos históricos* (CUNHA). Considerando que o processo, aos instrumentalizar as regras abstratamente concebidas também acompanha as alterações histórico-sociais.

2.1 PRECEDENTES HISTÓRICOS

Na antiguidade e durante o Estado Medieval não havia clara distinção entre as relações privadas e as públicas, tampouco as características fundamentais do Estado Moderno, quais sejam: território e povo (elementos materiais) e governo, poder autoridade e soberania (elementos formais).

O Estado Antigo se apresentava como instrumento das “tirantias imperiais típicas do oriente, noutra a onipotência consuetudinária do direito ao fazer suprema, em certa maneira, a vontade do corpo social, qualitativamente cifrado na ética teológica da

polis grega ou no selo da coisa pública, ‘res pública da civitas romana” (BONAVIDES, 2008a, p. 32).

Naquele contexto, o direito romano foi concebido sob a inspiração pragmática imperialista, não havendo clara autonomia processual. Tratava-se de uma fase em que o próprio objeto material não estava bem definido, havendo muita confusão entre os planos materiais e processuais do ordenamento jurídico.

Tal concepção de que a relação jurídica de direito subjetiva material e a ação assumia o mesmo *locus*, apresentava os primeiros sinais imanentistas que permitiam apenas aos cidadãos que lograssem demonstrar uma situação de direito material realmente existente estava presente no direito de ação (MANCUSO, 2007b, p. 25). Neste prisma, o direito subjetivo e direito de ação eram encarados como um mesmo fenômeno (VIGLIAR, 1999, p. 27).

Neste prisma:

No final do século XIX predominava a visão imanentista ou sincrética do processo. Figurava este como mero apêndice, indissociável do direito material assentados os seus estudos em critérios exclusivamente práticos, sem preocupação verdadeiramente científica. Não havia clara distinção entre o direito material e o processo, tendo-se a idéia deste último como simples procedimento, voltado à tutela de direitos através da ação (LEONEL, 2006, p. 30).

Durante a Idade Média, por sua vez, com a sua organização feudal levantada sob as ruínas do Império Romano, emerge a concepção de Estado, ao menos no sentido de instituição materialmente concentradora de coerção, centralizadora do poder nas mãos do monarca, e irresponsabilidade total – *le roi ne peut mal faire, the king can do no wrong*. Ainda prevalecia a visão obtusa de similaridade entre a relação jurídica substancial e a estruturação do processo.

Contraopondo-se à doutrina absolutista, o surgimento do Estado Moderno, representado nos movimentos burgueses e ideais contratualistas de Rousseau, evidenciava-se o indivíduo, apregoando-se uma intervenção mínima Estatal, sendo tais preceitos os alicerces da raiz individualista do liberalismo.

Assim, no século XVIII o poder público era visto como inimigo da liberdade individual e qualquer restrição ao individual em favor do coletivo era considerada

ilegítima. “Ao mesmo tempo a burguesia enriquecida, já dispunha do poder econômico, preconizava a intervenção mínima do Estado na vida social, considerando a liberdade contratual como um direito natural dos indivíduos” (DALLARI, 1991, p. 233).

Observa-se que ideal de liberdade, pungente na visão revolucionária burguesa, era garantido pelo Estado através de sua abstenção nas relações entre particulares. Nesse contexto, consolidam-se os direitos de liberdade, a saber: direitos civis e políticos de primeira geração³².

Traduzem-se, pois, nos “direitos de resistência em face ao Estado representando uma faculdade ou atributo da pessoa que tem por traço característico a subjetividade que detém o seu titular” (BONAVIDES, 2008b, p. 563).

Assim, a preocupação com o indivíduo e a proteção à personalidade refletiram-se nos diplomas do século XIX, centrando o desenvolvimento legislativo na proteção do sujeito direito, o que inclui a proteção à vida, ao corpo, à saúde, e à liberdade. Protege-se, pois, essencialmente o interesse individual (MEDINA; ARAÚJO, GAJARDONI, 2009, p. 348).

Há, diante da proclamada igualdade entre os homens a proteção ao indivíduo e o respeito máximo às declarações de vontade, ou seja, ao *pacta sunt servanda*. Vivenciava-se, pois, o auge do legalismo, “onde o apego irrestrito ao texto legal marcou a fase inicial das grandes codificações de século XIX” (MEDINA; ARAÚJO, GAJARDONI, 2009, p. 349).

Todavia, no caminhar das novas necessidades sociais surgidas pelos ideais revolucionários, a visão individualista é tomada pela tutela da coletividade, erigindo o grupo social como o principal objeto de preocupação por parte do Estado que passou a assumir uma postura no sentido de tutela de determinados direitos tolhidos pela voracidade da Revolução Industrial. Fortalece-se, durante este período, a proteção dos

³² Inspirado nas lições de Karel Vasak, Paulo Bonavides afirma que a revolução francesa profetizou a seqüência histórica e gradativa da institucionalização dos direitos fundamentais: liberdade, igualdade e fraternidade. (BONAVIDES, 2008b, p. 516.) Importa destacar que a expressão “gerações” de direitos do homem, inaugurada por aquele jurista, tem sido pouco difundida na moderna doutrina que opta pela expressão “dimensão”, eis que a expressão geração traz em seu bojo a idéia de renovação, situação não constatada pela evolução dos direitos fundamentais que não se excluem, outrossim, se agregam.

interesses sociais pela ingerência do Estado nas relações privadas, consolidando a política do *Welfare State*.

Há, portanto, no transcurso desse lapso temporal, a passagem do Estado mínimo para o Estado Social.

Com características notadamente intervencionistas, o Estado Social buscava estabelecer o equilíbrio na repartição dos bens sociais, mediante atuação positiva representadas no implemento de políticas públicas e assistencialistas que resguardam os direitos peculiares de cidadania. Institui-se “*um regime de garantias concretas e objetivas de igualdade, que tendem a fazer vitoriosa uma concepção democrática de poder vinculada primordialmente com a função e fruição dos direitos fundamentais de segunda geração*” (BONAVIDES, 2008a, p. 12).

Durante este período, nota-se que interesses relacionados a determinadas categorias começam a ganhar proteção especial (MEDINA; ARAÚJO; GAJARDONI, 2009, p. 349), principalmente na esfera trabalhista, minimizando as condições insalubres e desumanas.

Assim, dos direitos sociais erigiu-se à consciência de que tão importante quanto salvaguardar o indivíduo, conforme ocorreria na concepção clássica dos direitos de liberdade, era apresentar garantias institucionais (BONAVIDES, 2008b, p. 567), assumindo a característica essencial dos direitos de segunda geração.

Inúmeros diplomas constitucionais já previam a segunda geração de direitos fundamentais, apresentando normas essencialmente programáticas de igualdade de oportunidades da pessoa humana com a garantia de alimentação saúde, educação e amparo aos idosos. Esse bloco de direitos apresentava-se alheio aos direitos e à proteção individual do homem, mas visavam à coletividade, os grupos, sendo direitos de titularidade difusa ao desenvolvimento, a qualidade do meio ambiente, a conservação do patrimônio histórico e cultural (GOMES JÚNIOR, 2008, p. 2).

Diante daquela realidade, o binômio justiça/liberdade passou a se tornar “*o pedestal do Estado Constitucional dos direitos fundamentais*” (BONAVIDES, 2008a, p. 46), conformando-se à estrutura de um modelo de Estado Constitucional em bases no teor social das instituições.

Noutro aspecto, em observância ao plano do direito material, a valorização dos direitos afetos à sociedade permitiu uma visão diferenciada das normas de índole privada com a criação de restrições ao exercício da autonomia da vontade nas hipóteses de manifesto prejuízo social, ou seja, em favor do interesse público há um delineamento das relações privadas (MAZZEI, 2009, p. 375).

Desta feita, gradativamente passam a ocorrer intervenções cada vez maiores nas relações privadas, antes marcadas pelo individualismo e liberalismo, funcionalizando-se os institutos, essencialmente, a autonomia privada e, via de consequência, a liberdade contratual (NALIN, 2001, p. 217).

Saliente-se que com o surgimento dos primeiros sinais da socialização das relações jurídicas os códigos oitocentistas, essencialmente positivistas, se revelaram como falhos “*sem superfície apta para regular as relações substantivas que passaram a se apresentar, pois houve o surgimento das questões vinculadas não apenas as relações solitárias, nascendo em cascata às relações ligadas aos direitos dos grupos*” (MAZZEI, 2009, p. 376).

O Estado de Direito social congrega as conquistas do Estado liberal (Estado de Direito), igualdade e liberdade individual, com as do Estado social, afetando, inclusive as relações processuais, encetada essencialmente pela independência em relação ao direito material, com as bases científicas processuais e nítida definição dos seus principais institutos. (VIGLIAR, 1999, p. 17). Solidifica-se, portanto, a autonomia da ciência processual, traduzindo um enfoque do fenômeno processual exclusivamente à luz da ciência, conferido efetividade ao direito material (PRATA, 1987, p. 176).

Ultrapassado determinado lapso temporal, a partir da segunda metade do século XX, as seguidas transformações sociais culminaram no surgimento de uma nova era do direito, ou melhor, emergiram direitos que transcendem a esfera individual que, por sua natureza, acabam por atingir os direitos transindividuais, denominados de direitos coletivos, direitos difusos e direitos individuais homogêneos.

Cabe salientar que a justificativa do nascimento desses direitos repousa na guinada evolutiva que a sociedade tomou nas últimas décadas, pautada no avanço tecnológico e o aumento de consumo que levaram a questionamentos sobre o fim de nossas reservas naturais, tais como água, energia ou mesmo sobre a crescente

contaminação e destruição do próprio ecossistema (MEDINA; ARAÚJO, GAJARDONI, 2009, p. 349).

Constata-se, portanto que a multiplicação dos riscos na sociedade pós-moderna que culmina na fragilidade da vida diante das possibilidades de destruição do meio ambiente, condutas em prejuízo de determinados grupos sociais tal como os idosos, consumidores, crianças e adolescentes, impondo-se drásticas mudanças no comportamento humano e imperiosa atuação estatal.

Assim, diante da curva crescente das relações e conflitos de massa, além da imperiosa proteção aos direitos metaindividuais, clamou-se por mecanismos aptos à proteção do direito substantivo coletivo, denominado de terceira geração (MANCUSO, 2007a, p. 128), com a valorização dos ideais afetos à fraternidade.

“Assim, foi que afluíram à Justiça esses *interesses sem dono*, muito expandidos ao interior da sociedade, que a rigor não são privados nem públicos, mas, por traduzirem relevantes anseios sociais, mostram-se merecedores de tutela judicial” (MANCUSO, 2007a, p. 128).

Destacam-se, nesta geração, os denominados direitos ao desenvolvimento, ao meio-ambiente, a paz, a propriedade em relação aos bens comuns da humanidade e à comunicação (GOMES JÚNIOR, 2008, p. 2).

Ada Pelegrini Grinover (1999, p. 18) sintetiza:

Ai diritti classici di prima generazione, rappresentanti dalle tradizionali <liberta negative>, proprie dello stato liberale, com Il corrispondente dovere diastensione da parte dello stato; ai diritti di seconda generazione, di carattere economico – sociale, composti da liberta positive, com Il realtivo dovere dello stato a un obbligo di <dare>, <facere> o <praestare>, si aggiunse Il riconoscimento dei diritti di terza generazione, che sono i diritti di solidarietà, derivanti dagli interessi sociali. E così, cio Che appariva inizialmente come mero interesse, assurse alla dimensione di vero diritto, conducendo alla ristrutturazione di concetti giuridici, che si modellassero sulla nuova realatà.

Tais alterações e transformações evolutivas que se passam na sociedade se refletem de modo direto na ordem jurídica que, por sua vez, deve acompanhar tais modificações. Para isso, o sistema jurídico deve conter instrumentos para a atualização de normas jurídicas, de forma a assimilar e acompanhar as mudanças estruturais ocorridas na sociedade.

Portanto, com o reconhecimento de valores imateriais aptos à manutenção da vida digna de todos os seres humanos e nas relações intersubjetivas massificadas, há desdobramentos na busca de mecanismos processuais eficazes de proteção jurisdicional. As peculiaridades dos danos perpetrados contra a coletividade e as dificuldades na sua comprovação e valoração demonstram com clareza a relevância do resguardo da sociedade de massa o que se justifica na necessidade de identificação de novos caminhos para a tutela coletiva.

Diante dessa realidade, acompanhando a tendência evolutiva, o direito processual, na busca de resguardar os direitos materiais que ultrapassam a esfera meramente individual, influenciados por sistemas jurídicos da *common law*, passou por uma profunda modificação estrutural judicializando os conflitos coletivos através do desenvolvimento de um processo coletivo apto a propiciar a tutela jurisdicional a grupos, categorias, ou classes de pessoas, para além da tutela privatística ultrapassando os interesses denominados de interesses secundários³³ da administração³⁴.

Destaca-se:

En los sistemas jurídicos del common law ya desde hace bastante tiempo, y recientemente em países del civil law continental europeo se plantean judicialmente demandas que exceden a lo individual no solo cuantitativa, sino cualitativamente. Se invocan cuestiones ambientales, de consumidores y usuarios, de minorías sociales, sexuales, religiosas y otras reputándolos como derechos de “grupos o colectivos” (grifos presentes no original). (RAGONE, 1996, p. 768).

³³ Lembra Mancuso que “não é uma noção unívoca na doutrina a distinção entre interesse público primário e secundário, desenvolvida por Renato Alessi, discriminando entre o interesse público propriamente dito (interesse primário, concernente a tarefas eminentemente afetas ao Estado como gestor dos valores maiores como educação fundamental, defesa do território, defesa da ordem pública, etc.) em face do interesse fazendário (interesse público secundário, identificado como o da Administração Pública, como o de aumentar a arrecadação de impostos, cumprir metas político-programáticas, criar ou extinguir órgãos públicos). (MANCUSO, 2007a p. 224).

³⁴ Convém destacar que a clássica distinção de Alessi entre interesses primários e secundários do Estado, diante da nova visão de prevalência dos direitos fundamentais, figura como ultrapassada. Diante da visão de Marçal Justen Filho citada por Fábio de Araújo Caldas, “a atividade administrativa do Estado Democrático de direito subordina-se, então, a um critério fundamental que é anterior a supremacia do interesse público. Trata-se da supremacia e indisponibilidade dos direitos fundamentais.” (JUSTEN FILHO, 2006 apud. MEDINA; ARAÚJO; GAJARDONI, 2009, p. 351).

Há que ressaltar, no mesmo sentido:

Esta tradição individualista do processo civil não decorreu obviamente de uma opção deliberada dos processualistas, mas do fato de que o direito material, ao qual o processo civil está intimamente ligado, diante da sua natureza essencialmente instrumental, disciplinar basicamente as relações jurídicas interindividuais, isto é, em torno de interesses individuais, qualificados em subjetivos individuais (CUNHA, 1995, p. 224).

Nesta linha, o direito processual busca ajustar-se aos novos direitos emergentes, preservando o interesse público primário (da coletividade) em desfavor da proteção prioritária do interesse público secundário (da administração) e do interesse privatístico, tendo como norte o amplo acesso à justiça.

Propicia-se, desta forma, uma aproximação da justiça ao povo, nivelando-se socialmente o processo, de forma a colocar a parte mais fraca, quando coletivamente considerada, em condição de paridade inicial frente à parte mais forte, minimizando qualquer inferioridade cultural, técnica e de meios econômicos (CALAMANDREI, 1999, p. 331).

2.2 SISTEMATIZAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL COLETIVA NO BRASIL E O SISTEMA DAS *CLASS ACTIONS*

Pela descrição evolutiva já traçada pelo presente texto científico, conclui-se que a tutela individual desenhada pelo legislador não é mais apta para atender aos anseios dos denominados direitos de massa, sendo imperativo articular conceitos, posturas doutrinárias, para adequar o sistema eminentemente individual, à novel dogmática social, visando trazer ao processo a certeza da presença de um julgamento justo e melhor representado e com maior poderio sócio-econômico (FILARDI, 2006, p. 27).

Não obstante o direito processual pátrio apresentar uma forte influência dos diplomas processuais da Europa Continental, filiando-se à tradição romano-germânica,

na seara coletiva denota-se uma aproximação dos paradigmas do direito anglo saxão (FILARDI, 2006, p. 27).

Assim, inspiradas na *representative actions*³⁵ inglesa e pelas *class actions* norte-americanas, introduzidas em 1842, com a edição da *Federal Equity Rule 48* há a consolidação das ações denominadas coletivas (MENDES, 2008, p. 232) que, paulativamente, foram incorporadas e adequadas à realidade pátria, ao efeito de assegurar maior efetividade à prestação jurisdicional.

Neste esteio, não há como se furtar de invocar, ainda que sem uma verticalidade profícua, com o esgotamento da matéria, o modelo norte-americano como supedâneo para o desenvolvimento e instrumentalização do nosso sistema de ações coletivas, em especial a ação civil pública brasileira.

2.2.1 A regra 23 das Federal Rules – Das class actions

A *class actions* podem ser conceituada como um procedimento em que uma pessoa, considerada individualmente, ou um grupo de pessoas, enquanto tal, representa um grupo ou uma classe maior de pessoas, desde que compartilhem, em si, interesses comuns (BUENO, 1996, p. 93), com o fito de obter uma sentença favorável que possa beneficiar a todos os membros representados (MEDINA; ARAÚJO, GAJARDONI, 2009, p. 354).

Não constituem um fenômeno contemporâneo, pois guardam suas origens nos séculos XVII e XVIII, no denominado *Bill of Peace*³⁶, do direito inglês (VIANA, 2008,

³⁵ Em suas origens as ações representativas eram formadas por um grupo ou uma classe de demandados em uma ação. A demanda era movida por um autor em face de certos réus, agindo em nome de todo o grupo, em razão dos interesses comuns que uniam esta designada classe de pessoas.

³⁶ O *Bill of peace* sobreveio para permitir as ações representativas (*representative actions*), nas quais um ou alguns dos membros de determinado grupo pudessem representar em juízo o interesse de todos os demais similarmemente situados. Substituiu as denominadas *chancery courts* que permitiam o litisconsórcio compulsório (*compulsory joinder*) fundado em questões comuns. Assim a gênese das *class actions* guarda estrita assonância com à “necessidade e conveniência de contornar a regra de litisconsórcio necessário de todos os interessados, para que fosse possível fazer possível justiça nas situações em que o litisconsórcio não era necessário”. (GIDI, 2007, p. 41-42).

p. 95). Entretanto, embora não tenha sido o precursor na tutela dos direitos de massa, o direito norte-americano foi o responsável pela ampliação e dilapidação do sistema processual coletivo.

Assim, a denominada *Federal Equity Rule 48* (1842), primeira codificação estadunidense que permitiu o ajuizamento de classe, criou-se a *class actions* nas hipóteses em que o número de litigantes envolvidos fosse tamanho de forma a causar “enormes transtornos processuais caso todos decidissem ingressar em juízo.”

Criticada pela similitude ao instituto tradicional do litisconsórcio, diante da impossibilidade de vincular os efeitos decisórios aos ausentes da relação processual, a *Equity Rule 48* foi revogada pela *Equity Rule 38* (1912), que, conquanto redigida em termos demasiadamente lacônicos (GIDI, 2007, p. 45), estabeleceu que, “nos casos em que existissem muitas partes inviabilizando a formação de litisconsórcio, seria permitida que algumas figurassem no pólo ativo ou passivo da relação processual, em nome dos demais membros do grupo” (VIANA, 2008, p. 96). Ademais, a *Equity Rule 38* acabou com a proibição da extensão subjetiva da coisa julgada para os ausentes nos casos em que a representação fosse adequada (VIANA, 2008, p. 95).

Somente com a promulgação da *Rule 23* (1938) encrustrada na *Federal Rules of Civil Procedure*³⁷ (Norma do Processo Civil Federal), lançou-se uma classificação tripartite das ações coletivas de acordo com a natureza jurídica dos direitos objeto do processo. James Moore, na tentativa de aprimorar as classificações das *class actions* as subdividiu em três espécies distintas: *true*, *hybrid* e *spurious* (GRINOVER, 2001, p. 13).

No âmbito de direitos envolvidos de natureza *joint*, *common* ou *secondary*³⁸, caberia uma *true class action*; nas hipóteses de direitos denominados de *several* e envolvessem a propriedade específica, caberia uma *hybrid class action*; por sua vez, quando os direitos fossem *several*, além de questões de direito ou fato comuns, caberia uma *spurious class action* (GIDI, 2007, p. 48).

³⁷ Importa destacar que as *Federal Rules of Civil Procedure* não são uma lei, tampouco um código, mas um conjunto de normas (*rules*) emitido pela Suprema Corte dos Estados Unidos, através de delegação do Poder Legislativo americano. (Para análise mais detalhada v. GIDI, 2007, p. 46-47).

³⁸ “A verdade é que termos como *joint*, *common* e *several* não possuem significado técnico jurídico muito preciso e nem a doutrina nem a jurisprudência conseguiram defini-los ou compreendê-los nos quase trinta anos de vigência da norma.” (Cf. GIDI, 2007, p. 50).

Cumpra mencionar a ação denominada de *true class action* (verdadeira ação coletiva) que permite a representação quando o litisconsórcio de todos os membros do grupo seria essencial para a solução da controvérsia³⁹. Nesses casos, a coisa julgada coletiva era *erga omnes*, estendendo-se a todos os membros ausentes, independente do resultado da demanda (*whether favorable or not*) (GIDI, 2007, p. 49).

As *hybrid class action*, de natureza híbrida entre a *true class action* e *spurious class action*, estendia a coisa julgada apenas as partes litigantes, mas vinculava a todos os membros do grupo no que se refere à propriedade ou fundo envolvidos no litígio. Já a *spurious class action*⁴⁰, a coisa julgada somente atingiria as partes originais do processo e os membros do grupo que se fizeram parte através da intervenção. É um mecanismo conhecido como *opt. in*.

Além da redação confusa, complexa e demasiadamente abstrata e, diante da incompletude da norma⁴¹ e dificuldade de aplicação da formalística classificação tripartite de Moore, a *Rule 23* sofreu uma profunda revisão em 1966.

A regra 23 das *Federal Rule*, já modificada em 1966, com redação mais simples, lançou-se com uma nova classificação sob critério diferenciado, mais compreensível, amplo, flexível e funcional (GIDI, 2007, p. 57). Persistindo os três números de classe, estabelecem-se requisitos diversos para cada qual. A modalidade prevista na *Rule 23* (b) (1) recai nos casos em que a propositura de ações individuais poderiam criar riscos de decisões contraditórias ou prejudiciais a interesses de outros membros da classe.

Lembra Cassio Scarpinela Bueno (1996, p. 96) que:

[...] se diversas ações propostas individualmente pelos (ou em face dos) indivíduos que poderiam ser reunidos ou tratados como uma *class* para fins processuais, criassem riscos de decisões inconsistentes, dando ensejo a definições de padrões incompatíveis de conduta à parte oposta à da *class* ou, ainda se a ação individualidade um só dos membros pudesse causar prejuízos

³⁹ Ibidem.

⁴⁰ Como não atingia estranhos ao processo, a *spurious class action* não poderia ser considerada uma *class action* genuína, mas precisamente era uma *class action* às avessas já que exigiam que o membro intervesse no processo (op. in.) para poder ser atingido pela coisa julgada, em vez de presumirem a sua presença e exigirem-se a sua exclusão apenas no caso de ele não querer participar do litígio (opt. out.). Daí o seu nome de ação coletiva “espúria” ou ação coletiva falsa. (Cf. Idem. p. 52).

⁴¹ A norma era incompleta pois não previa medidas procedimentais que assegurassem o direito dos membros ausentes e o respeito ao devido processo legal.

aos interesses de outros membros da classe não envolvidos em ações também individuais, terá lugar para a promoção de um *class action*.[...] Os exemplos que podem ser colhidos pela doutrina para as primeira hipótese de cabimento são os seguintes: seja imaginada a hipótese de diversos contribuintes voltarem-se contra determinada exação fiscal. Alguns, entretanto sustentam a tese de anulação integral do lançamento (entre nós, ilustrativamente, porque não foi obedecido o princípio da anterioridade), enquanto que outros defendem a idéia de antijuridicidade da exação decorre de seu valor elevado (alíquotas majoradas sem prévia permissão legal). Segundo a concepção americana, a diversidade destas situações fáticas dão margem ao Estado, em algumas ações individuais, a se ver obrigado a não lançar o imposto, enquanto que, em outros casos, o lançamento pode ser feito, desde que com o valor tido como correto (a menor). [...] para evitar a situação de incompatibilidade de condutas é possível – desde que concretamente, estejam preenchidos os requisitos apontados no item (a) da Lei americana in foco [...] e dar tratamento idêntico a todos aqueles que estejam na mesma situação fática, no caso, ser contribuinte daquele tributo.

Nesses casos é possível que o juiz norte-americano receba e determine o prosseguimento de determinada demanda individual como coletiva, em que serão analisados todos os possíveis argumentos que poderiam ser levados pela classe ao judiciário, sendo a decisão vinculante para todos (BUENO, 1996, p. 96). Impossibilita-se, desta feita, a exclusão dos interessados dos efeitos da decisão. Luiz Roberto Barroso (2005, p. 149) invoca expressão inglesa, de que os membros da classe não podem proceder ao *opt. out*.

Através da *Rule 23* (b) (2), por sua vez, cujo principal enfoque foi criar um instrumento processual efetivo que promovesse a aplicação em massa das políticas públicas contra discriminação racial (*civil right*) (GIDI, 2007, p. 57), os pronunciamentos jurisdicionais reproduziam uma *injunction*⁴² ou uma *declaratory relief*, “vale dizer, a proibição ou imposição de determinada conduta” (BARROSO, 2005b, p. 149). Nessa segunda hipótese, que não se presta a demandas com cunho indenitário, tendo seu cabimento quando “a parte contrária ao grupo agiu, recusou-se ou deixou de exercer um dever legal de maneira uniforme em face do grupo, tornando apropriada, assim, uma sentença mandamental ou declaratória” (VIANA, 2008, p. 100).

⁴² Owen Fiss explica que o termo *injunction* (sem correspondência no direito brasileiro) consiste em um ordem judicial que proíbe o réu a praticar, ou determina que ele pratique determinado ato. Geralmente, tal medida judicial possui um caráter preventivo, ao passo que não se destina a reparação de ilícitos. Explica ainda o doutrinador que “no caso, a expressão *civil rights injuciton*, traduzida para *injunction* de direitos civis, foi cunhada e popularizada pelo autor para designar aquelas medidas judiciais utilizadas para dar efetividade a direitos civis ameaçados ou desrespeitados. (FISS, 2004, p. 203).

Daí, essa espécie de ação de classe é empregada essencialmente no âmbito do direito civil ou com base em direitos fundamentais de natureza constitucional e, por equiparar-se - com as devidas ressalvas - às ações coletivas para a defesa de interesses difusos e coletivos do sistema jurídico brasileiro, também pode ser empregada aos direitos substantivos objetos de tutela (VIANA, 2008, p. 100).

Desta feita, a class action, fruto de uma conduta uniforme do réu, traduz um tratamento uniforme da lide porque a sentença - com natureza declaratória e injunções judiciais - poderá determinar, através de um único pronunciamento jurisdicional, “a licitude ou ilicitude do comportamento da parte contrária ao grupo com força de coisa julgada *erga omnes*” (VIANA, 2008, p. 100), não sendo necessário que a conduta macule todo o grupo de forma igualitária, bastando que afete de foram semelhante ao grupo de pessoas (VIANA, 2008, p. 100). Assim, não é possível alegar o direito de exclusão (*opt. out.*), pois os efeitos do julgado alcançam a toda a classe (BARROSO, 2005b, p. 149).

Luiz Roberto Barroso (2005b, p. 149) traz à lume uma ilustração típica desta hipótese lançando as hipóteses de condutas discriminatórias do empregador em face determinado grupo de pessoas, tais como, as funcionárias mulheres, ou os empregados negros. A decisão, neste caso, que será uma *injunction* ou uma *declaratory relief* (proibição ou imposição de determinada conduta) produzirá efeitos a todos os membros do grupo.

Neste prisma, Ada Pellegrini Grinover (2001, p. 14) que:

[...] o inciso (b) (2) cuidam das ações de classe obrigatória (*mandatory*) que, na nomenclatura brasileira, corresponde às ações em defesa de direitos difusos e coletivos. Ademais contempla, também em caráter de ação de classe obrigatória, os casos de obrigação de fazer ou não fazer (*injunction*) ou de sentenças declaratórias, ainda na categoria que corresponde, no Brasil, às ações em defesa de interesses difusos e coletivos. [...] Assim, a parte que se opõe à classe agiu ou recusou-se a agir em parâmetros aplicáveis à classe geral, sendo adequada, desta forma, a condenação na obrigação de fazer ou não fazer (*injunction*) ou a correspondente sentença declaratória com relação à classe como um todo.

O terceiro tipo da Regra 23 (b) (3), que surge pela primeira vez na *Federal Rules*, traduz a denominada *class action for damages* que, no direito brasileiro

corresponde à ação em defesa de interesses individuais homogêneos (GRINOVER, 2001, p. 14).

Considerada, portanto uma grande novidade nas *Federal Rules* de 1966, as *class actions for damages*, essa nova regulação afetou principalmente as situações tuteladas pela denominada *spurious class actions* (GIDI, 2007, p. 56). Trata-se, portanto, de uma espécie genérica de *class action*, com natureza predominantemente indenizatória resguardando os pedidos de danos individualmente sofridos fundados em responsabilidade civil, atingidos por fatos geradores que tenham atingidos muitos indivíduos, em eventos ocorridos em lugares e datas diferentes (*mass tort cases*⁴³)(VIANA, 2008, p. 101).

Em razão de não apresentar o mesmo tipo de coesão existente nos outros tipos de *class action*, por ser uma ação com caráter residual, previu-se na *Rule 23*, mais dois requisitos específicos para a *class action for damages*, a saber: superioridade da tutela⁴⁴ e predominância das questões comuns⁴⁵. Além disso, determinadas garantias foram previstas para essa modalidade de ação de classe, como exemplo a regra do *opt. out.* e a necessária notificação de todo o grupo para o exercício do direito de auto-exclusão (BARROSO, 2005b, p. 151).

Assim, ao efeito de clarificar as modificações de 66, em momento pretérito à reforma, a coisa julgada nessas hipóteses de ações de classe atingia somente os membros que efetivamente participaram do processo através do *opt. in.* No entanto, com o advento da *class action for damage*, passou-se a adotar o método *opt. out.*, ensejando, independentemente do resultado da demanda (favorável ou não), eficácia *erga omnes*, salvo para aqueles que expressamente exerceram o direito de exclusão (BARROSO, 2005b, p. 151).

⁴³ “A expressão *mass torts* refere-se a dois tipos de situação: (i) a de um acidente (*single accident cases*), do qual resultam inúmeras vítimas, como a queda de um avião ou explosão de uma fábrica de produtos tóxicos (como ocorreu em Bhopal, na Índia); (ii) a de *responsabilidade pelo fato do produto* (*product liability*), como no caso de um medicamento que cause lesão a pacientes ou da contaminação por exposição de amianto”. (grifos presentes no original). (Cf. BARROSO, 2005b, 150).

⁴⁴ O requisito específico da superioridade da tutela traduzia a idéia de que a ação de classe é mais adequada que outros mecanismos disponíveis para o julgamento da controvérsia. ((BARROSO, 2005b, 149).

⁴⁵ A predominância das questões comuns significava que as matérias de fato ou direito comuna a todos os membros deveriam predominar sobre as questões que afetam apenas determinados membros da classe individualmente. (BARROSO, 2005b, p. 149).

Esta modalidade de *class action*, portanto, propicia a um grupo homogêneo de pessoas que estão em uma mesma situação fática, que, pela sua extensão, gera interesse específico para a propositura de uma ação de classe (MEDINA; ARAÚJO, GAJARDONI, 2009, p. 354). Assegura-se, portanto, a um membro do grupo, após ter sido cientificado do ajuizamento da ação, o direito de requerer de não ser considerado como integrante daquele grupo (*right to opt out*), não se sujeitando, deste modo, aos efeitos da sentença (TUCCI, 1990, p. 28).

Ademais, além de cada modalidade específica das *class action* descrita no inciso (b), a *Rule 23* apresentou quatro considerações prévias ou *Federal Class Action Prerequisites* (MEDINA; ARAÚJO, GAJARDONI, 2009, p. 355) previstas no inciso (a) que fixam os requisitos para as ações de classe, a saber: a) número de pessoas envolvidas: a classe é tão numerosa que a reunião de todos os membros é impraticável; b) questões comuns: há questões de direito ou de fato comuns à classe; c) teses jurídicas típicas: as demandas das partes representativas em juízo são típicas das demandas coletivas; d) representatividade adequada: as partes representativas protegerão justa e adequadamente os interesses da classe (GRINOVER, 2001, p. 12).

Reforça-se, em breve síntese, no que tange à coisa julgada nas *class actions*, que, nas modalidades relativas a interesses essencialmente coletivos (correspondentes aos nossos direitos difusos e coletivos em sentido estrito), a vinculação ao membro da classe é absoluta, inadmitindo o regime *opt out*. Por sua vez, nos casos das denominadas *class actions for damages*, por se tratarem de posições individuais divisíveis, pode-se exercer o direito ao regime *opt out* quando cientes da demanda, já que a vinculação depende que tenha sido feita com “razoável esforço, a notificação aos membros da classe [*the Best notice practicable under the circumstances, including individual notice to all members who can be identified through reasonable effort* – regra 23 (c) (2)]” (MANCUSO, 2007b, p. 44). Assim, no último caso o membro do grupo não será atingido pela coisa julgada coletiva se não recebeu adequada notificação (GIDI, 2001, p. 218).

Conclui-se, portanto, que, com a guinada evolutiva das denominadas *class actions* o direito coletivo ganhou um instrumento poderoso de acesso à justiça das pequenas e moderadas reclamações (*small and modest claims*) (MEDINA; ARAÚJO,

GAJARDONI, 2009, p. 355), além de ensejar uma significativa economia processual em relação às ações individuais⁴⁶, vez que nas demandas em que o objeto da causa for relativamente pequeno em relação aos custos do litígio, sem a ações de grupo, não se justificaria monetariamente a batalha individual.

2.2.2 Direito processual coletivo nacional

Do exposto, verifica-se, portanto, que a tutela coletiva guarda direta relação com a democratização do acesso à justiça, já que esta deve ser utilizada como instrumento de economia judicial e processual, impossibilitando que demandas muito dificultosas figurem como óbice ao direito de ação e o saudável andamento dos feitos processuais (FILARDI, 2006, p. 28).

Visando, portanto, à racionalização dos processos no judiciário em prol da efetividade e celeridade, otimizando os recursos disponíveis, o direito brasileiro elabora diplomas legais que versem sobre a tutela coletiva. Em um primeiro momento, passa pela criação de alguns esporádicos estatutos legais prevendo a legitimação de associações e instituições para a defesa em juízo de seus associados, assim como a previsão da ação popular de 1934 e depois ampliada e regulamentada pela lei 4.717/1965 (FILARDI, 2006, p. 28).

Trata-se do marco do reconhecimento da relevância da tutela dos direitos coletivos, rompendo-se com o princípio tradicional que concentrava em uma única pessoa o *status* de sujeito da relação jurídica material e os sujeitos da relação jurídica processual.

Não há dúvidas, no entanto, que, dentre os institutos processuais que resguardam os direitos coletivos, a aprovação da Lei de Ação Civil Pública (lei

⁴⁶ Em um estudo empírico realizado em 1978 concluiu que as ações coletivas prestam uma inegável contribuição a economia processual. Demonstrou-se que o valor econômico bruto e o valor simbólico (de exemplo para a sociedade) de uma ação coletiva são muito superiores aos de uma ação individual. Ademais, ficou evidenciado através de cálculos complexos e avaliações sofisticadas que o valor em dinheiro recebido por cada membro do grupo, ainda que extremamente inferior ao recebido pelo autor de uma ação individual, representa, proporcionalmente, um menor custo processual, quando se considera que as despesas são divididas entre todos os membros do grupo. (GIDI, 2007, p. 28)

7.347/85) e a consagração da tutela da coletividade no texto constitucional de 1988, além do Código de Defesa do Consumidor foram as vigas mestras do microssistema das ações coletivas.

Até a edição do CDC, o principal instrumento para a defesa de direitos coletivos no ordenamento jurídico era a lei de ação civil pública que disciplinava a ação de responsabilidade de danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico e paisagístico, bem como qualquer outro interesse difuso.

Dando seguimento, com apoio na Constituição Federal de 1988, são editadas novas leis criando outras espécies de ações civis públicas, como a lei 7.853/89 (proteção de interesses difusos e coletivos das pessoas portadoras de deficiências); Lei. 7.913/89 (ressarcimento de danos causados aos titulares de valores mobiliários e aos investidores de mercado); Lei 8.069/90 (proteção dos interesses individuais, difusos e coletivos relativos a infância e adolescência); Lei 8.884/94 que transformou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE em autarquia e dispôs sobre a prevenção e a repressão de infrações contra a ordem econômica; e a lei 9.784/99 que, ao regular o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta, permite que os pedidos de uma pluralidade de interessados, com conteúdo e fundamentos idênticos, sejam formulados em um único requerimento (BEZERRA, 2007, p. 44), institutos que se incorporaram ao denominado microssistema coletivo.

E, com o advento do Código de Defesa do Consumidor, houve significativas inovações no que tange ao procedimento das ações coletivas, legitimação para a sua propositura e direitos passíveis de tutela. Atribuiu-se, pois, legitimidade até mesmo para entes despersonalizados como entidades e órgãos da administração pública indireta para a defesa em juízo dos direitos que não sejam propriamente coletivos.

Ademais, o CDC introduziu em 1990 a ação coletiva em defesa dos interesses individuais, com inspiração nas *class action for damages* norte-americanas, mas com peculiaridades próprias, como se observará em capítulo próximo, pela inexistência do *opt out*, pelo tratamento diverso à *fluid recovery* (indenização difusa, resíduo pecuniário que, no regime do artigo 13 de nossa lei 7.34/85, é destinada a um Fundo) e pela adoção da coisa julgada *erga omnes*, extensíveis apenas aos titulares

dos direitos individuais, que ainda não podem mover suas ações pessoais, após a improcedência da demanda coletiva (MANCUSO, 2007b, p. 40).

Do cotejo analítico destes diplomas normativos permite-se observar que a característica essencial comum que os discrimina dos demais é que todos constituem microssistemas jurídicos multidisciplinares e interdisciplinares compostos por normas de Direito Público e de Direito Privado que buscam sistematizar os diversos aspectos da tutela coletiva, operando-se o CPC como pano de fundo e fonte subsidiária que regem o direito processual coletivo (MANCUSO, 2007b, p. 40).

Em alguns casos, os microssistemas assumem a feição de normas gerais que foram fracionadas gradualmente até se afastarem de modo tal da regra padrão que parecem dividir-se, como ocorre com o direito de empresa, do consumidor, ou inclusive a responsabilidade civil dos contratos. E, em outras hipóteses, a criação dos microssistemas enceta a problemática dos novos direitos, carentes de regulação, como ocorre com a questão ambiental, ou com a atuação jurídica no mundo digital.

Além do mais, os microssistemas objetivam conferir contornos mais precisos a uma série de institutos processuais, cujo espectro era estatuído pelo prisma dos conflitos individuais previstos no Código de Processo Civil. Sob esta ótica, revela-se necessário o estudo e a adaptação às peculiaridades dos conflitos de massa ao regime a determinados institutos jurídicos, dentre os quais a coisa julgada, que merece uma observância a parte da tradicional regra do artigo 472 do CPC, realocando às peculiaridades da tutela coletiva.

A principal característica atual da coisa julgada coletiva consiste no fato de que não se respeitam os limites subjetivos traçados pelo artigo 471 do CPC, tanto entre os legitimados para demandar a tutela dos interesses transindividuais como em face das pessoas individualmente lesadas. Há nesse tipo de processo, possibilidade de eficácia *erga omnes*, embora nem sempre de forma plena. Por isso, é assente na doutrina que nesse sistema de jurisdição a coisa julgada constitui um dos pontos mais sensíveis de regulamentação e do desenvolvimento do processo coletivo (SANTOS, 2006, p. 44), razão pela qual assume posição de destaque neste estudo científico.

3 DA NECESSIDADE DE ADAPTAÇÃO DO INSTITUTO DA COISA JULGADA ÀS AÇÕES COLETIVAS

A coisa julgada, como já mencionado, configura-se em um dos pontos mais sensíveis de adaptação da seara individual para o processo coletivo. Como é possível salientar, um transplante literal da regra esculpida no Código de Processo Civil⁴⁷ acarretaria a inefetividade completa do propósito definido.

Não é demais lembrar que as ações coletivas nascem com o intuito de instrumentalizar a proteção de direitos que transpassam a órbita individual, sendo para tanto, considerados direitos de natureza comum ligados por um liame fático ou jurídico capaz de romper o cunho eminentemente individualista.

Tal união de interesses ou direitos, por vezes configura-se tão amplo, que atinge toda a humanidade, como por exemplo, um dano cometido em largas proporções, que ocasiona uma catástrofe ambiental e um brutal desequilíbrio do meio ambiente. Nesse exemplo, tomaria corpo os direitos que não se individualizam, ao contrário, pertencem a toda coletividade. A reparação da natureza, pelo agente do ato prejudicial, visará não tão somente restabelecer o *status quo ante* – ou remediar o dano – em prol da humanidade, mas também garanti-lo às gerações futuras.

Assim, o reconhecimento destes direitos pelo ordenamento jurídico impõe a necessidade de adaptação de institutos processuais – como a coisa julgada – criados a partir de uma concepção individualista e patrimonialista.

Neste norte, Christianine Chaves Santos (2007, p.156) assevera:

Em função da natureza peculiar dos direitos em lide e da própria razão de ser da ação coletiva, que busca a composição dos conflitos de massa, através de

⁴⁷ Importa destacar que o sistema de coisa julgada constante no CPC funciona para os litígios intersubjetivos, de tipo, Tício *versus* Caio, em formação singular ou litisconsorciada. [...] nos conflitos metaindividuais, onde se contrapõem interesses de massa, como se dá com os difusos e os coletivos em sentido estrito, a coisa julgada não se pode operar nos moldes em que atua a jurisdição singular, pela boa razão de que naquela dimensão coletiva os legítimos contraditores formam uma legião, sendo praticamente inviável identificá-los e citá-los para que venham compor o contraditório. (MANCUSO, 2007b, p. 206-207).

um único processo, primando dentre outras coisas, pela economia processual, pela efetividade da prestação jurisdicional, pela pacificação social e pela uniformização das decisões, com afastamento dos conflitos de julgados, afigura-se indispensável um regime diferenciado da coisa julgada, que possibilite à ação coletiva atingir os fins a que se propõe.

Dessa forma, o tratamento molecular dos litígios, em substituição à visão atomizada, exige, portanto, uma revisão e adaptação de alguns institutos do direito processual em especial a limitação subjetiva da coisa julgada (SANTOS, 2006, p. 44).

Pela trajetória já desenvolvida neste estudo, não há como negar a forte influência do direito norte-americano (*class actions*) na sistematização das ações coletivas. No entanto, a transposição do referido sistema alienígena teve que se adaptar à realidade nacional, marcada, essencialmente, pela deficiência na transmissão de informações aos jurisdicionados, muitos dos quais despidos de uma efetiva conscientização de seus direitos (LENZA, 2008, p. 224-225).

Na busca de uma harmonização da coisa julgada coletiva ao sistema brasileiro foram várias as soluções cogitadas para se resolver o problema (*secundum eventum litis*; transporte *in utilibus*; o sistema norte-americano do *opt in/opt out*, etc.) revelando a dificuldade de que, nesta categoria de ações, a tutela de interesses é metaindividual, sendo a demanda ajuizada por um “representante institucional” (Ministério Público; associações; órgãos públicos), que, não podem “consultar previamente” a coletividade, nem agir *ad referendum* desta (MANCUSO, 2007a, p. 408).

Assim, em contraposição às regras das *class actions*, que exige a conjugação do sistema de notificação aos membros ausentes; o preenchimento do requisito da representatividade adequada que é rigidamente verificada pelo magistrado, dentre outros, no sistema brasileiro a verificação da *adequacy of representation* constata-se *ope legis*.

Nesse sentido, a coisa julgada no sistema estadunidense, assim como no regime do processo individual produz efeitos denominados de *pro et contra*, ou seja, independentemente do resultado da demanda ser favorável ou contrário ao interesse das partes ou terceiros (SANTOS, 2008, p. 44), atingindo, portanto, a todos os representantes do grupo *whether favorable or not* (LENZA, 2008, p. 225). Por sua vez, no regime do processo coletivo brasileiro, a constituição e extensão da coisa julgada

dependerão da natureza do direito material tutelado (direito difuso, coletivo ou individual homogêneo), assim como do resultado favorável ou não do pronunciamento jurisdicional.

Nas demandas coletivas, a coisa julgada pode ser *erga omnes* ou *ultra partes*, a depender dos interesses envolvidos, se difusos, coletivos ou individual homogêneo.

Contudo, para uma escorreita adaptação do instituto da coisa julgada à seara coletiva, se faz relevante ultrapassar alguns pontos de toque que exigem maior reflexão por parte da doutrina atual do processo civil, no que se refere ao estudo e compreensão das classes de interesses, sendo fator relevante ao estudo da legitimidade no processo coletivo, especialmente a legitimidade ativa, da representatividade adequada, com reflexos na *res judicata*.

Isto porque a razão de ser dessas chamadas ações coletivas encontra seu fundamento na possibilidade de, com a atuação de um ou alguns membros de uma determinada classe, todos os demais, que não agirem diretamente, serem afetados pelos efeitos daquela, inclusive, no que se refere à imutabilidade do decidido, isto é, no que tange à formação da coisa julgada (BUENO, 1996, p. 116).

4 A LEGITIMIDADE NO PROCESSO COLETIVO

Buscando intensificar esse estudo, e para sua melhor compreensão e adaptação, coloca-se também a legitimidade como coadjuvante necessária para a peça inaugural do instituto da coisa julgada coletiva. Isto porque, assim como a *res judicata* não pode unicamente ser transposta da seara individual para a coletiva, as regras de legitimidade também não o podem. E, para bem assegurar o acesso à justiça, deve-se conferir a uma gama diferenciada de legitimados a tutela dos direitos metaindividuais, propiciando uma resposta eficiente e justa do poder judiciário as pretensões coletivas.

Por opção metodológica, sem olvidar toda a quimera doutrinária que perfaz sobre essa temática, busca-se, neste trabalho, trazer apenas as nuances que envolvem a legitimidade no processo coletivo, passando-se ao largo de discussões mais detalhadas sobre o assunto.

4.1 LEGITIMIDADE *AD CAUSAM*

A legitimidade é definida a partir de uma análise potencial dos envolvidos no processo, essencialmente no que concerne a titularidade do direito material controvertido (DIAS, 2008, p. 99). Consideram-se, pois, legítimos para figurar em uma demanda judicial, os titulares da pretensão formulada. Assim, há legitimidade quando o autor e o réu detêm a pertinência subjetiva da ação, ou seja, gozam do poder atribuído de conduzir um processo em que se discute determinado direito substancial em litígio.

Thereza Alvim (1996, p. 79) reconhece que “para ser parte é necessário ter capacidade⁴⁸ para estar em juízo, consistindo em um pressuposto de validade da

⁴⁸ Lembra Fábio Caldas de Araújo que a legitimidade processual, seja ela ordinária ou extraordinária, está atrelada a capacidade processual e não se confunde com a legitimidade material ou *ad causam*,

relação jurídica processual.” E continua: “terá legitimação processual (ALVIM, 1996, p. 80) aquele que preenche o pressuposto da capacidade para estar em juízo, podendo agir processualmente em defesa (sentido lato) de afirmação de direito seu” (ALVIM, 1996, p. 81).

Para caracterizar a legitimidade não basta alegar a presença do interesse, ou mesmo que o direito seja juridicamente possível, sendo, pois, indispensável à caracterização da denominada legitimidade processual (GOMES JÚNOR, 2008, p. 71).

Estabelece o artigo 3º do Código de Processo Civil que “para propor ou contestar a ação é necessário ter interesse e legitimidade.”

Assim, a legitimidade (*ad causam petendi* ou *ad agendum*) corresponde a uma condição da ação que envolve a investigação do elemento subjetivo da demanda representados nos sujeitos (autor e réu⁴⁹). A ausência de uma das condições da ação, dentre elas a parte legítima, leva à extinção prematura do processo sem a resolução do mérito. A legitimidade é, segundo célebre definição doutrinária, a pertinência subjetiva da ação (CÂMARA, 2009, p. 116).

A legitimação pode ser abordada em diversos aspectos, sendo relevante trazer à lume a classificação mais suscitada pela doutrina.

4.1.1 Legitimidade Ordinária e Extraordinária

Como previamente anunciado, a legitimidade para agir comporta diversas classificações. A principal delas é aquela que adota como critério a relação jurídica

pois nesta se perquire a viabilidade da afirmação do direito em face do titular da pretensão. (conteúdo ministrado em aula – Mestrado Linha Processual Relações Negociais – Universidade Paranaense – UNIPAR)

⁴⁹ Relevante destacar que a legitimação é bilateral, ou seja, o autor está legitimado a propor demanda em face de determinado réu. Trata-se, pois, da legitimação ativa e passiva. Desta feita, considera-se que a legitimação do réu está atrelada a do autor, pois ambos são legitimados quando observada certa relação jurídica processual objeto de tutela jurisdicional.

existente entre o legitimado e o objeto litigioso, dividindo a legitimidade em ordinária e extraordinária (ALMEIDA NETO, 2008, p. 276).

A legitimidade ordinária, que tem fulcro no art. 6º do Código de Processo Civil⁵⁰, permite que aquele que traga uma pretensão a juízo seja titular do direito material violado, isto é, haverá uma coincidente identificação na relação jurídico-material⁵¹. Em suma, o legitimado ordinário é aquele que defende em juízo interesse próprio.

Entretanto, quando a lei autorizar, poderá aquele que não tem relação alguma com o direito substantivo ameaçado ou infringido, pleiteá-lo a título alheio, ou seja, em nome próprio direito alheio.

Neste sentido, conforme o referente aqui versado, a doutrina processualista denomina a legitimidade extraordinária⁵², aquela que foge às regras do habitual, a legitimidade conferida a um terceiro a possibilidade de estar em juízo defendendo direito que não lhe pertence.

Oportuno se faz destacar a doutrina de Luiz Rodrigues Wambier (2006, p. 335):

[...] a chamada legitimação extraordinária, isto é, aquele em que existe verdadeira dissociação entre o titular do direito discutido e aquele que pode agir em juízo formulando pretensão. Trata-se, portanto, de *situação excepcionalíssima* e sempre dependente, para que possa acontecer, de *expressa autorização legal*, sem o que somente pode pleitear em juiz, a respeito de determinada pretensão, o próprio interessado em seu objeto (grifos presentes no original).

⁵⁰ Art. 6º Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei.

⁵¹ A principal dificuldade processual no que tange a legitimação coletiva paira na superação da “golden rule da legitimação ativa”, pela qual ninguém poderá pleitear em juízo direito alheio, afastando os dogmas do devido processo legal e do contraditório, ideais incrustados desde a Revolução Francesa e da noção de liberdade propalada pelo iluminismo. *In: In: DIDIER JR.; ZANETTI JR., 2008, 215.*

⁵² Pelas lições de Fábio Caldas de Araújo, “o desenvolvimento da doutrina sobre a legitimação extraordinária é atribuído aos estudos pioneiros de Köhler sobre usufruto (*Die Dispositioniessbrauch*), no entanto, foi Wach quem diferenciou o conceito de parte material e forma, isolando este último (*prozessualische Partiebergiffe*), o que abriu as portas para a compreensão deste instituto.” Lembra que “Köhler transpôs o conceito de substituição do direito material para o direito processual, criando-se a figura do *Prozessführungsrecht*, [...] ou seja, o direito de condução do processo por quem não seja o titular do direito e da pretensão ali deduzida. Quando o direito de condução do processo for realizado por terceiro em nome próprio surge então a substituição processual, a qual é chamada de *Prozeßstandchft*. O substituto não é o titular do direito deduzido em juízo, portanto não tem a legitimação ordinária.” (MEDINA; ARAÚJO; GAJARDONI, 2009, p. 359)

Portanto a legitimação extraordinária corresponde a uma autorização legal para que alguém defenda, judicialmente, em nome próprio, direito alheio, não estando sujeita à anuência ou autorização dos titulares ou titular do direito, porque tal autorização não pode sobrepor-se à vontade legal (CARVALHO NETO, 2004, p. 44).

Ultrapassada a conceituação, é relevante observar que a legitimação extraordinária, pelas lições propostas por Barbosa Moreira (1969, p. 10), pode ser classificada como autônoma e subordinada.

Na legitimação autônoma, o legitimado extraordinário está autorizado a instaurar regularmente o contraditório sem a participação do legitimado ordinário. Por sua vez, na legitimação subordinada, a participação do suposto titular do direito substantivo ameaçado se faz obrigatória para a regular instauração do contraditório.

Importa destacar que a legitimação autônoma é, por sua vez, dividida em exclusiva e concorrente. Perfaz-se a legitimação exclusiva quando o contraditório somente puder ser considerado regular e eficazmente formado com a presença de um determinado sujeito de direito. Neste caso, somente o legitimado extraordinário é o único autorizado a instaurar o processo mediante o exercício do direito de ação (ALMEIDA NETO, 2008, p. 277).

Noutro vértice, insurge a legitimação concorrente (co-legitimação) quando mais de um sujeito de direito estiver autorizado a discutir em juízo determinada situação jurídica, podendo, desta feita, tanto o titular do objeto litigioso, quanto os denominados legitimados extraordinários ajuizar a demanda (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, 2008, p. 179).

Ainda, e não menos importante, há uma sub-divisão na legitimação concorrente que poderá ser considerada como concorrente primária e concorrente subsidiária. Considera-se com concorrente primária quando qualquer legitimado extraordinário tem qualidade para desde logo instaurar autonomamente o processo, sem que se lhe imponha esperar, durante certo tempo, pela iniciativa do legitimado ordinário (LENZA, 2008, p. 173). E, concorrente subsidiária quando a legitimação ordinária permanece

omissa e, após ultimado o prazo legal, surge a legitimação denominada de extraordinária concorrente subsidiária (v.g. ação de responsabilidade civil a ser proposta por qualquer acionista contra os diretores em uma sociedade por ações, se a sociedade não a propuser dentro de 6 meses – artigo 123 do revogado Decreto-lei 2.627/40) (LENZA, 2008, p. 173).

Relevante também a distinção entre legitimação extraordinária e substituição processual. Conquanto haja aplicação imprópria destes preceitos por parte da doutrina que as considera como expressões sinônimas, deve-se, por tecnicismo, reconhecer que a legitimação extraordinária é o gênero pelo qual a substituição processual está inserida. Portanto, a substituição processual ocorre na hipótese de legitimação extraordinária autônoma e exclusiva ou nos casos de legitimação autônoma concorrente, pelo qual há efetiva substituição do legitimado ordinário pelo extraordinário, pela omissão do legitimado ordinário e consequente ajuizamento da demanda pelo legitimado extraordinário.

Ultrapassadas tais premissas, convém delimitar a discussão que paira sobre a natureza jurídica da legitimação coletiva.

4.1.2 Da Natureza Jurídica da Legitimação Coletiva

Revela-se premente a discussão acerca da natureza jurídica da legitimação coletiva ou “representação” dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos em juízo, sendo a divergência oscilando entre legitimação ordinária, extraordinária por substituição processual e legitimação autônoma.

Não há, portanto, um consenso na doutrina quando a natureza da legitimação coletiva, sendo o embate suscitado por três diferentes correntes doutrinárias.

Prima facie, reconhece-se o tipo de legitimação relacionada a qual ação coletiva que se está tratando. No que tange ao artigo 91 do Código Consumerista⁵³ predomina a visão de que é uma clara hipótese de substituição processual.

Ada Pelegrini Grinover, por exemplo, sustenta que se trata inquestionavelmente de legitimação extraordinária por meio de substituição processual (GRINOVER, et al., 2007, p. 889). Justifica tal posicionamento no fato de os legitimados para a propositura da ação coletiva não irem a juízo, mediante essa via coletiva, para a defesa de interesses próprios ou institucionais, mas para a proteção de direitos pessoais, individualizados nas vítimas dos danos.

Arruda Alvim (1996, p. 122) não discorda desta visão:

O artigo 91, claramente – para nos valermos do linguajar do processo tradicional – expressa, na esteira da dicção conhecida, uma hipótese de substituição processual, *ex lege (e não voluntária)*; pelos seus próprios dizeres, pois que, diz-se aí, que os legitimados “poderão propor, em nome próprio e no interesse das vítimas ou de seus sucessores ação civil coletiva”.

Tem-se presente, portanto, que a doutrina pareça se harmonizar em torno de uma legitimação extraordinária para a tutela dos interesses individuais homogêneos (LENZA, 2008, p. 178), mas não se pode aferir o mesmo no que tange à natureza jurídica da legitimação para com os direitos difusos e os coletivos descritos no artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor⁵⁴.

Arruda Alvim (1996, p. 126), por exemplo, conclama a natureza de legitimação ordinária. Nesta hipótese a ordinaryness se justifica

⁵³ Artigo 91. Os legitimados de que trata o art. 82 poderão propor, em nome próprio e no interesse das vítimas e de seus sucessores, ação civil coletiva de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos, de acordo com o disposto nos artigos seguintes.

⁵⁴ Artigo 82: Para fins do artigo 82 parágrafo único são legitimados concorrentemente:

I – o Ministério Público

II – a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal;

III – as entidades e órgãos da administração pública, direta, indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código;

IV – as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam em seus fins institucionais a defesa dos interesses protegidos por este Código, dispensada a autorização assemblear.

[...] porque decorrente *ex lege*,[...] e, em realidade, somente esses que estão elencados taxativamente é que tem essa legitimidade. Portanto, no plano das ações coletivas, são esses que ordinariamente, e, em realidade, sempre e somente esses, que são os legitimados para as ações coletivas..

Sob a mesma ótica, Paulo de Tarso Brandão (1996, p. 118-119) reconhece que a legitimação é sempre ordinária, pois essa decorre expressamente da lei. Argumenta que “qualquer outra pessoa que não esteja legitimada por força de lei não poderá exercitar o direito de ação [...], pois, em nenhuma hipótese, poderá haver substituição processual, ou seja, legitimação extraordinária.”

Com fundamento nos estudos da doutrina alemã e italiana⁵⁵ também Kazuo Watanabe, citado por Fredie Didier, realiza uma análise ampliada do artigo 6º do estatuto processual civil brasileiro, defendendo a importância na distribuição equitativa da justiça e na valoração dos corpos sociais. Trata-se de uma visão que justifica a legitimação do suposto interessado através do poder de agir na defesa de seus direitos substanciais. Reconhece, portanto, que há legitimidade ordinária das entidades civis para a defesa de direitos superindividuais, ligados aos fins associativos, sendo as demais hipóteses caso de substituição processual (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, 2008, p. 209).

Refuta-se, todavia, tais fundamentos ao passo que, em se tratando de interesses coletivos, a regra do CPC não se mostra a mais adequada para a efetiva tutela de direitos. Além dos fatores de indivisibilidade do objeto e indeterminabilidade dos sujeitos, resultaria na necessidade da pesquisa em torno das finalidades estatutárias dos entes que se afirmam legitimados para agir em juízo, eis que é de sua

⁵⁵ As doutrinas italiana e alemã previam no texto constitucional a legitimidade de todos da tutela de direitos individuais e particulares (próprios) Com expressa previsão no artigo 24 da Constituição Italiana e artigo 19, §4º. da Constituição Alemã. Todavia os textos não admitiam a visão teleológica de que a havia a proteção de direitos coletivos de titularidade indeterminada, refletindo, por conseguinte, contornos de difícil acomodação doutrinária para a manutenção da defesa dos interesses coletivos *latu sensu*, no sistema de legitimação ordinária. Didier invoca a justificativa do jurista italiano Trocker para conformar a para justificar a análise sistemática do texto constitucional a tese da legitimação ordinária. Argumenta o “autor que o grupo ou terceiro interessado, deduzindo em juízo, faz valer em realidade também um próprio interesse na integração da situação lesada, ou seja, é admitida, para fins de tutela, uma legitimação ordinária dos grupos sociais.” (sem grifo no original). (In: DIDIER JR.;ZANETI JR., 2008, p. 212).

constatação que legitima a afirmada titularidade na lide e, portanto, a legitimação ordinária (VIOLIN, 2008, p. 44).

Saliente-se, no mesmo sentido a doutrina de Rodolfo de Camargo Mancuso (1991, p. 228):

Se nos ativemos à concepção rigidamente individualística do processo civil, e assim interpretarmos o artigo 6º do CDC, concluiremos que não se trata de legitimação ordinária, visto que, cuidando de interesses difusos, há uma pluralidade indefinida de sujeitos que, em princípio são ou podem ser afetados por aqueles interesses.

Ainda, contra-argumentando o fundamento da legitimação ordinária, Didier Jr. e Zaneti (2008, p. 212) também concluem que o reconhecimento da afinidade temática das associações, sindicatos e entidades de classe com o direito violado, enceta legitimação ordinária para a impetrar ação ordinária individual ou outro procedimento especial cabível, tal qual o mandado de segurança individual. Ademais, para os citados autores, é inconcebível que na hipótese de legitimação ordinária o titular do direito de ação seria único atingido pelos limites subjetivos da coisa julgada.

Outra orientação doutrinária quanto à natureza jurídica da legitimidade em ação coletiva é encabeçada por Nelson Nery Jr., Rosa Maria de Andrade Nery, Marcelo Abelha e Celso Antônio Fiorillo (1996, p. 119), dentre outros doutrinadores, que reconhecem, com base na teoria de condução do processo, a possibilidade de um terceiro que não tenha relação com o direito substancial deduzido em juízo possa conduzir o processo, classificando-a em legitimidade autônoma⁵⁶ para a condução do processo⁵⁷.

Neste sentido:

⁵⁶ O vocábulo “autônoma”, na seara de legitimação extraordinária, representa o reconhecimento de que em se tratando de direitos difusos e coletivos, não se consegue reconhecer quem sejam os substituídos. (In: VIOLIN, 2008, p. 45).

⁵⁷ A indeterminação dos substituídos leva a essa modalidade de classificação, que, com inspiração da doutrina alemã, a denomina de *legitimação autônoma para a condução do processo (selbständige Prozeßführungsbefungis)* e não substituição processual. (MEDINA; ARAÚJO; GAJARDONI, 2009, p. 361).

A dicotomia clássica entre legitimação ordinária e extraordinária somente tem cabimento para explicar os fenômenos afetos a direitos individuais, pelo que a legitimidade para a defesa de interesses difusos, direitos coletivos ou interesses individuais homogêneos é autônoma, em que pese fazê-la pela via de substituição processual, mesmo para as ações em que os substituídos possam ser determináveis e se beneficiarem da sentença pessoalmente (PAULA, 2003, p. 102).

Sustentam que os titulares (legitimados) são pessoas determinadas em lei, não havendo vínculo com o direito subjetivo material com a atuação processual, justificando-se, também, a qualificação “autônomo”.

Nesta esteira, oportuno destacar as lições de Rosa Maria de Andrade Nery e de Nelson Ney Jr.(2006, p. 152):

A figura da substituição processual pertence exclusivamente ao direito singular e, no âmbito processual, ao direito processual civil individual. Só tem sentido falar-se em substituição processual diante da discussão sobre um direito subjetivo (singular), objeto de substituição: o substituto substitui pessoa determinada, defendendo em seu nome o direito alheio do substituído. Os direitos difusos e coletivos não podem ser regidos pelo mesmo sistema, justamente porque tem por características a não individualidade. O fenômeno é outro, próprio do direito processual civil coletivo. [...] Os direito, no qual existe pessoa determinada e substituída. Quando a lei legitima alguma entidade a defender direito não individual (coletivo ou difuso), o legitimado não estará defendendo direito alheio em nome próprio, porque não se pode identificar o titular do direito. Não poderia ser admitida ação judicial proposta pelos ‘prejudicados pela poluição’, pelos ‘consumidores de energia elétrica’, enquanto classe ou grupo de pessoas. A legitimidade para a defesa dos direitos difusos e coletivos em juízo não é extraordinária (substituição processual), mas sim legitimação autônoma para a condução do processo (*selbständige Prozebführungsbefgnis*): o legislador, independente do conteúdo do direito material a ser discutido em juízo, legitima a pessoa, órgão ou entidade a conduzir o processo judicial no qual se pretende proteger os direitos difusos ou coletivos. A lei elegeu alguém para a defesa de direitos porque seus titulares não podem individualmente fazê-lo.

Ainda, reconhecendo a legitimação autônoma no que se refere às ações coletivas para a proteção dos direitos difusos, salienta-se a doutrina de Rizzato Nunes (2009, p. 808):

A legitimidade das entidades no caso das Ações Coletivas para a proteção dos Direitos Difusos e Coletivos é autônoma: não se trata de substituição

processual. Ela é típica do instituto da ação coletiva, pertencendo, por isso, autonomamente a cada uma das entidades, que respondem por si mesmas na ação. O objeto do direito em jogo não pertence à entidade – seja no caso de direito difuso ou coletivo –, mas a ação sim: esta é exercida no âmbito de sua autonomia. É verdade que o direito material não pertence a entidade [...] por isso que propriamente não se poderia dizer que a entidade estaria defendendo direito alheio em nome próprio; e, ainda que reste alguma discussão a esse respeito, o fato é que as entidades não agem como substituto processual, fruto de uma legitimação extraordinária, para estar em juízo quando atuam na defesa de direitos difusos e coletivos. Elas recebem da lei, especialmente em função do caráter de indivisibilidade do objeto em jogo, legitimidade autônoma para agir judicialmente⁵⁸.

Tal corrente é censurada ao argumento de que a titularidade é limitada na lei (*ope legis*) que enumera taxativamente os legitimados para o ajuizamento das ações coletivas, limitando atuação dos titulares do direito substancial, na medida em que os legitimados extraordinários agem em nome de outrem impossibilitando a atuação como parte dos próprios titulares individuais do direito substancial (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, 2008, p. 214).

Argumenta-se, ainda, que não se pode deixar de reconhecer que em se tratando de tutela coletiva, haverá, sempre, a defesa em nome próprio de um direito alheio da coletividade, sejam eles de natureza difusa ou coletiva. Ora, em todas as situações o representante adequado legalmente designado age em nome próprio, pouco importando se, na defesa de interesses institucionais ou na defesa de um direito alheio de uma coletividade (LENZA, 2008, p. 178)

Pedro Lenza (2008, p. 178), conclui, que há uma releitura do instituto clássico a legitimação extraordinária sob a perspectiva coletiva, no sentido de “sempre haver a substituição de uma coletividade, mas ou menos determinada, chegando, muitas vezes a ser indeterminável, ligados por uma circunstância de fato.”

De mesma sorte destaca-se que “*não há necessidade de construir uma terceira espécie de legitimação (legitimação autônoma para a construção do processo), própria para a tutela dos interesses latu sensu, pois a legitimação extraordinária é suficiente*”, reconhecendo que o que difere não é a legitimação coletiva, mas o processo coletivo por sua essência (ALMEIDA NETO, 2008, p. 280).

⁵⁸ NUNES, Rizzato. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 808.

Noutra banda, defensores de um *tertium genus*, além da legitimidade ordinária e extraordinária, considerando a necessidade de uma legitimação especial com contornos próprios, derivados da circunstância de se destinar aos novos direitos, a saber direitos metaindividuais, Luiz Rodrigues Wambier (2006, p. 337) e Thereza Alvim (1996, p. 119), lançam doutrina divergente. Esta última, inclusive, se refere à classificação de legitimação coletiva genérica e legitimação coletiva institucional – referente à legitimidade do Ministério Público.

Sem olvidar a autoridade dos argumentos de tais juristas, à vista do explanado nos tópicos anteriores, aprende-se que no caso do processo coletivo, pela maioria doutrinária, há o reconhecimento da natureza jurídica de legitimação extraordinária por substituição processual. Ora, nem sempre é possível o particular figure como legitimado ativo exclusivo, pelo contrário, como na maioria das vezes há uma indivisibilidade, ou uma indeterminabilidade dos sujeitos lesados, fazendo-se necessário a intervenção de outros entes para assegurar os interesses prejudicados.

Desta feita, esse estudo considera que essa legitimação processual extraordinária dá-se por substituição processual – defesa em nome próprio de direito alheio. No processo coletivo ocorre a denominada “incoincidência citada, uma vez que os titulares dos direitos transindividuais são agrupamentos humanos sem personalidade judiciária, incapazes de proteger seus direitos em juiz” (DIDIER JÚNIOR; ZANETTI JÚNIOR, 2008, p. 214).

Neste cariz, oportuno se faz trazer a baila às lições de Pedro Lenza (2008, p. 178):

A legitimação extraordinária deve ser a regra da tutela jurisdicional coletiva na sociedade de massa, devendo ser dada preferência à “molecularização dos conflitos”. Trata-se não de uma *legittimazione ordinária sui generis*, conforme proposto por *Vigoriti*, mas sob esta nova perspectiva coletiva, de uma *legitimação extraordinária sui generis*, havendo, no sentido proposto, necessariamente substituição processual da coletividade, por um legitimado adequado .

Neste prisma, já se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial 869843/RS, com voto da lavra do ministro Luiz Fux, julgado pela primeira turma em 18/09/2007, *in verbis*:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MENOR SAÚDE. DIREITO INDIVIDUAL INDISPONÍVEL. ART. 227 DA CF/88. LEGITIMATIO AD CAUSAM DO PARQUET. ART. 127 DA CF/88. ARTS. 7.º, 200, e 201 DO DA LEI N.º 8.069/90. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PELO ESTADO. DESCUMPRIMENTO DA DECISÃO JUDICIAL DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS. MEDIDA EXECUTIVA. POSSIBILIDADE, IN CASU. PEQUENO VALOR. ART. 461, § 5.º, DO CPC. ROL EXEMPLIFICATIVO DE MEDIDAS. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À SAÚDE, À VIDA E À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PRIMAZIA SOBRE PRINCÍPIOS DE DIREITO FINANCEIRO E ADMINISTRATIVO.

NOVEL ENTENDIMENTO DA E. PRIMEIRA TURMA.

1. O Ministério Público está legitimado a defender os interesses transindividuais, quais sejam os difusos, os coletivos e os individuais homogêneos.

2. É que a Carta de 1988, ao evidenciar a importância da cidadania no controle dos atos da Administração, com a eleição dos valores imateriais do art. 37, da CF/1988 como tuteláveis judicialmente coadjuvados por uma série de instrumentos processuais de defesa dos interesses transindividuais, criou um microsistema de tutela de interesses difusos referentes à probidade da administração pública, nele encartando-se a Ação Cautelar Inominada, Ação Popular, a Ação

Civil Pública e o Mandado de Segurança Coletivo, como instrumentos concorrentes na defesa desses direitos eclipsados por cláusulas pétreas.

3. Deveras, é mister concluir que a nova ordem constitucional erigiu um autêntico 'concurso de ações' entre os instrumentos de tutela dos interesses transindividuais e, a fortiori, legitimou o Ministério

Público para o manejo dos mesmos.

4. Legitimatio ad causam do Ministério Público à luz da dicção final do disposto no art. 127 da CF/1988, que o habilita a demandar em prol de interesses indisponíveis.

5. Sob esse enfoque a Carta Federal outorgou ao Ministério Público a incumbência de promover a defesa dos interesses individuais indisponíveis, podendo, para tanto, exercer outras atribuições previstas em lei, desde que compatível com sua finalidade institucional (CF/1988, arts. 127 e 129).

6. In casu, trata-se de Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, objetivando o fornecimento de medicamento para o menor Rafael Vailatti Favero, portador de cardiopatia congênita.

7. O direito à saúde, insculpido na Constituição Federal é direito indisponível, em função do bem comum, maior a proteger, derivado da própria força impositiva dos preceitos de ordem pública que regulam a matéria.

8. Outrossim, o art. 6.º do CPC configura a legalidade da legitimação extraordinária cognominada por Chiovenda como "substituição processual".

9. Impõe-se, ressaltar que a jurisprudência hodierna do E. STJ admite ação individual acerca de direito indisponível capitaneada pelo MP (Precedentes: REsp 688052 / RS, DJ 17.08.2006; REsp 822712 / RS, DJ 17.04.2006; REsp 819010 / SP, DJ 02.05.2006).

(...)

18. Recurso especial desprovido.

Frise-se, ainda, que a legitimação extraordinária, a bem da interpretação clássica, não se amolda com precisão à tutela dos direitos difusos e coletivos, eis que não é possível determinar com a certeza desejável quais seriam os substituídos.

Ademais, consoante já exaustivamente tratado, destaca-se que tal legitimação processual, sendo extraordinária, não afasta o exercício do direito de ação daquele que se entenda como titular do direito coletivo ou difuso, tampouco induz litispendência.

A título de considerações finais, é oportuno apontar que, pelos mais variados argumentos, não é pacífica a doutrina no que tange à natureza jurídica da legitimidade ativa das ações coletivas. Não obstante tais divergências, certo é que, independente da corrente adotada, todos os olhos dos operadores do direito devem estar voltados para os anseios do mais amplo acesso à justiça e do princípio da universalidade da jurisdição, em perfeita sintonia com a tendência de ampliação da legitimação nas ações coletivas.

4.1.3 Da Legitimação Ativa, Disjuntiva e Concorrente

O Código de Defesa do Consumidor conceitua os direitos ou interesses em difusos, coletivos e individuais homogêneos, mas para efeito de legitimação ativa em juízo, não perfaz qualquer distinção, afetando de modo **concorrente e disjuntivo**, aos órgãos e entidades mencionados no artigo 82⁵⁹ e incisos do Código Consumerista (MANCUSO, 2007b, p. 58).

⁵⁹ Artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor: Para fins do artigo 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente:

I – O Ministério Público;

II – A União, os Estados, os Municípios e do Distrito Federal;

III – as entidades e os órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código;

IV – as associações legalmente constituídas há pelo menos 1 (um) ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código, dispensada a autorização assemblear.

Ainda, o artigo 5º da Lei 7.347/85 (Lei de Ação Civil Pública), com redação conferida pela Lei 11.448/2007, também indica os entes legitimados ao ajuizamento da ação civil pública, com a seguinte redação: “Tem legitimidade para propor a ação principal e cautelar: I – O Ministério Público; II – A Defensoria Pública⁶⁰; III – A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; IV – a autarquia, empresa pública, fundação e sociedade de economia mista; V – a associação que, concomitantemente: a) esteja constituída a pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil; b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção do meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.”

Ambos os dispositivos legais, com redação muito aproximada, se completam “em razão do caráter integrativo de ambos os diplomas (artigo 117 do CDC), para indicar exaustivamente todas as pessoas que estão legitimadas a propositura de ações coletivas” (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 393).

Assim, optou-se pela legitimidade denominada de *ope legis*, ou seja, através da atividade legiferante institui-se com exclusividade⁶¹ a legitimação concorrente e autônoma entre os entes legalmente, públicos e privados⁶², discriminados que podem agir na defesa do bem tutelado, sem que isso iniba a atuação dos demais.

Além de concorrente, a legitimidade é considerada disjuntiva por não “ser complexa, visto que qualquer uma das entidades co-legitimadas poderá propor sozinha ação coletiva, sem a necessidade de formação de litisconsórcio” (MANCUSO, 2007a, p. 424).

⁶⁰ A Defensoria Pública já poderia propor ações civis públicas ou coletivas, mesmo antes da lei 11.448/07, com fundamento no artigo 82, III do CDC, uma vez que tem natureza de órgão público destinado a tutela jurisdicional dos necessitados. Neste sentido, destaca-se trecho do Recurso Especial RESP 555111/RJ de Relatoria do Ministro Castro Filho, julgado em 05.09.2006: “*omissis* I – O NUDECON, órgão especializado, vinculado à Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, tem legitimidade ativa para propor ação civil pública objetivando a defesa dos interesses da coletividade de consumidores que assumiram contratos de arrendamento mercantil, para aquisição de veículos automotores, com cláusula de indexação monetária atrelada à variação cambial.”

⁶¹ É considerada uma legitimidade exclusiva, porque somente aquelas entidades taxativamente previstas na Lei de Ação Civil Pública e Código de Defesa do Consumidor poderão propor ação coletiva. As pessoas físicas, com a ressalva da ação popular e as pessoas jurídicas não detêm legitimidade para propor ação coletiva. (MANCUSO, 2007a, p. 424)

⁶² Elogiável pela doutrina a ampliação da legitimidade ativa para entes públicos e privados ao efeito de conferir maior efetividade à tutela coletiva. Neste sentido há que salientar: (“*La posición tomada por el derecho brasileño, a nuestro juicio, es correcta, al permitir una conjugación de esfuerzos de órganos públicos e instituciones privadas*”). (In: MOREIRA, 1994).

Não há, portanto, exclusividade de atuação, podendo todos atuarem conjunta ou isoladamente, sem qualquer monopólio e, ao mesmo tempo de forma disjuntiva, de forma a permitir que qualquer das entidades co-legitimadas poderá propor, sozinha, a ação coletiva sem necessidade de formação de litisconsórcio para a autorização por parte dos demais co-legitimados (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 393).

Neste mesmo sentido:

[...] a doutrina comunga o entendimento de que a legitimidade de um não exclui a do outro, podendo um co-legitimado agir sozinho, sem a anuência, intervenção ou autorização dos demais. Todos concorrem em igualdade para a propositura da ação e, desde que preenchidos os requisitos legais, qualquer deles poderá intentá-la. Não há exclusividade nem atribuição privativa de legitimidade. Nesse sentido, eventual litisconsórcio que se forme será sempre facultativo (LENZA, 2008, p. 168).

Saliente-se que a técnica de legitimidade extraordinária concorrente e disjuntiva tem uma “razão jurídica e uma explicação prática” (MANCUSO, 2007b, p. 58). Rodolfo Camargo Mancuso, por exemplo, invoca como razão jurídica o artigo 129, § 1º da Constituição Federal que estabelece a legitimação do Ministério Público para a propositura das ações civis tratadas pelo *caput* e incisos “não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei”. Como razão de ordem prática Mancuso (2007, p. 58) argumenta que os interesses metaindividuais, por sua própria natureza, estão esparsos pela coletividade, pertencendo a um só tempo a todos e a apenas um indivíduo isoladamente, de modo que não faria sentido eleger-se apenas um expoente que pudesse representar em juízo.

4.2 REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA

Nesse contexto de sistematização do processo coletivo, há uma atriz de relevante importância que se faz coadjuvante a legitimidade ativa. É a figura da representatividade adequada.

A representatividade adequada, requisito típico para a propositura das *class actions* norte americana, corresponde à aptidão técnica, institucional e financeira do órgão ou entidade que propõe uma demanda com natureza coletiva. Sua finalidade é, essencialmente, qualificar o pólo ativo para fins de se evitar demandas coletivas precárias que poderiam prejudicar a coletividade, eis que a coisa julgada naquele sistema não é *secundum eventum litis* (RÊ, 2008, p. 324), mas atinge qualquer interessado, ainda que não tenha participado da ação coletiva, seja para prejudicar ou para beneficiar.

No sistema estadunidense, a adequação do representante está prevista na lei processual civil, porém, acima de tudo é considerada como uma questão constitucional, pois não pode ser apreciada alheia ao devido processo legal⁶³.

Antônio Gidi, ainda explica como funciona o mecanismo para apreciação da representatividade adequada:

De acordo com o direito americano, para que uma ação coletiva seja aceita, o juiz precisa estar convencido, entre outras coisas, de que o representante possa representar adequadamente os interesses em juízo. Esse é, sem dúvida, o aspecto mais importante das *class actions* americanas, tanto pelo ponto de vista teórico, como prático (GIDI, 2002, p. 66).

Há que se perceber a apuração da *adequacy of representation*, de responsabilidade do magistrado (*ex officio*), recai na constatação de relevante conflito ou antagonismo de interesses entre o representante e os outros membros da classe, não se admitindo que a atuação do representante se apresente em descompasso com os anseios da categoria (DINAMARCO, 2001, p. 135).

Neste prisma Vincenzo Vigoriti (2008, p. 200) destaca:

Quello sulla legittimazione è il più importante, ma non l'único controllo di ammissibilità previsto dall'art 140bis, che ne vuole due ulteriori, tanto pregnanti da far pensare che la sorte del processo si giochi proprio qui.

⁶³ A Constituição Americana garante, por meio da Quinta Emenda (1.791), que *“no person shall be deprived of life, liberty, of propoerty, without due process of law”*. Mas a Suprema Corte tem reconhecido que o julgamento dessas ações são uma exceção à regra, desde que os indivíduos que não participaram do processo tenham sido representados adequadamente. Haverá, todavia, violação ao *due process of law* quando não estiver presente uma adequada proteção aos interesses dos membros ausentes. (Cf. DINAMARCO, Pedro. Op. cit. p. 134).

Su istanza dell'impresa, ma anche d'ufficio, all'attore può essere eccepito Che l'azione è inammissibile perché esiste conflitto di interessi: la lcuazione si riferisce al conflitto fra la collettività e le associazioni legittimate a causa dei legami di queste ultime con l'impresa convenuta in giudizio.

Cássio Scarpinella Bueno (1996, p. 104) lembra, inclusive, que para a verificação da representatividade adequada se faz necessária a ocorrência de três elementos. Destaca como primeiro elemento a constatação de que os membros presentes e nomeados na ação devem demonstrar que tem efetivo interesse jurídico na promoção da ação coletiva, ou seja, devem estar cabalmente reveladas as razões que incitaram a promoção da demanda. Frisa que, neste particular, caberá a Corte apurara a *bona fides* e sua competência técnica, não sendo crível a promoção de uma ação coletiva unicamente com fundamento vingativo ou desleal. Ainda, como segundo e terceiros elementos se tornam imperiosas a ampla publicidade para todos os membros da *class* e, por fim, com base na doutrina norte-americana, o preenchimento das condições que deverão ser satisfeitas para a certificação de uma *class action*⁶⁴.

⁶⁴ Cássio Scarpinella Buneno destaca que com base na doutrina americana podem ser colhidas sete condições que, satisfeitas, darão ensejo à declaração de se tratar de uma *class action*. Na verdade, estes sete itens – o *seven-part certification process* - acaba por dar ensejo a uma breve recapitulação de tudo quanto dito anteriormente, o que justifica ser aqui sua colocação no texto. Duas destas sete condições são indicadas na jurisprudência e são as seguintes: (i) antes de tudo, deve haver uma classe. Em que pese a obviedade desta exigência, o que se quer é que aquele que se pretende adequado representante deve fornecer argumentação suficiente de que há uma classe sujeita a uma determinada violação de direito (ou, desde que a classe esteja no pólo passivo da relação processual, que esteja violando direitos). A literalidade do termo, na verdade é propiciadora de uma abrangência de significados impressionantes. [...] (ii) aquele que se pretende adequado representante deve ser membro (atual) da classe, o que, segundo revela a doutrina, parte da premissa de que “if they have a personal staki in the outcome of lthe litigation, the representative are likely to undertake a full prosecution or defense.” A doutrina, ainda chama a atenção ao fato de que esta questão é, essencialmente, relacionada com a pesquisa em torno da legitimidade *ad causam*. Os outros quatro requisitos para que seja uma ação *certified* como *class action* podem ser colhidos, como aventado anteriormente na própria Rule 23 (iii) a classe deverá ser tão numerosa que a reunião de todos seus membros demonstra-se impraticável. [...] (iv) as questões que dão ensejo ao litígio, sejam as de fato ou as de direito, devem ser comuns. Basta uma mera questão comum para que este requisito esteja preenchido. [...] (v) as pretensões deduzidas pela “parte ideológica” sejam típicas da classe. [...] (vi) aferição da representatividade adequada, com a constatação de que não há qualquer conflito entre os membros presentes da relação processual e aqueles ausentes, como também a presença de uma advogado especializado que tenha condições de lidar com a complexidade de questões que podem se apresentar no desenvolvimento do processo. O sétimo requisito exigido para que seja conferida a certificação é (vii) oi exame de a hipótese amoldar-se em uma das hipóteses previstas em abstrato na *Rule 23 (b)*, ou seja, se trata do risco de se ter regras individuais de conduta incompatíveis entre si, se busca uma injunção a favor ou contra a classe para que sejam respeitados os *civil rights* ou, por fim, se é conveniente, por questões de economia processual e segurança jurídica a junção das centenas, milhares ou milhões de lides individuais (*multiple litigation*)

Constada a inadequada representação, o magistrado poderá determinar a intervenção de outro integrante da classe que seja “moral e economicamente mais idôneo, havendo eventual sucessão processual, ou a classe poderá ainda, dividir em subclasses, cada qual com seu representante” (BUENO, 1996, p. 104).

Importa salientar que um integrante do grupo poderá impugnar a adequada representação até mesmo após o trânsito em julgado e, sendo revelada a má atuação do representante, aquele não estará sujeito ao efeito preclusivo da coisa julgada (BUENO, 1996, p. 167). Neste mesmo sentido:

Até mesmo a formação da coisa julgada não preclui a questão da representatividade adequada: o grupo ou alguns membros do grupo não forem adequadamente representados em juízo, eles não poderão legitimamente ser vinculados pela sentença dada em ação coletiva. Se em ação futura (individual ou coletiva) através de uma avaliação retrospectiva, ficar estabelecida a inadequação da representação, o juiz negará o efeito de coisa julgada a sentença coletiva anterior em benefício de todos ou alguns membros do grupo. O juiz da ação posterior, como terceiro distante e desinteressado, está muito mais bem-aparelhado para detectar inadequações ocorridas no processo anterior do que o próprio juiz que julgou a causa (GIDI, 2002, p. 66-67).

Posta assim a questão, é de se dizer que o sistema da representatividade adequada no direito anglo-americano proporciona uma redução no risco de colusão, incentivando uma conduta vigorosa do representante e do advogado do grupo, além de assegurar que se traga para o processo a visão e os reais interesses do grupo (GIDI, 2002, p. 66).

Mas, pelo já estudado, no sistema processual brasileiro, a legitimação ativa nas ações coletivas é atribuída, *ope legis*, ao Ministério Público; à União, Estados, Municípios e ao Distrito Federal; às entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses protegidos; e às associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre os seus fins institucionais a defesa de tais inter. A esses e direitos.

Não há, portanto, a adoção do sistema da representatividade adequada, em que o magistrado examina, no caso concreto, a presença dos requisitos de

para uma decisão (vinculante, salvo a hipótese de auto-exclusão) conjunta e uniforme. (BUENO, 1996, p. 110-112).

credibilidade, idoneidade e capacidade do autor coletivo, com escopo de impedir o ajuizamento de demandas temerárias ou de discussão de interesses de alta relevância por parte sem condições técnicas mínimas. No sistema brasileiro não se cogita a representatividade adequada, eis que a coisa julgada não prevalece para prejudicar qualquer interessado.

Ora, se houvesse a aferição da representatividade adequada do “representante” do grupo no sistema processual brasileiro, não haveria porque a coisa julgada por insuficiência de provas não ser definitiva (*secundum eventum probationis*) (LÉOPRE, 2009, p. 21).

Mas, mesmo diante desta imunidade que isentaria a extensão da coisa julgada nas hipóteses de prejuízo, questiona-se: seria legítima e também eficaz toda e qualquer a atuação extraordinária em prol da defesa de interesses que pertencem a um agrupamento humano? Ainda, persiste a indagação: como verificar a representatividade adequada de um único ente, associação ou órgão para a defesa dos direitos coletivos, difusos ou individuais homogêneos? Caberia ao juiz brasileiro o controle da “adequada representatividade” do ente legitimado, como expressamente preveem os sistemas norte-americanos? (GRINOVER et. al, 2007, p. 844).

Ora, problemas práticos podem e têm surgido pelo manejo de ações coletivas por parte de associações, por exemplo, que, conquanto preencham os requisitos legais, não apresentam credibilidade, seriedade e comprometimento, além de não demonstrarem conhecimento técnico-científico, capacidade econômica e possibilidade de produzir uma defesa processual válida e eficaz (GRINOVER et. al, 2007, p. 844).

José Marcelo Menezes Vigliar (2005, p. 327) ressalta que seria um tanto hipócrita o critério imaginado pelo legislador em que se tornaria automaticamente adequado o representante que tiver o estatuto devidamente registrado pelo período mínimo de um ano e que apresentar de forma expressa a possibilidade de defesa de determinados interesses transindividuais.

Ressalta-se que esses critérios são absolutamente frágeis e, mais, permitem que, ultrapassado o lapso temporal de um ano após a criação de uma associação surgiria a legitimidade para a defesa de interesses individuais homogêneos. Há, pois,

uma total banalização para a aferição da representatividade adequada e, por conseguinte, da tutela jurisdicional coletiva (VIGLIAR, 2005, p. 327).

Nestes casos, reconhece-se que seria de grande valia atribuir ao juiz o controle sobre a legitimação, em cada caso concreto, de modo a possibilitar a inadmissibilidade da ação coletiva, quando a “representatividade” do legitimado se demonstrasse inadequada, por incompetência ou negligência ao efeito de evitar uma coisa julgada prejudicial neste caso.

Antônio Gidi (2002, p. 68) argumenta, neste sentido, que embora o sistema pátrio se distancie do norte-americano em razão de uma maior objetividade, reconhece-se também a possibilidade de o magistrado aferir, no caso concreto eventual inadequação do representante em juízo, proporcionando prazo e oportunidade para o autor inadequado seja substituído por outro, adequado⁶⁵.

Embora o sistema Brasileiro nada afirme, invoca-se, neste estudo, o posicionamento do doutrinador Kazuo Watanabe et. al. (2007, p. 844) que admite análise da “representatividade adequada” pelo magistrado no caso concreto, fundamentado na hipótese descrita no artigo 82, §2º do CDC, que dispensa o requisito da pré-constituição há pelo menos um ano quando haja manifesto interesse social evidenciado na característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

Quanto ao assunto, convém ressaltar:

O Código, fiel aos objetivos de estimular a atividade associativa e, sobretudo, de garantir a efetividade dos interesses do consumidor, adotando a proposta de Antônio Benjamin feita no âmbito da Comissão de Juristas, permite que o juiz dispense a exigência de que a associação legitimada para a demanda coletiva esteja constituída há pelo menos um ano. Constitui da mesma forma, um reforço a existência de ‘manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano’, ou ainda a ‘relevância do bem jurídico a ser protegido’ (art. 82, §1º do CDC). (grifo presente no original) (BENJAMIN, 2005, p. 989).

⁶⁵ Importa destacar que a representatividade adequada não se confunde com a pertinência temática, muito embora alguns autores insistam em incluir a primeira como requisito da segunda. Por exemplo, Hugo Nigro Mazzilli, quando analisa a legitimidade das associações civis, ensina que essa representatividade é aferida à vista do preenchimento de dois requisitos: a) a pertinência temática; b) a pré-constituição a mais de um ano. Igual equívoco é assinalado por Elton Venturi e alguns Tribunais que reconhecem que a ausência da representatividade adequada diante da não demonstração da pertinência temática. Não há, pois, cabimento, nessa confusão doutrinária. (Cf: RÊ, 2008, p. 324).

Pedro Lenza (2008, p. 188), ainda reconhece ser possível admitir a análise discricionária do juízo da existência ou não da *adequacy of representation*, nas hipóteses de associação que não preencha os requisitos da pré-constituição ânua, para as hipóteses de interesse social evidenciado pela característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

No mesmo sentido se manifesta Luiz Manoel Gomes Jr. (2008, p. 144):

Aderimos ao entendimento de que é possível ao juiz, no Ordenamento Jurídico Brasileiro, avaliar se presente a representação adequada para determinado legitimado atuar na defesa de direito coletivo. Também é possível a parte contrária questionar a legitimidade do ente, demonstrando, com ônus probatório seu, referida falta de aptidão para atuar na defesa dos interesses coletivos.

Noutro vértice, o tema da legitimação do Ministério Público⁶⁶ nas defesas dos interesses individuais homogêneos⁶⁷ também permite uma atuação discricionária do magistrado que, em vias transversas observa a representatividade adequada do ente ministerial diante da relevância social do bem jurídico tutelado⁶⁸ ou da própria tutela

⁶⁶ Relevante se faz notar que o *leading case* quanto ao tema da legitimidade do Ministério Público para a propositura de ação civil pública em matéria tributária foi aforada pelo Ministério Público do Estado do Paraná para anular aumento reputado ilegal do imposto territorial urbano da do Município de Umuarama. Neste caso, o Ministro Sepúlveda Pertence reconheceu a legitimidade do *parquet* ainda que a tutela jurisdicional reclamada beneficiasse titulares de direitos individuais disponíveis. Houve, assim, nesse julgamento uma interpretação extensiva dos artigos 127 e 129 da Constituição Federal. Mas, há que se salientar que no julgamento relativo ao recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público na ação civil pública proposta na comarca de Umuarama, o Ministro Maurício Corrêa, entendeu que para dirimir completamente as dúvidas, fazia-se necessária uma lei específica a respeito da existência ou não de interesses sociais relevantes nas ações envolvendo os direitos individuais homogêneos. O Ministro Carlos Veloso e Sepúlveda Pertence votaram em desfavor da legitimidade questionada ao argumento de que não cabe ao Ministério Público a livre avaliação subjetiva da presença ou não de determinado interesse social. Ressaltaram que deve-se buscar o conceito de interesse social nos objetivos estabelecidos no artigo 3º da CF. Evidentemente, nesse particular, a indefinição a respeito da legitimidade do Ministério Público para a defesa de direitos individuais homogêneos cabendo a análise do caso concreto para bem aferi-la. Há que se concluir que não prevalece para matéria tributária mas, no que tange as mensalidades escolares, conquanto notório direito individual homogêneo, há o reconhecimento da legitimidade do membro do *Parquet*. (ARMELIN, 2003, p.122-124).

⁶⁷ Não há razão para maiores digressões, mas a doutrina se antagoniza neste posicionamento quando reconhece ser impossível alargar a legitimidade do Ministério Público em matéria de ações coletivas, para abranger também os direitos individuais homogêneos, com base no artigo 127 da CF, ao argumento de que a defesa dos interesses sociais ou individuais, de que trata a citada norma constitucional, se realiza por outros modos previstos no sistema, e não pela legitimação para propor, em nome próprio, ação para à defesa de direitos de outrem. (WAMBIER, 2006, p. 341).

⁶⁸ Lembra Hugo Nigro Mazzilli que a atuação do Ministério Público baseada na expressão social do interesse que não precisa ser, necessariamente, indisponível, bastando que o interesse discutido em

coletiva que poderá justificar a legitimação do membro do *Parquet* ao ajuizamento de ação em defesa de direitos privados disponíveis (WATANABE et. al., 2007, p. 884).

Já se manifestou a doutrina quando a evolução do posicionamento dos tribunais:

A jurisprudência tem reconhecido a legitimidade do Ministério Público para a defesa de interesses individuais homogêneos quando ligados a direitos fundamentais como a educação. [...] a relevância social está também presente nos casos em que a lesão, embora ínfima na perspectivas individual, é significativa quando coletivamente considerada como ocorre no caso de embalagens de óleos comestíveis que contenham quantidade inferior àquela indicada (BEZERRA, 2007, p. 52).

E, ainda:

Atualmente, a jurisprudência vem realizando esse controle. Repito, para ilustrar: vejam-se os casos de demandas ajuizadas pelo Ministério Público.

A própria lei permite que o juiz venha, diante da relevância do interesse tutelado, dispensar a existência mínima de um ano às associações. Por que, então, não se outorgar o pleno controle da representatividade adequada, com a consideração de outros elementos (principalmente o efetivo compromisso com aquele determinado gênero de causas) pelo magistrado, que fundamentadamente decidira sobre a legitimidade ou não? Será que uma importante associação de defesa do consumidor, que mantenha constante contato com este, que defenda seus interesses de forma intrasigente, que se organize de forma inquestionável, não seria portadora de representatividade adequada para a defesa de interesses transindividuais dos consumidores em juízo pela ausência de um burocrático registro de seus estatutos nos cartórios apontados pela lei? De outro lado: será razoável permitir-se que toda uma associação qualquer possa representar toda a população envolvida em determinado conflito, apenas porque há uma previsão legal?

Repito: não estamos na consideração de demandas individuais. Aqui, na tutela jurisdicional coletiva os parâmetros devem ser outros. Há que se evoluir a fim de se manter a seriedade que deve ser dispensada a tal modalidade de tutela jurisdicional (VIGLIAR, 2005, p. 327).

Saliente-se que a atual jurisprudência do STJ é no sentido da ilegitimidade do Ministério Público para as ações coletivas de natureza previdenciária, porque relativas a

juízo tenha larga abrangência ou suficiente expressão social, como exemplo, a defesa de interesses transindividuais pelo bloqueio dos ativos financeiros dos correntistas no Governo do Presidente Fernando Collor. Naquela ocasião o Ministério Público ajuizou ação civil pública para tentar resolver o problema de forma coletiva. Infelizmente os tribunais não entenderam, na ocasião, que era hipótese típica de tutela coletiva. Mazzilli destaca o equívoco dos tribunais, ao reconhecer que é um caso peculiar de ação coletiva com decisão *erga omnes* acerca da constitucionalidade ou não do ato administrativo federal. (MAZZILLI, 2003, p. 161).

direitos disponíveis relativas a direitos disponíveis decorrentes de relações que não se caracterizam como de consumo: STJ, 3ª. Seção, AgRg no REsp 1081641, j. 17.11.08; rel. Ministro Paulo Galotti; STJ, REsp 422810, j. 18.12.06; rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima; STJ; REsp 75828, 5. Turma. j. 18.06.0; rel. Ministra Laurita Vaz; STJ AgRg no Resp 61068, 5. Turma, j. 08.11.2004; rel. Ministro Felix Fischer, entre outros. (TESCHINER; MILHORANZA, 2009, p. 12).

Merece, portanto, certo cuidado especial a questão da legitimidade do Ministério Público para a defesa de direitos e interesses individuais indisponíveis, já que não há como negar uma dissonância quanto ao admissão de sua atuação para a defesa de direitos individuais homogêneos em questões que assumem relevância social.

Então, buscando trazer luzes para esta legitimação que comporta aferição *in concreto* para a defesa de direitos disponíveis, a própria instituição cuidou de estabelecer parâmetros, não se tratando pois, de iniciativa genérica e incondicionada como se colhe da súmula de entendimento número 7 do Conselho Superior do Ministério Público Paulista⁶⁹, *in verbis*:

O Ministério Público está legitimado à defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos que tenham expressão para a coletividade, tais como: a) os que digam respeito a direitos ou garantias constitucionais, bem como aqueles cujo bem jurídico a ser protegido seja relevantes para a sociedade (*v.g.* dignidade da pessoa humana, saúde, segurança das pessoas, acesso das crianças e adolescentes a educação); b) nos casos de grande dispersão dos lesados (*v.g.* danos de massa); c) quando a sua defesa pelo Ministério Público convenha à coletividade, por assegurar a implementação efetiva e pleno funcionamento da ordem jurídica, nas suas perspectivas econômica, social e tributária.

Reiterados posicionamentos dos Tribunais Superiores assinalam a legitimidade do Ministério Público para a tutela de interesses individuais homogêneos quando presente uma presunção de benefício à coletividade. Neste cariz, remete-se ao recente julgado de relatoria do Ministro Herman Beijamin, da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, julgado em 15 de setembro de 2009, RESP 769326/RN:

⁶⁹ <http://www.mp.sp.gov.br>

PROCESSUAL CIVIL E CONSUMIDOR. TELEFONIA. DISPONIBILIZAÇÃO DO SERVIÇO DE BLOQUEIO DE CHAMADAS DE LONGA DISTÂNCIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA.

REQUISITOS. SÚMULA 7/STJ.

1. Cuidam os autos de Ação Civil Pública movida pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte contra a Empresa Brasileira de Telecomunicações S/A – Embratel e a Empresa de Telecomunicações do Rio Grande do Norte – Telern, com o fito de compeli-las a disponibilizar, gratuitamente, aos seus usuários a possibilidade de bloqueio e desbloqueio do terminal telefônico para ligações de longa distância.

2. O Tribunal de origem desproveu o Agravo de Instrumento, mantendo a decisão que concedeu o pedido de antecipação de tutela, ao fundamento de estar configurado nos autos o perigo atual de dano grave e de difícil reparação ao patrimônio dos consumidores, tendo em conta o elevado número de reclamações sobre supostas cobranças indevidas, o que gera risco de suspensão do serviço aos usuários, além de transtornos creditícios.

3. Firmou-se no Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que o Ministério Público possui legitimidade ativa para promover a defesa dos direitos difusos ou coletivos dos consumidores, bem como de seus interesses ou direitos individuais homogêneos, inclusive quanto à prestação de serviços públicos, haja vista a presunção de relevância da questão para a coletividade.

4. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é assente no que toca à impossibilidade de aferição dos requisitos concessivos de tutela antecipada, por ser necessária, como regra, a análise de conteúdo fático-probatório dos autos. Incidência da Súmula 7/STJ: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial".

5. Recursos Especiais não providos.

Ressalta-se que não somente esses casos citados permitem um controle judicial, mas todo aquele que simbolize um manifesto desrespeito ao devido processo legal.

Não seria crível admitir que julgador admitisse o prosseguimento de uma demanda coletiva sem que o legitimado apresentasse, o mínimo de capacidade – em seu sentido material (GOMES JÚNIOR, 2008, p. 14) - para a defesa dos interesses da classe. Cabe ao juiz velar pela garantia do direito de defesa de forma que a igualdade entre as partes seja preservada e o deslinde da dialética processual seja pautado no princípio do contraditório, de modo a tornara possível a prestação jurisdicional válida e justa (GOMES, 1995, p. 61).

Assim a solução dada pelo magistrado deve sempre se pautar por critérios que apliquem ao caso concreto os princípios constitucionais e a própria finalidade da atuação jurisdicional (ARENHART, 2001, p. 178). Desta feita, se o juiz entender que

aquele que se apresenta como portador de uma pretensão coletiva não tem condições para bem representar a classe ou a coletividade ou, ainda, um determinado grupo, “não deverá escudar-se atrás da letra de lei para deferir seguimento a demanda coletiva” (BUENO, 1996, p. 130).

Conclui-se, portanto, que durante o curso do processo o juiz deve atuar de forma a salvaguardar o instituto da defesa e, por conseguinte, o fiel exercício da jurisdição e da instrumentalidade do processo, na busca a igualdade substancial das partes (GOMES, 1995, p. 63).

Note-se, portanto, que se valendo do escoreito posicionamento de Antônio Gidi (2002, p. 64), sequer o Ministério Público poderia atuar de forma imune a qualquer controle jurisdicional. Não há, pois, uma presunção de representatividade adequada do membro do *Parquet*.

Assim, “muito embora goze de uma presunção de competência, é verdade que também o Ministério Público pode ser um representante inadequado em alguns casos específicos e caberá ao juiz da causa controlara a sua atuação no caso concreto” (GIDI, 2002, p. 64).

Então, conclui-se que o sistema brasileiro não é imune ao controle da legitimação *ope judicis*, de modo que se pode afirmar que o modelo de direito comparado que atribui ao juiz o controle da “representatividade adequada”, tal qual se observar no direito norte-americano, além do direito argentino e uruguaio, pode, portanto ser perfeitamente adotado no Brasil, diante da ausência de norma impeditiva (WATANABE et. al., 2007, p. 884).

4.2.1 O critério do *opt out*

Uma questão tormentosa afeta ao exame da representatividade adequada (*adequacy of representation*) é possibilidade ou não de auto-exclusão dos membros ausentes da *class action* norte-americana de modo a não serem atingidos pela coisa julgada.

Assim, para trajetória de tutela jurisdicional justa e eficaz, em observância aos preceitos do *due process of law*, o direito estadunidense condiciona a representação adequada, além da ampla notificação⁷⁰ de todos os interessados para efeito de promover a extensão *erga omnes* da coisa julgada *pro et contra*(MAIOLINO, 2005, p. 65). Neste cariz:

No regime das *class actions* do direito norte americano, a projeção da eficácia do julgado em face dos sujeitos que compõem uma dada categoria está condicionada, basicamente, a que lhes tenha sido dada *the best notice practicable under the circumstances* [regra (c) 2 das *Federal Rule of Civil Procedure*, 1966], ou seja, que tenha sido implementada uma idônea e satisfatória comunicação quanto à existência do pleito coletivo e respectivo objeto, a fim de que, sendo o caso, os sujeitos concernentes ao interesse judicializado possam, querendo, manifestar a intenção de não se vincularem aos efeitos do julgado que aí venha a ser proferido (*right to opt out*). Grifos presentes no original (MANCUSO, 2007a, p. 264).

Ao já estudado, ainda que em linhas tênues, o critério *opt out* consiste em permitir que cada indivíduo, incluído em determinada classe, possa exercer um direito de auto-exclusão da demanda coletiva para efeito de ser então considerado um terceiro imune aos efeitos da coisa julgada (GRINOVER, 2008, p. 157). Aos demais membros da classe que não exercerem o *right to opt out* serão considerados partes e, por tal razão sujeitam-se aos efeitos da coisa julgada, seja ela positiva ou negativa.

Assim, considerada adequada à representação da classe e tendo os seus respectivos integrantes recebidos uma *fair notice* do processo, a coisa julgada vale para todos eles; caso contrário, vislumbrando-se possível ofensa às garantias constitucionais do devido processo legal, o efeito declaratório do *decisum* restringe-se apenas aos litigantes que participaram do contraditório.

Dentro desse registro, destaca-se que a notificação exigida no processo deve ser abrangente e compreensiva, ao efeito de dar a todos do grupo uma justa oportunidade para contestar a adequação da representação existente nos autos (FISS, 2004, p. 219). Isto não quer dizer que se faz necessária a notificação individualizada de

⁷⁰ Flávia Batista Viana explica que a notificação tem por escopo informar aos membros ausentes que foi proposta uma ação e m tutela dos seus interesses e que esta foi certificada como coletiva. Assim, poderão intervir no processo satisfazendo as exigências do devido processo legal. (VIANA, 2008, p. 105).

todos os membros do grupo. Owen Fiss bem alerta sobre a desnecessidade de notificação individualizada:

[...] é suficiente que a notificação dada a um número significativo de pessoas dentro do grupo, posto que, por definição, todos os membros do grupo tem interesses semelhantes ou comparáveis e na ausência de qualquer indicação especial, uma pessoa é tão propensa quanto outra a proteger seu interesse e do grupo. Dada a natureza do direito de representação, o que é exigido é a notificação coletiva e não a individual. (FISS, 2004, p. 219).

Pedro da Silva Dinamarco (2001, p. 155-156) também ressalta:

[...] a realização dessa intimação, nas demandas ajuizadas com base na cláusula (b) (3), é indispensável no sistema norte americano, ainda que por amostragem. Afinal, ninguém pode ser condenado ou perder um direito sem que as razões que pudesse arguir tenham sido apreciadas. Daí muitos sustentam que “*non party class member has na automatic right to intervent in a common question class action.*” Feita a intimação a um grande número de componentes da classe, dificilmente terá escapado algum argumento que poderia ter sido levantado por um daqueles que não a tivessem recebido. Por isso, a escolha de apenas alguns membros pode ser considerada suficiente, ainda mais se consideramos que geralmente um representando comunica informalmente a existência de demanda aos seus amigos que tenham o mesmo interesse .

O propósito desta corrente não é a construção de um elo consensual entre o representante e os membros da classe, mas a obtenção da garantia que não haverá abusos por parte do representante da classe, através de um controle, a boa parte da classe, sobre o que está para acontecer em seu nome. Ressalta, inclusive, que a notificação não é uma procuração, mas um instrumento para assegurar que o autor identificado será um defensor forte e efetivo para a classe (FISS, 2004, p. 242).

Mas, o próprio autor lembra que há uma corrente que insiste na realização de uma notificação individualizada a cada integrante da classe, devendo todos serem informados da “decisão do autor de autonear-se⁷¹”. Traça uma observação pormenorizada de que somente a notificação individual permite que faça a opção de

⁷¹ Owen Fiss ressalta que a “*class action* é de fato uma ação judicial de representação- como já foi notado, o autor identificado está ingressando com uma ação judicial em favor de todos os membros não identificados da classe - , mas ela emprega um conceito peculiar de representação: a autoneação.” E continua “[...] nas class actions o autor identificado nomeia a si mesmo como representante da classe.” (FISS, 2004, p. 240).

desautorizar-se da pretendida representação, retirando-se da classe (*right to opt out*) ou, quiçá, impugnando e contestando a adequação da representação a ser oferecida pelo autor da ação (FISS, 2004, p. 241).

Sem olvidar o brilhantismo da corrente defendida por Fiss e Dinamarco, acredito que a limitação à notificação individualizada afasta o exercício do *right to opt out*. Ademais, dentre os requisitos necessários da *class actions* descritos nas Normas Federais do Processo Civil 23 (b) (3) há expressa previsão da notificação individualizada contida na norma 23 (c) (2).

Assim, ao considerar que todos os componentes do grupo, de acordo com a extensão determinada pelo tribunal, serão atingidos pela autoridade da coisa julgada, satisfatória ou não, deve-se a eles permitir (mediante notificação prévia) o direito de auto-exclusão.

Mister salientar que essa possibilidade de *opt out*, limita-se, pois, às ações indenizatórias, especialmente nos casos específicos da *Rule 23 (b) (3)*, vez que há divisibilidade dos direitos debatido (DINAMARCO, 2001, p. 167).

Em relação ao direito brasileiro, essa sistemática – embora teoricamente seja a mais razoável – não alcançaria bons resultados. É imperioso atentar-se que para o grande distanciamento entre a realidade norte-americana e a brasileira.

Rodolfo de Camargo Mancuso, inclusive, cogitou a adoção de um sistema semelhante ao das *clas action*, todavia ressalta que o “êxito desse método pressupõe a existência de um sistema de publicidade e comunicação realmente eficaz, em ordem que assegure o contraditório (MANCUSO, 2007a, p. 410)” [...] “e a evitar que terceiros estranhos à lide sejam alcançados (*rectius*, prejudicados) pelos efeitos da decisão” (MANCUSO, 2007a, p. 411).

Portanto, o critério do *opt out* não pode ser adotado diretamente com a transmutação das regras estadunidenses para o direito pátrio. Mas a possibilidade de suspensão do trâmite de demanda individual, como se verá na sequência, pode ser considerada um reflexo do direito de auto-exclusão na realidade brasileira.

4.2.2 O critério do *opt in*

Adotado por alguns países do *civil law*, tal qual a Alemanha, Colômbia, França, a província argentina de Catamarca, a Suécia e a Itália, o critério *opt in* visa minimizar as ofensas ao contraditório e, por conseguinte, ao devido processo legal constatadas no critério *opt out*.

Pelo critério *opt in*, também afeto, de certa forma, a análise da representatividade adequada, possibilita-se que membros do grupo, devidamente notificados, ingressem voluntariamente na demanda coletiva, passando a figurar como partes e sendo, assim, atingidos pela coisa julgada, seja ela favorável ou não (GRINOVER, 2008, p. 157).

É de se notar que, pela sistemática *opt in*, somente aqueles que expressamente se manifestarem pela inclusão no processo é que estarão acobertados pela coisa julgada, não podendo beneficiar ou prejudicar aqueles que, conquanto devidamente notificados, permaneceram-se silentes.

Assim, como o critério *opt out* esta sistematização exige uma ampla divulgação da demanda, a fim de que os interessados possam manifestar sua vontade no sentido de serem incluídos no processo.

Todavia, adverte-se que a adoção do critério *opt out*, em muitos casos, acaba por esvaziar o processo coletivo, frustrando os seus ideais, em especial o de promover um processo mais célere e igualitário aos litígios de massa, evitando uma pandemia de demandas, decisões contraditórias e a fragmentação da prestação jurisdicional (GRINOVER, 2008, p. 157).

Assim, nas ações coletivas o que é garantido a todo cidadão norte-americano integrante de um dado segmento social, grupo ou categoria é o direito de litisconsorciar-se ou não a demanda coletiva (*opt in/opt out*), sendo mitigadas, de certa forma, as propaladas garantias de que todo cidadão deve ter assegurado ao seu direito de participação (*Day in Court* e o seu *right to be heard*) (MANCUSO, 2007a, p. 281).

Contextualizando ao direito coletivo, pode-se afirmar que a Magna Carta Norte-Americana resguarda não o direito à participação, mas o direito de representação; não

a um “dia na corte”, mas o direito à “representação adequada de interesses, ou seja, “uma decisão estrutural pode ser final, se e somente se, todos os interesses estiverem adequadamente representados” (FISS, 2004, p. 215).

No Brasil, como se verá em estudo vindouro, há uma nuance similar ao critério *opt in* descrita na regra do artigo 94 do CDC, em que se assegura ao interessado a intervenção, em litisconsórcio unitário, ao lado do autor coletivo. Mas, vale lembrar que não se adota, legalmente, como no direito norte-americano, a sistemática da representatividade adequada.

4.2.3 A combinação do *opt in* com o *opt out*

Ada Pelegrini Grinover destaca que, em alguns casos, diante das críticas ao sistema do regime *opt out* e dos riscos de inoperacionalidade da sistemática *opt in*, alguns países combinam ambos os critérios (GRINOVER, 2008, p. 157).

Neste rol, encontram-se Israel, Noruega, Suécia e o Projeto da Dinamarca. A autora ressalta também que, nesses países, a preferência recai ao critério *opt in*, passando a sistemática *opt out* apenas para determinados casos considerados residuais, sobretudo para questões de pequeno valor econômico, em que é diminuto o interesse dos membros do grupo em ingressarem no processo (GRINOVER, 2008, p. 157).

5 DIREITOS DIFUSOS, COLETIVOS E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS E O REGIME DA COISA JULGADA

O regime da coisa julgada, ao já observado, oferece peculiaridades se observado sob o prisma das ações coletivas. A luz da disciplina normativa pátria, encontra-se disciplinado no artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor⁷², valendo tal escólio para todas as ações coletivas.

Infere-se que, mesmo quando não estão envolvidas as relações de consumo, por força do artigo 21 da Lei de Ação Civil Pública, as normas processuais contempladas no sistema de proteção ao consumidor, culminam em conformar um sistema geral do processo de ações coletivas (TUCCI, 2006b, p. 108).

Com efeito, o artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor que constitui a viga mestra da coisa julgada coletiva está diretamente ligado a três hipóteses do parágrafo único do artigo 81 do respectivo diploma normativo que define os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos (NUNES, 2005, p. 757). Por ser de extrema relevância, devem-se reproduzir ambos os dispositivos:

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

⁷² “O art. 103 contém toda disciplina da coisa julgada nas ações coletivas, seja definindo seus limites subjetivos (o que equivale a estabelecer quais as entidades e pessoas que serão alcançadas pela autoridade da sentença passada em julgado), seja determinando a ampliação do objeto do processo da ação coletiva, mediante o transporte, *in utillibus*, do julgado coletivo as ações individuais. Muito embora o dispositivo se refira as ações coletivas de que trata este Código, na realidade sua abrangência é maior. Com efeito, é certo que o veto presidencial recaiu sobre o art. 89 do Código, que determinava a aplicabilidade de todas as suas normas processuais a outros direitos ou interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos. Mas é igualmente certo que permaneceu íntegro o artigo 117 do Código, o qual acrescentou o novo art. 21 a Lei 7.347, de 24 de julho de 1985 – a denominada lei de Ação Civil Pública - determinando a aplicação, no que for cabível, dos dispositivos do Título III do Código do Consumidor. Ademais, é oportuno lembrar que o artigo 110 do Código acrescentou o inc. IV do artigo 1º. Da Lei 7.347/85, estendendo a abrangência desta a qualquer outro interesse difuso ou coletivo. Daí por que os dispositivos processuais do Código se aplicam, no que couber a todas as ações em defesa de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, coletivamente tratados.” (GRINOVER et al., 2007, p. 935).

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 artigo 81;

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

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

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

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

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

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

E, não menos relevante para esse estudo:

Artigo 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:

I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeito deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II – interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeito deste Código, os transindividuais de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

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

É de se notar que a opção legislativa de conjugar ambos os dispositivos tem por fim demonstrar que [...]

[...] a clássica distinção entre direito público e privado afigura-se irremediavelmente superada pela realidade social da época contemporânea, infinitamente mais complexa, mais articulada, mais sofisticada, impossível de ser emoldurada dentro daquela conhecida distinção. A nossa era põe em cena novos interesses, novos direitos e deveres que, sem serem públicos, no sentido tradicional do vocábulo, são no entanto transindividuais: 'destes ninguém é

titular, ao mesmo tempo que todos, ou todos os membros de determinado grupo, classe ou categoria são seus titulares (TUCCI, 2006b, p. 109).

Pelo já exaustivamente considerado, vivencia-se uma nova fase em que os direitos denominados de metaindividuais, sendo estes estratificados em direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos que, ao contrário dos individuais, caracterizam-se precisamente pelo fator de que a pluralidade de sujeitos com interesses convergentes, justapostos, correlatos, incidentes sobre o mesmo bem indivisível propicia a satisfação contemporânea dos interesses individuais e daqueles interesses decorrentes das relações plurissubjetivas (CUNHA).

Daí, tal estratificação dos interesses de massa em coletivos, difusos e individuais homogêneos (classificados no parágrafo único do artigo 81 do CDC), sob a ótica da disciplina processual, culmina em uma nítida preocupação em adequar as peculiaridades da coisa julgada, antes individual, aos distintos interesses envolvidos do grupo.

Surgindo os conflitos em torno das relações jurídicas plurissubjetivas, em que envolvem interesses transindividuais, as situações processuais não podem se valer da tradicional visão microscópica, valendo-se dos remédios tradicionais, limitando a autoridade da *res judicata* as balizas da relação jurídica processual entabulada. Diante da disciplina dos interesses metaindividuais, a autoridade da sentença pode ficar restrita aos componentes do grupo ou ultrapassar as dimensões subjetivas do processo, na medida em que sob o prisma de determinados interesses, a coisa julgada torna-se mais ampla, operando efeitos *erga omnes* ou *ultra partes*.

Mas, para bem compreender a coisa julgada coletiva e ultimando seu estudo na lei de ação civil pública, revela-se fundamental, primeiramente, trazer a lume a classificação material dos direitos transindividuais – objeto das ações coletivas.

5.1 DIREITOS OU INTERESSES?

Diante da classificação de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos diverge a doutrina quanto à terminologia correta a ser utilizada. Seriam mesmo interesses (tal qual traduz o Código de Defesa do Consumidor) ou verdadeiramente um direito a ser explorado? Há direito transindividual ou são apenas interesses que pertencem a uma coletividade?

A verdade é que, à luz da teoria clássica, que sofreu grande influência do liberalismo, o direito representa um interesse juridicamente protegido que pertence a um sujeito perfeitamente determinável (LENZA, 2008, p. 47). Assim, o direito subjetivo é fruto de um comando contido na norma emanada pelo Estado e, por não ser passível de identificação do beneficiado, não seria passível utilização da denominação de “direitos transindividuais”.

Reconhecendo que os interesses e os direitos situam-se em planos diversos, Rodolfo Camargo Mancuso (1991, p. 253) assim considera:

Os interesses e os direitos situam-se nos planos diversos: aqueles surgem, se desenvolvem e interagem livremente, porque estão no plano fático (o da mera “existência e utilidade”, na terminologia de Gervais); ao passo que os direitos se situam no plano ético normativo, de modo que eles surgem a partir de valores adrede escolhidos pela Autoridade e condensados na norma, ficando sua eficácia restrita aos limites e à vigência dessa norma.

Superando a doutrina clássica, diante do surgimento dos “novos direitos” contemplados na terceira dimensão ou geração, Antônio Gidi (1995, p. 267) defende a impossibilidade jurídica de se atribuir subjetividade aos interesses transindividuais, juridicamente protegidos. Refere-se aos direitos, portanto, difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Hugo Filardi (2006, p. 31), por sua vez, reconhece mais adequado defender que os “interesses” estão em uma escala antecedente de formação do direito subjetivo, o que se permite concluir que em ações coletivas denominadas de preventivas, “interesses são tutelados, enquanto nas demandas coletivas repressivas, busca-se a satisfação dos direitos violados”.

Insta salientar que, a despeito de toda a discussão doutrinária acerca da nomenclatura de “direitos” e “interesses”, em que pela visão liberal legalista o interesse somente passa a apresentar relevância à dogmática jurídica com a previsão normativa

de tutela de determinado bem jurídico, fica claro que o interesse, independente de estar juridicamente protegido tem sempre importância para o universo jurídico (PEDRON, 2008, p. 219).

Não se considera, portanto, que interesses e direitos são sinônimos⁷³, mas não há razão para diferenciá-los, porquanto indiscutível a aproximação entre estes dois institutos. Como bem ilustra Pedro Lenza (2008, p. 54) trata-se da mesma alma em dois corpos distintos, motivo pelo qual, quando se tratar dos interesses (difusos, coletivos e individuais homogêneos), estar-se-á diante de interesses juridicamente protegidos, ou seja, diante de direitos (difusos, coletivos e individuais homogêneos).

Conclui-se, portanto, que os interesses transindividuais protegidos pela norma, em verdade são direitos subjetivos transindividuais, ou seja, que suplantam a identificação específica ou determinação do sujeito beneficiado pela tutela normativa e, mesmo assim, permanecem com o status de direitos (LENZA, 2008, p. 55).

Assim, para fins terminológicos, neste estudo, oscila-se na utilização da terminologia direito e interesse⁷⁴, vez que os “interesses” assumem o *status* de “direitos” a partir do momento em que passam a ser pelo manto judicial amparado, deixando de

⁷³ Comunga do mesmo posicionamento Carreira Alvim que reconhece [...] que não se tem feito uma distinção razoável entre direito subjetivo e interesse legítimo, havendo mesmo quem os tome por sinônimos, o que não é correto, porquanto dizem respeito a situações jurídicas distintas com efeitos jurídicos igualmente distintos. No magistério de Alessi, o direito subjetivo constitui uma situação jurídica marcada por uma garantia de utilidade substancial e direta para o seu titular, enquanto o interesse legítimo constitui uma situação marcada por uma garantia instrumental de legalidade do comportamento administrativo. [...] Portanto o direito subjetivo é protegido diretamente pela norma jurídica, reconhecendo-o a um titular determinado, enquanto, no interesse legítimo, o objeto da tutela não é um direito subjetivo, mas uma situação jurídica traduzida em um interesse público, de forma que, tutelando esse interesse, a norma jurídica, protege, reflexamente, eventuais direitos subjetivos. (Para mais: ALVIM, 2005, p. 44).

Diverge de tal posicionamento Patrícia Miranda Pizzol, entendimento do qual não comungo, mas considero relevante destacar: “as expressões ‘direitos’ e ‘interesses’, ao nosso ver, elas foram consideradas sinônimas. Não se extrai, no nosso ordenamento jurídico, qualquer consequência da distinção entre direitos e interesses, diferentemente do que ocorre, por exemplo, na Itália cuja Constituição se refere a direito e interesses legítimos como bens tuteláveis de modo diversos (a violação a um mero interesse implica o exercício da chamada jurisdição administrativa). De acordo com o nosso sistema constitucional, nenhuma lesão ao direito pode ser subtraída da apreciação do Judiciário, logo, os interesses assumem o mesmo ‘*status* de direitos a partir do momento em que o direito passa a ampará-los”’. (PIZZOL. 2006, p. 85).

⁷⁴ Registre-se que o projeto de lei que disciplina a ação civil pública para a tutela de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, o parágrafo segundo do art. 1º, refere-se a interesses ou direitos difusos coletivos e individuais homogêneos, não fazendo tal distinção. In verbis: § 2º *Aplicam-se as disposições desta Lei às ações coletivas destinadas à proteção de interesses ou direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos.*

existir razão prática, e mesmo teórica, para a busca de uma diferenciação ontológica entre eles (MANCUSO, 2007a, p. 91).

5.2 DOS INTERESSES DIFUSOS E O REGIME DA COISA JULGADA

O termo “difuso” refere-se a “disperso, fragmentado, espalhado” (DINAMARCO, 2001, p. 51).

Na ótica legal, pela redação do Código de Defesa do Consumidor, cujos conceitos são aplicáveis à lei de Ação Civil Pública em geral, define-se os interesses difusos, em seu artigo 81, parágrafo único, inciso I, e o faz da seguinte forma: “[...] I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos para efeito deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstância de fato.”⁷⁵

Na doutrina, encontram-se conceitos que não discrepam dessa definição. Hugo Nigro Mazzilli (2008, p. 53) observa que:

Os interesses difusos compreendem grupos menos determinados de pessoas (melhor do que pessoas indeterminadas, são antes pessoas indetermináveis), entre as quais inexistente vínculo jurídico ou fático preciso. São como um feixe ou conjunto de interesses individuais, de objeto indivisível, compartilhados por pessoas indetermináveis, que se encontram unidas por uma circunstância de fato.

Do conceito legal, depreende-se que os interesses difusos têm como primeira característica a natureza transindividual, vale dizer, direito difuso suplanta a esfera individual e por isso é também considerado indisponível e insuscetível de transação (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 307).

A segunda característica é a indeterminação dos seus titulares, não sendo possível estabelecer o número exato de pessoas as quais pertencem esse direito.

⁷⁵ BRASIL. Lei 8.078/90 de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 12 de setembro de 1990, retificado em 10 de janeiro de 2007.

Pode-se dizer, portanto, que os interesses difusos estão desagregados, fluidos, disseminados entre os segmentos sociais de maior ou menor abrangência, referindo-se a uma categoria em que não se podem determinar os sujeitos, nem mesmo a classe a que pertence o sujeito prejudicado em seus interesses, exemplo clássico de interesse difuso, tem guarida na Constituição Federal em seu art. 225, em que assegura a todos um meio ambiente saudável.

Ora, o direito ao ar puro, à limpeza das águas, à manutenção de um ecossistema equilibrado, à preservação das florestas e das espécies animais é inerente a toda a humanidade, sendo sua titularidade indeterminada ou indeterminável, que não pode ser identificada precisamente, ligada por uma circunstância fática ou contingencial extremamente mutável, qual seja, o fato de residirem em determinado local ou região (TUCCI, 2006b, p. 109).

Remontada à seara do consumidor, podem ser considerados como exemplos de interesse ou direitos difusos, consoante destaca Ada Pelegrini Grinover (2007, p. 821), a publicidade enganosa ou abusiva, veiculada por meio da imprensa falada, escrita ou televisionada, a afetar uma multidão incalculável de pessoas, sem que exista uma relação-base.

Outro exemplo vergastado pela doutrina é ilustrado por Barbosa Moreira (1997, p. 243) que lança como difuso o interesse em defender-se de programas ou programações de rádio e televisão que contrariam o artigo 221 da Constituição Federal.

Assim, refletem justamente a impossibilidade de se determinar a pessoa do titular ou beneficiado já que se trata de um direito que transcende a um indivíduo podendo ser exercitado em conjunto em razão dos elementos comuns (circunstância de fato) (GOMES JÚNIOR, 2008, p. 9).

Com terceira característica dos direitos difusos, denota-se a indivisibilidade de seu objeto. Ora, o objeto (ou bem jurídico) é indivisível, na medida em que não é possível proteger um único indivíduo sem que essa tutela não alcance os demais sujeitos que se encontrem na mesma situação fática (DINAMARCO, 2001, p. 53).

A indivisibilidade do objeto se apresenta, portanto, no sentido de ser impossível a sua distribuição em quotas destinadas a determinados grupos ou pessoas

preestabelecidos. Há uma espécie de comunhão de direitos, que se traduz na satisfação ou lesão de um único direito na satisfação ou lesão do direito de todos.

É relevante destacar o posicionamento doutrinário:

Outro ponto que identifica esta classe de interesses está na indivisibilidade do seu objeto, o qual não diz respeito a um indivíduo ou classe. Esta fluidez do seu objeto leva a outra característica, ou seja, intensa litigiosidade entre grupos devido ao círculo de interesses abarcado pelos interesses difusos. [...] Da fluidez do objeto, se encerra a possibilidade de mutação e adequação a novas realidades, o que provoca desafios sob a ótica normativa, em vista da carência substancial e processual frente às novas realidades (MEDINA; ARAÚJO; GAJARDOI, 2009, p. 357).

A quarta característica dos direitos difusos, da qual decorrem as três primeiras, é que os titulares desses direitos estão ligados por uma circunstância de fato, tal qual: uma mesma cidade; uma mesma região; um determinado Estado (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 307). Situações essas que as definem sob um mesmo grupo vulnerável a certa situação fática ao qual necessita de idêntica proteção jurídica.

Reconhece-se, portanto, que os direitos difusos por corresponderem a situações contingenciais, têm características de transição e mutação no tempo e espaço, ocorrendo o desaparecimento, ressurgimento, declínio e extinção absoluta além da possível modificação do *stauts quo ante*. Assim, a alteração dos titulares ativos da relação jurídica de direitos difusos é factível com absoluta informalidade jurídica, bastando a simples alteração da circunstância de fato (ZAVASKI, 1995, p. 35).

5.2.1 Da coisa julgada nos direitos difusos

Sob o aspecto processual, a tutela jurisdicional dos interesses ou direitos difusos, que pela sua própria natureza deve ser feita molecularmente, em benefício de todos, em forma de substituição processual (o sujeito ativo da relação processual não é o sujeito ativo a relação de direito material), razão pela qual o objeto do litígio é indisponível para o autor (ZAVASKI, 1995, p. 35).

Em sendo suficiente uma só demanda coletiva, a sentença nela proferida fará, nos termos do artigo 103, I do CDC, coisa julgada *erga omnes* (GRINOVER et. al, 2007, p. 821).

Desta feita, “quando os direitos ou interesses forem difusos, a sentença será *erga omnes*, pois deve atingir a todos, tendo em vista a impossibilidade de determinação dos beneficiados da decisão” (COSTA, 2008, p. 101). Mas, pode-se observar que, nas hipóteses de improcedência por falta de provas, a sentença não assume tal efeito (contra todos), caso em que outra ação poderá ser proposta com nova prova (MAZZILLI, 2008, p. 559).

Lança-se como exemplo trazido pela doutrina de Hugo Nigro Mazzilli (2008, p. 560) a hipótese de uma ação civil pública que reconheça o dano ambiental decorrente de um acidente nuclear. A sentença poderá reconhecer a materialidade do evento e afirmar a responsabilidade indenizatória do réu; ultimada a coisa julgada, a imutabilidade ultrapassará as partes formais do processo e beneficiará todas as vítimas e sucessores, os quais terão de provar apenas o nexo causal com o fato (já reconhecido em sentença) e o dano individualmente sofrido.

Assim sendo, a sentença proferida nas ações que versam sobre direitos difusos faz coisa julgada *erga omnes*, isto quer dizer que seus efeitos alcançarão a todos, inclusive àqueles que não forem parte no processo. Salvo a hipótese de a ação ser julgada improcedente com fundamento na ausência ou deficiência de provas. Nesse último caso, qualquer legitimado poderá promover nova ação com o mesmo pedido e causa de pedir, desde que fundado em novas provas. Conclui-se, pois, que a sentença de procedência da pretensão beneficia a todos os legitimados e lesados individualmente.

Por outro lado, a sentença de improcedência por falência de provas não os prejudicará, permitindo a propositura das ações individuais cabíveis de reparação dos danos sofridos individualmente.

Trata-se, pois, da coisa julgada denominada de *secundum eventum probationis*⁷⁶ (segundo a sorte de suas provas), ou seja, de acordo com o espectro

⁷⁶ Ada Pellegrini Grinover esclarece que alguns países da América Latina prevêm, autorizando o *iudicium rescissorium*, que a prova nova superveniente a sentença, e que não foi possível produzir no

probatório e julgamento da lide, perfaz-se ou não a coisa julgada para os co-legitimados do direito difuso.

Ensinam Didier Jr. e Zaneti Jr. (2008, p. 357) que o julgamento por insuficiência de provas não precisa ser expresso, bastando que do conteúdo da decisão constata-se que outro poderia ter sido o resultado caso o autor comprovasse os fatos constitutivos de seu direito. Assim, não se faz necessário a expressa menção: “julgo improcedente por falta de provas”.

Semelhante dicção nas lições de Ricardo de Barros Leonel (2006, p. 274):

A concepção “deficiência probatória” que melhor atende ao processo coletivo é calcada no critério “substancial”: o que importa não é a dicção do magistrado na sentença, mas o conteúdo ou modo pelo qual o feito se encerrou. Se a discordância diz respeito a questões de fato que possam receber demonstração pretérita, inclusive em função do avanço tecnológico nos meios de prova, será possível a reformulação da coisa julgada. Quanto às questões de direito, não há espaço para dúvida: se na primeira demanda os fatos eram incontroversos e a divergência relacionava-se somente ao mérito, isto é, ao direito, a repositura da ação está definitivamente vedada.

Importa lembrar que a regra já era extraível dos demais diplomas do microsistema processual coletivo. Ora, a locução “exceto se o pedido for julgado improcedente por falta de provas” (art. 103, I) traduz essa característica do processo coletivo, presente igualmente no artigo 16 da LACP (“exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas”) e no artigo 18 da LAP (“exceto no caso de haver sido julgada improcedente por deficiência de prova”) (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, 2008, p. 357).

Assim, no caso de improcedência da demanda coletiva cuja decisão se fundamente em qualquer outro motivo que não a insuficiência de provas, haverá a formação da coisa julgada material, capaz de obstar a propositura de uma nova ação coletiva com o mesmo objeto e causa de pedir por qualquer legitimado, mas não impede que membros individuais do grupo promovam demanda pleiteando direito próprio.

processo encerrado – pode ensejar a propositura de nova ação, idêntica à anterior, baseada no novo espectro probatório. (GRINOVER, 2008, p. 159).

Luiz Manoel Gomes Jr vai além, argumentando a desnecessidade da ressalva contida no §1º do artigo 103 do CDC já que independentemente do motivo seja por falta de provas ou não, tal aspecto não impedirá o ajuizamento de ações pelos individualmente lesados.

[...] a ressalva do § 1º, do art. 103, do Código de Defesa do Consumidor é inútil e desnecessária já que a sentença, por óbvio, somente é imutável e indiscutível frente ao pedido, este identificado pelas partes e causa de pedir, bem como outra parte ocupando o pólo ativo.

Salienta-se, ainda, que a opção pela coisa julgada *secundum eventum probationis* revela um fundamento de política judiciária no sentido de o legislador privilegiar o valor justiça em detrimento do valor segurança (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, p. 357), avaliando “*se e quando é socialmente conveniente e adequado que sobre certas decisões incida a estabilidade do stare decisis et non quieta movere, e não assim em face de outras*” (MANCUSO, 2007a, p. 296).

Inadequado seria esquecer, ainda, que a coisa julgada *secundum eventum probationis* não é exclusiva dos processos coletivos, sendo notório o exemplo trazido pela doutrina e pelos Tribunais que reconhecem a prova científica do DNA como instrumento probatório hábil à modificação de resultado anterior de ação de investigação de paternidade (GRINOVER, 2008, p. 159)⁷⁷. Ainda, Eduardo Cambi (2005, p. 77) lembra outros exemplos: i) o existente no procedimento de inventário e partilha, quando do exame de questões de mais alta indagação (artigos 984; 1.000, parágrafo único, 1.016, § 2º e 1.018, *caput* do CPC); ii) o que surge no procedimento de desapropriação para evitar discussões sobre determinados assuntos (artigo 34, parágrafo único do Dec-Lei 3.365/41); iii) no procedimento dos Juizados Especiais Cíveis para o julgamento de causas complexas (art. 3º da lei 9.099/95); no procedimento sumário, para análise de questões que dependem de provas técnicas,

⁷⁷ Em posicionamento contrário Nelson Nery Jr. reconhece que é inadmissível a repositura de ação de investigação de paternidade fundada em prova de DNA, em desfavor de coisa julgada anterior de improcedência ou falta de provas. Para o autor, somente com a edição de lei autorizando que a coisa julgada, em ação de investigação de paternidade, ocorresse *secundum eventum probationis*. (Cf. NERY JR., 2004, p. 518).

mais intrincadas (art. 277, §5º, do CPC); v) no mandado de segurança, quando não se puder verificar a liquidez e certeza do direito (Lei 1.533/51, art. 15 e 16).

Assim, a sistemática *secundum eventum probationis* é abarcada também a questões privadas, envolvendo direitos de relevância social tal qual o direito de filiação.

Em suma, valho-me do quadro resumo da coisa julgada fundado nas demandas fundamentadas em direitos difusos desenvolvido por Ronaldo Lima dos Santos (2006, p. 47):

Natureza da decisão	Formação da coisa julgada	Conseqüências
Extinção do processo sem resolução do mérito	Coisa julgada formal	Possibilidade de propositura de nova demanda com o mesmo objeto e causa de pedir, inclusive pelo autor que havia proposto a ação anterior.
Procedência do pedido	Coisa julgada material	Eficácia <i>erga omnes</i> . Impossibilitando a propositura de nova demanda com o mesmo objeto e causa de pedir por qualquer legitimado.
Improcedência do pedido por qualquer motivo que não a insuficiência de provas	Coisa julgada material	Eficácia <i>erga omnes</i> . Impossibilitando a propositura de nova demanda com o mesmo objeto e causa de pedir por qualquer legitimado.
Improcedência do pedido por insuficiência de provas	Coisa julgada <i>secundum eventum probationis</i>	Possibilidade de propositura de nova demanda com mesmo objeto e causa de pedir, baseado em novas provas, inclusive pelo autor que havia proposto a ação anterior.

5.3 DOS INTERESSES COLETIVOS *STRICTO SENSU* E O REGIME DA COISA JULGADA

Deve-se considerar direito coletivo como, ao ver de certa parte da doutrina como um direito coletivo *stricto sensu*, aquele que atinge classes e categorias determinadas de pessoas ligadas entre si por uma relação base, tal anotação está disposta no art. 81, II do Código de Defesa do Consumidor⁷⁸.

João Marcelo Menezes Vigliar (1999, p. 51) conceitua-os como:

Os interesses que compreendem uma categoria determinada, ou pelo menos determinável de pessoas, dizendo respeito ao grupo, classe ou categoria de indivíduos, ligados a uma mesma relação jurídica base (ou básica, como preferem alguns autores) e não apenas meras circunstâncias fáticas, como acontecia na modalidade de interesses transindividuais analisada (nos interesses difusos).

O objeto dos direitos ou interesses coletivos, portanto, tem igual natureza indivisível, mas os titulares dos direitos coletivos são passíveis de identificação, já que estão relacionados à determinada categoria de pessoas (grupo determinável), ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base.

Todavia, importa destacar que, embora o liame seja referente a uma categoria de pessoas, isto não quer dizer que estão necessariamente vinculados em torno de uma entidade associativa (sindicato, associação de defesa de consumidores, etc.). Ora, por expressa disposição legal, a relação jurídica base pode ocorrer em relação à parte adversa, como exemplo, um contrato padrão de planos de saúde (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2008, p. 386).

⁷⁸ Artigo 81, II do CDC: [...] II – interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais de natureza indivisível de que seja parte titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com parte contrária por uma relação jurídica base

Há de se ressaltar, ainda, que o direito coletivo e o direito difuso possuem características em comuns, sendo a primeira delas a transindividualização dos direitos, ou seja, são típicas de direitos transindividuais que não pertencem a único indivíduo determinado, pelo que, são também indisponíveis e não podem ser objeto de transação (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 308). Tangenciam-se, também, no ponto em que ambos são indivisíveis quanto ao objeto por impossibilidade fática (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 308).

Todavia, distanciam-se em determinados aspectos:

Tanto os direitos difusos como os coletivos são indivisíveis, mas distinguem não só pela origem da lesão como também pela abrangência do grupo. Os interesses difusos supõem titulares indetermináveis, ligados por circunstâncias de fato, enquanto os coletivos dizem respeito a grupo, categoria ou classe de pessoas determinadas ou determináveis, ligadas por uma mesma relação jurídica base (MAZZILI, 2008, p. 55).

Daí, a principal diferença recai no elemento integrador dos titulares desses direitos. Ora, as pessoas de certo grupo, categoria, ou classe (determinados ou determináveis) são ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base. Assim, o que une esse conjunto de pessoas não diz respeito unicamente ao direito discutido em juízo, mas trata-se de um vínculo permanente e preexistente à lesão ou ameaça de lesão (relação jurídica base), não podendo ser considerada aquela nascida da própria lesão (DINAMARCO, 2001, p. 55).

Em síntese, enquanto nos direitos difusos os sujeitos estão ligados por circunstâncias fáticas e por isso são indetermináveis, nos direitos coletivos os sujeitos são unidos por um vínculo jurídico, denominado pelo legislador de relação jurídica base, tal qual pertencerem a um mesmo condomínio, classe de trabalhadores, etc.

5.3.1 Da coisa julgada nos direitos coletivos *stricto sensu*

Sob a ótica processual, tal qual nos direitos difusos, sua defesa em juízo se dá sempre em forma de substituição processual (o sujeito ativo da relação processual não é o sujeito ativo da relação do direito material), razão pela qual o objeto do litígio é indisponível para o autor da demanda que não poderá renunciar, confessar, nem assumir ônus probatório não fixado em lei (ZAVASKI, 1995, p. 35).

A coisa julgada nos direitos ou interesses coletivos terá efeito *ultra partes* (além das partes), uma vez que apenas determinado grupo de pessoas, categorias ou classe de indivíduos, ligados entre si com a parte contrária com uma relação jurídica base, será atingido pela imutabilidade do julgado (COSTA, 2008, p. 101).

Assim, em sendo coletivo o direito, os efeitos da sentença transpassam a esfera subjetiva do processo, mas limitam-se ao grupo, categoria ou classe, ou seja, fica restrita às pessoas que seriam, de qualquer forma, beneficiadas em razão da procedência da pretensão.

A principal distinção do regime da coisa julgada nas ações de interesses difusos é apenas com relação à natureza da eficácia que, nesse caso, como já estudado é *ultra partes*. A diferença de tratamento decorre da própria diversidade de natureza de ambos os interesses, pois, ao passo que os interesses difusos têm como titulares pessoas indeterminadas e ligadas por uma circunstância de fato, os interesses coletivos são titularizados por um grupo, categoria ou classe de pessoas cujo liame é uma relação jurídica básica (SANTOS, 2006, p. 48).

Ademais, seria de qualquer modo inútil a coisa julgada com natureza *erga omnes* para os direitos considerados coletivos, “situação na qual perfeitamente identificados os seus beneficiários, os seus efeitos são limitados aos reais integrantes da categoria, grupo ou classe” (GOMES JÚNIOR, 2008, p. 308).

No mais, segue a mesma disciplina prevista para as ações relativas aos interesses difusos, inclusive no que concerne a coisa julgada *secundum eventum probationes* (segundo a sorte das provas).

Na hipótese de procedência da ação, nenhum dos demais co-legitimados poderá promover nova ação coletiva com fundamento na mesma causa de pedir, pleiteando o mesmo pedido. Portanto, em sendo julgado procedente, com a análise do mérito, a carga eficaz da coisa julgada impede a repositura da ação coletiva sobre

a mesma lide por carência de interesse de agir (GOMES JÚNIOR, 2008, p. 308), já que os integrantes do grupo, categoria ou classe são favorecidos pela sentença de precedência, pertencendo ou não à associação do autor.

Na hipótese de improcedência, por sua vez, tratando-se de interesses coletivos, a lei distingue duas situações: a) quando há falência de elementos probatórios, o *decisum* não perfaz a coisa julgada, podendo outra ação com fundamento em novas provas ser ajuizada; b) quando o pronunciamento jurisdicional está pautado nas provas apresentadas, a coisa julgada se perfaz, impedindo que qualquer outro ente coletivo ajuíze outra ação com o mesmo objeto (LENZA, 2008, p. 228).

Reconhece-se que o julgamento de improcedência pautado na falta de provas, tanto nas ações coletivas que versem sobre direitos difusos, assim como aqueles responsáveis por direitos coletivos, evita que se forme coisa julgada prejudicial à comunidade, por força da deficiência da atividade instrutória.

Como exemplo, invoca-se o pronunciamento jurisdicional, ação civil pública, que reconhece a anulabilidade de cláusula considerada abusiva em contrato de adesão. Neste caso, hipótese de procedência, cria-se um título executivo que beneficiará a todos os lesados que integram o mesmo grupo. Na hipótese de improcedência, há que se observar qual o fundamento da decisão. Se por falta de provas, não há coisa julgada *ultra partes*, por sua vez, se o fundamento da improcedência encontra guarida nas provas apresentadas, há coisa julgada *ultra partes*, estendendo-se os efeitos da decisão para todos os pertencentes ao grupo, classe ou categoria.

Vale lembrar que a eficácia *ultra partes* para o CDC é mais restrita que a eficácia *erga omnes*, porque esta última não guarda limites subjetivos definidos, enquanto aquela atinge a determinado grupo de indivíduos (LENZA, 2008, p. 228).

Repise-se, para efeito de fixação, que tanto no caso da coisa julgada em ação coletiva para a defesa de interesses difusos ou coletivos, não são prejudicados os interesses individuais. Ora, quando improcedente a ação coletiva por insuficiência de provas, não se pode falar em coisa julgada material, sendo facultada a propositura de nova demanda individual. Noutra passo, se improcedente por outro motivo que não a falta de provas, a decisão fará coisa julgada em relação aos legitimados para a

propositura da ação coletiva, impedindo a propositura de nova ação coletiva com a mesma causa de pedir. Todavia, nessa última hipótese não fica preclusa a via às ações individuais, com idêntico fundamento, por iniciativa dos titulares de direitos ou interesses pessoais integrantes da coletividade (EFING, 2003, p. 249-250). Somente se a ação coletiva for julgada procedente é que terá eficácia *erga omnes* (direitos difusos) ou *ultra partes* (direitos coletivos *stricto sensu*).

Para facilitar o estudo, reproduz-se, igualmente quadro (SANTOS, 2006, p. 47) abaixo sistematizando o assunto:

Natureza da decisão	Formação da coisa julgada	Conseqüências
Extinção do processo sem resolução do mérito	Coisa julgada formal	Possibilidade de propositura de nova demanda com o mesmo objeto e causa de pedir, inclusive pelo autor que havia proposto a ação anterior.
Procedência do pedido	Coisa julgada material	Eficácia <i>ultra partes</i> . Impossibilitando a propositura de nova demanda com o mesmo objeto e causa de pedir por qualquer legitimado.
Improcedência do pedido por qualquer motivo que não a insuficiência de provas	Coisa julgada material	Eficácia <i>ultra partes</i> . Impossibilitando a propositura de nova demanda com o mesmo objeto e causa de pedir por qualquer legitimado.
Improcedência do pedido por insuficiência de provas	Coisa julgada <i>secundum eventum probationis</i>	Possibilidade de propositura de nova demanda com mesmo objeto e causa de pedir, baseado em novas provas, inclusive pelo autor que havia proposto a ação anterior.

5.4 DOS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS E O REGIME DA COISA JULGADA

Os direitos individuais homogêneos são mais fáceis de compreender, são eles, os direitos individuais que decorrem de pessoas perfeitamente identificáveis, podendo ser atribuídos a sujeitos específicos. Há, neste caso, uma transindividualidade artificial ou legal, uma vez que não deixam de ser direitos individuais ligados por um vínculo comum que caracteriza a homogeneidade (LENZA, 2008, p. 67). Também, há a reunião de interessados para a defesa, em conjunto, de seus direitos individuais, tendo como elemento norteador a economia processual.

Os interesses aqui não são difusos ou coletivos, são individuais, classificados diferentemente, em face de sua tratativa de defesa judicial coletiva. Estes analisam coletivamente danos individualmente sofridos por grupo de pessoas. Note-se que não são interesses essencialmente coletivos, seja pela sua configuração, seja em seus efeitos, mas pelas características comuns que seus titulares encontram-se, lhe sendo conferida certa coesão no exercício de sua defesa individual (TOPAN, 1993, p. 28).

O Código de Defesa do Consumidor também traz a conceituação legal de interesse individual homogêneo em seu artigo 81, inciso III. Ao contrário dos direitos difusos e coletivos, os individuais homogêneos são apenas acidentalmente coletivos⁷⁹, ou seja, individuais em sua essência, mas que recebem um tratamento de coletivo, considerando a origem comum (GOMES JÚNIOR, 2008, p. 11).

Como característica essencial de um direito individual homogêneo, repise-se, é a origem comum e a homogeneidade. Assim, a grande novidade trazida pelo Código Consumerista foi permitir que direitos individuais (em sua essência) fossem defendidos

⁷⁹ Em relatório nacional para o VII Congresso Internacional de Direito Processual (Würzburg, 1983), Barbosa Moreira discerniu a categoria de interesses designando-nos em interesses essencialmente coletivos e interesses acidentalmente coletivos, estes últimos considerados quando é possível distinguir interesses referíveis individualmente aos vários membros de uma coletividade atingida [...] (Para mais: ARAÚJO FILHO, 2000, p. 51)

coletivamente em juízo. E não se trata de uma pluralidade de demandas, mas uma única demanda, de natureza coletiva que objetiva a tutela de direitos individuais considerados homogêneos (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 309

É sobremodo importante assinalar que a origem comum pode ser fática, jurídica ou, simultaneamente, fática e jurídica. Neste sentido desta Kazuo Watanabe et al.(2007, p. 825):

A origem pode ser de fato ou de direito, e a expressão não significa, necessariamente, uma unidade factual e temporal. As vítimas de uma publicidade enganosa veiculada por vários órgãos de imprensa e em repetidos dias de um produto nocivo à saúde adquirido por vários consumidores num largo espaço de tempo e em várias regiões têm, como causa de seus danos, fatos de uma homogeneidade tal que os torna a “origem comum” de todos eles.

Á guiza de exemplo pode-se invocar o acidente aéreo da TAM ocorrido em 17 de julho de 2007, quando o voo TAM 3054 (linha aérea de passageiros que ligava as cidades brasileiras de Porto Alegre e São Paulo) escapou da pista durante o pouso em São Paulo, chocando-se contra um prédio situado nas proximidades da cabeceira da pista, no lado oposto da rua, ocasião em que morreram 187 pessoas que estavam no voo e outras 12 mortes que estavam em terra, no edifício. Tal circunstância fática gerou um direito à reparação individual a cada sucessor do evento, mas que poderia mediante um processo coletivo, obter um pronunciamento jurisdicional único, contudo com uma condenação genérica em caso de procedência do pedido, quando o juiz apenas valora o dever de indenizar (artigo 95 do CDC) (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 310). Ainda, é possível vislumbrar o direito individual homogêneo quando uma coletividade de consumidores prejudicados pela aquisição de um mesmo produto defeituoso ou, também, nos casos de danos de pequeno valor (delitos de bagatela), lesões que não justificam, do ponto de vista econômico, o ajuizamento de uma demanda individual (GOMES JÚNIOR, 2008, p. 11).

Em verdade, as ações coletivas em defesa dos interesses individuais homogêneos são as responsáveis por regulamentar as *class actions for damages*, com devidas adaptações, no ordenamento pátrio, pois são ações civis de responsabilidade pelos danos sofridos por uma coletividade de indivíduos (GRINOVER et. al, 2007, p. 887).

Oportuno lembrar que não basta à origem comum, revelando-se indispensável à prevalência de aspectos coletivos frente aos individuais (GOMES JÚNIOR, 2008, p. 13), de forma a permitir uma prestação jurisdicional mais ágil, uniforme e eficiente ao grupo lesado em decorrência de uma mesma origem comum (MARQUES; BENJAMIN, MIRAGEM, 2006, p. 976).

Saliente-se, ainda, que os interesses individuais homogêneos, assim como os difusos e coletivos não se encontram dissociados no plano jurídico. Nelson Nery Júnior traz-nos um feliz exemplo da possibilidade de interesse metaindividual, como gênero, poder enquadrar-se noutra das suas espécies – difuso, coletivo e individual homogêneo – segundo a trilogia acolhida pelo artigo 81 do CDC. A partir do conhecido acidente do “Bateau Mouche”, ocorrido no Rio de Janeiro, observa o autor que daí se podem extrair diversos graus do direito metaindividual: 1) *direito difuso* seria o interesse na demanda ajuizada pelo Ministério Público em favor da vida e segurança das pessoas para que se interditasse a embarcação a fim de se evitarem novos acidentes; 2) *direito coletivo* seria o interesse representado na ação movida pelas empresas de turismo a fim de compelir a empresa proprietária da embarcação a dotá-la de mais segurança; 3) *direito individual homogêneo* é representado no interesse divisível dos seus titulares individualizáveis, mas que une é a “origem comum do pedido que pretende fazer em juízo. Em suma, a ação para a tutela dos desses interesses individuais homogêneos nada mais é que a *class action* brasileira (art. 91 *et. seq.* do CDC)” (NERY JÚNIOR, 1992, p. 152).

Há, também, o casuísmo apresentado por Rodolfo Camargo Mancuso (2007b, p. 48-49) que lança o seguinte exemplo:

Nas relações entre as chamadas “montadoras” e os proprietários de veículos automotores: os interesses a que a propaganda dos veículos seja fiel às reais características do produto (vedação a propaganda enganosa ou abusiva; vinculação da mensagem ao bem ou serviços ofertados) apresenta-se como um interesse difuso, já que concernente a sujeitos indeterminados; os interesses dos proprietários de postos de combustíveis a que as montadoras fabriquem veículos bi-combustíveis pode ser um interesse coletivo em sentido estrito, uma vez que os sujeitos são determináveis e os interesses de que se trata apresenta um certo grau de agregação, derivado da mesma relação jurídica base (a compra e venda de veículos automotores), estando afetado a um grupo, categoria ou classe; por fim, o interesse de um grupo de indivíduos proprietários de veículo de certa marca, em que a montadora proceda a um *recall* para equipar os veículos com um certo equipamento de segurança, é um interesse

individual homogêneo, porque, se na essência ele remanesce individual, não há negar que ele se apresenta uniformizado em todas as suas tendências, autorizando, e até recomendando, uma tutela jurisdicional em modo coletivo. Neste último caso, aliás, não fora o expressivo número de sujeitos concernentes, poderia haver lugar para a formação de um litisconsórcio ativo facultativo (CPC, artigo 46, IV e parágrafo único).

Esclarecido o aspecto dogmático conceitual dos direitos individuais homogêneos, distinguindo-nos dos demais, há que se adentrar no tratamento conferido pelo processo civil.

5.4.1 Da coisa julgada nos direitos individuais homogêneos

Os direitos individuais homogêneos são defendidos em juízo geralmente por seu próprio titular. A defesa por um terceiro será na forma de representação com aquiescência do titular. Nesse caso, o regime de substituição processual depende, portanto, de expressa autorização legal (artigo 6º do CPC).

A sentença, na hipótese de tutela desses direitos, deve ser genérica, pois se limita a reconhecer a responsabilidade do réu pelos danos causados, conforme expressa disposição do artigo 95 do CDC⁸⁰, eis que os lesados (vítimas ou sucessores) devem propor, a título individual, a respectiva liquidação, provando o dano sofrido e o seu montante (BENJAMIN, MARQUES, BESSA, 2008, p. 389).

Assim, nos termos do artigo 97 do CDC, a determinação do prejuízo individualmente sofrido dar-se-á em momento posterior, devendo cada beneficiário da condenação genérica habilitar-se à liquidação da sentença, incumbindo-lhe provar a existência do dano pessoal e seu nexo de causalidade com o dano geral reconhecido na sentença, a fim de que se possa quantificar o montante da indenização (LENZA, 2008, p. 233).

Quanto ao regime da coisa julgada na defesa de interesses individuais homogêneos o tratamento legal é dado pelo art. 103, inciso III do Código de Defesa do

⁸⁰ Em caso de procedência do pedido, a condenação será genérica, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados.

Consumidor, que estabelece tratamento legislativo simétrico àquele conferido aos direitos difusos e coletivos, apresentando determinadas peculiaridades, dentre eles destaca-se a exceção feita aos critérios da inexistência de coisa julgada para as hipóteses de improcedência por insuficiência de provas, adotado somente para os interesses difusos e coletivos. “Ou seja, a coisa julgada *erga omnes*, com o temperamento de só poder beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, sem prejudicar os terceiros que não tenham intervindo como litisconsortes” (GRINOVER et. al., 2007, p. 954).

Posta assim a questão, é de se dizer que as peculiaridades da coisa julgada nas ações que versam sobre direitos individuais homogêneos justificam-se em razão de que podem, nesse caso, serem propostas tanto pela via coletiva quanto pela via individual, enquanto nas hipóteses de direitos coletivos e difusos a demanda somente poderia ser oposta por um “autor ideológico” (GRINOVER et. al., 2007, p. 954). Além disso, a coisa julgada nas ações que versam sobre direitos individuais homogêneos distanciam-se das ações coletivas referentes a direitos difusos e coletivos em razão de que o pedido e conteúdo das decisões são distintos. Oportuno se torna a transcrever:

Na hipótese de interesse difuso e coletivo o pedido será certo e determinado, devendo a ação ter por objeto uma tutela específica (artigo 3º da Lei 7.347/85) de sorte que o conteúdo da decisão também será específico (reparação de bem histórico, pagamento de indenização para o Fundo etc.); já nas ações referentes a interesses individuais homogêneos, em caso de procedência do pedido, a condenação será genérica, com a fixação da responsabilidade do réu pelos danos causados (artigo 95 da Lei 8.078/90), devendo o *quantum debeatur* ser apurado em liquidação e/ou execução coletiva em que serão identificados os beneficiários, ou em liquidação e/ou execução proposta pelos próprios interessados individuais (artigo 97 e 98 da Lei 8.078/90). Na liquidação, além do *quantum debeatur*, cada liquidante deverá provar, por artigos, a existência de seu dano pessoal e o nexo etiológico com o dano reconhecido na demanda coletiva (SANTOS, 2006, p. 50).

Assim, a coisa julgada nas sentenças de procedência que tutelam interesses homogêneos produz efeitos *erga omnes*, atingindo a todos, de modo a beneficiar todas as vítimas do mesmo evento danoso e seus sucessores, independentemente de terem ou não ingressado como litisconsortes, alcançando o réu, vedando-se a promoção de nova ação que verse sobre o mesmo assunto por quem quer que seja, inclusive pelos legitimados concorrentes e as vítimas (ALMEIDA, 2001, p. 166).

Não se estranha, mais uma vez, nesse contexto, a forte influência do direito alienígena estadunidense, uma vez que pelas luzes do artigo 94 do CDC, proposta a ação coletiva, deverá haver sua ampla informação ao efeito de permitir a intervenção dos interessados no processo. Desta feita, haverá a divulgação de um edital em um órgão oficial, a fim de que os interessados possam intervir no processo como litisconsortes, sem prejuízo da ampla divulgação pelos meios de comunicação social por parte dos órgãos de defesa do consumidor.

É de se notar que o conteúdo semântico do referido artigo 94 do CDC apresenta sistemática parecida com a regra da notificação do *Rule 23*, alínea (c) (2) das *Federal Rules of Civil Procedure* de 1966. Ora, nas *class actions* objetiva-se garantir o direito ao *opt out*, ao passo que a regra do artigo 94 do CDC, assegura, em certa medida uma espécie de *opt in*, pelo qual o interessado poderia intervir em litisconsórcio unitário⁸¹ ao lado do autor coletivo (LENZA, 2008, p. 234).

Mas, há que se notar que enquanto no direito norte-americano a autoridade da coisa julgada atinge a todos, independente do resultado do julgamento, o direito pátrio limita a produção de efeito *erga omnes* somente para os casos de procedência, a fim de beneficiar as vítimas e sucessores.

Essas particularidades, ensina Pedro Lenza (2008, p. 234), justificam a garantia do exercício do *opt in* do direito pátrio, intervindo o interessado no processo coletivo, ao efeito de assumir a qualidade de parte, enquanto sujeito da relação jurídica processual, sendo portanto atingido pela autoridade da coisa julgada *pro et contra*, aplicando-se, desta feita, o descrito no artigo 467, primeira parte do CPC.

A meu ver, há uma notória aproximação com o critério *opt in* do sistema norte-americano na regra descrita no artigo 94 do CDC, já que a obrigatoriedade na publicação do edital em órgão oficial que objetiva a manifestação dos interessados para participarem do processo, exercendo o direito de fazerem parte do processo e serem, por conseguinte, atingidos pela coisa julgada, seja ela procedente ou não.

⁸¹ Cumpre observar que, a luz do que ensina Ada Pelegrini Grinover, o interveniente do artigo 94, embora litisconsorte, não poderá apresentar novas demandas, ampliando o objeto litigioso da ação coletiva à consideração de seus direitos pessoais, já que tal postura contraria o escopo da molecularização das demandas coletivas em desfavor das relações atomizadas. Assim, alguns autores a consideram como assistência qualificada ou litisconsorcial. (GRINOVER et. al, 2007, p. 902).

Retomando o raciocínio, não é demais repetir que a coisa julgada tem expansão *erga omnes*, desde que o pedido seja julgado procedente, em benefício de todas as vítimas e seus sucessores (TUCCI, 2006b, p. 111). Mas, na hipótese de improcedência do pedido, seja pela insuficiência de provas ou por qualquer outro motivo, determina o parágrafo segundo do artigo 103 que os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes, participando diretamente da relação processual, poderão propor ação de indenização em defesa do interesse individual (EFING, 2003, p. 250).

Desta feita, a sentença de improcedência recebe tratamento diferenciado, só produzindo efeitos em relação às partes litigantes, não se estendendo aqueles não intervenientes os quais poderão promover nova ação individualmente (EFING, 2003, p. 250).

É preciso insistir, portanto, que além do caráter *erga omnes* da coisa julgada, as ações coletivas para a tutela dos interesses individuais homogêneos caracterizam-se pela presença da coisa julgada *secundum eventum litis* (segundo a sorte da lide), ou seja, o conteúdo da sentença somente atingirá os titulares dos interesses individuais nos julgamentos de procedência da demanda (sorte da lide), “circunstância que os habilita a beneficiar-se da decisão favorável, procedendo-se diretamente a execução dos seus direitos, sem a necessidade de prévio processo de conhecimento” (SANTOS, 2006, p. 50).

Noutro vértice, quando pendente ação individual, reforça-se que, para o autor beneficiar-se da coisa julgada em ação coletiva, o autor da demanda individual, deverá ter requerido oportunamente a sua suspensão, nos termos do artigo 104 do CDC, em sua segunda parte. Ora, somente o autor que, devidamente intimado, requerer a suspensão da demanda individual em curso, no prazo de trinta dias, contados da data da ciência do ajuizamento da ação coletivo, será atingido pelos efeitos *erga omnes* da coisa julgada (ALMEIDA, 2001, p. 167). Em assonância com o descrito, cumpre destacar as lições de Rizzato Nunes (2005, p. 840):

Fica claro que pelo dispositivo legal do artigo 104 que, se o consumidor que demanda individualmente não requerer a suspensão de sua ação individual no prazo de 30 dias, terá ele sua demanda prosseguindo por sua conta e risco, abrindo Mao de eventual benefício da procedência da ação coletiva.

Todavia, para que isso seja verdade é necessário que na ação coletiva haja prova de sua ciência real e inequívoca.

Ainda, neste sentido:

Mesmo na hipótese de sentença favorável há uma exceção a regra do beneficiamento do interesse individual: trata-se da situação em que o indivíduo possuía uma ação individual e, ao tomar conhecimento da propositura da demanda coletiva com o mesmo objeto, não requereu a suspensão da respectiva ação individual no prazo de trinta dias, a contar da ciência do ajuizamento da ação coletiva. Assim, em não havendo a suspensão do processo individual, eventual sentença coletiva favorável não beneficiará o autor da demanda individual, que ficará a mercê da decisão a ser proferida no processo em que figura como parte (SANTOS, 2006, p. 51).

Pedro Silva Dinamarco (2001, p. 103), também entende que é ônus do réu, na ação civil pública demonstrar que o indivíduo tinha ciência inequívoca da ação coletiva e não exercer sua opção de suspensão da ação individual em momento oportuno. Dessa forma, a contagem do prazo iniciaria, a partir da ciência inequívoca da parte, de modo a não ensejar uma “malandragem do demandante”.

Enfatiza-se, ainda, que ultimado o prazo de trinta dias após a efetiva ciência da notícia da ação coletiva, permanecendo o autor ou seu patrono inerte, deve-ser interpretada que optou-se pelo prosseguimento da demanda individual. (GOMES JÚNIOR, 2008, p. 314).

Assim, a coisa julgada *erga omnes*, só será produzida em sendo a sentença julgada procedente, atingindo de maneira diferente o indivíduo lesado.

Trata-se, pois, de um engenhoso sistema, também inspirado nos critérios *opt in/opt out* das *class actions* norte-americanas, pelo qual o autor de uma ação individual, buscando evitar uma contradição entre julgados (individual e coletivo), não quiser sobrestá-la, lhe fica vedado beneficiar-se do julgado coletivo que porventura lhe seria benéfico, ou seja, não poderá estar ao lado dos outros indivíduos que poderão promover a liquidação e execução do julgado coletivo (MANCUSO, 2007b, p. 220).

Neste sentido, importa destacar:

Na prática, reconhece-se que, tendo em vista a grande dificuldade de se saber se existem ações coletivas em face do réu, esta notícia normalmente será trazida por este último, abrindo-se, então, a possibilidade do autor individual,

exercer uma espécie de *right to opt in* (requerendo a suspensão da ação individual) ou *opt out* (exclusão da extensão subjetiva *in utilibus* do julgado coletivo), caso prossiga com a sua ação individual. (LENZA, 2008, p. 243).

Antonio Gidi (1995, p. 203) igualmente explica que a interpretação do artigo 104 do CDC encontra vozes no sistema das *class actions*, todavia, nas ações coletivas do direito pátrio há o *right to opt out*, pois o consumidor de um direito, após a efetiva informação sobre a pendência de uma ação coletiva, com objeto correspondente ao da sua ação individual, poderá excluir-se da esfera de incidência da coisa julgada na ação coletiva. Com propriedade elucida:

[...] tal interpretação está conforme o regime jurídico das *class actions*, na qual o membro do grupo tem o direito de ser cientificado adequadamente do ajuizamento da ação coletiva, sob pena de poder esquivar-se da incidência da coisa julgada. A partir dessa ciência, pode, então, exercer o seu direito de optar por sair da esfera de abrangência da coisa julgada (*right to opt out*) ou, em seu silêncio, optar por nela permanecer.

Em suma, não é demais repisar que, estando em tramitação ação individual, caso o lesado queira habilitar-se como litisconsorte ou assistente litisconsorcial em ação coletiva ou ação civil pública, deverá requerer a suspensão da ação individualmente promovida em curso, se for aceita a sua habilitação, como litisconsorte ou assistente litisconsorcial, ficará sujeito a coisa julgada, sofrendo todos os seus efeitos seja ela de procedência ou improcedência da pretensão deduzida em juízo, exceto se a ação for julgada improcedência por falta de provas (MARINONI; ARENHART, 2008, p. 747).

Entretanto, se o lesado requereu a suspensão da ação individual em trâmite não sendo, porém admitido e habilitado como litisconsorte, a sentença de improcedência proferida em ação civil pública ou coletiva, não o atingirá, admitindo-se que de continuidade a ação individual.

Assim, se proposta a ação individual e não tendo requerido sua suspensão, não será prejudicado nem tampouco favorecido pelos efeitos da coisa julgada havida sobre a sentença proferida em ação civil pública ou coletiva, cabendo-lhe aguardar o julgamento da ação individualmente proposta (ALMEIDA, 2001, p. 168).

Conclui-se, pois, que esta inovação introduzida no sistema jurídico pátrio, com o advento do CDC, é, em muitos aspectos, favorável aos titulares de direitos individuais

homogêneos, principalmente no que tange à incidência dos efeitos positivos de uma sentença favorável, mesmo não tendo sido parte na ação originária, sendo permitido que, diretamente, promova a liquidação e a execução. Assim sendo, fica dispensado de promover ou participar do processo de cognição, sem, entretanto participar do processo de execução e partilhar o produto arrecadado com a condenação, ressarcindo assim os prejuízos sofridos (ALMEIDA, 2001, p. 168).

Desse modo, fica assim delineado o quadro sistemático (SANTOS, 2006, p. 52) da coisa julgada nas demandas que versam sobre direitos individuais homogêneos.

Natureza da decisão	Formação da coisa julgada	Conseqüências
Extinção do processo sem resolução do mérito	Coisa julgada formal	Possibilidade de propositura de nova demanda com o mesmo objeto e causa de pedir, inclusive pelo autor que havia proposto a ação anterior.
Procedência do pedido	Coisa julgada material	Eficácia erga omnes , para beneficiar vítimas e sucessores. Não será beneficiado pela coisa julgada coletiva o indivíduo que não requereu a suspensão do processo individual em trâmite (artigo 104 do CDC).
Improcedência do pedido, inclusive por insuficiência de provas	Coisa julgada material	Impossibilidade de propositura de nova demanda com o mesmo objeto e causa de pedir, por qualquer ente legitimado. Os interessados individuais que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão pleitear seus direitos em ações individuais.

Em suma, a imutabilidade do julgado nas ações coletivas pode atingir: a) a comunidade lesada (artigo 103, I do CDC); b) o grupo, categoria ou classe lesados (artigo 103, II do CDC); c) e as vítimas lesadas e seus sucessores (artigo 103, III do CDC).

5.4 TRANSPORTE *IN UTILIBUS* DA COISA JULGADA COLETIVA

Inspirado nos princípios da economia processual e nos critérios da coisa julgada *secundum eventum litis*⁸², assim como na aplicação *ope legis* do objeto do processo, autoriza-se o transporte, *in utilibus*⁸³, da coisa julgada resultante de sentença proferida nas ações coletivas para as ações individuais de indenização por danos pessoalmente sofridos (GRINOVER et. al., 2007, p. 955).

É o que dispõe o § 3º do artigo 103 do CDC:

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

Desta forma admite-se que sentença coletiva (proferida em processo em que verse sobre direitos individuais homogêneos, coletivos ou difusos⁸⁴) valha como título executivo judicial para execução dos danos individualmente sofridos, bastando que o

⁸² Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. explicam que “o transporte de sentença proferida em ação civil pública, para ações individuais de indenização por danos pessoalmente sofridos, opera-se *secundum eventum litis*, ou seja, só há o transporte nas hipóteses de procedência.” (DIDIER JR.; ZANETI JR. 2008, p. 380).

⁸³ Ada Pellegrini Grinover reconhece que o transporte da coisa julgada constituída em decisão favorável proferida em processo coletivo para as ações individuais, promovendo um encurtamento do caminho processual revela uma tendência ponderável entre os países da civil Law. Reportam-se a esse critério os relatórios da Alemanha, Itália e Suíça (na Europa); e, na América Latina, além da previsão expressa no Código Modelo de Processo Coletivos para Ibero-América, os relatórios do Brasil (direito vigente e projetado), Chile, Costa Rica, Uruguai e Venezuela. (GRINOVER, 2008, p. 160).

⁸⁴ Não obstante o artigo 104, na sua parte final, referir-se somente aos direitos coletivos e individuais homogêneos a doutrina assevera que deve-se interpretar o artigo 104, parte final, também com relação aos direitos difusos. (GRINOVER, 2008, p. 160).

sujeito demonstre o nexo causal com o objeto do pedido julgado procedente na ação civil pública, bem como provar ter ocorrido o dano de natureza moral ou patrimonial e o valor de seu prejuízo.

O sistema ou técnica da coisa julgada *in utilibus* parte da premissa que a coisa julgada não pode prejudicar terceiros (*aliis non prejudicare*). Assim, tal extensão subjetiva da coisa julgada revela, mais uma vez, que a *res judicata* não é um dogma absoluto e intangível, mas sim, uma técnica processual flexível que comporta alguns temperamentos buscando amoldar-se às peculiaridades de situações *in concreto*. (MANCUSO, 1994, p. 100).

Lança a doutrina feliz exemplo em que a sentença que reconhece a existência de dano ambiental, indivisivelmente considerado, e que condena o demandado a sua reconstituição, permite que as pessoas físicas, individualmente consideradas, podem se servir da coisa julgada coletiva para “encurtar o caminho processual voltado à indenização pelos danos pessoalmente sofridos” (MANCUSO, 2007a, p. 511).

Há que se concluir, portanto, que a coisa julgada, no plano coletivo, atua de forma *erga omnes* ou *ultra partes*, tanto no caso de acolhimento ou rejeição da demanda, impedindo que novo processo coletivo seja intentado por qualquer legitimado. Mas, no plano das pretensões individuais, a coisa julgada favorável pode ser imediatamente aproveitada, passando a liquidação e execução da sentença; enquanto a coisa julgada desfavorável não impede a propositura de ações individuais, a título pessoal (GRINOVER, 2008, p. 158).

Assim, a rejeição da demanda após a cognição exauriente plena, não obsta o ajuizamento de demanda particular, até porque “não foram as específicas situações individuais que constituíram objeto da demanda coletiva” (MANCUSO, 2008a, p. 511). Daí, se o lesado individual preferir aguardar e depois aproveitar-se de eventual e futura coisa julgada formada na ação coletiva, ele se poupará da ação de conhecimento, restando-lhe proceder à oportuna liquidação e execução no que lhe for útil.

Desta feita, embora a satisfação de interesses individuais não figure como objeto imediato das ações coletivas para a tutela dos interesses difusos e coletivos, há expressa previsão legal (artigo 103, §3º do CDC) de extensão da decisão favorável a sujeitos singulares (vítimas e sucessores) (SANTOS, 2006, p. 53).

Por outro lado, diante do contido no artigo 92 do CDC, a coisa julgada coletiva será afeta ao indivíduo, titular de um direito individual homogêneo, que intervier na ação coletiva, inclusive, quando se tratar de decisão de improcedência. Trata-se, pois da aplicação do §2º artigo 103, que assim dispõe: “Na hipótese no inciso III, em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual.”

Há que se salientar, novamente, o artigo 104 do CDC que permite o aproveitamento nas ações individuais, da sentença de procedência na ação coletiva, desde que aquelas demandas particulares tenham ficado sobrestadas, à espera a decisão no feito coletivo (MANCUSO, 2007a, p. 213).

Neste prisma:

O transporte *in utilibus* da coisa julgada favorável para a tutela de interesses difusos e coletivos dependerá do requerimento da suspensão do processo individual, no prazo de trinta dias, a contar da ciência dos autos do ajuizamento da ação coletiva. Há um erro de remissão no artigo 104 do CDC, que, na sua segunda parte refere-se aos “efeitos da coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes* a que aludem os incisos II e III do artigo anterior”, quando a coerência sistemática entre a primeira e a segunda remissão exige que se leia na segunda referencia ao inciso I. (SANTOS, 2007, p. 53).

E, não há como olvidar, também uma espécie de extensão da coisa julgada à seara coletiva prevista no §4º do artigo 103 do Diploma Consumerista. Trata-se da hipótese que possibilita o aproveitamento civil da sentença penal condenatória, aplicando-se o regime previsto no §3º do artigo 103, do CDC. Assim, nas hipóteses em que a vítima for a coletividade (crimes relacionados à proteção da concorrência, das relações de consumo, do mercado de capitais) a sentença penal condenatória ecoa no âmbito cível, beneficiando a vítima da conduta criminosa. Há que se considerar, oportunamente, que pela alteração legislativa recente (Lei 11.719/2008, que alterou dispositivos do CPP, incluindo o inciso IV ao artigo 387⁸⁵) o juiz criminal poderá, inclusive, fixar o mínimo da indenização para a promoção da ação civil *ex delicto* (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, 2008, p. 364).

⁸⁵ “Art. 387 do CPP: O juiz, ao proferir a sentença condenatória *omissis*

IV - fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido;

Pode-se dizer, portanto, que a coisa julgada coletiva somente figura como instrumento benéfico uma vez que, no caso da ação coletiva ser julgada procedente, o titular do direito poderá aproveitar-se do que foi abarcado na sentença coletiva em uma ação individual, promovendo a extensão subjetiva da coisa julgada *secundum eventum litis*.

Em suma, o transporte *in utilibus* é uma garantia ao titular do direito individual que, em caso de procedência da demanda coletiva, ele possa se valer da sentença coletiva em uma demanda individual, partindo diretamente para as fases de liquidação e execução da sentença (LÉOPRE, 2009, p. 26).

Noutro vértice, não foge a regular importância dessa temática a discussão bem assinalada por Pedro Lenza que busca fixar a amplitude da expressão “danos pessoalmente sofridos”. Para o autor, a referida expressão abrange qualquer dano esfera individual do supostamente lesado. Assim, poderá ser um dano de ordem patrimonial, pessoal ou moral, desde que devidamente demonstrado o nexo de causalidade entre o prejuízo pessoal e o objeto da ação coletiva (LENZA, 2008, 238-239).

Não há também como se olvidar que o transporte *in utilibus* poderá se dar nas hipóteses de condenação em dinheiro (artigo 13 da LACP) assim como, mediante uma visão sistematizada, para as hipóteses de condenação as obrigações de fazer e não fazer (artigo 11 da LACP) (LENZA, 2008, p. 239). Neste sentido, também assegurando um entendimento ampliativo Grinover et. al (2007, 956) igualmente ressalta:

Se, por exemplo, a ação civil pública que tenda a obrigação de retirar do mercado um produto nocivo à saúde pública for julgada procedente, reconhecendo a sentença de danos, reais ou potenciais, pelo fato do produto, poderão as vítimas, sem a necessidade de novo processo de conhecimento, alcançar a reparação dos prejuízos pessoalmente sofridos, mediante liquidação e execução de sentença coletiva, nos termos do artigo 97 do Código.

Importa lembrar, por fim, que decorrido o prazo de um ano sem a habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, poderão os legitimados previstos no artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor, promover a liquidação e conseqüentemente execução da indenização devida, sendo seu produto revertido para o Fundo criado pela Lei de Ação Civil Pública.

5.5 DA LITISPENDÊNCIA E DA CONEXÃO ENTRE AÇÕES INDIVIDUAIS E COLETIVAS.

Posta assim a questão, diante da possibilidade de propositura de ação individual após pronunciamento de improcedência em demanda coletiva é de se dizer que inexistente litispendência entre elas. Aliás, o prosseguimento de ação individual, não optando pela sua suspensão e, por conseguinte, na não sujeição a *res judicata* da ação coletiva (benéfica ou não), também sinaliza a possibilidade de trâmite em paralelo das ações coletivas e individuais, excluindo-se a litispendência.

Neste sentido, por expressa previsão legal descrita no artigo 104⁸⁶ do Código Consumerista, em sua primeira parte, as ações coletivas que versem sobre bens ou interesses difusos e coletivos *scrito sensu* não induzem litispendência para as ações individuais.

Ora, para que haja litispendência devem existir duas ações pendentes entre as mesmas partes (identidade subjetiva) e a mesma causa de pedir (fundamento de fato e de direito) e o mesmo pedido. Há que se notar, portanto, uma correspondência entre o objeto de um processo (lide ou pedido) e o que será, quando julgado, objeto da sentença e coisa julgada (ALVIM et. al., 1991, p. 236).

Como visto, mesmo que sejam ajuizadas ações individuais enquanto tramitam ações coletivas ou o sejam manejadas após o julgamento de improcedência da demanda coletiva, não haverá pendência simultânea da mesma ação em processos distintos, afastando-se, por completo o instituto da litispendência (ARAÚJO FILHO, 2000, p. 153).

⁸⁶ Enfatiza a doutrina claro erro de remissão no artigo 104 do CDC. Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart aduzem que “há, evidentemente, na redação do dispositivo nítido equívoco nas remissões feitas aos incisos do parágrafo único do artigo 81 e aos incisos do artigo 103. Não obstante grande parcela da doutrina entenda que a remissão estria correta contemplando apenas os incisos II e III do parágrafo único do artigo 81 (e, por conseqüência, os incisos II e III do art. 103), parece ser mais adequado compreender que a remissão abrange os três incisos do artigo 103, valendo, portanto, os efeitos ali descritos, para todas as espécies de ações coletivas.” (MARINONI; ARENHART. 2008, p. 764). Igual visão é compartilhada por Pedro Lenza (2008, p. 242); Luiz Paulo da Silva Araújo Filho (2000, p. 152) e Antônio Gidi (1995, p. 193)

Tal constatação não seria novidade, já que nos dois planos das ações coletivas e individuais não coincidem os *tria eadem* (partes, pedido e causa de pedir). Aliás, consoante ensina Pedro Lenza (2008, p. 242), essa primeira regra, excluindo a litispendência, nada mais traduz a previsão contida nos §§ 1º a 3º do artigo 301 do CPC.

Mancuso (2007a, p. 349) ainda relata que se trata de uma disposição de finalidade didática, porque claramente os três elementos das ações do plano individual e coletivo são distintos.

Dessa forma, da análise de duas demandas, uma de natureza coletiva e outra individual, não haverá identidade de partes. Na ação coletiva, denota-se uma parte considerada ideológica que representa interesses transindividuais, enquanto na ação particular a parte é o sujeito da relação jurídica de direito material. Ainda, os pedidos são completamente dissonantes.

Observa-se que na ação coletiva ligada a direitos difusos e coletivos, o pedido poderá versar sobre uma obrigação de fazer, não fazer ou pagar quantia. Já nas ações versando sobre os direitos individuais homogêneos, o pedido será genérico apenas para constituir o réu no dever de indenizar, ao passo que nas ações individuais o pedido de condenação deve ser específico e determinado.

Com relação à causa de pedir, por sua vez, a comparação é muito mais delicada e de difícil diferenciação, podendo inclusive, serem consideradas iguais ou ao menos correspondentes. Antonio Gidi (1995, p. 188), todavia, faz uma ressalva no sentido de que “a causa de pedir na ação coletiva permite o pedido de tutela de um direito superindividual indivisivelmente considerado; a causa de pedir na ação individual, por sua vez, diz respeito à tutela de um interesse individual e divisível.”

Desta feita, conclui-se que não haverá o fenômeno da litispendência entre as ações que versem sobre direitos metaindividuais e demandas relacionadas a direitos individuais, já que, embora tenham como objeto a mesma causa de pedir, sendo proposta em decorrência de um mesmo fato, não há coincidência entre os elementos individuadores da demanda (GRINOVER et. al., 2007, p. 960).

No mesmo sentido, há que se ressaltar que não haverá possibilidade de conexão e continência entre uma ação coletiva e uma ação de natureza individual.

A rigor, seria até possível sustentar a possibilidade de conexão entre uma ação coletiva e outra individual, pois, de acordo com o artigo 103 do CPC “reputam-se conexas duas ou mais ações, quando lhes for comum o objeto ou a causa de pedir”.

A abalizada opinião de Arruda Alvim et. al. (1991, p. 236) desenvolve um raciocínio a favor da conexão de causas, tramitando no juízo prevento ação coletiva e individual, nas hipóteses em que o demandante individual prosseguir com a ação privada sem optar pela suspensão do processo.

Ada Pelegrini Grinover sustenta a necessidade de reunião dos processos coletivos e individuais em virtude da continência. Argumenta que no caso de uma ação coletiva reparatória aos indivíduos pessoalmente lesados, onde o objeto é o mesmo do processo, ou seja, uma condenação genérica a indenizar as vítimas pelos danos ocasionados é passível de interpretação que o pedido da ação coletiva **contém** os pedidos individuais, formulados nas distintas ações reparatórias, no que respeita ao dever de indenizar. (GRINOVER et. al., p. 965).

Entretanto, sem olvidar as luzes trazidas por Grinover, denota-se que inexistente continência entre as ações coletivas e as individuais, ao passo que não há identidade de partes. Para restar configurado o instituto da continência, consoante dispõe o artigo 104 do CPC, deverá haver identidade além da causa de pedir, mas também das partes. Ademais, o argumento de política judiciária trazido por Araújo Filho desencoraja tal reunião. Inevitavelmente a continência, ou quiçá eventual conexão, acarretaria um retardamento da ação coletiva ao obrigar a discussão dos pormenores nas lides individuais, o que contraria o escopo da tutela coletiva e do tratamento molecular que deve ser dado aos direitos transindividuais. Nesta senda:

Ora, se a tutela coletiva visa permitir, na consagrada expressão de Kazuo Watanabe, a proteção jurisdicional em forma molecular, ultrapassando-se as demandas fragmentárias, não parece adequado jungir em *simultâneos processus* a ação molecular e as demandas fragmentárias. A unificação dos processos, para serem julgados simultaneamente (artigo 105 do CPC), no caso das ações coletivas para a defesa dos interesses individuais homogêneos, contravém ao próprio sistema estabelecido por lei. A ação coletiva exige a desconsideração da situação pessoal dos interessados para ser proferida sentença genérica, que apenas reconhece a obrigação do réu. Todas as questões individuais, relativas a efetiva existência ficam relegadas para o processo de liquidação de sentença, o qual, neste caso, tem um objeto bem mais amplo do que habitualmente podem ter os processos de liquidação (ARAÚJO FILHO, 2000, p. 156).

Portanto, a meu ver, a melhor opção é não permitir a conexão, a continência e sequer litispendência entre as demandas coletivas e individuais.

5.6 A CRÍTICA À COISA JULGADA *SECUNDUM EVENTUM LITIS*

Outro ponto que se faz relevante ao estudo desse trabalho é pontuar com maior acuidade a crítica ao sistema denominado *secundum eventum litis*.

O sistema *secundum eventum litis*, cuja gênese é explicada por Liebman, inspirados nos trabalhos de Savigny, traduz uma espécie de representação dos interesses do terceiro permitindo-se a extensão da coisa julgada. Tal conceito foi mais tarde especificado por outros doutrinadores na figura da representação *in utilibus*, pela qual poderia o terceiro utilizar-se da sentença de outrem, mas não ser por ela prejudicado (MANCUSO, 2003b, p. 302).

Mas, como não poderia deixar de ser, o sistema *secundum eventum litis*, foi alvo de críticas por um grupo de doutrinadores, que por sua vez, não coadunavam com a idéia de extensão subjetiva do julgado apenas nos casos de procedência da demanda. Argumenta-se que a sistemática *secundum eventum litis* privilegiava os membros do grupo que, depois de perder uma ação coletiva, ainda teriam a seu favor a possibilidade de ajuizar ações individuais. Ademais, prejudicaria a segurança jurídica das relações processuais diante da “exposição infinita do réu em ações coletivas” (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, 2008, p. 372).

Na doutrina italiana Mauro Cappelletti, citado por Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr, apresenta um frontal antagonismo a idéia de coisa julgada *secundum eventum litis*, pautando-se na exposição continuada do réu às ações coletivas e no desrespeito ao devido processo legal. Como decorrência lógica dessa postura entende ser a coisa julgada e os efeitos da sentença extensíveis *pro et contra*, não sendo plausível a distinção entre os efeitos favoráveis e desfavoráveis do *decisum* (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, 2008, p. 373).

Ada Pellegrini Grinover et. al. (2007, p. 928 e 957), por sua vez, aplicando à sistemática consumerista elencou diversos pontos de ataque ao sistema de extensão *secundum eventum litis*, tais como: as posições de Vigoriti e Luiso, que visualizam um desequilíbrio entre as partes, gerador de um conseqüente excessivo ônus ao réu; bem como o pensamento de Barbosa Moreira (baseado em Schwab), que chama a atenção para hipótese de se gerar coisas julgadas contraditórias, na medida em que se permite a reabertura de uma discussão sobre a mesma matéria nas hipóteses de improcedência do pedido coletivo.

Com relação à visão da produção de coisas julgadas contraditórias, é preciso admitir que, na medida em que se permite que membros da coletividade, após o julgamento de ação civil pública, continuem discutindo – individualmente - a mesma matéria sobre a qual já se pronunciou o Estado-juiz, há possibilidade de julgamentos dissonantes. Tal seria um aspecto negativo ao sistema *secundum eventum litis*, pois, teoricamente, prejudicaria a consecução dos escopos pretendidos pela jurisdição entrando em rota de colisão a imbricação dos planos coletivos e individuais.

Sem olvidar tal premissa que, aparenta estar escorregada, confere-se que eventual limitação ao autor de ação individual de ajuizá-la ou de nela prosseguir, importaria em um manifesto desrespeito à garantia constitucional de acesso à justiça (artigo 5º, XXXV). Além disso, sendo constatada eventual contradição de julgados, esta seria ao menos lógica, mas jamais prática. Isto quer dizer que uma decisão proferida em demanda individual, conquanto divergente não desconstituir ou desdizer o julgado coletivo. São, portanto, coisas julgadas diferentes, restrita às partes que dela participaram.

Rodolfo de Camargo Mancuso (2007a, p. 488) traz a miúdo, um feliz exemplo de uma hipótese em que poderia ocorrer uma contradição lógica pelo ajuizamento de uma ação individual tramitando em paralelo com uma demanda coletiva:

Figure-se um caso em que a ação individual do ex-fumante contra a indústria de cigarros, fundada na nocividade da nicotina seja acolhida, ao passo que a ação coletiva para a proibição de vendas de cigarros, contra a mesma empresa e mesma causa de pedir venha a ser rejeitada.

Mesmo diante de uma contradição lógica no caso citado, destaca o autor, evita-se uma contradição denominada de prática em que um comando sentencial concede e outro, concomitantemente, nega o bem da vida. Ora, na hipótese aventada, a contradição não passa da seara lógica, pois cada parte terá a “sua” coisa julgada e deverá cumpri-la dentro de seus limites. Explica que a verdade dos fatos não se inclui nos limites objetivos da coisa julgada (artigo 469, II do CPC). Assim, dentro do contexto hipotético o silogismo que conclui que “o tabagismo faz mal a saúde” apenas pertence ao campo da motivação, sendo que o que passa em julgado, como já estudado, é o dispositivo.

Assim, a contradição fica confinada no plano lógico, não se desdobrando para o plano prático, uma vez que cada parte (indivíduo isoladamente considerado e ente coletivo) terá uma coisa julgada que lhe será concernente. Ora, o “microssistema processual coletivo busca prevenir um mal maior que seria a contradição prática entre os julgados provindos de dois planos (um dando, outro tirando; um afirmando, outro negando)” (MANCUSO, 2007a, p. 554).

Ada Pelegrini Grinover Grinover et. al. (2007, p. 930 também rechaça o argumento de que haverá coisas julgadas contraditórias. Para a doutrinadora os efeitos da coisa julgada ficam restritos às partes, a saber:

[...] relativo ao risco de coisas julgadas contraditórias, deve-se dizer que a solução do Código evita os inconvenientes apontados, porquanto, em caso de derrota do autor coletivo, reserva a via às demandas posteriores somente a pessoas físicas, em caráter individual. A demanda não poderá ser repetida a título coletivo, e a coisa julgada que se forma nas ações individuais terá seus efeitos normalmente restrito às partes.

Neste condão, reconhecendo-se que a coisa julgada é *inter partes*, não há como deixar de pontuar que, diante de uma decisão proferida em uma ação coletiva, superveniente ao trânsito em julgado de demanda individual, em que aquela revela um posicionamento favorável, enquanto nesta há um julgamento de improcedência, manifesta a doutrina que não obstante a prevalência da coisa julgada regularmente formada, há quem reconheça ser possível ajuizar-se ação rescisória, até mesmo invocando o princípio constitucional da igualdade, já que situações idênticas receberam tratamento diferenciado pela atividade judicante (GOMES JÚNIOR, 2008, p. 315).

Mas, é preciso notar que não é regra a aceitação da rescisória com tais argumentos. Aliás, se faz relevante trazer à baila a demanda que tramitou perante a 4ª. Vara da Justiça Federal da Comarca de Curitiba-PR, tendo como autor a Associação Paranaense de Defesa do Consumidor (Autos n. 93.001.3933-9) que objetivava a restituição do empréstimo compulsório dos combustíveis. Muito antes da demanda ter sido ajuizada, muitos contribuintes já haviam oposto ação individualizada e nem sempre obtiveram sucesso, transitando em julgado suas decisões desfavoráveis.

Nessa hipótese, mesmo após a decisão favorável à APADECO, as decisões já então transitadas na seara individual não puderam ser desconstituídas, porquanto os autores já haviam exercido o direito de ação e a jurisdição – com todos os recursos e garantias a ela inerentes – foi prestada em sua completude (FERREIRA, 2003, p. 114-115).

Entende-se, pois, que embora discutível qual a solução mais adequada, não é razoável a conclusão de que o indivíduo, cuja ação já havia sido julgada improcedente, não poderá se beneficiar pelo julgado coletivo, por expresa violação da coisa julgada anterior (a individual).

Consoante já destacado em capítulo próprio, a coisa julgada poderá ser relativizada para o equacionamento de decisões consideradas injustas, privilegiando, nesse caso, o princípio constitucional da isonomia em detrimento da intangibilidade da coisa julgada.

Ora, a relativização aqui perseguida é plenamente cabível, pois, consoante visto, não se pode eternizar injustiças a fim de não se perpetuar as lides. Não há que se falar em eliminação da coisa julgada, mas sim em tratamento diferenciado do instituto processual em um caso peculiar (colisão da coisa julgada individual negativa X coisa julgada coletiva de procedência).

Entretanto, há que se salientar essa hipótese não se confunde com o caso em que não foi requerida a suspensão do feito individual, após expressa ciência do feito coletivo. Ora a coisa julgada individual de um processo cuja suspensão não houve o requerimento não poderá se sobrepor a coletiva. Exercendo a opção pela demanda individual, sobre ela haverá uma coisa julgada e, por tal razão, não poderá prevalecer o argumento de injustiça da decisão.

Ricardo Barros Leonel (2002, p. 280), sustenta, inclusive, que não haverá infringência ao princípio da isonomia (tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais), pois o julgado individual considera o fator de *descrimen* analisando uma situação particular do autor individual. Assim:

Se o consumidor tiver a sua ação individual rejeitada no mérito, a sentença proferida estará acobertada pelo manto da coisa julgada individual *inter partes*, e nesse caso não será possível que o consumidor venha a ser beneficiado pela extensão *in utilibus* da imutabilidade da decisão proferida em ação coletiva. (GIDI, 1995, p. 69)

Encerrando o parênteses, retorna-se à crítica a coisa julgada *secundum eventum litis*.

Agrega-se a tese favorável de sua sistemática, ainda, o temor de uma possível colusão entre as partes (co-legitimado e réu) como, por exemplo, na produção de uma peça processual má formulada que apresentaria um intuito velado de formação de uma coisa julgada negativa, oponível a todos.

Ora, para que seja preservada a esfera individual de uma inadequada representação ou de uma possível colusão entre as partes com o fim de fraudar a lei é imprescindível esse tratamento diferenciado conferido a coisa julgada (LEONEL, 2002, p. 263).

A preocupação entre um eventual conluio entre as partes é lembrada por Ada Pellegrini Grinover, Rodolfo de Camargo Mancuso e José Carlos Barbosa Moreira. (MANCUSO, 2007a, p. 308-309).

Portanto, com a adoção do modelo *secundum eventum litis*, que permite, após a negativa judicial da ação coletiva, a propositura de ações individuais que recaiam sobre a mesma causa de pedir, o legislador visou dar maior proteção aos membros da coletividade individualmente considerados. Não permitindo, portanto, que com a improcedência da ação civil pública, alguém tenha fulminado seu direito ou seu interesse individual sem o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, elementares direitos constitucionais.

Argumento este também aplicável em desfavor da tese que propala o desequilíbrio entre as partes. Ora, ainda que se possam achar razoáveis algumas

fundamentações acerca de um ônus excessivo ao réu, percebe-se também que, eventualmente, este tendo que repetir sua defesa nas ações individuais, estará, efetivamente, participando de todos os processos de seu interesse e, por conseguinte, exercendo a ampla defesa.

Se não aplicada à tese da coisa julgada *secundum eventum litis* ocorreria exatamente o contrário. Pois, se os indivíduos viessem a ter o seu direito de ação impedido pelo manto da coisa julgada *erga omnes* advinda da sentença de improcedência em ação civil pública, teriam seus interesses individuais aniquilados e suas garantias fundamentais negadas, por uma ação que estes, por muitas vezes mal sabem o grau de seriedade que foi desenvolvida pelo substituto processual.

Esclarece Ada Pellegrini Grinover et. al. (2007, p. 929):

Na verdade, era preciso fazer uma opção entre duas alternativas possíveis: de um lado, a coisa julgada *erga omnes*, estendendo sua eficácia, independentemente do resultado do processo, a quem não integrou a relação processual e só foi artificialmente “representado” pelo portador em juízo dos interesses coletivos. Do outro, um certo desequilíbrio entre as partes, apenas em termos de chances, temperado ao máximo pelo fato de que em cada liquidação para apuração dos danos pessoais, o contraditório se restabelece por inteiro, discutindo amplamente a pretensão indenizatória de cada um.

Note-se ainda:

[...] que os autores de lesões aos interesses metaindividuais são normalmente dotados de maior potencial econômico, como as pessoas jurídicas de direito público ou privado (poder público e empresas). Considerando o descompasso existente na condição real entre os responsáveis pela lesão e os lesados (coletividade), é razoável carear-se maior ônus àqueles que têm melhores condições de enfrentar as vicissitudes de uma demanda individual (LEONEL, 2002, p. 265).

Destarte, colocando em confronto os prejuízos decorrentes das duas alternativas, optou o legislador, em adotar o modelo *secundum eventum litis*, considerando que do contrário, os danos particulares seriam mais gravosos, gerando prejuízos reais e efetivos.

Porém, apesar de pertinentes e fortes os argumentos desenvolvidos por Grinover, persiste grande divergência doutrinária sobre o tema. Em recente obra,

Christianine Chaves Santos, fortalecida pelas posições de outros autores como Rogério Cruz e Tucci, Márcio Flávio Mafra Leal, aponta uma antinomia teórica no sistema: sendo que o adequado representado é apenas visto como tal, quando do pedido julgado procedente. Ao passo que, na decisão desfavorável, desconsidera-se toda a construção teórica desenvolvida para fundamentar, a partir da adequada representação, a própria extensão subjetiva da coisa julgada coletiva (SANTOS, 2007, p. 175).

Ademais, refuta-se a possibilidade de conluio entre as partes, já o legislador elegeu criteriosamente os legitimados, além de criar mecanismos de controle de atuação do autor coletivo. Sem contar, a atuação do Ministério Público como *custus legis*, ou como necessário condutor do feito em caso de abandono da ação, além outras medidas previstas na legislação, que visam assegurar uma defesa realmente adequada e justa dos direitos transindividuais. Portanto, permitir o posterior direito de ação de um indivíduo adequadamente representado em ação civil pública julgada improcedente, geraria, sim, um ônus excessivo ao réu, esbarrando frontalmente no princípio constitucional da isonomia (SANTOS, 2007, p. 175).

Mesmo reconhecendo os respeitáveis entendimentos dos autores críticos ao sistema *secundum eventum litis*, a solução adotada pelo Código Consumerista e pela Lei 7.437/85, parece ater-se a melhor técnica, em virtude da realidade socioeconômica de nosso país.

Ora, se levarmos em consideração a falta de informação e de conscientização a respeito de seus direitos de grande parcela da população, a dimensão territorial do Brasil, alijado à precariedade dos meios de transporte e comunicação em determinadas regiões do país, cumulada com as barreiras para contratação de advogados dificultando o acesso à justiça, não há como adotar o critério *opt in* ou *opt out* (ver 5.2.1 e 5.2.2), no Brasil, permanece a sistemática *secundum eventum litis* a mais adequada a nossa realidade.

Ada Pelegrini Grinover (2008, p. 158) inclusive ressalta:

[...] se trata de uma escolha consciente: entre prejudicar com uma coisa julgada desfavorável o membro do grupo que não teve a oportunidade de optar pela exclusão, pela técnica do *opt out*; entre o risco de esvaziamento dos processos coletivos, pela técnica do *opt in*: a grande maioria dos países ibero-americanos

preferiu privilegiar os membros do grupo, invocando o princípio da igualdade real (e não apenas formal), que exige que se tratem diversamente os desiguais. E certamente os membros de uma classe, desrespeitada em seus valores fundamentais, merece tratamento diferenciado das pessoas organizacionalmente mais vulneráveis.

Alexandre Freitas Câmara (2009, p. 480) também reconhece a coisa julgada *secundum eventum litis* como essencial à adequada tutela jurisdicional de interesses difusos e coletivos. E, exemplifica:

Pense-se, por exemplo, numa ação popular proposta em conluio entre o demandante e um governante que tivesse praticado um ato ilegal e lesivo ao patrimônio público, na qual o demandante, propositadamente, não apresentasse provas suficientes para demonstrar a veracidade de suas alegações. A sentença que rejeitasse o pedido faria coisa julgada *erga omnes*, impedindo que qualquer outro membro da coletividade, ainda que novas provas, atacasse aquele ato. Por esta razão, mostra-se fundamental a utilização do sistema aqui descrito.

Pedro Lenza (2008, p. 260) igualmente não discorda desta visão, acolhendo a solução adotada pelo CDC como a melhor técnica a ser adotada em razão da realidade socioeconômica e cultural brasileira.

Ademais, devem os críticos atentar-se para o fato de que, a sistemática *secundum eventum litis* não é nova, pois já adotada pelo artigo 18 da Lei 4.717/65 (Lei de Ação Popular), e como peremptoriamente assevera Rodolfo Camargo Mancuso:

O dado histórico deve ser sempre devidamente ponderado, e o fato é que, na ação popular, o regime da coisa julgada *secundum eventum litis* hoje já é velho de mais de trinta anos. Se em texto legal e vindo a lume anos após a lei de ação popular (que remonta a 1965), entendeu o legislador em repetir a fórmula para a disciplina de uma ação – civil pública – cuja finalidade se mostra consoante com aquela (artigos. 1º a 16 da Lei 7.347/65), há de ser porque o citado regime provou sua eficácia ao longo do tempo, na experiência diuturna do foro, que é o “laboratório” por excelência, onde os institutos processuais têm seu “campo de prova” (MANCUSO, 2003a, p. 302).

Fechado o ponto acima exposto, abre-se um parentes acerca do aspecto conceitual doutrinário. Há quem diga que a formação da coisa julgada em ação civil pública não seria *secundum eventum litis*. A coisa julgada coletiva se formaria *pro et contra*, sendo o pedido julgado procedente ou improcedente.

Em posicionamento peculiar, Antônio Gidi, conclui que a coisa julgada nas ações coletivas não é *secundum eventum litis*, circunstância que ocorreria nos casos em que ela se formasse nos casos de procedência do pedido, e não de improcedência. Para o doutrinador a coisa julgada se formará, sempre, independente do resultado da demanda (procedente ou improcedente) na modalidade *pro et contra*. Reconhece, pois, que o que diferencia não é a formação ou não da coisa julgada, mas o rol de pessoas atingidas. Assim, considera que o que se torna *secundum eventum litis* não é a formação da coisa julgada, mas a sua extensão *erga omnes* ou *ultra partes* à esfera jurídica individual de terceiros prejudicados pela conduta considerada ilícita na ação coletiva, o que é denominado de extensão *in utilibus* da coisa julgada (GIDI, 2005, p. 73). Vale destacar:

Rigorosamente a coisa julgada nas ações coletivas do direito brasileiro não é *secundum eventum litis*. Seria assim, se ela não 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 do resultado da demanda ser pela procedência ou pela improcedência. A coisa julgada nas ações coletivas se forma *pro et contra*.

O que diferirá, de acordo com o “evento da lide”, não é a formação ou na da coisa julgada, mas o rol de pessoas atingidas. Enfim o que é *secundum eventum litis* não é a formação da coisa julgada, mas a sua extensão *erga omnes* ou *ultra partes* à esfera jurídica de terceiros prejudicados pela conduta considerada ilícita na ação coletiva (é o que se chama de extensão *in utilibus* da coisa julgada). (GIDI, 1995, p. 73).

No mesmo sentido:

Há uma afirmação corrente e equivocada que o regime da coisa julgada, nas ações coletivas, obedece ao regime *secundum eventum litis* ou *secundum eventum probationis*. Ledo engano. A leitura atenta dos arts. 472 e 103 do CDC não comportam esta interpretação. A coisa julgada, no processo individual, em caso de procedência ou improcedência do pedido (art. 269, I do CPC) estabelece a formação da coisa julgada *pro et contra*. Haverá imunização em relação aos partícipes da relação processual. Nas demandas coletivas, os entes coletivos legitimados a propor as pretensões coletivas, nos termos do art. 81, § único, I, II e III do CDC também se submete ao regime *pro et contra* da coisa julgada. A demanda improcedente não poderá ser repetida. A previsão da coisa julgada *secundum eventum probationis* somente prevalecerá quando a improcedência tenha sido furto de insuficiência probatória. Será essencial analisar a fundamentação da sentença. (MEDINA; ARAÚJO; GAJARDONI, 2009, p. 363-364).

Assim, há que se concluir que a grande diferença verificada de acordo com o “evento da lide”, não é a formação ou não da coisa julgada, mas as pessoas atingidas por ela. Portanto, para os doutrinadores o que seria *secundum eventum litis* não é a formação da coisa julgada, mas a sua extensão *erga omnes* ou *ultra partes* à esfera jurídica individual de terceiros prejudicados pela conduta considerada ilícita na ação coletiva, o que chamamos de extensão *in utilibus* da coisa julgada.

Sem olvidar a propriedade dos argumentos tecidos pelos preclaros doutrinadores, observa-se que a construção por eles tecidas tem por premissa que a legitimação processual coletiva é autônoma (Prozessführungsrecht-Hellwig). Todavia, como esse estudo ultima por se filiar a corrente que conclui que a legitimação se dá substituição processual (4.1.2), há o reconhecimento da coisa julgada *secundum eventum litis*, ou seja, quando improcedente a decisão em demandas coletivas não ocorrerá a extensão subjetiva, somente sendo atingido com extensão *erga omnes* e *ultra partes* para atingir o substituído em seu benefício.

6 DA COISA JULGADA EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Na Ação Civil Pública a coisa julgada está prevista no artigo 16 da Lei 7.347/85 (redação original), que disciplina que a coisa julgada produzirá efeitos *erga omnes*, exceto se a ação fosse julgada improcedente por deficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderia intentar outra ação com idêntico fundamento, com a demonstração de nova prova. Pela inteligência do artigo, constata-se:

[...] A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, exceto se a ação for julgada improcedente por deficiências de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.⁸⁷

Tal disposição legislativa encontra identidade com o artigo 18 da Lei de Ação Popular (lei 4.717/1965), ou seja, adota o regime da coisa julgada *secundum eventum litis* (de acordo com o resultado da lide). Observando-se o conteúdo redacional, constata-se a similitude entre ambos os artigos, excetuando-se ao fato de que na Lei de Ação Popular a expressão “coisa julgada” está atrelada à eficácia da sentença (MANCUSO, 2004, p. 391).

No sistema adotado no artigo 16 da Lei de Ação Civil Pública, por sua vez, acolhe-se a técnica da coisa julgada *secundum eventum litis* (DIAS, 2007, p. 172), adequando-se a terminologia à visão Liebmaniana em que a coisa julgada aparece como uma qualidade da sentença e seus efeitos (MANCUSO, 2004, p. 391).

Entretanto, consoante observa Pedro Lenza (2008, p. 261), malgrado a amplitude conferida pelo legislador de extensão *erga omnes* da eficácia das decisões proferidas em ações civis públicas, alguns tribunais deixaram de dar o verdadeiro alcance à regra limitando os efeitos da sentença a critérios regionais. Observou-se, pois, uma confusão entre efeitos da sentença com os critérios de competência.

⁸⁷ BRASIL. Lei 7.347/1985 de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Dispõe **Diário Oficial da União**, Brasília, 25 de julho de 1985.

Mister destacar o feliz exemplo que bem relata a equivocidade e o acerto dos nossos Tribunais:

[...] destaca-se o julgamento do CCF 971-DF, no qual ficou consolidado o entendimento de que diversos processos (ações civis públicas), objetivando a proibição da mistura do metanol adicionado ao álcool para venda ao consumidor, deveriam se desenvolver separadamente, com eficácia na jurisdição de cada juízo.

[...] para se ter outro exemplo, destaquem-se diversas ações civis públicas (São Paulo, Campinas, Brasília, Fortaleza), objetivando impedir o Programa de Privatização do Setor de Telecomunicações da Administração Pública Federal, notadamente em relação à Telebrás.

No mesmo sentido das ações iniciais referentes ao primeiro exemplo citado, qual seja, o da mistura do metanol ao álcool (interesse difusos), neste segundo exemplo, cujo objeto era a preservação do patrimônio público (Telebrás S/A tendo por acionista a União Federal), também se percebe objetos com abrangência nacional. De maneira acertada, contudo, e por outro lado o Superior Tribunal de Justiça, no segundo exemplo, conferiu real amplitude as aludidas ações, assegurando os efeitos *erga omnes* ou *ultra partes* da coisa julgada, resolvendo-se o problema da concomitância de diversas ações, sobre o mesmo objeto, através das regras de prevenção do Código de Processo Civil (LENZA, 2008, p. 262).

No entanto, após reiteradas decisões que reconheceram a necessidade de reunião das ações civis públicas, pelo instituto da prevenção, quando presentes os critérios de conexão, a fim de evitar decisões contraditórias, estimuladoras da denominada 'guerra de liminares', capazes de macular a respeitabilidade e o prestígio da justiça, o Poder Executivo buscou limitar a autoridade da coisa julgada (LENZA, 2008, p. 262).

Assim, até meados de 1997, a questão relativa à coisa julgada coletiva parecia estar pacífica, valendo-se do mesmo sistema acolhido pelo artigo 18 da Lei de Ação Popular (DIAS, 2007, p. 172). Todavia, no ano 1997, o Chefe do Poder Executivo, editou a Medida Provisória 1.570/97, que após cinco reedições, foi convertida na Lei 9.494/97, que lançou uma limitação a autoridade da coisa julgada coletiva promovendo uma alteração na redação do artigo 16 da Lei de Ação Civil Pública, acrescentando a expressão "nos limites da competência territorial do órgão prolator", mantido, no mais, o teor do dispositivo.

Objetivou-se, deste modo, fazer com que a sentença na Ação Civil Pública tivesse seus efeitos limitados à área territorial da competência do juiz que a prolatou,

com isso afastando a possibilidade de decisões e sentenças com abrangência regional, e principalmente, nacional.

Assim, ainda que de forma velada, não há dúvidas que a edição da Medida Provisória visou evitar que várias decisões judiciais apresentem uma dimensão ampliada (*erga omnes*) afetando os atos administrativos de caráter nacional, estadual ou regional. Há, portanto, uma manifesta atividade legiferante em causa própria, ao efeito de restringir a efetividade do processo coletivo em detrimento de atos abusivos da entidade federativa como um todo que, pode-se dizer, figura reiteradamente, como violadora de direitos constitucionalmente protegidos.

Daí, fica claro que o governo usou seu poder de império para alterar a legislação de maneira como lhe convinha, desnaturando a principal marca da ação coletiva – a coisa julgada -, tão logo se sentiu ameaçado com algo que não deveria incomodá-lo: a defesa coletiva de cidadãos contribuintes, funcionários públicos etc. (ALMEIDA, 2001, p. 167).

Destarte, pela nova redação, a coisa julgada passaria a ser, até então, *erga omnes*, porém limitada à competência territorial do órgão prolator. Desta feita, a sentença coletiva faria coisa julgada *erga omnes* nos limites territoriais do órgão prolator nas hipóteses de procedência improcedência com suficiência de provas (LÉOPRE, 2009, p. 19).

Objetivando tornar inconstitucional tal modificação legislativa, adveio a ADI 1.576-1 (com pedido de liminar, distribuída ao Ministro Marco Aurélio), proposta pelo Partido Liberal, visando, entre outras coisas, a alteração do artigo 3º. da Medida Provisória 1.570/97, que alterou o artigo 16 da Lei de Ação Civil Pública.

Indeferida a medida liminar, pelos Ministros Marco Aurélio (relator), Nelson Jobim, Octávio Galloti, Sydney Sanches e Moreira Alves e vencido os Ministros Celso de Mello, Néri da Silveira e o Presidente Min. Sepúlveda Pertence.

Os argumentos ao indeferimento, segundo o Ministro Relator, foram no sentido de que o artigo 16 da Lei de Ação Civil Pública apresentava-se harmônico com o sistema judiciário e que a coisa julgada *erga omnes* limitada à área de atuação do juízo, ou seja, a competência geográfica delimitada pelas leis de regência.

Traz-se à lume trecho do voto do Ministro Relator:

A alteração do art. 16 ocorreu a conta da necessidade de explicitar-se a eficácia *erga omnes* da sentença proferida em ação civil pública. Entendo que o artigo 16 da Lei 7.347 de 25.07.1985, harmônico com o sistema pátrio, jungia, mesmo na relação primitiva, a coisa julgada *erga omnes* da sentença civil à área de atuação do órgão que viesse a prolatá-la. A alusão à eficácia *erga omnes* sempre esteve ligada à ultrapassagem dos limites subjetivos da ação, tendo em conta até mesmo o interesse em jogo – difuso ou coletivo – não alcançado, portanto, situações concretas, quer sob o ângulo objetivo, quer subjetivo, notadas além das fronteiras fixadoras do juízo. Por isso, tenho a mudança da redação como pedagógica, a revelar o surgimento de efeito *erga omnes* na área de atuação do juízo e, portanto, o respeito à competência geográfica delimitada pelas leis de regência. Isso não implica esvaziamento da ação civil pública nem, tampouco, ingerência indevida do Poder Executivo no Judiciário. Indefero a liminar.⁸⁸

Em 17.07.1997, referida Ação Direta de Inconstitucionalidade foi julgada prejudicada por falta de aditamento, decorrendo prazo, sem a interposição de recurso em 13.08.97.

Contudo, sem olvidar o indeferimento liminar da ADI 1.576-1, a doutrina majoritariamente entende que essa limitação à competência territorial do órgão prolator é ineficaz (inoperante) e inconstitucional, pois fere o sistema constitucional de proteção de interesses (DIAS, 2007, p. 174).

Há que se ressaltar, em um primeiro momento, que tal alteração confundiu jurisdição e competência com limites subjetivos da coisa julgada. A imutabilidade *erga omnes* dos efeitos de uma sentença não se confunde com a competência do juiz que profere a sentença.

Hugo Nigro Mazzilli (2008, p. 557), bem destaca:

Ora, na alteração procedida em 1997 ao artigo 16 da LACP, o legislador confundiu limites da coisa julgada (a imutabilidade *erga omnes* da sentença, ou seja, seus limites subjetivos atinentes às pessoas atingidas pela imutabilidade) com a competência territorial (que nada tem a ver com a imutabilidade da sentença, dentro ou fora da competência do juiz prolator, até porque, na ação civil pública, a competência sequer é territorial, e sim funcional).

Manifesta-se, em igual sentido, Christianine Chaves Santos (2004, p. 2000):

⁸⁸ <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=1576&processo=1576>

A competência, enquanto instrumento de distribuição de trabalho entre os diversos órgãos jurisdicionais do país, é o que se rege por critérios territoriais. Já os limites subjetivos da coisa julgada, são determinados pela relação de direito material deduzida em juízo. São os integrantes dessa relação jurídica que sofrem a autoridade da coisa julgada, independentemente de qualquer elemento territorial.

Assim, destaca-se que o alcance da coisa julgada é fixado em razão do pedido, e não pela competência. Esta nada mais é do que uma relação de adequação entre o processo e o juiz, não tendo influencia sobre o objeto do processo. Se o pedido é amplo (de alcance nacional), o juiz competente para julgar a respeito de todo objeto do processo. Por consequência, a nova redação do artigo 16 é absolutamente ineficaz, porquanto o âmbito de competência territorial do órgão prolator da decisão, no caso é definido pelo artigo 93, II do CDC, tendo como parâmetros para a determinação do foro competente a extensão do dano. Ora, se o dano é de âmbito local, a competência territorial é do local onde ocorreu ou deva ocorrer o dano (GRINOVER et. al., 2007, p. 898).

Neste sentido Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery (2006, p. 1368) afirmam que:

“A Lei. 9.494/97 que modificou a redação da LACP 16, para impor a limitação territoriais aos limites subjetivos da coisa julgada, não tem nenhuma eficácia e não pode ter aplicação as ações coletivas. Confundiram-se os limites subjetivos da coisa julgada *erga omnes*, isto é, que são as pessoas atingidas pela autoridade da coisa julgada, com jurisdição e competência, que nada tem a ver com o tema. Pessoa divorciada em São Paulo é divorciada no Rio de Janeiro. Não se trata de discutir se os limites territoriais do juiz de São Paulo podem ou não ultrapassar seu território atingindo o Rio de Janeiro, mas quem são as pessoas atingidas pela sentença paulista. O equívoco da MedProv 1.570/97 demonstra que a redigiu não tem noção, mínima que seja, do sistema processual das ações coletivas.”

Em certa medida, portanto, a restrição imposta é inoperante, pois a competência territorial é regulada pela *lex specialis* descrita no artigo 93 do Código de Defesa do Consumidor, que estabelece a competência da Capital do Estado ou do Distrito Federal nas hipóteses de dano regional ou nacional (SANTOS, 2006, p. 55).

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça enuncia, também, a diferença entre o instituto da competência e os limites subjetivos da coisa julgada, tendo decidido

no sentido de que a eficácia da coisa julgada não dependerá da competência do juiz, mas sim da extensão do pedido, e que os efeitos da sentença de procedência da ação coletiva que julgue interesses difusos ou coletivos não poderá ficar limitados, quando o dano assumir proporção transindividual, uma vez que a decisão deverá disciplinar de maneira uniforme (MEDINA; ARAÚJO, GAJARDONI, 2009, p. 365).

Faz-se oportuno colacionar a ementa que assim manifesta o entendimento da lavra da Minsitra Nancy Andrichy, 3ª Turma, j. 17.03.2009, Resp 399357/SP:

PROCESSO CIVIL E DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO COLETIVA AJUIZADA POR ASSOCIAÇÃO CIVIL EM DEFESA DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS DEVIDOS EM CADERNETA DE POUPANÇA EM JANEIRO DE 1989. DISTINÇÃO ENTRE EFICÁCIA DA SENTENÇA E COISA JULGADA. EFICÁCIA NACIONAL DA DECISÃO.
 - A Lei da Ação Civil Pública, originariamente, foi criada para regular a defesa em juízo de direitos difusos e coletivos. A figura dos direitos individuais homogêneos surgiu a partir do Código de Defesa do Consumidor, como uma terceira categoria equiparada aos primeiros, porém ontologicamente diversa.
 - **Distinguem-se os conceitos de eficácia e de coisa julgada. A coisa julgada é meramente a imutabilidade dos efeitos da sentença. O art. 16 da LAP, ao impor limitação territorial à coisa julgada, não alcança os efeitos que propriamente emanam da sentença.**
 - Os efeitos da sentença produzem-se "erga omnes", para além dos limites da competência territorial do órgão julgador.
 Recurso Especial improvido. (grifou-se)

Ada Pellegrini Grinover et. al. (2007, p. 939) é, igualmente, contundente ao rechaçar a alteração promovida no artigo 16 da Lei de Ação Civil Pública:

O Executivo – seguido pelo Legislativo – foi duplamente infeliz. Em primeiro lugar pecou pela intenção. Limitar a abrangência da coisa julgada nas ações civis públicas significa multiplicar demandas, o que, de um lado, contraria toda a filosofia dos processos coletivos, destinados justamente a resolver molecularmente os conflitos de interesses, ao invés de atomizá-los e pulverizá-los; e, de outro lado, contribui para a multiplicação de processos, a sobrecarregarem os tribunais, exigindo múltiplas respostas jurisdicionais quando uma só poderia ser suficiente. No momento em que o sistema brasileiro busca saída até nos precedentes vinculantes, o menos que se pode dizer do esforço redutivo do Executivo é que vai na contramão da história.

E continua, fazendo menção à complementariedade da Lei de Ação Civil Pública e o Código Consumerista:

Em segundo lugar, pecou pela incompetência. Desconhecendo a interação entre a Lei de Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor, assim como muitos dispositivos deste, acreditou que seria suficiente modificar o artigo 16 da Lei. 7.347/85 para resolver o problema. Na verdade, o acréscimo introduzido pela LACP é ineficaz (GRINOVER et. al., 2007, p. 939).

Verifica-se, portanto, pelo eloquente posicionamento da doutrina que há um só sistema em matéria de Ação Civil Pública, consubstanciado tanto na Lei 7.347/85 e no Código de Defesa do Consumidor. Assim, não sendo o CDC alterado neste particular, não há como negar a vigência de suas disposições acerca dos limites subjetivos da coisa julgada. Destaca José Marcelo Menezes Vigliar (1999, p. 112):

[...] a alteração, ainda que equivocada, deveria ter sido operada no Código Brasileiro de Defesa do Consumidor [...]. O Executivo teria demonstrado que conhecia a sistemática de reciprocidade criada pelas leis. 7.347/85 e 8.078/90 e, assim, optado pela reforma da coisa julgada em um sistema atual, mas completo.

Portanto, a eficácia da alteração legislativa, esbarra na incidência do artigo 103, § 3º, do CDC, por força do artigo 90 do mesmo diploma legal e do artigo 21 da Lei 7.347/85. Ora, para que houvesse eficácia deveria também ter-se modificado a redação do artigo 103 do Código Consumerista.

Ademais, não há dúvidas que, na prática, a regra pretendida pela Lei 9.494/97 é absurda, ou por ser ilógica, ou por ser incompatível com a regência da coisa julgada (MARINONI; ARENHART, 2008, p. 789). Ora, se consideramos que o interesse metaindividual tem por característica a indivisibilidade, como limitar a determinada porção territorial a qualidade dos efeitos da decisão?

Neste sentido:

Se o interesse é essencialmente indivisível e da modalidade difuso, como limitar os efeitos da coisa julgada a determinado território? Ainda: quando o dano for de proporção tal (como por exemplo “dano regional”, ou seja, aquele que atinge mais de uma comarca ou até mais de um Estado-membro) que vá além dos limites de uma determinada comarca (foro já que é a isso que a medida deve estar se referido), como se aplicaria o preceito? (VIGLIAR, 1999, p. 113).

Ora, se lançarmos mão do exemplo que nos traz a doutrina, fica claro a equivocidade da norma. Pedro Lenza (2008, p. 264) assim argumenta:

Visulmbre-se a propositura de determinada ação civil pública objetivando a interdição do tabagismo em viagens aéreas (área de fumante a não-fumante). Trata-se de proteção de interesses difusos (saúde das pessoas – passageiros e tripulantes indeterminados), não podendo se identificar eventuais indivíduos que fumariam em vôos futuros, nem os que respiram a fumaça. Supondo que a ação tenha sido proposta em juízo da capital do Estado de São Paulo (art. 93, II, do CDC) e julgada procedente para proibir áreas de fumantes nas aeronaves. Nos termos do artigo 16 da LACP, referido comando da sentença restringir-se-ia aos determinados *limites da competência territorial do órgão prolator da sentença*. Assim, em determinado vôo do Rio Grande do Sul para Fortaleza, imaginando que determinado passageiro acenda o cigarro quando o avião estiver sobrevoando o Estado do Paraná. Ao cruzar o espaço aéreo do Estado de São Paulo deverá apagar o cigarro, podendo, contudo, novamente reascendê-lo, quando o avião estiver sobrevoando, por exemplo o Estado do Rio de Janeiro.

Outro exemplo que bem representa quão esdrúxula é a aplicação desta norma legal é apresentado por Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2006, p. 748):

Imagine-se ação coletiva proposta para impedir a construção de uma barragem em determinado rio (que divida dois Municípios ou Estados). Se a ação é proposta para atender à intenção do art. 16 da Lei 7.347/85, em ambos os Estados (já que em ambos ocorrerá o dano ambiental), poder-se-ia imaginar a hipótese de um juiz (do Estado “A”) julgar procedente o pedido e outro (do Estado “B”) considerá-lo improcedente? A barragem, então poderia ser construída até o meio do rio? E se já estivesse pronta a barragem (e a ação fosse repressiva), teria ela de ser destruída até a metade do rio? Obviamente, ninguém em sã consciência defenderia essas conclusões.

Assim, ao já estudado, a coisa julgada, na visão de Erico Tullio Liebman é a qualidade dos efeitos da sentença. Não seria crível, pois, admitir que a qualidade dos efeitos só existe em relação a determinado território, seja ele um Município, um Estado ou uma determinada Região. A apreciação posterior por um juízo de demanda já transitada em julgado, com a devida apreciação meritória de direito transindividual, macula vertiginosamente o instituto da coisa julgada.

Não há dúvidas de que tal alteração é um retrocesso, vez que o instituto das ações coletivas é conferir tratamento diferenciado do conferido às ações individuais e, desta maneira os interesses transindividuais não poderão ter seus efeitos circunscritos

à base territorial, sob pena de neutralizar os efeitos da ação civil pública (DIAS, 2007, p. 174).

Vale destacar:

A tentativa de restrição dos efeitos subjetivos da coisa julgada aos limites da competência territorial do órgão prolator vai totalmente em sentido contrário a toda evolução e proteção dos interesses transindividuais em juízo (ondas renovatórias) e da molecularização dos conflitos [...]

O objetivo das ações coletivas, conforme já visto, foi trazer maior celeridade ao processo evitando o conflito de decisões e sua multiplicação, fenômeno responsável pelo asoerbarbamento do Judiciário. Outra grande valia do processo coletivo reside na capacidade de assegurar o acesso à Justiça de interesses transindividuais, muitos deles marginalizados quando individualmente considerados.

[...] A regra trazida pela lei 9.494/97, além de inconstitucional é totalmente insubsistente. (LENZA, 2008, p. 265).

A alteração legislativa compromete o efetivo acesso à justiça, pois não há como admitir a limitação territorial quando os interesses são indivisíveis (VIGLIAR, 1999, p. 114). Anda, pois, na contramão do discurso de ampliação da tutela jurisdicional e garantia de uma ordem jurídica justa. E, sob esse prisma, a doutrina, além da ineficácia, reconhece a inconstitucionalidade formal e material da norma, porque decorrente do fato da Medida Provisória estar destituída dos necessários caracteres de relevância e urgência, além de afrontar a norma do artigo 5º, XXXV da Constituição Federal (SANTOS, 2006, p. 56).

Assim, para coibir esse retrocesso, o artigo 16 da Lei de Ação Civil Pública deve ser interpretado conjuntamente com o artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor, ressalvadas as hipóteses em que a Ação Civil Pública for julgada improcedente por falta de provas (DIAS, 2007, p. 174).

Neste prisma:

O sistema do CDC sobre coisa julgada é muito mais completo do que a LACP, não foi alterado pela Lei n. 9.494/97, e ainda alcança interinamente toda e qualquer defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Assim, o sistema do CDC passa a reger a coisa julgada em todos os processos coletivos, não só aqueles atinentes a defesa do consumidor, como, de maneira integrada, os que digam respeito a quaisquer interesses transindividuais (MAZZILLI, 2008, p. 558).

Ainda:

[...] o art. 16 da Lei 7.347/85 – ao qual, equivocadamente, se aditou cláusula que condiciona a eficácia do julgado aos limites da competência territorial do órgão prolator – porque o artigo 103 da Lei 8.078/90 (cujo art. 21 autoriza a parte processual dessa Lei à Lei de Ação Civil Pública – 7.347/85) já trata com maior extensão e profundidade da questão dos limites subjetivos da coisa julgada nas ações coletivas, de sorte que, pela regra do direito intertemporal, aquele art. 16 da Lei. 7.347/85 a rigor já estaria implicitamente revogado (Lei de Introdução do Código Civil, art. 2º, §1, parte final .(MANCUSO, 2007a, p. 486).

Daí, conclui-se que a coisa julgada será *erga omnes*, quando o interessado tutelado via ação civil pública for difuso. A coisa julgada será *ultra partes*, em se tratando de direitos coletivos. E, por fim, em se tratando de interesses individuais homogêneos, a coisa julgada será *erga omnes* (MANCUSO, 2007a, p. 486).

Desta maneira, a coisa julgada será mais ampla ou restrita de acordo com o tipo de interesse a que se destina: difuso, coletivo ou individual homogêneo.

Em que pese a contundente crítica doutrinária em relação à nova redação do artigo 16 da Lei 7.347/85, a jurisprudência ainda é bastante divergente e vacilante sobre o tema, com prejuízos para uma tutela eficaz de direitos subjetivos.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DIREITO DO CONSUMIDOR E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LIMITES DA COISA JULGADA. COMPETÊNCIA TERRITORIAL DO ÓRGÃO PROLATOR. ART. 16 DA LEI N. 7.347/85. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Malgrado seja notória a divergência doutrinária e jurisprudencial acerca do alcance da coisa julgada em ações civis públicas que tenham por objeto defesa dos direitos de consumidores, o STJ encerrou a celeuma, firmando entendimento de que a sentença na ação civil pública faz coisa julgada *erga omnes* nos limites da competência territorial do Tribunal (AgRg nos EREsp 253.589/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, CORTE ESPECIAL, julgado em 04/06/2008).

2. Agravo regimental improvido. AgRg no REsp 167079 / SP (AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 1998/0017666-7 Relator Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO – 4ª. Turma – julgamento 19/03/2009

E:

PROCESSO CIVIL E DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CORREÇÃO MONETÁRIA DOS EXPURGOS INFLACIONÁRIOS NAS CARDENETAS DE POUPANÇA. AÇÃO PROPOSTA POR ENTIDADE COM ABRANGÊNCIA NACIONAL, DISCUTINDO DIREITOS INDIVIDUAIS

HOMOGÊNEOS. EFICÁCIA DA SENTENÇA. AUSÊNCIA DE LIMITAÇÃO. DISTINÇÃO ENTRE OS CONCEITOS DE EFICÁCIA DA SENTENÇA E DE COISA JULGADA. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

- A Lei da Ação Civil Pública, originariamente, foi criada para regular a defesa em juízo de direitos difusos e coletivos. A figura dos direitos individuais homogêneos surgiu a partir do Código de Defesa do Consumidor, como uma terceira categoria equiparada aos primeiros, porém ontologicamente diversa.

- A distinção, defendida inicialmente por Liebman, entre os conceitos de eficácia e de autoridade da sentença, torna inócuo a limitação territorial dos efeitos da coisa julgada estabelecida pelo art. 16 da LAP. A coisa julgada é meramente a imutabilidade dos efeitos da sentença. Mesmo limitada aquela, os efeitos da sentença produzem-se erga omnes, para além dos limites da competência territorial do órgão julgador.

- O procedimento regulado pela Ação Civil Pública pode ser utilizado para a defesa dos direitos do consumidor em juízo, porém somente no que não contrariar as regras do CDC, que contem, em seu art. 103, uma disciplina exaustiva para regular a produção de efeitos pela sentença que decide uma relação de consumo. Assim, não é possível a aplicação do art. 16 da LAP para essas hipóteses.

Recurso especial conhecido e provido. (REsp 411529 / SP – Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI – 3ª Turma – j. 24.06.08)

Enquanto não for pacificado nos tribunais ou houver sensibilidade do legislador em revogar a infeliz redação do artigo 16 da Lei 7.347/85, é importante requerer ao juiz, na hipótese de danos potenciais ou efetivos de âmbito nacional, que indique expressamente na sentença que os efeitos da decisão são para todo o território nacional, de modo a assegurar uma proteção real e efetiva dos direitos transindividuais.

7 CONSTATAÇÕES DA COISA JULGADA COLETIVA NO CENÁRIO NACIONAL: CONSIDERAÇÕES SOBRE A COISA JULGADA NO MANDADO DE SEGURANÇA E NO PROJETO DE LEI DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Não há dúvidas da possível incompletude do presente estudo se esse ficasse alheio às questões contemporâneas que envolvem a coisa julgada coletiva.

Consoante já mencionado, a tendência do direito processual civil moderno é no sentido de conferir maior utilidade aos provimentos jurisdicionais, ou seja, visa propiciar ao processo os meios para realizar os fins ou produzir os efeitos a que se ordene.

A par disso e, diante das significativas transformações econômicas, políticas, tecnológicas e culturais em âmbito global, assinalando a uma sociedade cada vez mais massificada, depara-se preemente com a necessidade da adequação processual ao sistema coletivo.

Inúmeras foram as atitudes voltadas a introduzir um sistema de tutela coletiva contemporânea à realidade brasileira.

Sem olvidar os projetos relativos aos Códigos de Processo Civil Coletivo de autoria de Antônio Gidi ou a versão apresentada pela professora Ada Pellegrini Grinover e outros ou, ainda, àquele de autoria do Instituto Brasileiro de Direito Processual, o presente trabalho limita-se a estudar o Projeto de Lei 5.139/09, que adota uma nova redação à Lei de Ação Civil Pública, sistematizando em um só diploma legislativo um conjunto de princípios e regras esparsas a compor o que se convencionou denominar de “direito processual coletivo”, regulamentando assim esse ramo da Ciência Processual de forma detalhada e inovadora, cuja autonomia crescente é uma realidade.

Mas, antes das considerações envolvendo o citado projeto, mais significativa seria a análise da regulação do procedimento do mandado de segurança coletivo que, em seu artigo 22 da lei 12.016 de 2009, discrimina as questões afetas à coisa julgada coletiva.

Assim, o presente estudo restringir-se-á ao que seja essencial para que se examine a coisa julgada na seara coletiva.

7.1 DO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO

Importa, em princípio, demonstrar que o mandado de segurança é um meio constitucional, posto à disposição de toda pessoa física ou jurídica, órgão com capacidade processual, ou universalidade reconhecida por lei para a proteção de direito líquido e certo, individual ou coletivo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, por ato de autoridade que enseje uma lesão ou ameaça de lesão (MEIRELLES, 2002, p. 22).

Trata-se, portanto, de uma ação civil que constitui uma garantia fundamental, seja ela individual ou coletiva, relativa às liberdades públicas (MEDINA; ARAÚJO, 2009, p. 22), com expressa previsão na Constituição de 1988, que em sua alínea LXIX do artigo 5º da Magna Carta de 1988 lança-se a seguinte redação: “conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* e *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.”

Saliente-se, ainda, que somente com a Constituição de 1988 é que se admitiu a propositura de mandado de segurança no âmbito coletivo, a ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, por organização sindical, por entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano (art. 5º. LXX).

Nas palavras de Michel Temer (2006, p. 211) o objetivo do mandado de segurança coletivo foi o fortalecimento das organizações sindicais e a pacificação das relações sociais pela solução de que o judiciário dará a soluções controvertidas que poderiam gerar milhares de litígios criando uma desordem no ordenamento jurídico.

Mas, não obstante a ampliação dos legitimados ativos, o mandado de segurança coletivo, até a edição da lei 12.016/2009, seguia a regra fundamental da lei 1.533/51 (Lei do Mandado de Segurança Individual), no que se refere, essencialmente,

às generalidades do instituto, tais como condições da ação, além das disposições procedimentais, como, por exemplo, o rito (LEYSER, 2002, p. 158).

E, no que tange à coisa julgada, no mandado de segurança coletivo, diante da falta de regulamentação específica, seguia-se o previsto no artigo 103 e 104 do Código Consumerista, que, como já estudado, disciplinam toda a regra geral da coisa julgada nas ações coletivas, seja definindo seus limites objetivos, seja determinando a sua ampliação do objeto do processo, mediante o transporte *in utilibus* do julgamento coletivo às ações individuais.

Assim, diante do descompasso da realidade contemporânea com a lei que datava 1951, imperioso ajuste se fez necessário para regular o procedimento no mandado de segurança coletivo.

Em razão da verticalização do tema, a problemática da coisa julgada limita-se tão somente à análise do artigo 22 da lei 12.016/2009 que traz a seguinte redação:

Artigo 22. No mandado de segurança coletivo, a sentença fará coisa julgada limitadamente aos membros do grupo ou categoria substituídos pelo impetrante. §1º. O mandado de segurança coletivo não induz litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada não beneficiarão o impetrante a título individual se não requerer a desistência de seu mandado de segurança no prazo de 30 (trinta) dias a contar da ciência comprovada da impetração da segurança.

§ 2º. No mandado de segurança coletivo a liminar só poderá ser concedida após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de 72 (setenta e duas) horas.

Ao que dispõe o *caput* do artigo 22, conclui-se que o legislador restringiu a aplicação do mandado de segurança coletivo aos interesses coletivos e individuais homogêneos. O intérprete da lei deve observar, nesse ponto, notório reflexo da jurisprudência dominante no sentido do não cabimento do MS Coletivo para a tutela de interesses difusos, assim compreendidos os transindividuais de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por uma circunstância de fato (artigo 81, parágrafo único, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor) (MEDINA; ARAÚJO, 2009, p. 208).

Tem-se, portanto, que as relações jurídicas, objeto de impetração, precisam ser determinadas, revelando-se descabida a utilização do *writ* em favor de interesses

difusos, vez que se releva impossível assegurar um direito subjetivo líquido e certo para um número indeterminado de pessoas.

Destacam MEDINA e ARAÚJO (2009, p. 208), inclusive, a incorporação nesse dispositivo e no artigo 21 da nova Lei do Mandado de Segurança da já sumulada matéria no Supremo Tribunal Federal, que disciplina a impossibilidade de fungibilidade entre a ação popular, mecanismo hábil a defesa de direitos difusos, e o mandado de segurança coletivo. Invoca-se, portanto, a súmula 102 do STF que assim descreve: “O mandado de segurança não substitui a ação popular”.

No que concerne o parágrafo primeiro, já assinala doutrina uma eventual inconstitucionalidade.

Segundo nosso entendimento, a regra disposta no 1º do art. 22 da Lei 12.106/2009 não condiz com a magnitude constitucional do mandado de segurança. No caso, o direito individual a segurança, embora garantia constitucional expressa acaba merecendo tratamento desigual, para pior, se constatada com a disciplina procedimental relativa a outras ações coletivas (MEDINA; ARAÚJO, 2009, p. 222).

Há razão de ser em tal posicionamento. Ora, se observada a redação da parte final do mencionado parágrafo observa-se que os efeitos da coisa julgada somente beneficiarão o impetrante - a título individual - se requerer a desistência de seu mandado de segurança no prazo de 30 (trinta) dias a contar da ciência comprovada da impetração da segurança.

E, noutro vértice, se observada a segunda parte do artigo 104 do CDC, como já nesse trabalho, denota-se que para os autores das ações individuais possam se beneficiar dos efeitos *erga omnes* e *ultra partes* da coisa julgada, deverão, no prazo de 30 (trinta) dias a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva, requerer a suspensão da ação individual.

Percebe-se, da leitura dos dois dispositivos, clara dissonância entre ambos. Enquanto na Nova Lei do Mandado de Segurança exige-se a desistência da demanda individual, pelo descrito na Lei Consumerista, basta a suspensão da ação individual para que seja possível o benefício da extensão subjetiva do julgado, *secundum eventum litis*, em caso de procedência da ação coletiva.

Não se pode confundir suspensão (art. 265 do CPC) e desistência do processo (art. 267, inciso VIII do CPC).

Dá-se a suspensão do processo quando se coloca em estado e espera, quando por determinado período de tempo cessa a fluência que lhe é inerente (MARINONI; MITIDIERO, 2008, p. 255). A desistência, por sua vez, corresponde ao ato pelo qual o autor de uma demanda renuncia o andamento dela (SILVA, 2007a, p. 446).

Assim, pela desistência, o autor do mandado de segurança individual busca a sua extinção sem julgamento do mérito, para que, então, possa se beneficiar da decisão coletiva.

Cumprido observar, todavia, que o pedido de extinção do processo (desistência) “acaba criando um obstáculo injustificável ao exercício de ação” (MEDINA; ARAÚJO, 2009, p. 222). Verifica-se na eloquente visão de Medina e Araújo (MEDINA; ARAÚJO, 2009, p. 222). que, ao impor ao impetrante individual a desistência da ação, culminaria em criar uma solução contraproducente, visto que “o titular do direito individual acabará tendo que ajuizar novamente a ação por ter desistido da ação outrora em curso, que, eventualmente, poderia, até mesmo, encontrar-se em fase procedimental avançada.”

Ademais, é sobretudo importante assinalar que o maior retrocesso da Nova Lei do Mandado de Segurança, quanto à análise desse parágrafo que optou pela terminologia “desistência da ação” em detrimento da “suspensão da ação”, recai no possível esvaziamento do prazo legal para ajuizamento *a posteriori* do *writ* individual. Ora, admitido o prazo decadencial de 120 dias para a impetração do mandado de segurança, seja ele individual ou coletivo, pergunta-se: diante da desistência do feito e da tramitação, ainda pouco célere dos feitos em juízo, ultrapassado o prazo de 120 da ciência individual do ato impugnado, caberia ainda a propositura do MS individual após a decisão denegatória em MS coletivo?

A meu ver, escoado o prazo de 120 dias o mandado de segurança individual não mais poderá ser reproposto revelando, acima de tudo, a ofensa ao preceito constitucional do livre acesso ao Judiciário.

Dessa forma, ao que parece, assiste razão a doutrina de José Miguel Garcia Medina e Fábio Caldas de Araújo (2009, p. 221) que lançam a conclusão dessa sistemática assinalar um sistema *opt in* às avessas, em que, a ação coletiva acabará

absorvendo os mandados de segurança individuais e impedindo a repositura de pedido em casos de improcedência do mandado de segurança coletivo. Destacam:

O efeito inclusivo (*opt in*) e vinculante (*binding effect*) das ações coletivas, com absorção total das lides individuais pelas coletivas é próprio da *common law*. A explicação quanto à adoção desta solução pelo sistema norte-americano vincula-se ao regime especial da representação de interesses coletivos, uma vez que o representante adequado da classe não está eleito em hipóteses pré-determinadas pelo texto legal, mas obedece a requisitos que são analisados pelo juiz no caso concreto. Deste modo, quando todos os requisitos e exigências analisados pelo juiz, as demandas individuais são naturalmente absorvidas pelo pedido coletivo. A regra pela qual “todo cidadão tem direito ao seu dia de julgamento” não será aplicada, em virtude do julgamento coletivo (MEDINA; ARAÚJO, 2007, p. 221).

Conquanto haja algumas nuances que revelam a aproximação do sistema da *common law* com a *civil law*, não se pode, todavia, reconhecer a imediata incorporação da representatividade adequada e, por conseguinte, a inaplicabilidade, por completo da coisa julgada *secundum eventum litis*.

Reconhece-se, portanto, que há uma manifesta antinomia entre o art. 104 da Lei 8.078/90 e o art. 22, §1º da Lei 12.016/2009, posto que o direito individual à segurança acabaria fenecendo diante do possível transcurso do lapso decadencial após o pronunciamento pela desistência do feito individual.

Cai a lanço notar que a antinomia citada não poderia ser resolvida pelos critérios tradicionais como o da especialidade ou ainda da anterioridade, já que ambos os diplomas convivem em harmonia, havendo, para sua melhor solução, valer-se do “diálogo das fontes”, que têm por finalidade a busca da melhor solução interpretativa que mais se ajuste à concretização do direito fundamental assegurado nos incisos LXIX e LXX da Constituição (MEDINA; ARAÚJO, 2009, p. 222).

Em vista dessas considerações, diante da gênese desse conflito normativo, reconhece-se que a atividade hermenêutica do julgador ao apreciar o caso concreto, deve-se se submeter ao princípio da interpretação conforme a constituição, no sentido de impor que a lei infraconstitucional seja sempre interpretada em compatibilidade com a constituição, e de maneira a adequar os resultados práticos da decisão com o máximo possível ao que determinam os direitos fundamentais (GUERRA FILHO, 2003, p. 58).

Destarte, por ser dever do aplicador do direito comparar e procurar conciliar as disposições várias sobre o mesmo objeto, em relação ao artigo 22, §1º da Lei 12.016/2009 em confronto com o artigo 104 do CDC, diante da manifesta incompatibilidade daquele dispositivo com princípios constitucionais já consagrados da ampla defesa e do acesso à justiça, entende-se que, até a solução final da divergência sob o manto constitucional, deve prevalecer a regra descrita no Código Consumerista e, por conseguinte, desconsiderar a modificação promovida pela primeira, na pendência do mandado de segurança individual e o coletivo.

Em remate, por ser essencial a resolução imediata dessa antinomia, antes mesmo de uma exegese constitucional, valho-me da visão apontada pela doutrina que assinala a não aplicação do mandado de segurança coletivo. Para ARAÚJO e MEDINA, aconselha-se a drástica solução que declina o ajuizamento do mandado de segurança coletivo para impor-se, diante da antinomia existente, tão somente a propositura de ação civil pública para a proteção de direito coletivo e individual homogêneo. Diante dessa postura, passar-se-ia ao largo da possibilidade de desistência do manejo da demanda individual, facultando-se, apenas, a suspensão das respectivas causas.

7.2 DO PROJETO DE LEI DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA

A Lei da Ação Civil Pública datada de 1985 e o Código de Defesa do Consumidor de 1990 são considerados hoje os alicerces para a tutela dos interesses coletivos, mas, como exaustivamente já tratado, a mutabilidade social os tornou insuficientes em alguns aspectos, revelando a necessidade de aperfeiçoamento e modernização destes mecanismos de tutela dos direitos coletivos. Tal atualização, inclusive, foi reconhecida frente às atuais e combativas posições doutrinárias quanto a elaboração de um Código-modelo de processos coletivos para a Ibero América ou ainda, a elaboração de um Ante-Projetos do Código Brasileiro de Processo Coletivo, que apresentou três frentes: a-) por professores da Universidade de São Paulo – USP, com participação do Instituto Brasileiro de Direito Processual - IBDP, b-) por professores

da Universidade Estadual do Rio de Janeiro – UERJ e; c-) pelo Prof. Antonio Gidi, além de outras propostas de doutrinadores que inovaram no tema.

Entretanto, ao que ensina Luiz Manoel Gomes Filho (2009), durante o Congresso das Carreiras Jurídicas de Estado, promovido pela Advocacia Geral da União, realizado no mês de junho de 2008, com participação de representantes das referidas instituições e das suas categorias profissionais, em oficina coordenada pela Secretaria de Reforma do Judiciário, verificou-se a necessidade de aperfeiçoamento da tutela coletiva no Brasil, de um lado, por meio de um amplo debate que reconhecesse o acúmulo de conhecimento teórico de especialistas e, por outro, que recebesse novas sugestões, de forma e conteúdo que possibilitassem uma adequação.

Diante dessa realidade, o Ministério da Justiça instituiu pela Portaria nº 2.481/2008, uma Comissão Especial com a finalidade de apresentar uma proposta de readequação e modernização da tutela coletiva, com a seguinte composição: Dr. Rogério Favreto, Secretário de Reforma do Poder Judiciário, que a preside, Luiz Manoel Gomes Junior, relator, Ada Pellegrini Grinover, Alexandre Lipp João, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, André da Silva Ordacgy, Anizio Pires Gavião Filho, Antonio Augusto de Aras, Antonio Carlos Oliveira Gidi, Athos Gusmão Carneiro, Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida, Elton Venturi, Fernando da Fonseca Gajardoni, Gregório Assagra de Almeida, Haman de Moraes e Córdova, João Ricardo dos Santos Costa, José Adonis Callou de Araújo Sá, José Augusto Garcia de Souza, Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Luiz Rodrigues Wambier, Petronio Calmon Filho, Ricardo de Barros Leonel, Ricardo Pippi Schmidt e Sergio Cruz Arenhart.

Após árduas discussões, conclui-se por uma nova disciplina à lei de ação civil pública para tutela de interesses individuais homogêneos. Os trabalhos foram encerrados no final de março do ano corrente (2009), com o devido envio do texto para a Casa Civil que, após as devidas alterações, foi remetido ao Congresso Nacional em 27 de março recebendo o número 5.139/2009, estando sob a relatoria do Deputado Federal Antonio Carlos Biscaia, do Rio de Janeiro, já tendo sido realizada uma Audiência Pública para debates.

Visa a proposta de alteração da Lei da Ação Civil Pública, em sua essência, à criação de uma norma disciplinadora de todo o Sistema Único Coletivo, atuando como

regra geral e, salvo regra específica em outros diplomas (Lei da Ação Popular, Lei de Improbidade Administrativa, Lei do Mandado de Segurança) terá aplicação ampla de forma integradora e sistemática.

E, como não poderia deixar de ser, o projeto de lei modifica um dos pontos mais sensíveis do processo coletivo: a coisa julgada.

Denota-se, pela redação do artigo XXXX, que o projeto de lei acolhe o posicionamento doutrinário no sentido de afastar a limitação territorial da coisa julgada. A regra passará a ser que “(...) A sentença no processo coletivo fará coisa julgada erga omnes, independentemente da competência territorial do órgão prolator ou do domicílio dos interessados”

Assim, a novel proposição legal afastará por completo a inconstitucionalidade da regra descrita no artigo 16 da vigente Lei de Ação Civil Pública, seja por vício formal (inconstitucionalidade da Medida Provisória que seria desprovida dos requisitos essenciais de urgência e relevância da matéria), seja por violação ao princípio constitucional da igualdade, pelo estabelecimento de limitações espaciais e possibilidade de soluções jurisdicionais díspares aos mesmos casos.

Ainda, a solução apresentada no projeto de lei, refutará a citada confusão entre competência territorial e a amplitude da demanda. E, ainda, não mais se ouvirá falar em ineficácia da redação do artigo 16 da LACP, diante da regra entabulada no artigo 93 do CDC.

Desta feita, a inoportuna e inconstitucional norma vigente na atual Lei de Ação Civil Pública, abrirá espaço para a fiel atuação do poder jurisdicional, salvaguardando os valores constitucionais de isonomia, acesso à justiça e participação democrática.

Pela proposta legislativa também restará afastada a categoria da coisa julgada *secundum eventum probationis* na medida em que será criada uma ação revisional no art. 38 do Projeto de Lei, *in verbis*:

Artigo 38. Na hipótese de sentença de improcedência, havendo suficiência de provas produzidas, qualquer legitimado poderá intentar ação revisional, com idêntico fundamento, no prazo de um ano contado do conhecimento geral da descoberta de prova técnica nova, superveniente, que não poderia ser produzida no processo, desde que idônea para mudar seu resultado.

Assim, diante da modificação denota-se ser irrelevante eventual insuficiência probatória com a negativa do provimento jurisdicional, pois poderá haver o ajuizamento de nova demanda, no prazo de um ano, desde que haja a descoberta de prova nova. O efeito será, ao que ensina Luiz Manoel Gomes Jr. (2009), se assemelha ao de uma Ação Rescisória com trâmite em 1º grau, e com a possibilidade de se afastar os efeitos da anterior decisão prolatada em ação coletiva.

Outro ponto de relevante modificação está descrito no artigo 34, §3º do Projeto de Lei de Ação Civil Pública. Pela nova redação, desde que haja a ciência aos membros do grupo interessado, “não serão admitidas novas demandas individuais relacionadas com interesses ou direitos individuais homogêneos, quando em ação coletiva houver julgamento de improcedência em matéria exclusivamente de direito, sendo extintos os processos individuais anteriormente ajuizados”.

Afastar-se-ia, portanto, a coisa julgada *secundum eventum litis* quando o julgamento de improcedência estiver pautado em matéria exclusivamente de direito.

Conquanto a opção legislativa revele certo radicalismo, GOMES JR. (2009) pontua favoravelmente à mudança legal. Para o autor, a decisão igualitária para todos os membros do grupo evitaria uma denominada “loteria judiciária” na medida em que o efeito limita-se, unicamente, a matéria de direito e, por tal razão, não poderia distinguir-se em cada caso concreto.

Denota-se, também, que pela eventual modificação apresentada, se esta vier à tona, haverá a necessidade de comunicação adequada da existência da Ação Coletiva (art. 34, §§ 3º e 4º) sob responsabilidade do réu, aproximando-se, mais uma vez, do sistema estadunidense.

Para finalizar, destaca-se ainda que a modificação trazida no projeto de lei promoveria evidente economia processual.

Pois, se considerarmos que o sistema processual coletivo foi concebido de molde a afastar o afluxo de demandas individuais à Justiça, prevenindo a atomização do conflito, então coletivo, em múltiplas e repetitivas ações particulares, não há dúvidas de que tal modificação visa racionalizar a atividade judiciária e compatibilizar as decisões judiciais, prestigiando os valores da economia e igualdade no processo.

Assim, em relação aos interesses ou direitos individuais homogêneos, propõe-se um regime da coisa julgada *pro et contra*, semelhante ao sistema norte-americano, porém restrita à matéria exclusivamente de direito, de modo a atingir a solução da controvérsia de forma definitiva, vedado o ajuizamento de novas ações individuais para rediscutir o que anteriormente decidido em sede coletiva, o que tenderá a evitar a repetição indiscriminada de demandas individuais com o mesmo objeto, ressalvando sempre a possibilidade de o interessado propor e prosseguir com sua demanda individual, antes do resultado final.

CONCLUSÃO

Uma vez estabelecidas as premissas básicas a respeito do tema proposto, percorrendo a propósito de todos os elementos que conformam sua estrutura fundamental, pode-se afirmar que o instituto processual da coisa julgada é de essencial importância para o ordenamento jurídico, uma vez que impede a perpetuação indefinida dos litígios em juízo. Trata-se de uma técnica legislativa, com *status* constitucional, que visa atribuir segurança jurídica e certeza para a sociedade, imunizando, para tanto, a eficácia dos julgados.

Entretanto, sem olvidar a característica garantia fundamental, a coisa julgada não é considerada um dogma intransponível, devendo ser desmistificada, sendo perfeitamente plausível a sua relativização quando atentatória a outros ditames constitucionais. Além disso, deve ser adaptada a novas realidades, essencialmente, se consideramos que tal instituto processual teve suas origens em um contexto puramente individualista, desconhecendo, portanto, a moderna massificação das relações.

Ora, o processo não é um fim em si mesmo. É uma ciência de natureza instrumental, de modo que não pode responder a um problema posto pelo direito material com um *non liquet*, e muito menos, declinar de oferecer alguma solução ao argumento da complexidade da matéria ou de sua novidade. Partindo dessa premissa, tem-se que os instrumentos processuais devem ser adequados, na busca constante da prevalência da substância pela forma galgando os ideais de justiça.

Nesse contexto de adaptação às vertiginosas transformações políticas, culturais e econômicas fruto do crescimento exponencial das sociedades massificadas com o incremento dos direitos denominados transindividuais, a coisa julgada busca uma harmonização para um esmerado tratamento molecular dos conflitos intersubjetivos.

Diante da trajetória já desenvolvida nesse estudo, antes mesmo da limitação desse instituto processual à vigente lei de Ação Civil Pública e as eventuais críticas dela decorrente, essencialmente, quanto à redação atual conferida pela Lei 9.494/97, é

imperioso formular outras constatações, não menos relevantes que balizam o presente trabalho científico:

1) A tutela coletiva guarda direta relação com a democratização do acesso à justiça e, por tal razão, deve ser priorizada por ser um instrumento de economia judicial e processual que propicia a racionalização da prestação jurisdicional e assegura uma maior efetividade ao direito material postulado.

2) No regime do processo coletivo brasileiro, a constituição e extensão da coisa julgada depende de dois elementos: 1) A natureza do direito material tutelado (direito difuso, coletivo ou individual homogêneo); 2) É o resultado favorável ou não do pronunciamento jurisdicional.

3) Desta feita, a principal característica atual da coisa julgada coletiva consiste no fato de que não se respeitam os limites subjetivos traçados pelo artigo 472 do CPC, tanto entre os legitimados para demandar a tutela dos interesses transindividuais como em face das pessoas individualmente lesadas, constatando-se, quanto a natureza do direito tutelado, a possibilidade de eficácia *erga omnes* ou *ultra partes*. Além disso, não obstante a forte influência do direito norte-americano, a realidade nacional preconiza a coisa julgada *secundum eventum litis* com o transporte *in utilibus*, em detrimento da visão *pro et contra*.

4) Não menos relevante ao presente trabalho, está a análise da legitimidade ativa no processo coletivo, uma vez que há estreita correlação e, quiçá, aproximação, entre ela e a coisa julgada. Não obstante às diversas correntes doutrinárias, uma das conclusões que se apresenta é que a legitimidade extraordinária dos representantes legalmente autorizados se consolida por substituição processual, de forma concorrente e disjuntiva.

5) Ultrapassada a análise da legitimidade ativa e o impacto para a propositura da ação coletiva, permite-se concluir que há uma aproximação da visão estadunidense para com a projeção eminentemente legalista no que tange a incorporação de algumas nuances da representatividade adequada. Nesse prisma, destaca-se a possibilidade de controle judicial diante de uma atuação displicente em descompasso com o devido processo legal.

6) Ainda, é relevante destacar que os ditames descritos no Código Consumerista são essenciais para a compreensão e conclusão da coisa julgada projetada à Lei de Ação Civil Pública, de sorte que os artigos 103 e 81 da mencionada codificação são os alicerces do estudo da coisa julgada coletiva. Em breve síntese, há que relacionar que os direitos difusos perfazem coisa julgada *erga omnes* e *secundum eventum probationis*; os coletivos, por sua vez, operacionalizam uma coisa julgada *ultra partes* e também *secundum eventum probationis*, enquanto que os individuais homogêneos conformam uma coisa julgada *erga omnes* e *secundum eventum litis*.

Ultimado estes singulares apontamentos, imperiosa a pontuação quanto a coisa julgada regida pela atual Lei de Ação Civil Pública, tema objeto da atual dissertação.

Ora, regime de produção da coisa julgada regido pelo artigo 16 da então vigente Lei de Ação Civil Pública é alvo de infundáveis críticas, das quais, inclusive partilho.

Em sua redação original, disciplinava uma normativa compatível com o Código de Defesa do Consumidor e Lei de Ação Popular. Entretanto, após a modificação legislativa promovida pela lei 9.494/97, o Chefe do Poder Executivo, através de uma Medida Provisória estabeleceu uma limitação territorial no que concerne aos efeitos da decisão proferida.

Sem olvidar as razões que motivaram a edição e reedição da citada Medida Provisória, me permito concluir que se sinaliza a uma atividade legiferante em causa própria, uma vez que os entes públicos seriam os maiores prejudicados pela extensão *erga omnes* dos julgados, diante dos constantes, ou senão, diários atos violatórios aos direitos constitucionalmente protegidos. Nesse sentido, é plausível a ponderação acerca da sua inconstitucionalidade, uma vez que a matéria vergastada não sinaliza qualquer urgência ou relevância passível de ser utilizada por Medida Provisória.

Ainda, não é demais concluir que a redação do artigo 16 da LACP confunde jurisdição e competência. Enquanto a jurisdição é o poder-dever do Estado que operacionaliza o direito de ação e de defesa, a competência corresponde apenas a delimitação da primeira, de sorte que o fracionamento da atuação jurisdicional, em razão de políticas judiciárias, não implica na sua limitação. Ademais, é inadmissível que

eficácia *erga omnes* de direitos, por vezes indivisíveis, sejam segregados à determinada porção territorial.

A limitação territorial também seria inócua, pois não atingiu o artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor.

Diante dessas críticas e descompasso do procedimento da Lei de Ação Civil Pública atual com a realidade hoje massificada, felizmente há um empenho em adequá-la, sendo importante citar o Projeto de Lei 5.139/2009, encabeçado pelo Prof. Dr. Luiz Manoel Gomes Jr. que, dentre outras modificações afasta a criticada limitação territorial.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, J. B. **Aspectos controvertidos da ação civil pública: doutrina e jurisprudência.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. A ação civil pública e a tutela jurisdicional do consumidor. **In: Revista de direito do Consumidor.** São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 32, out-dez. 1999.

ALMEIDA NETO, J. A. de. Legitimidade dos entes sindicais para a tutela jurídica dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. *In: DIDIER JR, F.; MOUTA, J. H. Tutela Jurisdicional Coletiva,* Salvador: Podvim, 2008.

ALVIM, A. **Tratado de direito processual civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, v. 2 (art. 7º. ao 45).

_____. et. al. **Código do Consumidor Comentado: e legislação correlata.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

ALVIM, J. E. C.. Ação Civil Pública e direito difuso à segurança pública. **In: Revista de Processo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 30. n. 124. junho 2005.

ALVIM, T. **O direito processual de estar em juízo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. (Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebaman, v. 34).

_____. **Questões prévias e os limites objetivos da coisa julgada.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

ARAÚJO, J. H. M. **Coisa Julgada Progressiva & Resolução Parcial Do Mérito: Instrumentos de Brevidade Da Prestação Jurisdicional.** Curitiba: Juruá, 2008.

ARAÚJO FILHO, L. P. da S. **Ações coletivas:** a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos. Rio de Janeiro: Forense. 2000.

ARENHART, S. C. **Perfis da tutela inibitória coletiva.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, (Coleções Temas atuais de direito processual Civil. v. 6).

ARMELIN, D. Flexibilização da coisa julgada. In: COSTA, H. R. B. R., et. al.. (Coord). **Linhas Mestras do Processo civil.** São Paulo: Atlas, 2004.

_____. Ação Civil Pública: Legitimidade processual e legitimidade política. In: SALLES, C. A. de. (Coord.) **Processo Civil e Interesse Público:** o processo como instrumento de defesa social. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ASSIS, A. de. **Cumulação de ações.** 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

BARBI, C. A. Da preclusão no processo civil. In: **Revista Forense**, Rio de Janeiro: Forense, n. 621-622, v. 158, mar-abr 1955.

BARROSO, L. R. A proteção coletiva dos direitos no Brasil e alguns aspectos da class action norte-americana. In: **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano. 30. n. 130. dez. 2005.

BARROSO, L. R. **Temas de direito constitucional**. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BAZILONI, N. L. de F. **A coisa julgada nas ações coletivas**. São Paulo: Juarez de Freitas. 2004.

BENJAMIN, A. H.; MARQUES, C.L.; BESSA, L. R. **Manual de direito do consumidor**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BENJAMIN, A. H. et. al.. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

BERMUDES, S. **Introdução ao processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BEZERRA, M. F. Tutela dos interesses coletivos no direito brasileiro. In: **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 32, n. 150, ago 2007.

BOBBIO, N. **Era dos direitos**. 11 ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, P. **Teoria do Estado**. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008.

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

_____. **Curso de direito constitucional**. 22.ed. São Paulo: Malheiros. 2008.

BRANDÃO. P. de T. **Ação Civil Pública**. Florianópolis: Obra Jurídica, 1996.

BUENO, C. S. *As class-actions* norte americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta. In: **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 21, n. 82, abril-junho 1996.

CALAMANDREI. P. **Direito Processual Civil**: estudos sobre o processo civil. Tradução de Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbery. Campinas: Bookseller, 1999.

CÂMARA, A. F. Relativização da coisa julgada material. In: DIDIER JÚNIOR, F. (Coord.) **Relativização da coisa julgada material**. Salvador: Podivm, 2007.

_____. **Lições de direito processual civil.** vol. I. 19. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

CAMBI, E. Coisa julgada e cognição *secundum eventum probationis*. In: **Revista de Processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 28, n. 109, jan-março 2003.

_____. Causa de pedir, prova e coisa julgada na Ação de Investigação de Paternidade: apontamentos críticos. In: **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano. 30, n. 122, abril 2005.

CAMPOS, R. C. **Limites objetivos da coisa julgada.** 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1988.

CANOTILHO, JJ. G. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 5.ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CARVALHO NETO, I. **Manual de Processo Coletivo:** Ação Civil Pública; Ação Popular; Mandado de Segurança Coletivo. Curitiba: Juruá, 2006.

CASTILHO, R. dos S. **Direitos e interesses difusos, coletivos e individuais e homogêneos:** ação civil pública, coisa julgada e legitimidade ativa do Ministério Público. Campinas: LZN Editora, 2004.

CAVALIERI FILHO, S. **Programa de direito do consumidor.** São Paulo: Atlas, 2008.

CHIOVENDA, G. **Instituições de Direito Processual Civil**. 4. ed. Campinas: Bookseller, 2009.

CINTRA, A. C. de A. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. (v. IV - art. 332 a 475).

COSTA, T. S. V. Competência da justiça do trabalho para o julgamento de questões envolvendo servidores estatutários e o Poder Público diante de emenda constitucional n. 45. *In: Revista de direitos da ADVOCEF.*, Londrina: ADVOCEF, Ano III, n. 6, maio 2008.

CUNHA, M. G. da. **Ações coletivas**. *In: Diritto & Diritti - il Portale Giuridico italiano*. Disponível em: http://www.diritto.it/materiali/straniero/dir_brasiliano/cunha.html. Consulta: 29.07.2009. 19:47.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da teoria geral do Estado**. 16. ed. atual. e rev. São Paulo: Saraiva, 1991.

DELGADO, J. A. Pontos polêmicos das ações de indenização de áreas naturais protegidas: efeitos da coisa julgada e princípios constitucionais. Disponível em: http://bdjur.stj.gov.br/jspui/bitstream/2011/17110/1/Pontos_Pol%C3%AAmicos_A%C3%A7%C3%B5es_Indeniza%C3%A7%C3%B5es.pdf, Consulta: 02.08.2009. 13:45.

_____. Efeitos da Coisa Julgada e os princípios constitucionais *In: Revista da Escola da Advocacia Geral da União*. Ano II, jan de 2001, disponível em:

http://www.escola.agu.gov.br/revista/Ano_II_janeiro_2001/0501CoisaDelgado.pdf.
Consulta: 02.08.2009. 15:15.

DIAS, J. C. **Curso Crítico de Processo do Conhecimento**. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2008.

DIAS, L. R. C. Ação Civil Pública: tutela constitucional dos direitos difusos, coletivos e individual homogêneo. In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 15. n. 60 jul-set 2007.

DIDIER JR, F. BRAGA, P. S. OLIVEIRA, R. **Curso de direito processual civil**. 2. ed. rev. ampl. Salvador: JusPodivum, 2008. v.2.

DIDIER JR, F. ZANETI JÚNIOR, H. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. 3 ed. rev. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2008. v.4.

DINAMARCO, C. R. **Instituições de direito processual civil III**. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. Relativização da coisa julgada material. In: **Revista Síntese de Direito e Processo Civil**. Porto Alegre: Síntese, n. 19. 2002.

_____. Relativizar a coisa julgada material. In: **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 28, n. 109, jan-março 2003.

DINAMARCO, P. da S. **Ação Civil Pública**. São Paulo: Saraiva, 2001.

DONIZETTI, E. **A última onda reformadora do Código de Processo**: comentários, artigo por artigo, das alterações efetuados no CPC pelas Leis nº 11.112/2005, 11.187/2005, 11.232/2005, 11.276/2006, 11.277/2006, 11.280/2006, 11.341/2006, 11.382/2006, 11.417/2006, 11.418/2006, 11.419/2006, 11.441/2007. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

EFING, A C. **Fundamentos do direito das relações de consumo**. Curitiba: Juruá, 2003.

FERREIRA, R. **A coisa julgada nas ações coletivas e a restrição do artigo 16 da lei de Ação Civil Pública**. 2003. 169 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade Paranaense – UNIPAR, 2003.

FILARDI, H. Ação civil pública e acesso à justiça. In: **Revista de Processo**.. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 31, n. 131, mar. 2006.

FIORILLO, C. A. RODRIGUES, M. A. NERY, R. M. de A. **Direito Processual Ambiental Brasileiro**: Ação Civil Pública; Mandado de Segurança; Mandado de Injunção. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

FISS, O. **Um Novo Processo Civil**: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade. SALLS, Carlos Alberto de (Coord. da Trad.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GIDI, A.. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**: mandado de segurança coletivo; ação coletiva de consumo; ação coletiva ambiental; ação civil pública; ação popular. São Paulo: Saraiva. 1995.

_____. **A class action como instrumento de tutela coletiva de direitos**. As ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007.

_____. A representação adequada nas Ações Coletivas Brasileiras: uma proposta. **In: Revista de Processo**. ano 27. Out-dez 2002, v. 108.

GOMES, S. A. **Os poderes do juiz na direção e instrução do processo civil**. Rio de Janeiro: Forense. 1995.

GOMES JÚNIOR, L. M. **Curso de direito civil coletivo**. 2. ed. São Paulo: SRS Editora, 2008.

_____. **Produto 1 - Proposta de Estratégia de Acompanhamento da Tramitação do PL nº 5139/09**. Parecer encaminhado a ONU, em 21 de agosto de 2009 pelo Consultor Luiz Manoel Gomes Júnior.

GONÇALVES, M.V.R. **Novo curso de direito processual civil**: teoria geral e processo do conhecimento (1ª. Parte). 4.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

GRINOVER, A. P. Coisa julgada *erga omnes, secundum eventum litis e secundum probationem*. In: **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 126, ano 30, ago 2005.

_____. *Significato sociale, político e giurico della tutela degli interessi difusi*. In: **Rivista di diritto processuale**. Ano LIV (seconda serie). n. 1. gennaio-marzo 1999. Roma: Casa editrice Dott. Antonio Milani, 1999.

_____. Novas tendências de ações coletivas em países de *civil law*. In: **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 157, ano. 33. março 2008.

_____ et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 9.ed. Rio de Janeiro: Universitária, 2007.

_____. A Ação Civil Pública no STJ. In: **Revista de Processo**. n. 99. Ano 24 junho-set. 2000. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. Da *class action for damage* à ação de classe brasileira. Os requisitos de admissibilidade. In: **Revista de Processo**. n. 101. ano 26. Jan-mar. 2001. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GUERRA FILHO, W. S. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2003.

LEAL, M.F.M . **Ações Coletivas**: história, teoria e prática. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1998.

LEITE, G. S. Coisa julgada inconstitucional: relativizando a “relativização”. In: **Revista de direito constitucional e internacional**. Ano 14. N. 57. Out-dez- 2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

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

LEONEL, R de B. Ações coletivas: notas sobre competência, liquidação e execução. In: **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 31, n. 132, fev. 2006.

_____. **Manual de Processo Coletivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LÉOPRE, P. E. Extensão subjetiva da coisa julgada no direito coletivo. In: **Revista de Processo**.. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 169, ano 34, mar.2009

LEYSER, M. de F. V. R. **Mandado de Segurança**: individual e coletivo. São Paulo: WVC Editora, 2002.

LIEBMAN, E. T. **Estudos sobre o processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1947.

_____. **Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada.** Trad. de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires, trad. dos textos posteriores à edição de 1945 com notas relativas ao direito brasileiro vigente de Ada Pellegrini Grinover. 4. ed. 2a. tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LIMA, P. R. de O. **Contribuição à teoria da coisa julgada.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997,

LORENZETTI, R. L. A era da desordem e o fenômeno da descodificação. In: **Revista de Direito do Consumidor.** Ano 17. n. 68. Out-dez 2008. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MAIOLINO, E. Z. Coisa julgada nas ações coletivas. In: **Revista de Processo.** n. 123. Ano 30, maio 2005. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MANCUSO, R. de C. **Jurisdição coletiva e coisa julgada:** teoria geral das ações coletivas. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Manual do consumidor em juízo.** 4.ed. rev. e atual. de acordo com a EC n.45/2004, São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Manual do Consumidor em Juízo.** São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. **Interesses difuso:** conceito e legitimação para agir. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

_____. **Ação Civil Pública:** em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores. 9.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004.

_____. A proteção judicial de interesses difusos e coletivos: funções e significados. In: SALLES, Carlos Alberto de. **Processo Civil e Interesse Público:** o processo como instrumento de defesa social. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. Ação Popular: proteção do erário, do patrimônio público, da moradia administrativa e do meio ambiente. 5.ed. rev. atual. e ampl. In: ALVIM, Eduardo Arruda, et. al (Coord). **Controle Jurisdicional dos Atos do Estado.** v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARINONI, L. G. ARENHART, S. C. **Manual do processo de conhecimento:** a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001

_____. **Processo de conhecimento.** 7.ed. 3.tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. Curso de Processo Civil: v. 2.

MARINONI, L. G.; MIDIERO, D. **Código de processo civil comentado artigo por artigo.** São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008

_____. **Coisa julgada inconstitucional:** a retroatividade da decisão de (in)constitucionalidade do STF sobre a coisa julgada: a questão da relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARQUES, J. F. **Instituições de direito processual civil.** v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 1971.

MARQUES, C. L. BENJAMIN, H. V. MIRAGEM, B. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor.** 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARTINS, J. C. Segurança jurídica X relativização da coisa julgada. In: **Revista Consulex.** Ano XIII . n 288, 15 de janeiro de 2009.

MAURO, Adalgiza Paula Oliveira. Limites subjetivos da coisa julgada nas ações coletivas. In: **Revista de Processo.** n. 124. Ano 30, jun-2005. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

MAZZEI, Rodrigo. Ação popular e o microssistema da tutela coletiva. In: DIDIDER JR, Fredie. MOUTA, José Henrique (coord.) **Tutela jurisdicional coletiva.** Salvador: Podivm, 2009.

MAZZILLI, H. N. **A defesa dos interesses difusos em juízo.** 21. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. Intervenção do Ministério Público no Processo Civil: críticas e perspectivas. In: SALLES, C. A. de. (Coord.) **Processo Civil e Interesse Público: o processo como instrumento de defesa social**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MEDINA, J. M. G. ARAÚJO, F. C.; GAJARDONI, F. da F. **Procedimentos cautelares e especiais**: antecipação de tutela; jurisdição voluntária; ações coletivas e individuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MEDINA, J. M. G. ARAÚJO, F. C. de. **Mandado de Segurança individual e coletivo**: comentários à Lei 12.016 de 07 de agosto de 2009. São Paulo: **Revista** dos Tribunais, 2009.

MEIRELLES, H. L. **Mandado de Segurança**: Ação Popular; Ação Civil Pública; Mandado de Injunção; *Habeas Data*; Ação Direta de Inconstitucionalidade; Ação Declaratória de Constitucionalidade; Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental; Controle Incidentar de Normas no Direito Brasileiro. 27.ed. atual. E compl. São Paulo: Malheiros, 2004.

MENDES, A. G. de C. Do individual ao coletivo: os caminhos do direito processual. In: **Revista de Processo**.. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 33, n. 165, nov 2008.

MIRANDA, P. de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. tomo V (art. 444 a 475) – 3. Ed. Atualização legislativa de Sérgio Bermudes. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MOREIRA, J. C. B. Considerações sobre a chamada “relativização” a coisa julgada material. In: DIDIER JÚNIOR, F. (Coord.) **Relativização da coisa julgada material**. Salvador: Podivm, 2007.

_____. **Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969.

_____. La definizone di cosa giudicata sostanziale nel código di procedura civile brasilano. In: **Revista de Processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 29, n. 117, set-out. 2004.

_____. Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material. In: **Genesis. Revista de direito processual civil**, Curitiba: Genesis. . v. 1. N. 1. Jan/abr. 1996.

_____. **Temas de Direito Processual**: sexta série. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. **Temas de Direito Processual**: quinta série. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. **Temas de Direito Processual**: primeira série. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

MOTTA, A. A. **Segurança jurídica: Da crise ao resgate**. Dissertação para obtenção do título de Mestre pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Disponível em: <http://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/14804>. Acesso em 10.09.09. as 20:34.

MOURÃO, L. E. R. **Coisa julgada**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

NALIN, P. **Do contrato**: conceito pós-moderno. Em busca de sua formulação Civil-Constitucional. Curitiba: Juruá, 2001.

NERY JR, N. NERY, R. M. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 9. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006

NERY JR, N. O Ministério Público e sua legitimação para a defesa do consumidor em juízo. In: **Justitia**.. São Paulo: Ministério Público do Estado de São Paulo, Ano. 54. v. 160. out-dez 1992.

NEVES, C. **Coisa Julgada Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

_____. **Estrutura Fundamental do Processo Civil**: tutela jurídica processual, ação, processo e procedimento. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

NICOLAU JÚNIOR, M. **Paternidade e coisa julgada**: limites e possibilidades à luz dos direitos fundamentais e princípios constitucionais. Curitiba: Juruá, 2006.

NUNES, R. **Curso de Direito do Consumidor**. 2. ed. rev. atual. e mod. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PAULA, A. P. Aspectos da ação civil pública em matéria de consumo. In: **Revista de Processo.**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano. 28, n. 110, abril-junho 2003.

PEDRON, F. Q. Direitos e interesses. (Re)pensando a relação para além de uma compreensão semântica. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1656, 13 jan. 2008. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10835> . Acesso em 10.07.2008.

PINHEIRO, P. E. SIQUEIRA, A. de. **A coisa julgada inconstitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PINTO, J. A. M. A tutela coletiva no direito argentino. In: **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 30, n. 124,. jun 2005.

PIZZOL. P. M. A tutela antecipada nas ações coletivas como instrumento de acesso à justiça. In: FUX. L. Etl al (Coord.) **Processo e Constituição** (estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira.) São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PORTO, S. G. Coisa julgada: cidadania processual e relativização da coisa julgada. **Revista Síntese de Direito Civil e Processo Civil**. Porto Alegre, v. IV, n. 22.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. 6: do processo do conhecimento, art. 444 a 495. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. Classificação das ações, sentença e coisa julgada. In: **Revista de Processo**. n.73, jan-mar. 1994. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994,

PRATA, E. **História do processo civil e sua proteção no direito moderno**. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

RAGONE, A. J. D. P. *Necesitamos los procesos coletivos? Em torno a la justificación y legitimidad jurídica de la tutela de intereses multisubjetivos*. In: **GENISIS Revistga de direito Processual Civil**. Curitiba: Genesis. . n. 1, jan-abri 1996.

RÊ, A. I. M. R. Pertinência temática nas ações coletivas. In: **Repertório de jurisprudência IOB**. 2ª. Quinzena de maio de 2008 – n. 10/2008, Volume III. São Paulo: IOB, 2008.

SANTOS, C. C. **Ações coletivas e coisa julgada**. Curitiba: Juruá, 2004.

SANTOS, M. A. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Vol. VI (arts. 332 a 475) . Rio de Janeiro: Forense, 1977.

_____. **Primeiras Linhas de direito processual civil.** v 3. 21.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

SANTOS, R. L. dos. Amplitude da coisa julgada nas ações coletivas. *In: Revista de Processo.* ano 31. n. 142. Dez. 2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SILVA, de P. **Vocabulário Jurídico.** 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SILVA, J. A. **curso de direito constitucional positivo.** 28 ed. rev. e atual. (até a EC n. 53). São Paulo: Malheiros, 2007

SILVA, O. A. B. **Curso de Processo civil:** processo de conhecimento. 5.ed. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SILVA, O. B. da. **Sentença e coisa julgada:** ensaios e pareceres. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SILVA JÚNIOR, W, N. Coisa julgada: direito facultativo ou imperativo? *In: Revista de Processo.* São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 24, n. 95, julho-set. 1999.

SOUSA, E. F. O direito na pós-modernidade: Globalização, sociedade e identidade social. *In: Direito Público.* Porto Alegre: Síntese; Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, ano V, n. 25. Jan-fev 2009.

SOUZA, B. P. Ação popular. *In*: **Direito Público**. Porto Alegre: Síntese; Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, ano V, n. 23. set-out 2008.

SOUZA, R. B. **Limites subjetivos da coisa julgada**. Tese de doutoramento apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 1971. Disponível em: http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/17498/1/Limites_Subjetivos_Coisa.pdf. Acesso em 14/09/2009, as 13:45.

TALAMINI, E. **Coisa Julgada e sua revisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TEMER, M. **Elementos de direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

TESHEINER, J. M. **A eficácia da sentença e a coisa julgada no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____, MILHORANZA, M. A. G. Direitos indisponíveis e legitimação do Ministério Público para as ações coletivas relativas a direitos individuais homogêneos de natureza previdenciária. *In*: **Revista de Processo**. ano 34, junho 2009. V. 172. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009

THEODORO JÚNIOR, H. Coisa julgada, ação declaratória seguida de condenatória. *In*: **Revista de processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 21, n. 81, jan-março 1996.

_____. **Curso de Direito Processual Civil**. 38 ed. v 1. Rio de Janeiro: Forense, 2002

_____. FARIA, J. C. de. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para o seu controle. In: **Coisa julgada inconstitucional** (obra coletiva). Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

_____. O tormentoso problema da inconstitucionalidade da sentença passado em julgado. In: **Revista de Processo**. ano 30. Set. 2005. V. 127. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TOPAN, L. R. **Ação coletiva e adequação da tutela jurisdicional**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

TUCCI, J. R. C. e. **Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada nas ações coletivas. In: **Revista Jurídica**. ano 54. dez. 2006. n. 350. Porto Alegre: Fonte do Direito, 2006.

_____. **“Class action” e mandado de segurança coletivo**. São Paulo: Saraiva, 1990.

VIANA, F. B. Algumas considerações sobre as class actions norte-americanas (pequenos contrapontos com as ações coletivas brasileiras). In: **Revista de Processo**. ano 33. n. 159. maio 2008. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

VIGLIAR, J. M. M. **Ação Civil Pública: lei 73.47/85 e legislação posterior; a defesa coletiva do deficiente; da criança e do adolescente; do consumidor e do patrimônio público**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 1999.

_____. Alguns aspectos sobre a ineficácia do procedimento especial destinado aos interesses individuais homogêneos. In: MILARÉ, Edis (Coord). **Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

VIGORITI, V. *Class action e azione collettiva risarcitoria. La legittimazione ad agire e altro*. In: **Revista de Processo**. ano 33. Junho 2008, n. 160. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

VIOLIN, J. **Ação coletiva passiva: fundamentos e perfis**. Salvador: Podivm, 2008.

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

ZAVASKI, T. A. Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos. In: **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 20, n. 78, abril-junho 1995.

WAMBIER, T. A. A. MEDINA, J. M. G. **O dogma da coisa julgada**: hipóteses de relativização, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

WAMBIER, L. R. **Sentença Civil**: Liquidação e Cumprimento. 3. Ed. rev. atual. e ampli. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

WATANABE, K. et. al. **Código de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 9.ed. rev. atual. e ampliada, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

_____. **Da cognição no processo civil**. 2.ed. Campinas: Bookseller, 2000.

ANEXO



PROJETO DE LEI 5.139/2009

Disciplina a ação civil pública para a tutela de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, e dá outras providências.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

CAPÍTULO I

DAS DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei as ações civis públicas destinadas à proteção:

I - do meio ambiente, da saúde, da educação, do trabalho, do desporto, da segurança pública, dos transportes coletivos, da assistência jurídica integral e da prestação de serviços públicos;

II - do consumidor, do idoso, da infância e juventude e das pessoas portadoras de deficiência;

III - da ordem social, econômica, urbanística, financeira, da economia popular, da livre concorrência, do patrimônio público e do erário;

IV - dos bens e direitos de valor artístico, cultural, estético, histórico, turístico e paisagístico; e

V - de outros interesses ou direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

§ 1º Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam

tributos, concessão, revisão ou reajuste de benefícios previdenciários ou assistenciais, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados.

§ 2º Aplicam-se as disposições desta Lei às ações coletivas destinadas à proteção de interesses ou direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

Art. 2º A tutela coletiva abrange os interesses ou direitos:

I - difusos, assim entendidos os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas, ligadas por circunstâncias de fato;

II - coletivos em sentido estrito, assim entendidos os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; e

III - individuais homogêneos, assim entendidos aqueles decorrentes de origem comum, de fato ou de direito, que recomendem tutela conjunta a ser aferida por critérios como facilitação do acesso à Justiça, economia processual, preservação da isonomia processual, segurança jurídica ou dificuldade na formação do litisconsórcio.

§ 1º A tutela dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos presume-se de relevância social, política, econômica ou jurídica.

§ 2º A análise da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei ou ato normativo poderá ser arguida incidentalmente, como questão prejudicial, pela via do controle difuso.

CAPÍTULO II

DOS PRINCÍPIOS DA TUTELA COLETIVA

Art. 3º O processo civil coletivo rege-se pelos seguintes princípios:

- I - amplo acesso à justiça e participação social;
- II - duração razoável do processo, com prioridade no seu processamento em todas as instâncias;
- III - isonomia, economia processual, flexibilidade procedimental e máxima eficácia;
- IV - tutela coletiva adequada, com efetiva precaução, prevenção e reparação dos danos materiais e morais, individuais e coletivos, bem como punição pelo enriquecimento ilícito;
- V - motivação específica de todas as decisões judiciais, notadamente quanto aos conceitos indeterminados;
- VI - publicidade e divulgação ampla dos atos processuais que interessem à comunidade;
- VII - dever de colaboração de todos, inclusive pessoas jurídicas públicas e privadas, na produção das provas, no cumprimento das decisões judiciais e na efetividade da tutela coletiva;
- VIII - exigência permanente de boa-fé, lealdade e responsabilidade das partes, dos procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo; e
- IX - preferência da execução coletiva

CAPÍTULO III

DOS PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS E DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO COLETIVA

Art. 4º É competente para a causa o foro do local onde ocorreu ou deva ocorrer o dano ou o ilícito, aplicando-se as regras da prevenção e da competência absoluta.

§ 1º Se a extensão do dano atingir a área da capital do Estado, será esta a competente; se também atingir a área do Distrito Federal será este o competente, concorrentemente com os foros das capitais atingidas.

§ 2º A extensão do dano será aferida, em princípio, conforme indicado na petição inicial.

§ 3º Havendo, no foro competente, juízos especializados em razão da matéria e juízos especializados em ações coletivas, aqueles prevalecerão sobre estes.

Art. 5º A distribuição de uma ação coletiva induzirá litispendência para as demais ações coletivas que tenham o mesmo pedido, causa de pedir e interessados e prevenirá a competência do juízo para todas as demais ações coletivas posteriormente intentadas que possuam a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto, ainda que diferentes os legitimados coletivos, quando houver:

I - conexão, pela identidade de pedido ou causa de pedir, ainda que diferentes os legitimados;

II - conexão probatória; ou

III - continência, pela identidade de interessados e causa de pedir, quando o pedido de uma das ações for mais abrangente do que o das demais.

§ 1º Na análise da identidade da causa de pedir e do objeto, será preponderantemente considerado o bem jurídico a ser protegido.

§ 2º Na hipótese de litispendência, conexão ou continência entre ações coletivas que digam respeito ao mesmo bem jurídico, a reunião dos processos poderá ocorrer até o julgamento em primeiro grau.

§ 3º Iniciada a instrução, a reunião dos processos somente poderá ser determinada se não houver prejuízo para a duração razoável do processo.

Art. 6º São legitimados concorrentemente para propor a ação coletiva:

I - o Ministério Público;

II - a Defensoria Pública;

III - a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e respectivas autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista, bem como seus órgãos despersonalizados que tenham como finalidades institucionais a defesa dos interesses ou direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos;

IV - a Ordem dos Advogados do Brasil, inclusive as suas seções e subseções;

V - as entidades sindicais e de fiscalização do exercício das profissões, restritas à defesa dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos ligados à categoria;

VI - os partidos políticos com representação no Congresso Nacional, nas Assembleias Legislativas ou nas Câmaras Municipais, conforme o âmbito do objeto da demanda, a ser verificado quando do ajuizamento da ação; e

VII - as associações civis e as fundações de direito privado legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano, para a defesa de interesses ou direitos relacionados com seus fins institucionais, dispensadas a autorização assemblear ou pessoal e a apresentação do rol nominal dos associados ou membros.

§ 1º O juiz poderá dispensar o requisito da pré-constituição de um ano das associações civis e das fundações de direito privado quando haja manifesto interesse social evidenciado pelas características do dano ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

§ 2º O Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da ordem jurídica.

§ 3º Admitir-se-á o litisconsórcio facultativo entre os legitimados, inclusive entre os ramos do Ministério Público e da Defensoria Pública.

§ 4º As pessoas jurídicas de direito público, cujos atos sejam objeto de impugnação, poderão abster-se de contestar o pedido, ou atuar ao lado do autor, desde que isso se afigure útil ao interesse público, a juízo do respectivo representante legal ou dirigente.

Art. 7º É vedada a intervenção de terceiros nas ações coletivas, ressalvada a possibilidade de qualquer legitimado coletivo habilitar-se como assistente litisconsorcial em qualquer dos pólos da demanda.

§ 1º A apreciação do pedido de assistência far-se-á em autos apartados, sem suspensão do feito, salvo quando implicar deslocamento de competência, recebendo o interveniente o processo no estado em que se encontre.

§ 2º O juiz rejeitará liminarmente o pedido de habilitação como assistente do membro do grupo, na ação em defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos, quando o interessado não demonstrar, de plano, razões de fato ou de direito que assegurem utilidade à tutela coletiva e justifiquem a sua intervenção, podendo o juiz limitar o número de assistentes, quando este comprometer o bom andamento e a duração razoável do processo.

§ 3º As pretensões individuais, na fase de conhecimento do processo coletivo, somente poderão ser discutidas e decididas de modo coletivo, facultando-se o agrupamento em subclasses ou grupos.

Art. 8º Ocorrendo desistência infundada, abandono da ação coletiva ou não interposição do recurso de apelação, no caso de sentença de extinção do processo ou de improcedência do pedido, serão intimados pessoalmente o Ministério Público e, quando for o caso, a Defensoria Pública, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social, podendo qualquer legitimado assumir a titularidade, no prazo de quinze dias.

Art. 9º Não haverá extinção do processo coletivo, por ausência das condições da ação ou pressupostos processuais, sem que seja dada oportunidade de correção do vício em qualquer tempo ou grau de jurisdição ordinária ou extraordinária, inclusive com a substituição do autor coletivo, quando serão intimados pessoalmente o Ministério Público e, quando for o caso, a Defensoria Pública, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social, podendo qualquer legitimado adotar as providências cabíveis, em prazo razoável, a ser fixado pelo juiz.

CAPÍTULO IV

DO PROCEDIMENTO

Art. 10. A ação coletiva de conhecimento seguirá o rito ordinário estabelecido na Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, obedecidas as modificações previstas nesta Lei.

§ 1º Até o momento da prolação da sentença, o juiz poderá adequar as fases e atos processuais às especificidades do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico coletivo, garantido o contraditório e a ampla defesa.

§ 2º A inicial deverá ser instruída com comprovante de consulta ao cadastro nacional de processos coletivos, de que trata o **caput** do art. 53 desta Lei, sobre a inexistência de ação coletiva que verse sobre bem jurídico correspondente.

§ 3º Incumbe à serventia judicial verificar a informação constante da consulta, certificando nos autos antes da conclusão ao juiz.

Art. 11. Nas ações coletivas, para instruir a inicial o interessado poderá requerer de qualquer pessoa, física ou jurídica, indicando a finalidade, as certidões e informações que julgar necessárias, a serem fornecidas no prazo de quinze dias.

§ 1º Não fornecidas as certidões e informações referidas no **caput**, poderá a parte propor a ação desacompanhada destas, facultado ao juiz, após apreciar os motivos do não fornecimento, requisitá-las.

§ 2º A recusa, o retardamento ou a omissão, injustificados, de dados técnicos ou informações indispensáveis à propositura da ação coletiva, quando requisitados pelo juiz, implicará o pagamento de multa de dez a cem salários mínimos.

Art. 12. Sendo inestimável o valor dos direitos ou danos coletivos, o valor da causa será indicado pelo autor, segundo critério de razoabilidade, com a fixação em definitivo pelo juiz em saneamento ou na sentença.

Art. 13. Estando em termos a petição inicial, o juiz ordenará a citação do réu e, em se tratando de interesses ou direitos individuais homogêneos, a intimação do Ministério Público e da Defensoria Pública, bem como a comunicação dos interessados, titulares dos respectivos interesses ou direitos objeto da ação coletiva, para que possam exercer, até a publicação da sentença, o seu direito de exclusão em relação ao processo coletivo, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social.

Parágrafo único. A comunicação dos membros do grupo, prevista no **caput**, poderá ser feita pelo correio, inclusive eletrônico, por oficial de justiça ou por inserção em outro meio de comunicação ou informação, como contracheque, conta, fatura, extrato bancário e outros, sem obrigatoriedade de identificação nominal dos destinatários, que poderão ser caracterizados enquanto titulares dos mencionados interesses ou direitos, fazendo-se referência à ação, às partes, ao pedido e à causa de pedir, observado o critério da modicidade do custo.

Art. 14. O juiz fixará o prazo para a resposta nas ações coletivas, que não poderá ser inferior a quinze ou superior a sessenta dias, atendendo à complexidade da causa ou ao número de litigantes.

Parágrafo único. À Fazenda Pública aplicam-se os prazos previstos na Lei nº 5.869, de 1973 – Código de Processo Civil.

Art. 15. A citação válida nas ações coletivas interrompe o prazo de prescrição das pretensões individuais direta ou indiretamente relacionadas com a controvérsia, desde a distribuição até o final do processo coletivo, ainda que haja extinção do processo sem resolução do mérito.

Art. 16. Nas ações coletivas, a requerimento do autor, até o momento da prolação da sentença, o juiz poderá permitir a alteração do pedido ou da causa de pedir, desde que realizada de boa-fé e que não importe em prejuízo para a parte contrária, devendo ser preservado o contraditório, mediante possibilidade de manifestação do réu no prazo mínimo de quinze dias, facultada prova complementar.

Art. 17. Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, o juiz poderá, independentemente de pedido do autor, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida.

§ 1º Atendidos os requisitos do **caput**, a tutela poderá ser antecipada sem audiência da parte contrária, em medida liminar ou após justificação prévia.

§ 2º A tutela antecipada também poderá ser concedida após a resposta do réu, durante ou depois da instrução probatória, se o juiz se convencer de que há abuso do direito de defesa, manifesto propósito protelatório ou quando houver parcela incontroversa do pedido.

§ 3º A multa cominada liminarmente será devida desde o dia em que se houver configurado o descumprimento e poderá ser exigida de forma imediata, em autos apartados, por meio de execução definitiva.

Art. 18. Se não houver necessidade de audiência de instrução e julgamento, de acordo com a natureza do pedido e as provas documentais apresentadas pelas partes ou requisitadas pelo juiz, observado o contraditório, simultâneo ou sucessivo, a lide será julgada imediatamente.

Art. 19. Não sendo o caso de julgamento antecipado, encerrada a fase postulatória, o juiz designará audiência preliminar, à qual comparecerão as partes ou seus procuradores, habilitados a transigir.

§ 1º O juiz ouvirá as partes sobre os motivos e fundamentos da demanda e tentará a conciliação, sem prejuízo de outras formas adequadas de solução do conflito, como a mediação, a arbitragem e a avaliação neutra de terceiro, observada a natureza disponível do direito em discussão.

§ 2º A avaliação neutra de terceiro, de confiança das partes, obtida no prazo fixado pelo juiz, é sigilosa, inclusive para este, e não vinculante para as partes, tendo por finalidade exclusiva orientá-las na tentativa de composição amigável do conflito.

§ 3º Quando indisponível o bem jurídico coletivo, as partes poderão transigir sobre o modo de cumprimento da obrigação.

§ 4º Obtida a transação, será ela homologada por sentença, que constituirá título executivo judicial.

Art. 20. Não obtida a conciliação ou quando, por qualquer motivo, não for utilizado outro meio de solução do conflito, o juiz, fundamentadamente:

I - decidirá se o processo tem condições de prosseguir na forma coletiva;

II - poderá separar os pedidos em ações coletivas distintas, voltadas à tutela dos interesses ou direitos difusos e coletivos, de um lado, e dos individuais homogêneos, do outro, desde que a separação represente economia processual ou facilite a condução do processo;

III - fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas;

IV - distribuirá a responsabilidade pela produção da prova, levando em conta os conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos detidos pelas partes ou segundo a maior facilidade em sua demonstração;

V - poderá ainda distribuir essa responsabilidade segundo os critérios previamente ajustados pelas partes, desde que esse acordo não torne excessivamente difícil a defesa do direito de uma delas;

VI - poderá, a todo momento, rever o critério de distribuição da responsabilidade da produção da prova, diante de fatos novos, observado o contraditório e a ampla defesa;

VII - esclarecerá as partes sobre a distribuição do ônus da prova; e

VIII - poderá determinar de ofício a produção de provas, observado o contraditório.

Art. 21. Em sendo necessária a realização de prova pericial requerida pelo legitimado ou determinada de ofício, o juiz nomeará perito.

Parágrafo único. Não havendo servidor do Poder Judiciário apto a desempenhar a função pericial, competirá a este Poder remunerar o trabalho do perito, após a devida requisição judicial.

Art. 22. Em qualquer tempo e grau do procedimento, o juiz ou tribunal poderá submeter a questão objeto da ação coletiva a audiências públicas, ouvindo especialistas no assunto e membros da sociedade, de modo a garantir a mais ampla participação social possível e a adequada cognição judicial.

CAPÍTULO V

DAS TÉCNICAS DE TUTELA COLETIVA

Art. 23. Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por esta Lei, são admissíveis todas as espécies de ações e provimentos capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.

Art. 24. Na ação que tenha por objeto a imposição de conduta de fazer, não fazer, ou de entregar coisa, o juiz determinará a prestação ou a abstenção devida, bem como a cessação da atividade nociva, em prazo razoável, sob pena de cominação de multa e de outras medidas indutivas, coercitivas e sub-rogatórias, independentemente de requerimento do autor.

§ 1º A conversão em perdas e danos somente será admissível se inviável a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente e, no caso de interesses ou direitos coletivos ou individuais homogêneos, se houver interesse do grupo titular do direito.

§ 2º A indenização por perdas e danos far-se-á sem prejuízo da multa, quando cabível.

Art. 25. Na ação reparatória dos danos provocados ao bem indivisivelmente considerado, sempre que possível e independentemente de pedido do autor, a condenação consistirá na prestação de obrigações específicas, destinadas à reconstituição do bem, mitigação e compensação do dano sofrido.

Parágrafo único. Dependendo das características dos bens jurídicos afetados, da extensão territorial abrangida e de outras circunstâncias, o juiz poderá determinar, em decisão fundamentada e independentemente do pedido do autor, as providências a serem tomadas para a reconstituição dos bens lesados, podendo indicar, entre outras, a realização de atividades tendentes a minimizar a lesão ou a evitar que se repita.

Art. 26. Na ação que tenha por objeto a condenação ao pagamento de quantia em dinheiro, deverá o juiz, sempre que possível, em se tratando de valores a serem individualmente pagos aos prejudicados ou de valores devidos coletivamente, impor a satisfação desta prestação de ofício e independentemente de execução, valendo-se da imposição de multa e de outras medidas indutivas, coercitivas e sub-rogatórias.

Art. 27. Em razão da gravidade do dano coletivo e da relevância do bem jurídico tutelado e havendo fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ainda que tenha havido o depósito das multas e prestação de caução, poderá o juiz determinar a adoção imediata, no todo ou em parte, das providências contidas no compromisso de ajustamento de conduta ou na sentença.

§ 1º Quando a execução envolver parcelas ou prestações individuais, sempre que possível o juiz determinará ao réu que promova dentro do prazo fixado o pagamento do valor da dívida, sob pena de multa e de outras medidas indutivas, coercitivas e subrogatórias, independentemente de habilitação judicial dos interessados.

§ 2º Para fiscalizar os atos de liquidação e cumprimento da sentença do processo coletivo, poderá o juiz nomear pessoa qualificada, que terá acesso irrestrito ao banco de dados e à documentação necessária ao desempenho da função.

§ 3º Na sentença condenatória à reparação pelos danos individualmente sofridos, sempre que possível, o juiz fixará o valor da indenização individual devida a cada membro do grupo ou um valor mínimo para a reparação do dano.

§ 4º Quando o valor dos danos individuais sofridos pelos membros do grupo forem uniformes, prevalecentemente uniformes ou puderem ser reduzidos a uma fórmula matemática, a sentença do processo coletivo indicará esses valores, ou a fórmula de cálculo da indenização individual e determinará que o réu promova, no prazo que fixar, o pagamento do valor respectivo a cada um dos membros do grupo.

§ 5º O membro do grupo que divergir quanto ao valor da indenização individual ou à fórmula para seu cálculo, estabelecidos na liquidação da sentença do processo coletivo, poderá propor ação individual de liquidação, no prazo de um ano, contado do trânsito em julgado da sentença proferida no processo coletivo.

§ 6º Se for no interesse do grupo titular do direito, as partes poderão transacionar, após a oitiva do Ministério Público, ressalvada aos membros do grupo, categoria ou classe a faculdade de não concordar com a transação, propondo nesse caso ação individual no prazo de um ano, contado da efetiva comunicação do trânsito em julgado da sentença homologatória, observado o disposto no parágrafo único do art. 13.

Art. 28. O juiz poderá impor multa ao órgão, entidade ou pessoa jurídica de direito público ou privado responsável pelo cumprimento da decisão que impôs a obrigação, observados a necessidade de intimação e o contraditório prévio.

Art. 29. Não sendo possível a prolação de sentença condenatória líquida, a condenação poderá ser genérica, fixando a responsabilidade do demandado pelos danos causados e o dever de indenizar.

Art. 30. O juiz poderá, observado o contraditório, desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento dos interesses tratados nesta Lei, houver abuso de direito, excesso de poder, exercício abusivo do dever, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social, bem como falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica, provocados por má administração.

§ 1º A pedido da parte interessada, o juiz determinará que a efetivação da responsabilidade da pessoa jurídica recaia sobre o acionista controlador, o sócio majoritário, os sócios-gerentes, os administradores societários, as sociedades que a integram, no caso de grupo societário, ou outros responsáveis que exerçam de fato a administração da empresa.

§ 2º A desconsideração da personalidade jurídica poderá ser efetivada em qualquer tempo ou grau de jurisdição, inclusive nas fases de liquidação e execução.

§ 3º Se o réu houver sido declarado falido, o administrador judicial será intimado a informar a existência de seguro de responsabilidade, facultando-se, em caso afirmativo, o ajuizamento de ação de indenização diretamente contra o segurador, vedada a denúncia da lide ao Instituto de Resseguros do Brasil e dispensado o litisconsórcio obrigatório com este.

CAPÍTULO VI

DOS RECURSOS, DA COISA JULGADA COLETIVA E DA RELAÇÃO ENTRE DEMANDAS COLETIVAS E INDIVIDUAIS

Art. 31. Os recursos interpostos nas ações coletivas serão recebidos no efeito meramente devolutivo, salvo quando sua fundamentação for relevante e da decisão puder resultar lesão grave e de difícil reparação, hipótese em que o juiz, a requerimento do interessado, ponderando os valores em questão, poderá atribuir-lhe o efeito suspensivo.

Art. 32. A sentença no processo coletivo fará coisa julgada **erga omnes**, independentemente da competência territorial do órgão prolator ou do domicílio dos interessados.

Art. 33. Se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, qualquer legitimado poderá ajuizar outra ação coletiva, com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

Art. 34. Os efeitos da coisa julgada coletiva na tutela de direitos individuais homogêneos não prejudicarão os direitos individuais dos integrantes do grupo, categoria ou classe, que poderão propor ações individuais em sua tutela.

§ 1º Não serão admitidas novas demandas individuais relacionadas com interesses ou direitos individuais homogêneos, quando em ação coletiva houver julgamento de improcedência em matéria exclusivamente de direito, sendo extintos os processos individuais anteriormente ajuizados.

§ 2º Quando a matéria decidida em ação coletiva for de fato e de direito, aplica-se à questão de direito o disposto no § 1º e à questão de fato o previsto no **caput** e no § 6º do art. 37.

§ 3º Os membros do grupo que não tiverem sido devidamente comunicados do ajuizamento da ação coletiva, ou que tenham exercido tempestivamente o direito à exclusão, não serão afetados pelos efeitos da coisa julgada previstos nos §§ 1º e 2º.

§ 4º A alegação de falta de comunicação prevista no § 3º incumbe ao membro do grupo, mas o demandado da ação coletiva terá o ônus de comprovar a comunicação.

Art. 35. No caso de extinção dos processos individuais como efeito da decisão prolatada em ações coletivas, não haverá condenação ao pagamento de novas despesas processuais, custas e honorários, salvo a atuação de má-fé do demandante.

Art. 36. Nas ações coletivas que tenham por objeto interesses ou direitos difusos ou coletivos, as vítimas e seus sucessores poderão proceder à liquidação e ao cumprimento da sentença, quando procedente o pedido.

Parágrafo único. Aplica-se a regra do **caput** à sentença penal condenatória.

Art. 37. O ajuizamento de ações coletivas não induz litispendência para as ações individuais que tenham objeto correspondente, mas haverá a suspensão destas, até o julgamento da demanda coletiva em primeiro grau de jurisdição.

§ 1º Durante o período de suspensão, poderá o juiz perante o qual foi ajuizada a demanda individual, conceder medidas de urgência.

§ 2º Cabe ao réu, na ação individual, informar o juízo sobre a existência de demanda coletiva que verse sobre idêntico bem jurídico, sob pena de, não o fazendo, o autor individual beneficiar-se da coisa julgada coletiva mesmo no caso de o pedido da ação individual ser improcedente, desde que a improcedência esteja fundada em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal.

§ 3º A ação individual somente poderá ter prosseguimento, a pedido do autor, se demonstrada a existência de graves prejuízos decorrentes da suspensão, caso em que não se beneficiará do resultado da demanda coletiva.

§ 4º A suspensão do processo individual perdurará até a prolação da sentença da ação coletiva, facultado ao autor, no caso de procedência desta e decorrido o prazo concedido ao réu para cumprimento da sentença, requerer a conversão da ação individual em liquidação provisória ou em cumprimento provisório da sentença do processo coletivo, para apuração ou recebimento do valor ou pretensão a que faz jus.

§ 5º No prazo de noventa dias contado do trânsito em julgado da sentença proferida no processo coletivo, a ação individual suspensa será extinta, salvo se postulada a sua conversão em liquidação ou cumprimento de sentença do processo coletivo.

§ 6º Em caso de julgamento de improcedência do pedido em ação coletiva de tutela de direitos ou interesses individuais homogêneos, por insuficiência de provas, a ação individual será extinta, salvo se for requerido o prosseguimento no prazo de trinta dias contado da intimação do trânsito em julgado da sentença proferida no processo coletivo.

Art. 38. Na hipótese de sentença de improcedência, havendo suficiência de provas produzidas, qualquer legitimado poderá intentar ação revisional, com idêntico fundamento, no prazo de um ano contado do conhecimento geral da descoberta de prova técnica nova, superveniente, que não poderia ser produzida no processo, desde que idônea para mudar seu resultado.

§ 1º A faculdade prevista no **caput**, nas mesmas condições, fica assegurada ao demandado da ação coletiva com pedido julgado procedente, caso em que a decisão terá efeitos **ex nunc**.

§ 2º Para a admissibilidade da ação prevista no § 1º, deverá o autor depositar valor a ser arbitrado pelo juiz, que não será inferior a dez por cento do conteúdo econômico da demanda.

Art. 39. A ação rescisória objetivando desconstituir sentença ou acórdão de ação coletiva, cujo pedido tenha sido julgado procedente, deverá ser ajuizada em face do legitimado coletivo que tenha ocupado o pólo ativo originariamente, podendo os demais co-legitimados atuar como assistentes.

Parágrafo único. No caso de ausência de resposta, deverá o Ministério Público, quando legitimado, ocupar o pólo passivo, renovando-se-lhe o prazo para responder.

CAPÍTULO VII

DA LIQUIDAÇÃO, EXECUÇÃO E CUMPRIMENTO DE SENTENÇAS DO PROCESSO COLETIVO

Art. 40. É competente para a liquidação e execução coletiva o juízo da ação de conhecimento ou o foro do local onde se encontrem bens sujeitos à expropriação ou do domicílio do executado.

Parágrafo único. Sempre que possível, a liquidação e a execução serão coletivas, sendo promovidas por qualquer dos legitimados à ação coletiva, pelas vítimas ou por seus sucessores.

Art. 41. É competente para a liquidação e execução individual o foro do processo de conhecimento, do domicílio do autor da liquidação ou da execução, ou do local onde se encontrem bens sujeitos à expropriação, não havendo prevenção do juízo da ação coletiva originária.

§ 1º Quando a competência para a liquidação não for do juízo da fase de conhecimento, o executado será intimado, na pessoa do seu procurador, seguindo a execução o procedimento do art. 475-A e seguintes da Lei nº 5.869, de 1973 – Código de Processo Civil.

§ 2º Na hipótese do § 1º, o executado será intimado para a execução após a penhora.

Art. 42. Na liquidação da sentença condenatória à reparação dos danos individualmente sofridos, deverão ser provados, tão só, o dano pessoal, o nexo de causalidade e o montante da indenização.

Art. 43. A liquidação da sentença poderá ser dispensada quando a apuração do dano pessoal, do nexo de causalidade e do montante da indenização depender exclusivamente de prova documental, hipótese em que o pedido de execução por quantia certa será acompanhado dos documentos comprobatórios e da memória do cálculo.

Art. 44. Os valores destinados ao pagamento das indenizações individuais serão depositados, preferencialmente, em instituição bancária oficial, abrindo-se conta remunerada e individualizada para cada beneficiário, regendo-se os respectivos saques pelas normas aplicáveis aos depósitos bancários.

Parágrafo único. Será determinado ao réu, além da ampla divulgação nos meios de comunicação, a comprovação da realização dos depósitos individuais e a notificação aos beneficiários com endereço conhecido.

Art. 45. Em caso de sentença condenatória genérica de danos sofridos por sujeitos indeterminados, decorrido o prazo prescricional das pretensões individuais, poderão os legitimados coletivos, em função da não habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano ou do locupletamento indevido do réu, promover a

liquidação e execução da indenização pelos danos globalmente sofridos pelos membros do grupo, sem prejuízo do correspondente ao enriquecimento ilícito do réu.

Parágrafo único. No caso de concurso de créditos decorrentes de ações em defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos, coletivos e difusos, a preferência com relação ao pagamento será decidida pelo juiz, aplicando os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Art. 46. Havendo condenação em pecúnia, inclusive decorrente de dano moral coletivo, originária de ação relacionada com interesses ou direitos difusos e coletivos, a quantia será depositada em juízo, devendo ser aplicada na recuperação específica dos bens lesados ou em favor da comunidade afetada.

§ 1º O legitimado coletivo, com a fiscalização do Ministério Público, deverá adotar as providências para a utilização do valor depositado judicialmente, inclusive podendo postular a contratação de terceiros ou o auxílio do Poder Público do local onde ocorreu o dano.

§ 2º Na definição da aplicação da verba referida no **caput**, serão ouvidos em audiência pública, sempre que possível, os membros da comunidade afetada.

CAPÍTULO VIII

DO COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA E DO INQUÉRITO CIVIL

Art. 47. Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante a fixação de deveres e obrigações, com as respectivas multas devidas no caso do descumprimento.

Art. 48. O valor da cominação pecuniária deverá ser suficiente e necessário para coibir o descumprimento da medida pactuada.

Parágrafo único. A cominação poderá ser executada imediatamente, sem prejuízo da execução específica.

Art. 49. O compromisso de ajustamento de conduta terá natureza jurídica de transação, com eficácia de título executivo extrajudicial, sem prejuízo da possibilidade da sua homologação judicial, hipótese em que sua eficácia será de título executivo judicial.

Parágrafo único. Não será admitida transação no compromisso de ajustamento de conduta que verse sobre bem indisponível, salvo quanto ao prazo e ao modo de cumprimento das obrigações assumidas.

Art. 50. A execução coletiva das obrigações fixadas no compromisso de ajustamento de conduta será feita por todos os meios, inclusive mediante intervenção na empresa, quando necessária.

§ 1º Quando o compromisso de ajustamento de conduta contiver obrigações de naturezas diversas, poderá ser ajuizada uma ação coletiva de execução para cada uma das obrigações, sendo as demais apensadas aos autos da primeira execução proposta.

§ 2º Nas hipóteses do § 1º, as execuções coletivas propostas posteriormente poderão ser instruídas com cópias do compromisso de ajustamento de conduta e documentos que o instruem, declaradas autênticas pelo órgão do Ministério Público, da Defensoria Pública ou pelo advogado do exequente coletivo.

§ 3º Qualquer um dos co-legitimados à defesa judicial dos direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos poderá propor a ação de execução do compromisso de ajustamento de conduta, mesmo que tomado por outro co-legitimado.

§ 4º Quando o ajustamento abranger interesses ou direitos individuais homogêneos, o indivíduo diretamente interessado poderá solicitar cópia do termo de compromisso de

ajustamento de conduta e documentos que o instruem, para a propositura da respectiva ação individual de liquidação ou de execução.

§ 5º Nos casos do § 4º, o indivíduo interessado poderá optar por ajuizar a ação individual de liquidação ou de execução do compromisso de ajustamento de conduta no foro do seu domicílio ou onde se encontrem bens do devedor.

Art. 51. O Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, ou requisitar, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, o qual não poderá ser inferior a dez dias úteis.

§ 1º O inquérito civil deverá contar com mecanismos de controle interno quanto ao processamento e à adequação da sua instauração.

§ 2º É autorizada a instauração de inquérito civil fundamentado em manifestação anônima, desde que instruída com elementos mínimos de convicção.

Art. 52. Se, depois de esgotadas todas as diligências, o órgão do Ministério Público se convencer da inexistência de fundamento para a propositura da ação coletiva, promoverá o arquivamento dos autos do inquérito civil ou das peças informativas, fazendo-o fundamentadamente, sem prejuízo da atuação dos demais co-legitimados com relação ao mesmo objeto.

§ 1º Os autos do inquérito civil ou das peças de informação arquivados serão remetidos ao órgão revisor competente, conforme dispuser o seu regimento, no prazo de até quinze dias, sob pena de se incorrer em falta grave.

§ 2º Até que o órgão revisor homologue ou rejeite a promoção de arquivamento, poderão os interessados apresentar razões escritas ou documentos, que serão juntados aos autos do inquérito, anexados ao inquérito civil ou às peças de informação.

§ 3º Deixando o órgão revisor de homologar a promoção de arquivamento no inquérito civil ou peças de informação, designará, desde logo, outro órgão do Ministério Público para o ajuizamento da ação ou a adoção de outras providências cabíveis e manifestação fundamentada.

CAPÍTULO IX

DO CADASTRO NACIONAL DE PROCESSOS COLETIVOS E DO CADASTRO NACIONAL DE INQUÉRITOS CIVIS E COMPROMISSOS DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA

Art. 53. O Conselho Nacional de Justiça organizará e manterá o Cadastro Nacional de Processos Coletivos, com a finalidade de permitir que os órgãos do Poder Judiciário e os interessados tenham amplo acesso às informações relevantes relacionadas com a existência e o estado das ações coletivas.

§ 1º Os órgãos judiciários aos quais forem distribuídos processos coletivos remeterão, no prazo de dez dias, cópia da petição inicial, preferencialmente por meio eletrônico, ao Cadastro Nacional de Processos Coletivos.

§ 2º No prazo de noventa dias, contado da publicação desta Lei, o Conselho Nacional de Justiça editará regulamento dispondo sobre o funcionamento do Cadastro Nacional de Processos Coletivos e os meios adequados a viabilizar o acesso aos dados e seu acompanhamento por qualquer interessado através da rede mundial de computadores.

§ 3º O regulamento de que trata o § 2º disciplinará a forma pela qual os juízos comunicarão a existência de processos coletivos e os atos processuais mais relevantes

sobre o seu andamento, como a concessão de antecipação de tutela, a sentença, o trânsito em julgado, a interposição de recursos e a execução.

Art. 54. O Conselho Nacional do Ministério Público organizará e manterá o Cadastro Nacional de Inquéritos Cíveis e de Compromissos de Ajustamento de Conduta, com a finalidade de permitir que os órgãos do Poder Judiciário, os co-legitimados e os interessados tenham amplo acesso às informações relevantes relacionadas com a abertura do inquérito e a existência do compromisso.

§ 1º Os órgãos legitimados que tiverem tomado compromissos de ajustamento de conduta remeterão, no prazo de dez dias, cópia, preferencialmente por meio eletrônico, ao Cadastro Nacional de Inquéritos Cíveis e de Compromissos de Ajustamento de Conduta.

§ 2º O Conselho Nacional do Ministério Público, no prazo de noventa dias, a contar da publicação desta Lei, editará regulamento dispondo sobre o funcionamento do Cadastro Nacional de Inquéritos Cíveis e Compromissos de Ajustamento de Conduta, incluindo a forma de comunicação e os meios adequados a viabilizar o acesso aos dados e seu acompanhamento por qualquer interessado.

CAPÍTULO X

DAS DESPESAS, DOS HONORÁRIOS E DOS DANOS PROCESSUAIS

Art. 55. A sentença do processo coletivo condenará o demandado, se vencido, ao pagamento das custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, bem como dos honorários de advogado, calculados sobre a condenação.

§ 1º Tratando-se de condenação à obrigação específica ou de condenação genérica, os honorários advocatícios serão fixados levando-se em consideração a vantagem obtida para os interessados, a quantidade e qualidade do trabalho desenvolvido pelo advogado e a complexidade da causa.

§ 2º Os legitimados coletivos não adiantarão custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem serão condenados em honorários de advogado, custas e demais despesas processuais, salvo comprovada má-fé.

Art. 56. O legitimado coletivo somente responde por danos processuais nas hipóteses em que agir com má-fé processual.

Parágrafo único. O litigante de má-fé e os responsáveis pelos respectivos atos serão solidariamente condenados ao pagamento das despesas processuais, em honorários advocatícios e em até o décuplo das custas, sem prejuízo da responsabilidade por perdas e danos.

CAPÍTULO XI

DO PROGRAMA EXTRAJUDICIAL DE PREVENÇÃO OU REPARAÇÃO DE DANOS

Art. 57. O demandado, a qualquer tempo, poderá apresentar em juízo proposta de prevenção ou reparação de danos a interesses ou direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos, consistente em programa extrajudicial.

§ 1º O programa poderá ser proposto no curso de ação coletiva ou ainda que não haja processo em andamento, como forma de resolução consensual de controvérsias.

§ 2º O programa objetivará a prestação pecuniária ou a obrigação de fazer, mediante o estabelecimento de procedimentos a serem utilizados no atendimento e satisfação dos interesses e direitos referidos no **caput**.

§ 3º Em se tratando de interesses ou direitos individuais homogêneos, o programa estabelecerá sistema de identificação de seus titulares e, na medida do possível, deverá envolver o maior número de partes interessadas e afetadas pela demanda.

§ 4º O procedimento poderá compreender as diversas modalidades de métodos alternativos de resolução de conflitos, para possibilitar a satisfação dos interesses e direitos referidos no **caput**, garantidos a neutralidade da condução ou supervisão e o sigilo.

Art. 58. A proposta poderá ser apresentada unilateralmente ou em conjunto com o legitimado ativo, no caso de processo em curso, ou com qualquer legitimado à ação coletiva, no caso de inexistir processo em andamento.

Art. 59. Apresentado o programa, as partes terão o prazo de cento e vinte dias para a negociação, prorrogável por igual período, se houver consentimento de ambas.

Art. 60. O acordo que estabelecer o programa deverá necessariamente ser submetido à homologação judicial, após prévia manifestação do Ministério Público.

Art. 61. A liquidação e execução do programa homologado judicialmente contarão com a supervisão do juiz, que poderá designar auxiliares técnicos, peritos ou observadores para assisti-lo.

CAPÍTULO XII

DAS DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 62. Qualquer pessoa poderá provocar a iniciativa do Ministério Público, ou de qualquer outro legitimado, ministrando-lhe informações sobre fatos que constituam objeto da ação coletiva e indicando-lhe os elementos de convicção.

Art. 63. As ações coletivas terão tramitação prioritária sobre as individuais.

Art. 64. A União, os Estados e o Distrito Federal poderão criar juízos e órgãos especializados para o processamento e julgamento de ações coletivas em primeira e segunda instância.

Art. 65. É admissível homologação de sentença estrangeira na tutela dos direitos ou interesses difusos coletivos e individuais homogêneos.

§ 1º A homologação de sentença estrangeira coletiva deverá ser requerida perante o Superior Tribunal de Justiça pelos legitimados arrolados no art. 6º.

§ 2º As vítimas ou seus sucessores também poderão utilizar, individualmente, da sentença estrangeira coletiva no Brasil, requerendo a sua homologação perante o Superior Tribunal de Justiça.

Art. 66. As multas administrativas originárias de violações dos direitos ou interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos reverterão a fundo gerido por conselho federal ou por conselhos estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da sociedade civil, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados e a projetos destinados à prevenção ou reparação dos danos.

Parágrafo único. Sem prejuízo do disposto no art. 46, poderá o juiz, após prévia oitiva das partes interessadas, atendidas as especificidades da demanda e o interesse coletivo envolvido, destinar o produto da condenação em dinheiro originária de ação coletiva para o fundo previsto no **caput**.

Art. 67. As disposições desta Lei aplicam-se à ação popular e ao mandado de segurança coletivo, no que não forem incompatíveis com as regras próprias que disciplinam e regulam as referidas ações.

Art. 68. Os dispositivos desta Lei aplicam-se no âmbito das relações de trabalho, ressalvadas as peculiaridades e os princípios informadores do processo trabalhista.

Art. 69. Aplica-se à ação civil pública e às demais ações coletivas previstas nesta Lei, subsidiariamente, a Lei nº 5.869, de 1973 – Código de Processo Civil, naquilo em que não contrarie suas disposições e desde que seja compatível com o sistema de tutela coletiva.

§ 1º À ação civil pública e demais ações coletivas previstas nesta Lei aplica-se ainda o disposto nas Leis nº 4.348, de 26 de junho de 1964, 5.021, de 9 de junho de 1966, 8.437, de 30 de junho de 1992, e 9.494, de 10 de setembro de 1997.

§ 2º A execução por quantia certa das decisões judiciais proferidas contra a Fazenda Pública, na ação civil pública e nas demais ações coletivas de que trata esta Lei, deverá se dar na forma do art. 730 da Lei nº 5.869, de 1973 – Código de Processo Civil.

Art. 70. Esta Lei entra em vigor após cento e oitenta dias contados de sua publicação.

Art. 71. Ficam revogados:

I - a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985;

II - os arts. 3º a 7º da Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989;

III - o art. 3º da Lei nº 7.913, de 7 de dezembro de 1989;

IV - os arts. 209 a 213 e 215 a 224 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990;

V - os arts. 81 a 84, 87, 90 a 95, 97 a 100, 103 e 104 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990;

VI - o art. 88 da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994;

VII - o art. 7º da Lei nº 9.008, de 21 de março de 1995, na parte em que altera os arts. 82, 91 e 92 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990;

VIII - os arts. 2º e 2º-A da Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997;

IX - o art. 54 da Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001;

X - os arts. 4º, na parte em que altera o art. 2º-A da Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997, e 6º da Medida Provisória nº 2.180-35, de 24 de agosto de 2001;

XI - os arts. 74, inciso I, 80 a 89 e 92, da Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003; e

XII - a Lei nº 11.448, de 15 de janeiro de 2007.

Brasília, 8 de abril de 2009.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)