

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

A COISA JULGADA NAS AÇÕES COLETIVAS

Viviani Leite da Silva

Presidente Prudente/SP
2003

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

A COISA JULGADA NAS AÇÕES COLETIVAS

Viviani Leite da Silva

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção de Grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Luís Roberto Gomes.

Presidente Prudente/SP
2003

A COISA JULGADA NAS AÇÕES COLETIVAS

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado como
requisito parcial para obtenção do Grau de Bacharel
em Direito

Luís Roberto Gomes
Orientador

Giovana Brolezi Leopoldo
Examinadora

Fábio Imbernom Nascimento
Examinador

Presidente Prudente, 03 de dezembro de 2003.

Contra o positivismo, que pára perante os fenômenos e diz: “Há apenas fatos”, eu digo: “Ao contrário, fatos é o que não há; há apenas interpretações”.

Nietzsche

*Dedico o presente trabalho a minha mãe,
Maria de Lourdes, e tios, Adilson e Iara,
por acreditarem no meu futuro.*

AGRADECIMENTOS

Inúmeras pessoas se mostraram de suma importância à efetivação deste trabalho, de modo que, qualquer agradecimento feito se revelará injusto.

No entanto, agradeço a todos os que, direta ou indiretamente, contribuíram para a elaboração deste estudo e superação de mais esta etapa em minha vida.

Agradeço, portanto, a minha mãe, Maria de Lourdes, pela confiança, por acreditar no meu futuro e por todos os esforços sempre despendidos, e irmã, Larissa, por sempre me ouvir falar em Direito, sem que, muitas vezes, entendesse o verdadeiro sentido de tais palavras. Obrigada por compartilharem todos os momentos, tanto de alegria, quanto de tristeza, apoiando-me, quando mais precisei.

Agradeço à Procuradoria da República, local em que, por dois anos, adquiri conhecimentos e cultivei amizades, que se projetarão para toda a vida e, especialmente, a Eliane Maria Turesso Diniz, não apenas pela amizade, mas também por todas as palavras de consolo, pelo carinho e dedicação, e a Thiago Aparecido de Jesus, pela ajuda, nunca dispensada.

Agradeço a Giovana Brolezi Leopoldo, pela consideração, por fazer com que me sentisse especial, concedendo-me a honra de tê-la como examinadora da presente pesquisa, dedicando seu precioso tempo a esta análise.

Agradeço a Fábio Imbernom Nascimento, que não hesitou em prestar sua colaboração quando precisei, aceitando fazer parte da banca examinadora do presente trabalho, mesmo sendo o convite feito fora do tempo normal.

Agradeço a meu orientador, professor e supervisor de estágio, Luís Roberto Gomes, pela atenção, dedicação, paciência e, sobretudo, pelos ensinamentos, que foram indispensáveis à elaboração da pesquisa, sem as quais esta não seria possível.

Acima de tudo, agradeço a Deus, Pai e Amigo, presente em todos os momentos de minha vida, iluminando os meus passos no decorrer deste caminho.

RESUMO

O processo civil tradicional, cuja fase atual é a da instrumentalidade, é voltado, eminentemente, à tutela das relações intersubjetivas, e seus institutos, no mais das vezes, inadequados ao amparo dos interesses metaindividuais, assim denominados os de terceira geração.

Atentando-se a essa realidade, a pesquisa teve por escopo a abordagem dos institutos do processo civil coletivo, em comparação ao processo civil individual, tendo em vista, essencialmente, a incompatibilidade entre estes sistemas em determinados pontos, enfocando a problemática da coisa julgada nas ações coletivas.

O objeto do presente estudo é amplo e complexo, haja vista que a Lei da Ação Civil Pública e, posteriormente, o Código de Defesa do Consumidor estabeleceram regras próprias no que tange à coisa julgada coletiva, podendo-se afirmar, inclusive, que constitui um instituto próprio.

Assim, considerando as peculiaridades dos interesses tutelados por estas ações, a solução foi excepcionar a regra insculpida no artigo 472 do Código de Processo Civil, para que a eficácia da sentença alcançasse também os titulares do interesse lesado, mas instituindo igualmente algumas restrições quanto à produção deste fenômeno jurídico, no tocante ao tipo de interesse discutido e ao resultado do processo.

O tema aventado no presente trabalho científico, portanto, é atual e revestido de suma importância no sistema jurídico.

Para alcançar os objetivos, a autora se valeu do método dedutivo, utilizando como fonte de pesquisa legislações, doutrinas e jurisprudências.

PALAVRAS-CHAVE: coisa julgada; ações coletivas; ação civil pública; processo civil coletivo.

ABSTRACT

The traditional civil action, whose current phase is of the instrumentality, is come back, eminently, to the guardianship of the intersubjectives relations and its justinian codes, in more of the times, are inadequate to the support of the metaindividuals interests, thus called of third generation.

Attempting against it this reality, the research had for target the boarding of the justinian codes of the collective civil action, in comparison to the individual civil action, in view of, essentially, the incompatibility enters these systems in determined points, focusing the problematic one of the res judicata in the class actions.

The object of the present study is ample and complex, considering that the institution of the Law of Public Civil Action and, later, the Code of Defense of the Consumer, had established proper rules in that it refers to the collective res judicata, being able itself to affirm, also, that it constitutes a proper institute.

Thus, in view of the peculiarities of the interests tutored person for these actions, the solution was to limit the rule established in article 472 of the Code of Civil Action, so that the effectiveness of the sentence also reached the bearers of the injured interest, but also instituting some restrictions relative to the production of this legal phenomenon, to the type of argued interest and the result of the process.

The subject argued in the present scientific, therefore, current work and is coated with utmost importance in the legal system.

To reach the objectives, the author if was valid the deductive method, using as research source legislations, doctrines and jurisprudences.

KEYWORDS: res judicata; class actions; public civil action; collective civil action

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
PARTE I – A COISA JULGADA NO PROCESSO CIVIL TRADICIONAL	14
1 O PROCESSO CIVIL CLÁSSICO: POSTULADOS FUNDAMENTAIS	14
1.1 Considerações Iniciais (evolução, rumos atuais, instrumentalidade, acesso à justiça, universalização da jurisdição)	14
1.2 Jurisdição	16
1.3 Competência	18
1.4 Legitimidade	21
1.5 A Coisa Julgada no Processo Civil Tradicional	23
1.5.1 Considerações Gerais e Conceito	23
1.5.2 Fundamentos políticos.....	24
1.5.3 Fundamentos jurídicos	25
a) – Teoria da presunção da verdade.....	25
b) – Teoria da ficção da verdade	26
c) – Teoria da força legal da sentença	26
d) – Teoria da eficácia da declaração.....	27
e) – Teoria da extinção da obrigação jurisdicional	27
f) – Teoria da vontade do Estado	27
g) – Teoria de Carnelutti.....	28
h) – Teoria de Liebman	29
1.5.4 Coisa julgada formal e material	30
1.5.5 Limites objetivos e subjetivos	32
1.5.6 Rescisão da coisa julgada	34
PARTE II – A COISA JULGADA NO PROCESSO CIVIL COLETIVO	36
2 O PROCESSO CIVIL COLETIVO	36
2.1 Considerações Gerais	36
2.2 Evolução	37

2.3	Importância	39
3	AS AÇÕES COLETIVAS.....	42
3.1	Conceito de Ação Coletiva e Ação Civil Pública.....	42
3.2	Importância das Ações Coletivas.....	44
3.3	Das Diversas Categorias de Interesses	46
3.3.1	Interesse público e interesse privado	46
3.3.2	Interesse público primário e secundário	47
3.3.3	Interesses metaindividuais	48
a)	Interesses Difusos	50
b)	Interesses coletivos stricto sensu	52
c)	Interesses individuais homogêneos.....	53
3.4	As Class Actions no Direito Norte-Americano	55
3.5	Legitimidade ad Causam.....	57
3.5.1	Legitimidade ativa.....	57
3.5.2	Legitimidade passiva	61
3.5.3	Litisconsórcio	63
a)	– Litisconsórcio ativo	63
b)	– Litisconsórcio passivo.....	65
3.5.4	Assistência	66
3.6	Interesse Processual	67
3.7	Competência	69
3.8	Objeto e Pedido	73
3.9	Litispêndência.....	76
4	A COISA JULGADA NAS AÇÕES COLETIVAS	79
4.1	Extensão dos Limites Subjetivos	81
4.2	A Coisa Julgada nas Diversas Categorias de Interesses.....	84
4.2.1	A coisa julgada nos interesses difusos	84
4.2.2	A coisa julgada nos interesses coletivos stricto sensu	87
4.2.3	A coisa julgada nos interesses individuais homogêneos	88
4.3	Transporte da Coisa Julgada às Ações Individuais	91
4.4	Coisa Julgada Secundum Eventum Litis.....	93

4.5 Necessidade de Mitigar a Coisa Julgada.....	99
4.6 Eventuais Limites Territoriais da Coisa Julgada	103
4.7 O Controle Difuso de Constitucionalidade e a Coisa Julgada Erga Omnes	115
4.8 Apontamento Final Sobre o Instituto da Coisa Julgada Coletiva no Processo Civil Atual	117
5 CONCLUSÃO	119
BIBLIOGRAFIA	123

INTRODUÇÃO

Consoante análise da evolução histórica mundial, tem-se que a preocupação advinda do Liberalismo posicionou a tutela de interesses no âmbito meramente individual, o que refletiu em mecanismos procedimentais exclusivos para a defesa destes direitos.

Desta feita, nada obstante quando da elaboração do Código de Processo Civil já houvessem discussões a respeito da defesa de interesses metaindividuais na Europa e Estados Unidos, o legislador pátrio ignorou tais tendências, elaborando um diploma legal voltado à defesa de direitos meramente pessoais, como é o caso dos institutos da legitimidade ativa e dos limites subjetivos da coisa julgada.

No entanto, a partir de meados do século passado, com a evolução social, intensificaram-se os denominados *conflitos de massa* e, como a preocupação com a instrumentalidade do processo passou a ser prioritária, tornou-se necessária a elaboração de normas para a defesa destes interesses que, apesar existentes desde sempre, estavam à margem do acesso à justiça.

Assim, o sistema processual civil passou por diversas adaptações, com vistas a proporcionar um efetivo acesso à justiça, e esta evolução culminou na instituição de mecanismos procedimentais adequados à tutela dos interesses de cunho metaindividual, ou seja, que transcendem a esfera dos indivíduos, individualmente considerados, pois percebeu-se que, além do reconhecimento de um direito, deve-se proporcionar aos seus titulares um meio eficaz para garanti-lo.

Em corolário, foram elaboradas diversas leis para disciplinar esta matéria, como a Lei da Ação Civil Pública (n.º 7.347/85), que trouxe uma importante evolução nos conceitos do direito processual civil brasileiro, o Código de Defesa do Consumidor, dentre outros, além da Constituição da República de 1988, que reconheceu estes direitos e também conferiu *status* constitucional à ação civil pública.

Desta forma, considerando os aspectos históricos e também a disciplina do Código de Processo Civil acerca deste assunto, o presente trabalho se propõe a analisar os institutos do processo civil tradicional, assim chamado o que tutela as relações intersubjetivas, e o processo civil coletivo, que visa a tutela de interesses que transcendem a esfera meramente individual. Em decorrência, pretende-se comprovar que a disciplina do Código de Processo Civil não é adequada à tutela dos interesses metaindividuais.

O objeto central do presente estudo será o instituto da coisa julgada, que, em sede de ações coletivas¹ sofreu profundas alterações na sua disciplina, em decorrência do sistema das ações coletivas, composto pela LACP e pelo CDC.

O processo civil tradicional contempla a hipótese da eficácia da sentença atingir unicamente as partes que participaram do processo, e apenas reflexamente os que tenham relação jurídica com elas ou interesse de fato na sentença (neste último caso, se tratando da eficácia natural da coisa julgada), ao passo que, nas ações coletivas, estes efeitos se estendem a todos os titulares do direito pleiteado em juízo que, em virtude da substituição processual, não participaram diretamente da relação jurídica processual.

Pretende-se, aqui, distinguir esses efeitos de acordo com o tipo de interesse discutido (se difuso, coletivo ou individual homogêneo), que podem ser *erga omnes* ou *ultra partes*. E, ainda, a eficácia da coisa julgada depende do resultado do processo, ou seja, se julgado procedente ou improcedente o pedido e qual a razão da improcedência (se por falta de provas ou qualquer outra razão), o que se denomina coisa julgada *secundum eventus litis*.

As ações coletivas permitem que um número elevado de pessoas se beneficie da tutela jurisdicional proferida em uma mesma demanda, na qual não participaram diretamente. Isto configura uma ruptura com o princípio tradicional do Direito, segundo o qual a coisa julgada não beneficia nem prejudica aquele que não

¹ É oportuno consignar que, ainda que se tenha por mais apropriado denominar-se as ações objeto do presente trabalho como *ações coletivas*, por, ao menos, indicar os interesses que pretende tutelar, como se verá adiante, optou-se por fazer uso também do termo *ação civil pública*, em razão desta nomenclatura ser consagrada na doutrina e jurisprudência pátrias.

participou da relação jurídica em que a sentença foi proferida. Assim, a coisa julgada assume uma considerável relevância.

Além disso, a alteração promovida no artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública pelo artigo 2º da Lei n.º 9.494/97 pretende limitar a eficácia da sentença na ação civil pública, restringindo os limites subjetivos da coisa julgada à competência territorial do magistrado que julgar esta demanda, havendo, pois, uma confusão entre coisa julgada e competência territorial.

Discorrer-se-á sobre a eventual inconstitucionalidade da lei que promoveu a modificação, por restringir a abrangência do instituto da coisa julgada, consubstanciado no artigo 5º, inciso XXVI, da Constituição Federal.

A pesquisa tem por escopo, destarte, estudar e identificar as controvérsias existentes a respeito dos aspectos da coisa julgada nas ações coletivas, analisando o Código de Processo Civil, as leis que regem os interesses difusos e coletivos e doutrina e jurisprudências pertinentes, procurando ditar a melhor interpretação no que tange às peculiaridades da coisa julgada nestas ações, em vistas ao Processo Civil tradicional.

O instrumento de investigação a ser utilizado para o desenvolvimento do tema proposto será a pesquisa bibliográfica, com a análise de doutrina, jurisprudência, além do Código de Processo Civil, Lei da Ação Civil Pública, Código de Defesa do Consumidor e, eventualmente, a Lei da Ação Popular.

O método científico que se utilizará será o dedutivo, realizando-se, primeiramente, uma abordagem geral do instituto da coisa julgada, seguindo ao seu posterior enfoque em relação ao sistema das ações coletivas, composto pela Lei da Ação Civil Pública e pelo Código de Defesa do Consumidor.

Para que seja possível a correta compreensão do tema, o presente estudo será dividido em duas partes, sendo que a primeira delas tratará do processo civil tradicional, abordando, além da problemática da coisa julgada, seus institutos fundamentais. Já a segunda, versará sobre o processo civil coletivo, fazendo-se uma breve consideração acerca desse sistema, passando-se à análise das ações coletivas e, finalmente, ao estudo da coisa julgada nas ações coletivas.

PARTE I – A COISA JULGADA NO PROCESSO CIVIL TRADICIONAL

1. O PROCESSO CIVIL CLÁSSICO: POSTULADOS FUNDAMENTAIS

1.1 Considerações Iniciais (evolução, rumos atuais, instrumentalidade, acesso à justiça, universalização da jurisdição)

Antes de se adentrar ao estudo dos institutos do Processo Civil, faz-se necessária uma breve anotação acerca de sua evolução, fases e rumos atuais.

Inicialmente, predominava a visão *immanentista* ou *sincretista* do processo. Não havia separação entre direitos material e adjetivo, que eram vistos como indissociáveis. Nesta época, em que predominava o praxismo, os institutos do denominado Direito Judiciário Civil ainda não haviam sido corretamente e adequadamente formados ou compreendidos.

O processo não figurava como ciência autônoma e era considerado como um conjunto de formas para o exercício dos direitos, ou seja, este era confundido com o próprio procedimento.

O direito processual surge como ciência somente na segunda fase metodológica. Foi apenas no final do século XIX, com o início da fase *autonomista*, que o conceito civilista da ação passou a ser questionado, sendo concebida, finalmente, como instituto de direito processual, dirigida ao juiz e não ao adversário, e tendo por objeto a prestação jurisdicional e não o bem litigioso.

Compreendeu-se, com a teoria abstrata do direito de ação, a autonomia de todos os institutos que informam a existência e o modo de ser do processo.

Somente aí se percebeu que a relação jurídica processual é distinta da relação de direito material, pelas partes, objeto e pressupostos de cada uma delas.

Houve um significativo avanço dos estudos dos pilastros do Direito Processual Civil, quais sejam, jurisdição, ação e processo.

Dinamarco (2001, p. 729), a respeito da segunda fase metodológica do Processo civil, pondera que:

Foi nessa segunda fase que os processualistas se aperceberam de que o processo não é um modo de exercício dos direitos, colocado no mesmo plano que os demais modos indicados pelo direito privado, mas caminho para obter uma especial proteção por obra do juiz – a tutela jurisdicional.

Entretanto, insta salientar que tal desenvolvimento do processo e sua autonomia não bastaram por si só. Demorou-se um tempo ainda para perceber-se que a técnica não pode existir como um fim em si mesma, mas que o sistema processual tem objetivos a serem cumpridos nos âmbitos social, econômico e político.

Com isso, chega-se finalmente à fase atual, a *instrumentalista*, que se caracteriza pela consciência da instrumentalidade do processo. É necessário que a ciência processual seja desenvolvida de forma finalística ou teleológica.

O processo, deste modo, passou a ser encarado não apenas como um instrumento meramente jurídico², mas privilegiou-se a obtenção de resultados. O que significa dizer que, além da capacidade de solucionar litígios, busca-se a qualidade dos serviços e dos resultados que o Estado coloca à disposição dos cidadãos, mediante o exercício da jurisdição.

Esta fase reflete a conscientização de que o processo deve oferecer efetiva justiça ao maior número possível de pessoas, com a *universalização da jurisdição*.

Na concepção de Dinamarco (2001, p. 303), para o processualista moderno vale muito mais a substancial ajuda que o sistema possa oferecer às pessoas do que a formal satisfação do direito de ação.

Acerca do assunto, Héctor Fix-Zamudio (*apud* DINAMARCO, 2001, p. 303):

A verdadeira garantia dos direitos da pessoa consiste precisamente em sua proteção processual, para o quê é preciso distinguir entre os direitos do

² O escopo jurídico do processo, que visa dar atuação à lei material, foi deixado em segundo plano, em detrimento de seus escopos sociais e políticos.

homem e as garantias de tais direitos, que outra coisa não são senão meios processuais por obra dos quais é possível a sua realização e eficácia.

Ainda, segundo Cappelletti (1988, p. 31), em 1965, tiveram início as ondas renovatórias, que são: 1. A Assistência Judiciária Gratuita; 2. A representação jurídica para os interesses difusos, e; 3. O enfoque do acesso à justiça (proposta de uma justiça mais acessível e participativa, superação da excessiva burocratização).

Os processualistas modernos encaram o processo pelo ângulo externo, para que se possa aferir a sua utilidade. Cappelletti aponta para a necessidade de analisar o sistema sob a óptica do *consumidor de serviços judiciais* e não apenas sob a visão de seus operadores.

Assim, a preocupação é com a efetividade do processo, que, nas palavras de Chiovenda, deve “dar a quem tem um direito, na medida do que for possível na prática, tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem direito de obter” (*apud* DINAMARCO, 2001, p. 593).

1.2 Jurisdição

As funções do Estado (legislativa, executiva e judicial) decorrem de sua soberania.

Através de sua função legislativa, o Estado estabelece normas de caráter geral e abstrato, objetivando regulamentar situações futuras, que, no entender de Grinover *et al* (2000, p. 38), constituem “verdadeiros tipos, ou modelos de conduta (desejada ou reprovada), acompanhados ordinariamente dos efeitos que seguirão à ocorrência de fatos que se adaptem às previsões”.

Já a função jurisdicional diz respeito à edição de atos que tenham conteúdo concreto, visando a solução de conflitos de interesses surgidos no seio da sociedade, aplicando a lei ao caso *sub judice*, através da declaração do preceito pertinente ao caso concreto (processo de conhecimento) e do desenvolvimento de

medidas para a efetivação desse preceito (processo de execução). Assim, a jurisdição é considerada uma *longa manus* da legislação.

A jurisdição, como poder conferido a todos os órgãos do Poder Judiciário, é uma das funções inerentes à soberania do Estado, que visa a atuação da vontade concreta da lei. Segundo Liebman (*apud* THEODORO JÚNIOR, 2001, p. 30), a jurisdição consiste no “poder que toca ao Estado, entre as suas atividades soberanas, de formular e fazer atuar praticamente a regra jurídica concreta que, por força do direito vigente, disciplina determinada situação jurídica”.

Nesta esteira, Chiovenda (*apud* SOUZA, 2003, p. 51-52), define a jurisdição como:

A função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei, por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la praticamente efetiva.

Na jurisdição, o Estado, através do processo, materializa a norma, substituindo a vontade dos interessados, a fim de dirimir o conflito que os envolve. A jurisdição é, ao mesmo tempo, poder, função e atividade. Grinover ? (2001, p.129), explicam a afirmação retro da seguinte forma:

Como poder, é a manifestação do poder estatal, conceituando como capacidade de decidir imperativamente e impor decisões. Como função, expressa o encargo que têm os órgãos estatais de promover a pacificação de conflitos interindividuais, mediante a realização do direito justo e através do processo. E como atividade ela é o complexo de atos do juiz no processo, exercendo o poder e cumprindo a função que a lei lhe comete.

Convém frisar que a jurisdição, como expressão do poder estatal, é uma e indivisível, não comportando, assim, fragmentação. Ou seja, cada juiz ou tribunal é investido dela plenamente. Além disso, é inerte, e só atua mediante a provocação da parte e nos limites desta provocação (princípio do dispositivo).

1.3 Competência

Sem a pretensão de esgotar o tema, apenas para que se possa compreender o instituto, convém fazer uma breve explanação acerca da competência no processo civil, de um modo geral.

Para que se possa compreender corretamente o instituto da competência, mister que se considere o que vem a ser jurisdição, que é pressuposto lógico daquela.

A jurisdição, como asseverado, é una e indivisível, porém, por razões de ordem prática e a fim de viabilizar o exercício da função jurisdicional, o seu exercício deve ser fracionado, segundo as regras de competência, para que as lides existentes sejam melhor solucionadas.

A competência, portanto, nas palavras de Liebman (*apud*, ALMEIDA NETO, 2002, p.62), “é o poder que tem um órgão do Poder Judiciário, de fazer atuar a função jurisdicional em um caso concreto. É a quantidade de jurisdição atribuída a cada órgão jurisdicional, ou seja, é a medida da jurisdição”.

Desta feita, conclui-se que todo juiz é investido de jurisdição, podendo-lhe faltar apenas competência para analisar o caso levado ao seu conhecimento, dependendo das regras estabelecidas pela lei que disciplina o direito processual aplicável.

A distribuição do exercício da função jurisdicional entre os órgãos judiciários pode ocorrer tendo em vista o interesse público (ou do processo) ou o interesse privado (ou comodidade das partes).

No primeiro caso, a competência será absoluta, não comportando, em princípio, modificações nos critérios estabelecidos. Esta circunstância pode ser argüida em qualquer fase procedimental, e ainda, de ofício pelo juiz. Os atos decisórios praticados por magistrado absolutamente incompetente são nulos, sendo que os demais serão aproveitados pelo juiz competente (artigo 113, § 2º, CPC). Esta competência prevalece na competência de jurisdição (entre Justiças diferentes),

hierárquica (originária ou recursal), competência de juízo (entre varas especializadas) e competência interna (entre juízes do mesmo órgão judiciário).

Já a competência relativa, fixada no interesse das partes, é a referente ao foro e também aquela determinada em razão do valor da causa³. As regras estabelecidas originariamente podem ser modificadas. Assim, a competência relativa é prorrogável, o que significa que um juiz que, a princípio, não era competente para apreciação e julgamento da causa, passa a ser, ou pela vontade da lei (prorrogação legal⁴), ou pela vontade das partes (prorrogação voluntária⁵).

Insta salientar que a prevenção não é elemento para determinar ou modificar a competência. Em virtude da prevenção, apenas permanece a competência de um entre vários juízes competentes. O juiz preventivo é aquele que em primeiro lugar tomou contato com a causa.

Para determinar a competência de determinado órgão, utiliza-se um processo de eliminação gradativa, aplicando-se o princípio da especialidade, isto é, o legislador utiliza uma série de critérios para separar as lides ou grupos de lides. As diversas etapas são as seguintes:

1ª - Define-se a competência internacional. Nos artigos 88 e 89 do Código de Processo Civil estão definidas situações em que o juiz brasileiro é o competente para atuar diante de determinado caso concreto. Se não se enquadrar nas hipóteses referidas nos artigos aludidos acima, tem-se a competência de outra justiça que não a brasileira, isso porque se uma lide não tem elemento de conexão com a justiça brasileira, esta não terá competência para a causa;

2ª - Define-se a competência originária dos Tribunais. Sendo competência da justiça brasileira, é necessário verificar se a competência é originária dos Tribunais Superiores e dos demais Tribunais. No artigo 102, I, da Constituição Federal estão

³ Convém frisar que esta relatividade não atinge os processos dos juizados especiais (artigo 102, CPC).

⁴ A prorrogação legal de competência ocorre nos casos de conexão e continência (artigos 102-104, CPC).

⁵ A prorrogação voluntária, por seu turno, ocorre em caso de eleição de foro ou quando a ação é proposta em foro incompetente, mas o réu não alega esta circunstância pela via da exceção de

elencadas as hipóteses de competência originária do Supremo Tribunal Federal, v.g., processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual; no artigo 105, I, da CF o legislador arrolou a competência originária do Superior Tribunal de Justiça, e, no art. 108, I, a competência dos Tribunais Regionais Federais. Além disso, as Constituições Estaduais indicam as causas originárias dos Tribunais dos Estados. Não se demonstrando ser competência originária dos Tribunais, passa-se a etapa seguinte;

3ª - Define-se a competência das Justiças Especiais. As Justiças Especiais são a trabalhista, a militar e a eleitoral. A competência das Justiças Especiais prevalece sobre a competência geral da Justiça Comum, excluindo-a. A Justiça Militar somente tem competência penal, cabendo-lhe o julgamento dos crimes militares definidos em lei (Decreto-lei nº 1.001/69). À Justiça Eleitoral cabe o julgamento das questões concernentes ao processo eleitoral, do alistamento de eleitores até a diplomação, que é o último ato eleitoral. Por fim, no artigo 114 da Constituição Federal está disposta a competência da Justiça do Trabalho;

4ª - Define-se a competência da Justiça Comum Federal. Não se enquadrando a ação entre as de competência das justiças especiais, a competência é da Justiça Comum, que, por sua vez, pode ser a Federal e a Estadual. Todavia, dentre as justiças comuns, a federal tem um grau maior de especialidade, tendo prevalência sobre a estadual. As hipóteses de competência da Justiça Federal estão previstas no artigo 109 da Constituição Federal, v.g., causas em que a União for parte;

5ª - Define-se a competência da Justiça Comum Estadual. A Justiça Estadual tem competência residual ou negativa, ou seja, não sendo caso de competência da Justiça Federal, será a Justiça Estadual a competente. Sendo competente a Justiça Estadual é necessário verificar a competência de foro, ou territorial, cujos critérios de determinação estão no Código de Processo Civil. Conforme disciplina o art. 94 do CPC, o foro comum é o do domicílio do réu, entretanto, não é adotado se existir algum foro especial, como, v.g., o da situação da coisa (art. 95), o foro da residência da mulher, nas ações de separação judicial (art. 100).

incompetência (artigo 305, CPC). A doutrina se refere a prorrogação voluntária expressa no primeiro

6ª - Define-se a competência pela distribuição. Nos foros em que houver mais de um juízo, a competência é determinada pela distribuição, se no foro todos os juízos tiverem a mesma competência, ou pelos critérios estabelecidos na Lei de Organização Judiciária.

1.4 Legitimidade

A legitimidade é uma das condições da ação e diz respeito às partes. Definir-se a legitimidade *ad causam*, seria individualizar a pessoa, órgão ou entidade titular do direito de ação (legitimidade ativa) e aquele ou aqueles em face de quem este direito é exercido (legitimidade passiva). A legitimidade, portanto, deve estar regularizada tanto no pólo ativo da relação processual, quanto no passivo.

Segundo Buzaid (*apud* GRECO FILHO, 1998, p. 77), a *legitimidade ativa* “é a pertinência subjetiva da ação, isto é, a regularidade do poder de demandar de determinada pessoa sobre determinado objeto”.

A regra insculpida no ordenamento processual civil tradicional é aquela segundo a qual apenas os sujeitos da relação jurídica de direito material levada ao conhecimento do Judiciário é que têm legitimidade para propor a ação (artigo 6º, CPC). Assim, cada um deve defender apenas o direito que lhe pertença, salvo os casos expressamente previstos em lei, alguns deles analisados no decorrer do presente estudo.

Diz-se, destarte, que a legitimidade é *ordinária* quando o direito substancial violado pertencer ao titular da relação jurídica processual.

Excepcionalmente, porém, a lei autoriza que alguém possa demandar em juízo mesmo que não seja o titular do direito substancial discutido. É a legitimação *extraordinária*, denominada por Chiovenda de *substituição processual*. O substituto processual litiga em nome próprio, defendendo direito alheio (que pertence ao substituído).

Impende apontar as distinções entre legitimidade extraordinária e a representação processual e a sucessão processual, disciplinadas nos artigos 41 a 45 do Código de Processo Civil.

Primeiramente, na *representação processual*, o representado demanda por intermédio de outra pessoa, que é o representante. Este, portanto, atua em nome alheio, na defesa de direito alheio. Diversamente ocorre na substituição processual, em que, nada obstante haja a defesa de direito alheio, o substituto atua em nome próprio.

Já na *sucessão*, ocorre a substituição em razão da morte de qualquer das partes, pelo espólio ou sucessores.

Greco Filho (1998, p. 79) distingue a substituição, a representação e a sucessão nos seguintes termos:

Na primeira figura, quem é parte e exerce toda a atividade processual é o substituto, cabendo ao substituído, apenas, suportar os efeitos da demanda; na segunda, a parte é o representado, sofrendo ele também os resultados da ação, sendo que o representante exerce a atividade processual em nome dele; na sucessão, o desaparecimento da parte traz outra no processo para que seja possível o seu prosseguimento.

No tocante à *legitimidade passiva*, o titular do direito material deve ajuizar a ação contra aquele que deve suportar as conseqüências da demanda, tendo em vista a relação de direito material.

Por uma correta interpretação do artigo 3º do Código de processo Civil⁶, conclui-se que, em relação ao réu, ainda que este não seja parte legítima para figurar no pólo passivo da ação, poderá apresentar contestação, mesmo que seja apenas para apontar tal circunstância, requerendo a sua exclusão do feito e a extinção do processo sem julgamento do mérito, por carência do direito de ação (artigo 267, inciso V, CPC).

⁶ “Art. 3º. Para propor ou contestar a ação é preciso ter interesse e legitimidade”.

1.5 A Coisa Julgada no Processo Civil Tradicional

1.5.1 Considerações Gerais e Conceito

A coisa julgada, ao lado da litispendência e, para uma parte da doutrina, também a perempção, é um dos pressupostos processuais negativos⁷, cuja presença obsta o regular desenvolvimento do processo. A constatação, portanto, da existência desses pressupostos impede a análise do mérito da questão.

Nesta etapa do presente estudo, interessa apenas a análise da coisa julgada enquanto pressuposto processual.

Por trata-se de pressuposto processual negativo, a sua existência proíbe a repositura de uma ação já trânsita em julgado, ou seja, impede que seja ajuizada uma ação com os mesmos elementos (partes, causa de pedir e pedido) de outra anteriormente decidida. O seu reconhecimento acarreta a extinção do processo sem o julgamento do mérito (artigo 267, inciso V, do CPC).

O escopo das partes quando ingressam em juízo com uma relação jurídica processual é a solução definitiva da lide, para que haja pacificação dos conflitos sociais e não ocorra, por conseguinte, a perpetuação das demandas.

O juiz cumpre com sua função jurisdicional ao proferir a sentença, que visa solucionar o conflito de interesses levado ao seu conhecimento, mas esta só cumpre com seu papel quando se torna definitiva, ou seja, ao compor a lide, após o trânsito em julgado.

A decisão não produz seus efeitos definitivamente enquanto pendente de recurso, haja vista que pode ser reformada por instância superior. Com isso, o direito

⁷ Vale consignar que pressupostos processuais são requisitos que devem ser preenchidos para que o processo se constitua e desenvolva regularmente, em cada caso. Juntamente com as condições da ação, integram a categoria dos pressupostos de admissibilidade da atividade jurisdicional específica. Segundo Wambier (1999, p. 202), estes pressupostos negativos "se situam fora da relação processual que se esteja analisando, por isso que são também chamados de pressupostos extrínsecos ou exteriores".

abstrato contido na norma se torna lei entre as partes, não sendo passível nem mesmo de alteração legislativa⁸.

Diz-se que a decisão transitou em julgado quando as partes não a impugnarem através do sistema recursal ou não houverem mais recursos a serem interpostos. Após o trânsito em julgado, a decisão não mais estará sujeita a reforma, a não ser na hipótese de ação rescisória⁹, que é a via apta a desconstituir a coisa julgada.

Esta imutabilidade do julgado e de seus efeitos é que se denomina coisa julgada.

Segundo Liebman, cuja teoria acerca da coisa julgada foi adotada pelo CPC para conceituar a coisa julgada, este instituto não pode ser considerado como um efeito da sentença, mas como uma qualidade que se agrega a estes efeitos, que torna imutável o comando dela emergente.

Logo, embora a coisa julgada não seja essencial para o exercício da função jurisdicional, na medida que, em determinados casos, pode ser dispensada, dependendo da conveniência de tornar ou não imutável o julgado, gera segurança jurídica.

O instituto reportado é uma das garantias individuais constitucionalmente asseguradas, elencado no artigo 5º, inciso XXXVI.

1.5.2 Fundamentos políticos

A finalidade precípua do processo é estabelecer a justiça ao caso concreto, compondo a lide e fazendo atuar a lei ao caso *sub judice*. Não se deve descartar, todavia, a possibilidade de injustiças nas decisões proferidas, ou por desconhecimento de fatos, ou erro de direito por parte do julgador. O ordenamento

⁸ “Art. 468. A sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas”.

⁹ Vide item 1.5.6.

jurídico, então, prevê um sistema para prevenir a possibilidade de tais injustiças, que é o sistema recursal.

No entanto, a pretexto de sanar as irregularidades porventura existentes, os recursos não devem ser infundados, sob pena de haver a eternização dos litígios.

O próprio Estado reconhece a necessidade social de não se tolerar a perpetuação dos conflitos de interesses. Assim, em dado momento no processo, a lide deve ser solucionada definitivamente pelo órgão julgador.

Criou-se, então, o fenômeno da coisa julgada, que consiste na imutabilidade da decisão proferida no processo, não mais sujeita a reexame.

É, pois, a necessidade de segurança jurídica que fundamenta a existência da coisa julgada. Por motivos de ordem prática, a sentença se torna imutável.

A coisa julgada, ao contrário do que algumas vezes se tem afirmado, não é da essência da atividade jurisdicional, mas a todas as partes do processo (vencedora e vencida) e também à população em geral, interessa a garantia da estabilidade das relações jurídicas. Gidi (1995, p. 08), a este respeito assevera que “justiça sem estabilidade seria equivalente a nenhuma justiça”.

1.5.3 Fundamentos jurídicos

Diversas teorias se propõem a definir os fundamentos jurídicos da coisa julgada. Apenas a título de ilustração, convém fazer uma breve explanação acerca das teorias existentes, conforme a lição de Moacyr Amaral Santos (1998, p.46-52).

a) – Teoria da presunção da verdade

Concebida na Idade Média, esta teoria parte do pressuposto de que a finalidade do processo é a busca pela verdade. Contudo, como afirmado alhures, as

sentenças não estão a salvo de serem injustas, uma vez que o juiz pode desconhecer ou não apreciar determinados fatos e, mesmo assim, a decisão por ele proferida produzirá coisa julgada.

A circunstância, portanto, de nem sempre reproduzirem a verdade é que leva à conclusão de que a coisa julgada é uma *presunção da verdade*.

Pothier adotou esta teoria, que foi solidificada posteriormente no Código de Napoleão.

b) – Teoria da ficção da verdade

Criada por Savigny, como a anterior, propõe que, como as sentenças injustas (por erro de fato ou de direito) também fazem coisa julgada, tornando-se indiscutíveis às partes e ao magistrado, ocorre uma ficção da verdade.

A verdade que se produz com a sentença é meramente artificial e a ficção é tida como aparência da verdade, na qual reside o fundamento do instituto.

c) – Teoria da força legal da sentença

Elaborada por Pagenstecher, entende que toda sentença é constitutiva, pois até mesmo a meramente declaratória cria direitos.

Após a prolação da sentença o direito anterior não mais se impõe e sim a certeza jurídica, juntamente com um *plus* – o direito novo.

É este *plus*, agregado à sentença por força legal, que a torna constitutiva de direitos, dando-lhe autoridade de coisa julgada. A imutabilidade do ato decisório se assenta neste direito novo, que se junta à certeza jurídica que dela emana.

d) – Teoria da eficácia da declaração

Segundo a presente teoria, a autoridade da coisa julgada se funda na *eficácia da declaração de certeza* contida na sentença. Sentenças são atos que declaram (declaratórias) ou criam direitos (constitutivas)¹⁰. A declaração presente em toda sentença produz a certeza do direito.

Portanto, a autoridade da coisa julgada reside na parte declaratória da sentença.

e) – Teoria da extinção da obrigação jurisdicional

Delineada por Ugo Rocco, esta teoria ensina que os conceitos de sentença e coisa julgada estão ligados à ação e jurisdição.

Como cediço, o ordenamento jurídico assegura aos indivíduos o direito de ação. A este direito, corresponde uma prestação jurisdicional (obrigação do Estado).

A jurisdição é inerte, mas, uma vez provocada pelo direito de ação, cria ao Estado tem a obrigação de se manifestar sobre o caso, compondo o litígio que é levado ao seu conhecimento. Declarará o direito à hipótese em questão.

Desempenhada tal função, o direito de ação é extinto, não sendo mais possível discutir a relação de direito substancial objeto da ação. O interessado, então, não tem mais direito de provocar a jurisdição. A sentença, conseqüentemente, torna-se imutável, pela extinção da obrigação jurisdicional.

f) – Teoria da vontade do Estado

¹⁰ Santos (1998, p. 48) afirma que mesmo as sentenças condenatórias têm natureza constitutiva, porque, além de declarar a certeza nela contida, acrescenta um direito novo, ou seja, uma ordem de prestação de dar, fazer ou não fazer.

Aderida por Chiovenda, parte do pressuposto de que na sentença existe um *comando*, ou seja, uma ordem. Por constituir um raciocínio lógico, a sentença é um ato de inteligência e vontade do magistrado. Neste aspecto, por conseguinte, não existe influência do Estado, de sorte que o parecer emitido será como o de qualquer outro jurista. Este ato, porém, difere dos demais pareceres por conter um comando a que o Estado confere autoridade.

Destarte, a sentença tem força obrigatória pela intervenção da vontade do Estado. Segundo Chiovenda (*apud* SANTOS, 1998, p. 49), a sentença “consiste na afirmação ou negação da vontade do Estado, que garante a alguém um bem da vida”.

Assim, a imutabilidade da sentença também provém do Estado.

g) – Teoria de Carnelutti

Também para o processualista, a autoridade da coisa julgada repousa na circunstância de constituir um ato estatal. A coisa julgada está na imperatividade do comando da sentença que provém do Estado.

Para Chiovenda, a sentença contém a lei, aplicada ao caso concreto. O comando da lei (abstrato e de ordem geral) se concretiza neste ato decisório, cujo comando é autônomo (estes comandos são paralelos), enquanto que, para Carnelutti, o comando da sentença pressupõe o comando existente na lei, mas estes não se identificam necessariamente, uma vez que o comando emergente da sentença é suplementar, e não paralelo, ao da lei.

Interessante apontar que, para as demais teorias, a formação da coisa julgada material pressupõe a da coisa julgada formal, enquanto que, para Carnelutti, os momentos destes fenômenos processuais se invertem, ou seja, a coisa julgada formal pressupõe a material.

h) – Teoria de Liebman

As demais teorias ponderam que a coisa julgada é o principal efeito da sentença. Diversamente, Liebman contempla a coisa julgada como uma *qualidade especial* dos efeitos do ato decisório, consistente na sua imutabilidade como ato processual (coisa julgada formal) e na imutabilidade dos seus efeitos (coisa julgada material).

Afirma que, no tocante à eficácia¹¹, para que a sentença produza os efeitos a ela inerentes, deve estar em conformidade com o direito, caso contrário, será ineficaz.

A sentença, portanto, deve ser justa e válida, o resultado de uma série de atos formais, com a observância de um procedimento estabelecido pela lei, com a tradução da vontade nela contida.

Todos os atos do Estado gozam de presunção relativa de eficácia. Desta forma, a sentença, como ato estatal que é, produz efeitos até o momento em que demonstre a sua invalidade ou injustiça. Os recursos são o meio para a constatação desses vícios, portanto, a sentença não produz efeitos definitivos enquanto suscetível de reforma, produzirá apenas uma eficácia natural.

Enquanto produz apenas a eficácia natural, a sentença ainda está sujeita à reforma. Com a preclusão de todos os recursos, esta se torna imutável, formando-se, então, a coisa julgada, que é uma qualidade especial *que reforça a eficácia da sentença*.

A coisa julgada formal ocorre com a preclusão de todos os recursos, com a conseqüente imutabilidade da sentença. De outra banda, a coisa julgada material consiste na imutabilidade dos efeitos da sentença.

Este fenômeno processual está fundado na necessidade social de evitar a perpetuação dos litígios. Assim, a partir de certo momento, a sentença se torna

¹¹ Cumpre esclarecer que eficácia significa aptidão para produzir efeitos.

imutável, não mais admitindo-se o seu reexame dentro ou fora do processo em que foi proferida, pelo mesmo ou outro juiz ou tribunal.

O Código de Processo Civil vigente, de 1973, adotou a teoria de Liebman para justificar a coisa julgada. É o que preceitua o artigo 467 do referido diploma legal, *in verbis*: “Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”.

1.5.4 Coisa julgada formal e material

Adiantou-se acima que a coisa julgada é classificada em formal e material.

A *coisa julgada formal* está diretamente ligada ao fim do processo. É a chamada *preclusão máxima*. Este fenômeno processual se implementa quando a sentença não mais se sujeita a recurso algum, seja porque a parte deixou transcorrer *in albis* o prazo que lhe competia para interpor o recurso, seja porque esgotadas todas as vias recursais. A decisão se tornará indiscutível no processo em que foi proferida, uma vez que este se findou.

Carvalho Filho (2001, p. 402) afirma que a coisa julgada formal “*indica a entrega da prestação jurisdicional pelo Estado*”. Com isso, a sentença se torna imutável dentro do processo. Constitui condição da coisa julgada material.

Segundo Santos (1998, p. 43), a coisa julgada formal “*consiste no fenômeno da imutabilidade da sentença pela preclusão do prazo para recursos*”.

A sentença, por conseguinte, não poderá ser reformada através de recursos. Ou seja, torna-se imutável dentro do mesmo processo em que foi proferida. É, portanto, um fenômeno *endoprocessual*.

A *coisa julgada material*, por seu turno, é a mesma imutabilidade dos efeitos da decisão, que não mais está sujeita a recurso algum, mas aqui, estes efeitos se projetam também para fora do processo, impedindo que a sentença seja examinada posteriormente, em uma relação processual autônoma, por qualquer juiz ou tribunal.

A decisão, destarte, ultrapassa os limites do processo. É um fenômeno *extraprocessual*.

Em decorrência do comando que dela emerge, a sentença se torna lei entre as partes às quais é proferida, não sendo suscetível nem mesmo de reforma pelas vias legislativas (conforme artigo 468 do CPC).

Segundo o CPC, a coisa julgada material é a “eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário” (artigo 467).

Tem-se que os dois fenômenos acima se formam no mesmo momento, todavia a formação da coisa julgada material depende do conteúdo da decisão proferida. Assim, todas as decisões, em algum momento, estarão sujeitas à coisa julgada formal, mas nem todas contarão com a material.

Souza (2003, p. 212), distingue as coisas julgadas material e formal da seguinte forma:

Dos conceitos traçados, temos que a distinção básica entre as coisas julgadas formal e material diz respeito aos respectivos alcances: enquanto a primeira torna imutável a sentença dentro da mesma ação (possuindo, assim, efeitos endoprocessuais), a segunda estende a imutabilidade a qualquer outro feito (tendo, pois, repercussões extraprocessuais).

É importante frisar que apenas as sentenças que enfrentam o mérito da causa, ou seja, as que resolvem a lide de forma peremptória, é que são acobertadas pela coisa julgada material (artigo 269, CPC). São as chamadas sentenças *definitivas*.

As sentenças *terminativas* (que não se manifestam a respeito do mérito), por sua vez, formam apenas a coisa julgada formal, ainda que transitem em julgado, sendo lícito às partes rediscutirem a questão em outro processo, desde que

implementada a condição que determinou a sua extinção sem o julgamento do mérito¹².

Também não fazem coisa julgada material as decisões interlocutórias (artigo 162, § 2º, CPC), os despachos de mero expediente (artigo 162, § 3º, CPC) e as sentenças proferidas em processos de jurisdição voluntária ou cautelares.

1.5.5 Limites objetivos e subjetivos

A sentença é um ato de inteligência e vontade do julgador, dividida em três partes distintas: o relatório, a fundamentação (na qual o juiz resolve as questões pendentes, importantes para a causa) e o dispositivo. Os *limites objetivos* da coisa julgada, então, estabelecem quais dessas partes da sentença serão atingidas pela imutabilidade da decisão.

De acordo com o artigo 469 do CPC, não fazem coisa julgada os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance do dispositivo da sentença, a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença e a apreciação de questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo.

Estão excluídos, destarte, da imutabilidade, os motivos da decisão, ou seja, a solução para as questões enfrentadas para a definição da causa. Assim, a autoridade da coisa julgada recai apenas sobre a parte decisória da sentença.

É na conclusão que se encontra a resposta do Poder Judiciário à pretensão almejada pela parte.

Desta forma, as razões que levaram o juiz a decidir, ainda que determinantes, não são atingidas pela imutabilidade do comando, de sorte que estes motivos apenas poderão valer como elemento para auxiliar a correta interpretação da decisão.

¹² Dentre as hipóteses elencadas no artigo 267 do Código de Processo Civil, que dão causa à extinção do processo sem julgamento de mérito, apenas no caso do inciso V é que a ação não poderá ser reproposta, pois o vício nunca poderá ser sanado.

Entretanto, a solução da questão prejudicial poderá ser acobertada pela eficácia da sentença se a parte assim o requerer e ainda, se o juiz tiver competência em razão da matéria e se a questão constituir pressuposto necessário para o julgamento da lide¹³. É a *ação declaratória incidental*.

De outra banda, os *limites subjetivos* da coisa julgada dizem respeito às partes que serão alcançadas pela imutabilidade da decisão.

No processo civil tradicional, os conflitos são intersubjetivos, com a perfeita individualização das partes. Nesta esteira, reza o artigo 472 do CPC, que “a sentença faz coisa julgada às partes as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros (...)”.

Em virtude de ser o conflito de interesses solucionado por sentença que enfrenta o mérito da causa, os efeitos dessa decisão, em princípio, devem alcançar apenas as partes litigantes. Todavia, apesar do princípio insculpido na norma em comento, (*res inter alios iudicata aliis non praeiudicare*), herança do direito romano, não se pode ignorar que as relações do cotidiano são interligadas.

Desta forma, dizer que os efeitos da coisa julgada não atingem terceiros, não significa que a sentença não produza qualquer efeito em relação a estes. O que ocorre é que aquele que não foi parte na relação jurídica processual somente terá prejuízos *de fato* e não *jurídicos*. Em verdade, então, a sentença atinge as partes e terceiros, mas somente àqueles se torna imutável.

Para exemplificar a explanação feita, podemos citar a hipótese de um contrato de compra e venda, em que *A* comprou de *B* um automóvel, comprometendo-se a pagar a quantia devida em determinado prazo. Ocorre que o devedor, *A*, foi citado em ação de reparação de danos, sendo condenado a pagar certo valor. Em razão da condenação, está insolvente não podendo mais adimplir sua obrigação junto a *B*. Observa-se, nesta hipótese, que o credor, *B*, ainda que não tenha participado da relação processual, foi atingido, indiretamente pelos efeitos da sentença, porém seu prejuízo é meramente de fato, não podendo se insurgir contra a sentença.

¹³ Conforme artigo 470, CPC.

1.5.6 Rescisão da coisa julgada

Tem-se a justiça e a certeza como dois grandes valores dos sistemas jurídicos de todo o mundo. O primeiro deles pode ser buscado dentro do processo, através da aplicação do direito ao fato *sub judice*, desde que este seja demonstrado como verdadeiro. Ou seja, a justiça equivale à verdade, que, sendo perquirida dentro do processo, com a produção de provas, sistema recursal, torna a decisão nele pronunciada a mais justa possível.

Por outro lado, a certeza se apresenta com a definitividade da decisão, ou melhor, com a coisa julgada, que torna a matéria certa e definitiva.

Consoante demonstrado no decorrer do presente estudo, a decisão, ainda que busque alcançar a justiça, nem sempre traduz a verdade dos fatos, que pode estar fora da relação jurídica processual.

No entanto, considerando que o processo deve ter um fim (trânsito em julgado) e que aqueles encerrados por meio de uma decisão definitiva são acobertados pela garantia da coisa julgada material, constatando-se posteriormente que a decisão outrora proferida foi injusta, ou que, em outras palavras, não aplicou o *direito* ao caso concreto, mister que seja disponibilizado um sistema para rescisão da coisa julgada e que seja lavrada outra decisão, que substitua a anterior.

A ação apta para discutir tal questão no Processo Civil é a rescisória, disciplinada nos artigos 485 e seguintes do CPC. Desta feita, abre-se mão da segurança jurídica (definitividade) almejando a obtenção de justiça. Ou seja, no conflito entre os valores “definitividade *versus* justiça”, pela aplicação do princípio da proporcionalidade, este último é que prevalece. Excepcionalmente, destarte, à vista de requisitos e pressupostos próprios, desconsidera-se a coisa julgada, para que a verdade seja alcançada.

As hipóteses de cabimento são aquelas elencadas, taxativamente, nos incisos do artigo 485, que estabelece que a *sentença definitiva, trântita em julgado*, pode ser

rescindida quando, se verificar que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção do juiz; proferida por magistrado impedido ou absolutamente incompetente; resultar de dolo da parte vencedora em prejuízo da parte vencida, ou de colusão entre as partes, com o intuito de fraudar a lei; ofender a coisa julgada; violar literal disposição de lei; se fundar em prova, cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou seja provada na própria ação rescisória; depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável; houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença; fundada em erro de fato, resultante de atos ou documentos da causa.

Logo, o objeto destas ações é uma sentença de mérito, definitiva, pois devem estar acobertadas pela coisa julgada material e terão dois juízos distintos, o *rescindente* (que visa a desconstituição da coisa julgada) e o *rescisório*¹⁴ (cujo escopo é a prolação de uma nova decisão, em substituição à anterior), segundo o artigo 494 do CPC.

Entretanto, a lei processual estipula um prazo máximo, decadencial, de *dois anos* para o ajuizamento desta ação (artigo 495 do CPC), após este lapso temporal não mais caberá discussão acerca da questão objeto do processo, que se encontrará sob o manto da *coisa soberanamente julgada*.

¹⁴ Saliente-se que, na hipótese do inciso IV do artigo 485, que se refere à ofensa à coisa julgada, não haverá juízo rescisório, pois uma nova decisão também ofenderia a coisa julgada. Neste caso, o objeto da ação é apenas desconstituir o julgamento anterior, uma vez que a causa já havia sido julgada.

PARTE II – A COISA JULGADA NO PROCESSO CIVIL COLETIVO

2. O PROCESSO CIVIL COLETIVO

2.1 Considerações Gerais

O Código de Processo Civil, conforme mencionado por diversas vezes, foi elaborado para a defesa de direitos meramente individuais. É o que se observa do artigo 6º, que confere legitimidade ordinária para propositura de ação apenas ao titular do direito substancial. Deste modo, alguns de seus institutos não são adequados à tutela dos interesses coletivos em sentido amplo, haja vista que o sistema é voltado ao individualismo, com a tutela de relações intersubjetivas.

Com o surgimento dos novos direitos, de cunho metaindividual, reconheceu-se a insuficiência dos institutos até então criados para uma tutela efetiva destes interesses. Assim, com a vinda ao mundo jurídico de instrumentos para o acesso coletivo à jurisdição, implementou-se o *Processo Coletivo*, para a satisfação das necessidades existentes, com inúmeras peculiaridades, a exemplo da legitimidade ativa e dos efeitos da coisa julgada, mas também com a aplicação de dispositivos referentes aos litígios individuais, desde que compatíveis com ele.

Desta feita, vale consignar que, ainda que existam uma série de diplomas legais que visam disciplinar o procedimento do processo coletivo, não é correto inferir que este sistema processual seja absolutamente independente das normas previstas no CPC.

Souza (2003, p. 44), compartilha deste entendimento ao aduzir que:

Certo é que mesmo a somatória dos textos legais citados não nos permite concluir pela existência de um sistema processual que nutra absoluta independência em relação às regras de tutela intersubjetiva previstas no Código de Processo Civil.

O sistema das ações coletivas, por exemplo, formado pelo CDC e pela LACP, não disciplina o conjunto de todos os institutos essenciais ao desenvolvimento do processo, devendo ser aplicadas subsidiariamente as regras do CPC, sendo aplicáveis inúmeros princípios gerais vigentes no sistema processual civil individual às ações que tutelam interesses que não são meramente individuais.

Acerca deste assunto, Souza (2003, p. 44), conclui que o sistema da ação civil pública não inviabiliza que se reconheça uma Teoria Geral do Processo; todavia, à tutela dos interesses metaindividuais, que não comportam fragmentação, algumas alterações devem ser impostas.

O ordenamento jurídico pátrio prevê inúmeros instrumentos processuais para a satisfação dos direitos metaindividuais, a exemplo da ação popular, ação civil pública (ou ação coletiva), o mandado de segurança coletivo, a arguição de inconstitucionalidade, o mandado de injunção em modo coletivo.

O presente trabalho se ocupará apenas da análise das ações coletivas, previstas, reciprocamente, na Lei da Ação Civil Pública e no Código de Defesa do Consumidor.

2.2 Evolução

A gênese da tutela judicial dos interesses coletivos no ordenamento jurídico pátrio ocorreu com a instituição da Ação Popular, sendo a Constituição de 1934 o primeiro texto constitucional a prever expressamente o remédio.

Anteriormente a esse diploma, não havia nenhum instrumento processual destinado à implementação do processo coletivo e à tutela dos respectivos interesses. O que havia eram apenas alguns procedimentos estabelecidos pelo legislador ordinário, que previam a tutela de qualquer espécie de interesse público.

O remédio, então, foi erigido à garantia constitucional, insculpido no inciso XXXVIII do artigo 113 da Carta Magna de 1934. O instrumento foi conferido a

qualquer cidadão, com a finalidade de buscar a nulidade ou anulação de atos lesivos ao patrimônio da União, Estados ou Municípios.

Foi suprimido do ordenamento jurídico em 1937, com a Constituição do Estado Novo, passando a integrar novamente as garantias individuais dos cidadãos em 1946, com a nova ordem constitucional (artigo 141, inciso XXXVIII).

No ano de 1965 foi editada a Lei n.º 4.717, ainda hoje vigente, que regulamentou o exercício da Ação Popular.

Era este o meio estabelecido para a defesa dos interesses coletivos no ordenamento jurídico brasileiro até a implementação do sistema processual coletivo, com a edição de novas leis que abordaram a questão.

A Lei n.º 6.938/81 (Lei de Política Nacional do Meio Ambiente) conferiu, pioneiramente, legitimidade ao Ministério Público para a propositura de ação que versasse sobre direitos metaindividuais, para a propositura de ações de responsabilidade civil pelos danos causados ao meio ambiente¹⁵.

A Lei Complementar n.º 40/81, referiu-se ao termo *ação civil pública* para distingui-la da ação penal pública, movida pelo Ministério Público.

Em 1985 foi editada a Lei n.º 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública), cujo escopo era disciplinar processualmente a ação civil pública. Todavia, o Presidente da República pretendeu restringir o seu alcance, conferindo à lei um rol exaustivo de direitos metaindividuais a serem tutelados, na medida em que vetou a cláusula genérica do artigo 1º, prevista no inciso IV, retirando a expressão “*a qualquer interesse difuso*”. No entanto, a ação regulada na lei em epígrafe passou a ser largamente utilizada na tutela do meio ambiente, patrimônio cultural e consumidor (objetos elencados no rol exaustivo).

A Constituição Federal de 1988 manteve a Ação Popular (artigo 5º, inciso LXXIII), ampliando o seu objeto e fundamentos. Ainda, tratou expressamente da ação civil pública, elencando o seu ajuizamento como uma das funções institucionais

¹⁵ Artigo 14, § 1º da mencionada Lei.

do Ministério Público (artigo 129, inciso III) e assegurou uma série de direitos de caráter metaindividual, a exemplo do meio ambiente (artigo 225).

Mesmo após a promulgação da Carta Constitucional, entendia-se que apenas ao Ministério Público cabia o ajuizamento de ações civis públicas para a defesa de quaisquer interesses difusos ou coletivos.

Todavia, o instituto continuou a evoluir, sendo editadas várias leis a respeito deste assunto, a exemplo da Lei n.º 7.853/89, que trata das pessoas portadoras de deficiência, a Lei n.º 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), a Lei n.º 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) e a Lei n.º 8.492/92 (Lei de Improbidade Administrativa).

2.3 Importância

Para que se possa imaginar a importância que o processo coletivo e, conseqüentemente, as ações coletivas, assumiram nos sistemas processuais de todo o mundo, convém fazer um breve relato acerca da evolução dos direitos fundamentais do homem.

Na Antigüidade, somente o Estado era detentor de direitos, cuja vontade, manifestada através do soberano, era ilimitada, absoluta e inquestionável, enquanto aos súditos eram reconhecidos apenas deveres. Este poder absoluto foi mitigado, dentre outros fenômenos, com o surgimento da burguesia, a Reforma Protestante e as Revoluções Francesa e Americana.

As primeiras declarações de direitos fundamentais do homem ocorreram com as Constituições Francesa e Americana, que enunciaram as três gerações de direitos de liberdade, igualdade e fraternidade.

Os direitos de primeira geração (os *direitos de liberdade*) são fruto do rompimento com o absolutismo, impondo limites aos poderes de atuação do Estado, que deveria intervir o mínimo possível nas relações individuais (*laissez-faire laissez-*

passer), o que era plenamente justificável em virtude dos antecedentes históricos. Positivou-se os direitos do cidadão, individualmente considerados. São os direitos negativos ou de defesa e albergam os direitos civis e políticos.

O declínio do modelo de organização social (rural e centrado no feudalismo), provocado pelo crescimento do comércio, liberdade ilimitada, capitalismo exploratório, provocou uma evolução nas relações sociais. O período que se seguiu foi de exploração do trabalho, o surgimento de movimentos de cunho ideológico, a exemplo do socialista.

Percebeu-se que a intervenção do Estado, mediante uma conduta positiva, fazia-se necessária para que direitos individuais dos cidadãos fossem efetivados. Este, por conseguinte, foi pressionado a intervir novamente, mas desta vez para realizar a justiça social.

A segunda geração de direitos, portanto, diz respeito aos *direitos sociais*, mas também individuais e de oposição em face do Estado. O papel do Estado mudou e agora deve garantir a todos o direito de participar do *bem estar social*. São direitos de prestações estatais (trabalho, assistência social, saúde, educação) e só foram maciçamente consagrados nas Constituições após Segunda Guerra Mundial.

Por derradeiro, a terceira geração de direitos são os *direitos de fraternidade* ou de *solidariedade* e dizem respeito aos direitos de grupos (famílias, povos, nações), cuja titularidade é coletiva ou difusa (direito à paz, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, à qualidade de vida).

No Brasil, estes já têm *status* constitucional, uma vez que foram previstos pelo artigo 129, inciso III, da Carta de 1988.

Assim, com as transformações que emergiram na sociedade contemporânea, além do desenvolvimento, houve uma explosão demográfica, migração para a zona urbana, produção e consumo em massa. Estas transformações levaram à necessidade de implantação de um sistema processual coletivo, que atendesse às peculiaridades desses interesses, haja vista que o sistema processual até então existente, que sempre se preocupou em tutelar os interesses meramente individuais, deixavam indefesos os direitos desta última geração.

Além disso, como anteriormente citado¹⁶, com o movimento de acesso à justiça, iniciou-se uma preocupação com a efetividade do processo. Com a fase metodológica atual do Processo Civil, este é encarado como um instrumento posto à disposição do direito material, deve, portanto, ser efetivo.

O instrumento deve ser apto a tutelar o direito material e, como asseverado, o processo individual não atende às peculiaridades dos interesse coletivos.

Não basta que o direito material seja conferido pelo ordenamento jurídico se não forem disponibilizados para sua tutela mecanismos que possibilitem o seu efetivo exercício. Assim, o processo coletivo é instrumento de defesa dos direitos coletivos em sentido amplo.

Vislumbra-se, portanto, um rompimento com o ideal individualista, vigente por tanto tempo, pois reconheceu-se que a tutela individual, apenas, é insuficiente para amparar todos os direitos existentes (superação do individualismo).

¹⁶ Item 1.1.

3. AS AÇÕES COLETIVAS

3.1 Conceito de Ação Coletiva e Ação Civil Pública

Antes de se conceituar o que vem a ser uma *ação coletiva* ou *ação civil pública*, faz-se necessária uma definição em torno do próprio termo *ação* que, em um primeiro momento, vem a ser o direito conferido aos indivíduos de exigir do Estado a prestação jurisdicional.

Este termo também é utilizado para indicar o tipo de demanda formulada (ações de conhecimento, cautelar, de execução). Em última análise, a palavra é empregada à denominação de certos procedimentos, a exemplo da ação civil pública, ações possessórias, ação popular, dentre outras.

No que tange às ações coletivas ou ações civis públicas, considera-se o último aspecto, uma vez que são procedimentos específicos.

O termo *ação civil pública* foi empregado pela primeira vez pelo artigo 3º, inciso III, da Lei Complementar n.º 40, de 13 de dezembro de 1981 (a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), hoje revogada e substituída pela Lei n.º 8.625 de 12 de fevereiro de 1993, e foi utilizado para distinguir as ações civis que poderiam ser movidas pelo Ministério Público das ações penais públicas.

Impende consignar que o termo *ação civil pública* é criticado pela doutrina, por conter impropriedades técnicas.

Em virtude da expressão não se destinar a nomear uma ação que visa tutelar interesse metaindividuais, o termo utilizado não tem serventia à conceituação do instituto. Primeiramente, sustenta-se que deve-se evitar a adjetivação de ações (técnica não mais utilizada pela ciência processual moderna, para lembrar a autonomia do instituto) e, em segundo lugar, ainda que esta adjetivação fosse conveniente, não há razões para que seja denominada *ação civil pública*, uma vez

que o Ministério Público pode propor outras ações civis que não estas e não é o único legitimado a ajuizá-las, já que a lei confere legitimidade a órgãos e entidades do Poder Público e também particulares.

Assim é que alguns autores entendem que o *nomen iuris*, conferido pela Lei Complementar n.º 40/81 e aderido pela Lei n.º 7.347/85, é impróprio, de modo que, toda ação civil, como instituto processual, é pública, uma vez que é dirigida contra o Estado, representado pelo Poder Judiciário, e visa restabelecer a ordem jurídica. O que pode ser privado é o interesse material discutido, não sendo o fato do Ministério Público ser legitimado que lhe confere esta natureza, sem contar a circunstância de que o objeto da ação é a tutela de um interesse metaindividual e não de um interesse público, tradicionalmente compreendido.

Todavia, outros explicam que a ação é pública por se contrapor às ações individuais, já que pode ser intentada por órgão do Estado, como é o caso do *Parquet*.

Observa-se, no entanto, que a razão para esta denominação foi eminentemente histórica. O termo foi copiado da Lei Complementar n.º 40/81, que desconhecia a tutela de interesses metaindividuais. Portanto, não há razão técnica ou jurídica para que seja denominada ação civil pública, mas histórica.

Chega-se a dizer que, se a ação for proposta pelo Ministério Público, será ação civil pública, já se for proposta por qualquer outro co-legitimado, será denominada ação coletiva.

Por oportuno, insta lembrar que o sistema estabelecido entre as ações civis públicas da LACP e as ações em defesa de interesses coletivos do CDC é interativo. Ou seja, com a edição do reportado Código, implantou-se um sistema de complementaridade entre os diplomas legais aludidos, com a inserção do artigo 21 à LACP, determinada pelo artigo 117 do CDC, que estabeleceu que as disposições processuais deste estatuto se aplicam àquele.

Assim, tendo em vista as considerações tecidas e que há uma integração entre a Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor, conclui-se que, na verdade, ação civil pública e ação coletiva querem dizer o mesmo, embora o

termo mais apropriado seja ação coletiva, que, ao menos, indica o interesse tutelado por tais ações. A embasar este entendimento, Vigliar (2001, p.89), aduz que “não é pelo adjetivo que se acrescente a este ou aquele instituto jurídico que sua essência, sua natureza jurídica, se modificará”.

Segundo Barbosa Moreira (*apud* GIDI, 1995, p. 15), a idéia fundamental das ações coletivas é que o litígio pode ser levado a juízo por uma única pessoa, em razão da legitimação extraordinária dos co-legitimados.

Watanabe (*apud* GIDI, 1995, p. 16) considera que o traço marcante das ações coletivas, além da legitimidade extraordinária, consiste na “causa de pedir invocada e do tipo e abrangência do provimento jurisdicional postulado, e ainda da relação de adequação entre esses elementos objetivos da ação e a legitimação ad causam passiva”.

Gidi (1995, p.16), a seu turno, pondera que:

Ação coletiva é a ação proposta por um legitimado autônomo (legitimidade), em defesa de um direito coletivamente considerado (objeto), cuja imutabilidade do comando da sentença atingirá uma comunidade ou coletividade (coisa julgada).

Desta forma, tais ações não se prestam a socorrer direitos individuais, que deverão ser pleiteados por seus titulares por meio das vias ordinárias.

3.2 Importância das Ações Coletivas

Conforme já se frisou, cabe ao Estado, através da função jurisdicional, resolver os conflitos pendentes na sociedade. Sabe-se que, cada vez mais, torna-se difícil o desempenho desta função, em razão, principalmente, da quantidade de processos, que sobrecarrega o Poder Judiciário, sem contar a falta de recursos, tanto materiais quanto humanos, disponíveis para este exercício, que equivale à piora da prestação jurisdicional, tornando a Justiça lenta e ainda de má qualidade.

A preocupação com o acesso à justiça revela a necessidade de que os processos sejam menos formalistas, mais simples, céleres e eficazes e demanda modificações, para que seja efetiva, e não formal, a solução dos litígios mediante o devido processo legal.

Assim, as ações coletivas representam grande avanço do sistema processual coletivo, na medida em que tutelam a nova categoria de direitos, os metaindividuais, surgidos da massificação e globalização das relações humanas e também comerciais.

Insta consignar que, freqüentemente, os danos causados pelas lesões aos interesses mencionados, individualmente considerados, sob o aspecto econômico, são ínfimos, fator que desestimula o manejo de ações individuais. Esta circunstância, não fosse a possibilidade de ajuizamento das ações coletivas, acabaria por beneficiar os causadores de tais danos, como é o caso, por exemplo, de fabricantes de produtos que apresentem defeito de pequena monta econômica, também os entes públicos, na cobrança de algum tributo indevido, mas de valor reduzido.

Assim, o custo da ação individual ultrapassaria, e muito, os benefícios que por ventura pudesse trazer. De outra banda, pela via coletiva, o valor patrimonial da causa passa a ser relevante e, não raras vezes, exorbitante, o que viabiliza a propositura da ação.

Estas ações, destarte, privilegiam o princípio da economia processual, que rege igualmente todo o Processo Civil e preceitua a obtenção do máximo do processo, com o mínimo dispêndio de tempo e atividade consentânea com a satisfação das partes e das regras procedimentais que informam o processo.

Mendes (2002, p. 32), ainda menciona o problema da falta de formação e informação jurídica, que, por meio das ações em epígrafe, estará superado ou atenuado, já que “o direito das pessoas menos esclarecidas juridicamente não ficará relegado ao abandono, porque poderá ser defendido por terceiro, legitimado extraordinariamente para a tutela transindividual”.

Não se pode descartar, ademais, o desequilíbrio entre as partes, uma vez que o causador do dano tende a dispor de mais recursos que as vítimas do evento.

Destarte, com a legitimação conferida pela lei ao *Parquet*, órgãos e entidades públicas e também privadas, possibilita o equilíbrio substancial, e não meramente formal, entre as partes no processo.

As demandas coletivas, então, permitem uma solução molecularizada dos litígios, em consonância com o princípio da economia processual, na medida que proporciona a solução de um litígio essencialmente ou acidentalmente coletivo em uma única demanda.

Isto é corolário lógico destes interesses, que exigem solução idêntica para todos aqueles que se encontram na mesma situação, impossibilitando decisões contraditórias acerca do mesmo objeto, em respeito ao princípio constitucional da isonomia.

3.3 Das Diversas Categorias de Interesses

Interesse, de um modo geral, vem a ser a necessidade de um indivíduo em relação a um certo valor ou bem da vida (interesse de fato). Por sua vez, segundo Vigliar (1998, p. 05), o que qualifica o interesse como jurídico é a sua disciplina pelo direito positivo, que define e delimita a relação entre o indivíduo e o bem da vida ou valor, que necessite.

A diferença básica entre os interesses meramente de fato e os jurídicos está pautada na faculdade de oposição destes aos outros indivíduos, pois tem a lei como fonte, ao passo que aos primeiros, não é conferida tal possibilidade ao seu detentor, pois têm origem na mera vontade do indivíduo, sem amparo legal.

3.3.1 Interesse público e interesse privado

Desde o direito romano, os interesses são divididos em públicos e privados. Os primeiros, segundo a doutrina, são aqueles cuja titularidade cabe ao Estado e

regem as relações entre este e os particulares, consistindo, segundo Mazzilli (2002, p. 41) “na contraposição do interesse do Estado ao interesse do indivíduo”.

Têm como traços característicos a superioridade em relação aos interesses privados e a sua indisponibilidade. Estão voltados à consecução dos fins gerais dos entes de direito público interno e das respectivas autarquias e fundações públicas.

O interesse privado, por sua vez, é aquele exercido entre os indivíduos em seu inter-relacionamento, regulamentado pelo regime jurídico de direito privado. Prade (*apud* VIGLIAR, 1998, p. 13), conceitua este interesse como “aquele submetido ao regime jurídico do direito privado. Caracteriza-se, principalmente, por sua disponibilidade e pela equivalência com interesses privados (princípio da autonomia da vontade e da igualdade das partes na relação jurídica)”.

3.3.2 Interesse público primário e secundário

Considerando que o interesse do Estado ou dos governantes nem sempre coincide com o bem geral da coletividade, distinguiu-se o interesse público primário (do bem geral), do interesse público secundário (modo pelo qual os órgãos da Administração encaram o interesse público).

Tal distinção se faz necessária pois o interesse público pode pertencer ora à coletividade, ora ao Estado, enquanto administrador, e, eventualmente, podem ser conflitantes, principalmente em se tratando de matérias de políticas públicas.

O interesse público primário é aquele pertencente a todos os membros da sociedade ou coletividade. É o interesse geral, social, a exemplo do direito à educação, saúde, etc.

Interesse público secundário, por outro lado, é inerente à Administração Pública, ou seja, às pessoas jurídicas de direito público que integram a administração direta ou indireta do Estado.

Vigliar (2001, p. 66), acentua que:

Interesse público secundário então é o interesse público do ponto de vista da Administração, ou seja, como os órgãos da estrutura estatal vêem o interesse público. Nem sempre, nunca é demais afirmar, o interesse da Administração coincide com o efetivo interesse da comunidade, quer pela indisponibilidade dos interesses públicos, que não raro se contrapõem ao interesse geral, quer pelas próprias prioridades que cada administrador, segundo seus planos e metas políticas, busca imprimir nas ações do Estado.

Por fim, insta salientar que, em decorrência da conflituosidade dos interesses público primário e secundário, havendo um conflito que envolva ambos, caberá ao Poder Judiciário, ao analisar as circunstâncias do caso concreto, decidir qual deles prevalecerá, embora haja entendimentos no sentido de que deve prevalecer o interesse público primário, pois goza de supremacia em relação ao interesse público secundário.

3.3.3 Interesses metaindividuais

Modernamente e principalmente após o surgimento da terceira geração de direitos (direitos de fraternidade), tem-se concebido que a dicotomia tradicional entre interesse público e privado, além de falha, é insuficiente, devendo, portanto, ser repensada.

Isso ocorreu em virtude da expressão *interesse público* ter assumido aspecto mais amplo, uma vez que, como afirmado, não significa tão somente o interesse do Estado, mas passou a abranger também os interesses sociais, indisponíveis do indivíduo.

Compreendeu-se que esses direitos, cujos titulares são a coletividade, não se ajustavam às categorias existentes, ao passo que, tradicionalmente, apenas eram considerados como interesses jurídicos, os interesses público e privado, marginalizando do acesso à justiça os novos interesses. Assim, a nova geração de direitos constitui uma terceira categoria de interesses, situando-se na zona intermediária entre os interesses público e privado.

Verifica-se que estes interesses não são propriamente estatais, nem meramente individuais, o que constitui um rompimento com o clássico conceito de direito subjetivo do Século XIX.

Não é possível, portanto, classificá-los como um interesse privado, haja vista que não pertencem a uma pessoa ou pessoas individualizadas, são indisponíveis e, de outro modo, também não se enquadram ao conceito de interesse público tradicional.

Destarte, os direitos que integram essa nova categoria de interesses são definidos como aqueles que, malgrado não sejam propriamente interesses estatais, são compartilhados por grupos, classes ou categorias de pessoas. Estes excedem o âmbito estritamente individual, mas não chegam a constituir interesse público¹⁷, embora destes se aproximem, mas sob outro enfoque.

Esta categoria não deve ser vista como uma mera somatória de direitos individuais, mas como uma categoria autônoma do direito subjetivo. Na concepção de Leonel (2002, p. 96), a formação desses interesses “decorre necessariamente da evolução dos fenômenos sociais da denominada ‘sociedade de massas’”.

Quanto aos titulares, o fato destes não pertencerem a uma pessoa ou pessoas determinadas, mas a uma comunidade sem personalidade jurídica, não faz com que não existam ou que sejam indeterminados, mas, pelo contrário, o titular será a classe ou comunidade lesada pelo dano ao interesse.

Processualmente, o que os caracteriza é a possibilidade conferida pelo ordenamento jurídico de que o seu acesso individual à justiça seja substituído por um processo coletivo.

Na lição de Barbosa Moreira (*apud* VIGLIAR, 2001, p. 68), basicamente, assumem duas formas, os *essencialmente coletivos* (indivisíveis), cuja defesa, no caso concreto, somente pode ser coletiva, e os *acidentalmente coletivos* (divisíveis),

¹⁷ Alguns autores, como Mauro Cappelletti (*apud* MAZZILLI, 2002, p. 44), afirmam que estes interesses se aproximam do conceito de interesse público primário, uma vez que têm conotação pública ou social.

nos quais, não obstante haja a possibilidade de defesa individual, a eles é conferida uma defesa coletiva (são individuais em sua essência).

São divididos em interesses *difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos*.

a). Interesses Difusos

Nada obstante tenha a LACP estabelecido que seu objeto, genericamente, seja a tutela dos interesses difusos e coletivos, esta lei não se preocupou em distingui-los, o que foi feito apenas pelo CDC, em 1990, que tratou da matéria nos incisos do parágrafo único do artigo 81, consagrando em lei os ensinamentos doutrinários existentes.

Desta feita, segundo o inciso I do reportado dispositivo, interesses difusos são aqueles, “de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”.

Por serem amplos e estarem dispersos na sociedade, são inerentes à coletividade como um todo, o que torna os titulares indeterminados e indetermináveis, não podendo ser precisamente identificados. Esta particularidade do interesse difuso é derivada da circunstância de inexistir vínculo jurídico ou fático preciso unindo os lesados pelo fato danoso.

Acerca dos titulares dos interesses difusos e coletivos em sentido estrito, Gidi (1995, p. 23) critica o dispositivo por atribuir titularidade indeterminada aos interessados. Afirma o autor que não são vários, nem indeterminados os titulares dos interesses difusos e coletivos em sentido amplo, havendo apenas um titular para cada um deles, ou seja, uma comunidade para os direitos difusos, uma coletividade para os coletivos em sentido estrito ou um conjunto de vítimas indivisivelmente considerado para os individuais homogêneos. Acrescenta, ainda, que são indeterminadas ou indetermináveis as pessoas que compõem a comunidade ou coletividade e não o titular do direito material em si.

Caracterizam-se, ainda, por ser indivisível o seu objeto. Em virtude de sua amplitude, não é possível fracioná-lo e, conseqüentemente, atribuir a cada titular a parcela que lhe caiba. Logo, todos têm a mesma parcela de interesse. O prejuízo, assim como o produto de eventual indenização alcançada com a ação, não pode ser dividido, em decorrência da própria indivisibilidade do objeto e não apenas pela indeterminação dos sujeitos lesados.

A indivisibilidade não é puramente formal, mas decorre da essência do interesse, uma vez que não se trata da somatória de interesses individuais¹⁸.

Neste sentido o magistério de Leonel (2002, p. 100):

Não se trata de identificação dos interesses difusos como simples soma de interesses individuais, tampouco como síntese destes, referindo-se sim a necessidades que são da coletividade como um todo, daí surgindo a sua indivisibilidade.

Podemos citar como exemplo deste interesse o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, inerente a toda a coletividade, sem que possa ser fragmentado. Em conseqüência, a preservação do meio ambiente também beneficia toda a coletividade.

Outro traço característico toca à origem do elo que une os titulares do interesse, que estão ligados entre si por uma situação de fato, ou seja, a conduta ilícita do causador do dano. Verifica-se, pois, a ausência de um vínculo jurídico entre os sujeitos, que são “unidos por uma simples circunstância de fato ou contingencial extremamente mutável” (LEONEL, 2002, p. 99).

No entanto, bem lembra Mazzilli (2002, p. 48) que, embora a lei mencione que o elo a unir os lesados seja uma situação fática comum, esta relação também se subordina a uma relação jurídica. A diferença é que a lesão aos interessados não decorre da relação jurídica, mas da situação fática que dela resulta.

Caracterizam-se, ainda, pela intensa conflituosidade interna, tendo em vista a existência de conflitos entre grupos que eventualmente estejam ligados ao interesse

difuso discutido. Podemos citar como exemplo o interesse da população em geral ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o interesse ao desenvolvimento urbano que uma indústria poderia trazer a determinado Município.

Por fim, tais interesses tendem à transição ou mutação no tempo e no espaço, uma vez que dependem do valor que predomina quando da sua preservação, em virtude de serem calcados em situações de fato.

b) Interesses coletivos *stricto sensu*

Primeiramente, cumpre salientar que a expressão *interesses coletivos em sentido amplo* refere-se a interesses metaindividuais de grupos, classes ou categoria de pessoas¹⁹. Todavia, em sentido estrito, esta modalidade de interesse é conceituada pelo CDC, em seu artigo 81, parágrafo único, inciso II, como aqueles “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”.

Uma análise mais detalhada permite que se conclua que, embora os interesses coletivos se assemelhem em determinados pontos aos difusos, com estes não se confundem, de sorte que são mais limitados em relação àqueles, existindo um *dado organizativo*²⁰ do grupo lesado, que permite a sua identificação e até mesmo a individualização de seus componentes.

No que tange aos titulares do interesse, como acima asseverado, a princípio, são indeterminados, mas determináveis, pois o vínculo que os une (a relação jurídica-base) é mais firme.

Aqui, como ocorre nos interesses difusos, o objeto é indivisível, não sendo possível, destarte, dividir o prejuízo ou partilhar o proveito arrecadado com eventual indenização. Esta particularidade possibilita a distinção entre estes interesse e o

¹⁸ Diversamente, Mazzilli (2002, p. 48) afirma serem como “*um feixe ou conjunto de interesses individuais, de pessoas indetermináveis, unidas por pontos conexos*”

¹⁹ Nesta esteira, a CF artigo 129, inciso III e o CDC

²⁰ Expressão utilizada por Leonel (2002, p. 105-106).

litisconsórcio facultativo do CPC, em que o objeto é divisível, sendo possível atribuir a cada litisconsorte a parcela que lhe caiba do direito material.

Outro ponto que permite a diferenciação destes interesses dos difusos é a origem de cada um deles. Enquanto os titulares dos interesses difusos pertencentes ao grupo lesado estão unidos por uma circunstância de fato (contingencial), os titulares do direito coletivo estão unidos por uma relação jurídica básica entre os membros da coletividade entre si ou entre eles e a parte contrária e anterior à lesão ou ameaça de lesão do interesse.

É pertinente lembrar que, segundo Mazzilli (2002, p. 50):

Essa relação jurídica disciplinará inevitavelmente uma hipótese fática concreta; entretanto, no caso de interesses coletivos, a lesão ao grupo não decorrerá propriamente da relação fática subjacente, e sim, da própria relação jurídica viciada, que une todo o grupo.

Tem-se como exemplo destes interesses uma ação proposta para decretar a ilegalidade do aumento das mensalidades de determinada escola.

Sumariamente, interesses coletivos em sentido estrito são, de acordo com Mazzilli (*apud*, ALMEIDA NETO, p. 302),

Interesses indivisíveis de um grupo determinado ou determinável, reunido por uma relação jurídica básica comum. Tanto os interesses difusos como os coletivos são indivisíveis, mas distinguem-se pela origem: os difusos supõem titulares indetermináveis, ligados por circunstâncias de fato, enquanto os coletivos dizem respeito a grupo, categoria ou classe de pessoas, ligadas pela mesma relação jurídica básica.

c) Interesses individuais homogêneos

Estes interesses foram criados pelo CDC, passando a serem tutelados a partir de então.

Consoante o artigo 81, parágrafo único, inciso III, do CDC, são individuais homogêneos os interesses “decorrentes de origem comum”. Tem-se que, em sua essência, são interesses individuais (acidentalmente coletivos), uma vez que podem ser tutelados pela via ordinária ou pela extraordinária. No entanto, por terem origem comum, o legislador optou por tratá-los de forma coletiva.

No ilustre magistério de Watanabe (2001, p. 751), são “individuais em sua essência, sendo coletivos apenas na forma em que são tutelados”.

A opção pelo tratamento coletivo ocorreu em virtude da conveniência da aplicação de técnicas da tutela coletiva e também por economia processual. Acrescenta-se, ainda, o fato de que muitas vezes estes interesses ficavam à margem do acesso à justiça por serem de pequena expressão econômica e o proveito que o autor da demanda eventualmente viesse a auferir, não compensaria nem mesmo as custas processuais e honorários advocatícios.

Exemplo disso é o caso em que determinado Banco começasse a cobrar uma taxa ilegalmente, debitando mensalmente da conta corrente de seus clientes a quantia de 01% (um por cento) sobre o valor do salário mínimo vigente. O número de lesados seria enorme, mas determináveis (todos os clientes que possuam conta corrente naquele Banco). O prejuízo sofrido por cada um, individualmente considerado, será ínfimo, o que torna o ajuizamento de uma ação individual por cada cliente do Banco inviável. Todavia, se considerarmos o valor total arrecadado pela instituição bancária, teremos um valor exorbitante, que compensaria a propositura de uma ação.

A circunstância de serem divisíveis e determináveis ou determinados os titulares do interesse, possibilita que cada um deles, individualmente, pleiteie perante o Poder Judiciário a satisfação do interesse lesado.

Neste passo, é possível atribuir a cada um deles uma parcela do prejuízo.

O elo de ligação entre os interessados está fundado no ponto comum das mesmas circunstâncias de fato, embora exista uma relação jurídica subjacente.

A origem comum não significa, segundo Leonel (2002, p. 109) “uma única conduta no mesmo momento, gerando a lesão aos interesse, mas sim a mesma fonte e espécie de conduta ou atividade, ainda que tenha sua ocorrência postergada no tempo em mais de uma ação”.

Sinteticamente, Mazzilli (*apud*, ALMEIDA NETO, p. 302) conceitua os interesses individuais homogêneos da seguinte forma:

Os interesses individuais homogêneos têm origem comum. Compreendem os integrantes determinados ou determináveis de grupo, categoria ou classe de pessoas que compartilhem prejuízos divisíveis, oriundos das mesmas circunstâncias de fato. Tanto os interesses individuais homogêneos como os difusos originam-se de circunstâncias de fato comuns; entretanto, são indeterminados os titulares de interesses difusos, e o objeto de seu interesse é indivisível; já nos interesses individuais homogêneos, os titulares são determinados ou determináveis, e o dano ou a responsabilidade se caracterizam por sua extensão divisível ou individualmente variável.

3.4 As *Class Actions* no Direito Norte-Americano

As *class actions* são as ações que visam tutelar interesses não meramente individuais no direito norte-americano. Estas ações são baseadas na *equity* e pressupõem a existência de um número elevado de titulares individuais, possibilitando o tratamento processual unitário e simultâneo a todos eles, por intermédio de um único representante da classe em juízo.

Originaram-se do procedimento inglês conhecido como *Bill of Peace* (século XVII) e eram regidas pela *Rule 23* das *Federal Rules of Civil Procedure* (1938), modificadas posteriormente pelas *Federal Rules* de 1966.

Com esta modificação, a divisão até então existente entre *true class action*, *hybrid class action* e *spurious class action*, mas que nunca foi bem compreendida e delimitada pela doutrina ou jurisprudência, foi abandonada, sendo a classificação atual mais compreensível e funcional.

Esta reforma, de âmbito federal, foi acompanhada de grandes mudanças também nas leis estaduais. Todavia, a legislação estadual tende a desconsiderar as categorias de *class actions* existentes, diminuindo o número de exigências, sendo o bastante que haja uma classe (determinado número de pessoas) com interesses comuns e que a via individual se mostre menos célere, econômica e efetiva.

Os requisitos aferidos pela corte para que admita uma ação como coletiva são: um grupo (e não os membros componentes) muito bem determinado e identificado; que os autores da ação também componham o grupo que pretendem representar e que os direitos a eles pertencentes sejam similares aos daqueles que desejam representar; que o grupo interessado seja de tal forma numeroso que seja difícil, inconveniente ou desaconselhável o ajuizamento de ações individuais ou a formação de litisconsórcio de todos em uma só demanda; que haja questões de fato ou de direito em comum; que, além dos direitos, os pedidos ou defesas dos representantes sejam similares aos dos outros membros do grupo, que não estão presentes no processo e; que aquele que se propõe a defender os interesses do grupo esteja apto a representar os membros ausentes e tutelar seus interesses (este é o critério da *adequacy of representation*).

A legitimação, portanto, é aferida pelo juiz (*defining function*) a partir da efetiva idoneidade (*adequacy of representation*) daquele que ingressa em juízo na qualidade de portador de certo interesse metaindividual, diversamente do sistema brasileiro, no qual, como veremos a seguir, a legitimidade decorre da lei (*ope legis*).

Além disso, deve haver adequada notificação a *todos* os interessados na demanda coletiva, identificáveis tomando-se por base um esforço mediano. A medida se torna necessária em razão da preocupação em assegurar os benefícios do julgado proferido na *class action*, sem que isso acarrete o sacrifício de direitos individuais de seus membros, bem como possibilitar o exercício do direito de fiscalização e controle da conduta do representante ou do direito de acesso individual ao Judiciário.

Nas *damage class actions* exige-se a notificação de todos os membros do grupo que puderem ser identificados (*Rule 23 (c)(2) das Federal Rules of Procedure*).

Isto, no entanto, tem gerado algumas críticas, como podemos inferir da lição de Gidi (1995, p 239):

Essa rígida exigência impõe um severo e injustificado ônus financeiro ao autor da class action, que em regra é um cidadão comum vítima do poder econômico, exatamente como todos os demais membros do grupo que deseja representar.

Assim, esta exigência meramente formal tem prejudicado a utilização do sistema das *class actions*. Porém, tendo em vista esta problemática, a legislação de muitos Estados não exige a notificação pessoal em todos os casos, ficando a critério da corte a determinação dos casos em que a notificação pessoal de todos os membros da classe se mostre indispensável.

Por oportuno, compete salientar que nas outras duas categorias não existe a mesma rigidez no que pertine à notificação. É que as *damages class actions* tutelam direitos divisíveis (como os interesses individuais homogêneos) e é conferido aos interessados a oportunidade de requererem a sua exclusão do grupo, para que não sejam atingidos pelos efeitos da coisa julgada (*right to opt out*). Nestas hipóteses, a coisa julgada não se opera em relação àqueles que não foram notificados.

Já nas outras ações reguladas pelas *Rules 23 (b)(1)* e *23 (b)(2)*, em virtude de serem indivisíveis os direitos tutelados, o *right to opt out* não tem a mesma aplicabilidade, uma vez que a notificação pessoal a todos os membros da coletividade não assume tamanha importância, de modo que o juiz analisa a necessidade ou não desta medida caso a caso.

3.5 Legitimidade *ad Causam*

3.5.1 Legitimidade ativa

Como mencionado anteriormente²¹, no ordenamento jurídico pátrio, a regra é que caiba ao titular do direito material discutido o direito de ação, atribuindo-se a terceiro a defesa de direito alheio em nome próprio excepcionalmente e apenas por expressa previsão legal (artigo 6º CPC). Assim, em princípio, cabe ao titular do direito lesado ou ameaçado de lesão defendê-lo em juízo.

Entretanto, quando se cuida da defesa de interesses metaindividuais, em virtude da titularidade caber a um número indeterminável ou elevado de pessoas e, por esta razão, ser impossível ou inviável a reunião de todos esses titulares para a propositura de uma ação, a lei conferiu legitimidade extraordinária a alguns entes, que representarão estes titulares perante o Poder Judiciário.

É a natureza dos interesses tutelados nestas ações, que transcendem a esfera meramente individual, que possibilita que os legitimados substituam processualmente a coletividade de lesados, através da substituição processual.

Não obstante a lei atribua legitimidade extraordinária a estes entes, verifica-se a existência de inúmeras dificuldades para a correta definição do instituto, inclusive no âmbito legislativo, o que acarreta vários problemas, que devem ser solucionados, pois todos os interessados serão afetados pela imutabilidade dos comandos emergentes da sentença proferida nestas ações, sem que tenham sido partes diretas no processo.

Saliente-se que alguns autores se referem à legitimidade ordinária ou autônoma aos casos em que alguém, ainda que extraordinariamente legitimado, além de defender interesses de terceiros, também defende direito próprio, a exemplo das associações²².

Sem embargos a este entendimento, prima-se pelo reconhecimento também nesta hipótese, de legitimidade extraordinária, que apenas não ocorreria se o titular da ação estivesse defendendo apenas o seu interesse, haja vista que o pedido na ação civil pública ou coletiva visa a satisfação do interesse de todo o grupo lesado, e não apenas do autor.

²¹ Item 1.4.

²² É o entendimento esposado por Nelson e Rosa Nery (*apud* Mazzilli, 2002, p. 60).

Para a definição do rol de legitimados à propositura das ações civis públicas e coletivas, tanto a principal quanto a cautelar, deve-se recorrer à LACP e ao CDC. Portanto, conjugando-se o artigo 5º da daquela, com o artigo 82 deste, tem-se que os legitimados são o Ministério Público, a União, os Estados-membros, os Municípios, autarquias, empresas públicas, fundações, sociedades de economia mista e associações.

No tocante à taxatividade ou não deste rol, entende-se que pode ser ampliado, não obstante haja a necessidade de lei expressa neste sentido em face da legitimidade ser extraordinária.

Por uma interpretação da CF, atribui-se legitimidade também aos sindicatos e às comunidades indígenas (artigos 5º, inciso LXX, *b*; 8º, inciso III e 232).

A Ordem dos Advogados do Brasil também é legitimada a propor ações civis públicas e coletivas (artigos 44, inciso I, 49, 54, inciso II e XIV, da Lei n.º 8.906/94).

Por outro lado, os cidadãos e as pessoas individualmente consideradas não podem propor essas ações, pois não foram elencados no rol de legitimados ativos.

Tendo em vista a complexidade dos interesses discutidos, a lei atribuiu legitimidade a entes públicos e também privados ou particulares, o fazendo de forma *concorrente, autônoma e disjuntiva*.

Significa dizer que os entes legitimados podem atuar em conjunto ou separadamente, com total independência em relação aos demais, além de estarem autorizados a ingressar espontaneamente na ação pelo outro interposta.

O Ministério Público, cuja representatividade como *tutor* dos interesses da coletividade, decorre da Constituição Federal (artigo 127) e das Leis Orgânicas dos Ministérios Públicos da União e dos Estados, ocupa uma posição de destaque. O ajuizamento destas ações constitui uma de suas funções institucionais, podendo ser autor e, nos casos em que não atue como parte, deve, obrigatoriamente, intervir como fiscal da lei (*custos legis*) (artigo 5º, § 1º).

No mais, na hipótese de desistência ou abandono da ação movida por outro legitimado, deverá assumir a titularidade na causa, embora não seja obrigado a agir desta forma, pois goza de independência funcional (artigo 5º, § 3º).

Por seu turno, no que pertine aos interesses individuais homogêneos, o órgão ministerial só estará legitimado se estes interesses forem coletivamente expressivos, como é o caso daqueles que digam respeito à saúde, segurança, acesso de crianças e adolescente à educação, deficientes físicos, entre outros.

Por seu turno, considerando que, segundo o artigo 127, *caput*, da CF, incumbe ao órgão a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos *interesses sociais e individuais indisponíveis*, não cabe ao Ministério Público a defesa de interesses meramente privados.

No que tange à relevância social do interesse discutido que legitima a atuação do *Parquet* como autor da ação, convém rememorar a lição de Almeida (2001, p. 35), segundo a qual esta pode ser “aferida tanto pela dimensão ou características do dano (por exemplo, a alta dispersão dos interessados), como pela relevância do bem jurídico a ser protegido, no caso concreto, como se infere do artigo 82, § 1º, do CPC²³”

Ainda, o artigo 5º da LACP, bem como o 82 do CDC, estabelecem como condição a alguns legitimados: a constituição há pelo menos um ano (inciso I) e que inclua entre suas finalidades institucionais a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (inciso II).

A LACP não aponta a quais legitimados os requisitos da pré-constituição e da pertinência temática²⁴ são exigidos, o que poderia dar margem a dúvidas. Todavia, o CDC é mais claro, indicando, no inciso IV, do artigo 82, que tais pressupostos apenas são aplicáveis em se cuidando de associações civis.

²³ “Art. 82. (...)”

§ 1º. O requisito da pré-constituição pode ser dispensado pelo juiz, nas ações previstas no art. 91 e segs., quanto haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou características do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.”

²⁴ Mazzilli denomina este pressuposto como finalidade institucional.

No entanto, devem ser feitas algumas considerações.

A uma, no que pertine à pré-constituição, o entendimento mais acertado considera que tal requisito se aplica também, por analogia, às fundações privadas²⁵ e aos sindicatos, já que a razão é a mesma.

A duas, no que concerne à pertinência temática (necessidade da entidade incluir entre seus fins institucionais a defesa dos interesses objetivados na ação civil pública ou coletiva por elas propostas), tomando-se por base o entendimento de Mazzilli (2002, p. 271), “onde há a mesma razão, deve-se aplicar a mesma disposição”. Assim, os sindicatos e corporações do mesmo gênero estão na mesma situação que as associações civis, para a defesa coletiva de grupos. As fundações privadas e as entidades da Administração Pública, do mesmo modo, têm suas finalidades próprias, que nem sempre se coadunam com a substituição processual do lesado, para a defesa coletiva de seus interesses. Desta forma é que, por analogia, a estes co-legitimados, da mesma forma, deve-se aplicar o requisito da pertinência temática.

Estes requisitos podem ser dispensados, em se cuidando de interesses individuais homogêneos, quando, nos termos do § 1º do artigo 82 do CDC, haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou características do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

3.5.2 Legitimidade passiva

A LACP, apesar de elencar os legitimados ativos para o ajuizamento da demanda coletiva, não trouxe dispositivo que definisse quem seriam os possíveis legitimados a figurar no pólo passivo de tais ações, ou seja, não se refere em face de quem o autor formulará a sua pretensão.

²⁵ Cumpre salientar que as fundações privadas também são legitimadas a propor ações civis públicas ou coletiva, haja vista que a lei só se refere a fundações, de maneira genérica, não cabendo, portanto, distinções neste sentido, e ainda pelo fato de que deve-se dar uma interpretação de modo a propiciar um acesso mais amplo ao Poder Judiciário.

Considerando que a ilegitimidade de parte, tanto do autor como do réu, dão ensejo à extinção do feito sem julgamento do mérito, por carência da ação (artigo 267, inciso IV, do CPC), mister que se esclareça quem poderá integrar a polaridade passiva da lide.

Partindo-se da omissão legal, tem-se que não há restrições no que pertine ao tema abordado, por não ser necessária esta indicação. Entende-se, pois, que estas ações podem ser propostas em face de todos os responsáveis pelas situações ou fatos que ensejaram a demanda, desde que, evidentemente, estes tenham capacidade processual.

Carvalho Filho (2001, p. 141) se manifesta a respeito, lecionando que:

A lei limitou o universo de pessoas com legitimidade ativa para propor ação civil pública. Mas nenhuma referência fez quanto aos legitimados passivos para a ação. Na verdade, não deveria mesmo fazê-lo. Se é possível admitir somente para algumas pessoas a condição jurídica para utilização desse específico instrumento protetivo, não teria sentido fixar qualquer restrição no que toca à legitimação passiva. A ofensa aos interesses difusos e coletivos, que justifica a posição de parte legítima passiva para a causa (...). A legitimação passiva, desse modo, haveria que ter toda amplitude possível, de modo a permitir a perfeita proteção dos interesses sob tutela contra atos de quem quer que os vulnerasse.

Ainda que alguns doutrinadores tenham buscado a solução para o problema em outros diplomas legais, que também tratam especificamente de interesses metaindividuais tutelados pela LACP, fazendo o uso da analogia, este não é o melhor caminho.

A possibilidade de aplicação dos dispositivos da Lei da Ação Popular para definir os legitimados passivos é por demais limitada, vez que apenas seria admissível em caso de ação civil pública na defesa de interesses que, da mesma forma, pudessem ser tutelados por estas últimas ações.

Portanto, como a lei não estabelece expressamente quem seriam os legitimados a figurar no pólo passivo das ações coletivas de um modo geral, entende-se que estas ações podem ser propostas em face de todos os responsáveis pelas situações ou fatos que ensejaram a ação.

Assim, tanto pessoas físicas, como pessoas jurídicas, de qualquer natureza têm legitimidade para figurar na polaridade passiva destes tipos de ações.

No entanto, existe uma limitação, segundo a qual os legitimados ativos, em regra, não podem substituir no pólo passivo a categoria, classe ou grupo lesado²⁶ e é por este motivo que não é cabível a reconvenção em ações coletivas. Por idêntica razão, o réu da demanda coletiva não poderá requerer a ação declaratória incidental, pois estas têm como objeto a ampliação dos limites objetivos da coisa julgada e possibilitaria a formulação de um pedido contra a coletividade.

3.5.3 Litisconsórcio

Cumprido analisar, ainda, a hipótese da pluralidade de partes nos pólos ativo e passivo da demanda coletiva, em virtude da repercussão que causa.

a) – Litisconsórcio ativo

Conforme estudado, o sistema das ações coletivas reconheceu legitimidade a vários órgãos e entidades de forma concorrente e autônoma ou disjuntiva. Desta feita, qualquer legitimado pode ajuizar sozinho a demanda ou conjuntamente com os demais, bem como intervir na ação pelo outro proposta.

Neste passo, o particular, individualmente considerado, não poderá atuar como litisconsorte, pois não goza de legitimidade para propor a ação coletiva. Mazzilli (2002, p. 296) acentua que “só pode ser litisconsorte ativo quem pode ser autor, e, normalmente, em matéria de ação civil pública ou coletiva, essa não é a situação da pessoa, individualmente considerada”.

²⁶ As exceções a esta regra se configuram na hipótese de embargos do devedor ou de terceiro em eventual execução.

Excepcionalmente, no entanto, tratando-se de interesse difuso passível de ser tutelado também por ação popular, ocorrendo conexão ou litispendência entre esta e uma ação coletiva, considerando que aquela ação pode ser proposta por qualquer cidadão, deve-se admitir a formação do litisconsórcio com a presença de um indivíduo.

No que toca aos interesses coletivos em sentido estrito e os individuais homogêneos, o indivíduo, lesado em sua esfera individual, poderá habilitar-se como assistente litisconsorcial, e não como litisconsorte, como preceitua o artigo 94 do CDC.

Como não é exigido que os legitimados atuem conjuntamente, o litisconsórcio será *facultativo*, todavia, deve ser *unitário*, uma vez que o resultado da demanda deve ser uniforme para todos os litisconsortes, em decorrência da indivisibilidade (acidental ou essencial) do objeto discutido.

No que tange ao momento de sua formação, poderá ser *originário* (inicial) ou *sucessivo* (ulterior), que, no último caso será uma intervenção litisconsorcial voluntária de co-legitimado, ou, em outras palavras, uma intervenção de terceiro que teria legitimidade para figurar desde o início como autor. Ser-lhe-á assegurado o exercício dos mesmos poderes que o autor, na condição de litisconsorte.

O § 5º do artigo 5º da LACP estabelece expressamente a possibilidade de formação de litisconsórcio ativo entre Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e dos Estados, na defesa de interesses metaindividuais, para atuarem tanto na Justiça Federal, quanto na Estadual.

A respeito deste dispositivo, Watanabe (*apud* MIRRA, 2002, p. 211), explica que:

Teve apenas o propósito de explicitar a admissibilidade de atuação conjunta dos vários órgãos do Ministério Público, desde que o objeto do processo tenha compatibilidade com as atribuições que, nos temos da lei, lhes tocam. E a explicitação é necessária para que não se consolide na doutrina e na jurisprudência o entendimento de que o Ministério Público Estadual não pode atuar na Justiça Federal e o Ministério público Federal na Estadual.

Acerca do litisconsórcio de Ministérios Públicos, por ser uma instituição una e indivisível, entende-se que, na verdade, não se trata propriamente de litisconsórcio entre os vários Ministérios Públicos, mas de representação da Instituição por vários de seus órgãos.

Cabe ressaltar que, na hipótese de conexão ou continência entre duas ações coletivas, caso em que deve haver a reunião dos processos, os autores serão tratados como litisconsortes.

b) – Litisconsórcio passivo

A princípio, como visto, qualquer pessoa poderá figurar como ré ou co-ré nas ações de que se cuida, de sorte que, o cabimento do litisconsórcio passivo nas demandas coletivas resulta da possibilidade de haver mais de um responsável pelo dano causado ao interesse metaindividual.

Configurada a solidariedade passiva dos responsáveis, o litisconsórcio será facultativo, todavia unitário. O mesmo pode ser afirmado quando um deles for o Poder Público. Há decisões, no entanto, no sentido de se caracterizar o litisconsórcio necessário em algumas situações²⁷.

²⁷ Neste sentido, convém citar a decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, prolatada em ação civil pública ajuizada em face de certa Prefeitura Municipal em razão de danos causados em área natural devido a ocupação irregular da área degradada por terceiros, na qual se entendeu configurado o litisconsórcio necessário entre o Município e os ocupantes do local. Assim se pronunciou o eminente Desembargador Paulo Franco (*apud* MIRRA, 2002, p. 213):

Meio ambiente – Ação Civil Pública – Ministério Público – Interposição contra a Municipalidade visando sua responsabilização por danos causados à reserva ambiental em face da ocupação irregular da área degradada – Inteligência do art. 47 do CPC.

(...)

A ação foi proposta unicamente contra o Município de (...), conforme justifica a inicial, porque “os eventuais sujeitos passivos da ação, que poderiam ter sido colocados como litisconsortes passivos, não poderiam arcar com a obrigação de promover a recomposição do local degradado, ou mesmo creditar junto ao Fundo Estadual de Reparação de Bens e Direitos Difusos Lesados eventual quantia estipulada em conta de liquidação (em caso de procedência). Outrossim, praticamente impossível seria citar a todos

3.5.4 Assistência

Em virtude do pedido formulado nas demandas coletivas referir-se ao interesse do indivíduo, será permitido que este intervenha na ação como assistente.

No entanto, convém salientar que esta intervenção não se enquadra à assistência simples, uma vez que o lesado não é propriamente terceiro, já que a ação discute o seu próprio direito.

Também não se adequa à assistência litisconsorcial em sentido estrito, pois a sentença não influi necessariamente em sua relação jurídica com o réu do processo, haja vista que poderá acioná-lo diretamente, em ação individual, sem que seja prejudicado pela sentença coletiva.

Deve-se então, enquadrar esta intervenção como uma assistência litisconsorcial qualificada *sui generis*, pois o indivíduo não é legitimado para propor a ação e, portanto, não poderia ter participado de um litisconsórcio ativo unitário facultativo.

Saliente-se que, segundo Mazzilli (2002, p. 305), se as ações versarem sobre interesses coletivos ou individuais homogêneos, deve ser assegurada a sua participação na demanda coletiva, pois poderia ter em andamento uma ação individual visando a reparação da sua parte na lesão. Por outro lado, no que tange aos interesses difusos, apenas será admitida sua intervenção se pudesse formular pedido idêntico em ação própria, a exemplo do cabimento simultâneo de ação popular.

os que lá residem, sem se mencionar o tumulto processual que iria causar à presente" (f.).

Ocorre, porém, que, para que o pedido possa ser decidido, nos termos em que formulado, é necessário que integrem a lide todos os ocupantes da área tida como degradada, já que, se acolhida a pretensão, deverão eles ser removidos e verão eles também ser demolidos os imóveis em que habitam, o que significa que incide, na espécie, o art. 47 do CPC.

Cabe apontar que, no caso de interesses individuais homogêneos, para que possa ser admitido como assistente, se tiver uma ação individual em curso, deverá requerer a suspensão desta no prazo de trinta dias, nos termos dos artigos 94 e 104 do CDC.

No mais, ainda que o assistente regularmente admitido tenha poderes para uma atuação ampla, com eventual desistência ou abandono da ação não poderá assumi-la diretamente, salvo se atuar na qualidade de cidadão por ser cabível também uma ação popular.

Por fim, cabe ao juiz recusar a intervenção de lesados no processo, para evitar tumulto, se esta for caracterizada abusiva ou a excessiva quantidade de assistentes inviabilizar o andamento da ação.

3.6 Interesse Processual

O interesse processual, assim como a *legitimatío ad causam* e a possibilidade jurídica do pedido, constitui uma condição da ação, cuja ausência acarreta a extinção do processo sem julgamento do mérito²⁸, pelo reconhecimento da carência do direito de ação.

É qualificado pelo trinômio “necessidade-utilidade-adequação”, ou seja, o ajuizamento da ação deve ser necessário, a via eleita adequada e ainda ser útil o provimento jurisdicional que dela decorrer.

Segundo Greco Filho (1994, p. 80), o Código, em princípio, somente admite a provocação do Poder Judiciário quando o autor tiver necessidade de obter o provimento jurisdicional e, também, quando este provimento lhe puder trazer utilidade prática.

A doutrina tradicional aponta para uma peculiaridade no tocante ao interesse processual de alguns legitimados para propor demandas coletivas, afirmando que,

²⁸ Conforme artigo 267, inciso VI, do CPC.

para o Ministério Público, este interesse é presumido, haja vista que o ajuizamento dessas ações é uma de suas funções institucionais²⁹.

O interesse processual decorreria *ope legis*, da própria legitimação. Quanto aos demais legitimados, este pressuposto deveria ser aferido caso a caso (*in specie*).

Em que pesem respeitáveis entendimentos, a melhor técnica aponta para a necessidade de verificação de tal interesse também no caso *sub judice*, ainda que seja um ente público ou o próprio Ministério Público o legitimado.

Deve-se ter em vista que, em determinadas hipóteses, não obstante esteja configurada a legitimidade ativa, o mesmo não se pode afirmar quanto ao interesse processual. É a hipótese, por exemplo, do Ministério Público ajuizar uma ação civil pública buscando a reparação de um dano causado ao meio ambiente, que, todavia, já foi recomposto. Observa-se que, ainda que haja legitimidade para agir por parte do órgão ministerial, o provimento jurisdicional não será útil e nem o processo necessário.

Na verdade, o que ocorre é a presunção do *interesse substancial*, e não do interesse processual. Embora o legislador tenha presumido a maior relevância social ao Ministério Público, isto em nada se relaciona com o interesse processual, mas com a *legitimatío ad causam* e com a pertinência temática.

Segundo Leonel (2002, p. 208), “quando o legislador confere legitimidade ao Ministério Público, não está presumindo o seu interesse processual, mas sim a pertinência temática para sua atuação, em todas as hipóteses abstratas em que foi habilitado a agir em juízo”.

Portanto, dispensada está apenas a aferição do interesse material, que é presumido, mas com o interesse processual não se confunde, salvo em se tratando de interesses individuais homogêneos, em que há a necessidade de verificação da presença de interesse que tenha conotação social, devido à sua relevância, justificando, assim, a atuação do *Parquet*.

²⁹ Conforme Lei n.º 8.625/93, artigo 25, IV, e artigo 129, inciso III, da CF.

Continua o autor (2000, p. 209) que, quanto aos demais entes públicos legitimados, a presunção da pertinência temática é restringida. A embasar tal entendimento, sustenta que:

É evidente o liame entre sua ação e a defesa dos interesses metaindividuais, mas dentro dos limites da abrangência de sua atuação (limites territoriais) e de suas finalidades institucionais (defesa e interesses correlatos à sua atividade, na hipótese dos entes que integram a administração indireta do Estado).

Infere-se, assim, que, em nenhuma hipótese o interesse processual será presumido, dependendo da análise do caso levado ao conhecimento do Poder Judiciário, em que o provimento jurisdicional deverá ser necessário, adequado e útil, sob pena de ser extinto o processo sem julgamento do mérito por carência da ação.

3.7 Competência

O processo coletivo, no que tange às regras para a determinação de competência, distingue-se do processo civil individual, podendo-se afirmar, inclusive, que este traça regras próprias para disciplinar esta matéria.

No processo civil tradicional, é cediço que a regra geral para a fixação da competência é a territorial, tendo, por esta razão, caráter relativo. Assim, na eventualidade do ajuizamento da ação em foro diverso do que seria o competente para conhecê-la, tal circunstância deve ser argüida no prazo legal, em sede de exceção de incompetência, sob pena de preclusão e conseqüente prorrogação de competência.

A prorrogação de competência, por sua vez, é fenômeno processual que possibilita que um juiz, que inicialmente era incompetente para o processo e julgamento de determinada causa em razão do local ou eventualmente, em razão do valor da causa, torne-se competente em virtude da parte ter-se quedado inerte até o

prazo que lhe competia suscitar esta questão, ou seja, o prazo para resposta do réu, que é de 15 (quinze) dias no procedimento ordinário³⁰.

O processo coletivo, como salientado, apresenta peculiaridades neste aspecto em relação a este sistema. Aqui, o legislador estabeleceu regra específica de competência específica para o ajuizamento da ação, ao passo que, no artigo 2º da LACP³¹, determinou como sendo o foro competente o do local do dano ao interesse metaindividual, acrescentando, ainda, que tal competência é *funcional*. Isto se justifica porque o juiz do local do dano será o mais habilitado para julgar a causa pela proximidade com o evento.

Todavia, a disposição do artigo no sentido de tratar-se de competência funcional é criticada pela doutrina. Afirma-se que a lei, na verdade, ao invés de funcional, quis dizer que a competência é absoluta³², sendo, por conseguinte, inderrogável, improrrogável, reconhecível de ofício pelo órgão jurisdicional em qualquer tempo e grau de jurisdição.

Convém, ainda, fazer uma breve consideração no que tange à competência na defesa de interesses individuais homogêneos. Consoante se denota da disposição do artigo 93 do CDC, este dispositivo estabelece, em seu inciso I, que, quando o dano for de âmbito local, a competência em sede destes interesses é determinada em razão do foro em que este tenha ocorrido, ressalvada a competência da Justiça Federal, não fazendo menção, entretanto, à competência absoluta, nem funcional nesta hipótese.

³⁰ Artigo 297, Código de Processo Civil.

³¹ “Art. 2º. As ações previstas nesta lei serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa. Parágrafo único. A propositura da ação prevenirá a jurisdição do juízo para todas as ações posteriormente intentadas que possuam a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto.”

³² Neste sentido, Mazzilli (2002, p. 247), acentua que:

Diz a LACP que a competência para as ações civis públicas é funcional, do foro do local do dano. Entretanto, não nos parece tenha a lei instituído juízos com competência funcional para a defesa de interesses difusos ou coletivos; antes, nos parece que a LACP quis referir-se à competência absoluta, não especificamente funcional. Mais clara foi a dicção do ECA, que se referiu ao “foro do local onde ocorreu ou deva ocorrer a ação ou omissão, cujo juízo terá competência absoluta para processar a causa”.

Indaga-se, pois, se, por esta razão, a competência seria ou não absoluta, em face da omissão legal.

Não obstante existam entendimentos divergentes, há aqueles que defendem a aplicação da analogia à hipótese, para estender o caráter absoluto da competência também aos danos a interesses individuais homogêneos.

Porém, atentando-se ao fato de que o mencionado dispositivo faz referência apenas aos interesses individuais homogêneos, infere-se que a norma do artigo 2º da LACP, que estabelece o caráter absoluto da competência é aplicável tão-somente em sede de interesses difusos e coletivos *stricto sensu*.

Destarte, por tratar-se de regra de natureza excepcional, não é correto que se pretenda interpretá-la extensivamente, concluindo-se que, se o legislador silenciou a respeito, não quis conferir caráter absoluto à hipótese.

A embasar tal entendimento, Mazzilli (2002, p. 225) afirma que, embora o CDC também tenha adotado o local do dano como critério para fixar a competência em sede de ações coletivas que versem sobre interesses individuais homogêneos, não conferiu caráter absoluto à hipótese, fazendo-se necessário que se aplique a regra geral de competência territorial, sendo esta competência, portanto, relativa.

Há que se ressaltar, ainda, que mesmo considerando que tal competência é, na verdade, territorial e não funcional, há que se reconhecer que ela comporta algumas peculiaridades, haja vista que, embora relativa, não se admite eleição de foro, já que algum dos co-legitimados não pode pactuar foro vinculante para os demais, porque os litigantes não são titulares dos interesses metaindividuais discutidos, mas apenas legitimados a defendê-los em juízo.

Ainda tendo em vista os interesses individuais homogêneos, tratando-se de dano regional ou nacional, o Código de Defesa do Consumidor comporta regra específica, segundo a qual a ação deve ser proposta, respectivamente, no foro da capital do Estado ou no Distrito Federal (artigo 93, inciso II).

No que tange aos interesses difusos e coletivos *stricto sensu*, por não estabelecerem regra específica a este respeito, entende-se que o disposto no artigo

93, inciso II, deve ser observado, pelo uso da analogia, porque inserido na parte processual do CDC, que tem aplicação subsidiária à Lei n.º 7.347/85, conforme o artigo 90, daquele *Codex*.

Insta salientar que há entendimentos no sentido de que o aludido dispositivo não tem aplicação por ser incompatível com a regra do artigo 2.º da LACP³³ ou que, na lição de Milaré (*apud* SOUZA, 2003, p. 101), este tem aplicação mitigada, uma vez que, havendo danos regionais a competência será concorrente, devendo a questão ser resolvida através da prevenção.

Na eventualidade de haver mais de um juízo competente, o que ocorrerá se, por exemplo, o dano se estender a mais de uma comarca, sem que atinja um caráter regional, a competência será determinada pela *prevenção*. Assim, o primeiro juiz que despachar no processo, determinando a citação, desde que seja válida, torna-se o competente para apreciar a causa. É o que prevê expressamente o parágrafo único do artigo 2º da LACP³⁴.

Exceção existente às regras expendidas acima é a que se refere às ações civis de responsabilidade do fornecedor de produtos e serviços, de sorte que a ação civil pública ou coletiva ajuizada para tutelar estes interesses, tem como foro competente o do domicílio do autor (artigo 101, inciso I, CDC), sendo a competência territorial e relativa.

Outra exceção ocorre nas ações civis públicas e coletivas fundadas no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.069/90). Este estatuto estabelece expressamente como sendo competente o foro do local onde ocorreu, ou deva ocorrer a ação ou omissão e dispõe, ainda, que esta competência é absoluta,

³³ Souza (2003, p. 103), pondera que a regra do artigo 93, inciso II, do CDC, não é aplicável em sede de tutela de interesses metaindividuais difusos e coletivos em sentido estrito, em razão da incompatibilidade acima descrita. Aplica-se apenas quando se tratar de interesses individuais homogêneos.

³⁴ “Art. 2º.(...)”

Parágrafo único. A propositura da ação prevenirá a jurisdição do juízo para todas as ações posteriormente intentadas que possuam a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto.”

ressalvada a competência da Justiça Federal e competência originária dos tribunais superiores³⁵.

De todo o exposto, tem-se que, a razão pela qual foi instituído o caráter absoluto à competência nas ações coletivas e ações civis públicas encontra-se no fato de tutelarem interesses que não são meramente individuais, uma vez que, a princípio, a competência territorial é relativa porque instituída em função do interesse privado e disponível das partes, ao passo que, aqui, a competência é determinada em função do interesse público ou do próprio processo, tanto para facilitar o ajuizamento da ação, quanto para possibilitar maior facilidade na colheita da prova, tendo, por consequência, conotação absoluta.

Nesta esteira, ajuizada a ação civil pública ou coletiva em foro incompetente, o vício não se convalida, já que a competência não se prorroga, diversamente do que se dá com o processo civil individual. O processo deverá, então, ser remetido ao órgão competente, qualquer que seja a fase que se encontre, tornando-se nulos os atos decisórios (art. 113, § 2º, CPC).

Por fim, insta definir quais são as regras para a fixação da competência no caso concreto para as ações em questão.

Primeiramente, deve-se definir qual é a Justiça competente, se a Federal (excepcionalmente) ou a Estadual (competência residual).

Determinada qual a justiça competente, perquire-se o foro que terá competência para a apreciação da causa, ou seja, define-se qual a comarca ou seção judiciária competente, cujo critério é determinado, a princípio, em razão do local do dano.

3.8 Objeto e Pedido

³⁵ Conforme artigo 209 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Genericamente, o objeto da Lei da Ação Civil Pública é a tutela dos interesses metaindividuais. O artigo 1º desta lei traz, em seus incisos, um rol dos interesses tuteláveis. São eles: o meio ambiente; o consumidor; os bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; infrações à ordem econômica e à economia popular; infrações à ordem urbanística, bem como qualquer outro interesse difuso ou coletivo, cujo inciso passou a integrar novamente o dispositivo em 1990, com a Lei n.º 8.078 (CDC), pois havia sido vetado quando da promulgação da lei.

O objeto dessas ações, no entanto, já havia sido alargado pela Constituição Federal de 1988, que ao disciplinar as funções institucionais do Ministério Público, prevê, em seu artigo 129, inciso III, a possibilidade de ajuizamento de ação civil pública para proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de *outros interesses difusos e coletivos*.

Ainda, com o advento do CDC, criou-se uma nova figura de interesses metaindividuais, os interesses individuais homogêneos, que, com o sistema de integração entre os diplomas legais, também passou a ser tutelado pela LACP.

Não obstante tal entendimento, tem-se proposto que o artigo 129, inciso III da Constituição Federal seria imediatamente aplicável apenas à defesa da *“proteção do patrimônio público e do meio ambiente”*, especificados no corpo da norma. A expressão genérica, ou seja, a menção a *“outros interesses difusos e coletivos”* dependeria da edição de normas específicas para que a tutela desses interesses fosse possível, a exemplo do CDC e do ECA.

Todavia, entende-se que tal dispositivo não tem esta conotação restritiva, ou o constituinte originário teria expressamente mencionado a condição. Não é correto, portanto, transformar o dispositivo em norma de eficácia contida.

Deduz-se, pois, que o rol é meramente enumerativo. A norma constitucional e a lei infranconstitucional, destarte, estabelecem um rol exemplificativo de interesses a serem tutelados por estas ações, na medida que prevêm cláusulas genéricas, não esgotando, assim, os possíveis objetos da LACP. Possibilitam, por conseguinte, a defesa de outros bens, que não os expressamente elencados no rol, desde que tenham natureza supraindividual.

No entanto, reza o parágrafo único do reportado artigo:

Parágrafo único. Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados.

Tendo em vista a amplitude dada ao tema, a inserção do parágrafo único pela Medida Provisória n.º 2.180-35, de 24 de agosto de 2001, cujo escopo foi o de restringir a atuação dos legitimados na defesa dos interesses metaindividuais, é inconstitucional, ao passo que tenta impedir o acesso coletivo à jurisdição, garantido pela Constituição Federal.

É este também o pensamento compartilhado por Mazzilli (2002, p. 125):

Flagrante é a inconstitucionalidade de medida provisória que tenta impedir o exercício de garantia constitucional, que é o acesso coletivo à jurisdição. Ou seja, é o mesmo que, tendo a Constituição garantido o acesso à jurisdição, não só sob o aspecto individual como o coletivo (Tít. II, Cap. I, e art. 5, XXI, XXV e LXX), vir o administrador e dizer que, nos casos que ele deseja, não cabe acesso coletivo à jurisdição...

Conclui-se, portanto, que o objeto da LACP é o mais amplo possível, podendo os legitimados ajuizarem ação para a defesa de quaisquer interesses difusos ou coletivos em sentido amplo.

O objeto de uma ação é elemento importantíssimo, pois possibilita a individualização desta, juntamente com as partes e a causa de pedir. Nas ações civis, é exteriorizado pelo pedido, que pode ser simples, cumulado, sucessivo, alternativo, eventual (artigo 286, CPC), ou, ainda, mediato e imediato.

Em decorrência da disposição do artigo 3º da LACP, que estabelece que “a ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer”, alguns precedentes jurisprudenciais não têm admitido que o réu seja condenado, cumulativamente, ao cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer e ao pagamento de prestação pecuniária. Mazzilli (2002, p. 131), por sua vez, explica que:

Essa lição deve ser corretamente entendida. O que há de entender, em outras palavras, é que, pelo mesmo dano, não se há de condenar o réu à sua integral reparação e também à sua indenização pecuniária; mas, nada impede, entretanto, que se condene o réu a pagar uma indenização pelos danos até então já causados, e, ao mesmo tempo, a cumprir uma obrigação de fazer, como pôr um filtro numa chaminé de fábrica, para prevenir danos futuros.

Deste modo, o réu poderá sim ser condenado à reparação do dano causado e também à indenização, desde que o pedido comporte esta possibilidade.

3.9 Litispendência

Embora a disciplina da litispendência esteja inserida no CDC no capítulo que trata da coisa julgada, optou-se por analisar o instituto neste momento, ao tratar-se das ações coletivas em geral, em razão de se reservar ao próximo capítulo o estudo da *coisa julgada* propriamente dita.

Sabendo-se que os elementos identificadores da ação são as partes, pedido e causa de pedir, tem-se que a litispendência, pressuposto processual negativo, consiste na coincidência desses três elementos, verificando-se o ajuizamento de uma ação idêntica a uma que está em andamento.

Em sede de ações coletivas, em razão da peculiaridade da legitimidade ativa, que é extraordinária, com diversos legitimados, que podem atuar de forma autônoma, haverá litispendência na hipótese de identidade de pedidos e causa de pedir, ainda que não tenham sido propostas pelo mesmo legitimado ativo.

Assim, havendo duas ações coletivas que versem sobre a mesma causa de pedir e tenham o mesmo pedido, ainda que uma delas tenha sido proposta pelo Ministério Público e a outra por uma associação civil, haverá litispendência entre elas, com a extinção da segunda sem a apreciação do mérito.

Este fenômeno se assemelha à coisa julgada, sendo que o traço distintivo entre ambas é que na primeira as duas ações idênticas estão em curso, enquanto na segunda, uma delas já foi definitivamente julgada.

A este respeito, Mazzilli (2002, p. 235) explica que:

Ora, se pode haver coisa julgada entre duas ações civis públicas com o mesmo pedido e a mesma causa de pedir, embora com autores diferentes, é evidente que, por identidade e razão haverá litispendência entre ambas, se, ao contrário de estar uma delas já definitivamente julgada, estiverem ambas em andamento.

Todavia, as ações coletivas não impedem que, paralelamente a elas, estejam em curso ações individuais. Assim, não ocorrerá litispendência entre ações coletivas que versem sobre direitos difusos e coletivos em sentido estrito e ações a título individual, embora o autor individual tenha a faculdade de requerer a suspensão do processo por ele intentado, no prazo de 30 (trinta) dias contados da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva, para usufruir dos benefícios de eventual sentença coletiva favorável em ações que versem sobre interesses coletivos em sentido estrito ou individuais homogêneos. A sentença que rejeita o pedido, com a conseqüente improcedência, não acarretará repercussão nos conflitos individuais.

É o que expressamente dispõe o artigo 104 do CDC. Todavia, solução diversa não poderia ocorrer, uma vez que não coincidem as partes, nem o pedido destas ações³⁶.

A *contrario sensu*, haveria litispendência entre uma ação coletiva destinada à defesa de interesse individual homogêneo e outra ação individual que tivessem a mesma causa de pedir. Mazzilli (2002, p. 236) explica que, na verdade, este seria um caso de conexão ou, dependendo da hipótese, de continência, de sorte que a ação coletiva teria um objeto mais abrangente que a ação individual e acrescenta que este fenômeno apenas irá se configurar se, na ação individual, o autor pleitear a reparação do que seu dano tenha de comum aos dos demais lesados.

³⁶ Não é demais ressaltar que nas ações individuais o autor só poderá pleitear em juízo os prejuízos individualmente sofridos em razão do dano metaindividual, em decorrência da legitimidade ordinária.

Por fim, entre uma ação popular e uma ação coletiva pode haver conexão ou litispendência, se idênticas as causas de pedir e os pedidos, uma vez que os legitimados para ambas atuam como substitutos processuais dos interessados.

4. A COISA JULGADA NAS AÇÕES COLETIVAS

Conforme mencionado em passagem anterior³⁷, a coisa julgada, como fenômeno processual, vem a ser uma qualidade especial, agregada aos efeitos da sentença, que os torna imutáveis.

Constitui medida necessária, tendo em vista o princípio da segurança jurídica, uma vez que, o escopo das partes quando ingressam com a relação jurídica processual é a apaziguação do conflito, com a solução definitiva da lide. É, talvez, o aspecto mais importante do devido processo legal, haja vista que proporciona a estabilidade das relações jurídicas, impedindo que outra demanda, com os mesmos elementos que uma anteriormente julgada, seja proposta.

Tal fenômeno ocorre após o trânsito em julgado da sentença, ou seja, com o esgotamento das vias recursais ou a não utilização deste sistema pelas partes, deixando transcorrer *in albis* o prazo que lhes competia para interposição do recurso.

As peculiaridades dos interesses discutidos nas ações civis públicas e coletivas culminaram na elaboração de regras específicas para disciplinar a coisa julgada nestas ações, compatibilizando o instituto à tutela de tais interesses (artigos 16, LACP, e 103, CDC).

O fato de estas ações versarem sobre interesses que não pertencem exclusivamente ao titular da ação é que legitima as profundas alterações sofridas pelo instituto, em relação ao processo civil tradicional.

Portanto, como os bens tutelados pertencem a uma coletividade de pessoas, os efeitos da coisa julgada devem ser estendidos a todos os titulares do direito discutido, uma vez que o dano deve ser recomposto em face de todos os lesados.

As modificações efetivadas e que permitiram a criação da *coisa julgada coletiva* ocorreram a fim de proporcionar a proteção de um maior número de pessoas, havendo, no entanto, apenas a adequação do instituto e não o seu total desvirtuamento.

No que toca à extensão dos efeitos da sentença nas ações coletivas, três posicionamentos se propuseram a estabelecer a forma mais apropriada para esta disciplina.

O primeiro defendia que estes efeitos deveriam operar-se *intra partes*, salvo em relação à sua imutabilidade, cuja extensão alcançaria todos os terceiros interessados na demanda e, na eventualidade da ação ser julgada improcedente, caberia ao lesado o manejo de uma ação rescisória, visando afastar de si a imutabilidade indesejada.

A segunda corrente, amparada nas *class actions* do Direito Norte-Americano, apregoava que o legitimado ativo atuaria em juízo representando adequadamente os lesados, de modo que seriam atingidos diretamente pela eficácia da sentença e não por sua extensão a terceiros (sendo representados em juízo, não são propriamente terceiros no processo).

Nesta hipótese, se o lesado não pretendesse que os efeitos da sentença lhe alcançassem, deveria requerer a sua exclusão expressamente (*right to opt out*).

Finalmente, o terceiro posicionamento, adotado pelo ordenamento jurídico pátrio, anuncia que os efeitos da coisa julgada devem atuar *secundum eventum litis*, cujas conseqüências serão analisadas posteriormente.

Ainda, insta rememorar que o sistema da coisa julgada nas ações coletivas, assim como as demais normas processuais que dizem respeito a estas demandas, deve ser buscado tanto na Lei da Ação Civil Pública, quanto no Código de Defesa do Consumidor, em virtude da reciprocidade entre estes diplomas legais.

O sistema da coisa julgada nas ações coletivas possui características próprias em decorrência do bem tutelado e as suas principais peculiaridades são a possibilidade da extensão dos limites subjetivos e a coisa julgada *secundum eventum litis*.

³⁷ Item 1.5.1.

4.1 Extensão dos Limites Subjetivos

Os limites subjetivos da coisa julgada, como visto, dizem respeito à extensão dos efeitos deste fenômeno, ou seja, quem será atingido pela imutabilidade do julgado.

No processo civil tradicional, porque marcado pela perfeita individualização das partes, plenamente justificável a aplicação da regra insculpida no artigo 472 do CPC, segundo a qual a sentença faz coisa julgada apenas às partes entre as quais é proferida, não beneficiando, nem prejudicando terceiros (*res inter alios iudicata aliis non praeiudicare*), que, aliás, é princípio inerente ao contraditório e à ampla defesa.

No entanto, no processo coletivo, em virtude das peculiaridades que comporta, inviável a aplicação do princípio supramencionado, sob pena de obstacularizar o acesso coletivo à jurisdição. Pensando nisso, a LACP e o CDC ampliaram os limites subjetivos da coisa julgada, para que atinjam todos os titulares do direito material discutido na ação em que foram substituídos.

O CDC estabelece que a eficácia da sentença nestas ações se opera *erga omnes* (contra todos) ou *ultra partes* (além das partes), dependendo do tipo de interesse discutido.

Isto significa que a imutabilidade da decisão alcançará pessoas que não fizeram parte diretamente da relação processual, diversamente do que preceitua a regra geral do aludido artigo 472 do CPC.

Neste momento, compete salientar que, na verdade, as expressões reportadas, ontologicamente, são sinônimas e aludem à circunstância de que terceiros serão alcançados diretamente pelos efeitos externos da sentença, vez que não é a disciplina legal que diferencia os dois efeitos, mas isto decorre da própria definição dos interesses.

Nos interesses difusos, esta eficácia beneficia qualquer terceiro por não ser possível individualizar todos os titulares do interesse, ao passo que, nos interesses coletivos, em razão de serem determináveis estes titulares, sendo passíveis de

serem identificados enquanto integrantes do grupo, categoria ou classe de pessoas, pois ligados por um elo comum, os efeitos da coisa julgada apenas os beneficiarão, e não qualquer terceiro.

O princípio aplicável à tutela individual, então, comporta uma exceção, de cunho legal, que evidencia o princípio da *extensibilidade da coisa julgada*³⁸.

Pela legitimidade extraordinária, o sistema possibilita que, desde que autorizada em lei, uma pessoa (especificamente, o legitimado) pleiteie, em nome próprio, interesse alheio.

Assim, a ruptura do sistema tradicional, com a conseqüente extensão dos efeitos da coisa julgada, é necessária em virtude da *substituição processual*, bem como o fato de que, em certos casos, os titulares do interesse não podem ser individualizados, ou, ainda que possam, esta determinação se tornar praticamente impossível. Neste passo, conforme leciona Mancuso (1998, p. 128), a coisa julgada se estenderá “até onde se projete o interesse metaindividual cuja tutela se pretende, e de modo a alcançar todos os sujeitos a ele concernentes”.

A sentença nas ações coletivas tem *caráter normativo*, cuja eficácia alcança toda a coletividade titular do interesse, como se fosse uma regra de caráter geral e abstrato. A coisa julgada, portanto, é um comando genérico.

O instituto em questão já era aplicável à Ação Popular (Lei n.º 4.717/65) antes de ser introduzido às ações civis públicas pela Lei n.º 7.347/85 (artigo 16). Aquela lei, de certa forma, serviu de modelo para a LACP, pois já continha orientação neste sentido, em seu artigo 18³⁹.

Impende notar que, se não fosse possível tal extensão, as ações coletivas perderiam a sua razão de ser, pois de nada adiantaria que o substituto processual

³⁸ Princípio referido por Carvalho Filho (2001, p. 403). O autor elenca os casos em que este princípio é justificado, como na sucessão, em que a coisa julgada se estende aos sucessores da parte e na legitimação extraordinária ou substituição processual, em que a coisa julgada será oponível também ao substituído. Acrescenta, ainda, que a parte final do artigo 472 admite tal princípio, ao dispor que “Nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros”.

³⁹ “Art. 18. A sentença terá eficácia de coisa julgada oponível *erga omnes*, exceto no caso de haver sido a ação julgada improcedente por deficiência de prova; neste caso, qualquer cidadão poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova”.

intentasse a ação, que nenhum benefício traria aos titulares do direito material tutelado.

No mais, na hipótese de um dano a um interesse individual homogêneo, pertencente a um grande número de pessoas, as ações movidas por todas elas poderiam gerar decisões contraditórias, o que é inconcebível, por estarem todos na mesma situação.

A extensão é necessária porque, ainda que cada lesado possa vir a juízo pleitear os danos pessoalmente sofridos, não poderiam defender o direito de todos, coletivamente, pois a eles falta legitimidade.

A sentença, então, atinge inclusive os estranhos à relação processual, embora não sejam propriamente terceiros, pois, na verdade, estes são os substituídos processualmente e é o direito a eles pertencentes que está sendo discutido em juízo.

Por fim, acerca dos limites subjetivos da coisa julgada em sede de ações coletivas, convém fazer uma breve anotação acerca dos limites impostos pela Medida Provisória n.º 1.798-2/99, substituída pela n.º 1.906-11/99, que acrescentou o artigo 2º-A à Lei n.º 9.494/97, que disciplina a LACP, com a seguinte redação:

Art. 2º-A. A sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator.

O fim colimado pelo Poder Executivo, mediante a edição do reportado ato normativo foi o de restringir o acesso coletivo à jurisdição, na medida em que pretendeu que apenas fossem atingidos pela sentença coletiva os interessados que, na data do ajuizamento da ação, fossem domiciliados no âmbito da competência territorial do órgão prolator da decisão.

Esta regra não deve ser observada, pois, na legitimação extraordinária, o substituto processual defende direito alheio e, deste modo, a sentença proferida na demanda deve atingir necessariamente todos os titulares do direito material.

Solução diversa constituiria uma afronta ao princípio constitucional da igualdade, uma vez que, pessoas na mesma situação seriam tratadas, injustificadamente, de modo diferente.

No mais, ainda que aplicável tal restrição, não teria eficácia em se cuidando de ações que versem sobre direitos difusos, por serem indeterminados e indetermináveis seus titulares, não sendo possível, por este motivo, saber onde estão domiciliados.

4.2 A Coisa Julgada nas Diversas Categorias de Interesses

Em virtude dos efeitos da coisa julgada dependerem do tipo interesse discutido em juízo, não obstante a integração entre a LACP e o CDC, e, portanto, a necessidade do estudo conjunto destes estatutos, optou-se por seguir a disciplina deste último diploma que, relativamente àquele, tratou o assunto de forma mais detalhada, distinguindo os efeitos de acordo com cada interesse, em seu artigo 103, além da circunstância de que o artigo 16 da aludida lei, que disciplina os efeitos da sentença nestas ações, sofre severas críticas, que serão analisadas a seguir.

4.2.1 A coisa julgada nos interesses difusos

Em se tratando de interesses difusos, os efeitos da sentença são disciplinados pelo inciso I do artigo 103 do CDC, c.c. § 1º do mesmo artigo, que estabelece que a sentença fará coisa julgada “*erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, valendo-se de nova prova (...)”.

A regra geral da eficácia *erga omnes* que aqui se cuida, é indispensável em razão da natureza do interesse em questão, cujo objeto é essencialmente indivisível e seus titulares indetermináveis. A coisa julgada, portanto, alcançará a todos, ou

seja, além dos legitimados, aqueles que não participaram diretamente da relação jurídica processual, mas que são titulares do interesse.

Cumpra distinguir três situações distintas.

A primeira, diz respeito ao pedido julgado procedente, caso em que haverá coisa julgada *erga omnes*, sendo vedado a qualquer legitimado intentar outra ação com os mesmos elementos da anteriormente julgada, sob pena de extinção desta ação sem a apreciação do mérito da causa (artigo 267, inciso V, do CPC). A sentença, do mesmo modo, prevalecerá a todos os integrantes da coletividade, que poderão se valer da decisão “em benefício de suas pretensões individuais” (GRINOVER, 2001, p. 855).

A segunda, refere-se ao pedido julgado improcedente, quando a prova carreada aos autos for suficiente para convencer o julgador da improcedência da ação, hipótese em que, em tese, esta não poderá ser reproposta pelos co-legitimados, operando-se também os efeitos da coisa julgada⁴⁰. Todavia, o direito individual dos titulares do interesse não é tolhido, uma vez que poderão ajuizar ações individuais para discutir o seu direito.

Em terceiro lugar, quando a ação for julgada improcedente, mas insuficientes as provas que embasaram o pedido do autor, situação em que será possível a renovação da ação coletiva por qualquer legitimado, inclusive aquele que propôs a demanda⁴¹, com idêntico fundamento, desde que uma *nova prova* seja apresentada. Esclareça-se que a insuficiência probatória fatalmente leva à improcedência da ação, desde que os elementos trazidos aos autos não sejam suficientes para convencer o julgador, porque cabe ao autor provar os fatos em que se baseiam o seu pedido e deve se desincumbir deste ônus.

Assim, tanto o autor quanto qualquer outro legitimado poderão ajuizar, não *outra ação*, como sugere a legislação, mas a *mesma* ação, pois serão idênticos os

⁴⁰ Vide anotações acerca da coisa julgada *secundum eventum litis* (Item 4.4).

⁴¹ A conclusão é correta porque a lei se refere a *qualquer* legitimado e não a qualquer *outro* legitimado.

seus elementos aos da anteriormente julgada, ou seja, versará sobre os mesmos fatos, pedido e causa de pedir, ainda que diverso o legitimado.

No que tange aos danos pessoalmente sofridos, a solução proposta pela lei é diversa. O parágrafo primeiro do mencionado artigo 103 estabelece que a autoridade da coisa julgada não prejudicará direitos individuais daqueles que integram a comunidade lesada que, mesmo com a rejeição da demanda coletiva, poderão intentar ações de caráter individual para pleitear os prejuízos que suportaram.

Podemos citar como exemplo uma ação coletiva, julgada improcedente, por uma razão qualquer, manejada contra determinada indústria, em que se busca a condenação desta, pela poluição potencialmente causada ao meio ambiente, em razão do lançamento de resíduos tóxicos, provavelmente cancerígenos, em determinada nascente. Desta feita, consoante a disposição do CDC, não obstante a rejeição do pedido coletivo, os individualmente lesados que se servem deste manancial e são portadores de câncer de estômago, podem propor ações individuais, visando o ressarcimento do dano sofrido, sendo possível comprovarem o nexos causal entre a doença e a conduta da empresa, inclusive com a demonstração de que é muito menor o percentual conhecido da doença entre pessoas que não se utilizam desta fonte.

Cabe salientar que, ainda que o Código tenha optado por consignar expressamente a regra, não seria possível admitir-se solução diversa, uma vez que as ações individuais e as coletivas não têm partes e nem pedidos idênticos, podendo, no máximo, constituir uma conexão, por ser o pedido destas mais abrangentes que o daquelas.

Por outro lado, seguindo orientação do parágrafo terceiro do mesmo artigo, os individualmente lesados poderão valer-se da sentença de procedência da ação coletiva, promovendo a liquidação e execução deste título, sem a necessidade de nova ação de conhecimento⁴².

⁴² Acerca deste assunto, vide Item 4.3.

4.2.2 A coisa julgada nos interesses coletivos *stricto sensu*

Dispõe o inciso II do artigo 103 do CDC que a sentença fará coisa julgada “*ultra partes*, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior (...)”.

Observa-se da redação do artigo citado que, aqui, os efeitos da sentença proferida não se operam *erga omnes*, mas sim *ultra partes*, em razão do interesse discutido, cujos titulares são determináveis. Significa dizer que os efeitos da coisa julgada, embora não se estendam a toda a coletividade, vão além das partes, estando limitados, todavia, ao grupo, categoria ou classe, cujos titulares estão ligados entre si por uma relação jurídica base.

Contudo, esta limitação não é absoluta, sendo pertinente lembrar que, segundo Grinover (2001, p. 856), “a indivisibilidade do objeto dos interesses coletivos (...) freqüentemente importará na extensão dos efeitos da sentença a pessoas estranhas ao vínculo associativo”.

A autora cita como exemplo o caso em que uma entidade associativa ingressa em juízo com ação coletiva, visando à tutela de interesses coletivos de seus filiados, que serão alcançados pela eficácia da coisa julgada. No entanto, a própria indivisibilidade do objeto estenderá os efeitos da decisão a todos que se encontrarem na mesma situação em relação à parte contrária.

No mais, as outras regras acerca da eficácia da coisa julgada são as mesmas expendidas acima, aplicáveis aos interesses difusos, ou seja, coisa julgada *secundum eventum litis*, dependendo do resultado do processo, se julgada procedente a demanda ou, se improcedente, por qual fundamento, e ainda, a disciplina do parágrafo primeiro do artigo 103, segundo a qual os efeitos da coisa julgada em ação que discuta interesse coletivo não prejudicará os direitos dos integrantes do grupo, categoria ou classe de pessoas.

4.2.3 A coisa julgada nos interesses individuais homogêneos

Nos termos do inciso III do artigo 103 do CDC, no caso de interesses individuais homogêneos, a sentença fará coisa julgada “*erga omnes*, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores (...)”.

Nesta hipótese, os efeitos da coisa julgada se operam em benefício de todas as vítimas do mesmo ato lesivo e, eventualmente, seus sucessores, mesmo que não tenham ingressado na lide como assistentes litisconsorciais.

Ainda, a sentença só fará coisa julgada em relação aos titulares do interesse se o pedido for acolhido. De outra banda, se julgado improcedente o pedido, os terceiros que não tenham intervindo no processo como assistentes litisconsorciais, poderão intentar novas ações. É o que se convencionou chamar coisa julgada *in utilibus*, ou seja, apenas operam os seus efeitos para beneficiar as vítimas ou sucessores.

A imutabilidade da decisão, ainda que a lei se refira a efeitos *erga omnes*, fica limitada aos titulares do interesse metaindividual tutelado. Assim, embora ontologicamente as expressões *erga omnes* e *ultra partes* sejam sinônimas, como o legislador optou por distinguir os efeitos da coisa julgada, teria sido melhor que também à sentença que verse sobre interesses individuais homogêneos, mencionasse eficácia *ultra partes*, uma vez que os integrantes do grupo lesado são determináveis, ainda que o elo que os uma seja a origem comum.

Mazzilli (2002, p. 482), a respeito do escopo da lei em distinguir a eficácia da sentença em *erga omnes* e *ultra partes*, pondera que:

Então, se foi essa a intenção, sob tal aspecto, melhor teria sido que o legislador se tivesse valido do conceito de eficácia *ultra partes* também para referir-se aos interesses individuais homogêneos. Quanto a estes, a lei também deveria ter mencionado efeitos *ultra partes*, e não *erga omnes*, porque a defesa de interesses individuais homogêneos abrange apenas os integrantes do grupo, classe ou categoria de pessoas lesadas (as vítimas ou seus sucessores), do mesmo modo que ocorreria na defesa de interesses coletivos, em sentido estrito.

Ultrapassada a questão supra, compete apontar que a redação do inciso em epígrafe dá margem a dúvidas, uma vez que estabelece que a sentença proferida em ação coletiva que verse sobre interesses individuais homogêneos somente produzirá coisa julgada se a pretensão formulada pelo autor for acolhida.

Ocorre que, diversamente da disciplina relativa aos direitos difusos e coletivos, segundo qual a sentença de improcedência não produzirá coisa julgada desde que haja *nova prova*, hipótese em que a ação poderá ser renovada, com idêntico fundamento, aqui o legislador se limitou a dizer que a eficácia da sentença apenas se opera na eventualidade desta ser procedente.

Desta forma, embora sabendo-se que a improcedência não prejudicará os individualmente lesados que não intervieram como litisconsortes, o que dizer dos legitimados a proporem ações coletivas? Em relação a eles a eficácia da coisa julgada também se opera? Poderão, a qualquer tempo, ajuizar nova ação, uma vez que não é exigido o requisito da nova prova?

Parece, então, que o legislador, pretendendo beneficiar os titulares do interesse, cometeu um equívoco.

A questão, embora relevante, não foi enfrentada pela doutrina, mas deve-se considerar que o intuito da lei não é possibilitar, a qualquer tempo, a reiteração da demanda.

A melhor solução, logo, é a aplicação da analogia ao caso, permitindo-se o ajuizamento de nova ação pelos legitimados coletivos apenas se este apresentar *nova prova*, como no caso de sentenças proferidas em ações que versem sobre interesses difusos e coletivos.

Por outro lado, também não é correto interpretar o dispositivo restritivamente, para impossibilitar que nova demanda coletiva seja ajuizada, ainda que surja uma nova prova que ampare o pedido formulado na ação anteriormente julgada improcedente.

O parágrafo segundo do artigo 103, como visto, preceitua que em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes⁴³ poderão propor ação de indenização a título individual. Isto decorre da divisibilidade do objeto. A *contrario sensu*, aqueles que houverem intervindo na ação coletiva, não poderão intentar uma ação visando a reparação dos danos pessoalmente sofridos, pois tiveram a oportunidade de intervir no processo.

No entanto, apenas será atingido pelo efeito *erga omnes* o autor da ação individual que requerer a suspensão desta, no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva.

Se a ação coletiva for julgada procedente antes da ação individual, o processo deverá ser extinto sem julgamento do mérito por falta de interesse processual superveniente.

Resta perquirir se, na eventualidade do autor da demanda individual não ser cientificado do ajuizamento da ação coletiva, este poderá ou não ser prejudicado.

Neste caso, sendo a ação individual julgada improcedente, após o trânsito em julgado da decisão nela proferida, a solução mais razoável é que o indivíduo perde o direito de ser beneficiado pela eventual procedência da ação coletiva, pois não é correto simplesmente desconsiderar a coisa julgada. Ainda, deve-se ter em vista que, consoante artigo 94 do CDC, proposta a ação coletiva, será publicado edital, no órgão oficial, a fim de dar publicidade da demanda e para que os interessados possam intervir no processo como assistentes litisconsorciais, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social por parte dos órgãos de defesa do consumidor.

Restaria a ele apenas a faculdade de ajuizar uma ação rescisória se ainda não houver decorrido o prazo decadencial para esta interposição e se preencher os demais requisitos impostos pela lei processual.

⁴³ Na verdade, não são propriamente litisconsortes, mas assistentes litisconsorciais (vide Item 3.5.4).

4.3 Transporte da Coisa Julgada às Ações Individuais

O parágrafo terceiro do artigo 103 do CDC, inspirado no princípio da economia processual e nos critérios da coisa julgada *secundum eventum litis*, traz mais uma inovação em relação à coisa julgada no sistema processual tradicional. O dispositivo aludido permite que a sentença coletiva procedente seja transferida para as ações individuais que pleiteiam indenizações por danos pessoalmente sofridos, ao dispor que:

Art. 103. (...)

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

Desta forma, em decorrência do transporte da coisa julgada favorável produzida na ação coletiva, ocorre “a ampliação, *ope legis*, do objeto do processo, para incluir na coisa julgada a decisão sobre o dever de indenizar” (GRINOVER, 2001, p. 840).

A decisão da demanda coletiva fixa a responsabilidade do réu para que componha todos os danos decorrentes de sua conduta, metaindividuais ou individuais. Assim, além da extensão subjetiva do julgado, ocorre a ampliação do objeto do processo, em decorrência da lei, pois ainda que a circunstância não conste do pedido, o causador do dano terá que recompô-lo integralmente também em face dos individualmente lesados.

Logo, inclui-se na sentença o dever do réu, se vencido da demanda, de reparar os danos individualmente causados e, desta forma, o particular não necessitará manejar um processo de conhecimento para que veja reconhecido o seu direito individual.

Pelas regras clássicas do processo civil, não haveria como transportar o julgamento da demanda coletiva às ações individuais, sem que houvesse norma expressa neste sentido, pois as ações são diversas.

Cabe salientar que, na hipótese de improcedência da ação, os titulares do interesse não serão prejudicados pela eficácia do julgado, pois poderão intentar ações de cunho individual para discutir a existência ou não dos danos pessoalmente sofridos.

Ocorre aqui fenômeno semelhante aos efeitos civis da sentença penal condenatória, cuja decisão é transportada ao juízo cível e a decisão acerca da culpa do agente, no juízo criminal, não mais será discutida em ação de conhecimento, nos termos do artigo 91, inciso I, do Código Penal⁴⁴. Desta forma, a sentença proferida no juízo criminal será imediatamente liquidada e executada no âmbito civil⁴⁵.

O mesmo sucede em sede de ações coletivas, por força do CDC, em relação à sentença favorável prolatada nestas demandas, nas quais os individualmente lesados, desde logo, poderão liquidá-la e executá-la, visando o ressarcimento dos prejuízos experimentados.

A eficácia da sentença proferida na demanda coletiva tem efeito vinculante em relação à obrigação de indenizar do causador do dano. Todavia, é evidente que os lesados, individualmente considerados, terão que comprovar o dano sofrido em sua esfera individual e o nexo causal entre o dano e a conduta do réu.

A liquidação, por sua vez, é *sui generis*, um tipo diferenciado do processo de liquidação estabelecido no CPC. A sentença não é líquida e exigível e, por esta razão, antes de ser fixado o *quantum debeatur*, o lesado deverá demonstrar a existência de uma lesão pessoal e o nexo de causalidade entre o seu dano e a conduta do réu. Admite-se contraditório e ampla defesa nesta liquidação.

⁴⁴ “Art. 91. São efeitos da condenação:

I – tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime;
(...)”.

⁴⁵ Conforme artigos 63 do Código de Processo Penal e 584, inciso II, do Código de Processo Civil.

O § 4º do artigo 103 segue a mesma técnica do parágrafo precedente, determinando a mesma disciplina à sentença penal condenatória, aplicando-se, tão somente, o critério do artigo 63 do Código de Processo Penal.

4.4 Coisa Julgada Secundum Eventum Litis

Adiantou-se acima que, em sede de ações coletivas, a produção de coisa julgada material à sentença depende do resultado da lide e do tipo de interesse discutido no processo. É a denominada coisa julgada *secundum eventum litis*.

A lei, portanto, mitiga a coisa julgada em sede destas ações, sendo possíveis as seguintes hipóteses e conseqüências:

a)- *Pedido julgado procedente*: a sentença sempre produzirá coisa julgada material, tornando-se imodificável após a preclusão de todos os recursos, em qualquer categoria de interesse. Atinge toda a coletividade titular do direito discutido na demanda, produzindo, igualmente, efeitos na seara individual de cada lesado. No entanto, na eventualidade de ajuizamento de ações individuais, o lesado apenas se beneficiará do resultado da ação coletiva se requereu a suspensão desta demanda (artigo 104, segunda parte, do CDC).

b)- *Pedido julgado improcedente*: nesta hipótese, abstraindo-se as críticas expendidas acerca dos interesses individuais homogêneos (Item 4.2.3) e também as que serão feitas a seguir, a correta análise da produção ou não da coisa julgada material (porque em algum momento, fatalmente ocorrerá a coisa julgada formal) depende do motivo que levou à rejeição do pedido. Temos, então:

b.1)- *Improcedência baseada em prova plena ou qualquer outra razão, que não a falta de provas*: a sentença produz coisa julgada material, impedindo que outro legitimado intente a mesma ação, com elementos idênticos, mas não impede a discussão a título individual para discutir os danos pessoalmente sofridos.

b.2)- *Improcedência por insuficiência de provas*: a sentença não será acobertada pelo manto da coisa julgada material, podendo ser reproposta a qualquer tempo, desde que uma nova prova seja apresentada.

b.3)- *Improcedência de ação coletiva que verse sobre interesses individuais homogêneos*: a sentença, em tese, não produz coisa julgada material e nada impede que ações individuais sejam propostas pelos lesados, salvo se intervieram como assistentes litisconsorciais na demanda coletiva.

Este tratamento diferenciado foi instituído em razão da possibilidade de que eventual conluio entre autor legitimado e réu levasse à improcedência da ação, pela deficiência da atividade probatória desenvolvida no processo e, segundo Grinover (*apud* MILARÉ, 2000, p. 445), para evitar os riscos da formação de uma coisa julgada negativa, cuja eficácia se projete *erga omnes*.

Todavia, como esta presunção de má-fé constituiria uma afronta aos princípios gerais do direito, o legislador não pôde partir deste pressuposto para a opção por este instituto, de sorte que, justifica-se principalmente pela natureza dos interesses discutidos nestas ações, que, no mais das vezes, são indisponíveis e, por esta razão, devem ser mais protegidos, e ainda por pertencerem a um grande número de pessoas, que podem apenas pleitear em juízo os danos meramente individuais que tenham sofrido.

Consoante lição de Carvalho Filho (2001, p. 406), o sistema da coisa julgada *secundum eventum litis* traduz-se na aplicação do princípio da renovabilidade, que permite o ajuizamento de nova ação com fundamento idêntico à anterior, desde que amparado por nova prova.

Primeiramente, deve-se definir o que vem a ser a insuficiência de provas, que obsta a formação da coisa julgada⁴⁶. Carvalho Filho (2001, p. 407), conceitua a prova insuficiente da seguinte forma:

⁴⁶ Insta consignar que, a redação anterior à Lei n.º 9.494/97 mencionava que a sentença não produziria coisa julgada na hipótese de *deficiência* de provas, expressão menos ampla que a atual, na medida em que, a prova será deficiente quando as partes, embora pudessem, não trouxeram aos autos todos os elementos necessários à convicção do julgador para a solução da lide. Significa que a prova foi falha.

A prova é insuficiente não só porque não foram oferecidos ao julgador os elementos de convicção, embora existentes, como ainda porque esses elementos ainda não existiam em sua plenitude, de modo a poderem ser levados ao processo.

A prova será considerada *nova* quando de *espécie* (por exemplo, utilizou-se de prova exclusivamente testemunhal e agora se vale de prova pericial) ou *forma* (na hipótese, por exemplo, de ter-se utilizado de determinado documento e agora vir a apresentar outro) diversa das apresentadas na ação anterior, julgada improcedente. *Nova prova*, portanto, significa qualquer uma não apresentada na ação anterior.

Anote-se que, para esta exigência, faz-se necessário que o autor reproponha a *mesma demanda*, com os *mesmos fundamentos* da anterior. Em hipótese contrária, tratar-se-á de ação diversa, sendo possível, inclusive, que o material probatório produzido seja suficiente para ensejar uma condenação.

A nova prova constitui condição específica da ação⁴⁷, de modo que a sua ausência acarreta a extinção do processo sem julgamento do mérito. Deste modo, o autor deve indicá-la já na petição inicial.

Importante estudo é o que se refere ao momento em que se deve reconhecer a insuficiência de provas. Discute-se se é ou não necessário que juiz declare na sentença de improcedência que rejeitou o pedido em virtude deste não estar amparado com provas suficientes.

Um número considerável de doutrinadores pugna pela necessidade da consignação expressa, como podemos inferir da lição de José Afonso da Silva (*apud* MIRRA, 2002, p. 259), ao tratar do tema da ação popular, que traz regra análoga em seu artigo 18:

É necessário que o juiz, ao rejeitar a demanda lance, na própria sentença, a cláusula: *por deficiência de prova*; se não houver essa afirmação, ou implicitamente ao menos não decorrer indubitavelmente da decisão, deverá entender-se que a demanda foi rejeitada *por infundada*, fazendo-se, pois, coisa julgada *erga omnes*.

Mancuso (*apud* MIRRA, 2002, p. 259), igualmente se referindo à ação popular, compartilha de tal entendimento e leciona que:

É importante ressaltar que nos casos de improcedência por insuficiência de prova deve o juiz *consignar expressamente essa circunstância no dispositivo do julgado*, a fim de que se opere o sistema especial da coisa julgada previsto no art. 18, parte final da LAP. Trata-se de um critério legal especialíssimo, derogatório do sistema comum, e, portanto, para sua incidência no caso concreto é preciso que o próprio julgador esclareça que está julgando “no estado dos autos”.

Não obstante os entendimentos esposados pelos respeitáveis autores, uma análise cautelosa permite que se conclua pela desnecessidade de tal indicação na sentença.

A garantia da coisa julgada *secundum eventum litis* decorre da própria lei, logo, a opção não pode ficar a critério do juiz. É evidente que, neste caso, em que a lei condiciona a formação da coisa julgada a determinado evento, deve haver uma análise objetiva, e não meramente subjetiva, por parte do julgador. Na verdade, o que configura insuficiência da instrução para um magistrado, para outro pode ser hipótese de prova infundada, o que, em princípio, impediria a repositura da ação.

Acrescente-se que é extremamente difícil distinguir se a situação em tela é de insuficiência ou não de prova. No mais, nem mesmo esta circunstância não é exigida do julgador, que tem o dever apenas de conhecer o direito, sendo que os fatos devem ser levados ao seu conhecimento (*narra tibi factum daba tibi jus*), já que não tem condições de conhecer todos aqueles que englobam a questão.

É este também o entendimento esposado por Gidi (1995, p. 133), consoante o seguinte magistério:

Acontece que, em inúmeros casos em que o magistrado diz expressamente ser infundada a pretensão, na verdade, o que ocorreu foi uma incompetente (voluntária ou involuntariamente) instrução do processo, aliada a uma deficiente argumentação para demonstrar que as provas e os argumentos da parte contrária eram falsos. E não será porque o juiz, equivocadamente, não se pronunciou expressamente a respeito da insuficiência de provas que não

⁴⁷ Gidi (1995, p. 135) entende que a nova prova se trata de critério de admissibilidade para a repositura da ação coletiva.

terá sido exatamente isso o que ocorreu. Ainda que jamais tome consciência disso.

Não se pode descartar, outrossim, a hipótese da evolução tecnológica. Cite-se como exemplo uma perícia, realizada em ação coletiva proposta em face de uma indústria farmacêutica, visando o exame da nocividade de determinado componente de um de seus medicamentos. Esta conclui pela inofensibilidade da substância e a ação é, conseqüentemente, julgada improcedente, produzindo, em corolário, coisa julgada, tendo o juiz inclusive lançado na sentença que assim agiu por entender que a prova se mostrou suficiente para rejeitar o pedido do autor. Contudo, posteriormente, surgem novas pesquisas, que demonstram que o mesmo componente é prejudicial à saúde.

À época da decisão, o juiz, forçosamente, deveria ter julgado a ação improcedente com base na prova apresentada, que se mostrou fundada. Assim, considerando as circunstâncias em que se deram os fatos, não há como conceber que a ação não poderia ser reproposta apenas porque não havia tecnologia suficiente para provar a nocividade da substância quando da realização da instrução na primeira ação.

Não se pode simplesmente descartar a nova pesquisa, em face da consignação na sentença de que a prova era suficiente. Hoje a ciência pode conduzir a resultados surpreendentes e o Direito não pode desconhecer estes avanços.

Ainda, Gidi (1995, p. 133) acentua que o autor e réu, com a instrução realizada, podem induzir o juiz em erro, e leciona que:

Se o objetivo primordial colimado pelo legislador através dessa norma é evitar processos fraudulentos e o perecimento do direito superindividual por desídia, incompetência ou mesmo má-fé por parte do autor coletivo, entendimento diverso inviabilizaria a própria regra, pois é perfeitamente possível autor e réu mancomunados induzirem o juiz em erro.

O que deve informar este princípio é a realidade dos fatos e não o conteúdo formal da sentença, devendo ser adotado um critério *substancial*.

Nem se diga que haveria ofensa à garantia constitucional da coisa julgada, uma vez que é a própria lei estabelece que, nestas hipóteses, a coisa julgada não se opera. Nas palavras de Paulo de Bessa Antunes (*apud* GIDI, 1995, p. 135), “nas ações (coletivas) julgadas improcedentes por falta de prova, a sentença tem sua eficácia condicionada à não-aparição de novos elementos (probatórios)”.

Conforme já explanado, a coisa julgada é uma garantia conferida aos litigantes, porém, não é essencial à função jurisdicional. Pode, portanto, ser dispensada em determinados casos, dependendo da conveniência de tornar ou não o julgado imutável.

Aqui, como nos casos em que deve haver recurso de ofício, nos quais, não havendo manifestação do tribunal, a decisão não produzirá coisa julgada, a lei exige, como condição para a definitividade do julgado, que o pedido não tenha sido rejeitado por insuficiência de provas. Pensar de maneira diversa é restringir a eficácia da tutela jurisdicional.

Assim, ainda que o juiz não declare esta circunstância na sentença, embora possa perfeitamente o fazer, a apresentação de nova prova possibilita que a ação seja reproposta, de sorte que esta apresentação demonstra cabalmente a insuficiência da instrução anterior.

De todo o exposto é possível inferir que, *genericamente*, a sentença de improcedência nas ações coletivas não produzirá coisa julgada material, haja vista que a qualquer tempo será possível repropô-la, desde que implementado o requisito da nova prova.

No entanto, é importante consignar que, *caso a caso* é possível a verificação de que não é cabível a renovação da ação, por não existirem mais provas a serem produzidas *naquele caso*.

Assim, ainda que a nova prova não dê ensejo à procedência do pedido, o mérito da questão deve ser apreciado novamente, embora esta prova deva ser apta a, em tese, mudar o rumo do processo.

Deste modo, a sentença de improcedência permite, em tese, a reiteração da ação sempre que houver nova prova, em decorrência do princípio *rebus sic standibus*, segundo o qual as circunstâncias devem permanecer tal como se encontram apenas até o implemento de um fato novo, que aqui, consubstancia-se na nova prova.

A exceção que se vislumbra à regra expendida ocorre quando o pedido é julgado improcedente e a questão for fundada em *matéria exclusivamente de direito*, ou seja, quando os fatos forem incontroversos, o que ensejaria inclusive julgamento antecipado da lide, pois o juiz tem livre convicção, desde que motivada. Neste caso, a causa só poderá ser discutida novamente em sede de ação rescisória, desde que implementados os requisitos do artigo 485 do CPC.

Assim, considerando que o reconhecimento da insuficiência probatória pode ocorrer inclusive se o juiz expressamente consignar na sentença de improcedência que assim agiu por entender que a prova é infundada, havendo discordância a respeito da matéria de fato, esta causa sempre autorizará a inovação da ação, desde que nova prova seja apresentada.

4.5 Necessidade de Mitigar a Coisa Julgada

A coisa julgada em sede de ações coletivas, não obstante tenha seus efeitos estendidos a todos os titulares do interesse discutido, deve ser mitigada.

É importantíssimo ressaltar que, nada obstante seja necessário mitigar os efeitos da coisa julgada em sede destas ações, tais restrições devem respeitar os critérios da constitucionalidade, legalidade e razoabilidade. Assim é que, os pretensos limites impostos por Medidas Provisórias, posteriormente convertidas em leis, a exemplo dos limites territoriais da coisa julgada, não podem ser aceitos com o simples propósito de mitigar a eficácia da sentença.

Os critérios estabelecidos pela lei para a restrição visam assegurar ainda mais o acesso à justiça, de modo que, não se pode, a pretexto de proporcionar um acesso coletivo à jurisdição, limitar o acesso individual a ela.

Tal restrição se faz necessária tendo em vista a extensão destes efeitos a um número elevado de pessoas que, no mais das vezes, não participaram do processo. O sistema das ações coletivas foi criado para proporcionar um acesso mais efetivo à jurisdição, assim, com este pretexto, não é lícito que se mitigue os direitos individuais dos lesados.

Às vezes, o dano coletivo pode não se configurar, mas sim o individual e as ações serão diferentes, uma vez que contam com pedidos diversos, mesmo que idêntica a causa de pedir. Ainda, o pedido na ação individual não pode extrapolar determinados limites, ou seja, o cidadão, individualmente considerado, não pode pretender defender direito que não lhe pertença, pois é legitimado apenas ordinariamente (§§ 1º e 3º do artigo 103 do CDC).

Outro mecanismo estabelecido pelo sistema das ações civis públicas e coletivas para mitigar a coisa julgada é a coisa julgada *secundum eventum litis*.

Torna-se necessário restringir os efeitos da coisa julgada, considerando as peculiaridades que esta apresenta em se cuidando de ações que extrapolam os limites individuais. Os titulares do direito material não participam diretamente do processo, embora a lei assegure a participação destes nestas ações, como assistentes litisconsorciais.

Todavia, críticas foram tecidas a este sistema.

A uma, porque se pondera que, com a impossibilidade de oposição *erga omnes* da coisa julgada em sentenças de improcedência do pedido, impõe-se ao réu um excessivo encargo, provocando o desequilíbrio entre as partes uma vez que este deverá opor a sua defesa repetidas vezes, nas ações individuais propostas pelos lesados.

A duas, argumenta-se que aumenta o risco de sentenças contraditórias.

Impende salientar, todavia, que, no que pertine à primeira crítica, permitir a oponibilidade *erga omnes* da sentença de improcedência aos interessados individualmente considerados constituiria uma afronta aos princípios constitucionais do devido processo legal, ampla defesa e contraditório, consagrados no artigo 5º, incisos LIV e LV, da Carta Magna. Soma-se a isso o fato de um ato, malgrado não constitua um dano coletivo, possa configurar um dano individual.

Por conseguinte, são diversos os interesses discutidos: de um lado um interesse metaindividual, em regra indisponível, e de outro, um individual e disponível. O substituto defende em juízo interesse metaindividual, assim, em caso de improcedência da ação coletiva, deve-se permitir o ajuizamento de ações pelo indivíduo para que se possa discutir esta questão, mas desta vez, sob o âmbito individual.

Por outro lado, no tocante à sentença de procedência, se o dano coletivo está configurado, quanto mais o individual. Agiu com acerto, então, o legislador, ao dispensar a prévia ação de conhecimento, possibilitando ao lesado que intente diretamente a liquidação e a execução de seu prejuízo.

Dawalibi (2001, p. 550) compartilha tal entendimento, ao lecionar que:

Nesse passo, não se pode olvidar que, ainda que eventualmente tenha de repetir sua defesa nas ações individuais, o réu da ação civil pública participará de todos os processos de seu interesse (tanto a ação civil pública quanto as ações individuais), onde poderá exercer sua ampla defesa. Já os indivíduos que vissem seu direito de ação tolhido pela coisa julgada *erga omnes* formada a partir de uma sentença de improcedência da ação civil pública teriam seus interesses individuais aniquilados sem que nem sequer tivessem sido partes de um processo. Seria a própria negação de todas as garantias fundamentais constitucionais.

Segundo Grinover (2001, p. 838), que participou da elaboração do anteprojeto do CDC, optou-se ainda pela coisa julgada *secundum eventum litis* pelos riscos da legitimidade disjuntiva e concorrente, dentre os quais “o da colusão entre um dos co-legitimados e o réu, no intuito mesmo de formar uma coisa julgada negativa, oponível a todos”.

Além do que, continua a autora, confrontando-se os prejuízos decorrentes da opção, opondo-se a todos os titulares do interesse a sentença de improcedência do pedido, impedindo o ajuizamento de demandas individuais, os prejuízos aos particulares seriam *reais e efetivos*, enquanto com a coisa julgada *secundum eventum litis*, o eventual desequilíbrio não traria efeitos concretos para o réu, pois cada lesado deveria provar a existência do dano individual e o seu montante, uma vez que a sentença coletiva reconhece apenas genericamente o dever de indenizar. Privilegiou-se, destarte, o princípio da igualdade real.

No que concerne às críticas relativas às possíveis decisões contraditórias, estas, da mesma forma, não merecem procedência, haja vista que, somente os interessados individuais poderão interpor ações próprias e distintas daquela, cujos efeitos se operam *inter partes*, nos termos do artigo 472 do CPC, e não os co-legitimados, que somente poderão repropor a ação se implementado o requisito da nova prova.

Desta forma, embora existam autores que pugnem pela inconstitucionalidade do sistema da coisa julgada *secundum eventum litis* nas ações coletivas, Vigliar (1999, p. 108) acentua que a justificativa para a adoção do instituto “*encontra-se no fato de que nas demandas coletivas o autor não está em juízo a defender interesse seu*”.

Assim, o legislador percebeu que a indiscriminada extensão dos efeitos subjetivos da coisa julgada traria problemas, pois infringiria o devido processo legal. Por esta razão, estendeu estes efeitos apenas para beneficiar os terceiros que não foram parte do processo coletivo, que não contam com a representatividade adequada, exclusão da coisa julgada, como nas *class actions* do direito norte-americano.

Consoante o exposto, tendo em vista a ação coletiva apenas atingir a esfera individual do titular do interesse lesado se julgada procedente, o mais adequado seria dizer que a coisa julgada produz eficácia *pro omnes*, haja vista que somente beneficia os interessados, nunca os prejudica.

4.6 Eventuais Limites Territoriais da Coisa Julgada

Questão bastante discutida diz respeito aos eventuais limites territoriais da coisa julgada em sede de ações coletivas, em virtude da alteração promovida no artigo 16 da LACP pela Lei n.º 9.494/97, fruto da conversão da Medida Provisória n.º 1.570/97, que passou a vigorar com a seguinte redação:

Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova. (grifei).

Não obstante os esforços expendidos pelo Poder Executivo com a edição da Medida Provisória aludida, visando a diminuir o âmbito de eficácia das decisões proferidas em ações coletivas, a alteração supra se mostra ineficaz e inconstitucional.

Todavia, apesar das críticas rogadas a este dispositivo, encontramos, tanto na doutrina como na jurisprudência, inclusive no Supremo Tribunal Federal, manifestações em sentido diverso, defendendo a legalidade da alteração.

No entender de Galeno Lacerda (*apud* MIRRA, 2002, p. 264-265), uma decisão proferida em determinado Estado da Federação não poderá ter eficácia sobre os demais.

Ainda, no que tange à jurisprudência, o Ministro Marco Aurélio (*apud* MIRRA, 2002, p. 265), relator da ADIn n.º 1.576-1-DF⁴⁸, cujo objeto era atacar a Medida Provisória n.º 1.570/97, assim se pronunciou a respeito da medida liminar desta ação:

A alteração do art. 16 correu à conta da necessidade de explicitar-se a eficácia erga omnes da sentença proferida na ação civil pública. Entendo que o art. 16 da Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, harmônico com o sistema Judiciário pátrio, jungia, mesmo na redação primitiva, a coisa

⁴⁸ Cumpre informar que a ADIn em epígrafe foi julgada improcedente em relação aos limites territoriais da coisa julgada coletiva.

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 alcançando, portanto, situações concretas, quer sob o ângulo objetivo, quer subjetivo, notadas além das fronteiras fixadoras do juízo. Por isso, tenho a mudança como pedagógica, a revelar o surgimento de efeitos 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.

Da mesma forma, encontramos entendimentos neste sentido no Superior Tribunal de Justiça, como podemos inferir do voto condutor do Ministro Ari Pargendler (*apud* MIRRA, 2002, p. 265-266):

A Seção Judiciária do Estado de São Paulo tem jurisdição apenas no âmbito do respectivo território, de modo que a ação civil pública lá proposta pelo Ministério Público Federal não alcança os trabalhadores representados nesta ação civil pública pela Central Única dos Trabalhadores do estado de Pernambuco.

As ações, portanto, são diferentes, não ensejando conflito de competência. Nesse sentido, a jurisprudência deste Tribunal, assim referida em Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção e “Habeas Data”, obra de Hely Lopes Meirelles, e atualizada por Arnold Wald, *in verbis*:

“Se um único ato enseja danos nacionais ou regionais, a competência é do local onde foi sofrido o dano, ou da Capital do Estado; mas, se os prejuízos atingirem vários Estados, a liberdade de foro não deve ser ilimitada, quando pleiteada a indenização pela totalidade dos danos.

Assim, se uma série de atos idênticos ou análogos é praticada em vários Estados ou Municípios e enseja danos, a competência deve ser dos vários juízes, cada um competente em relação aos atos praticados e danos sofridos na sua circunscrição judiciária, não se admitindo que ocorra a extensão da competência de qualquer juiz, para que sua sentença proferida erga omnes possa alcançar os réus em todo território nacional. Há, aliás, decisão do STJ reconhecendo que não há conexão entre as ações civis públicas intentadas para o mesmo fim, nas várias regiões, que foi proferida no CComp 971 e cuja ementa é a seguinte: ‘Inexiste conflito de competência quando juízes federais, ainda que vinculados a Tribunais Federais diversos, apreciem causas conexas em matéria de interesses difusos. Possibilidade de repercussões diferentes nos vários Estados’ (Ementário do STJ, ano 2, janeiro-abril/92) – 16ª Edição, Malheiros Editores, p. 157/158”.

Entende-se, portanto, que, havendo mais de um juiz competente, em cada comarca ou seção judiciária deverá ser proposta uma ação coletiva, para discutir o mesmo evento.

Os que defendem o entendimento acima explanado, afirmam que as decisões proferidas nestas ações, referentes ao mesmo objeto, malgrado possam ser contraditórias, devem ser unificadas pelos Tribunais Superiores.

Carvalho Filho (2001, p. 417), a respeito da argüição de inconstitucionalidade do artigo aludido, pugna também pela sua constitucionalidade. No entanto, rebate a questão com base na afirmação de que o fundamento da doutrina acerca desta inconstitucionalidade funda-se na circunstância de que as decisões proferidas por órgãos jurisdicionais superiores substituem as decisões de instâncias superiores, sendo que a competência territorial daqueles órgãos é mais extensa que a destes últimos. Desta forma, a norma estaria, ainda que indiretamente, limitando a eficácia territorial do Tribunal.

Contudo, o autor não aprecia as demais questões que tornam a regra inócua e ineficaz e, como se verá, a alegação de inconstitucionalidade não se baseia neste fundamento.

Em que pesem os entendimentos supracitados, uma análise mais aprofundada acerca do tema permite que se conclua que a referida alteração na norma em comento, além é inconstitucional, contém uma série de irregularidades, que a torna inoperante e inócua.

Assim, o correto entendimento da questão demanda várias considerações, que vão desde a inconstitucionalidade formal e material da norma em comento até a análise de conceitos como jurisdição e competência.

É cediço que um ato normativo pode ser inconstitucional por desrespeitar aspectos *formais*, de modo que deve respeitar as regras do processo legislativo, ou *materiais*, pois seu objeto deve ser compatível com a Constituição. Neste passo, a norma em questão é inconstitucional sob estes dois aspectos.

Primeiramente, no que concerne aos aspectos formais do processo legislativo, a edição da Medida Provisória que trouxe as alterações não observou os pressupostos constitucionais de *relevância* e *urgência* exigidos pelo artigo 62 da Constituição Federal (redação anterior à Emenda Constitucional n.º 32/2001), o que acarreta a inconstitucionalidade desta espécie normativa.

Conforme podemos observar da lição de Moraes (2001, p. 569), este aspecto é corolário do princípio da legalidade, uma vez que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de espécie normativa devidamente elaborada de acordo com as regras de processo legislativo constitucional (arts. 59 a 69, da Constituição Federal)”.

A inconstitucionalidade que aqui se refere é a *objetiva*, uma vez que a edição da Medida Provisória em questão não respeitou o trâmite consagrado no artigo 62 da CF, de sorte que o Chefe do Poder Executivo, apenas estaria legitimado a legislar (função imprópria deste Poder) se houvesse fundado receio de que a elaboração da norma pelas vias ordinárias viesse a causar ao interesse público grave lesão, de difícil reparação, o que não ocorre no caso em epígrafe, uma vez que o texto normativo anterior vigorava há doze anos, sem oposição.

O Ministro Celso de Mello (*apud* MORAES, 2002, p. 1117-1118), também entende necessária a presença dos requisitos e aponta a seguinte justificativa para a edição deste ato por parte do Poder Executivo:

O que justifica a edição dessa espécie normativa, com força de lei, em nosso direito constitucional, é a existência de um estado de necessidade, que impõe ao Poder Público a adoção imediata de providências, de caráter legislativo, inalcançáveis segundo as regras ordinárias de legiferação, em face do próprio *periculum in mora* que fatalmente decorreria do atraso na concretização da prestação legislativa.

Em segundo lugar, em relação ao aspecto substancial, afronta os princípios constitucionais da isonomia, inafastabilidade da jurisdição e princípio da proporcionalidade, além de restringir o instituto da coisa julgada, consubstanciado no artigo 5º, inciso XXXV, da CF.

Primeiramente, é inconstitucional por ferir o princípio da igualdade, delineado no artigo 5º, *caput*, da CF, que preceitua que todos os cidadãos têm o direito de tratamento idêntico perante a lei, consoante critérios definidos, que, para estabelecerem distinções, devem ser legítimos.

A tentativa de restringir a eficácia da coisa julgada aos limites da competência do órgão prolator da decisão impõe tratamento diferenciado a pessoas que se encontram na mesma situação.

É cediço que se deve observar o princípio da *isonomia real*, que significa tratar os iguais da mesma forma e os desiguais, desigualmente, sendo vedadas, tão-somente as discriminações arbitrárias. Contudo, na hipótese em tela, o fator meramente territorial não legitima a diferenciação.

É que a aplicação do disposto no artigo 16 da LACP, após a modificação, levaria a situações absurdas. Cite-se como exemplo os efeitos de uma decisão em demanda coletiva proposta em Presidente Prudente, que não alcançaria os interessados que residissem em Regente Feijó ou Presidente Bernardes, ainda que o dano extrapolasse os limites territoriais daquela cidade e atingisse também estes Municípios. Ou seja, apesar de se tratar do mesmo interesse, outras ações deveriam ser propostas nestas duas comarcas, ainda que versassem sobre o mesmo objeto da ação anteriormente julgada, sem descartar a possibilidade de julgamentos contraditórios.

Convém trazer à colação o entendimento de Vigliar (*apud* MILARÉ, 2000, p. 447) acerca da questão em epígrafe:

Ao exigir que ações públicas idênticas, com o mesmo objeto, tenham que ser aforadas, uma para cada comarca, permite um tratamento diferenciado para interesses de natureza indivisível, dificultando o acesso à justiça, sobrecarregando o Poder Judiciário e diminuindo a foça política da ação.

Desta forma, os titulares do interesse, lesados pelo mesmo evento danoso, pelo simples fato de residirem em comarcas diversas, estariam passíveis de receber tratamentos desiguais, injustificadamente.

Como estudado na abordagem do instituto da competência nas ações coletivas, na hipótese de um dano extrapolar os limites territoriais de uma comarca ou seção judiciária, o problema deve ser solucionado pela prevenção, que torna competente o juiz que primeiramente tomar conhecimento na causa. É o que estabelece o parágrafo único do artigo 2º da LACP.

Mancuso (*apud* VIGLIAR, 2001, p. 183), a respeito do ajuizamento de mais de uma demanda coletiva tratando do mesmo assunto, lembra que:

Por outro lado, em princípio não deveria ser possível a concorrência conflituosa ou contraditória entre ações coletivas sobre o mesmo tema, porque a propositura da ação “n.º 1” já prevenira a jurisdição (CPC, art. 219) e configuraria litispendência em face da “n.º 2”. É preciso que assim entenda, caso contrário criar-se á o caos, ao invés de resolver, inteligentemente, a questão do acesso à justiça dos interesses metaindividuais.

Infere-se, destarte, que o critério diferenciador no qual se fundou a alteração de que se cuida é arbitrária, portanto, inconstitucional.

Por outro lado, a alteração é inconstitucional por violar o direito de ação, inculcado no artigo 5º, inciso XXXV, da Carta Constitucional. Tem-se que este princípio estabelece que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito”. Segundo este preceito, o pedido regularmente formulado em provimento jurisdicional deve ser efetivado, em razão da indeclinabilidade da prestação judicial.

Desta maneira, aplicando-se a regra contida no artigo 16, na hipótese da propositura de uma ação coletiva em determinada circunscrição judiciária objetivando a tutela de um interesse que ultrapassasse os limites territoriais de competência do órgão prolator da decisão, uma parcela dos titulares do bem lesado, que veria o seu direito defendido em juízo, pelo fato de residirem em outro local, seria privada dos benefícios que o provimento jurisdicional pudesse trazer.

Finalmente, a norma é inconstitucional por não observar o princípio da razoabilidade ou proporcionalidade. Há discussões acerca do fundamento constitucional deste princípio, se derivado do Estado de Direito, se decorre dos direitos fundamentais ou do devido processo legal, mas é certo que tem aplicabilidade na seara do controle legislativo, na medida que questiona a adequação dos atos legislativos aos fins colimados, expressa ou implicitamente, pela Constituição.

Uma análise, ainda que perfunctória da norma em questão permite concluir-se que esta é inadequada, pois dificulta o acesso coletivo à jurisdição.

Acerca da inconstitucionalidade da norma, Nery Jr. (*apud* ALMEIDA, 2001, p. 169):

A Lei 9.494, de 10.09.1997, tem duas inconstitucionalidades: material e formal. Formal porque proveio de uma medida provisória (n. 1.570-5/97) sem urgência e sem relevância, e isso o Supremo Tribunal Federal não analisa, infelizmente, pois não interessa ao Poder central. Material porque viola o direito constitucional de ação, o princípio da proporcionalidade e o princípio da razoabilidade das leis. Viola o princípio do direito de ação porque aniquila uma consequência básica do direito de ação coletiva: a eficácia erga omnes de uma sentença coletiva.

Ainda, fere os princípios gerais da *instrumentalidade do processo*, segundo o qual este atua em razão do direito material e o princípio da *economia processual*, uma vez que, ao invés de uma só demanda, outras terão de ser ajuizadas.

É evidente que o Poder Executivo, através da edição da Medida Provisória n.º 1.570, pretendeu criar privilégios para si, uma vez é o maior causador de danos aos interesses metaindividuais. O escopo da norma, destarte, é o de reduzir o âmbito de eficácia da coisa julgada derivada da sentença prolatada em ação civil pública, pretendendo dar origem à limitação territorial da coisa julgada. É nítida a intenção de inviabilizar a tutela jurisdicional coletiva.

Grinover (2001, p. 848), no que toca à intenção do Poder Executivo, leciona que:

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 saídas até nos precedentes vinculantes, o menos que se pode dizer do esforço redutivo do Executivo é que vai na contramão da história.

Compete frisar que o artigo 16, se aplicável, o seria não apenas em sede de interesses difusos, mas também aos coletivos porque, embora o CDC se refira a eficácia *erga omnes* e *ultra partes*, os efeitos da sentença se distinguem pela natureza do interesse e não da disciplina legal.

Por outro lado, no que tange aos interesses individuais homogêneos, estes teriam regras próprias, não obstante a reciprocidade dos diplomas, uma vez que o inciso III do artigo 103 do CDC estabelece que apenas produz coisa julgada material a sentença de procedência nas ações que versam sobre estes interesses, com as devidas ressalvas, analisadas quando do estudo da disciplina da coisa julgada nestes interesses. Logo, o reportado inciso não foi modificado, em nenhuma hipótese.

Ademais, o artigo 93 do CDC, que amplia os limites da competência, estabelece que, na hipótese de um dano regional ou nacional, a ação será ajuizada, respectivamente, na Capital do Estado ou no Distrito Federal, aplicando-se as regras do CPC nos caso de competência concorrente. Deste modo, como se aplicaria o dispositivo?

Apenas a título de ilustração, considerando o entendimento segundo o qual o artigo disciplinasse apenas os interesses individuais homogêneos⁴⁹, seria forçoso admitir que a limitação constante no artigo 16 da LACP aplicar-se-ia apenas aos interesses difusos e coletivos em sentido estrito, nos quais a extensão dos danos com muito mais frequência, extrapolam os limites territoriais do órgão julgador e que são indivisíveis.

Contudo, não há como limitar os efeitos da coisa julgada a determinado território, pois os interesses difusos e coletivos *stricto sensu* são essencialmente indivisíveis, nos quais, a satisfação de um só implica na satisfação de todos.

No entanto, o artigo 93 é aplicável a todos os tipos de interesses metaindividuais e, tendo a própria lei ampliado os limites da competência, é inócua a regra do novo artigo 16.

⁴⁹ Frise-se que, conforme asseverado alhures (Item 3.7), o artigo reportado deve ser aplicável a qualquer modalidade de interesse metaindividual, fazendo-se o uso da analogia.

A sentença, assim que se torna definitiva, começa a produzir seus efeitos⁵⁰ que, em sede de ações civis públicas e coletivas, são extensíveis *erga omnes* ou *ultra partes*. Desta forma, após o trânsito em julgado, a sentença se torna lei entre as partes às quais é proferida, produzindo seus efeitos, independentemente da data e local em que estas se encontrem. Eventuais limites relacionados ao território ou à matéria devem ser analisados no momento da propositura da ação, ao definir-se a competência e, entretanto, após esta fixação e proferido o julgamento, não mais se fala em tais limites.

Conclui-se, portanto, que o legislador se equivocou ao tratar de institutos diversos como o mesmo fenômeno jurídico, a saber, a jurisdição, a competência e a coisa julgada.

Mazzilli (2002, p. 488) compartilha deste entendimento, como podemos inferir da lição a seguir colacionada:

(...) não se confunde a competência do juiz que julga a causa (art. 93, II, do CDC; art. 2º da LACP) com os efeitos que uma sentença pode produzir fora da comarca em que foi proferida, e que poderão tornar-se imutáveis com seu trânsito em julgado. Assim, p. ex., uma sentença que proíba a fabricação de um produto nocivo, que vinha sendo vendido em todo o País, ou uma sentença que proíba o lançamento de dejetos tóxicos num rio que banhe vários Estados, sem dúvida produzirão efeitos até mesmo fora dos limites territoriais da comarca em que foram proferidas. (...)

Como sabido, as regras de competência visam tão-somente a distribuição da função jurisdicional. Desta forma, a competência do juiz ou tribunal, indiscutivelmente, é limitada, mas estender os limites subjetivos da coisa julgada não significa estender também os limites da competência. Assim, é inegável que a sentença proferida pelo juiz ou tribunal alcançará todos os titulares do interesse, que se encontram na mesma situação, independentemente de onde estiverem domiciliados.

⁵⁰ A exemplo destes efeitos podemos citar a preclusão consumativa imposta ao juiz, que não pode mais modificar a sentença nem proferir outra, em substituição à primeira, salvo excepcionalmente, em sede de recurso – juízo de retratação, também a abertura da oportunidade para recorrer.

Ora, se a lei conferiu eficácia *erga omnes* ou *ultra partes* à coisa julgada, esta não pode ser restringida a uma parcela da população lesada. Pensar-se de outra forma, como asseverado, constituiria uma afronta ao princípio da isonomia, insculpido na Carta Constitucional como um direito individual do cidadão. A coisa julgada *erga omnes*, portanto, não pode ser *relativa*. Todos os lesado na mesma situação têm direito à mesma proteção.

Insta salientar que a limitação da abrangência da coisa julgada ao órgão prolator da decisão significa a multiplicação das demandas, o que contraria o escopo das ações coletivas, que é a resolução molecularizada dos litígios e, com esta multiplicação dos processos, há a conseqüente sobrecarga do Judiciário.

O alcance da coisa julgada nas ações coletivas visa a efetividade do processo e a facilitação do acesso à justiça. A limitação pretendida pela Lei n.º 9.494/97 significa um retrocesso, contrariando a filosofia do processo coletivo, pois demandaria a fragmentação das demandas, não obstante tenham o mesmo objeto, o que é inadmissível.

Logo, ocorrerá litispendência ou eventual conexão em relação às ações intentadas posteriormente, estando prevento o juiz da primeira ação. Saliente-se que a prevenção não é elemento que determine ou modifique a competência, mas, em decorrência deste fator, apenas permanecerá a competência de um entre vários juízes competentes. Assim, os juízes que eventualmente atuarem nas ações coletivas propostas posteriormente serão incompetentes para o julgamento da causa.

Deve-se ressaltar que, se nem mesmo nas ações civis individuais tal restrição é imposta, haja vista que a sentença proferida por um determinado juiz tem eficácia em qualquer lugar em que a parte se encontre, quanto mais nas ações coletivas, em que o objeto do litígio, no mais das vezes, é indivisível, e demanda uma tutela jurídica a *todos* os interessados.

“Esse tratamento díspar reservado a pessoas que se encontram na mesma situação, unidas por vínculos indivisíveis (ainda lembrando a conceituação de José Carlos Barbosa Moreira), seria intolerável” (VIGLIAR, 1999, p. 114).

Há também que se atentar ao fato de que a competência em sede de interesses metaindividuais é absoluta, ou seja, estabelecida no interesse do processo, ressalvada a hipótese de interesses individuais homogêneos, e não territorial e, por conseguinte, relativa, como parece indicar a nova redação do artigo 16 da LACP.

Ainda, apesar da intenção de restringir a eficácia das decisões no âmbito das ações coletivas, em razão da competência territorial, o dispositivo não se referiu ao objeto do processo e, como cediço, o âmbito de abrangência da coisa julgada é delimitado pelo pedido e não pela competência, que é apenas a relação de adequação entre o processo e o juiz, sem nenhuma influência sobre o objeto do processo. Grinover (*apud* MILARÉ, 2000, p. 446) pondera que:

O indigitado dispositivo da Medida Provisória tentou (sem êxito) limitar a competência, mas em lugar algum aludiu ao objeto do processo. Ora, o âmbito da abrangência da coisa julgada é determinado pelo pedido e não pela competência. Esta nada mais é do que a relação de adequação entre o processo e o juiz, nenhuma influência tendo sobre o objeto do processo. Se o pedido é amplo (de âmbito nacional) não será por intermédio de tentativas de restrições da competência que o mesmo poderá ficar limitado.

Portanto, os limites a que a coisa julgada está sujeita são apenas os objetivos (que parte da sentença será afetada pela imutabilidade) e os subjetivos (quem serão as partes atingidas por esta autoridade). A jurisdição e a competência não têm o condão de determinar quem serão os indivíduos atingidos pela imutabilidade de uma decisão judicial.

Cabe, aqui, distinguir que, nas demandas individuais, por serem as partes perfeitamente individualizadas, a coisa julgada só irá produzir efeitos entre elas, atuando o princípio segundo o qual a coisa julgada não beneficia, nem prejudica terceiros. Ocorre que, nas ações civis públicas, em razão da substituição processual e da eficácia *erga omnes* da sentença, a coisa julgada produzirá efeitos em relação a todos os titulares do interesse defendido em juízo. Se os titulares são indeterminados, como no interesses difusos, a coisa julgada a todos beneficiará, uma vez que não é possível identificá-los.

Como se vê, isto é questão diversa da competência, que, no momento da prolação da decisão, já estará fixada, nos moldes do artigo 2º da LACP, ou, eventualmente, artigo 93, do CDC.

Contudo, ainda que todos os argumento expostos fossem desconsiderados, há que se atentar ao fato de que os sistemas da LACP e do CDC são bilaterais, como afirmado por diversas vezes e, nada obstante a alteração tenha ocorrido na LACP, o CDC continua a vigorar com a redação inalterada de seus dispositivos acerca da disciplina da coisa julgada em sede de ações coletivas (artigo 103).

Desta forma, atentando-se à circunstância de que este diploma tratou a matéria de forma muito mais complexa que a LACP, de sorte que disciplinou a coisa julgada de acordo com o interesse tutelado, a disciplina do artigo 16, ainda que não revogada em razão da bilateralidade, teria perdido a sua utilidade.

Então, a lei se mostrou incompetente por desconhecer este sistema de integração, haja vista que a alteração, para ser eficaz, deveria ter sido procedida em ambos os estatutos legais, já que a modificação somente do artigo 16 não bastaria para resolver o problema. Mazzilli (2002, p. 488), a este respeito, leciona que:

Com efeito, a Lei n. 9.494/97 confundiu competência com coisa julgada. A imutabilidade erga omnes de uma sentença não tem nada a ver com a competência do juiz que a profere. A alteração legislativa que provocou no art. 16 da LACP é inócua e incoerente, até mesmo porque o CDC não foi alterado nesse particular, e sua disciplina é e aplicação integrada e subsidiária em matéria de ação civil pública. Além do mais, o juiz tem que ter competência absoluta para decidir uma ação civil pública; não se trata de competência territorial.

No mais, como uma mesma matéria pode ser objeto de ação popular e ação civil pública, havendo litispendência ou conexão entre elas, permite-se a reunião de ambas as ações no mesmo processo. Desta forma, o fato da Lei da Ação Popular não contemplar a mesma restrição no que pertine à extensão da coisa julgada, pode haver incoerência, gerando dúvidas em relação a qual eficácia conferir à decisão.

Por tudo o que se expôs, conclui-se que o Poder Executivo, e posteriormente, o Legislativo, mostraram desconhecer não apenas o sistema integrado das ações

coletivas, composto pela LACD e pelo CDC, mas também o processo coletivo como um todo.

Destarte, pelos motivos expostos, a alteração é inócua e não tem aplicabilidade em sede de ações civis públicas, pois, admitir-se a aplicação do reportado dispositivo tal qual expresso na lei seria permitir a ocorrência de situações inconcebíveis.

4.7 O Controle Difuso de Constitucionalidade e a Coisa Julgada *Erga Omnes*

O estudo acerca do controle difuso de constitucionalidade se mostra relevante à medida em que a sentença proferida em ações coletivas, especialmente em se tratando de interesses difusos, tem eficácia *erga omnes*, atingindo indistintamente a todos os titulares do interesse, que, aqui, são indeterminados, o que poderia instaurar um controle direto e abstrato, em primeiro grau de jurisdição.

Como sabido, o controle difuso de constitucionalidade é exercitável apenas diante de um caso concreto a ser solucionado pelo Poder Judiciário e a análise da questão depende de exame incidental da constitucionalidade da lei ou ato normativo, portanto, a declaração de inconstitucionalidade não produz coisa julgada, pois faz parte da causa de pedir.

No entanto, argumenta-se que, em se cuidando de ação civil pública, a declaração de inconstitucionalidade, em razão da sentença gerar efeitos *erga omnes*, constituiria invasão da competência do Supremo Tribunal Federal, instituída no artigo 102, inciso I, alínea a da Constituição.

Deve-se distinguir que apenas não será cabível ação civil pública quando se tratar de controle concentrado de inconstitucionalidade, ou seja, que vise discutir os efeitos gerais e abstratos de uma norma. Neste caso, a ação civil pública faria as vezes de uma ADIN, o que não é admissível, tendo em vista que apenas com uma

ação direta de inconstitucionalidade é possível retirar a eficácia (impedir os efeitos futuros e cassar os efeitos já produzidos) de uma lei.

Por outro lado, tratando-se de questão incidental, enfrentada pelo juiz antes do julgamento da questão principal, nada obsta a esta análise, porque, como asseverado, a inconstitucionalidade constituirá causa de pedir e, de acordo com a teoria dos limites objetivos da coisa julgada, os motivos, ainda que relevantes para a solução da lide não são acobertados pela imutabilidade da sentença.

Infere-se, destarte, que a inconstitucionalidade de um ato normativo pode constituir a *causa petendi* de uma ação coletiva, assim como ocorre em qualquer outra ação civil. Isto será possível porque a causa de pedir não produz coisa julgada, mas apenas o pedido, cuja resposta se encontra na conclusão da sentença.

O controle difuso se dará como em qualquer ação individual. A apreciação da questão prejudicial, por não estar acobertada pela garantia da coisa julgada nem mesmo entre as partes, não se projetará para fora do processo, e é por este motivo que a inconstitucionalidade não transcende o processo.

Grinover (2001, p. 853) se manifesta nos seguintes moldes acerca desta questão:

Não há, portanto, como afirmar a usurpação da competência privativa do STF para o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade por juízes e tribunais que se limitaram ao controle difuso, em que a questão de inconstitucionalidade é apreciada incidenter tantum, podendo ela se voltar em qualquer processo futuro.

Neste passo, num pedido que objetive desconstituir apenas alguns efeitos da norma, ainda assim a inconstitucionalidade integra apenas a causa de pedir, sendo o seu pedido diverso daquele que poderia constar em uma ação direta de inconstitucionalidade.

Neste sentido é o magistério de Mazzilli (2002, p. 138), como podemos inferir da seguinte lição:

Com pedido que não consista na retirada total de eficácia da norma do mundo jurídico, será possível ajuizar ação civil pública sem incidir no argumento de que essa ação estaria indevidamente a fazer as vezes de

ação direta de inconstitucionalidade com efeitos erga omnes, o que a Constituição reservou apenas aos tribunais, e não aos juízes singulares.

Há decisões, inclusive no Supremo Tribunal Federal defendendo a possibilidade de controle difuso de constitucionalidade em ação civil pública, quando este se referir a questão prejudicial. É o que podemos inferir da decisão monocrática proferida pelo Ministro Celso de Mello (*apud* ALMEIDA, 2001, p. 67), em 24 de novembro de 2000:

Ação civil pública. Controle incidental de constitucionalidade. Questão prejudicial. Possibilidade. Inocorrência de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal.

- O Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a legitimidade da utilização da ação civil pública como instrumento idôneo de fiscalização incidental de constitucionalidade, pela via difusa, de quaisquer leis ou atos do Poder Público, mesmo quando contestados em face da Constituição da República, desde que, nesse processo coletivo, a controvérsia constitucional, longe de identificar-se como objeto único da demanda, qualifique-se como simples questão prejudicial, indispensável à resolução do litígio principal.

Conclui-se, destarte, que, será permitido o controle incidental de constitucionalidade a ser efetuado por qualquer juiz ou tribunal em ações coletivas, desde que não tenha como objeto principal a declaração da inconstitucionalidade do ato normativo, o que faria com que fizesse as vezes de uma ADIn, haja vista que apenas o dispositivo da sentença, e não a causa de pedir, produz coisa julgada, o que possibilita nova discussão acerca da constitucionalidade da norma em outra ação comum ou até mesmo em uma ADIn.

4.8 Apontamento Final Sobre o Instituto da Coisa Julgada Coletiva no Processo Civil Atual

Tendo em vista as considerações tecidas acerca do instituto da coisa julgada no processo civil atual, infere-se que a disciplina clássica do sistema processual individual não abarca, em sua totalidade, a coisa julgada coletiva, o que é

perfeitamente compreensível, em decorrência das peculiaridades dos interesses supraindividuais em relação aos meramente individuais.

O CPC é um diploma legal eminentemente voltado ao amparo das relações intersubjetivas e, por conseguinte, não é adequado à tutela dos novos interesses. Assim, não seria correto aplicar às ações coletivas a disciplina tradicional, mas, de outro lado, deve-se criar, como se vem fazendo efetivamente, novas regras, com a finalidade de tutelar adequadamente estes direitos de terceira geração.

É natural que, como uma matéria relativamente recente, enseje controvérsias, mas a doutrina e jurisprudência devem cada vez mais se manifestar acerca do tema e, paulatinamente, atenuar as discussões, inclusive com a edição de novas leis que disciplinem este contexto.

Não obstante ainda haja resistência para se aplicar as normas coletivas tal como concebidas em razão da repercussão que provocam, a tendência é que, com o aumento do número de ações coletivas ajuizadas, isto diminua consideravelmente.

O tema tende a se desenvolver em virtude da massificação dos conflitos e, conseqüentemente, as técnicas processuais também se desenvolverão, a exemplo, aliás, do que já tem ocorrido, com a edição de diversos diplomas que tratam do assunto, como a LACP, o CDC, entre outros.

Assim, nada obstante a questão ainda suscite dúvidas é correto que se conclua pela existência e aplicabilidade do instituto da *coisa julgada nas ações coletivas* no sistema processual atual, haja vista que, embora as normas individuais devam ter aplicação subsidiária ao processo coletivo, ao menos neste aspecto (coisa julgada), a disciplina é peculiar a estas ações, se distanciando, e muito, das normas tradicionais.

5. CONCLUSÃO

O reconhecimento da categoria de direitos pertencentes à terceira geração, além da preocupação com o acesso à justiça e a efetividade do processo, fez surgir a necessidade do amparo destes interesses, haja vista que o sistema processual civil tradicional é voltado eminentemente à tutela de relações individuais e suas normas não comportam as peculiaridades dos novos interesses.

Assim, o instituto do processo civil coletivo se desenvolveu para a adequada tutela dos direitos metaindividuais, com a edição de vários diplomas legais, a exemplo da Lei da Ação Civil Pública (Lei n.º 7.347/85) e do Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/90). Porém, não houve uma total desvinculação do processo civil tradicional, mas apenas uma adequação de seus institutos para que sejam aptos a amparar os direitos pertencentes a uma coletividade de pessoas.

No entanto, alguns institutos demandaram profundas alterações, como é o caso da legitimidade ativa, que adotou como regra justamente a exceção prevista no CPC (a legitimidade extraordinária ou substituição processual), e a coisa julgada que, em razão da titularidade dos interesses, transcende aqueles que participaram diretamente da relação jurídica processual e, ainda, pode não se operar, dependendo das circunstâncias em que a sentença foi proferida.

A coisa julgada é um fenômeno processual consistente na qualidade agregada aos efeitos da sentença que os torna imutáveis. No que pertine à coisa julgada nas ações coletivas, assim entendidas aquelas disciplinadas reciprocamente na LACP e no CDC, em decorrência das peculiaridades que comporta, a solução foi excepcionar as regras tradicionais previstas no CPC, desconsiderando o artigo 472, herança do direito romano, para possibilitar que a autoridade da coisa julgada se opere *erga omnes* ou *ultra partes*, dependendo do tipo de interesse discutido e também do desfecho da lide, que devem ser coerentes com as hipóteses previstas no artigo 103 do CDC, em que há a permissão para que ocorra esta eficácia.

A sentença que acolhe o pedido formulado pelo autor produzirá coisa julgada material. No entanto, na eventualidade do juiz rejeitar esta pretensão, a garantia da imutabilidade do julgado não depende da sua simples manifestação na sentença, no sentido de que assim agiu por entender que a prova é insuficiente.

De outro lado, a coisa julgada apenas se opera na hipótese da questão se fundar em matéria exclusivamente de direito, pois neste caso o julgamento depende apenas da interpretação do juiz, que conhece o direito, ou se, *naquele caso específico*, é possível verificar que não mais existem, nem podem existir, provas a serem produzidas.

Assim, ainda que o juiz não consigne na sentença de improcedência que agiu desta forma por entender que a prova é insuficiente, ou, ainda, que diga que a prova é plena e, portanto, fundada, a ação poderá se reproposta a qualquer tempo, uma vez que a coisa julgada não se opera, em virtude da aplicação do princípio *rebus sic standibus*.

Esta mitigação é necessária em virtude das peculiaridades do interesse discutido, que pertence a um número indeterminado de pessoas que podem não estar regularmente representadas em juízo, ou seja, o autor não desempenhou bem o seu papel, produzindo uma instrução insuficiente, mas que, ao menos aparentemente, era plena, e também porque o juiz não tem condições de conhecer todos os fatos que envolvem a questão.

A permissão para o ajuizamento de ações individuais em caso de improcedência da demanda coletiva é necessária em razão, principalmente, destas serem diferentes e porque os titulares do interesse lesado não podem ver seu direito pessoal tolhido sem que sejam partes diretas da relação processual, de sorte que a lei apenas conferiu legitimidade extraordinária aos legitimados para defenderem direitos *metaindividuais* dos lesados.

No que tange aos interesses individuais homogêneos, uma ressalva deve ser feita, para não se permitir aos legitimados o ajuizamento indiscriminado de demandas já julgadas que, não obstante o disposto no inciso III do artigo 103 do CDC, no sentido de que apenas fará coisa julgada material as demandas julgadas

procedentes quando tiverem como objeto a tutela desses interesses, apenas poderão ser repropostas pelos legitimados se julgadas improcedentes, desde que implementado o requisito da *nova prova*, aplicando-se, analogicamente, os dispositivos precedentes, que cuidam dos efeitos da coisa julgada nos interesses difusos e coletivos em sentido estrito.

Outro problema que surge são os eventuais limites territoriais da coisa julgada, em virtude da edição da Lei n.º 9.494/97, fruto da conversão em lei da Medida Provisória n.º 1.570/97, pretendendo que os efeitos da sentença se operem nos limites territoriais da competência do órgão prolator da decisão. Contudo, esta limitação é inconstitucional, além de ser ineficaz e inócua.

Não bastasse a circunstância da Medida Provisória ingressar no ordenamento jurídico sem a observância das regras do processo legislativo, estabelecidas no artigo 62 da CF (redação anterior à Emenda Constitucional n.º 32 de 2001), fere os princípios da isonomia, do direito de ação e da proporcionalidade.

No mais, é inoperante em virtude de confundir conceitos de competência e limites subjetivos da coisa julgada e não se atentar ao fato de que, nas ações coletivas, quando o dano for regional ou nacional, a ação deve ser proposta, respectivamente, na Capital do Estado ou no Distrito Federal, abrangendo, desta forma, o respectivo Estado ou todo o País.

Além disso, não se refere ao objeto do processo, que efetivamente determinaria o âmbito da abrangência da coisa julgada, pois delimitaria o pedido.

Por fim, é ineficaz porque a alteração não alcançou os dispositivos do CDC acerca da coisa julgada e a parte processual deste diploma e a LACP são recíprocos, de modo que devem ser estudados em conjunto, além do fato de que, com a edição daquele Código, o artigo 16 da lei deixou de ter utilidade, tendo em vista tratar do assunto de forma muito mais detalhada e complexa, distinguindo os efeitos da coisa julgada de acordo com o tipo de interesse discutido.

Ademais é possível haver controle difuso de constitucionalidade em sede de ações que versem sobre interesses difusos, ainda que os efeitos da sentença sejam

estendidos a um número indeterminado de pessoas, não ensejando usurpação de competência exclusiva do STF, com o controle concentrado, por via indireta.

Admite-se esta possibilidade em virtude desta circunstância não integrar o pedido, mas sim a causa de pedir, e conseqüentemente não ser acobertada pela coisa julgada, já que decidida apenas incidentalmente dentro do processo e, segundo a teoria dos limites objetivos, os motivos, ainda que determinantes para a solução do conflito, não estão cobertos pelo mando da *res judicata*.

Portanto, ainda que as normas do processo civil individual contidas no CPC, que é norma geral, devam ser aplicadas subsidiariamente no que tange ao processo civil coletivo e, em corolário, à coisa julgada nestas ações, a *coisa julgada coletiva* constitui um instituto em si, pois traça regras próprias.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, João Batista de. *Aspectos controvertidos da ação civil pública: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: RT, 2001.

ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. *Processo civil e interesses difusos e coletivos: questões resolvidas pela doutrina e jurisprudência*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública: comentários por artigos – lei 7.347, de 24.7.85*. 3. ed. rev., ampl. e atualiz. Rio Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. Tomo I. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Fundamentos do processo civil moderno*. Tomo II. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

FERRAZ, Antônio Augusto Mello de Camargo. (Coord.). *Ministério público: instituição e processo*. São Paulo: Atlas, 1997.

FIGUEIREDO, Marcelo. *A medida provisória na constituição: doutrina e decisões judiciais*. São: Paulo, 1991.

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de direitos do consumidor*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

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

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. 1 v.

GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos e; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito; WATANABE, Kazuo; NERY

JÚNIOR, Nelson; DENARI, Zelmo. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: RT, 2002.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, patrimônio cultural e dos consumidores*. 7. ed. São Paulo: RT, 2001.

_____. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 4. ed. São Paulo: RT, 1997.

_____. *Manual do consumidor em juízo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

MAZZILI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 14. ed. São Paulo, Saraiva, 2002.

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

MILARÉ, Édis. (Coord.). *Ação civil pública – lei 7.347/85 – reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação*. São Paulo: RT, 1995.

_____. *Ação civil pública: lei 7.347/85 – 15 anos*. São Paulo: RT, 2001.

_____. *Direito do ambiente: doutrina – prática – jurisprudência – glossário*. São Paulo: RT, 2000.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Ação civil pública e a reparação do meio ambiente*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002.

NERY JÚNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 6. ed. São Paulo: RT, 2002.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. 3 v.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

_____. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3.ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

SOUZA, Motauri Ciocchetti de. *Ação civil pública: competência e efeitos da coisa julgada*. São Paulo: Malheiros, 2003.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. 1 v.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Tutela jurisdicional coletiva*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. *Ação civil pública*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 1999.

_____. *A tutela dos interesses metaindividuais*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: CPD, 1998.