

UNIVERSIDADE DE RIBEIRÃO PRETO  
FACULDADE DE DIREITO “*LAUDO DE CAMARGO*”

KAROLINE TORTORO BARROS

**A EXTENSÃO SUBJETIVA DA EFICÁCIA DA COISA JULGADA DAS  
AÇÕES COLETIVAS PARA FAVORECER AS PRETENSÕES  
INDIVIDUAIS**

RIBEIRÃO PRETO  
2009

**KAROLINE TORTORO BARROS**

**A EXTENSÃO SUBJETIVA DA EFICÁCIA DA COISA JULGADA DAS  
AÇÕES COLETIVAS PARA FAVORECER AS PRETENSÕES  
INDIVIDUAIS**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito “Laudo de Camargo” da Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito, sob orientação da Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Maria Cristina Vidotte Blanco Tárrega.

**RIBEIRÃO PRETO**  
2009

Ficha catalográfica preparada pelo Centro de Processamento Técnico da  
Biblioteca Central da UNAERP

- Universidade de Ribeirão Preto -

Barros, Karoline Tortoro, 2009 –

A extensão subjetiva da eficácia da coisa julgada das ações coletivas para favorecer as  
pretensões individuais. / Karoline Tortoro Barros. – Ribeirão Preto, 2009.  
p. 155.

Orientadora: Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Maria Cristina Vidotte Blanco Tárrega

Dissertação (mestrado) – Departamento de Direito da Universidade de Ribeirão Preto, área de  
concentração: Direitos Coletivos e Função Social do Direito. Ribeirão Preto, 2007.

Título. 1. Ações coletivas. 2. Coisa julgada *secundum eventum litis*. 3. Coisa julgada *in utilibus*. I.

CDD: ...

MAROLNE TORTUJO BARROS

**A EXTENSÃO SUBJETIVA DA EFICÁCIA DA COISA JULGADA DAS  
AÇÕES COLETIVAS PARA FAVORECER AS PRETENSÕES  
INDIVIDUAIS**

Dissertação de Mestrado apresentada  
ao Programa de Pós-Graduação em  
Direito da Universidade de Ribeirão  
 Preto para obtenção do título de  
Mestre em Direito

Área de Concentração: Direitos Coletivos e Função Social do Direito

Data de defesa: 18 de abril de 2010

Resultado: Aprovada

BANCA EXAMINADORA

  
Prof. Dra. Maria Cristina Vitoria Branco Taruggi  
UNARPP – Universidade de Ribeirão Preto

  
Prof. Dr. José Carlos Teodoro Neto  
UNARPP – Universidade de Ribeirão Preto

  
Prof. Dra. Tereza Lúcia Colégio  
UFSC – Universidade Federal de Santa Catarina

Ribeirão Preto  
2010

Dedico este trabalho as pessoas que amo:

À meu avô Wilson Tortoro (*in memorian*) que é  
minha inspiração e à minha avó, Esmerce Soares  
Tortoro, que foi quem com muito amor  
transformou um sonho em realidade.

À minha mãe Welce Soares Tortoro e minha irmã  
Amanda Tortoro Barros, por tudo.

À meu marido André Pierri Wagner por todo  
amor, carinho e apoio.

## **Agradecimentos**

Agradeço a Deus pelas portas que se abrem.

Aos meus avós, Wilson e Esmerce, pois sem eles eu não conseguiria concretizar mais essa etapa da minha vida.

À minha mãe Welce, minha irmã Amanda, por me ajudarem nesta etapa e em muitas outras.

Ao meu marido André por tudo o que fez e faz por mim. Por todos os sonhos que se concretizam.

À Profa. Dra. Maria Cristina Vidotte Blanco Tárrega, pela atenção, nobreza e carinho dispensado em todos esses anos. Não tenho palavras para agradecer. Mais uma vez.

A todos os meus professores e amigos pelo apoio e sobretudo pela paciência das horas difíceis desses últimos anos.

“Quando vou a um país, não examino se há boas leis, mas se as leis que lá existem são executadas, pois boas leis há por toda parte”.

(Montesquieu)

## **A EXTENSÃO SUBJETIVA DA EFICÁCIA DA COISA JULGADA DAS AÇÕES COLETIVAS PARA FAVORECER AS PRETENSÕES INDIVIDUAIS**

### **RESUMO**

O instituto da coisa julgada tradicionalmente é regulado pelo artigo 472 do Código de Processo Civil. Ocorre que, inicialmente, com os anseios da sociedade com a proteção da *res publica*, após, com a ação civil pública tendente a proteção dos interesses difusos e coletivos e com a entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor, que deu maior efetividade ao processo e às intenções coletivas como um todo, além da proteção dos interesses individuais homogêneos, essas positivamente acabaram por afastar-se da tradicional regra, qual seja, a de que a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Sendo assim, o regime da coisa julgada não pode mais ser entendido nos mesmos moldes pelos quais foi previsto, principalmente em relação às suas extensões subjetiva e objetiva para alcançar terceiros não participantes do processo coletivo. Nesse contexto, a presente dissertação vem abordar os efeitos subjetivos e objetivos da coisa julgada, determinados pela natureza do interesse difuso, coletivo e individual homogêneo, para ao final, registrar a necessidade de uma garantia de uma coisa julgada que seja extensiva à todos que se provem estar vinculados ao *decisum*, pois o que o Código de Defesa do Consumidor e as ações coletivas necessitam é de efetividade em relação aos interesses, e após, aos direitos ali tutelados, em conjunto com os princípios e regramento específico que servirão de base à este ramo do direito.

**Palavras-chave:** Ações coletivas. Coisa julgada *secundum eventum litis*. Coisa julgada *in utilibus*.



# LA EXTENSIÓN SUBJETIVA DE LA EFICACIA DE LA COSA JUZGADA DE LAS ACCIONES COLECTIVAS PARA PROMOVER LAS PRETENSIONES INDIVIDUALES

## RESUMEN

El instituto de la cosa juzgada es tradicionalmente regulado por el artículo 472 del Código de Procedimiento Civil Brasileño. Resulta que, inicialmente con las aspiraciones de la sociedad con la *res publica*, después, con la acción civil pública para proteger los intereses difusos y colectivos y con la entrada en vigor del Código de Protección del Consumidor, que dio una mayor eficacia al proceso e a las intenciones colectivas enteras, más allá de la protección de los intereses individuales homogéneos, tales afirmaciones finalmente fueran apartadas de la regla tradicional, que es, que la sentencia hace cosa juzgada entre las partes que se dan, que no se benefician o perjudican terceros. Así, el sistema de la cosa juzgada no puede ser entendido de la misma manera por la cual fue suministrada, especialmente en relación con sus extensiones subjetiva e objetiva para lograr terceros no participantes del procedimiento colectivo. En este contexto, esta disertación viene a abordar los efectos subjetivos e objetivos de la cosa juzgada, determinados por la naturaleza del interés difuso, colectivo u individual homogéneo, hasta el final, registrar la necesidad de una garantía de una cosa juzgada que sea amplia a todos que se prueben estar vinculados al *decisium*, por lo que el Código de Protección del Consumidor y las acciones colectivas necesitan es de una eficacia con respecto a los intereses, y después, a los derechos allí tutelados, junto con los principios y reglamento específico que servirán de base para esta rama del derecho.

**Palabras-chave:** Acciones colectivas. Cosa juzgada *secundum eventum litis*. Fuerza de la cosa juzgada *in utilibus*.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>12</b>
<b>CAPÍTULO I – INTERESSES COLETIVOS.....</b>	<b>22</b>
1.1 Interesse e direito.....	22
1.2 Interesses coletivos <i>lato sensu</i> .....	24
1.2.1 Interesses difusos.....	26
1.2.2 Interesses coletivos.....	28
1.2.3 Interesses individuais homogêneos.....	29
1.2.4 Controvérsia doutrinária.....	31
1.3 Princípios do Direito Processual Civil Coletivo e regramento específico.....	34
1.3.1 Amplo acesso à Justiça.....	38
1.3.2 Economia processual.....	44
1.3.3 Preservação da isonomia material .....	45
1.3.4 Prioridade no processamento e duração razoável do processo.....	47
1.3.5 Máxima instrumentalidade, amplitude e utilidade da tutela jurisdicional coletiva.....	50
1.3.6 Flexibilização e adequação da técnica processual.....	51
1.3.7 Ativismo judicial.....	52
1.3.8 Motivação específica e de todas as decisões judiciais, notadamente quanto aos conceitos jurídicos indeterminados.....	53
1.3.9 Boa-fé e responsabilidade das partes, procuradores e demais sujeitos que atuam no processo coletivo.....	55
1.3.10 Cooperação dos órgãos públicos na produção da prova.....	57
1.3.11 Não taxatividade do objeto e dos meios de tutela dos direitos e interesses coletivos.....	57
1.3.12 Publicidade e divulgação ampla das ações coletivas e dos seus principais atos processuais.....	58
1.3.13 Efetiva precaução, prevenção e reparação integral dos danos materiais e morais, individuais e coletivos, bem como a punição pelo enriquecimento ilícito.....	59
1.3.14 Preferência da execução coletiva.....	61
1.3.15 Aplicabilidade residual, limitada e condicionada do Código de Processo Civil.....	62
1.3.16 Interpretação aberta e flexível.....	62
1.3.17 Algumas considerações.....	63
<b>CAPÍTULO II – DA COISA JULGADA TRADICIONAL À COLETIVA.....</b>	<b>65</b>
2.1 A coisa julgada e o artigo 472 do Código de Processo Civil.....	65
2.2 Coisa julgada coletiva.....	77
2.2.1 Ação popular.....	78
2.2.2 Ação civil pública.....	87
2.2.3 Mandado de segurança coletivo.....	91
2.2.4 Código de defesa do consumidor.....	98

**CAPÍTULO III – A EXTENSÃO DOS EFEITOS DA COISA JULGADA COLETIVA  
PARA FAVORECER AS DEMANDAS INDIVIDUAIS.....104**

3.1 Critérios do <i>right to opt in</i> e do <i>right to opt out</i> .....	104
3.1.1 Critério do <i>right to opt in</i> .....	106
3.1.2 Critério do <i>right to opt out</i> .....	107
3.1.3 Combinação do critério do <i>right to opt in</i> e <i>right to opt out</i> .....	108
3.2 Coisa julgada <i>secundum eventum litis</i> .....	109
3.3 Coisa julgada <i>secundum probationem</i> .....	115
3.4 Coisa julgada <i>in utilibus</i> .....	116
3.5 Função social do processo.....	117
3.6 Representação adequada.....	119
3.7 Efeitos da extensão da coisa julgada coletiva em relação às pretensões individuais.....	121
3.7.1 Improcedência.....	123
3.7.2 Improcedência por insuficiência de provas.....	124
3.7.3 Procedência.....	124
3.8 Sindicatos e associações.....	126
3.9 Artigo 16 da Lei da ação civil pública.....	127

**CONSIDERAÇÕES FINAIS.....134**

**REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....141**

**ANEXOS.....152**

ANEXO A – Capítulo II – item 238.....	153
---------------------------------------	-----

## INTRODUÇÃO

Em eras remotas, a autotutela regulava as relações entre os indivíduos. Por autotutela entende-se a lide solucionada pela força bruta, fazendo-se justiça com as próprias mãos. O Estado não interfere nas relações individuais.

“Percebendo a afronta aos conceitos de justiça deste sistema”, como apontado por Dias<sup>1</sup>, “a sociedade passou a atribuir a função de resolver as lides a uma terceira pessoa, de confiança de ambas as partes”.

E assim, o sistema foi aprimorando-se até chegar aos dias atuais, nos quais os indivíduos passaram a ser submetidos à palavra final do Estado.

Portanto, havendo uma lide, a mesma deverá ser solucionada pelo Estado. Resolvida a questão, salvo raras exceções, a mesma não mais poderá ser rediscutida, ou seja, o *decisium* prolatado deverá ser respeitado entre as partes litigantes. Ocorreu aí, a estabilidade da relação social através da imutabilidade do julgado.

Operou-se assim a chamada coisa julgada. Seu instituto tem natureza multifacetada, podendo ser vista como garantia constitucional, fonte assecuratória de direitos e de situações jurídicas e, finalmente, como categoria processual.

Está prevista no artigo 5º. XXXVI da Constituição Federal, o qual dispõe que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Foi a mesma prevista para evitar-se que, uma vez abolida as leis ordinárias que a retratam, ainda sim, a coisa julgada não deixará de existir, vez que se encontra no rol das garantias fundamentais previstas na Constituição Federal.

No campo do direito processual, o artigo 472 do Código de Processo Civil tradicional, preceitua que a sentença faz coisa julgada apenas entre as partes as quais é dada, não beneficiando nem prejudicando terceiros.

Diante disso, apesar da coisa julgada tradicional estar regulada para quedar-se apenas entre as partes que atuaram no processo, com a recente tutela dos interesses coletivos, acabou por afastar-se dessa regra tradicional.

Os interesses coletivos, assim entendidos, porque não se é dado entender que direito e interesse são sinônimos, como assemelha-se à alguns juristas, foram por Mauro

---

<sup>1</sup> DIAS, Iberê de Castro Dias. *Processo Civil*. vol. I. Campinas: Millenium Editora Ltda., 2003. p. 5.

Cappelletti, que tomado como norte na presente dissertação, identificados como interesses oriundos dos conflitos de massa da sociedade, considerando-se que alguns danos ultrapassam a esfera individual, tendo reflexo em terceiros e chegando a prejudicá-los.

Constatava que “[...] direitos que pertencessem a um grupo, ao público em geral ou a um segmento do público não se enquadravam bem neste esquema”<sup>2</sup>, concluindo que as regras determinantes da legitimidade, as normas de procedimento e a atuação dos juízes não eram destinadas a facilitar as demandas por interesses difusos intentadas por particulares.

O direito material estava em evolução na sociedade de massa, ante os conflitos em desenvolvimento pela classe trabalhadora, no século XIX e início do século XX, massacrada pela indústria capitalista, que tinha como lema de seus dirigentes a frase “time is money”<sup>3</sup>.

A história demonstrou que as contribuições do liberalismo mostravam-se insuficientes, já que em falência para resolver as mazelas sociais que se acumularam como consequência da implementação de um capitalismo que se mostrou indiferente à nova classe social que surgia: o proletariado.

O Estado social, que viria em seguida, tem como base uma Constituição que além de carregar positivados os direitos sociais, regula também a ordem econômica e social, afastando-se e substituindo aquele Estado liberal, tendo como objetivo final a realização da justiça social.

Ademais, em 1978, o “Florence Project”<sup>4</sup> revelou a expansão do *welfare state* e a necessidade de se tornarem efetivos os novos interesses conquistados principalmente a partir dos anos sessentas pelas “minorias” étnicas e sexuais.

Para a sociedade brasileira, no final da década de setenta, a discussão sobre os interesses coletivos foi provocada pela exclusão da grande maioria da população de direitos sociais básicos, já assegurados em outros países, dentre os quais o direito à moradia e à saúde.

---

<sup>2</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre : Sergio Fabris Editor, 1998. p. 49.

<sup>3</sup> Tempo é dinheiro.

<sup>4</sup> Os coordenadores, no volume III do “Florence Project”, p. XVIII, de 1978 declararam que: “não é fácil reivindicar os direitos de segmentos fracos da população, tanto coletiva quanto individualmente. Toda estratégia tem limitações ou armadilhas e até o momento as conquistas práticas destas tendências, as reformas não são tão grandes como se poderia desejar. Uma ampla variedade de reformas é necessária na profissão de advogado, nos Tribunais e em outros Tribunais. É bem verdade que um movimento mundial já começou, mas está como dissemos, ainda em fase experimental. Um experimento no bem-estar social e mais genericamente na política do bem-estar” - [It is not easy to vindicate the rights of the weaker segments of the public, either collectively or individually. Every strategy has limitations or pitfalls, and to date the practical accomplishments of these reforms trends are not as great as one could desire. A wide variety of reforms are necessary in the legal profession, courts, and in alternatives to the courts. A large-indeed, a worldwide-movement has begun, but it is, as we said, still in its experimental phase – an experiment in welfare state rights and, more generally, in welfare state politics] - tradução livre. CAPPELLETTI, Mauro. *The Florence access to justice Project*. General Report, 1998. Book 1. vol. I. p. 67.

Diante disso, o que prevalecia nesta década no Brasil, eram os canais alternativos de justiça, paralelos ao Estado, esse sendo identificado como uma representação positiva autoritária, e daí a impossibilidade do enfoque ao acesso à justiça aos canais institucionais oriundos do aparelho estatal.

Neste contexto, após a exclusão político-jurídica provocada pelo regime pós-64, os movimentos que se seguiram contribuíram para o debate em torno da necessidade de mudanças legislativas e institucionais que garantissem novos direitos individuais e coletivos, sobretudo para a população marginalizada e para as minorias, já que caracterizada a incapacidade cada vez mais patente de o chamado bem-estar social suprir os problemas gerados à partir da inaplicabilidade efetiva de preceitos básicos esboçados como direitos fundamentais.

Em consequência das reivindicações da sociedade, a Constituição Federal de 1988 congregando a questão da cidadania e democracia, ou seja, a possibilidade do exercício e garantias dos direitos universais legalmente constituídos, assegurou aos cidadãos o direito ao processo como uma das garantias individuais, elevando o acesso à justiça ao patamar de princípio, vinculando todos os aplicadores e intérpretes do direito. O reflexo dos movimentos sociais foram incorporados ao artigo 5º. em seus 77 incisos, corroborando para o apelido de “Constituição cidadã”.

Em contra-partida, o acesso coletivo à justiça tratava-se fundamentalmente de analisar os novos movimentos sociais e suas demandas por direitos coletivos e difusos, que ganham impulso com as primeiras greves do final da década de setenta e com o início da reorganização da sociedade civil que acompanha o processo de abertura política, e lidam com um Poder Judiciário tradicionalmente estruturado para o processamento de direitos individuais.

Ante essa necessidade, infra – constitucionalmente, leis esparsas foram positivadas como garantia de acesso ao Judiciário, como a ação popular, ação civil pública, mandado de segurança coletivo, ação coletiva, dentre outras.

Com este amplo acesso assegurado, foram no sistema sendo absorvidos outros princípios e uma gama de regras, criando um regramento específico, como o direito ao amplo acesso à justiça, a economia processual, a preservação da isonomia material, a prioridade no processamento e duração razoável do processo, a máxima instrumentalidade, amplitude e utilidade da tutela jurisdicional coletiva, flexibilização e adequação da técnica processual, o ativismo judicial, a motivação específica e de todas as decisões judiciais, notadamente quanto aos conceitos jurídicos indeterminados, a boa-fé e responsabilidade das partes, procuradores e

demais sujeitos que atuam no processo coletivo, a cooperação dos órgãos públicos na produção da prova, a não taxatividade do objeto e dos meios de tutela dos direitos e interesses coletivos, a publicidade e divulgação ampla das ações coletivas e dos seus principais atos processuais, a efetiva precaução, prevenção e reparação integral dos danos materiais e morais, individuais e coletivos, bem como a punição pelo enriquecimento ilícito, a preferência da execução coletiva, a aplicabilidade residual, limitada e condicionada do Código de Processo Civil e a interpretação aberta e flexível, destinados aos interesses coletivos.

Esses interesses, que podem ser difuso, coletivo ou individual homogêneo dependem da natureza do dano que lhe afeta.

Algumas vezes, esse dano mostrar-se-á tão devastador que será impossível identificar qualquer lesado, já que os mesmos serão indeterminados ou indetermináveis. O dano ocorre de tal forma, que se alastra e atinge toda a sociedade.

Esses lesados, no momento que forem atingidos, apresentarão interesses difusos, mas o Estado jamais irá identificá-los de antemão. Primeiramente, verificar-se-á o dano. Após, os indivíduos lesados.

Nestes casos, surgem duas possibilidades de tutela: a ação civil pública e a ação individual, já que não é dado ao sistema cindir o princípio do amplo acesso à justiça.

Oportuno faz-se registrar que mesmo que indivíduo quede-se inerte, caso a ação civil pública seja julgada procedente, a coisa julgada o atingirá, e mais, atingirá todos indistintamente, já que não se pode identificá-los até este momento.

Isto porque, com a decisão transitada em julgado, o título, que é executivo, poderá ser pleiteado pelo lesado, devendo na nova ação, agora individual, provar-se o nexo causal entre o dano sofrido e quem o pleiteia. Provado, passa-se à fase de liquidação e após, ao cumprimento de sentença.

É sabido que para parte da doutrina é impróprio falar-se em execução, já que não se tem até o momento, um título líquido, certo e exigível.

Não se nega a impropriedade, mas em nosso entendimento, trata-se de uma execução com carga de ação de conhecimento, é verdade, mas apenas no requisito formal, isto porque preenchido esse requisito, o título passa à fase de liquidação, sendo que no momento do reconhecimento da legitimidade de quem postula, o título tornou-se certo e exigível.

O que queremos dizer é que título sempre foi, porque, abstratamente, se o lesado preenche todos os requisitos, a decisão lhe servirá para saltar as fases da ação de conhecimento.

Não se aprofundará neste contexto, já que é matéria alheia ao que nesta dissertação investiga-se.

Retornando aos interesses coletivos, literalmente, os mesmos possuem condições perfeitas de se identificar os titulares dos interesses lesionados, em razão do necessário vínculo associativo ou corporativo que os prende.

Portanto, neste caso, por ser o objeto cindível, já que conhecidos os lesados previamente à condenação, os efeitos da coisa julgada estendem-se *ultra partes*, limitando-se ao grupo, categoria ou classe, cujos membros são unidos por uma mesma relação jurídica-base, excetuando-se igualmente a improcedência do pedido decorrente da insuficiência de prova.

No tocante aos interesses individuais homogêneos, esses apresentam uma origem comum, constatada a divisibilidade do dano e da responsabilidade que lhes afeta.

Por ser assim, a extensão dos efeitos da coisa julgada é *erga omnes*, desde que o pedido seja julgado procedente, em benefício de todas as vítimas e sucessores, já que a coisa julgada nesse caso não pode prejudicar o indivíduo individualmente considerado.

Além de, neste ponto, existir uma das maiores controvérsias doutrinárias e jurisprudencial, já que muitos confundem as normas que regem os interesses difusos transportando-as para este sistema, também, verifica-se que a coisa julgada coletiva é extensiva aos efeitos da coisa julgada em relação pretensões individuais.

Nesse contexto, o presente trabalho vem abordar, até onde vão os efeitos da extensão subjetiva da coisa julgada e se esses efeitos podem, de algum modo, prejudicar as pretensões individuais, já que o regime da coisa julgada não pode mais ser entendido nos mesmos fins pelos quais foi previsto tradicionalmente, principalmente em relação às suas extensões subjetiva e objetiva para alcançar terceiros não participantes do processo coletivo.

Ademais, fará parte da investigação a resposta à indagação se a coisa julgada *secundum eventum litis* aplica-se ao caso e se os regimes jurídicos da coisa julgada coletiva, expressos no artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor, se aplicam às demais ações para a defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Também, secundariamente, será analisada a questão do impedimento do ajuizamento ou tramitação de ação individual quando pendente ação coletiva e se esse impedimento traduz-se em cerceamento de direito ou mero atendimento do regramento específico das ações coletivas, notadamente a economicidade.



A coisa julgada *secundum eventum litis* que tem como tradução “sorte da lide”, dentro do contexto da extensão às demandas que versem sobre interesses individuais homogêneos terá um fim em si mesma ou essas pretensões individuais poderiam beneficiar-se das vantagens advindas com o proferimento de eventual sentença de procedência em ação coletiva, de modo que a coisa julgada produziria efeitos *erga omnes*? Ou, em sentido contrário, as pretensões coletivas individuais dos particulares não seriam prejudicadas pelo advento de sentença desfavorável, ou seja, somente são abrangidas *secundum eventum litis*, conforme preceitua o artigo 103, §1º. e §2º., do Código de Defesa do Consumidor?

Também, levar-se-á em consideração o caso de a sentença que julgar a ação coletiva vir a ser improcedente, mas não por insuficiência de provas, se essa sentença faz coisa julgada *ultra partes* para atingir os legitimados do artigo 82 Código de Processo Civil, não atingindo as ações individuais que podem continuar a serem propostas.

Caso a sentença seja improcedência por insuficiência de provas, até mesmo aqueles que foram partes podem repropor a ação e se a sentença coletiva, assim, não fará coisa julgada material, não atingindo os indivíduo, será considerado.

No caso de associações ou sindicatos, será que as ações coletivas propostas não induzem litispendência com as ações individuais e os efeitos *erga omnes* ou *ultra partes* só beneficiarão os autores das ações individuais se tiverem requerido a sua suspensão no prazo de 30 dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva?

No caso acima, a Medida Provisória 1798-1 de 11.02.1999, prevê que, na hipótese de ação coletiva em defesa de interesses e direitos de seus associados, a sentença abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator. Porém, tal dispositivo está em dissonância com a realidade, precisando-se de adequação para beneficiar a todos, pois vários problemas surgem de tal dispositivo que serão tratados ao longo da investigação.

Pretendeu-se analisar os aspectos teóricos do tema proposto, de molde a permitir um enfoque prático das questões estudadas, fornecido principalmente pela análise crítica da lei, da doutrina e da jurisprudência brasileira.

Especificamente, pretende-se trazer argumentos para aprimorar o instituto da coisa julgada coletiva, afastando-a da tradicional regra, qual seja, a de que a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros, abordando-se, também, os efeitos subjetivos e objetivos da coisa julgada, determinados pela natureza do interesse difuso, coletivo e individual homogêneo, para assim contribuir para esse sistema tão controvertido na doutrina e nos tribunais brasileiros.

A justificativa para a necessidade investigação traduz-se no instituto da coisa julgada, que é regulado pelo artigo 472 do Código de Processo Civil. Ocorre que, com a entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor, que deu maior efetividade ao processo coletivo, acabou o mesmo por afastar-se da tradicional regra, qual seja, a de que a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros.

Sendo assim, o regime da coisa julgada não pode mais ser entendido nos mesmos fins pelos quais foi previsto, principalmente em relação às suas extensões subjetiva e objetiva para alcançar terceiros não participantes do processo coletivo.

Por isso, justifica-se o tema aqui proposto, vindo o presente trabalho abordar os efeitos subjetivos e objetivos da coisa julgada, determinados pela natureza do interesse difuso, coletivo e individual homogêneo, afastando-se dos velhos paradigmas da coisa julgada tradicional, levando à necessidade de nova adaptação das teorias processualistas de acordo com a relevância do bem jurídico tutelado, visando a efetiva instrumentalidade e funcionalidade do instrumento processual.

A fundamentação teórico-empírica para os questionamentos acima expostos, segue a orientação de Dinamarco<sup>5</sup>, que com maestria afirma que “sem um renovado método de pensamento, não há programa de reforma que tenha sucesso”.

Por isso, deve-se deixar o pensamento coletivo não ser a torto e a direito invadido por comparações com o instituto de direito processual civil tradicional.

Tanto é assim que Silva já dizia que a principal característica da coisa julgada coletiva consiste no fato de que ela “não respeita os limites subjetivos traçados pelo artigo 472 do Código de Processo Civil, tanto entre os legitimados para demandar a tutela dos interesses transindividuais, como em face das pessoas individualmente lesadas”<sup>6</sup>.

Tucci afirma que o motivo para tal extensão está baseado no Código de Processo Civil, pois aduz que “no entanto, inspirando-se no postulado da economia processual, o Código de Defesa do Consumidor admite o aproveitamento da coisa julgada favorável formada no processo da ação civil pública, possibilitando aos “terceiros beneficiados” e seus

---

<sup>5</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*. 2ª. Edição. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 7.

<sup>6</sup> SILVA, Marcelo Pereira da. *A coisa julgada nas ações coletivas*. Revista Direito em Foco. p. 76-98. Rio de Janeiro: Editora Impetus, ano 1. n. 2. jan/2006. p. 43.

sucedores, sem a exigência de nova sentença condenatória, que procedam à liquidação e a execução individual, pelos respectivos titulares do direito material”<sup>7</sup>.

Para Maiolino, nosso sistema é diferente do adotado no sistema norte-americano, explicando o mesmo que “a opção do Código de Defesa do Consumidor foi de adotar os limites subjetivos da coisa julgada *secundum eventum litis*, apenas atingindo aquele que não participou como parte no processo, mas componente da classe, se a sentença lhe tiver sido favorável (*in utilibus*), não aceitando o sistema das *class actions* do direito americano, onde os limites da coisa julgada seriam aferíveis pelo juiz, em processo futuro, observada a adequada representatividade do representante da classe e desde que tenha utilizado todos os meios de que dispunha para defender, naquele processo, os direitos e interesses de classe”<sup>8</sup>.

A problemática da extensão da coisa julgada também é tratada por Wambier: “no direito brasileiro, não se adotou o modelo norte-americano do *opt in* e *opt out* das *class actions for damages*, em que se permite ao indivíduo escolher se deseja ou não ver sua esfera jurídica atingida pela solução judicial concedida na ação coletiva. Diante disso, no direito brasileiro incumbe ao juiz determinar se certo direito individual deve (ou não) ser veiculado em ação civil pública, em razão dos resultados negativos a que eventual procedência do pedido pode conduzir”<sup>9</sup>.

Tanto é assim que o mesmo autor traz o seguinte exemplo: em ação coletiva visando a anulação de contratos de empréstimos, aqueles que os tiverem feito, se quiserem obter outro empréstimo, deverão submeter-se a juros mais altos, justamente em razão da menor garantia que terá o credor-mutuante.

Em ação coletiva proposta na cidade de Porto Alegre, na 16ª. Vara Cível do Foro Central, processo número 001/1.07.0104162-9, o MM. Juiz de Direito decidiu que “por estes fundamentos, o presente processo deverá atingir todas as pessoas que, no Estado do Rio Grande do Sul, mantiveram com a parte requerida a relação de consumo litigada, atendendo a restrição imposta pela independência judicial no que diz às partes que ajuizaram ações individuais em outras unidades judiciais, seara em que a suspensão dependerá, obviamente, de manifestação dos titulares da jurisdição”.

---

<sup>7</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada nas ações coletivas*. Revista de Processo. v. 143. p. 42-64. jan/2007. p. 57.

<sup>8</sup> MAIOLINO, Eurico Zecchin. *Coisa julgada nas ações coletivas*. Revista de Processo. v. 123. p. 60-75. mai/2005. p. 67.

<sup>9</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Sentença Civil: Liquidação e Cumprimento*. 3ª. Edição. São Paulo: RT, 2006. p. 365.

Porém, tal decisão está em confronto com o artigo 16 da Lei de Ação Civil Pública, pois o mesmo dispõe que: “haverá coisa julgada *erga omnes*, na sentença civil proferida em processo coletivo, “nos limites da competência territorial do órgão prolator”.

Há uma importante decisão do Juiz João Ricardo dos Santos Costa da 16ª. Vara Cível da Comarca de Porto Alegre, contradizendo o exposto acima, que expandiu os efeitos da sentença à todo o Estado: “É importante termos presente que o efeito *erga omnes* da coisa julgada é vital para a plena introdução, no nosso País, da via coletiva de enfrentamento dos conflitos sociais de massa. Essa constatação é relevante para entendermos que não se pode restringir os efeitos de uma decisão judicial que venha a garantir direitos indivisíveis sem ferir o pacto constitucional. Tenho, desta forma, que deverá ser a indivisibilidade do dano o critério determinante para se definir o alcance da decisão, critério este que dará também a amplitude territorial da futura sentença, como dito, não pela regra da competência motivada pela divisão do trabalho do Poder Judiciário no território nacional”.

Outra questão importante é a extensão da coisa julgada tratando-se de sindicato ou associação. Para Gomes Junior, “as ações coletivas propostas por sindicato ou associação civil não induzem litispendência com as ações individuais. Os efeitos *erga omnes* ou *ultra partes* só beneficiarão os autores das ações individuais se tiverem requerido a sua suspensão no prazo de 30 dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva”<sup>10</sup>.

Essa questão gera dúvidas, pois a Medida Provisória 1798-1 de 11.02.1999 prevê que, na hipótese de ação coletiva proposta por entidade associativa em defesa de interesses e direitos de seus associados, a sentença “abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator”

E, assim, tantos outros autores renomados vêm contribuindo para tentar solucionar as questões aqui propostas. Pretende-se, assim, demonstrar que a coisa julgada tradicional, acabou por afastar-se da coisa julgada coletiva, devendo essa última ter regras próprias, pois, seus efeitos não se restringem entre as partes do litígio.

A fim de realizar-se o objetivo do presente trabalho, foi utilizado o método dedutivo, o qual caminha do geral para o particular, partindo-se da premissa de uma visão ampla e geral do sistema tradicional da coisa julgada para a particularizada coisa julgada nas ações coletivas no direito brasileiro. Visou-se, com isso, chegar a análise da extensão subjetiva da coisa julgada nas ações coletivas para as demandas individuais.

Como métodos auxiliares, foram empregados o método lógico, sistêmico,

---

<sup>10</sup> GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. *Curso de Direito Processual Civil Coletivo*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 193.

axiológico e finalístico, onde se demonstrará que não é característica da coisa julgada coletiva a extensão de seus efeitos somente entre as partes às quais é dada, ao contrário do que tradicionalmente entende-se.

Através do método procedimental comparativo, pretendeu-se demonstrar a necessidade de se analisar as ações coletivas, seus procedimentos e seus institutos de maneira diversa da efetuada tradicionalmente no estudo das ações individuais que visam a tutela dos direitos individuais.

Assim, foi realizado para tanto, como procedimentos instrumentais, pesquisas bibliográficas, doutrinárias, legislações pertinentes ao tema, jurisprudência, revistas, jornais e todo material fornecido via “internet”.

O procedimento de análise, interpretação, comparação e classificação desses dados é a forma de se obter a devida fundamentação relacionada ao tema, para, posteriormente, chegar-se à conclusão, qual seja, esta dissertação jurídica.

# CAPÍTULO I

## INTERESSES COLETIVOS

### 1.1 Interesse e direito

Interesse significa utilidade, proveito, conveniência ou prerrogativa. Já o direito é aquilo que é conforme às regras, conforme à lei<sup>11</sup>.

Os interesses coletivos começaram a ser investigados após as críticas feitas por Cappelletti<sup>12</sup>, o qual defendeu a tese de que não havia no sistema apenas a bipartição entre direito público ou privado, como de costume.

Essa nova categoria, emanada do intermédio dos dois extremos, a qual, em sua arcaica<sup>13</sup> interpretação, transcendia os limites do indivíduo, mas não se podia aceitar que fosse pública, ganhou notória controvérsia no tocante ao uso do vocábulo “interesse” e “direito”.

Em grande parte das obras doutrinárias pesquisadas, bem como nas leis, observa-se a fungibilidade dessas expressões, como se as duas fossem sinônimas. Em outras, nem há esta distinção<sup>14</sup>.

Veja-se que o artigo 81, parágrafo único, II, do Código de Defesa do Consumidor, menciona um ou outro: “interesses ou direitos coletivos...”. Esta alternatividade nos leva a crer que se trata de um caso de semelhança. No entanto, tratar-se-á de uma falácia<sup>15</sup>.

---

<sup>11</sup> *Novo dicionário da língua portuguesa*. São Paulo: Editora Rideel, 2007. p. 64 e 109.

<sup>12</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile*. Rivista de Diritto processuale. v.3. 1975. p. 367.

<sup>13</sup> No sentido de obsoleta.

<sup>14</sup> Cf. GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. *Curso de Direito Processual Civil Coletivo*. 2ª. edição. São Paulo: SRS Editora, 2008.

<sup>15</sup> Reegistra-se aqui que há autores que não vêem grande importância nesta diferenciação, como Eurico Zecchin Maiolino, que em sua obra, *Coisa julgada nas ações coletivas* (Revista de Processo n. 123, São Paulo: RT, 2005, p. 62) afirma: “Os termos ‘interesses’ e ‘direitos’ foram utilizados como sinônimos, certo é que, a partir do momento que passam a ser amparados pelo direito, os interesses assumem o mesmo *status* de ‘direitos’, desaparecendo qualquer razão prática, e mesmo teórica, para a busca de uma diferenciação ontológica entre elas”; Kazuo Watanabe, dá por certo que “a adoção dos interesses, ao lado dos direitos, pela lei, conferiria aos interesses *status* assemelhado ao dos direitos, não havendo qualquer razão prática capaz de estimular essa discussão” (*Código brasileiro de defesa do consumidor comentados pelos autores do anteprojeto*. 2ª. edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992. p. 503), Luiz Rodrigues Wambier, entende que “com maior ou menor rapidez, com pouco ou muito preconceito, os novos direitos já se firmaram no nosso sistema jurídico, restando aos estudiosos encontrar soluções criativas para os diversos problemas decorrentes da importante ‘novidade’” (*Sentença Civil: liquidação e cumprimento*. São Paulo: RT, 2006. p. 297) e Elton Venturi, que explica que “de todos os modos, faz-se necessário acentuar que não deve existir, para fins de interpretação do sistema do Código Modelo de Processos Coletivos, qualquer distinção entre as expressões direitos ou interesses. Ambas buscam significar o objeto da tutela jurisdicional coletiva” - [de todos los modos, es necesario acentuar que no debe

O interesse não se insere no conjunto de direitos construído culturalmente sendo apenas a demonstração de uma vontade que se externa. Já o direito é garantia, pois está incorporado ao sistema jurídico, representado pelo conjunto de normas vigentes no país.

Nas palavras de Souza<sup>16</sup>, o interesse “traduz uma vontade, um desejo, enquanto o direito implica sua incorporação ao sistema jurídico”.

No entanto tal diferenciação e equidistância quedam-se apenas neste momento, já que, quando o interesse submete-se ao processo legislativo, promulgado, torna-se norma, e assim, direito tutelado pelo sistema.

Apesar das críticas de Gidi<sup>17</sup>, acredita-se que tal distinção é oportuna para que estes interesses sejam assimilados à nossa cultura e integrem o sistema, pois, como afirma o mesmo:

Essa situação traduz uma postura doutrinária extremamente vinculada aos padrões rígidos com que se configura o tratamento dado aos chamados direitos subjetivos tradicionais.

Vinculada ou não, o sistema processual civil brasileiro ainda carrega traços da cultura italiana. Não que isto seja um permissivo à amarras doutrinárias. O que interessa é que os interesses coletivos em sentido *lato sensu*, ou seja, os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, sejam cada vez mais integrados ao sistema processual civil brasileiro, para que enfim, recebem a proteção adequada.

Sendo assim, no presente trabalho será adotada a expressão “interesse”, já que, como visto, é a que consideramos melhor para a aplicação na tutela desses tipos de interesses aqui estudados.

---

existir, para fines de interpretación del sistema del Código Modelo de Procesos Colectivos, cualquier distinción entre las expresiones derechos o intereses. Ambas buscan significar el objeto de la tutela jurisdiccional colectiva] – tradução livre (In: GIDI, Antonio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Org.). *Código Modelo de Procesos Colectivos: un diálogo iberoamericano*. México: Porrúa, 2008. p. 10). Tratando-se de um trabalho científico, como é o caso, é de cautela que se faça a correta distinção de palavras ou expressões que se diferenciam e não tratam do mesmo objeto.

<sup>16</sup> SOUZA, Motauri Ciochetti de. *Ação civil pública e inquérito civil*. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 01.

<sup>17</sup> GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 17.

## 1.2 Interesses coletivos *lato sensu*

Na maioria dos países da *civil law*<sup>18</sup> há o reconhecimento de duas espécies de interesses coletivos que seriam os difusos e os individuais homogêneos<sup>19</sup>.

Já, em nosso país, a disciplina das ações coletivas deu-se relevantemente a partir do advento da Lei da ação civil pública no. 7.347/85, bem como pelo Código de Defesa do Consumidor, consubstanciada na Lei no. 8.078/90.

No entanto, antes disto, Milaré<sup>20</sup> nos apresenta a mudança de método e atitude no tratamento do problema, passando-se da consideração individual à coletiva:

Em 1984, segundo relata Walter Ceneviva, foi detectada que a safra gaúcha de morangos estava contaminada com produtos cancerígenos. Ciente do fato, declarou o Governador do Estado que nada faria para impedir o consumo do produto, atribuindo-o à cautela dos consumidores. Ocorre que o dano causado a cada indivíduo era tão fragmentado, e normalmente seria tão pequeno que dificilmente poderia ser apreciado isoladamente. Demais, não havia instrumento judicial adequado à composição global desse dano, obrigando cada prejudicado, se quisesse, a procurar seu direito pela parcela do dano global (difuso) que sofreu. Verdadeira quimera.

Conclui o autor dizendo que com a entrada em vigor da Lei da ação civil pública, tal questão fora enfrentada.

No entanto, nos brinda o mesmo autor com outro fato pontual:

Em 1986, nova e terrível ocorrência: em face da carência de leite para consumo da população do país, grande quantidade desse produto foi importada do continente europeu, onde, no dia 26 de abril, havia ocorrido o acidente nuclear na usina termoeletrica de Tchernobyl, da então União Soviética. Milhares, centenas de milhares e mesmo milhões de pessoas estavam sujeitas a serem atingidas pela ingestão do produto, que trazia em si uma elevada dose de perigo para a saúde. Aqui, entretanto, o fato encontrou as portas do Judiciário já entreabertas ao clamor da comunidade para a tutela dos conflitos de massa, o que possibilitou, através de um único procedimento judicial, estribado naquela lei, o embargo da comercialização do produto condenado<sup>21</sup>.

---

<sup>18</sup> Sistema em que o direito tem base no direito romano, como o brasileiro.

<sup>19</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências em matéria de ações coletivas nos países de civil law*. Revista de Processo. São Paulo. v. 33. n. 157. mar/2008. p. 150.

<sup>20</sup> MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário*. 5ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 1115.

<sup>21</sup> Idem. p. 1115.



Assim, diante do fato ocorrido acima, e de outros estudados<sup>22</sup>, pode-se perceber que foi efetivamente com o Código de Proteção e Defesa do Consumidor que a tutela dos conflitos de massa ganharam força. Já não se pode comparar o incomparável, como o trato do objeto coletivo e do individual.

Wambier<sup>23</sup>, lecionando sobre este assunto, afirma que:

[...] há uma faixa intermediária de direitos, que não se situam nem no campo do direito privado, amoldado de forma a obrigar as relações jurídicas entre particulares, nem no do direito público, que trata das relações entre o Estado e quaisquer de seus muitos súditos.

Historicamente, com a massa trabalhadora, que começou a organizar-se ainda no século XIX e início do século XX, ocorreu uma mudança nas relações, já que o Estado contemporâneo conta com a participação da sociedade civil organizada. Diferentemente do modelo Estado interventor que detém o controle de tudo, no modelo atual há um espaço para o público não estatal. Aliás, essa “faixa intermediária” tem um nome técnico que é consagrado sobretudo no exterior, sugerido por Bresser Pereira<sup>24</sup>, que é exatamente o público não estatal<sup>25</sup>.

Lisboa<sup>26</sup> já afirmava que esta “faixa intermediária”, apesar de não ser nem privada, já que não interessa apenas a um particular, nem pública, já que relativa às necessidades de toda a população, em que o beneficiário direto é o Estado, ainda assim, também não pode ser caracterizada por um número mínimo de pessoas.

---

<sup>22</sup> O primeiro caso a ser julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, ante a questão do direito do consumidor, foi no Recurso Especial 4968/PR, tendo como Relator o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, da 4ª. Turma, em 14.05.1991, ficando assim ementado: “Direito Civil. Compra e venda. Vício redibitório em uma das peças. Exegese dos artigos 1101, 1102, 1104 e 1138 do Código Civil. Incidência do último. Defesa do Consumidor. Recurso não conhecido. I – Para a defesa do seu direito, a lei confere, ao adquirente da coisa portadora de vício redibitório ações para rejeitar aquela, redibindo o contrato, ou para reclamar abatimento do preço. II – Em se tratando de aquisição de peças em conjunto, não optando pelo abatimento do preço e nem aceitando a substituição da coisa danificada por outra idêntica, sujeita-se o consumidor a norma do art. 1138 do Código Civil, segundo a qual o defeito oculto de uma não autoriza rejeição de todas. III - A defesa do consumidor, hoje elevada a patamar constitucional, deve merecer do julgador exegese sistêmica, sob pena de ofensa ao ordenamento jurídico”.

<sup>23</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Sentença Civil: liquidação e cumprimento...* op. cit. p. 293.

<sup>24</sup> BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos; GRAU, Nuria Cunill. (Org.). *O público não estatal na reforma do Estado*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 1999.

<sup>25</sup> Matéria ministrada nas aulas de Hermenêutica da Professora Maria Cristina Vidotte Blanco Tárrega na Universidade de Ribeirão Preto, no curso de mestrado no ano de 2007.

<sup>26</sup> LISBOA, Roberto Senise. *Contratos difusos e coletivos: consumidor, meio ambiente, trabalho, agrário, locação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 55.

Os interesses transindividuais ou metaindividuais são interesses concernentes a um número expressivo de pessoas, importando salientar que uma quantificação mínima não deve ser efetuada, para sua constatação, mas sim a aferição de uma conflituosidade que envolva a comunidade, grupos, categorias ou indivíduos com comunhão de interesses e titularidade diversa de direitos subjetivos.

Passa-se, neste contexto, à definição de alguns conceitos pontuais que são indispensáveis para a melhor compreensão deste tópico: os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

### **1.2.1 Interesses difusos**

Os interesses difusos apresentam uma impossibilidade prática de se determinar os titulares dos interesses controvertidos, definindo-se difuso como algo em que há difusão, que é difundido<sup>27</sup>. São aqueles que afetam toda a coletividade em sua definição mais ampla, não se podendo indicar, de antemão, os indivíduos que foram, estão sendo ou irão ser afetados. Seus reflexos se irradiam de tal forma que há a necessidade da fixação do dano, dispensando-se a identificação dos possíveis lesados.

Estes interesses estão previsto no inciso I, parágrafo único do artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 81.

Parágrafo único.

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

Assim, a despeito de não haver um vínculo jurídico entre os respectivos sujeitos, os mesmos são indivisíveis. No entanto, apesar de indivisível, podem esses interesses serem pleiteados pelos legitimados elencados na lei<sup>28</sup> ou pelo indivíduo isoladamente considerado, mediante ação ordinária, desde que presente o nexo de causalidade entre o dano e o fato sofrido pelo mesmo, ou no que couber, a ação popular.

---

<sup>27</sup> *Novo dicionário da língua portuguesa*. op. cit. p. 54.

<sup>28</sup> Legitimados constante do rol do artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor.

Ante a titularidade dos interesses aqui discutidos, leciona Leonel<sup>29</sup>:

Tomando como exemplo a tradicional referência às questões do meio ambiente para a compreensão da natureza e dimensão destes interesses, nota-se que o direito ao ar puro, à limpeza das águas, à higidez das florestas, à preservação das espécies animais são inerentes a toda a humanidade, ou, de forma mais específica, àquela comunidade que habita em determinada cidade, estado ou região ou país. Sua titularidade é de pessoas indeterminadas e indetermináveis, que não podem ser identificadas precisamente; são unidas por uma simples circunstância de fato ou contingencial extremamente mutável, o fato de residirem em determinado local ou região. O objeto do seu interesse é indivisível, pois não se pode repartir o proveito, e tampouco o prejuízo, visto que a lesão atinge a todos indiscriminadamente, assim como a preservação a todos aproveita; não há vínculo jurídico preciso entre os titulares.

Portanto, os interesses difusos são aqueles que os titulares do direito não são determinados e nem mesmo determináveis, pois embora digam respeito a um grupo de pessoas, não é possível precisar-lhes claramente a respectiva titularidade. Embora, como afirmado acima, ter o indivíduo titularidade para pleitear, não coletivamente, já que não legitimado, mas no seu âmbito de inafastabilidade jurisdicional, o dano que lhe é causado.

Meroi<sup>30</sup> exemplifica-os:

Exemplos de situações que caracterizam os interesses difusos podem ser a publicação de propaganda enganosa sobre um determinado produto, a venda ilegal de um espaço de uso público, a comercialização e distribuição de um produto defeituoso, a contaminação ambiental do ar ou água, a inatividade da Administração Pública na prestação de um serviço ou sua atuação ilícita prejudicial para uma categoria de sujeitos, etc.

Contemplam este sistema a Áustria, Chile, Peru, Província de Catamarca (Argentina) e do Uruguai<sup>31</sup>.

Por ser indivisível o dano ou a lesão e indeterminados os lesados, não há como cindir os efeitos de eventual condenação. Assim, a extensão da eficácia da coisa julgada é

<sup>29</sup> LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual de Processo Coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 98-99.

<sup>30</sup> [Ejemplos de situaciones que dan lugar a intereses difusos podrían ser la propagación de una publicidad engañosa sobre un determinado producto, la venta ilegal de un espacio de uso público, la comercialización y distribución de un producto defectuoso, la contaminación ambiental del aire o el agua, la inactividad de la administración en la prestación de un servicio o su actuación ilícita perjudicial para una categoría de sujetos, etcétera] – tradução livre. MEROLI, Andrea A. *Procesos Colectivos: recepción y problemas*. 1ª. edição. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2008. p. 52.

<sup>31</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências em matéria de ações coletivas...* op. cit. p. 151.

*erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente com fundamento na insuficiência da prova, situação que possibilita a qualquer legitimado ajuizar nova ação, com idêntica causa de pedir, valendo-se de novas provas.

### **1.2.2 Interesses coletivos**

Os interesses coletivos apresentam uma relação jurídica base que tem como escopo unir o conjunto de pessoas, caracterizando-se por um mínimo de organização, para que seja possível a identificação dos membros do grupo e por um vínculo jurídico subjacente, comum a todos os integrantes deste grupo.

Estes interesses estão previstos no artigo 81, parágrafo único, II, do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 81

Parágrafo único.

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

Conforme preceituado acima, pode-se concluir que nos interesses coletivos há condições perfeitas de se identificar os titulares dos interesses lesionados, em razão do necessário vínculo associativo ou corporativo que os prende.

Veja-se o exemplo de um fato que une indistintamente todos os lesados, apresentando exatamente uma relação jurídica base:

Suponhamos que determinado condomínio tenha problemas quanto ao fornecimento de energia elétrica, serviço que é prestado de forma irregular pela empresa concessionária. Em consequência, por vezes o elevador não funciona e o portão não abre. Realizada assembleia geral, os condôminos, por maioria, deliberam acionar a fornecedora, sendo certo que o feito culmina por ser julgado procedente. Pois bem: o resultado da demanda certamente beneficiará a todos os condôminos – e não apenas àqueles que foram favoráveis à propositura da ação. Ou o elevador e o portão da

garagem funcionam regularmente para todos os condôminos, ou o problema continuará a afetá-los de forma indistinta<sup>32</sup>.

Portanto, neste caso, por ser o objeto cindível, já que conhecidos os lesados previamente à condenação, os efeitos da coisa julgada estendem-se *ultra partes*, limitando-se ao grupo, categoria ou classe, cujos membros são unidos por uma mesma relação jurídica-base, excetuando-se igualmente a improcedência do pedido decorrente da insuficiência de prova.

### 1.2.3 Interesses individuais homogêneos

Por último, mas não menos importante, os interesses individuais homogêneos são decorrentes de origem comum, ou seja, tanto individual quanto coletivamente podem ser tutelados, já que, diante dessa origem, esses interesses foram alçados à categoria de proteção coletiva e estão previstos no artigo 81, parágrafo único, inciso III do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 81.

Parágrafo único.

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

Esses interesses, como já mencionado, são aqueles que têm uma origem comum e apresentam como principais características a divisibilidade do dano e da responsabilidade que lhes afeta. Sobre isso, afirma Tucci<sup>33</sup>:

Os direitos individuais homogêneos são aqueles que afetam mais de um sujeito em razão de uma gênese comum, cujo objeto é divisível. Normalmente, a coletividade de consumidores prejudicados pela aquisição de um mesmo produto defeituoso é que ostenta a titularidade de direito individual homogêneo.

---

<sup>32</sup> SOUZA, Motauri Ciochetti de. *Ação civil pública...* op. cit. p. 8.

<sup>33</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. *Limites subjetivos da eficácia...* op. cit. p. 48.

Wambier<sup>34</sup> prevê uma inovação nesse caso, sendo de grande utilidade, já que muitas pessoas que não vão ao Judiciário podem beneficiar-se da sentença tida como título executivo.

Dessa forma, pessoas que, diante de uma lesão de direito individual, jamais iriam procurar a tutela jurisdicional do Estado, porque os custos são elevados ou porque o resultado é demorado e só por isso frequentemente ineficaz em relação aos micro-conflitos, podem, agora, se beneficiar da tutela coletiva das pretensões que tenham a mesma origem. Independentemente do esforço próprio, ou em apoio a ele, por meio da legitimação prevista no art. 82 do CDC, os titulares desses direitos lesados podem obter a prestação jurisdicional desejada.

Realmente, foi uma grande inovação no sistema processual civil brasileiro. Atualmente, esses interesses são tutelados pela Província Argentina de Rio Negro, Costa Rica, França e Itália<sup>35</sup>.

Ademais, insta salientar que, mesmo que exercida a ação coletiva por qualquer dos legitimados do artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor, ainda assim, resta para aqueles que tenham sido lesados individualmente a permissão para serem ajuizadas suas respectivas demandas. É permitida, também, a intervenção no processo coletivo como litisconsorte, bem como, com o título em mãos, promover a liquidação e a conseqüente execução da obrigação constante da sentença coletiva.

Por ser assim, a extensão dos efeitos da coisa julgada é *erga omnes*, desde que o pedido seja julgado procedente, em benefício de todas as vítimas e sucessores, já que a coisa julgada nesse caso não pode prejudicar o indivíduo individualmente considerado. É neste ponto que há a maior controvérsia doutrinária e jurisprudencial, já que muitos confundem as normas que regem os interesses difusos transportando-as para este sistema<sup>36</sup>.

---

<sup>34</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Sentença Civil...* op. cit. p. 309.

<sup>35</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências em matéria de ações coletivas...* op. cit. p. 151.

<sup>36</sup> Cf. Capítulo terceiro.

### 1.2.4 Controvérsia doutrinária

Para Gidi<sup>37</sup>, esta tripartição (interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos) feita pela doutrina e legislação brasileira é peculiar.

Essa classificação é fruto de uma teorização artificial e abstrata realizada pela doutrina italiana quando, na década de setenta e oitenta, tentava compreender o fenômeno inédito das demandas coletivas norte-americanas.

O Brasil tem tradição marcadamente italiana, por isto formal. Já, a cultura nos Estados Unidos está vinculada a “common law”. Assim, quando se compara um sistema com outro, o dos Estados Unidos com certeza mostra-se mais flexível.

No entanto, o sistema brasileiro, tradicional por definições de vários conceitos, é funcional para a definição dos interesses coletivos. Por isto, não se coaduna com a posição de Gidi, quando o mesmo critica a opção pelo formalismo quanto aos conceitos de interesse difuso, coletivo e individual homogêneo.

O curioso, porém, é que esses conceitos simplesmente não existem nos Estados Unidos, que era a realidade que os autores italianos queriam originalmente retratar. Nenhum trabalho doutrinário, nenhuma decisão norte-americana sequer menciona expressões como “difuso”, “coletivo”, e muito menos “individuais homogêneos”. São categorias absolutamente inúteis para a operacionalidade dos processos coletivos e da tutela dos direitos de grupo<sup>38</sup>.

Apesar desta situação traduzir uma postura doutrinária extremamente vinculada aos padrões rígidos de influência italiana, é necessário que se tenham conceitos e definições para a didática do assunto a ser tratado.

Está sendo um problema específico do Brasil, apontado pelos autores daquele país, o conceitualismo exacerbado em que de certo modo derivou-se dali esta conceitualização expressa, pela dificuldade (mais retórica que real) do enquadramento formal da pretensão em umas das categorias legais.<sup>39</sup>

---

<sup>37</sup> GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Forense, 2008. p. 201.

<sup>38</sup> Idem. p. 202.

<sup>39</sup> [Há sido un problema específico en Brasil, apuntado por los comentaristas de aquel país, el conceptualismo exacerbado en que en cierto modo ha derivado de allí esta conceptualización expresa, por la dificultad (más

A doutrina estrangeira, como a mexicana, notou esta influência do formalismo exagerado, que em sua opinião, esta celeuma é mais retórica que real.

Barbosa Moreira<sup>40</sup> afirma:

Na verdade, convém observar que a terminologia nessa matéria, a despeito de várias propostas doutrinárias, não chegou a uma cristalização definitiva. Ora se tem usado as expressões ‘interesses coletivos’ e ‘interesses difusos’ promiscuamente, no mesmo sentido, mais geral, ora se tem proposto este ou aquele critério para extremar, de um lado, os interesses coletivos e, de outro lado, os interesses difusos; mas no assunto não há ainda uniformidade que nos possa levar adotar tranquilamente determinado critério de distinção. O melhor é, talvez, falarmos em interesses coletivos e difusos, porque assim estamos certos de abranger todas as figuras possíveis e imagináveis desse universo.

Atualmente, pacificou-se a idéia da divisão tripartite, que é aquela que apresenta a abrangência das figuras dos interesses coletivos *lato sensu*. Os interesses difusos e coletivos são complementados com os interesses individuais homogêneos.

Como bem ressalta Gomes Junior<sup>41</sup> “as classificações são úteis ou inúteis, mas não certas ou erradas”. A utilidade ou inutilidade da classificação é facultada a quem e a que se observa. Mas jamais se pode colocar na mesma classe ou categoria objetos de gêneros diferentes. Por isto, classifica-se conforme a melhor maneira para tornar a compreensão viável.

Pode-se até pecar pelo excesso de formalismo, como é o caso do sistema brasileiro, porém ainda é melhor a ouvir que se trata de conceitos vagos. Se é exequível sua definição, porque não fazê-la?

Arruda Alvim Wambier<sup>42</sup> afirma que “às vezes o sistema atinge maior precisão e requinte com conceitos vagos do que com conceitos precisos”.

---

retórica que real) de encuadramiento formal de la pretensión en una de las categorías legales] – tradução livre. CABIEDES, Pablo Gutiérrez de. In: *Código Modelo de Procesos Colectivos: un diálogo...* op. cit. p. 22.

<sup>40</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Ações coletivas na Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Revista de Processo, 1991. p. 194.

<sup>41</sup> GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. *Curso de Direito Processual...* op. cit. p. 83.

<sup>42</sup> ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória – recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória: o que é uma decisão contrária à lei?* São Paulo: RT, 2001. p. 44.



Não é o caso dos direitos coletivos. Por trata-se de interesses que estão em fase de assimilação pelo sistema, quanto mais fiel for sua definição, melhor.

E é preciso considerar ainda que os interesses difusos não se assemelham aos interesses coletivos para ficarem agrupados como se sinônimos fossem, conforme já mencionado. Quem melhor destaca esta situação é Ilmar Galvão<sup>43</sup>:

Assim, ao passo que todos os interesses difusos possuem caráter público ou social, enquanto bens pertencentes a toda comunidade, a todos e a cada um, como um bem comum não individualizável, o mesmo nem sempre ocorre com os da classe dos coletivos, que, embora indivisíveis, são sempre de interesse restrito dos integrantes de determinado grupo de pessoas (por exemplo: os membros de um consórcio de automóveis que postulam a anulação de um dispositivo do respectivo instrumento contratual; os alunos de uma escola que reclamam contra a qualidade do ensino).

No entanto, para Gidi, em seu Anteprojeto<sup>44</sup>, os direitos são difusos e individuais homogêneos, sendo os coletivos englobados pelo primeiro.

1.1. Direitos difusos, assim entendidos os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular um grupo de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por relação jurídica comum ou por circunstâncias de fato;

1.1.2 Direitos individuais homogêneos, assim entendidos o conjunto de direitos subjetivos individuais legados por uma origem comum de que sejam titulares os membros de um grupo de pessoas.

Com a aprovação do Anteprojeto<sup>45</sup> que tramita no Ministério da Justiça na Secretaria de Reforma do Judiciário, esta questão aqui abordada tende a ser apenas crítica doutrinária, se mantidos os incisos abaixo citados, pois assim estão previstos os interesses na futura Lei:

---

<sup>43</sup> *Ação Civil Pública e o Ministério Público*. Porto Alegre: Síntese Jornal, Junho/2000, p. 4: In: GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. *Curso de Direito Processual...* op. cit. p. 95.

<sup>44</sup> GIDI, Antonio. *Rumo a um Código...* op. cit. p. 1. Os outros Anteprojeto apresentados, foram o Código Modelo de Processos Coletivos do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual, coordenado por Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Antonio Gidi; Código Brasileiro de Processos Coletivos da USP, coordenado por Ada Pellegrini Grinover e o Código Brasileiro de Processos Coletivos da UERJ/Unesa, coordenado por Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, além do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, elaborado pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual.

<sup>45</sup> Projeto de Lei no. 5.139/09 que disciplina a ação civil pública para a tutela de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, e dá outras providências. É fruto do trabalho desenvolvido pela Comissão Especial criada pela Portaria do Ministério da Justiça no. 2.481, de 9.12.2008.

I – difusos, assim entendidos os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas, ligadas por circunstâncias de fato;

II – coletivos em sentido estrito, assim entendidos os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III – individuais homogêneos, assim entendidos aqueles decorrentes de origem comum, de fato ou de direito, que recomendem tutela conjunta a ser oferecida por critérios como facilitação do acesso à Justiça, economia processual, preservação da isonomia processual, segurança jurídica e dificuldade na formação do litisconsórcio.

Pela leitura destes três incisos, o último é o único que mudou sua definição, estando complementado pelos princípios e regramentos específicos que o regerão e que serão melhores analisados abaixo, como os critérios da “facilitação do acesso à justiça, economia processual, preservação da isonomia processual, segurança jurídica e dificuldade na formação do litisconsórcio”, dentre outros que os complementam.

### 1.3 Princípios do Direito Processual Civil Coletivo e regramento específico

Princípio, do latim *principiu*, significa ato de principiar, momento em que uma coisa tem origem ponto de partida<sup>46</sup>.

Partindo-se do pressuposto de que a norma é gênero e regras e princípios, suas espécies, temos um grau de abstração mais elevado para os princípios e reduzidas para as normas. Isso significa que em função dos princípios serem vagos e indeterminados, necessitam de intervenções que os concretizem.

Bastos<sup>47</sup>, nesse sentido, registra:

[...] nos momentos revolucionários, resulta saliente a função ordenadora dos princípios. [...] Outras vezes os princípios desempenham uma ação imediata, na medida em que tenham condições para serem auto-executáveis. Exercem, ainda, uma ação tanto no plano integrativo e constitutivo como no essencialmente prospectivo. [...] Finalmente, uma função importante dos princípios é a de servir de critério de interpretação presa as normas. Se houver uma pluralidade de significações possíveis para a norma, deve-se escolher aquela que a coloca em consonância com o princípio, porque, embora este perca em determinações, em concreção, ganha em abrangência.

<sup>46</sup> Michaelis. *Moderno dicionário da língua portuguesa*. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 1697.

<sup>47</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 21ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 55.

Enquanto que os princípios estabelecem padrões vinculantes, estabelecidos em função da justiça ou da própria idéia de direito, já que fontes, estruturando o sistema jurídico e constituindo a base ou razão das regras jurídicas, as regras, podem ser vinculativas com conteúdo apenas funcional.

Os princípios são os reflexos adequados e necessários dos valores jurídicos escolhidos pela sociedade em determinado tempo e espaço, especialmente através de seu Poder Constituinte, verdadeiro detentor do poder maior de instituí-los em nome do Estado e do povo que os escolheu para essa função.

É a estruturação de um sistema de idéias, pensamentos ou normas capitaneando por uma idéia mestra que detém o poder de condução e subordinação de todas as outras.

Bonavides<sup>48</sup> afirma que “princípios são verdades objetivas, nem sempre pertencentes ao mundo do ser, sendo do dever-ser, na qualidade de normas jurídicas, dotadas de vigência, validade e obrigatoriedade”.

A Constituição Federal é composta de princípios e regras, onde a norma é gênero e os princípios e as regras, espécies.

Reale<sup>49</sup> assevera que princípios são:

[...] verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da práxis.

Mas são os princípios hermenêuticos que exercem uma função argumentativa, auxiliando no desenvolvimento, integração e complementação do direito, os princípios jurídicos são verdadeiras normas, e não apenas formadores de subsídios interpretativos.

O nosso sistema está sustentado em princípios que são elos, correntes. Quando se entra na esfera do princípio, entra-se no mérito do que foi legislado. É ele o elemento que predomina na constituição de um corpo organizado.

Como bem apontado por Theodoro Júnior<sup>50</sup>:

---

<sup>48</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 11ª. edição. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 229.

<sup>49</sup> REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 1980.

<sup>50</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Princípios gerais do Direito Processual Civil*. Revista de Processo. n. 23. Ano 1981. p. 178.

Em nenhum outro ramo do direito, portanto, mais se avulta a importância dos princípios informadores do que no direito processual, já que da fiel interpretação de seus dispositivos e da correta aplicação de seus institutos vai depender a sorte prática, não raras vezes, das normas dos demais ramos da ciência jurídica, que compõem o direito material ou substancial.

E não apenas isto. Os princípios vinculam o processo legislativo, de modo a poder dizer-se ser a liberdade vinculada pelos princípios jurídicos gerais, conforme aponta Canotilho<sup>51</sup>.

Como o próprio Bandeira de Mello<sup>52</sup> define:

Princípio é por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.

Princípio, portanto, é a norma, porém mais abstrata e mais genérica, porque se aplica a tudo e a todos, e vincula todos os aplicadores e intérpretes do direito, bem como o legislador infraconstitucional, podendo estar explícito ou implícito no sistema jurídico, sem contudo comprometer a sua força quanto à sua validade, vigência ou eficácia. Já a regra disciplina somente aquela relação que declara. Em conclusão, violar um princípio é transgredir todo o sistema jurídico.

Porém, como surge um princípio? Surge de valores jurídicos que são escolhidos por certa sociedade, e portanto, são transformados em princípios constitucionais, e estes, por sua vez, transformados em regras jurídicas para a normatização mais concreta e direta dos atos e fatos jurídicos.

Dworkin e Alexy, citados por Garcia<sup>53</sup>, opinam:

<sup>51</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5ª. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1995. p. 172.

<sup>52</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*. 8ª. Edição. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 545.

<sup>53</sup> DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Massachusetts, 1980; ALEXY, Robert. *Theorie der grundrechte*. Baden Banden, 1999 apud GARCIA, Emerson. *Dignidade da pessoa humana: referências jurídicas*. Revista da Faculdade de Direito da UFPR. v. 4. 2004.

Os princípios se distanciam das regras na medida em que permitem uma maior aproximação entre o direito e os valores sociais, não expressando conseqüências jurídicas que se implementem automaticamente, com a simples ocorrência de determinadas condições o que impede sejam disciplinadas, *a priori*, todas as suas formas de aplicação. Além disso, enquanto o conflito entre regras é resolvido na dimensão da validade, a colisão entre princípios é dirimida a partir de uma técnica de ponderação, consoante o peso que apresentem no caso concreto.

Neste ramo processual civil, que se inserem as ações coletivas, os princípios e o regramento específico, assumem papel de relevância. Destaca Almeida<sup>54</sup> que:

Assim, os princípios assumem uma função nuclear extremamente intensificada no âmbito do direito processual coletivo, o que reforça em virtude dos seguintes fatores: a) sua natureza processual-constitucional-social; b) sua importância jurídica social e política; c) a potencialidade da tutela jurídica; d) a carência de um conjunto de normas processuais específicas bem sedimentadas; e) a generalização, a relativização, a força normativa e superioridade vinculante e irradiante dos princípios sobre as sensíveis regras jurídicas, segundo as proposições contidas no novo constitucionalismo<sup>55</sup>.

Diante disso, os princípios e o regramento específico que as asseguram, definem seus valores e formas de atuação, já que muitas das decisões pautar-se-ão apenas nos princípios ou regras que devem regê-las<sup>56</sup>.

---

<sup>54</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Código Modelo de Procesos Colectivos: un diálogo iberoamericano*. GIDI, Antonio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. (Org.). México: Porrúa, 2008. p. 394.

<sup>55</sup> [Así, los principios asumen una función nuclear extremadamente intensificada en el ámbito del derecho procesal colectivo, lo que está reforzando en virtud de los siguientes factores: a) su naturaleza procesal-constitucional-social; b) su importancia jurídica social y política; c) la potencialidad de su tutela jurídica; d) la carencia de un conjunto de normas procesales específicas bien sedimentadas; e) la generalización, la relativización, la fuerza normativa y superioridad vinculante e irradiante de los principios sobre las sencillas reglas jurídicas, según proposiciones contenidas en el nuevo constitucionalismo] – tradução livre.

<sup>56</sup> Traçando-se um paralelo, é o caso do sistema dos juizados especiais. Há uma normatização disciplinada integralmente para atendê-lo. Apenas como fonte subsidiária é utilizado outro sistema, como por exemplo, no cível, o Código de Processo Civil.

### 1.3.1 Amplo acesso à justiça

Coordenado por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, no ano de 1978, o “Florence Project”<sup>57</sup> revelou a expansão do *welfare state* e a necessidade de se tornarem efetivos os interesses conquistados principalmente a partir dos anos sessentas pelas “minorias” étnicas e sexuais.

No Brasil, na década de oitenta, o interesse por esta questão deu-se, na visão de Junqueira<sup>58</sup>:

[...] pela própria necessidade de se expandirem para o conjunto da população direitos básicos aos quais a maioria não tinha acesso em função da tradição liberal-individualista do ordenamento jurídico brasileiro, como em razão da histórica marginalização sócio-econômica dos setores subalternizados e da exclusão político-jurídica provocada pelo regime pós-64.

A discussão sobre os direitos coletivos foram provocadas pela exclusão da grande maioria da população de direitos sociais básicos, entre os quais o direito à moradia e à saúde. Diante disso, o que prevalecia nesta década no Brasil, eram os canais alternativos de justiça, paralelos ao Estado, esse sendo identificado como uma representação positiva autoritária, e daí a impossibilidade do enfoque ao acesso à justiça aos canais institucionais oriundos do aparelho estatal.

Esses movimentos contribuíram para o debate em torno da necessidade de mudanças legislativas e institucionais que garantissem novos direitos individuais e coletivos, sobretudo para a população marginalizada e para as minorias<sup>59</sup>, já que caracterizada a

---

<sup>57</sup> Os coordenadores, no volume III do “Florence Project”, p. XVIII, de 1978 declararam que: “não é fácil reivindicar os direitos de segmentos fracos da população, tanto coletiva quanto individualmente. Toda estratégia tem limitações ou armadilhas e até o momento as conquistas práticas destas tendências, as reformas não são tão grandes como se poderia desejar. Uma ampla variedade de reformas é necessária na profissão de advogado, nos Tribunais e em outros Tribunais. É bem verdade que um movimento mundial já começou, mas está como dissemos, ainda em fase experimental. Um experimento no bem-estar social e mais genericamente na política do bem-estar” - [It is not easy to vindicate the rights of the weaker segments of the public, either collectively or individually. Every strategy has limitations or pitfalls, and to date the practical accomplishments of these reforms trends are not as great as one could desire. A wide variety of reforms are necessary in the legal profession, courts, and in alternatives to the courts. A large-indeed, a worldwide-movement has begun, but it is, as we said, still in its experimental phase – an experiment in welfare state rights and, more generally, in welfare state politics] - tradução livre. CAPPELLETTI, Mauro. *The Florence access to justice Project*. op. cit. p. 67.

<sup>58</sup> JUNQUEIRA, Eliana Botelho. *Acesso à justiça: um olhar retrospectivo*. Revistas Estudos Históricos. n. 18. 1996. p. 1-15.

<sup>59</sup> SILVA, Cátia Aída. *A justiça em jogo: novas facetas da atuação dos de Justiça*. São Paulo: Edusp/Fapesp, 2001. p. 4.

incapacidade cada vez mais patente de o chamado bem-estar suprir os problemas gerados à partir da inaplicabilidade efetiva de preceitos básicos esboçados como direitos fundamentais.

O monopólio da produção e aplicação do direito pelo Estado tornou-se cada vez mais uma pretensão.

Luigi Ferrajoli<sup>60</sup> faz uma abordagem à partir do garantismo<sup>61</sup> que surge exatamente pelo descompasso com os preceitos estabelecidos nas normas jurídicas estatais. Há, assim, um hiato entre a efetividade, e o garantismo seria a forma de fazer a junção entre elas.

Na favela do Jacarezinho, com Boaventura dos Santos<sup>62</sup> nos anos setentas pesquisando o papel das comunidades na resolução dos seus conflitos, o tema “acesso à justiça” pelo Estado estava diluído e sobredeterminado pelo debate daquele contexto em que enfatizava a ampliação da cidadania participativa, da afirmação e da garantia das liberdades negativas, e na emergência do papel desempenhado pelos movimentos sociais que se fixavam naquele contexto.

Já, no “access-to-justice movement” essas discussões foram provocadas pela crise do Estado ou bem-estar social, que clamavam pela garantia de assistência jurídica para os pobres, representação dos direitos difusos e a informalização do procedimento de resolução de conflitos<sup>63</sup>.

O acesso à justiça<sup>64</sup> compreendeu dois pontos principais: de um lado o acesso coletivo à justiça e de outro, investigações sobre formas estatais e não-estatais de resolução de conflitos individuais<sup>65</sup>.

O estudo de acesso coletivo à justiça tratava-se fundamentalmente de analisar os novos movimentos sociais e suas demandas por direitos coletivos e difusos, que ganham impulso com as primeiras greves do final da década de setenta e com o início da reorganização da sociedade civil que acompanha o processo de abertura política, e lidam com

---

<sup>60</sup> Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Madrid: Trotta, 1999.

<sup>61</sup> O garantismo pode ser entendido de três formas: a) como modelo normativo de direito, que seria a legalidade conjugada com o Estado Democrático de Direito; b) a busca pela ligação da validade e efetividade e c) a busca da justificativa externa dos parâmetros garantistas adotadas internamente pelos Estados.

<sup>62</sup> Cf. SANTOS, Boaventura de Sousa. *The law of the oppressed: the construction and reproduction of legality in Pasargada*. In: *Law & Society Review*. p. 5-126. Denver, 1977.

<sup>63</sup> Cf. CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à justiça*. op. cit.

<sup>64</sup> Este termo “acesso à Justiça” pode ser objeto de discussão como se acesso ao Poder Judiciário, às instâncias legais ou garantia de resolução de conflitos. Temos que a referência sempre foi ao acesso às instâncias oficiais, mas um acesso que garanta o valor justiça. No prefácio do “Florence Project” é constatado os obstáculos jurídicos, econômicos, sociais e psicológicos que dificultam ou impedem o uso do sistema judiciário

<sup>65</sup> Cf. FUX, Luiz. *Ideologia dos juizados especiais*. Revista de processo. vol. 22. n. 86. p. 204-214. abr/jun. 1997.

um Poder Judiciário tradicionalmente estruturado para o processamento de direitos individuais<sup>66</sup>.

Além disso, a promoção dos direitos sociais e econômicos dos setores pobres da população, ante o crescimento da insegurança social, iniciando-se o movimento para a defesa de povos indígenas, negros, mulheres, homossexuais, crianças e portadores de deficiência começa a ser verificada<sup>67</sup>.

Foi na década de oitenta, com Falcão<sup>68</sup>, que se conjugou a noção de pluralismo jurídico com a noção de acesso à justiça para defender que, diante da necessidade de se responder às demandas sociais emergentes, coexistem diferentes lógicas jurídicas dentro do próprio Poder Judiciário, lento e tecnicamente incapaz de resolver as demandas emergentes na sociedade brasileira, fazendo surgir novos atores políticos e sociais que exerceram pressão para a criação do Estado democrático de direito.

Ampliar esse acesso, de tal forma a permitir a mais ampla representação de interesses coletivos marginalizados, é tarefa intimamente ligada à expansão da cidadania, cerne do que deveria ser um autêntico processo de democratização.

Nesse contexto, multiplicam-se novos agentes coletivos<sup>69</sup> como as organizações civis e religiosas, movimentos sociais urbanos e associações profissionais, além da verificação de desvinculação dos sindicatos dos trabalhadores industriais, criando-se a CUT e a CONCLAT.

---

<sup>66</sup> No Rio de Janeiro em 1984, a pesquisa sobre o relacionamento entre associações de moradores da classe média (Jardim Botânico, Gávea e Laranjeiras) e o Poder Judiciário, tratando sobre os interesses difusos, mostrou que o Poder Judiciário era utilizado como último recurso de resolução de conflitos, quando já esgotadas as possibilidades de negociação através dos Poderes Executivo e Legislativo (Cf. FALCÃO, Joaquim. *Conflito de direito de propriedade: invasões urbanas*. Rio de Janeiro: Forense, 1984). Também, em 1991, investigou-se as invasões urbanas, pois ao pedido de reintegração de posse do Instituto, opunham-se dois discursos: o dos advogados, que defendiam o direito de moradia e dos invasores, que reivindicavam a permanência no local. Essa questão era solucionada através de negociações realizadas fora do sistema legal (Cf. CARVALHO, Eduardo Guimarães. *O negócio da terra*. Rio de Janeiro: UFRJ, 1991).

<sup>67</sup> Cf. PINHEIRO, Paulo Sérgio. *Transição política e não-Estado de direito no Brasil*. In: Pinheiro, P. S., Sachs, I. e Wilhelm, J. (org). *Brasil: um século de transformações*. São Paulo: Companhia das letras, 2001. p. 290.

<sup>68</sup> Cf. FALCÃO NETO, Joaquim de Arruda. *Cultura jurídica e democracia: a favor da democratização do judiciário*. In: Francisco Weffort; Bolívar Lamounier (Org). *Direito, cidadania e participação*. São Paulo: T. A. Editora, 1981. Nesta investigação, ante o paralelismo ao direito oficial, constata-se que a comunidade de Passárgada remetia à associação de moradores a resolução de conflitos individuais por estar, de fato, impossibilitada de ter acesso à justiça estatal. Também, na Grande Recife, os direitos coletivos passaram a ser motivo de preocupação, diante da necessidade de se responder às demandas sociais eminentes, coexistindo diferentes lógicas jurídicas dentro do próprio Poder Judiciário que não podendo serem analisados, cujo acesso lhes era negado, são resolvidos informalmente, clamando pela admissão da possibilidade de representação coletiva.

<sup>69</sup> Segundo José Murilo de Carvalho (*Desenvolvimento de la ciudadanía en Brasil*. México: Fondo de Cultura, 1995. p. 137) havia na década de oitenta, mais de oito mil associações de moradores no país. Também, além da CNBB, outras instituições como a OAB e ABI opuseram-se ao regime militar.



A questão do acesso à justiça das classes mais baixas, racionalização e redução dos custos dos serviços judiciários, a simplificação e modificação do processo jurídico nas áreas cível, penal e trabalhista, a representação jurídica das classes coletivas e a mudança na formação do papel dos operadores do direito foram exaustivamente discutidos.

Oliveira<sup>70</sup> registra que “o que as pessoas querem é simplesmente uma ação rápida e informal contra o ofensor, e nada mais”. Busca-se locais alternativos subtraindo do Poder Judiciário o papel que dele se espera das camadas mais baixas da população.

Coutinho<sup>71</sup>, nesse sentido, expressa:

O fortalecimento da sociedade civil abre assim a possibilidade concreta de intensificar a luta pelo aprofundamento da democracia política no sentido de uma democracia organizada de massas que desloque cada vez mais ‘para baixo’ o eixo das grandes decisões hoje tomadas exclusivamente ‘pelo alto’.

Em consequência do que ocorria, a Constituição Federal<sup>72</sup> de 1988 elevou o acesso à justiça ao patamar de princípio, congregando a questão da cidadania e democracia, ou seja, a possibilidade do exercício e garantias dos direitos universais legalmente constituídos, assegurando aos cidadãos o direito ao processo como uma das garantias individuais<sup>73</sup>.

É o reflexo dos movimentos sociais, incorporados ao artigo 5º. em seus 77 incisos, corroborando para o apelido de “Constituição cidadã”<sup>74</sup>.

A justa composição da lide só pode ser alcançada quando prestada a tutela jurisdicional dentro das normas processuais traçadas pelo Direito Processual Civil, das quais

<sup>70</sup> OLIVEIRA, Luciano. *Polícia e classes populares*. jan/jun. p. 85-94. Recife: Cadernos de Estudos Sociais, 1985.

<sup>71</sup> COUTINHO, Carlos Nelson. *A democracia como valor universal*. Rio de Janeiro: Editora Salamandra, 1984. p. 41.

<sup>72</sup> Art. 5º., XXXV – “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

<sup>73</sup> No campo coletivo, temos a garantia de acesso através do mandado de segurança coletivo.

<sup>74</sup> Refletem essa constatação a assistência judiciária integral aos necessitados (art. 5º., LXXIV), a criação, pela União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados, de juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau, prevendo, ainda que Lei federal disporá sobre a criação de juizados especiais no âmbito da Justiça Federal. As custas e emolumentos serão destinados exclusivamente ao custeio dos serviços afetos às atividades específicas da Justiça (art. 98, I, II, §1º. e §2º.). Há a efetivação a reestruturação do papel do Ministério Público para a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127 e 129) e elevação da Defensoria Pública como instituição essencial à função jurisdicional do Estado (art. 134). No entanto, ressalta-se que em 1990, em estudo coordenado por Moura, chamava a atenção para as invasões urbanas no Recife e utilização pelos invasores do interdito proibitório. A pressão por meio de passeatas e da imprensa cria um novo entendimento por parte dos Juízes que justificam um tratamento diferenciado para classes de baixa renda e prevalência do direito de moradia sobre o direito de propriedade (MOURA, Alexandrina Sobreira de. *Terra do mangue: invasões urbanas no Recife*. Recife: Fundação Joaquim Nabuco, 1990. p. 37).

não é dado ao Estado declinar perante nenhuma causa, conforme dispõe o artigo 5º., LV, da Constituição Federal<sup>75</sup>.

De acordo com Carvalho<sup>76</sup>:

[...] a garantia da justiça exige a interferência do poder do Estado, assim como o exige a política de bem-estar. Ela não representa uma reação do Estado, um direito negativo. Corresponde a um momento da sociedade liberal em que o Estado já foi convocado para garantir, pela intervenção, um direito inicialmente estendido a parcela limitada da população”.

É no conjunto dessas normas do direito processual que se consagram os princípios informadores que inspiram o processo moderno e que propiciam às partes a plena defesa de seus interesses e ao juiz os instrumentos necessários para a busca da verdade real, sem lesão aos direitos individuais dos litigantes.

Os sinais correspondentes dessa difusão das garantias foram a criação do Juizado de Pequenas Causas<sup>77</sup> e as leis que fortaleceram o Ministério Público como responsável pela proteção de interesses coletivos e difusos por intermédio da Lei no. 6.93881 que legitimava o órgão a promover a ação de responsabilidade civil por danos ambientais e a Lei 7.347/85, que prevê a ação civil pública.

Mas o amplo acesso à justiça<sup>78</sup> não significa somente ter acesso ao direito de demandar. Significa, sim, ter-se acesso a um processo com garantias do devido processo legal.

Grinover<sup>79</sup> ressalta as diferenças deste princípio quando tratado no âmbito coletivo:

---

<sup>75</sup> Art. 5º., LV – “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

<sup>76</sup> CARVALHO, José Murilo de. *Ciudadania na encruzilhada*. In: Bignoto, N. (org). *Pensar a República*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002. p. 108.

<sup>77</sup> Lei no. 7.244/84. Atualmente, a Lei no. 9.099/95 dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Estadual e a Lei no. 10.259/01 dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. Os juizados especiais possuem uma filosofia não adversarial, mas sim, na pacificação pelo acordo. O papel do juiz é muito mais ativo e menos formal. Mas essa experiência está já em crise devido ao número crescente de processos e o número reduzido de juizes, além de sua subvalorização.

<sup>78</sup> Na obra de Platão (Diálogos – A República. Editora Globo S.A. p. 15), pode-se encontrar um exemplo de justiça: “Mas no que tange a essa justiça de que falamos, que vem a ser ela? Dizer a verdade e pagar as dívidas, nada mais? E mesmo aí não haverá exceções? Suponhamos que um amigo, em seu juízo perfeito, me tenha confiado algumas armas, mas venha reclamar quando estiver doido: deverei devolver-lhas? Ninguém diria tal, nem que eu agisse bem em fazê-lo, como tampouco julgariam que fôsse meu dever falar sempre a verdade a uma pessoa em semelhante estado”.

<sup>79</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *Direito Processual Coletivo*. In: *Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 12.

O princípio que, no processo individual, diz respeito exclusivamente ao cidadão, objetivando nortear a solução de controvérsias limitadas ao círculo de interesses da pessoa, no processo coletivo transmuda-se em princípio de interesse de uma coletividade, formada por centenas, milhares e às vezes milhões de pessoas.

Esta ação, assim, tende a proteger também os interesses de pessoas hipossuficientes que talvez nem saibam que seus direitos foram violados.

A justiça não deve ser vista apenas como manifestação final do Poder Judiciário, mas, sim, como o conjunto de ações que levam à adequada realização de valores escolhidos pelo ordenamento social e traduzidos no ordenamento jurídico.

Cabiedes<sup>80</sup> leciona que:

Esses obstáculos de acesso à justiça são condições ou barreiras de índole tanto fática como jurídica. Entre os primeiros, encontram-se os econômicos (tanto implícitos: desproporção ou caráter regressivo dos gastos ou custas processuais a respeito da quantia ou benefício do que individualmente poderia obter-se; como explícitos: limites pecuniários expressamente fixados para poder reclamar), os culturais (falta de informação ou ignorância sobre os próprios direitos, a linguagem jurídica, etc.) e também os psicológicos ou sociológicos (temor o incerteza de sair vencido, de assumir a condução da lide, desconfiança com a efetividade dos resultados)<sup>81</sup>.

Este princípio é o que inaugura os princípios que regerão as demandas coletivas e interligado aos demais, o amplo acesso à justiça efetivamente, para a coletividade, estará assegurada.

Exemplo disto é a legitimação das associações<sup>82</sup>, que foram criadas ante a ânsia da sociedade de ver seus interesses resguardados. Por serem desvinculadas do Estado, têm como

<sup>80</sup> CABIEDES, Pablo Gutiérrez de. In: *Código Modelo de Procesos Colectivos: un diálogo...* op. cit. p. 27.

<sup>81</sup> [Esos obstáculos de acceso a justicia son condicionamientos o barreras de índole tanto fática como jurídica. Entre los primeros, se encuentran los económicos (tanto implícitos: desproporción o carácter regresivo de los gastos o costes procesales respecto al importe o beneficio de lo que individualmente podría obtenerse; como explícitos: límites pecuniarios expresamente fijados para poder reclamar), los culturales (deficiente información o ignorancia sobre los propios derechos, el lenguaje jurídico, etc.) e incluso los psicológicos o sociológicos (temor o incertidumbre de ser vencido, de asumir protagonismo, desconfianza en la efectividad de los resultados)] – tradução livre.

<sup>82</sup> O IDEC – Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor, que é uma associação de consumidores, não tendo qualquer vínculo com empresas, governos ou partidos políticos, exemplifica a necessidade de associações que movam ações judiciais contra empresas e governos beneficiando seus associados, bem como toda a coletividade, dependendo do objeto posto em juízo. Seu conteúdo está disponível no sítio [www.idec.org.br](http://www.idec.org.br), trazendo todo o tipo de informação e orientação sobre os direitos dos consumidores. Acesso em 18.08.2009.

fim específico atuar em defesa de direitos e interesses da coletividade, os quais individualmente considerados, raramente, seriam objeto de discussão.

### 1.3.2 Economia processual

A economia processual consiste na obtenção do máximo de resultado possível com o menor esforço, buscando atingir o ideal de justiça rápida e barata, estando presente em diversos artigos contidos no Código de Processo Civil, como se denotam dos artigos 130<sup>83</sup>, autorizando o juiz a indeferir provas inúteis, 295<sup>84</sup>, a indeferir liminarmente a petição inicial e 296<sup>85</sup>, a reformar sua decisão, entre outros.

O regramento da economia processual, corolário das ações coletivas, deve ser tratado de modo efetivo neste contexto.

Grinover<sup>86</sup> preceitua que “[...] a economia preconiza o máximo de resultado na atuação do direito com o mínimo emprego possível de atividades processuais”.

Fato característico dessa busca é a proibição do instituto da denunciação da lide prevista no artigo 88 do Código de Defesa do Consumidor, fazendo com que o consumidor não seja compelido a suportar, na sua ação indenizatória, uma ou várias lides secundárias<sup>87</sup>.

Por isto, a ação coletiva mostra-se tão importante. Ademais, deve ser levado em conta o fato de que há no país falta de informação, além da dificuldade de divulgação de demandas coletivas ajuizadas e em trâmite<sup>88</sup>. Por isto, ajuizada uma ação coletiva, esta deve ser prioridade frente a individual. Objetiva-se, assim, eliminar ou reduzir as demandas individuais para favorecer às coletivas. Mendes<sup>89</sup>, coadunando com esta posição, afirma:

Considerando-se que uma das finalidades precípua da tutela jurisdicional coletiva é a de possibilitar a economia processual, com a eliminação ou

<sup>83</sup> “Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias”.

<sup>84</sup> “Art. 295. A petição inicial será indeferida: [...]”.

<sup>85</sup> “Art. 296. Indeferida a petição inicial, o autor poderá apelar, facultando ao juiz, no prazo de 48 (quarenta e oito horas), reformar sua decisão”.

<sup>86</sup> *Direito Processual Coletivo*. op. cit. p. 13.

<sup>87</sup> Como no caso da pretensão de denunciação entre vendedor e o fabricante, entre este e o fornecedor de matéria-prima, tornando a proteção objetivada em demora e angústia pela sua efetivação.

<sup>88</sup> Observa-se que esta dificuldade está sendo superada, mesmo que timidamente, como no caso do Tribunal de Justiça do Paraná que mantém em sua página inicial na *internet*, um *link* com a relação de demandas coletivas em trâmite.

<sup>89</sup> MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *O Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos: visão geral e pontos sensíveis*. In Grinover, Mendes e Watanabe (coord.), *Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: RT, 2007. p. 31.

redução dos processos individuais em prol do fortalecimento da defesa e resolução coletiva dos conflitos envolvendo direitos e interesses individuais homogêneos, parece que deva haver, como acima defendido, um sistema mais coerente e definido na relação entre demandas coletivas e individuais, com a priorização e fortalecimento dos processos coletivos.

Diante disto, assemelha-se estranho cindir a extensão da coisa julgada coletiva em favor da pretensão individual. Havendo condenação, a sentença deve ser executada por todos os que se encontrem naquela situação, não havendo porque “arrumar desculpas jurídicas” para o não aproveitamento daquela carta de sentença<sup>90</sup>.

Outra observação é a de que uma vez julgada a ação coletiva e tratando-se apenas de questão de direito, se improcedente, esta regra deverá incidir para que as demandas individuais não possam ser ajuizadas. A lógica é simples: se na ação coletiva não existe o direito, na ação individual também não existirá.

### 1.3.3 Preservação da isonomia material

A preservação da isonomia material tem como tradução o dever de atuar nas ações coletivas de modo que as decisões sejam iguais, na medida de suas desigualdades, já que este é um elemento relevante desta parte do sistema. Não há sentido decisões diversas para os mesmos casos.

Assevera Alvim Wambier<sup>91</sup>:

---

<sup>90</sup> Exemplo disto é o Recurso Especial 642662/PR, cuja Relatora foi a Ministra Eliana Calmon, processado no Superior Tribunal de Justiça, 2ª. Turma, em 08.03.2005, que assim ficou ementado: “Processo Civil – Ação civil pública – Litispendência – Limites da coisa julgada. 1. A verificação da existência de litispendência enseja indagação antecedente e que diz respeito ao alcance da coisa julgada. Conforme os ditames da Lei 9.494/97, “a sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator”. 2. As ações que têm objeto idêntico devem ser reunidas, inclusive quando houver uma demanda coletiva e diversas ações individuais, mas a reunião deve observar o limite da competência territorial da jurisdição do magistrado que proferiu a sentença. 3. Hipótese em que se nega a litispendência porque a primeira ação está limitada ao Município de Londrina e a segunda ao Município de Cascavel, ambos no Estado do Paraná. 4. Recurso especial provido.” Este julgado demonstra claramente a “desculpa jurídica” mencionada. Se é ação civil pública, e, provavelmente, trata-se de interesses difusos, não há porque obstar a extensão da coisa julgada. Ademais, neste caso, corre-se o risco de se ter duas sentenças contraditórias. Além do mais, caso as duas cidades que são do mesmo Estado recorram, e o Tribunal acorde determinado posicionamento, aí sim valerá para as duas cidades a decisão? Este julgado é um desrespeito a esta regra da preservação da isonomia material.

<sup>91</sup> ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Fundamentos do Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 1996, jan/2007, vol. 855, p. 19.

[...] o princípio da isonomia significa, grosso modo, que todos são iguais perante a lei: logo, a lei deve a todos tratar de modo uniforme e assim também (sob pena de esvaziar-se o princípio) devem fazer os tribunais, respeitando o entendimento tido por correto e decidindo de forma idêntica casos iguais, num mesmo momento histórico.

E isto ocorre no momento em que se pode verificar que os pedidos sejam iguais, pois, se iguais, não podem ter soluções diferentes, sob pena de ser ferida a segurança jurídica<sup>92</sup>. Como explicar aos leigos que não vivenciam o mundo jurídico a contrariedade de julgados?<sup>93</sup>

É tarefa difícil a explicação da ocorrência destes casos. As ações coletivas foram inseridas no ordenamento jurídico para flexibilizar a técnica processual, admitindo-se, assim, procedimentos necessários e eficazes para a adequada tutela desses direitos em uma única demanda.

Mancuso<sup>94</sup> alerta para este fato:

Forte em Carlos Maximiliano, onde este alertava que “não deve o Juiz com facilidade afastar-se da autoridade dos casos constantemente julgados de modo semelhante” [...] assim pondera Carlos Aurélio Mota de Souza: “Desconhecer o labor jurisprudencial de decisões superiores, e já incorporadas ao universo jurídico, é descartar, *sic et simpliciter*, regras elementares de hermenêutica, que mandam acatar a Jurisprudência evidente, desde que não esparsa ou conflitante [...]”.

O artigo 5º da Constituição Federal consagra este princípio, prevendo que o direito à igualdade está entre os direitos invioláveis. A tendência do constitucionalismo

<sup>92</sup> Exemplo típico desta situação é a seguinte: dois trabalhadores que exercem o mesmo cargo, na mesma empresa, com admissão e percepção idênticas propõem ações judiciais idênticas para o fim de verem reconhecidas vantagens funcionais. As mesmas são distribuídas à varas distintas. Na primeira, a ação é julgada procedente, enquanto na segunda ocorre o oposto.

<sup>93</sup> Hugo Nigro Mazzilli bem delinea a questão em seu artigo *Notas sobre a mitigação da coisa julgada no processo coletivo* (Revista de Processo n. 125. São Paulo: RT, 2005, p. 9 e ss.) quando supõe que: “Suponhamos seja julgado procedente o pedido feito em Ação Civil Pública ou coletiva, com efeito *erga omnes*, e, ao mesmo tempo, seja julgado improcedente o pedido formulado em ação individual, com a mesma causa de pedir. Assim, por exemplo, é possível que, na ação de índole coletiva, a coisa julgada tenha reconhecido um direito extensivo a todos os servidores públicos, enquanto ao mesmo tempo, em ação individual, o servidor ‘X’ viu formar-se coisa julgada a negar-lhe esse mesmo direito. Em nosso entendimento, mesmo esse servidor ‘X’ deve ser beneficiado pela coisa julgada coletiva. Não teria sentido que o Estado fosse obrigado a pagar um benefício a todos os seus funcionários, menos a um único que acionou individualmente e, sem êxito. Além da negação do princípio isonômico, seria a existência de coisa contraditória, uma, aliás, de maior abrangência que a outra”.

<sup>94</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 19 e 65.

contemporâneo<sup>95</sup> tem sido de não limitar a enunciação de um postular formal e abstrato de isonomia jurídica, mas sim de fixar medidas concretas e objetivas tendentes à aproximação social, política e econômica entre os jurisdicionados.

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes [...].

Este artigo, que tem como título “ Dos direitos e garantias fundamentais”, trata de um princípio que está diretamente ligado entre o Estado e os indivíduos<sup>96</sup>, que se consubstancia em uma limitação ao legislador.

No momento da aplicação das normas jurídicas é que o princípio da isonomia ganha destaque, já que o juiz deverá sempre conceder à norma um entendimento que não crie distinções onde elas não devem existir<sup>97</sup>.

Assim, a importância do citado princípio concentra-se na permissão da limitação dos atos ilegítimos ou abusivos, devendo-se manter a igualdade entre as partes, evitando prejuízos desnecessários.

### **1.3.4 Prioridade no processamento e duração razoável do processo**

A prioridade no processamento de uma demanda coletiva é importante, já que se trata de interesse social relevante de toda a coletividade e tendente à criar juízos especializados, tal como já existe no sistema tradicional, como o de família, sucessões, etc.

---

<sup>95</sup> Movimento social, político e jurídico a partir do qual emergem as constituições nacionais. “É a técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos”, conforme investigação científica intitulada “Constitucionalismo contemporâneo”, capitaneada por Jorge Renato dos Reis e Clovis Gorczewski na Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC.

<sup>96</sup> Conforme os artigos 5º., inciso XXXV, que trata da inafastabilidade do controle jurisdicional e inciso XXXVII, que trata da vedação à criação de Tribunais de exceção.

<sup>97</sup> O juiz deve garantir a igualdade das partes na esfera processual, promovendo maior atuação na atividade probatória (CPC, art. 130), observando o prazo diferenciado de alguns órgãos, como o do Ministério Público que possui prazo em dobro para recorrer e em quádruplo para contestar (CPC, art. 188) e a remessa necessária de sentença proferida contra a União, Estados, Distrito Federal, Municípios e outras autarquias e fundações (CPC, art. 475), além do foro privilegiado da mulher (CPC, art. 100, I) quando da separação dos cônjuges e a conversão desta em divórcio, assim como para a anulação do casamento. No âmbito coletivo, com o Código de Defesa do Consumidor temos a inversão do ônus da prova (art. 6, VIII) que preceitua que “são direitos básicos do consumidor a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com inversão do ônus da prova, a seu favor [...]”.

Para isto, no entanto, deve o Poder Judiciário investir em formação cultural e multidisciplinar, e por outro lado, caberá ao magistrado investir em especialização e profissionalização para fazer frente a especificidade dos casos *sub judice*<sup>98</sup>.

Por óbvio, que comarcas com varas únicas, ou menores, não comportarão a criação e manutenção de uma vara especializada somente para atender às demandas coletivas. Assim, necessário faz-se priorizar seu trâmite.

E com essa prioridade, busca-se uma duração razoável do processo, ante os anseios da sociedade com a prestação eficaz da tutela jurisdicional

Garantido constitucionalmente, por meio da Emenda Constitucional no. 45/2004, no artigo 5º., inciso LXXVIII, este princípio prevê que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantem a celeridade de sua tramitação”.

O motivo que levou o legislador a garantir, mesmo que ainda ineficiente essa duração razoável, é a tutela prestada como resposta do Estado às expectativas sociais e a proteção do indivíduo à lesão ou ameaça de lesão ao bem da vida.

A pacificação social corre paralelamente à duração razoável do processo, tendo como objetivo a plenitude do cumprimento da jurisdição, sem morosidade, formalismo e minúcias exageradas.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal tem como precedentes a concessão de *habeas corpus* em razão do excesso de prazo da prisão cautelar<sup>99</sup>.

Infraconstitucionalmente, o artigo 125, II do Código de Processo Civil prevê que “o juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe velar pela rápida solução do litígio”.

Neste novo contexto que surgem as ações coletivas é de extrema necessidade a efetiva duração razoável do processo, já que há interesses sociais relevantíssimo para tanto. Quanto a isto já dizia Tucci<sup>100</sup> que:

---

<sup>98</sup> Tal como apontado por Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, “os processos coletivos são palco de conflitos internos da sociedade, relacionados, por vezes, com políticas públicas e com relevantes questões econômicas e, em certos casos, com complexidade científica. O elevado número de processos e a variedade de matérias submetidas aos juízes vêm exigindo dos órgãos judiciais, por um lado, uma formação cultural e multidisciplinar, mas, por outro, também elevado nível de profissionalização e de especialização, para fazer frente, em tempo condizente com a expectativa da sociedade contemporânea e com a especificidade relacionada aos casos, ao volume de decisão a serem proferidas”. In: *O Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos... op. cit.* p. 19.

<sup>99</sup> HC 87.164/RJ. Rel. Gilmar Mendes. DJ 29.09.2006; HC 84.181/RJ. Rel. Marco Aurélio. DJ 13.08.2004; HC 84.543/RN. Rel. Ellen Gracie. DJ 1.10.2004.

<sup>100</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 16.



E esse crucial problema tem se agravado, pelo menos em vários Estados brasileiros, especialmente na órbita do segundo grau de jurisdição [...] Desnecessário repetir que o fator tempo, que permeia a noção de processo judicial, constitui, desde há muito, a mola propulsora do principal motivo de crise da justiça.

Razoável, portanto, é estar de acordo com a razão, agir com moderação. É ter um trâmite processual aceitável para cada caso.

Por isto, no âmbito das ações coletivas, o período aceitável distingue-se do tradicional, porque estar-se-á lidando com interesses de milhares de pessoas que, a partir de um único processo, fazem com que haja a tão almejada economia processual, já que estarão discutindo um único interesse em um único processo, justificando, portanto, a prioridade em seu processamento e a razoabilidade de sua duração.

Gidi<sup>101</sup> defende que se deve priorizar a ação coletiva quando haja um claro interesse social, evidenciado pela dimensão do dano ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

[...] o juiz poderá priorizar o processamento da ação coletiva quando existir um claro interesse social, evidenciado pela dimensão do dano ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido. Trata-se de uma norma saudável, que se pode mostrar extremamente útil, por exemplo, no caso de controvérsia que envolva o interesse público (litígio de interesse público)<sup>102</sup>.

Não podemos coadunar com sua posição, já que em se tratando de ações coletivas, o interesse social sempre estará caracterizado. Ora, os interesses defendidos nestas ações têm que ser de interesse social, já que coletivo seu objeto. E que não se defenda a tese de que neste caso seu trâmite seria normal perante as outras ações coletivas. O que deve ser priorizado é o tratamento isonômico de todas as ações que versem sobre interesses coletivos, pois não há uma mais importante que a outra, já que todas versam sobre litígios que interessam à coletividade, além da proteção dever ser congruente com o perigo, tratando-se de amenizar suas conseqüências, produto da demora na obtenção de uma sentença definitiva.

<sup>101</sup> GIDI, Antonio. *Notas críticas al Anteproyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal*. México: Porrúa, 2003. p. 409.

<sup>102</sup> [el juez podrá priorizar el procesamiento de la acción colectiva cuando exista un claro interés social, evidenciado por la dimensión del daño o por la relevancia del bien jurídico a ser protegido. Se trata de una norma saludable, que puede mostrarse especialmente útil, por ejemplo, en el caso de controversias que involucren el interés público (*public interest litigation*)] – tradução livre.

### 1.3.5 Máxima instrumentalidade, amplitude e utilidade da tutela jurisdicional coletiva

A tutela coletiva deve ser útil e eficaz, atendendo-se ao *substantive due process of law* ao lado do *procedural due process of law*<sup>103</sup>. Wambier<sup>104</sup>, neste contexto afirma:

É nesse contexto que se afirma que a ação coletiva é mecanismo que deve propiciar resultado qualitativamente superior àquele que seria obtido através de ação individual.

Por óbvio que esta situação de superioridade deve ocorrer, porque, caso seja possível obter-se, através de ações individuais, resultados melhores que as constantes nas ações coletivas, está não poderá ser admitida. Isto porque esta regra orienta os aplicadores à interpretar as normas e otimizá-las, não alterando, por conseguinte, seu conteúdo<sup>105</sup>.

Assim, realizando o raciocínio inverso da afirmação inicial,

Se os membros da coletividade puderem obter, em ação individual, de modo mais eficaz, o resultado almejado na ação coletiva, esta não poderá ser admitida. Logo, falta interesse processual quando, através de ação coletiva, não se puder conceder aos membros individuais melhor benefício do que obteriam em ação individual<sup>106</sup>.

Mediante a tutela coletiva, busca-se solucionar a lide em um único processo evitando-se a proliferação de ações individuais e a ocorrência de situações conflituosas que possam gerar desequilíbrio e insegurança na sociedade<sup>107</sup>.

Diante disso, a transferência *in utilibus*<sup>108</sup> para o indivíduo atingido pelos efeitos da coisa julgada é seu reflexo.

Expressa este princípio o artigo 83 do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 83. Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.

<sup>103</sup> Devido processo legal.

<sup>104</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Sentença Civil...* op. cit. p. 317.

<sup>105</sup> É a lição da hermenêutica constitucional.

<sup>106</sup> Ibidem.

<sup>107</sup> Traduz-se no princípio do amplo acesso à justiça, já explicitado no sub-item 1.3.1.

<sup>108</sup> Veja-se capítulo terceiro.

Isto porque em matéria processual coletiva é admitida qualquer uma das ações permitidas pelo direito brasileiro, como declaratória, constitutiva, condenatória, mandamental, etc.

Além disso, diferentemente da tendência expressada pelo artigo 1142 do Código Napoleônico, diante da qual “toda obrigação de fazer ou não fazer resolve-se em perdas e danos em caso de descumprimento por parte do devedor”<sup>109</sup>, os interesses coletivos clamam, sobretudo, por tutelas específicas e adequadas de proteção, como ao meio ambiente sadio, o patrimônio cultural e outros que não podem ser adequadamente protegidos pela reparação econômica, devendo ser a mesma residual.

### 1.3.6 Flexibilização e adequação da técnica processual

Também conhecida por instrumentalidade das formas, a flexibilização e adequação da técnica processual tem como escopo fazer com que as formas não sejam excessivas ou “sufocadoras” das ações coletivas.

Grinover<sup>110</sup> já acenava que:

A técnica processual deve ser vista sempre a serviço dos escopos da jurisdição e ser flexibilizada de modo a servir à solução do litígio. A interpretação rigorosa da técnica processual, no processo individual, tem dado margem a que um número demasiado de processos não atinja a sentença de mérito, em virtude de questões processuais (condições da ação, pressupostos processuais, nulidades, preclusões etc.).

Tratando-se de interesses coletivos a rigidez do sistema individual não pode prosperar. Se já no processo tradicional há inúmeros processos que não atingem o mérito por questões processuais, pense-se nos coletivos!

E, este fato não passou despercebido dos processualistas. Cabiedes<sup>111</sup>, citando Venturi é um deles, quando afirma que:

<sup>109</sup> [toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d’inexécution de la part du débiteur] – tradução livre. Cf. ARENHART, Sérgio Cruz. *Código Modelo de Processos Coletivos*. Editorial Porrúa, México, 2008. p. 133.

<sup>110</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *Direito Processual Coletivo*. In: *Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 14.

<sup>111</sup> CABIEDES, Pablo Gutiérrez de. In: *Código Modelo de Procesos Colectivos: un diálogo...op. cit.* p. 23.

O que verdadeiramente importa é analisar concretamente a admissibilidade do processo em trâmite pela via coletiva, é dizer, analisar se a pretensão deduzida em juízo merece um tratamento processual coletivo ou deve ser submetida ao sistema individual<sup>112</sup>.

Diante disso, busca-se alcançar a verdade processual, devendo em seu processamento o magistrado determinar a produção de todas as provas pertinentes e relevantes, para que a tutela jurisdicional possa esgotar-se com a adequada apreciação do mérito, verificando-se a pacificação social com justiça.

Para que se atenda à esta justiça, faz-se necessário o atendimento a adequação objetiva, que consiste em um processo adequado aos direitos ali tutelados, ou seja, reconhece-se o procedimento processual diferenciado nos casos que necessitem dessa diferenciação<sup>113</sup>, enquanto que a adequação subjetiva privilegia o sujeito que dela irá se valer, como no caso do idoso, prioritário frente ao indivíduo jovem. Já, a adequação teleológica deve observar a regra processual e os fins para os quais ela foi criada, como no caso dos juizados especiais que apresentam todo um aparato específico para que seu trâmite seja célere.

### **1.3.7 Ativismo judicial**

Comumente conhecida como ativismo judicial a postura participativa do magistrado está prevista no Código de Processo Civil, em seu artigo 130, dispondo que:

Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

Ao permitir que o juiz participe ativamente da condução do processo, o ordenamento visou assegurar o direito a um julgamento capaz de atender os anseios da pacificação social.

---

<sup>112</sup> [Lo que verdaderamente importa es analizar, concretamente, la admisibilidad del procesamiento de la pretensión deducida por la vía colectiva; es decir, evaluar si la pretensión deducida en juicio merece un tratamiento procesal colectivo o debe ser sometida al sistema individual] – tradução livre.

<sup>113</sup> Como a execução contra a Fazenda Pública ou a execução de alimentos que possuem leis específicas.

O papel do juiz, neste contexto das ações coletivas não deve ser rigidamente moldado no modelo do processo individual, já que por este princípio deve-se dar primazia à ação.

Por exemplo, no caso de imposição de multa coercitiva que, apesar do pedido depender da parte, quando a mesma não a faça, o juiz, ainda que não tenha pedido de aplicação desse meio coercitivo, poderá impô-la de ofício, pois, com o ativismo judicial, o mesmo não está adstrito ao pedido das partes.

O juiz tem total liberdade para fixar o período e as condições de aplicação desta multa coercitiva.

Atua o magistrado como um verdadeiro representante do Estado, mostrando que o não cumprimento de uma ordem legítima não pode ser tolerada, constituindo medida salutar para dar a técnica sua eficácia.

Justificando, assim, uma permissão para maior participação do juiz na condução do processo, procurou-se garantir o princípio da igualdade das partes e da composição justa da lide, adequando-se ao anseio que a sociedade tem no papel do magistrado.

Assim, a igualdade, como princípio fundamental dos sistemas jurídicos, só será preservada mediante o tratamento diferenciado entre os desiguais.

### **1.3.8 Motivação específica de todas as decisões judiciais, notadamente quanto aos conceitos jurídicos indeterminados**

O instituto de influência histórica na atividade do juiz é a motivação da sentença, isto porque após a Revolução Francesa, a obrigatoriedade do motivação da sentença passou a ser a principal forma de controlar e limitar os poderes do julgador, pois, até então, o poder concentrava-se no Executivo, em prejuízo do poder jurisdicional<sup>114</sup>.

Assim, a lei francesa 16, de 24 de agosto de 1790, estabelecia em seu Título V, art. 15:

A redação dos julgamentos, tanto na apelação quanto na primeira instância, conterà quatro partes distintas. Na primeira os nomes e as qualidades das partes serão enunciadas. Na segunda as questões de fato e de direito que constituem o processo serão colocadas com precisão. Na terceira, o resultado

---

<sup>114</sup> LIMA, Claude Silva. *O princípio da motivação das decisões judiciais: dispositivo constitucional controlado do arbítrio judicial*. Orientador: Prof. Dr. Antônio Cláudio da Costa Machado. Centro Universitário FIEO – dissertação de mestrado – Osasco – São Paulo: 2007.

dos fatos reconhecidos ou constatados pela instrução e os motivos que determinaram o julgamento, serão expostos. A quarta enfim conterà o dispositivo do julgamento<sup>115</sup>.

A motivação específica de todas as decisões judiciais, notadamente quanto aos conceitos jurídicos indeterminados não restringe ao juiz o dever de expor os motivos e razões de sua decisão. É mais que isto. É necessário deixar registrado cada ato, pois, posteriormente, caso seja necessário, a ordem cronológica dos fatos ficará mais clara para uma consulta ou mesmo prova.

Apresenta como função esclarecer às partes as razões que levaram o juiz a chegar a determinada conclusão em relação à problemática apresentada pelas partes, controlando a arbitrariedade judicial, e é assegurada pelo artigo 93, IX da Carta Magna<sup>116</sup>.

Ferrajoli<sup>117</sup>, lecionando sobre este princípio, afirma:

Ele exprime e ao mesmo tempo garante a natureza cognitiva em vez da natureza potestativa do juízo, vinculando-o, em direito, à estrita legalidade, e, de fato, à prova das hipóteses acusatórias. É por força da motivação que as decisões judiciais resultam apoiadas, e, portanto, legitimadas, por asserções, enquanto tais verificáveis e falsificáveis ainda que de forma aproximada.

É o caso, por exemplo, da aplicação da multa de má-fé prevista no Código de Processo Civil. O Superior Tribunal de Justiça acordou<sup>118</sup>:

Multa pela interposição de embargos de declaração, conforme art. 538, parágrafo único, do CPC. Ao aplicá-la, cabe ao julgador a demonstração específica de seu caráter manifestamente protelatório. Precedentes jurisprudenciais. Recurso Especial conhecido em parte, e nesta parte provido, para o cancelamento da multa.

<sup>115</sup> [La rédaction des jugements, tant sur l'appel qu'en première instance, contiendra quatre parties distinctes. Dans la première les noms et les qualités des parties seront énoncés. Dans le seconde les questions de fait et de droit qui constituent le procès seront posées avec précision. Dans la troisième, le résultat de faits reconnus ou constatés par l'instruction et les motifs qui auront déterminé le jugement, seront exprimés. La quatrième enfin contiendra le dispositif du jugement] – tradução livre.

<sup>116</sup> “Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da magistratura, observados os seguintes princípios: – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”.

<sup>117</sup> FARRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo real. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 497.

<sup>118</sup> STJ. REsp no. 12833/MG. 4ª. Turma. Rel. Min. Athon de Gusmão Carneiro. DJ 12.02.91.

De fato, em qualquer decisão do Poder Judiciário impõe-se o dever de fundamentação, sob pena de prejuízo ao litigante e vulneração da ampla defesa, da inafastabilidade do controle judicial, da publicidade dos atos administrativos e da motivação.

O que se denota é que, em determinado momento do tramite processual, deve ocorrer a estabilização da demanda para que todas as partes envolvidas tenham noção do objeto em relação ao qual incidirão as provas e até para que mesmo o próprio objeto seja definido<sup>119</sup>.

### **1.3.9 Boa-fé e responsabilidade das partes, procuradores e demais sujeitos que atuam no processo coletivo**

A boa-fé deve ser a finalidade perseguida por este tipo processual, que é o coletivo. Tarrega<sup>120</sup>, ao tratar da boa-fé, discorre que:

No desenvolver das contratuais, nos diversos modelos e momentos a boa-fé adquire seus contornos atuais: é um projeto de retidão de conduta social de acordo com os padrões sociais determinados pelos valores humanos que indicam os comportamentos éticos. Esse princípio afasta a autonomia da vontade mas propõe parâmetros sociais e éticos para a atuação privada.

Por consequência, caso esteja presente a má-fé, as partes, procuradores e demais sujeitos que atuam no processo coletivo devem ser responsabilizados, com a aplicação legal<sup>121</sup> cabível para cada caso.

---

<sup>119</sup> LUCON, Paulo Henrique dos Santos; GABBAY, Daniela Monteiro. *Superação do Modelo Processual rígido pelo Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos à luz da atividade gerencial do juiz*. In: *Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 85.

<sup>120</sup> TARREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco. *Autonomia privada e Princípios Contratuais no Código Civil*. São Paulo: RCS Editora, 2007. p. 84.

<sup>121</sup> Cf. CPC, art. 16 – “Responde por perdas e danos aquele que pleitear de má-fé como autor, réu ou interveniente”; Art. 17 – “Reputa-se litigante de má-fé aquele que: [...]”; Art. 18 – “O juiz ou tribunal, de ofício ou a requerimento, condenará o litigante de má-fé a pagar multa não excedente a um por cento sobre o valor da causa e a indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu, mais honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou”.

A litigância de má-fé não possui apenas natureza indenizatória, já que a redação do artigo 18 do Código de Processo Civil é expressa quando estabelece que o litigante de má-fé seria condenado “a pagar multa”. Possui também natureza sancionatória.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, em 10 de dezembro de 2003, no julgamento do Agravo Interno n. 70007534118, por intermédio de seu Relator Desembargador Irineu Mariani:

Eminentes colegas, os freqüentes artifícios, mesmo os mais descabidos, do Poder Público *lato sensu* para frustrar ou, pelo menos, retardar o cumprimento de decisões mandamentais, como é o caso, levou esta Corte, após algumas advertências simplesmente ignoradas, a acionar o art. 14, parágrafo único, do CPC, contra o próprio advogado quando a resistência traduz atitude que revela vontade pessoal de pura e simplesmente criar embaraços à efetivação do provimento judicial, por exemplo, os Embargos Declaratórios 70 006 180 276 e os 70 007 182 769, julgados por unanimidade pelo 1º Grupo Cível na sessão de 07-11-2003, com a seguinte ementa: Embargos de declaração. Recurso completamente jejunal face à realidade do acórdão. Remissão a releitura. Conduta do advogado que revela vontade pessoal de pura e simplesmente criar embaraços à efetivação do provimento judicial. Exegese no art. 14, parágrafo único, do CPC. Embargos desacolhidos, com imposição de multa. É o caso em *sub judice*. A advogada deduz pretensão contra texto expresso de lei, fazendo uma interpretação completamente deturpada daquela que invoca, e, pior, insiste, revelando com isso que está concretizando projeto pessoal no sentido de embaraçar o cumprimento da decisão de natureza mandamental. Não se está com isso – fique bem claro – inibindo a atividade profissional séria e responsável, mas, sim, a incosequente que denota prazer pessoal de opor, sem qualquer fomento jurídico, dificuldades à ação da Justiça. Nestes termos, nego provimento e, com base no art. 14, parágrafo único, imponho à advogada [...] a multa de 20% sobre o valor da causa, atualizado pelo IGP-M desde o ajuizamento.

Uma das responsabilidades previstas para a atuação de má-fé é também a perda do direito da não taxatividade do objeto e dos meios de tutela dos direitos e interesses coletivos.

Isto porque a lei exige que as partes exponham os fatos de forma leal e verdadeira, proibindo o uso de afirmações falsas ou enganosas que procurem induzir o julgador em erro. Este dever é imposto não apenas às partes, mas a todos aqueles que integram a relação processual.



### **1.3.10 Cooperação dos órgãos públicos na produção da prova**

A Constituição Federal de 1988 mudou o foco da preocupação individualista. Com sua promulgação, o coletivo assume papel prioritário, interpretando-o como instrumento de melhoria das condições sociais, econômicas, culturais e jurídicas.

Para a adequada satisfação da garantia de uma ação coletiva efetiva e justa, exige-se do Poder Público o oferecimento de mecanismo de satisfação concreta do direito.

De nada adiantaria todo um aparato judicial para examinar os fatos ocorridos se não existir instrumentos de realização material do comando judicial.

Por isso, esta cooperação entre os órgãos públicos na produção e análise de provas exige, para a efetiva eficácia da ação coletiva, a devida cooperação, por meio de convênios, acordos, etc.

No caso, como forma de contextualização, a Lei no. 9.807/99 estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, institui o programa federal de assistência a vítimas e a testemunhas ameaçadas e dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal e em seu artigo 1º., §1º. prevê que “a União, os Estados e o Distrito Federal poderão celebrar convênios, acordos, ajustes ou termos de parceria entre si ou com entidades não-governamentais objetivando a realização dos programas”.

### **1.3.11 Não taxatividade do objeto e dos meios de tutela dos direito e interesses coletivos**

O grande problema do acesso ao Judiciário e da produção das provas são seus custos. Há a necessidade da contratação de advogados, do recolhimento das custas iniciais, bem como, caso necessário as recursais, além dos custos com eventual produção de provas.

A regra geral é a de que o autor custeie as provas, seja quando o mesmo postula, ou quando há determinação do juízo. Por sua vez, o réu deve responder pelas custas da prova necessária para comprovar suas alegações.

Ao contrário, nas ações coletivas, o autor não tem a obrigação de adiantar qualquer valor relativo a honorário advocatício, custas e demais encargos, salvo se atuar com má-fé. Não só o autor, mas o réu também pode ser responsabilizado em caso de litigância de má-fé.

Há críticas de ordem prática sobre este posicionamento. Como o autor é isento da perícia, mesmo saindo perdedor? Assim, o réu que despendeu enorme quantia para defender-se e provar que era inocente, mesmo assim, sairá perdedor? Por outro lado, o perito não poderá ser compelido a trabalhar de graça, porque a ninguém é dado fazer ou não fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

A premissa adotada neste trabalho é a de que o autor, em momento algum, pode ser compelido a arcar com a perícia, já que isento. Assim, no caso de lide acerca da perícia, mesmo com requerimento da parte, a mesma poderá ser dispensada pelo magistrado, conforme entendimento do Ministro Castro Meira<sup>122</sup>, do Superior Tribunal de Justiça, esclarecendo que, segundo o firme entendimento daquele Tribunal,

[...] a prova pericial tem a função de suprir a falta ou insuficiência de conhecimento técnico do magistrado. Caso entenda serem suficientes as provas apresentadas, o juiz pode dispensar a prova pericial, mesmo que ela tenha sido requerida pelas partes.

No entanto, caso seja imprescindível a realização da perícia, o autor pode desistir da ação, legitimando-se o Ministério Público à dar prosseguimento. Caso este não queira desistir, neste caso, o magistrado pode determinar que o réu arque com os honorários do perito, invertendo-se o ônus da prova<sup>123</sup>.

### **1.3.12 Publicidade e divulgação ampla das ações coletivas e dos seus principais atos processuais**

No sistema processual tradicional brasileiro, o Diário Oficial funciona como meio de publicidade e de ampla divulgação dos atos judiciais aos quais queiram dar o devido conhecimento.

A publicidade é fonte de legitimidade e garantia de controle pelas partes e pela sociedade, das decisões judiciais. Tanto é assim que a regra é a publicidade dos atos judiciais,

---

<sup>122</sup> STJ. REsp 946776/SP. Rel. Min. Castro Meira. j. 22.04.2008. DJ 08.05.2008.

<sup>123</sup> “[...] a inversão do ônus da prova não tem o condão de obrigar o demandado a arcar com as despesas da perícia, mas, não o fazendo, ficará sujeita às consequências da não-produção da prova, o que pressupõe, naturalmente, uma decisão anterior ao momento da dilação probatória”<sup>123</sup>. STJ. REsp 598620/MG, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito. DJ 18.04.2005.

somente podendo ser restringida em caso de defesa de intimidade ou quando o interesse social o exigirem, conforme lição do artigo 5º., LX da Constituição Federal.

Já, para o sistema processual coletivo, faz-se necessária a efetivação deste princípio, mediante o qual o ficto conhecimento não pode dar lugar à efetiva publicidade e divulgação ampla das ações coletivas e dos seus principais atos processuais.

O magistrado deve utilizar-se de todos os meios possíveis para a concreta satisfação deste princípio. Os meios eletrônicos, como a *internet*, pode ser utilizada como uma forma simples e econômica de divulgação de uma ação coletiva, como a inserção de um *link* na página inicial dos Tribunais, ou o envio de notícias à *sites* especializados em envio eletrônico de notícias jurídicas, ou tantos outros meios criativos e simples para a sua divulgação.

Num primeiro momento, parece inaceitável ou insatisfatório estes procedimentos, no entanto, a longo prazo, as pessoas habituar-se-ão à este tipo de divulgação e procurarão manter-se informadas.

### **1.3.13 Efetiva precaução, prevenção e reparação integral dos danos materiais e morais, individuais e coletivos, bem como a punição pelo enriquecimento ilícito**

A efetiva precaução tem como tradução a prevenção, mas uma prevenção de forma “manca”, pois para prevenir deve-se conhecer o objeto ou o que se quer prevenir. Assim, a precaução apresenta uma inexistência de conhecimento prévio quanto ao objeto em estudo. Não se sabe a real amplitude do dano que poderá apresentar futuramente.

Souza<sup>124</sup> apresenta o seguinte conceito:

A precaução, a seu tempo, teria cabida nas hipóteses em que inexistia conhecimento científico suficiente para que se afirme o potencial lesivo ao meio ambiente em decorrência da implantação de uma obra ou atividade. Como exemplo, podemos citar os alimentos transgênicos. Pese a evolução do tema, ainda não há conhecimentos científico suficiente que permita afirmar não causem eles danos ao ambiente e à saúde humana, mormente tendo em conta o acelerado processo de seu desenvolvimento.

---

<sup>124</sup> SOUZA, Motauri Ciocchetti de. *Interesses difusos em espécie: direito ambiental, direito do consumidor e probidade administrativa*. 2ª. edição. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 59.

Já, a prevenção significa evitar o dano, mas de uma maneira consciente, pois há um conhecimento científico prévio acerca do objeto tratado. Exemplo disto é a preocupação do constituinte originário com o meio ambiente, consagrada no artigo 225 da Constituição Federal<sup>125</sup>.

Com isto, através de estudos realizados, torna-se possível a prevenção, já que se tem, de antemão, a extensão dos danos a serem causados.

O autor acima citado conceitua este princípio:

Consiste o princípio da prevenção no dever do Poder Público e da comunidade de adotarem todas as providências necessárias com o objetivo de impedir o dano ambiental ou de tornar a lesão inevitável o menos impactante possível<sup>126</sup>.

Portanto, o que se espera das ações coletivas é que as mesmas tenham uma resposta judiciária plena e exauriente, colocando-se um ponto final na controvérsia existente. Mas não somente isto. Que também promovam a prevenção ou reparação resultante do cumprimento do julgado.

No entanto, existem casos em que nem sempre será possível prevenir ou precaver o dano. Daí advém a necessidade da reparação integral do mesmo, seja ele de caráter material ou moral.

Esta reparação, de preferência, deverá ser realizada de forma específica, ou seja, recuperar o objeto lesado, como, por exemplo, a cobertura vegetal de determinada área. No entanto, caso isto não seja possível, surge a figura do caráter ressarcitório da recuperação. Sabe-se que a indenização não tem o condão de recuperar o dano causado à sociedade, mas é uma forma de tornar possível a recomposição do que quer que seja. Tanto o dano material, como o moral devem ser recompostos.

---

<sup>125</sup> “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

<sup>126</sup> SOUZA, Motauri Ciocchetti de. *Interesses difusos em espécie: direito ambiental, direito do consumidor e proibidade administrativa*. 2ª. edição. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 59.

### 1.3.14 Preferência da execução coletiva

A aplicação imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais e de relevância social, política e jurídica da tutela dos direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos justificam esse princípio e demonstram sua relevância para o direito processual civil coletivo.

Assim, não basta dar todo um tratamento diferenciado às ações coletivas se, no momento de sua satisfação, seu trâmite seja comum.

### 1.3.15 Aplicabilidade residual, limitada e condicionada do Código de Processo Civil

A regra é oportuna por trazer consigo uma cláusula geral, não estabelecendo soluções legais *a priori*. A norma flexibiliza a interpretação do direito processual coletivo e transfere ao órgão jurisdicional a importante função de identificar qual é o regramento adequado para o caso.

### 1.3.16 Interpretação aberta e flexível

O Brasil é um país que adotou o sistema da *civil law* para reger o direito processual civil. Este sistema traz consigo a rigidez e a formalidade, pois suas normas são escritas com minuciosos detalhes, deixando afastada, ou quase, a discricionariedade do magistrado.

Esta é a maior diferença para o sistema norte-americano, que adotou o sistema da *common law*, com leis abertas e flexíveis.

Para o sistema processual civil coletivo, a rigidez e o formalismo deverão ser deixados de lado, para que se adote a interpretação aberta e flexível, como bem preconizado por Streck<sup>127</sup>:

---

<sup>127</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 2ª. edição. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2000. p. 78.

Esse hiato (hermenêutico) entre a concepção de Direito vigente no modelo de Estado Liberal e no *welfare state*, e a (conseqüente) crise de paradigma de dupla face (crise do paradigma liberal-individualista-normativista e crise do paradigma epistemológico da filosofia da consciência), retratam a incapacidade histórica da dogmática jurídica em lidar com os problemas decorrentes de uma sociedade díspar/excludente como a brasileira.

Considerando tais observações, Gidi<sup>128</sup> em sua proposta de Anteprojeto já previa que a regra deveria ser a da interpretação aberta e flexível, com o fito de evitar interpretações e aplicações da norma extremamente técnicas, incompatíveis com a tutela coletiva dos direitos transindividuais e individuais:

[...] O “direito processual coletivo”, novo ramo do direito processual, exige uma interpretação aberta e flexível. Entretanto, trata-se de um instrumento importante para evitar interpretações retrógradas, influenciadas por concepções conservadoras do direito que poderiam destruir o sistema e a prática das ações coletivas. Este mandamento legal gera uma situação contraditória para os juízes mais rígidos, tradicionais e legalistas, na medida em que os obriga a serem flexíveis, sob pena de não estarem cumprindo rigidamente a lei. Para ser rígido é preciso ser flexível<sup>129</sup>.

O procedimento aberto e flexível confere às partes ou até mesmo ao juiz, a faculdade de modificar a demanda e propor novas provas, desde que respeitado o contraditório, enquanto o procedimento rígido prevê todo um aparato para que haja preclusões<sup>130</sup>.

<sup>128</sup> GIDI, Antonio. *Notas críticas al Anteproyecto...* Op. cit. p. 411.

<sup>129</sup> [El “derecho procesal colectivo”, nueva rama del derecho procesal, exige una interpretación abierta y flexible. Sin embargo, se trata de un instrumento importante para evitar interpretaciones retrógradas, influenciadas por concepciones conservadoras del derecho, que podrían destruir el sistema y la práctica de las acciones colectivas. Este mandamineto legal genera una situación contradictoria para los jueces más rígidos, tradicionales y legalistas, en la medida que les obliga a ser flexibles, bajo pena de no estar cumpliendo rigidamente con la ley. Para ser rígido, es preciso ser flexible] – tradução livre.

<sup>130</sup> Cf. MOREIRA PINTO JUNIOR, Alexandre. *Sistemas rígidos e flexíveis: la cuestión de la estabilización de la demanda*. In: Causa de pedir e pedido no processo civil: questões polêmicas. CRUZ e TUCCI, José Rogério; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (Org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 57.

### **1.3.17 Algumas considerações**

Todos esses princípios e o regramento específico foram construídos para tutelar as ações coletivas, devendo sempre estarem interligados, complementando-se, na medida que servem de base para a aplicação concreta das normas.

O julgador, no momento da aplicação do direito, da subsunção da norma ao fato concreto, deverá ater-se a este conjunto de regras para a efetivação dos interesses coletivos, já que o sistema de princípios e regras do direito processual tradicional é específico para as ações individuais.

Este aparato, caso assim possa dizer-se, dará sustentação as ações coletivas, que, em conjunto, observadas e aplicadas, realizarão com plenitude o almejado fim, que é o direito coletivo.

## CAPÍTULO II

### DA COISA JULGADA TRADICIONAL À COLETIVA

#### 2.1 A coisa julgada e o artigo 472 do Código de Processo Civil

Em eras remotas, a autotutela regulava as relações entre os indivíduos. Por autotutela entende-se a lide solucionada pela força bruta, fazendo-se justiça com as próprias mãos. O Estado não interfere nas relações individuais.

Como não poderia deixar de ser, o tempo ensinou que o homem não está apto a eliminar, pelas próprias mãos, conflitos de interesse de que faça parte. Dias<sup>131</sup> aponta o caminho seguido pela sociedade:

Percebendo a afronta aos conceitos de justiça deste sistema, a sociedade passou a atribuir a função de resolver as lides a uma terceira pessoa, de confiança de ambas as partes.

E assim, o sistema foi aprimorado e os indivíduos passaram a ser submetidos à palavra final do Estado. Não queremos dizer com isso que essa submissão, pelo sistema que temos hoje, seja eficaz ou, que resultará no fim da controvérsia, que dará a cada um o que é seu, que trará o bem da vida<sup>132</sup>. O que pretendemos é que, com a evolução do sistema e do indivíduo, a lide<sup>133</sup> posta em juízo traga o bem da vida a quem de direito.

---

<sup>131</sup> DIAS, Iberê de Castro. *Processo Civil*. vol. 1. Campinas: Millenium Editora Ltda., 2003. p. 5.

<sup>132</sup> É a chamada equidade. Não se pode confundí-la com o direito, mas com o atributo dele, já que não se a pratica tão-somente na aplicação da lei aos casos concretos, senão, também na sua elaboração. Rão elucida o conceito: “Designa-se por equidade uma particular aplicação do princípio de igualdade às funções do legislador e do juiz, a fim de que, na elaboração das normas jurídicas e em suas adaptações aos casos concretos, todos os casos iguais, explícitos ou implícitos, sem exclusão, sejam tratados igualmente e com humanidade, ou benignidade, corrigindo-se, para este fim, a rigidez das fórmulas gerais usadas pelas normas jurídicas, ou seus erros, ou omissões” (*O direito e a vida dos direitos*. 4ª. ed. anotada e atualizada por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 91).

<sup>133</sup> Conforme lição de Francesco Carnelutti, a lide é um “Conflito de interesses qualificado pela pretensão de um dos litigantes e pela resistência do outro. O julgamento desse conflito de pretensão de um dos litigantes, mediante o qual o juiz, acolhendo ou rejeitando o pedido, dá razão a uma das partes e nega-a à outra, constitui uma sentença definitiva de mérito. A lide é, portanto, o objeto principal do processo e nela se exprimem as aspirações em conflito de ambos os litigantes” (*Sistema de direito processual civil*. vol. 1. 2ª. ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004. p. 40).



Conclui-se, portanto, que a ação é um direito que todas as pessoas<sup>134</sup> possuem de provocar a jurisdição e obter-se, assim, uma sentença favorável ou desfavorável, que é o bem perseguido.

Ráo<sup>135</sup> discorre sobre o fim a ser alcançado:

Não é o Direito apenas um conjunto de regras técnicas destinadas à disciplinar certos fatos sociais, à medida em que se manifestam, sem visar um fim superior, um fim mais alto do que a solução imediata e material de um conflito.

Se, em harmonia com a natureza do homem, criatura dotada de razão e de consciência, o direito disciplina a vida social, após haver estabelecido esta disciplina, não abandona o ser humano à sua própria sorte, antes, lança-o no caminho da perfeição, do desenvolvimento e do progresso, não só de sua vida física, mas também de sua vida psíquica, para constituir, por este modo, sim, uma coletividade melhor formada por seres melhores.

Esta delegação não se mostrou suficiente, pois a tendência dos seres humanos é de não se conformar com decisões desfavoráveis. Sentia-se, assim, a necessidade de revestir a decisão tomada de um grau de definitividade que a tornasse insuscetível de discussão. Ou seja, convencionou-se que o processo, como instrumento político e jurídico de composição de conflitos, não poderia ser indefinido, impondo-se sua limitação temporal.

Portanto, havendo uma lide, a mesma deverá ser solucionada pelo Estado. Resolvida a questão, salvo raras exceções<sup>136</sup>, a mesma não mais poderá ser rediscutida, ou

<sup>134</sup> Deve-se entender como física ou jurídica, e abstratamente, já que a lei processual impõe requisitos para que a parte possa ser considerada constituída, a fim de que o processo possa desenvolver-se validamente. O artigo 7º. do Código Civil, por exemplo, prevê que “toda pessoa que se acha no exercício dos seus direitos tem capacidade para estar em juízo”. Mas, conforme lecionado por Pontes de Miranda, há exceção: “Conforme antes frisamos, a capacidade de estar em juízo, capacidade processual, é menos do que a capacidade de ser parte. Pode-se ter a capacidade de ser parte, e não a de estar em juízo. Trata-se de *legitimatío ad processum* [...]” (*Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo I. Forense. Rio de Janeiro, 1973. p. 268). Para aprofundamento no tema: ALVIM, Thereza. *O direito processual de estar em juízo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.

<sup>135</sup> RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. op. cit. p. 41.

<sup>136</sup> Como é o caso da ação rescisória e dos embargos à execução. Atualmente, o sistema admite também a desconsideração da coisa julgada depois de finda as oportunidades fixadas na lei para rediscussão da matéria que foi objeto de sentença transitada em julgado, mormente quando essas sentenças estiverem impregnadas por vícios que contrariem as disposições da Constituição Federal. Cândido Rangel Dinamarco (*Relativizar a coisa julgada material*. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. São Paulo: Centro de Estudos, n. 55/56. janeiro/dezembro: 2001) capitaneia a corrente doutrinária favorável à tese da relativização da coisa julgada. Mazzilli (MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 19ª. ed. São Paulo: Saraiva: 2006, p. 514 e 515), seguindo esta posição, afirma que “não se pode admitir coisa julgada ou direito adquirido contra direitos fundamentais da humanidade...não se pode admitir a formação da coisa julgada contra a Constituição, se esta é a base de todo o ordenamento jurídico, e, portanto, é a fonte de validade da própria coisa julgada”. No entanto, é preciso ressaltar que há autores como Thereza Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina (DIDIER JUNIOR, Fredie (Org.). et al. *Relativização da coisa julgada: enfoque crítico*. 2ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2006, p. 232) que sequer consideram a ocorrência da coisa julgada dependendo do vício que

seja, o *decisium* prolatado deverá ser respeitado entre as partes litigantes. Pode-se afirmar que ocorreu aí, a estabilidade da relação social através da imutabilidade do julgado.

Essa imutabilidade tem como fundamento o Estado Democrático de Direito e está diretamente relacionada com a segurança jurídica. Nery<sup>137</sup> afirma que a finalidade da coisa julgada é gerar a “imodificabilidade, a intangibilidade da pretensão de direito material que foi deduzida no processo”, não conferindo às partes a possibilidade de rediscutir a lide. E essa rediscussão deve ser de tal modo cerceada, que chega o autor a afirmar que é menos grave o risco de uma sentença injusta ou inconstitucional ao risco de uma insegurança jurídica.

Operou-se, assim, a chamada coisa julgada. Seu instituto tem natureza multifacetada, podendo ser vista como garantia constitucional, fonte assecuratória de direitos e de situações jurídicas e, finalmente, como categoria processual<sup>138</sup>.

Garantida constitucionalmente e alocada no Título II, o qual intitula-se “Dos Direitos e das Garantias Fundamentais”, no Capítulo I, que trata dos “Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”, no artigo 5º., XXXVI o qual assegura que:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXXVI – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

Essa alocação foi adaptada justamente para evitar-se que, uma vez abolida as leis ordinárias que a retratam, ainda sim, a coisa julgada não deixará de existir, vez que se encontra no rol das garantias fundamentais previstas na Constituição Federal. Além disso,

---

macula a decisão. Neste caso, a decisão acobertada pela coisa julgada deverá ser declarada inexistente, já que, de qualquer modo, estará vigente. É de bom grado registrar que Pontes de Miranda (*Tratado da ação rescisória*. Campinas: Bestseller, 1998. p. 122), seguido por nosso posicionamento, tem na equidade a solução para essas questões acima expostas: “Sem dúvida casos ocorrem, raríssimos, nos quais pode o juiz encontrar-se em face de lei obsoleta, ou manifestamente iníqua, não mais correspondente às condições sociais do momento e cuja aplicação rígida e formal possa causar dano à ordem pública, ou social. Nesta hipótese, melhor será considerar-se a lei inadaptável ao caso concreto, por dissonância com os elementos de fato e socorrer-se, para a solução do conflito, das demais fontes do direito”.

<sup>137</sup> O autor relata a experiência nazista, no qual prevalecia a sentença justa (*Führer e Reich* alemão), em detrimento da segurança jurídica. Pela iniciativa do Ministério Público, a sentença injusta, ou seja, aquela em que não se atendia aos fundamentos do *Reich* alemão e aos anseios daquele povo poderia ser rescindida (*Wiederaufnahme des Verfahrens*). (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 10ª. edição. São Paulo: RT, 2008. p. 687).

<sup>138</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada*. São Paulo: RT, 2007. p. 113.

quando da elaboração da Carta Magna, o Constituinte Originário julgou conveniente o fundamento político da coisa julgada, não deixando que as lides eternizem-se, já que a função jurisdicional do Estado é a pacificação dos conflitos. Um processo pendente, por certo, torna-se um fator desestabilizante e desagregador da sociedade.

E não somente isso. A coisa julgada foi alçada a categoria de cláusula pétrea, no artigo 60, §4º. da Constituição Federal.

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

[...]

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I – a forma federativa de Estado;

II – o voto direto, secreto, universal e periódico;

III – a separação dos Poderes;

IV – os direitos e garantias individuais.

Cláusula pétrea é o que se convencionou chamar núcleo constitucional intangível<sup>139</sup>. Consiste em uma série de valores dotados de tal relevo que não podem ser objeto de proposta de emenda constitucional tendente a aboli-los, isto é, são as limitações materiais ao poder de reformar a Carta Magna.

Afonso da Silva<sup>140</sup> afirma:

É claro que o texto não proíbe apenas emendas que expressamente declarem: “fica abolida a Federação ou a forma federativa de Estado”, “fica abolido o voto direto...”, “passa a vigorar a concentração de Poderes”, ou ainda “fica extinta a liberdade religiosa, ou de comunicação...”, ou o *habeas corpus*, o mandado de segurança...”. A vedação atinge a pretensão de modificar qualquer elemento conceitual da Federação, ou do voto direto, ou indiretamente restringir a liberdade religiosa, ou de comunicação ou outro direito e garantia individual; basta que a proposta de emenda se encaminhe ainda que remotamente, “tenda” (emendas tendentes, diz o texto) para a sua abolição.

Isto porque o Estado Democrático de Direito tem como um de seus elementos de existência propiciar ao indivíduo a segurança jurídica. Diante disso, pode-se considerar o processo como instrumento de realização deste regime, assegurando os direitos e garantias

<sup>139</sup> LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 10ª. edição. São Paulo: Atlas, 2006. p. 50.

<sup>140</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 67.

fundamentais. Ao revés, sem democracia e sem o Estado Democrático de Direito, o processo não pode garantir a proteção dos direitos humanos e dos direitos fundamentais.

A coisa julgada ainda pode ser considerada como fonte assecuratória de direitos e situações jurídicas, ou seja, com a passagem *in albis* das possibilidades impugnativas, fica o julgado imunizado contra sucessos futuros que poderiam diminuir sua utilidade. Busca-se sempre uma tutela justa<sup>141</sup>. Mas, entre a justiça da decisão e a segurança das relações jurídicas e sociais, opta-se pela segurança.

A Lei de Introdução ao Código Civil, no artigo 6º., § 2º. estabelece o conceito de direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Sua redação foi preservada com a entrada em vigor do Código Civil de 2002 em relação à Lei de Introdução ao Código Civil de 1916.

Art. 6º. A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

§1º. Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou.

§ 2º. Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.

§ 3º. Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso.

O conceito de direito adquirido engloba de alguma forma o ato jurídico perfeito e a coisa julgada<sup>142</sup>. No entanto, a adoção do critério da tripartição torna o conceito mais objetivo e explícito.

Interessante discussão, referente à este artigo, acometeu os ministros do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 226.855/RS.

No recurso debatia-se se o artigo 6º. da Lei de Introdução ao Código Civil tratava de garantia constitucional ou infraconstitucional, já que por estar previsto no Código Civil, seu perfil era infraconstitucional<sup>143</sup>.

Moreira Alves<sup>144</sup>, seguido por Sepúlveda Pertence<sup>145</sup> votaram no sentido de se reconhecer a coisa julgada, o direito adquirido e o ato jurídico perfeito como garantia

<sup>141</sup> É o ideal buscado. Utópico.

<sup>142</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. et al. *Curso de direito constitucional*. 2ª. ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 460.

<sup>143</sup> Sustentaram o artigo como infraconstitucional os Ministros Marco Aurélio, Celso de Mello, Néri da Silveira e Carlos Velloso.

constitucional, voltada para limitar o âmbito da discricionariedade do legislador ordinário. Isto implica em reconhecer que de nada adianta o legislador ordinário atribuir definições de conceitos indeterminados necessários a dar eficácia à lei, se estiver em dissonância da Carta Magna.

Finalmente, como categoria processual, ou, sob o aspecto jurídico, pode a coisa julgada ser vista como espécie do gênero preclusão<sup>146</sup>, já que o propósito é que as demandas não se eternizem.

Como categoria processual, o Código de Processo Civil posicionou a coisa julgada na Seção II, que contém nove artigos que vão do 467 ao 475.

Já no artigo 467 pode-se encontrar o conceito de coisa julgada material:

Art. 467. Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.

A coisa julgada material ou substancial é a qualidade que torna imutável e indiscutível o comando<sup>147</sup> da sentença que emerge da parte dispositiva da sentença de mérito não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário, nem à remessa necessária.

---

<sup>144</sup> “Em se tratando de questão relativa a direito adquirido é ela completamente diferente. O próprio Superior Tribunal de Justiça já chegou à conclusão de que, quando há alegação de direito adquirido, a questão é puramente constitucional, pois não se pode interpretar a Constituição com base na lei, sendo certo que o artigo 6º. da Lei de Introdução ao Código Civil nada mais faz do que explicitar conceitos que são os da Constituição, dado que o nosso sistema de vedação da retroatividade é de cunho constitucional. E para aferir se há, ou não, direito adquirido violado pela lei nova é preciso verificar se a aquisição dele se deu sob a vigência da lei antiga, não podendo pois, ser ele prejudicado por aquela. A não ser que se faça esse confronto, jamais teremos hipótese em que esta Corte possa fazer prevalecer a vedação constitucional da retroatividade.”

<sup>145</sup> “O problema da incidência simultânea da proteção constitucional da coisa julgada, do direito adquirido e do ato jurídico perfeito, e da definição legal da coisa julgada na Lei de Introdução sempre me preocupou, desde o início da prática neste Tribunal, da difícil convivência entre o recurso extraordinário e o recurso especial” [...] “Vimos, aqui, na ADIn 493 – e creio que o acompanhamos, por unanimidade – o voto analógico do Ministro Moreira Alves a sustentar que, precisamente porque – ao contrário dos ordenamentos europeus para os quais e sobre os quais tanto polemizaram Gabba e Roubier e tantos outros – a nossa garantia do direito adquirido [...] não é uma construção teórica de direito intertemporal a aplicar na sucessão de leis silentes a respeito: é uma garantia constitucional, irremovível, pois, pelo legislador ordinário. E por isso, naquele acórdão, unânime no ponto, asseverou-se que o tratar de lei de ordem pública pode não afetar no Brasil a proteção do direito adquirido, exatamente, porque – ao contrário do que sucedia, na França, onde escreveu Roubier ou na Itália, onde escreveu Gabba -, entre nós trata de garantia constitucional e não de uma regra doutrinária de solução de questões intertemporais”.

<sup>146</sup> Deve ser compreendida tanto pela decadência, prescrição, prazo para a interposição de recursos, bem como pelo exaurimento de instâncias.

<sup>147</sup> Como no exemplo trazido por Alvim: “alguém condenado a pagar X, paga. O que subsiste, o comando a pagar ou o efeito condenatório? Evidentemente, o comando. Todavia, o comando existe dentro de e para uma determinada situação jurídica. Alterada esta, o comando deve ser outro, mas o primeiro subsiste, fica imutável para regular a primeira situação”. (ALVIM, Thereza. *O direito processual de estar em juízo*. op. cit. p.103).

É aquela que, prolatada a sentença de mérito, reúne a mesma a imutabilidade até mesmo em processo posterior. É a imutabilidade do conteúdo da sentença em seu sentido pleno e irrestrito, que se projeta para além do processo em que foi proferida, vedando que a questão volte a ser discutida no mesmo ou em qualquer outro processo<sup>148</sup>.

É necessário para a sua formação o preenchimento de alguns requisitos. Primeiramente, deve-se verificar a existência do processo, mediante os pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular<sup>149</sup>. É fundamental que a sentença seja decidida pelo seu mérito<sup>150</sup> e que estejam preclusas<sup>151</sup> todas as formas de recurso<sup>152</sup>.

Nery Junior e Nery<sup>153</sup> elencam os efeitos da sentença de mérito transitada em julgado:

Há, portanto, duas espécies básicas de efeitos da coisa julgada: I – efeitos endoprocessuais: a) tornar inimpugnável e indiscutível a sentença de mérito transitada em julgado, impedindo o juiz de redecidir a pretensão (CPC 467 e 471); b) tornar obrigatório o comando que emerge da parte dispositiva da sentença; II – efeitos extraprocessuais: a) vincular as partes e o juízo de qualquer processo (salvo quanto à independência das responsabilidades civil e penal, nas circunstâncias determinadas pela lei: CC 935) que se lhe seguir como, por exemplo, para a execução da sentença de mérito transitada em julgado; b) impossibilidade de a lide (mérito, pretensão), já atingida pela *auctoritas rei iudicatae*, ser rediscutida em ação judicial posterior, o que implica a proibição de a mesma ação – com os elementos idênticos: partes, causa de pedir e pedido – ser reproposta (CPC 267 V; 301 VI e §§1º. a 3º.). Neste último caso, constitui a finalidade mesma da coisa julgada material opor-se a que se profira nova decisão sobre a matéria, no caso de ter sido ajuizada uma segunda ação.

<sup>148</sup> Exceto a ação rescisória, que se constitui em ação autônoma, através da qual se promove, em situações excepcionais e previstas taxativamente em lei (CPC, art. 485), a impugnação da sentença já revestida da coisa julgada material. Em casos como de sentença ou acórdão constante de processo onde não houve citação, sequer chega a transitar em julgado e podem ser expelidos do sistema independentemente da propositura da ação rescisória.

<sup>149</sup> Prescindida de citação do réu, a coisa julgada jamais se formará, já que não há coisa julgada apenas para uma parte (CPC, art. 267, IV).

<sup>150</sup> Há resolução de mérito quando o juiz acolhe ou rejeita o pedido do autor; o réu reconhece a procedência do pedido; as partes transigem; o juiz pronuncia a decadência ou prescrição; o autor renuncia ao direito sobre que se funda a ação (CPC, art. 269).

<sup>151</sup> Entendida como preleciona o artigo 183 do Código de Processo Civil: “decorrido o prazo, extingue-se, independentemente de declaração judicial, o direito de praticar o ato, ficando salvo, porém, à parte provar que o não realizou por justa causa”. É a perda da faculdade de praticar um ato processual. Pode ser temporal (traduz-se pela famosa expressão “decorrer *in albis*”), lógica (há a prática de um ato incompatível com o anterior. Exemplo: condenado ao pagamento de X, o devedor deposita, mas recorre para discutir o mérito da causa) ou consumativa (quando fora perdida a oportunidade para tanto. Exemplo: a parte recorre no 5º. dia de um prazo de quinze, no 10º. dia, ante a verificação da falta de impugnação de parte da sentença, a mesma interpõe novo recurso, agora, completo).

<sup>152</sup> Como o ordinário, extraordinário e o reexame necessário.

<sup>153</sup> NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado...* op. cit. p. 681.

É de grande utilidade, neste momento, a busca à obra do processualista italiano Liebman, principalmente porque a teoria apresentada por ele foi mencionada na Exposição de Motivos do Código de Processo Civil e incorporada ao sistema no artigo 269<sup>154</sup>.

Até as primeiras décadas do século vinte, a coisa julgada era definida como um efeito da sentença. Já, na década de quarenta, Liebman demonstrou a distinção entre eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada, chamando a atenção para o fato de que os efeitos da sentença (declaratório, constitutivo, condenatório e mandamental) podem se produzir e se produzem de forma imperativa, independentemente, e mesmo antes de a sentença transitar em julgado<sup>155</sup>.

De acordo com a teoria de Liebman<sup>156</sup>:

[...] a autoridade da coisa julgada não é efeito da sentença, como postula a doutrina unânime, mas, sim, modo de manifestar-se e produzir-se dos efeitos da própria sentença, algo que a esses efeitos se ajunta para qualificá-los e reforçá-los em sentido bem determinado. Caem todas as definições correntes no erro de substituir uma qualidade dos efeitos da sentença por um efeito seu autônomo.

Isso porque, a eficácia da sentença define-se como um comando, em sua forma autoritativa e diante disso, pode-se falar de um comando que nasce da sentença. E aí está a distinção de sua imutabilidade.

Partindo desta constatação, percebe-se que a maior contribuição à teoria da coisa julgada, foi, justamente, perceber e demonstrar que os efeitos da sentença são, por sua natureza, sempre a mesma coisa, sejam ou não contestáveis ou impugnáveis, e que esta incontestabilidade que a lei pode lhes atribuir, e, geralmente atribui, não seria um efeito diverso e autônomo da sentença, mas sim, uma qualidade desses efeitos.

---

<sup>154</sup> Alfredo Buzaid, então Ministro de Estado da Justiça, na Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 1973, observou que o projeto tentava solucionar alguns problemas, “perfilhando o conceito de coisa julgada elaborada por Enrico Tullio Liebman e seguido por vários autores nacionais”. Sua influência foi projetada no artigo 507: “chama-se coisa julgada material a qualidade, que torna imutável e indiscutível o efeito da sentença, não mais sujeita a recursos ordinário e extraordinário”. Atualmente, como visto, o artigo 467 não adotou a teoria liebmaniana.

<sup>155</sup> Por exemplo, na hipótese de execução provisória do julgado.

<sup>156</sup> LIEBMAN, Enrico Túlio. *Eficácia e autoridade da sentença*. 3ª edição. Tradução de A. Buzaid e B. Aires. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 39.

Partindo desta premissa, foi que Liebman conceituou a coisa julgada como a qualidade que reveste os efeitos da sentença, tornando-os imutáveis e incontestáveis, com o objetivo de evitar decisões contraditórias<sup>157</sup>.

No entanto, criticam esta teoria Nery Júnior, Nery<sup>158</sup> e Barbosa Moreira<sup>159</sup>, já que se alguma coisa, em tudo isso, escapa ao selo da imutabilidade, são justamente os efeitos da sentença. A coisa julgada não é uma qualidade, mas uma situação jurídica que se forma no momento em que a sentença se torna estável.

Ademais, já dizia Liebman<sup>160</sup>, citado por Lopes<sup>161</sup> que:

O autor não tem direito a uma sentença favorável, porque o êxito da demanda depende da efetiva existência do direito material e de condições de caráter processual. [...] Como se vê, a posição de Liebman é no sentido de que o direito de ação independe da efetiva existência do direito material, vale dizer, filia-se ele, em princípio, às teorias abstratas<sup>162</sup>.

Logo, quando o comando da sentença, refletindo a vontade da lei e do Estado no caso concreto, adquirir a qualidade de imutabilidade dentro e fora do processo, ter-se-á a autoridade da coisa julgada material e conseqüentemente a segurança jurídica, expressão do Estado Democrático de Direito, fundamento da República brasileira.

Por coisa julgada formal tem-se a imutabilidade do comando normativo da sentença restrita ao mesmo processo em que foi proferida, não impedindo que o mérito da lide seja apreciado e decidido em outro processo.

<sup>157</sup> Pedro Lenza esquematiza matematicamente a teoria apresentada: “eficácia + imutabilidade = autoridade da coisa julgada” (*Teoria Geral da Ação Civil Pública*. 2ª edição. São Paulo: RT, 2005. p. 223).

<sup>158</sup> NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado...* op. cit. p. 594.

<sup>159</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Ainda e sempre a coisa julgada*. In: *Direito Processual Civil – ensaios e pareceres*. n. 5. Rio de Janeiro, Editor Borsoi, 1971. p. 139.

<sup>160</sup> Liebman (Cf. *Eficácia e autoridade da sentença*. op. cit.) foi criticado por defender que a coisa julgada qualificaria os efeitos da sentença, ou seja, seria propriamente a imutabilidade dos efeitos da sentença. Barbosa Moreira (Cf. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro, Forense, 1999) afirmava que a imutabilidade está no conteúdo do comando da sentença, já que os efeitos virão provavelmente a modificarem-se ou mesmo se extinguir.

<sup>161</sup> LOPES, João Batista. *Ação declaratória*. 5ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 25.

<sup>162</sup> Apesar de não ser o escopo deste trabalho, é oportuno registrar que há vários autores contrários a esta dissertação, como, por exemplo, Calmon de Passos (*Comentários ao CPC*. vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 363) asseverando que “ninguém carece de ação, pois privar alguém de ação será negar-se a esta pessoa uma garantia constitucional impostergável, que a de reclamar proteção jurídica quando se afirmando dela carecedor” e Araken de Assis (*Manual do processo de execução*. 7ª. ed. São Paulo: RT, 1997. p. 100), quando se refere ao artigo 267, VI, do Código de processo Civil, aludindo que há “postulados criticáveis da doutrina peninsular e as condições artificiosas impostas à ação executória”.



Em outras palavras, o fenômeno da coisa julgada formal se dá quando as vias de impugnação da sentença estão preclusas, tornando imutável a decisão dentro do processo no qual foi proferida.

De acordo com Nery Júnior<sup>163</sup>:

A denominação coisa julgada formal é equívoca, mas se encontra consagrada na doutrina. Trata-se, na verdade, de preclusão e não de coisa julgada. Não é objeto da garantia constitucional da CF 5º. XXXVI, que abrange apenas a autoridade da coisa julgada (coisa julgada material).

Não coadunamos com esta posição, não por força do hábito, mas pelo simples motivo que determinadas demandas, se não sanados os vícios existentes, não poderão ser repropostas. Gomes Júnior<sup>164</sup> ressalta:

Extinta determinada demanda, ainda que sem a análise do mérito, será inviável a repositura sem que o vício que levou à emissão da decisão de extinção tenha sido corrigido, o que se traduz em um efeito da coisa julgada, ou seja, impossibilidade de ajuizamento de demanda já analisada.

Na jurisprudência, não é diferente o posicionamento, já que a coisa julgada, ainda que formal, fará coisa julgada naquele processo. E, no processo em que ela ocorreu, pode-se afirmar que a coisa julgada material lá se operou quanto às questões lá contidas. O Ministro Sálvio de Figueiredo Texeira, em seu voto<sup>165</sup>, declarou que:

Se o autor limita-se a repropor a ação da qual fora julgado carente, estará ofendendo a coisa julgada. Não importa que se tenha tal sentença como apenas terminativa, pois o certo é que, qualquer que seja a natureza do julgamento, “nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas” (CPC, art. 471).

Acerca desta exceção, ou seja, quando não há julgamento de mérito, mas a ação não possa ser reproposta por não se sanar o vício, ocorrerá, sim, a coisa julgada material.

---

<sup>163</sup> NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado...* op. cit. p. 682.

<sup>164</sup> GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. *Curso de Direito Processual Coletivo*. op. cit. p. 303.

<sup>165</sup> STJ. REsp. no. 103.584/SP. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Texeira. j. 05.06.2001. DJU de 13.08.2001.

E é por isso que a redação do artigo 474 do Código de Processo Civil contém uma impropriedade, já que versa a mesma sobre a sentença de mérito, quando, na verdade, deveria versar apenas sobre sentença.

Art. 474. Passada em julgado a sentença de mérito, reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas, que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido.

Diante disso, sanado o vício, e versando a redação apenas sobre sentença passada em julgado, reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas que a parte poderia opor ao acolhimento, como a rejeição do pedido porque, como vimos, não é somente a sentença de mérito que passa em julgado.

E, ocorrendo a coisa julgada material, surgem duas funções: uma positiva e uma negativa.

A primeira reside na solução dada ao litígio, pondo fim ao estado de dúvida. Nesse sentido, cabe ao juiz, de ofício, fazer com que as partes e eventuais terceiros cumpram o comando emergente da sentença acobertada pela coisa julgada.

Já a função negativa, pode-se dizer, é endereçada aos juízes, proibindo a prolação de outra sentença, ou melhor, impedindo que a lide acobertada pela coisa julgada seja rediscutida, e ao legislador, vedando eventual ofensa.

Logo após, retornando à ordem cronológica do Código, o artigo 468 trata da sentença que julga total ou parcialmente a lide, e que tem força de lei nos limites da mesma e das questões decididas.

Em seguida, os artigos 469<sup>166</sup> e 470<sup>167</sup> tratam dos limites objetivos e subjetivos da autoridade da coisa julgada.

É notório que a coisa julgada se forma nos limites do pedido<sup>168</sup>. Assim, é o autor, quem na petição inicial, fixa os termos da lide. O réu, quando reconvém, também os delimita. E, por consequência, o juiz<sup>169</sup> deve decidir a lide de acordo com esse limite.

---

<sup>166</sup> CPC, art. 469: “Não fazem coisa julgada: I – os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença; II – a verdade dos fatos, estabelecidas como fundamento da sentença; III – a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo”.

<sup>167</sup> CPC, art. 470: “Faz, todavia, coisa julgada a resolução da questão prejudicial, se a parte o requerer (arts. 5º. e 325), o juiz for competente em razão da matéria e constituir pressuposto necessário para o julgamento da lide”.

<sup>168</sup> CPC, art. 128: “O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte”.

<sup>169</sup> CPC, art. 460: “É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado”.

E dentro desse marco, a autoridade da coisa julgada material ocorre e, ainda, fardada à observância de limites objetivos e subjetivos.

Sob o aspecto objetivo, a coisa julgada material é limitada à matéria constante da parte dispositiva da sentença, ressalvados os casos de questão prejudicial de mérito que abarcam a parte da motivação da sentença.

Pode-se observar que a sentença é composta de três partes, quais sejam, o relatório, a fundamentação e a parte dispositiva. E é somente essa última que é alcançada pela coisa julgada material, porque é ali que o juiz, efetivamente, decide o pedido e impõe um comando a ser cumprido.

A questão prejudicial é um fato ou uma relação jurídica que é anterior ao mérito, e que por isso, faz o julgador declarar sobre a existência ou inexistência da questão posta em juízo<sup>170</sup>.

O artigo 5º. do Código de Processo Civil é hialino ao dispor que:

Art. 5º. Se, no curso do processo, se tornar litigiosa relação jurídica de cuja existência ou inexistência depender do julgamento da lide, qualquer das partes poderá requerer que o juiz a declare por sentença.

São exigidos para seu reconhecimento, o protocolo de uma petição inicial, litispendência, contestação sobre a questão prejudicial de mérito, poder ser essa questão objeto de ação declaratória incidental autônoma, não ser o juiz absolutamente incompetente e por fim, ser compatível com o procedimento da ação principal<sup>171</sup>.

Os efeitos subjetivos da coisa julgada material são aqueles descritos no artigo 472 do mesmo diploma processual civil brasileiro, tradicionalmente conhecido como aquele que regula a coisa julgada.

Art. 472. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. 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.

---

<sup>170</sup> Cf. LOPES, João Batista. *Ação declaratória*. op. cit..

<sup>171</sup> NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado...*op. cit. p. 175.

Nesse sentido, a sentença faz coisa julgada apenas entre as partes entre as quais é dada, exceto tratando-se de causas relativas ao estado de pessoa. Seus efeitos não alcançam outros processos, sendo que aquela decisão somente irá atingir as partes envolvidas na lide.

Em resumo, o limite subjetivo da coisa julgada determina a “quem” o comando atingirá, enquanto que o limite objetivo define “o que” da sentença deve revestir-se da imutabilidade característica deste instituto.

A influência de Liebman pode ser verificada neste artigo, isto porque, para quem a coisa julgada não é um efeito da sentença, a relação da eficácia do julgado perante terceiros, estando todos sujeitos à eficácia natural da sentença, somente com relação às partes, uma vez passada em julgada, seus efeitos se tornam imutáveis, não atingindo os terceiros.

Assim, toda ação tem como fim uma sentença<sup>172</sup>. E esta sentença, transitando em julgado, faz coisa julgada, somente obrigando as pessoas entre as quais é dada, não prejudicando nem beneficiando terceiros<sup>173</sup>.

Maiolino<sup>174</sup> leciona que:

Verifica-se que, no tocante aos processos individuais, em que os próprios titulares das pretensões comparecem perante o Estado reclamando solução acerca do conflito existente, somente em relação a essas pessoas a imutabilidade do julgado estenderá seus efeitos. É intuitivo que assim ocorra.

Ocorre que, com a recente mudança de paradigma, onde as ações coletivas cada vez mais ganham força, tal dispositivo não pode incidir do modo como rege e interpreta as relações individuais. E nem há como.

Preocupado com essa situação, Santos<sup>175</sup> afirma que:

<sup>172</sup> Sentença no sentido de decisão, não sentença prolatada por juiz de primeiro grau propriamente dita.

<sup>173</sup> Os terceiros interessados serão atingidos, como no caso daquele que adquire um bem objeto de discussão judicial, diga-se, o arrematante que arremata um bem em hasta pública e o vende logo após. Mesmo que atualmente se entenda que com o auto de arrematação assinado pelo juiz, arrematante e serventuário da justiça ou leiloeiro a arrematação considerar-se-á perfeita, acabada e irretroatável, ainda que venham a ser julgados procedentes os embargos do executado, conforme lição do artigo 694 do Código de Processo Civil, na verdade podem estar pendentes embargos à arrematação, com fundamento no preço vil. Caso sejam acolhidos, a arrematação será ineficaz, conseqüentemente, a venda realizada, mesmo que à terceiro de boa-fé, também. Cf. STJ. REsp 166789. 4ª. Turma. Min. Rel. Sálvio de Figueiredo Teixeira. j. 23.06.1998. Em outro julgado, primeiramente concedeu-se uma liminar para o fim de suspender a expedição da carta de arrematação para preservar eventual direito de terceiros. À mesa, foi acordado que devido à peculiaridade do caso, que continha erro material nas contas de atualização da execução elaboradas pela exequente, motivo pelo qual viciou-se o lance e conseqüentemente, a arrematação, facultou-se à agravante novo prazo para a remição da dívida pelo valor correto da execução, no prazo de cinco dias contados impreterivelmente da data da publicação do acórdão (TJSP. AgIn 663.412.4. 4ª. Câmara de Direito Privado. Des. Rel. Maia da Cunha. j. 01.10.2009).

<sup>174</sup> MAIOLINO, Eurico Zecchin. *Coisa julgada nas ações coletivas*. op. cit. p. 61.

O tratamento molecular dos litígios nas ações coletivas exigiu a reformação da coisa julgada, em relação às suas extensões subjetiva e objetiva, para alcançar terceiros não participantes da lide coletiva, proposta por um autor ideológico.

Sendo assim, a regra do artigo 472 do Código de Processo Civil tradicional, segundo a qual a sentença faz coisa julgada apenas entre as partes as quais é dada, não beneficiando nem prejudicando terceiros não é respeitada pela coisa julgada coletiva, devendo a mesma, portanto, ser adaptada às peculiaridades dos conflitos de massa, até porque, tratando-se de direitos coletivos, a regra é que a extensão de seus efeitos alcancem a esfera de interesses de terceiros se for para beneficiar.

## 2.2 Coisa julgada coletiva

A exposição até aqui explanada faz-se necessária, já que é muito difícil iniciar um estudo de qualquer instituto relacionado às ações coletivas sem antes analisar o instituto do Direito Processual Civil tradicional, até porque, é o único modelo que temos como base.

Não que com isso, deve-se prender as amarras desse sistema. Ao contrário. Pelas experiências vivenciadas, e servindo de norte para o operador do direito, com os resultados empíricos podemos selecionar o que convém ou não nesse ramo recente, que é o Direito Processual Civil Coletivo.

Basta ver o regramento apresentado no capítulo primeiro, que, em alguns casos, são próprios desta ramificação, muitos dos quais não têm aplicação ou não encontram correlação no Direito Processual Civil tradicional<sup>176</sup>, havendo até situações em que

---

<sup>175</sup> SANTOS, Ronaldo Lima dos. *Amplitude da coisa julgada nas ações coletivas*. Revista de Processo. v. 31. n. 142. dez/2006. p. 43.

<sup>176</sup> Ressalvado o que fora explicado no capítulo primeiro, Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. elencam entre os princípios gerais da tutela coletiva: o princípio da universalidade da jurisdição e da primazia da tutela coletiva adequada, o princípio da participação, o princípio do contraditório, o princípio do ativismo judicial, o princípio da economia processual, o princípio da instrumentalidade substancial das formas e do interesse jurisdicional no conhecimento do mérito no processo coletivo, o princípio da ampla divulgação da demanda e da informação aos órgãos competentes, o princípio da extensão subjetiva da coisa julgada *secundum eventum litis* e o princípio do transporte *in utilibus*, o princípio da indisponibilidade (temperada) da demanda coletiva cognitiva e o princípio da continuidade da demanda coletiva, o princípio da obrigatoriedade da demanda coletiva executiva, o princípio da subsidiariedade, do microssistema (Código de Processo Coletivo), do devido processo legal coletivo ou da aplicação residual do CPC, o princípio da não-taxatividade da ação coletiva, o princípio da adequada representação e o princípio do controle judicial da legitimação nos processos coletivos. (DIDIER JR., Fredie;

apresentam no âmbito coletivo conotação bastante diferente: o princípio do acesso à justiça<sup>177</sup>, por exemplo, encontra na co-legitimação concorrente uma leitura muito específica no Direito Processual Civil Coletivo, praticamente sem precedentes no Direito Processual Civil tradicional.

Pois bem: vejamos as ações coletivas previstas, mesmo que esparsamente, colocadas à disposição dos legitimados no sistema de Direito Processual Coletivo, quais sejam, a ação popular, ação civil pública, o mandado de segurança coletivo e a ação civil coletiva<sup>178</sup>.

### 2.2.1 Ação popular

A ação popular tem origem no Direito Romano e suas características àquela época eram semelhantes ao instituto previsto na atual Constituição Federal, pois qualquer pessoa do povo podia dela fazer uso para a defesa de interesses da coletividade.

No Brasil, em 1934 esse instituto foi previsto pela primeira vez na Carta Magna<sup>179</sup>, sendo abolida em 1937 e só em 1946<sup>180</sup> houve novamente sua previsão. A Constituição de 1967, apesar de manter o instituto da ação popular, excluiu de sua previsão as sociedades de economia mista e as empresas públicas, por considerar que estas possuíam natureza e estrutura de empresas privadas<sup>181</sup>, trazendo a seguinte redação: “qualquer cidadão será parte legítima para propor ação popular que vise anular atos lesivos ao patrimônio de entidades públicas”.

A Constituição Federal em vigor, em seu artigo 5º., LXIII preceitua que:

Art. 5º. [...]

---

ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil – Processo Coletivo*. vol. 4. Salvador-BA: Edições Podium, 2007. p. 95).

<sup>177</sup> Cf. Capítulo primeiro.

<sup>178</sup> Essa previsão não é taxativa. Conforme o artigo 83 do Código de Defesa do Consumidor, podem existir outros tipos de ações coletivas.

<sup>179</sup> CF/34. Artigo 113, XXXVIII – “Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios”.

<sup>180</sup> CF/46. Artigo 141, §38 – “Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados, dos Municípios, das entidades autárquicas e das sociedades de economia mista”.

<sup>181</sup> GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. *Ação Popular – aspectos polêmicos: lei de responsabilidade fiscal, improbidade administrativa, danos causados por liminares e outros pontos relevantes*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 13.

LXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé isento de custas judiciais e do ônus de sucumbência.

Houve assim, uma crescente preocupação com o erário, bem como com os mecanismos tendentes a protegê-lo. Esse mecanismo veio através da ação popular, tendo como requisitos, além da condição de cidadão<sup>182</sup>, a presença da ilegalidade ou imoralidade e lesividade do ato impugnado.

A qualidade de cidadão, ou seja, a legitimação ativa na ação popular é controversa, pois preceitua o §3º., do artigo 1º. da Lei no. 4717/65, que para propor esta ação, o cidadão precisa comprovar a condição imposta apresentando o título de eleitor, provando assim estar no gozo dos seus direitos políticos.

Tanto é assim que Teresa Arruda Alvim Wambier<sup>183</sup> afirma que:

Veja-se a lição de Celso Antonio Pacheco Fiorillo: ‘Entendemos o conceito de cidadão exatamente dentro da concepção dos mestres de Coimbra, ou seja, o cidadão em nossa Carta Magna é a pessoa humana no gozo pleno de seus direitos constitucionais e não única e exclusivamente ‘nacional no gozo de seus direitos políticos’. O cidadão brasileiro, portanto, possui igual dignidade social independentemente da sua inserção econômica, social, cultural e obviamente política [...].

A sociedade brasileira, com tamanha desigualdade e falta de informação não pode ser restringida de um de seus maiores direitos constitucionalmente previstos: ser cidadão.

Lehfeld<sup>184</sup> leciona que exercer a cidadania é não estar submetido a amarras quando da participação no processo político, isto é, não se pode encontrar óbices quando a Autoridade Pública exigir a efetiva distribuição da justiça social.

---

<sup>182</sup> Russomano dizia que “diferentemente do que sucede com o direito de representação e de petição, o direito de ação popular não cabe a qualquer pessoa, mas, sim, a “qualquer cidadão”. Será este parte legítima para o procedimento, visando a anular atos lesivos ao patrimônio de seus direitos políticos. Pelo seu caráter de direito político – deferido exclusivamente aos cidadãos – não pode ser exercido por aqueles que não atingiram os 18 anos ou que sofreram suspensão ou perda de seus direitos políticos” (RUSSOMANO, Rosah. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1970. p. 339).

<sup>183</sup> *Controle das decisões judiciais por meio de recurso de estrito direito e da ação rescisória – Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória: o que é uma decisão contrária a lei?* São Paulo: RT, 2001. p. 91, nota 159.

<sup>184</sup> LEHFELD, Lucas de Souza. *Modalidades de participação-cidadã nos diferentes contextos políticos*. In: Luiz Alexandre Cruz Ferreira. (Org.). *Hermenêutica, cidadania e Direito*. São Paulo: Millennium Editora, 2005. p. 163.

A cidadania, portanto, transpassa aquela concepção do simples exercício dos direitos políticos. Isso se deve em virtude da complexidade dos problemas sociais, bem como da ineficaz participação popular no processo político, reduzida na efetivação do voto (exercício mitigado da soberania popular), já que outras modalidades de participação direta revelam-se, ora como meras expectativas submetidas ao deleite do Parlamento (como o plebiscito e o *referendum*), ora como instrumentos inexecutáveis de pressupostos exigidos legalmente deveras rigorosos, muitas vezes, divorciados da realidade. Cabe ressaltar, neste caso, a título de exemplificação, a dificuldade de se propor, por iniciativa popular, um projeto de lei nos termos do artigo 14, III, da Constituição Federal.

Sabe-se que para que o cidadão possa exercer seu direito de participação na gestão da *res publica*, é necessário que tenha informações suficientes tendentes a orientá-lo na manifestação de seu pensamento e na dedução de sua vontade. Tal fato infelizmente não ocorre em nosso país.

Porém, com todas essas manifestações, ainda existem vozes em contrário, tendentes a restringir a participação-cidadã com a exigência da juntada do título de eleitor.

É o caso de Di Pietro<sup>185</sup>, que afirma que “cidadão é o brasileiro, nato ou naturalizado, que está no gozo dos direitos políticos, ou seja, dos direitos de votar e ser votado”.

Hannah Arendt<sup>186</sup>, no mesmo sentido, afirma:

(...) do conceito clássico – a qualidade de participação na organização do Estado, quer como eleitor, quer como eleito – o *jus civitatis* e o *jus activae civitatis*, na clássica distinção de Jellinek – representam um bem inestimável, mas hoje em dia, esse aspecto cívico do ser humano não nos faz esquecer a imperiosa defesa dos direitos vinculados à sua condição existencial e participativa, abrindo um leque de salvaguardas individuais não previstas na concepção do Estado de Direito de feito clássico.

Cidadão, nos moldes do artigo 5º., LXIII deve ser entendido como qualquer pessoa física sujeita a direitos e obrigações. É qualquer pessoa. O fato de ser eleitor ou não, não torna a pessoa mais cidadã que quem não possua o título de eleitor<sup>187</sup>. Até o menor tem direito de

<sup>185</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 17ª. ed. São Paulo, Atlas, 2004. p. 680.

<sup>186</sup> ARENDT, Hanna. *Entre o passado e o futuro*. São Paulo: Perspectiva, 1979. p. 142.

<sup>187</sup> Neste sentido, Gomes Júnior (*Curso de Direito Processual...* op. cit. p. 09): “não é só o eleitor, é qualquer integrante da população brasileira” e Dinamarco (*Fundamentos do processo civil moderno*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 424/425): “visando o cidadão a anulação de um ato através da ação popular, atua como



ingressar com esta ação, desde que representado. No caso, surge um questionamento: e o estrangeiro, será que ele poderia propor esta ação? Estaria ele legitimado?

Temos que sim. Até ao estrangeiro em trânsito pelo país é concedido este direito, inclusive por força do *caput* do artigo 5º. da Constituição Federal:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes [...].

No entanto, a amplitude do conceito de cidadão não abrange a pessoa jurídica, continuando a mesma a ser ilegítima, já que não é pessoa natural<sup>188</sup>.

Quanto aos requisitos da ilegalidade<sup>189</sup> ou imoralidade<sup>190</sup> e da lesão<sup>191</sup> ao patrimônio público, estes têm enfrentado debates constantes em todo o campo do direito<sup>192</sup>. O

membro ativo da sociedade, evidenciando uma preocupação com a utilização da *res publica*, sendo importante a ampliação de meios de participação deste autor garantindo-lhe o direito de ação”. Na jurisprudência destacamos o julgado no. 2.131-2, do Supremo Tribunal Federal, funcionando como Relator o Ministro Celso de Mello que concluiu que “hoje, no entanto, registra-se sensível evolução no magistério da doutrina, que agora, identifica o autor popular como aquele que, ao exercer uma prerrogativa de caráter cívico-político, busca proteger, em nome próprio, um direito que, fundado em sua condição de cidadão, também lhe é próprio” (j. 13.10.2000. DJU 20.10.2000).

<sup>188</sup> Súmula 365 – “Pessoa Jurídica não tem legitimidade para propor ação popular”.

<sup>189</sup> São nulos os atos lesivos nos casos de incompetência, vício e forma, ilegalidade do objeto, inexistência dos motivos e desvio de finalidade. São anuláveis os atos lesivos cujos vícios não se compreendam nas especificações do disposto acima, bem como qualquer outro tipo de vício referente à capacidade e à manifestação de vontade, quais sejam, o erro, dolo, coação, simulação e fraude. Tem-se como regra que a Administração Pública tem o dever de invalidar o ato ilegal em obediência ao princípio da legalidade, não se tratando assim, de conduta discricionária, mas vinculada.

<sup>190</sup> O Administrador Público que não age conforme o princípio da moralidade, ou seja, que não tem um comportamento ético de conduta, ligando-se aos conceitos de probidade, honestidade, lealdade, decoro e boa-fé, deve sofrer sanção e ser condenado pela via da ação popular. Deve haver o desatendimento de alguma regra escrita e a demonstração do prejuízo efetivo ou potencial, ainda que presumido, sendo este último de forma clara e precisa, pois a mera alegação de violação a este princípio denota a incapacidade de descrevê-lo e a inutilidade da via eleita.

<sup>191</sup> O procedimento a ser invalidado deve ser contrário ao direito, infringindo normas específicas ou por se desviar dos princípios que regem a Administração Pública. Essa ilegalidade pode surgir de vício formal ou substancial, inclusive de desvio de finalidade.

<sup>192</sup> Cf. STF-Pleno. ADIn 2661-MA. Rel. Min. Celso de Mello. j. 05.06.2002. DJU 23.08.2002. p. 70: “O princípio da moralidade administrativa, enquanto valor constitucional revestido de caráter ético-jurídico, condiciona a legitimidade e a validade dos atos estatais. A atividade estatal, qualquer que seja o domínio institucional de sua incidência, está necessariamente subordinada a observância de parâmetros éticos-jurídicos que se reflete na consagração constitucional do princípios da moralidade administrativa. Esse postulado fundamental, que rege a atuação do Poder Público, confere substância positiva do Estado. O princípio constitucional da moralidade administrativa, ao impor limitações ao exercício do poder estatal, legitima o controle jurisdicional de todos os atos do Poder Público que transgridam os valores éticos que devem pautar o comportamento dos agentes o órgãos governamentais”; Cf. STJ. REsp 479803/SP. Rel. Min. João Otávio de Noronha. j. 22.08.2006. DJ de 22.09.2006: “Administrativo. Ação popular. Cabimento. Ilegalidade do ato administrativo. Lesividade ao patrimônio público. Comprovação do prejuízo. Necessidade. 1. O fato de a Constituição Federal de 1988 ter alargado as hipóteses de cabimento da ação popular não tem o efeito de eximir

que se tem entendido é que quando há o pedido de ressarcimento, ou de alguma condenação, deve-se necessariamente provar o dano, pois se dano não houve, não há o que ressarcir. Porém, se há apenas o pedido de anulação de algum ato, aí sim não seria necessária sua prova.

A ação popular, diante disso, na lição de Meirelles<sup>193</sup>:

É o meio constitucional posto a disposição de qualquer cidadão para obter a invalidação de atos ou contratos administrativos – ou a estes equiparados – ilegais e lesivos do patrimônio federal, estadual e municipal, ou de suas autarquias, entidades paraestatais e pessoas jurídicas subvencionadas com dinheiros públicos.

A Lei da ação popular no. 4.717/65 foi aquela em que primeiramente previu-se, no caso de insuficiência de provas, a possibilidade de repositura da controvérsia em juízo. Dispõe o artigo 18:

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.

A natureza da decisão será desconstitutiva – condenatória, visando tanto a anulação do ato impugnado quanto a condenação dos responsáveis e beneficiários em perdas e danos. Assim, caso a ação seja julgada procedente, terá ela caráter *erga omnes*, vinculando os

---

o autor de comprovar a lesividade do ato, mesmo em se tratando de lesão à moralidade administrativa, ao meio ambiente ou ao patrimônio histórico e cultural. 2. Não há por que cogitar de dano à moralidade administrativa que justifique a condenação do administrador público a restituir os recursos auferidos por meio de crédito aberto irregularmente de forma extraordinária, quando incontestado nos autos que os valores em questão foram utilizados em benefício da comunidade. 3. Embargos de divergência providos”. Cf. STJ. REsp 858910/SP. Rel. Min. Silvio Falcão. j. 28.11.2006. DJ de 01.02.2007: “Ação popular. Licitações. Anulação. Adoção de relatório anterior. Existência. Ilegalidade. Comprovação. Súmula 7/STJ. Lesividade. Malferimento a princípios administrativos. I - O acórdão proferido pelo Tribunal *a quo* ao manter a decisão monocrática de procedência do pedido, em autos de ação popular na qual se buscava a nulidade de procedimentos licitatórios em decorrência de irregularidades, foi expresso ao mencionar que adotava o relatório já anteriormente prolatado por desembargador sorteado, não se verificando, dessa forma, qualquer nulidade a título de afronta aos artigos 165 e 458 e 535, do Código de Processo Civil. II - A ilegalidade foi devidamente comprovada na instância ordinária, condenando-se o réu às perdas e aos danos dela decorrentes, tendo em conta a fraude perpetrada no respectivo procedimento licitatório, cujas provas não podem ser reexaminadas por esta eg. Corte de Justiça, em razão do óbice contido na Súmula 7/STJ. III - Determinadas ilegalidades de atos administrativos, por si sós, conduzem à ocorrência de lesão patrimonial aos cofres públicos, principalmente quando se está diante de malferimentos a importantes princípios administrativos, tal como o da moralidade. IV - Recurso especial improvido. Precedentes: REsp nº 14.868/RJ. Rel. Min. José Delgado. DJ de 18.04.2005, REsp nº 479.803/SP. Rel. Min. João Otávio de Noronha. DJ de 22.09.2006”.

<sup>193</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data*. 18ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 87.

indivíduos à seus efeitos. Já, se improcedente, se fundada em insuficiência de provas, haverá a possibilidade de ajuizamento de nova ação popular com o mesmo objeto e fundamento por prevalecer o interesse público de defesa da legalidade e da moralidade administrativa, em busca da verdade real. Se a ação for infundada, a sentença produzirá efeitos de coisa julgada *erga omnes*. Em ambas as hipóteses, ficará o autor, salvo comprovada a má-fé, isento de custas judiciais e do ônus de sucumbência, para o fim de evitar objetivos político-partidários de desmoralização dos adversários políticos, levemente<sup>194</sup>.

Esta isenção advém do artigo 5º, LXXIII da Constituição Federal que é expresso ao dispor que salvo comprovada má-fé, o autor popular fica isento da obrigação de arcar com o pagamento das custas judiciais e do ônus da sucumbência.

O Supremo Tribunal Federal<sup>195</sup>, seguindo a norma constitucional e ampliando-a, decidiu que:

[...] tratando-se de rescisória ajuizada contra acórdão proferido em ação popular procedente, descabe a condenação dos autores desta e réus na rescisória ao pagamento dos honorários advocatícios, a menos que exsurja, a iniciativa em propô-la, como configuradora de procedimento de má-fé.

Conceitua-se sucumbência como imposição contra aquele que teve a sua pretensão, seja na qualidade de autor, seja na qualidade de réu, desacolhida, total ou parcialmente.

Resta evidente que aquele que foi até a última instância, ou seja, aquele que se viu obrigado a bater as portas do Judiciário ou defender-se, sendo obrigado a esperar por uma decisão que se reputava justa ou de direito desde sempre, deve ser reembolsado de seus gastos, já que é o mínimo que se pode esperar, pois houve perda de tempo, dinheiro, além do desgaste físico e moral.

No entanto, em sede do instituto da ação popular não pode prevalecer tal pensamento individualista. É que a ação popular foi legitimada ao autor-cidadão, aquele que será, na maioria das vezes, desprovido de conhecimentos técnicos para litigar com o réu. Por isto, caso esta ação fosse semelhante às previstas no Código de Processo Civil, seria um desestímulo para a população brasileira, já que a esmagadora maioria não detém nem as informações de como manuseá-la, quanto ainda assim, correr-se-ia o risco de sucumbir.

---

<sup>194</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 13ª. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 195/196.

<sup>195</sup> STF. Ação Rescisória no. 1.178-DF. Rel. Min. Marco Aurélio. j. 03.05.1995. RTJ 161/50.

Anote-se aqui que no conceito de sucumbência exposto acima, estão incluídas as custas processuais, que convenhamos, está acima da renda de grande parte dos brasileiros, os honorários advocatícios, as despesas eventualmente pagas pela parte derrotada e por fim, a taxa judiciária.

Insta mencionar neste tópico que há ainda as despesas com a perícia, prevista no artigo 19, §2º do Código de Processo Civil<sup>196</sup>. Não obstante, a regra do artigo 33<sup>197</sup> do mesmo Diploma Legal, incumbe a parte que requerer, a remuneração do assistente técnico.

Neste contexto, a Lei da ação popular, em seu artigo 10 está assim disposto: “as partes só pagarão custas e preparo a final”.

Assim, conclui-se que o autor popular, inicialmente, está isento de arcar com quaisquer sejam as custas relacionadas ao processo. No entanto, caso haja com má-fé, aí sim deverá ele arcar com todas as custas sucumbenciais, incidindo integralmente o Código de Processo Civil.

Porém, como o autor é isento da perícia, mesmo saindo perdedor? O réu que despendeu enorme quantia para defender-se e provar que era inocente, mesmo assim, sairá perdedor?

Por outro lado, deve-se levar em conta que o perito não poderá ser compelido a trabalhar de graça, porque a ninguém é dado fazer ou não fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

Diante dessas questões, entendemos que o autor, em momento algum, pode ser compelido a arcar com a perícia, já que isento. Assim, no caso de lide acerca da perícia, mesmo com requerimento da parte, a mesma poderá ser dispensada pelo magistrado, conforme entendimento do Ministro Castro Meira do Superior Tribunal de Justiça, esclarecendo que, segundo o firme entendimento daquele Tribunal,

[...] a prova pericial tem a função de suprir a falta ou insuficiência de conhecimento técnico do magistrado. Caso entenda serem suficientes as provas apresentadas, o juiz pode dispensar a prova pericial, mesmo que ela tenha sido requerida pelas partes.

---

<sup>196</sup> “Art. 19. Salvo as disposições concernentes à justiça gratuita, cabe às partes prover as despesas dos atos que realizam ou requerem no processo, antecipando-lhes o pagamento desde o início até sentença final; e bem ainda, na execução, até a plena satisfação do direito declarado pela sentença. § 2º - Compete ao autor adiantar as despesas relativas a atos, cuja realização o juiz determinar de ofício ou a requerimento do Ministério Público”.

<sup>197</sup> “Art. 33. Cada parte pagará a remuneração do assistente técnico que houver indicado; a do perito será paga pela parte que houver requerido o exame, ou pelo autor, quando requerido por ambas as partes ou determinado de ofício pelo juiz”.

No entanto, caso seja imprescindível a realização da perícia, o autor pode desistir da ação, legitimando-se o Ministério Público à dar prosseguimento. Caso este não queira desistir, neste caso, o magistrado pode determinar que o réu arque com os honorários do perito, invertendo-se o ônus da prova.

Em pesquisas realizadas nos Tribunais foi encontrado um julgado da lavra da 2ª. Turma do Superior Tribunal de Justiça, seguidas pelas 3ª. e 4ª. Turmas, na qual pacificou-se o tema:

[...] a inversão do ônus da prova não tem o condão de obrigar o demandado a arcar com as despesas da perícia, mas, não o fazendo, ficará sujeita às conseqüências da não-produção da prova, o que pressupõe, naturalmente, uma decisão anterior ao momento da dilação probatória<sup>198</sup>.

Como não há como obrigar o demandado a arcar com a perícia, e considerando as proposições acima elencadas, sugere-se que o legislador regule a disposição das condenações atinentes ao Fundo previsto no artigo 13<sup>199</sup> da Lei da ação civil pública, para que possam ser usadas as verbas dali provenientes com as condenações em dinheiro, pacificando tal questão.

Outro ponto que requer reflexão é a do ajuizamento concomitante de ação popular e ação civil pública com o mesmo objeto e causa de pedir, pois há controvérsias se se deve reunir os processos ou extinguir um deles.

Alvim<sup>200</sup> afirma:

[...] a lei não admite, como regra, duas relações jurídicas processuais idênticas, quer simultâneas, quer sucessivas, já que tanto o Autor Popular como o Ministério Público não agem exclusivamente em nome próprio, o que afasta a alegação de que seriam partes distintas de modo a não caracterizar a litispendência.

No entanto, tal opinião não se afigura condizente, em nossa posição, já que o autor popular age em nome próprio<sup>201</sup>.

---

<sup>198</sup> REsp 598620/MG. Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito. DJ 18.04.2005.

<sup>199</sup> “Art. 13. Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstrução dos bens lesados. Parágrafo único. Enquanto o fundo não for regulamentado, o dinheiro ficará depositado em estabelecimento oficial de crédito, em conta com correção monetária”. Veja-se a nota 118 deste capítulo.

<sup>200</sup> ALVIM, Eduardo Arruda. *Curso de Direito Processual Civil*. São Paulo: RT, 2000. p. 76.

Grinover<sup>202</sup> admite a litispendência quando idênticos os pedidos e as causas de pedir em ação popular e ação civil pública. Assim, para parte da doutrina<sup>203</sup>, se há uma causa idêntica a outra em curso, deve ela ser arquivada, uma vez reconhecida a litispendência.

No campo da jurisprudência, tal questão tem sido objeto de apreciações. O Superior Tribunal de Justiça<sup>204</sup> assim decidiu:

[...] a verificação da existência de litispendência enseja indagação antecedente e que diz respeito ao alcance da coisa julgada. Conforme os ditames da Lei no. 9.494/97, “a sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator”. As ações que têm objeto idêntico devem ser reunidas, inclusive quando houver uma demanda coletiva e diversas ações individuais, mas a reunião deve observar o limite da competência territorial da jurisdição do magistrado que proferiu a sentença. Hipótese em que se nega a litispendência porque a primeira ação está limitada ao Município de Londrina e a segunda ao Município de Cascavel, ambos no Estado do Paraná.

Analisando o assunto, incorreta, data vênua, tal decisão. Se as ações coletivas estão no ordenamento para evitar demandas repetitivas, porque reduzir sua abrangência? Depois, neste caso, inegável a temeridade de prolatar-se decisões contraditórias. Ademais, o julgador iniciou o debate mencionando a litispendência, para após, afirmar que as ações que têm idênticos objetos devem ser reunidas, para ao final, decidir “hipótese em que se nega a litispendência”, havendo uma confusão entre os institutos.

Corretamente, em nosso ponto de vista, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery<sup>205</sup> afirmam que “para a correta solução dos problemas processuais decorrentes da tutela jurisdicional dos direitos difusos e coletivos, não se pode raciocinar com o instituto do interesse processual, como se estivéssemos diante da tutela meramente individualista”.

<sup>201</sup> PET 2.131-2. Rel. Min. Celso de Mello. j. 13.10.2000. DJU 20.10.2000. Devemos deixar consignado que esta também é a posição de Gomes Junior (In: *Ação popular*. op. cit. p. 208).

<sup>202</sup> Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências*...op. cit.

<sup>203</sup> Gidi (*Coisa Julgada e Litispendência nas Ações Coletivas*. op. cit. p. 219), nesse sentido, afirma que “a litispendência entre duas ações coletivas ocorre sempre que se esteja em defesa do mesmo direito...serão a mesma e única ação coletiva, apenas propostas com base em leis processuais diferentes”. No entanto, com a devida vênua, o autor parece basear-se sua resposta no instituto da representação adequada adotado pelos Estados Unidos e muito bem utilizada. Aqui em nosso país não há a adoção de tal representatividade, por isso, essa forma de pensamento não funciona adequadamente em nosso ordenamento.

<sup>204</sup> STJ. REsp 642462 / PR. 2004/0004428-5. Rel. Min. Eliana Calmon. 2ª. Turma. j. 08.03.2005.

<sup>205</sup> *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2002. p. 1339, nota 6.

Estar-se-ia diante do instituto da conexão<sup>206</sup>, pois há a identidade da causa de pedir ou do pedido, e neste caso, caso haja uma demanda de má-fé ou mal proposta, os demais legitimados não ficariam impedidos de agir, sendo este um inegável benefício para as ações coletivas. Assim, verificada a conexão, deve-se proceder a reunião dos processos para uma decisão conjunta. O juízo competente será o que primeiro conheceu da causa. Contudo, se já houve sentença, não há utilidade na reunião, devendo, aí sim, ser extinta a demanda ajuizada em último lugar, até pela ausência de interesse processual, esse traduzido na necessidade e utilidade do provimento jurisdicional.

No entanto, Gomes Junior<sup>207</sup> seguido por nossa posição, tende para a defesa da litispendência, mas com efeitos diferentes do que ocorre com a ação individual. Neste caso não haveria a extinção de um dos processos. Essa reunião entre os processos deveria receber o nome de reunião processual coletiva, assim, a questão de saber se é litispendência ou conexão perde o objeto da discussão, já que o ponto principal é a reunião dos processos, pois o pedido e a causa de pedir são os mesmos.

### **2.2.2 Ação civil pública**

A ação civil pública teve sua primeira referência através da Lei Complementar nº. 40/81, na Lei Orgânica do Ministério Público, que elencou, entre as funções institucionais daquele órgão, a promoção da ação civil pública, sem, no entanto, definí-la .

Somente em 1985, pela Lei nº. 7.347, é que o instituto recebeu disciplinamento legal, erigindo-se a nível constitucional em 1988.

A ação civil pública, assim, é o instrumento processual adequado para reprimir ou impedir “danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bem e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e por infrações da ordem econômica”<sup>208</sup>. Protege, dessa maneira, os interesses difusos da sociedade, não sendo meio adequado para amparar ou reparar prejuízos causados a particulares pela conduta, comissiva ou omissiva, do réu.

É o meio processual de que se podem valer o Ministério Público e as pessoas jurídicas indicadas na Lei no. 7.347/85, em seu artigo 5º:

---

<sup>206</sup> A conexão está prevista no Código de Processo Civil, no artigo 103: “Art. 103. Reputam-se conexas duas ou mais ações quando lhes for comum o objeto ou a causa de pedir”.

<sup>207</sup> GOMES JUNIOR, Luis Manoel. *Curso de Direito Processual Civil...* op. cit. p. 193

<sup>208</sup> Definição dada pelo art. 1º. da Lei n.º. 7.347/85.

Art. 5º. Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:  
 I - o Ministério Público;  
 II - a Defensoria Pública;  
 III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;  
 IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;  
 V - a associação que, concomitantemente:  
 a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil;  
 b) 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.

Tal rol não se restringe às pessoas acima expostas já que, por força do artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor, às entidades e órgãos da administração pública, direta e indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos, são legitimadas.

Ainda, aos sindicatos<sup>209</sup> e à Ordem dos Advogados do Brasil – OAB<sup>210</sup>, também é

<sup>209</sup> Aos sindicatos também é permitido a utilização deste instrumento processual: “Legitimidade - Sindicato - Substituto processual - De acordo com o art. 8º, III, da Constituição Federal, possui o Sindicato legitimidade para defender os interesses individuais e coletivos da categoria, de forma ampla e irrestrita, constituindo-se norma de aplicação imediata. Com efeito, a legitimação extraordinária é objeto de outros dispositivos infraconstitucionais. A Lei nº. 8.073/90, em seu art. 3º assevera que as entidades de classe poderão atuar como substitutos processuais dos integrantes da categoria. A Lei da ação civil pública, por sua vez, reconhece o manejo das ações coletivas para a defesa dos direitos individuais homogêneos. E, o Código de Defesa do Consumidor estabelece legitimidade processual às associações civis, incluídas, nesta acepção ampla, as entidades sindicais” (TRT - 21ª Região. RO nº. 03496-2002-921-21-00-3-Natal-RN. Ac. nº. 51.336. Rel. Des. José Vasconcelos da Rocha. j. 26.8.2004).

<sup>210</sup> A Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, tutela interesses de classe dos advogados por força dos artigos 49 (“Os Presidentes dos Conselhos e das Subseções da OAB têm legitimidade para agir, judicial e extrajudicialmente, contra qualquer pessoa que infringir as disposições ou os fins desta Lei”) e 54, incisos II e XIV (“Compete ao Conselho Federal: II – representar, em juízo ou fora dele, os interesses coletivos ou individuais dos advogados e XIV – ajuizar ação direta de inconstitucionalidade de normas legais e atos normativos, ação civil pública, mandado de segurança coletivo, mandado de injunção e demais ações cuja legitimação lhe seja outorgada por lei”) da Lei no. 8.906/94, e ainda de grupos alheios à seu quadro associativo, conforme artigo 44 (“A Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), serviço público dotado de personalidade jurídica e forma federativa, tem por finalidade : I – defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado democrático de direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas e II – promover, com exclusividade, a representação, a defesa, a seleção e a disciplina dos advogados em toda a República Federativa do Brasil”) do mesmo diploma normativo. Convém registrar que a questão é controvertida na jurisprudência. A favor: “Agravo de instrumento – ação civil pública de responsabilidade por ato de improbidade administrativa – pretensão da OAB de intervir, no processo, como assistente – legitimidade reconhecida – inteligência do artigo 49, parágrafo único, da Lei no. 8.904/94 – decisão reformada – recurso provido, consolidando o efeito suspensivo” (TJSP. AgIn no. 920.982.5/7-00. Des. Rel. Soares Lima. j. 09.11.2009). No julgamento do agravo no. 775.268.5/8-00, proferido pela mesma Câmara, constou, de passagem, no acórdão: “[...] a interpretação e aplicação do artigo 49, parágrafo único, da Lei no. 8.906/94, devem ser amplas. Nessa linha de raciocínio, o seu artigo 42, parágrafo único permite a assistência da OAB, em ação civil pública em que profissional da advocacia figure no pólo passivo da relação processual. É o quanto basta”. No Superior Tribunal de Justiça acordou-se que: “A Seccional de Mato Grosso da Ordem dos Advogados do Brasil tem legitimidade para impetrar mandado de segurança coletivo em favor de seus associados impugnando a limitação de idade no concurso para o cargo de promotor de justiça. Recurso provido para afastar a decretação de carência da ação” (STJ. RMS no. 1906/MT. 2ª.



permitida a utilização deste instrumento processual para proteção de interesses difusos gerais. Assim, com a expressão difusa ou coletiva, que consta no artigo 129, III da Constituição Federal, foram abrangidos os interesses públicos concernentes à grupos indeterminados de pessoas ou a toda sociedade, abrangendo a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, ao patrimônio histórico ou cultural, à ordem econômica, à ordem urbanística ou qualquer interesse que possa enquadrar-se como difuso ou coletivo.

O artigo 2º. da Lei da ação civil pública disciplina hipótese de competência absoluta, por ser improrrogável e inderrogável, já que firmada em razões de ordem pública. Nestes casos prioriza-se o interesse do processo.

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.

Embora o dispositivo legal faça menção ao uso da expressão “competência funcional”, a doutrina<sup>211</sup> entende que se trata, na verdade, de competência territorial, tendo o legislador, de modo equivocado, utilizado-se do termo funcional, com o intuito tão somente de derrogar, na espécie, a regra geral vigente no direito brasileiro, na relatividade para os casos de competência territorial.

Barbosa Moreira afirma que<sup>212</sup>:

Na verdade, pessoalmente, preferiria que esse termo não tivesse sido usado. Preferiria que tivesse reservado à expressão ‘competência funcional’ para aquele outro tipo de competência, isto é, a determinada pela diversidade de

---

Turma. Min. Rel. Francisco Peçanha Martins. DJ 25.10.1993). Contra: “A OAB (Conselho Federal e Seccionais) somente possuem legitimidade para propor ação civil pública objetivando garantir direito próprio e de seus associados, e não de todos os munícipes”. No caso, tratava-se de ação civil coletiva proposta pela 15ª. subseção da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Rio de Janeiro contra o réu a abster-se de cobrar a Taxa de Serviços Urbanos – TSU, e a Taxa de Iluminação Pública – TIP. Em seu voto, o relator registrou que: “[...] ademais, o artigo 54, inciso XIV, da Lei no. 8.906/94, conquanto autorize o Conselho Federal da OAB a ajuizar ação civil pública, o faz dentro dos limites de competência da Ordem. Ou seja, o Conselho Federal e a Seccional da OAB somente possuem legitimidade para propor ação civil pública objetivando garantir direito próprio e de seus associados e não de todos os munícipes” (STJ. REsp 331403/RJ. Min. Rel. João Otávio de Noronha. 2ª. Turma. j. 07.03.2006).

<sup>211</sup> Cf. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores: Lei 7.347/85 e legislação complementar*. 10ª. edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação Civil Pública*. 2ª. edição. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 1999; LACERDA, Galeno. *Ação Civil Pública*. Conferência realizada em 17.10.1983 e publicada na Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul em 1986. n. 19.

<sup>212</sup> CASTRO MENDES, Aluisio Gonçalves de. *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. Coordenação: Ada Pellegrini Grinover, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e Kazuo Watanabe. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 21.

funções sucessivamente exercidas por diferentes órgãos ao longo de um mesmo processo. Do contrário, criamos uma zona cinzenta, pois quando se estabelece a competência de um órgão de determinado lugar – seja qual for a razão- o que se está realmente fixando é a competência territorial.

É certo que esta Lei repetiu a mesma idéia da contida na ação popular, no tocante à coisa julgada, sendo certo que o limite de competência territorial aqui imposto não está e nunca esteve prevista naquela Lei:

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.

Se, interpretar-se textualmente esse artigo, observar-se-á que os efeitos da coisa julgada restringem-se ao limite da competência territorial do órgão prolator da decisão. Assim, se um dano transcender a uma determinada circunscrição judiciária, mas dentro de um mesmo estado federado ou no Distrito Federal, tratar-se-á de dano regional. Quando o dano transcender a área territorial de um estado federado ou do Distrito Federal, tratar-se-á de dano de âmbito nacional<sup>213</sup>.

Ocorre que, tal dispositivo ou é considerado inconstitucional<sup>214</sup> ou de alguma forma, inoperante<sup>215</sup> pela doutrina, conforme será o tema aprofundado no capítulo terceiro, por ser considerado inútil e contrário à teoria geral do processo coletivo.

Os conflitos ainda não param aí: a jurisprudência<sup>216</sup> não se tem mostrado uníssona no tocante à este artigo.

<sup>213</sup> MANCUSO, Rodolfo Camargo. *Ação Civil Pública*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 93.

<sup>214</sup> Cf. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. São Paulo: RT, 2001. p. 785; NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil...op. cit.* p. 1540; VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *A Lei 9.494, de 10 de setembro de 1997, e a nova disciplina da coisa julgada nas ações coletivas: inconstitucionalidade*. v. 745. São Paulo: RT, 1997.

<sup>215</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 6ª. edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999. p. 818.

<sup>216</sup> Vários são os julgados limitando a eficácia da coisa julgada ao limite territorial do órgão prolator, como na decisão acordada pela Ministra Relatora Eliana Calmo: "Processo Civil – Ação Civil Pública – Litispêndência – Limites da coisa julgada. 1. A verificação da existência de litispêndência enseja indagação antecedente e que diz respeito ao alcance da coisa julgada. Conforme os ditames da Lei 9.494/97, "a sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator". 2. As ações que têm objeto idêntico devem ser reunidas, inclusive quando houver uma demanda coletiva e diversas ações individuais, mas a reunião deve observar o limite da competência territorial da jurisdição do magistrado que proferiu a sentença. 3. Hipótese em que se nega a litispêndência porque a primeira ação está limitada ao Município de Londrina e a segunda ao

Mesmo o projeto de Lei da ação civil pública<sup>217</sup> que está em estudo para a absorção da atual realidade brasileira já recebe críticas, dentre as quais, rompimento do equilíbrio entre as partes litigantes, vulneração do direito de defesa do demandado, proteção ao litígio coletivo, judicialização da política, oferecimento exclusivo de poder ao juiz e ao Ministério Público, o que, na visão dos advogados, permitiria o abuso.

Mas, é preciso considerar o grande avanço de suas previsões, notadamente no artigo 33, o qual prevê a hipótese de a sentença no processo coletivo fazer coisa julgada *erga omnes*, independentemente da competência territorial do órgão prolator ou do domicílio dos interessados.

### 2.2.3 Mandado de segurança coletivo

A Constituição de 1934 e as que se seguiram, com exceção de 1937, acolheram a garantia do *mandamus* para a proteção de direitos diferentes dos da liberdade de locomoção, já que já amparado por *habeas corpus*.

---

Município de Cascavel, ambos no Estado do Paraná. 4. Recurso especial provido” (STJ. REsp 642462/PR. 2ª. Turma. j. 08.03.2005). Recentemente, pode-se observar que houve uma mudança neste posicionamento, como no seguinte julgado: “Abrangência. Efeito *erga omnes*. Ação civil pública. Trata-se de recurso interposto por instituto de defesa do consumidor nos autos de ação civil pública por danos provocados a interesses individuais homogêneos movida contra banco estadual, objetivando-se a condenação ao ressarcimento da diferença de rendimento apurada e creditada a menor nas cadernetas de poupança, em janeiro de 1989. Em síntese, o instituto insurge-se contra parte do acórdão que limitou os efeitos da sentença de procedência do pedido à competência do órgão prolator, beneficiando, no caso, apenas os correntistas residentes no Estado de São Paulo. Isso posto, a Turma, ao prosseguir o julgamento e, por maioria, conheceu do recurso e lhe deu provimento para estender a eficácia do acórdão recorrido a todos os consumidores que, no território nacional, encontram-se na situação por ele prevista. Entendeu a Min. Relatora que o comando do art. 16 da Lei da Ação Civil Pública – mesmo com a alteração trazida pela Lei n. 9.494/1997, limitando os efeitos da coisa julgada à competência territorial do órgão prolator – não se aplica aos direitos individuais homogêneos, mas apenas, e quando muito, às demandas instauradas em defesa de interesses difusos e coletivos. Isso por força do que dispõem os arts. 93 e 103, III, do CDC, que permanecem inalterados. Essa orientação mostra-se mais consentânea com o escopo da ação coletiva no sentido de evitar a proliferação de demandas desnecessárias, exigindo múltiplas respostas jurisdicionais quando uma só poderia ser suficiente” (STJ. REsp 411.529-SP. Rel. Min. Nancy Andrighi. j. 4.10.2007).

<sup>217</sup> Projeto de lei no. 5.139, de 2009 da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, de relatoria do deputado Antonio Carlos Biscaia, que registra “a necessidade de modernização e aperfeiçoamento da LACP e do Código de Defesa do Consumidor (CDC) para ajustá-los às novas concepções teóricas, nacionais e internacionais, e à nova ordem constitucional”, em seu relatório. Também, um grande passo deu-se ao reconhecimento de demandas coletivas que versem sobre matéria exclusivamente de direito e que poderá atingir as pretensões individuais, à exceção do pedido de exclusão constante do art. 13 da proposição”. Ressalta-se que também é considerada a impropriedade de determinação da suspensão do processo individual quando o interessado já exerceu tal direito e optou pela não extensão a ele da coisa julgada do processo coletivo. Na hipótese, é decorrência lógica do exercício desse direito a possibilidade de tramitação da ação individual.

Atualmente, o mandado de segurança está constitucionalmente assegurado no artigo 5º., LXIX<sup>218</sup>, para a proteção de direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

Já, infra-constitucionalmente, o mandado de segurança foi previsto inicialmente na Lei no. 1.533/51 e após na Lei no. 4.348/64. No dia 7 de agosto de 2.009 foi publicada a Lei no. 12.016 que passou a disciplinar o mandado de segurança individual e coletivo.

São passíveis de figurar no pólo passivo a autoridade, assim entendida, os representantes ou órgãos de partidos políticos e os administradores de entidades autárquicas, bem como os dirigentes de pessoas jurídicas ou as pessoas naturais no exercício de atribuições do poder público, somente no que disser respeito a essas atribuições<sup>219</sup>.

Inovou a Lei ao autorizar os titulares de direito líquido e certo decorrente de direito de terceiro que ingressem com a ação, se aquele terceiro não o fizer no prazo de trinta dias contados da notificação<sup>220</sup>.

No tocante à legitimação ativa para a impetração do mandado de segurança coletivo, o artigo 5º. inciso LXX, alíneas *a* e *b*, prevê legitimidade restritiva ao partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária, à organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados<sup>221</sup>.

O ineditismo desta Lei, no âmbito coletivo, quedou-se na positivação do mandado de segurança coletivo que pode ser proposto por partido político, entidade de classe ou associação, em defesa de direitos coletivos ou individuais homogêneos líquidos e certos, de seus integrantes ou associados, tratando-se de evolução legislativa<sup>222</sup>.

---

<sup>218</sup> CF, art. 5º., LXIX – “Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público”.

<sup>219</sup> Cf. Art. 1º., §1º. da Lei no. 12.016/09. A previsão é mais ampla do que a redação literal do artigo 5º., LXIX da Constituição Federal, atendendo ao espírito do mandamento constitucional de que o remédio em questão protege o direito líquido e certo contra qualquer ato coator, seja quem for que venha a praticar o abuso de autoridade (inclusive pessoas naturais), desde que tal ato envolva, de alguma forma, função originalmente atribuída ao Poder Público.

<sup>220</sup> Cf. Art. 3º., da Lei no. 12.016/09. A norma, na previsão antiga da Lei no. 4.348/64, dispunha um “prazo razoável”, além da exigência de prévia notificação judicial desse terceiro.

<sup>221</sup> Na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial.

<sup>222</sup> O mandado de segurança coletivo, até então, vinha sendo tratado por meio da analogia e adaptações da Lei do. 1.533/51, do Código de Processo Civil e até mesmo de legislações esparsas concernentes a outros remédios coletivos.

Tal pensamento veio a incorporar os anseios da doutrina, pois nos Anteprojetos<sup>223</sup> inicialmente desenvolvidos, como por Ada Pellegrini Grinover e Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, o mandado de segurança coletivo foi disciplinado, respectivamente, da seguinte forma:

Art. 39. Cabimento do mandado de segurança coletivo – Conceder-se-á mandado de segurança coletivo, nos termos dos incisos LXIX e LXX do art. 5º. da Constituição Federal, para proteger direito líquido e certo relativo a interesses ou direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

Art. 40. Legitimação ativa – O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: I – Ministério Público; II – Defensoria Pública; III – partido político com representação no Congresso Nacional; IV- entidade sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados, dispensada a autorização assemblar.

Parágrafo único. O Ministério Público, se não impetrar o mandado de segurança coletivo, atuará como fiscal da lei, em caso de interesse público ou relevante interesse social.

Isto porque certos órgãos apresentam um papel de defesa dos interesses difusos e coletivos, e diante disso o Ministério Público e a Defensoria Pública<sup>224</sup> têm legitimidade<sup>225</sup> para impetrar o mandado de segurança coletivo.

Zaneti Jr.<sup>226</sup> afirma que:

<sup>223</sup> Na tarefa de compilar e redigir o Código de Processos Coletivos, quatro Anteprojetos foram redigidos: 1) *Modelo de Código Civil Coletivo para Países de Direito Escrito*, da lavra de Antônio Gidi; 2) *Anteprojeto de Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América*, redigido por Ada Pellegrini Grinover, Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, Aníbal Quiroga León, Antônio Gidi, Enrique M. Falcón, José Luiz Vasquez Sotelo, Kazuo Watanabe, Ramiro Bejarano Guzmán, Roberto Berizonce e Sergio Artavia; 3) *Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*, conduzido por Aluísio de Castro Mendes nas Universidades do Estado do Rio de Janeiro e – UERJ e Universidade Estácio de Sá – UNESA e 4) *Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos* elaborado pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual.

<sup>224</sup> A legitimação da Defensoria Pública de impetrar mandado de segurança coletivo decorre do seu reconhecimento como instituição autônoma, independente, com atribuições constitucionais de garantir a prestação de assistência jurídica, integral e gratuita aos milhões de excluídos deste país, vencendo-se o obstáculo econômico do acesso à justiça e conseqüentemente, dando eficiência ao princípio basilar da democracia, que é a igualdade material. Na jurisprudência a orientação é para reconhecer sua legitimidade: “*Mandamus* impetrado pela Defensoria Pública visando obstacularizar a vedação do acesso dos autos de procedimento administrativo instaurado. Defensoria Pública nomeada pela insigne autoridade judiciária para assistir a assentada do interrogatório dos sindicatos. Vínculo estabelecido. Não há que se cogitar neste caso e excepcionalmente da ilegitimidade do representante da Defensoria Pública da União na presente ação mandamental. Vencida a preliminar de ilegitimidade, por decisão majoritária. No mérito, segurança concedida para assegurar a defesa vista pelo prazo de dez dias e fornecimento de cópias das peças indicadas que integram o procedimento administrativo. Decisão unânime” (STM. MS 1995.01.000236-7/RJ. Rel. Min. Guilherme de Freitas Coutinho. j. 14.09.1995).

<sup>225</sup> Há decisão reconhecendo a legitimidade da Ordem dos Contadores do Brasil: “A Ordem dos Contadores do Brasil, na qualidade de entidade associativa, tem legitimidade ativa para propor mandado de segurança coletivo em defesa dos interesses de seus associados, conforme autorização expressa da Constituição Federal, art. 5º., inciso LXX [...]” (TRF. MS 58171/DF. Rel. Wilson Alves de Souza. 3ª. Turma. j. 31.03.2005. DJ 28.04.2005).

[...]a legitimação do Ministério Público para o ajuizamento do mandado de segurança coletivo é possível e desejável através da autorização por lei ordinária, sendo importante manter sua característica de fiscal da lei para preservar o interesse público primário nas demandas coletivas, no mínimo quanto à regularidade processual e o exercício das funções definidoras do juiz no processo coletivo.

Neste sentido, no campo da jurisprudência, o Ministro Luiz Fux<sup>227</sup> assim julgou a ação civil pública recorrida no Recurso Especial no. 637.332:

[...] O novel do art. 129, III, da CF habilitou o Ministério Público à promoção de qualquer espécie de ação na defesa de direitos difusos e coletivos não se limitando à ação de reparação de danos. 5. Hodiernamente, após a constatação da importância e dos inconvenientes da legitimação isolada do cidadão, não há mais lugar para o veto da *legitimatío ad causam* do Ministério Público para a ação popular, a ação civil pública ou o mandado de segurança coletivo. 6. Em consequência, legitima-se o *parquet* a toda e qualquer demanda que vise à defesa dos interesses difusos e coletivos, sob o ângulo material ou imaterial. 7. Deveras, o Ministério Público está legitimado a defender os interesses transindividuais, quais sejam os difusos, os coletivos e os individuais homogêneos.

O autor do mandado de segurança coletivo, para alguns<sup>228</sup>, age como substituto processual, já que a substituição é aquela verificada nas hipóteses em que alguém comparece em juízo para exercitar em nome próprio direito alheio, sendo sua característica o fato do substituído ser atingido pela decisão inclusive para prejudicar.

---

<sup>226</sup> ZANETI JR., Hermes. *A efetividade do mandado de segurança coletivo no Código Brasileiro de Processos Coletivos*. In: *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 401.

<sup>227</sup> REsp 637.332/RR. j. 24-11-2004. DJ 13-12-2004.

<sup>228</sup> Para Nelson Nascimento Diz, “a hipótese do art. 5º, LXX, b, é, como vimos reconhecida como de substituição processual, tendo-se discutido largamente no STF não só a autorização dos filiados, como igualmente a necessidade de uma relação de pertinência entre o direito subjetivo dos filiados e os objetivos da entidade associativa” (*Apontamentos sobre a legitimação das entidades associativas para a propositura de ações coletivas em defesa de direitos individuais homogêneos de consumidores*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. v. 350. p. 113-26. abr/mai). Já, para a Ministra Ellen Gracie do Supremo Tribunal Federal, a sentença atingirá todos os associados, “não se restringirá apenas aos assuntos relativos a direitos políticos e nem a seus integrantes” (RE 196184). Também, a 8ª. Turma do Tribunal Superior do Trabalho, no recurso de revista no. 939/2004-007-04-00.9 decidiu pela legitimidade do Sindicato dos Profissionais em Enfermagem, Técnicos, Duchistas, Massagistas e Empregados em Hospitais e Casas de Saúde do Rio Grande do Sul – Sindisaúde, que atuou como substituto processual.

Os legitimados não necessitam da autorização de seus membros para a impetração, conforme súmula 269 do Supremo Tribunal Federal: “A impetração de mandado de segurança coletivo por entidade de classe em favor dos associados independe de autorização destes”.

O Ministro Sepúlveda Pertence<sup>229</sup> perfilhou o mesmo caminho ao proferir seu voto:

[...] é possível a impetração pela entidade, de mandado de segurança coletivo em favor de seus membros ou associados, como substituto processual e independente de autorização deles, por estarem em jogo direitos de associados seus, direitos esses que guardam certo vínculo com os fins mesmos da entidade. Assim, para o mandado de segurança coletivo, desnecessária a autorização dos membros ou associados, não exigindo o art. 5º. LXX, letra b, da CF, configurada hipótese de substituição processual.

Para outros<sup>230</sup>, a substituição processual não pode prevalecer já que a regra da coisa julgada somente pode beneficiar. Ademais, os entes coletivos têm legitimação *ad causam*, o que não ocorre com o substituto.

Na verdade, o autor do mandado de segurança coletivo age com legitimação processual coletiva, posição adotada por esta dissertação, ainda que haja coincidência entre os interesses próprios de quem atua com os daqueles que serão, em tese, beneficiados com a decisão prolatada.

Isso porque os legitimados atuam por força de lei e de suas funções e, além disso, a legitimação lhes é própria, eis que a lide não diz respeito a somatória dos interesses individuais, mas aos interesses difusos, coletivos propriamente ditos e individuais homogêneos, pelo que se denomina essa categoria de legitimação.

Não poderiam ser representantes, ademais, enquanto a quem a lide não lhes diz respeito, o outro, a quem se faz representar, sofre as conseqüências desse agir, pela decisão da lide e seus efeitos, além da coisa julgada que sobre ele deve recair. Também, legitimação ordinária ou extraordinária não poderia ser, pelo motivo de que na primeira, a parte defende interesse próprio que lhe diz respeito, enquanto que na segunda, essa coincidência não existe, pois aquele que tem ou a respeito de quem se faz a afirmação do direito e o que age efetivamente no processo, como parte, são personagens distintos.

---

<sup>229</sup> Ação Originária 152-8-RS Pleno. j. 15.09.1999. Vencido Min. Carlos Velloso. DJU 03.03.2000. Informativo STF 180.

<sup>230</sup> GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. *Curso de direito processual civil coletivo*. op. cit. p. 85.

Neste *writ*, verifica-se o mesmo sistema da ação popular: a coisa julgada somente beneficiará, salvo se o interessado tiver atuado no feito.

É a regra do artigo 22 desta Lei, que ao tratar da coisa julgada, preceitua que “no mandado de segurança coletivo, a sentença fará coisa julgada limitadamente aos membros do grupo ou categoria substituída pelo impetrante”.

Devemos ressaltar que essa coisa julgada deve ser interpretada de maneira ampla, ou seja, deverá a mesma ser extensiva à todos os membros do grupo ou categoria, não importando se membro antes ou após o ajuizamento do *mandamus*.

Não há, em regra, prejuízo para o ajuizamento de demandas individuais, com o acréscimo da limitação retro, ou seja, desde que o interessado não tenha atuado no feito<sup>231</sup>.

Assim,

[...] o mandado de segurança coletivo, embora mantendo o objeto constitucional e sumariedade de rito próprios do mandado de segurança individual, tem características de ação coletiva, a significar que a sentença nele proferida é de caráter genérico, não comportando exame de situações particulares dos substituídos e nem operando, em relação a eles, os efeitos da coisa julgada, salvo em caso de procedência<sup>232</sup>.

Com relação à sentença negativa ao impetrante sem julgamento de mérito, poderá ser a demanda renovada por outra via processual, conforme orientação da jurisprudência:

A súmula 304/STF estatui que a decisão denegatória de mandado de segurança, não fazendo coisa julgada contra o impetrante, não impede o uso da ação própria. Garante-se, assim, que se busque, na via própria, a satisfação do direito quando a denegação do *writ* se dá por ausência de liquidez e certeza do direito, sem que haja apreciação merital<sup>233</sup>.

Caso esteja uma demanda individual em curso, pode ser postulada sua suspensão visando aguardar o julgamento da coletiva. Ademais, a Lei 1.533/51, invocável subsidiariamente na modalidade coletiva, com as devidas adaptações, autoriza,

<sup>231</sup> Cf. Artigo 22, §2º da Lei no. 12.016/09: “O mandado de segurança coletivo não induz litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada não beneficiará o impetrante a título individual se não requerer a desistência de seu mandado de segurança no prazo de 30 (trinta) dias a contar da ciência comprovada da segurança coletiva”.

<sup>232</sup> STJ. Resp 707849/PR. Rel. Min. Teori Albino Zavascki. 1ª. Turma. j. 06.03.2008.

<sup>233</sup> STJ. Resp. 308.800/RS. rel. Min. José Delgado. j. 24.04.2001. DJU 25.06.2001.



expressamente, a possibilidade do impetrante originário socorrer-se das vias ordinárias e até mesmo de outro *writ*, desde que o mérito não tenha sido apreciado.

Não há limite territorial e temporal para as entidades de classe e sindicatos previstos, já que são legitimados a impetrar mandado de segurança em defesa dos interesses de seus membros. Não se demonstra necessário o vínculo entre o interesse dos membros e os fins associativos. Às entidades de classe e aos sindicatos não pode ser oposta a exigência de pré-constituição.

Já, para as associações existe a questão do limite temporal, ou seja, um ano de constituição e vinculação entre a finalidade de sua criação e os direitos que serão objeto de tutela jurisdicional, ou seja, pertinência temática. Anote-se, porém, que tal fato não é pacífico<sup>234</sup>.

Aos partidos políticos a única exigência é a representação no Congresso Nacional, por força da Constituição Federal, isto porque não representam meros interesses de seus membros, mas espectro mais amplo, um programa partidário e a própria proteção do regime democrático, sendo legitimados para a defesa de toda a sociedade.

O prazo para a impetração do mandado de segurança é de 120 dias, a contar do dia que o interessado tiver conhecimento oficial do ato impugnado. A fluência do prazo só se inicia na data em que o ato impugnado começa a produzir lesão a direito do impetrante. Tratando-se de *writ* preventivo, não se opera a decadência, eis que a lesão temida está sempre presente, em um renovar constante.

Discute-se se neste tipo de *mandamus* os dispostos no artigo 84<sup>235</sup> do Código de Defesa de Consumidor e artigo 461<sup>236</sup> do Código de Processo Civil, incidem, já que o disposto no artigo 84 aplica-se ao mandado de segurança coletivo e o que não for contraditório, aplicar-se-á o Código de Processo Civil.

Já, quanto a questão da fungibilidade entre o mandado de segurança coletivo e outras ações coletivas o tema é conflitante.

Não há fungibilidade entre o mandado de segurança coletivo e outras ações coletivas, já que o objeto discutido neste é a lesão ou ameaça de lesão a direito líquido e certo.

---

<sup>234</sup> O Supremo Tribunal Federal entendeu que prevalece a relevância da atuação na defesa da categoria como um todo, ainda que a decisão judicial para afetar, negativamente, alguns integrantes desta mesma categoria (STF. RE 284.993/ES. Rel. Min. Ellen Gracie. j. 15.02.2005. DJU 04.03.2005).

<sup>235</sup> Cf. “Art. 84. Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento”.

<sup>236</sup> Cf. “Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento”.

Ademais, seu rito é especial, não podendo haver prazo probatório, pois na petição inicial já estará produzida de plano todas as provas<sup>237</sup>.

No entanto, o Superior Tribunal de Justiça contrariando sua própria orientação, acordou que, como no caso *sub judice* poderiam haver decisões conflitantes, violando os princípios da isonomia e segurança jurídica, além da economia processual, acabou por recomendar a reunião das ações que tratavam do contrato de concessão de serviços telefônicos fixos comutados<sup>238</sup>.

#### 2.2.4 Código de Defesa do Consumidor

Silenciavam sobre os indivíduos isoladamente considerados e seus interesses as leis esparsas acima explanadas, pois ao que parecia, as decisões desfavoráveis, vinculariam a todos. Assim, com a entrada em vigor da Lei no. 8.078/90, foi estabelecida uma nova regra para a coisa julgada nas ações coletivas, uma vez que tal diploma determinou que as ações individuais não seriam prejudicadas no caso de improcedência da demanda coletiva realizada sem a anuência dos particulares.

Constitucionalmente, a proteção aos consumidores já estava assegurada desde 1988, que além de consagrar a defesa do consumidor como obrigação do Estado<sup>239</sup>, também estabeleceu o imperativo da elaboração de um Código.

Sua promulgação foi um avanço, pois o homem do século XX viveu em função do consumo caracterizado por um número crescente de produtos e serviços, pela desenfreada concessão de crédito, marketing, e marcada pela dificuldade de acesso ao Judiciário<sup>240</sup>.

Almejou-se uma tutela abrangente, integral e efetiva àquela sociedade de consumo díspar da capacidade de quem detém o poder de circulação.

E tal requer o regramento de todos os aspectos da relação de consumo, sejam aqueles pertinentes aos próprios produtos e serviços, sejam outros que se manifestem como verdadeiros instrumentos fundamentais para a produção e circulação destes mesmos bens: a concessão do crédito e do marketing.

---

<sup>237</sup> “A impetração de mandado de segurança coletivo por entidade de classe e de *writ* individual não induz litispendência, tendo em vista que aquele não retira o direito de agir de seus associados” (STJ. AgRg REsp 575992/AC. Min. Laurita Vaz. 5ª. Turma. j. 28.02.2008).

<sup>238</sup> Cf. anexo A.

<sup>239</sup> CF, art. 5º., XXXII: “O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”.

<sup>240</sup> O Presidente do Conselho Nacional de Defesa do Consumidor, Flávio Flores da Cunha Bierrenbach constituiu a comissão com o objetivo de apresentar o anteprojeto, levando em consideração todo o cenário existente à época. Veja-se também, no capítulo primeiro, as considerações acerca do acesso à justiça.

O Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 82, assim como no artigo 5º. da Lei da ação civil pública, estabelece que a legitimidade ativa é concorrente<sup>241</sup> e disjuntiva<sup>242</sup> ao Ministério Público, à Defensoria Pública, à União, Estados, Municípios, Distrito Federal, autarquias, empresas públicas, fundações e sociedades de economia mista, associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluem entre seus fins institucionais a defesa de interesses e direitos, entidades e órgãos da administração pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos, além dos sindicatos e a Ordem dos Advogados do Brasil.

Convém ressaltar que se aplicam às ações previstas no diploma consumerista as normas do Código de Processo Civil e a Lei no. 7.347/85, sendo esta aplicação subsidiária no tocante ao Código de Processo Civil e integrativa, em relação a Lei da ação civil pública.

No capítulo IV, do Código de Defesa do Consumidor, intitulado “Da coisa julgada”, foi previsto em seu artigo 103:

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

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

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

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

Quando o inciso I determina que a extensão da coisa julgada seja operada *erga omnes*, isto se dá pela impossibilidade prática de se determinarem os titulares lesados, tornando mais ampla a extensa a coisa julgada, que sem limites, atingirá todos os indivíduos.

No inciso II, a autoridade da sentença fica restrita aos componentes do grupo, perfeitamente identificáveis.

---

<sup>241</sup> Todos os entes ali elencados podem promover a ação coletiva.

<sup>242</sup> Um legitimado pode promover a ação sem a presença do outro.

Já o inciso III, determina a extensão subjetiva do julgado para beneficiar terceiros, transportando às ações individuais a sentença coletiva, e o faz para que a obrigação, agora certa de indenizar o dano causado, passe desde logo à liquidação e execução, se já existente ação individual.

Essa sentença, transitada em julgado, beneficiará as pretensões individuais, reconhecendo o dever de indenizar genericamente, já que cada litigante deverá enfrentar a liquidação em um processo de conhecimento, em que haverá ampla cognição e completa defesa do réu, pois, não se definirá apenas o *quantum debeatur*, mas também a própria existência do dano individual e do nexó etiológico com o prejuízo causado (*an debeatur*).

Diante disso, com a entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor, que deu maior efetividade ao processo coletivo, acabou por afastar-se da tradicional regra, qual seja, a de que a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Sendo assim, o regime da coisa julgada não pode mais ser entendido nos mesmos fins pelos quais foi previsto inicialmente, principalmente em relação às suas extensões subjetiva e objetiva para alcançar terceiros não participantes do processo coletivo. Dinamarco<sup>243</sup>, nesse sentido, afirma que “sem um renovado método de pensamento, não há programa de reforma que tenha sucesso”.

Em caso de improcedência, assim, haverá coisa julgada material apenas no âmbito coletivo, sem qualquer repercussão no âmbito da tutela individual, ressalvado o caso do indivíduo agregar-se à tutela coletiva, tornando-se litisconsorte ativo, por força do artigo 94 do Código Consumerista<sup>244</sup>. De fato, o julgado negativo, que se atingisse quem não foi parte na causa, poderia ferir a fundo as situações jurídicas substanciais tuteladas.

Já a procedência da ação, além de tornar indiscutível a matéria dentro do processo coletivo, estende seus efeitos para beneficiar todos os indivíduos em suas demandas particulares.

---

<sup>243</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*. 2ª. Edição. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 7.

<sup>244</sup> É importante mencionar que a questão é controvertida, como no caso do julgamento do REsp 1110549, pela 2ª. Turma do Superior Tribunal de Justiça, sessão de 11 de novembro de 2009, tendo como relator o ministro Sidnei Beneti, no qual, por maioria, pacificou-se o entendimento de que no caso da existência de ação civil pública, instaurada antecipadamente, todos os processos individuais referentes ao mesmo processo devem ser suspensos. Isto porque, a suspensão do processo individual pode perfeitamente dar-se já ao início, assim que ajuizado, porque, diante do julgamento da tese central na ação civil pública, o processo individual poderá ser julgado logo, por sentença liminar de mérito, para a extinção do processo, ou, no caso de sucesso da tese, poderá ocorrer a conversão da ação individual em cumprimento de sentença coletiva.

É a chamada extensão da coisa julgada coletiva *secundum eventus litis* no plano individual, significando que a sentença proferida em uma demanda coletiva somente estenderá sua eficácia aos particulares em caso de procedência.

No tocante à competência, o artigo 93 do Código em comento assim determina:

Art. 93. Ressalvada a competência da Justiça Federal, é competente para a causa a justiça local:

I – no foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local;

II – no foro da Capital do Estado ou no Distrito Federal, pra os danos de âmbito nacional ou regional, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente.

Trata-se de competência em razão do local, que segundo Almeida<sup>245</sup> deixa de ser relativa, pois seguindo a mesma orientação do artigo 2º. da Lei da ação civil pública, é competência funcional, portanto absoluta.

Nestas ações coletivas, com seu ajuizamento, segundo seu artigo 94, será publicado edital para que os interessados possam intervir no processo como litisconsortes<sup>246</sup>, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social.

Relativamente ao processo de execução por força do artigo 98, §2º. deste diploma, será competente o juízo da sentença ou da ação condenatória, quando executada individualmente e o juízo da ação condenatória quando executada coletivamente.

Esta “execução” poderá ser promovida tanto pelas vítimas e seus sucessores, quanto pelos legitimados para propor a ação.

Na verdade, a liquidação de sentença pela habilitação das vítimas ou sucessores, é considerada uma categoria especial de liquidação, e necessita para a sua efetivação da comprovação de três circunstâncias: a) existência do dano; b) o nexos causal e c) o *quantum debeat*<sup>247</sup>.

A liquidação da sentença poderá também ser promovida pelos legitimados previstos no Código, sendo que esta legitimação somente se efetivará quando decorrido o prazo de um ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do

<sup>245</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo, Saraiva, 2003. p. 372.

<sup>246</sup> Para Hugo Nigro Mazilli (In: *A defesa dos interesses...* op. cit. p. 305-307), a referida regra não traz a rigor uma espécie de litisconsórcio propriamente dito, mas sim uma assistência litisconsorcial, já que os consumidores não podem alterar o pedido e a causa de pedir.

<sup>247</sup> Significa o montante do dano individualmente sofrido.

dano, por força do artigo 100. O produto desta indenização será revertido para o fundo<sup>248</sup> criado pela Lei no. 7.347/85.

Esta legitimação, como visto, é subsidiária e somente surge diante da falta de habilitação dos interessados ou de interessados em número incompatível.

Em caso de ocorrência das hipóteses acima, estabelece o artigo 99 do Código de Defesa do Consumidor que haverá concurso de créditos decorrentes das condenações previstas na Lei da ação civil pública e de indenizações por prejuízos individuais resultantes do mesmo evento danoso, e a condenação cujo objeto sejam direitos individuais homogêneos tem preferência no pagamento.

Ainda, a destinação da importância recolhida ao fundo, ficará sustada enquanto pendentes de decisão de segundo grau as ações de indenização pelos danos individuais, salvo na hipótese de o patrimônio do devedor ser manifestamente suficiente para responder pela integralidade das dívidas<sup>249</sup>.

A liquidação e a execução, por óbvio, somente ocorrerão após o trânsito em julgado da decisão. E é exatamente sobre essa coisa julgada e seus efeitos com relação aos indivíduos que analisaremos no próximo capítulo.

---

<sup>248</sup> No caso do Código de Defesa do consumidor, em seu artigo 100, verifica-se que a indenização devida na ação impetrada pelos legitimados reverterá para o Fundo criado pela Lei 7.347/85, que em seu artigo 13 dispõe sobre sua finalidade. Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá ao Fundo gerido pelo Conselho Federal ou Conselhos Estaduais de que participarão, necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados. Em alguns casos, nem todas as vítimas terão interesse em exigí-lo, e assim, esses resíduos, oriundos de lesões cujos valores individuais, em que em muitos casos são de pequena monta, provocam desinteresse das vítimas que não requerem a liquidação ou execução da sentença, tornando difícil a localização dos envolvidos, a solução encontrada foi a execução do montante do dano pelos legitimados do artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor, em favor do Fundo que os aplicará em favor e benefício de interesses coletivos de consumidores. Esta solução não comporta analogia para outras ações coletivas, visto que as promovidas por entidades associativas ou por Sindicatos, em favor de seus membros ou filiados, não enfrentam os problemas de identificação dos credores, nem de relação destes com o ato causador do dano.

<sup>249</sup> Cf. CDC, parágrafo único do artigo 99.

## CAPÍTULO III

### A EXTENSÃO DOS EFEITOS DA COISA JULGADA COLETIVA PARA FAVORECER AS DEMANDAS INDIVIDUAIS

Os efeitos da coisa julgada coletiva, diferentemente dos efeitos da coisa julgada tradicional, não se prendem apenas entre as partes as quais é dada para não prejudicar terceiros.

Ao revés. Com a previsão da ação popular, posteriormente, com a ação civil pública e o mandado de segurança e principalmente com a entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor, essas leis esparsas trataram de ampliar os limites subjetivos da coisa julgada para alcançar terceiros não participantes da lide.

Esses terceiros, objeto desta dissertação, com a decisão da ação coletiva transitada em julgado, devem ser beneficiados com a coisa julgada, devendo apenas demonstrar o nexo causal e a legitimidade para liquidarem e promover o cumprimento da sentença.

Diante disso, esse novo sistema das ações coletivas deve beneficiar ao máximo os interesses coletivos, buscando uma efetividade concreta, com a satisfação desses interesses. Para que se possa compreender melhor esta nova “estabilização” da demanda, faz-se necessária a atenção aos tópicos colacionados abaixo.

#### 3.1 Critérios do *right to opt in* e do *right to opt out*

No sistema americano, diferentemente do brasileiro, o indivíduo será ou não beneficiado conforme sua opção em ingressar ou não na ação coletiva. Sua discricionariedade é que determinará se a extensão da coisa julgada proferida na demanda coletiva o atingirá ou não.

Arruda Alvim<sup>250</sup> afirma:

A sistemática americana não poderia ser adotada na íntegra no direito brasileiro, como de fato não foi, tendo em vista as diferenças sociais e

---

<sup>250</sup> ALVIM, Eduardo Arruda. *Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: RT, 2007. p. 177.

culturais da população, que poderiam, com facilidade comprometer a liberdade com que o indivíduo opta por aderir ou não à ação coletiva.

De fato, no sistema americano, inicialmente, o litisconsórcio era compulsivo, ou seja, para evitar-se a multiplicação de demandas, todos os interessados no julgamento da lide tinham que intervir no processo, sob pena de extinção<sup>251</sup>.

Evidentemente, era impossível efetivar a norma, pois do contrário, constatar-se-ia a não prestação jurisdicional, já que muitas vezes, nem todos estão dispostos ou cientes da necessidade de intervir no processo. Com isso, surge a “bill of peace”, que são as ações representativas, ou seja, que possuem um representante (“representative actions”).

Diante disso, a decisão dali advinda tem o poder de vinculação de todos os membros do grupo através de um representante.

Assim, considerada adequada a representação da classe e tendo seus respectivos integrantes recebido uma “fair notice”<sup>252</sup> do processo, a coisa julgada valerá para todos eles. Se vislumbrar-se possível ofensa às garantias do “due process of law”, a coisa julgada restringe-se apenas aos litigantes que participaram do contraditório.

Criada estava a “class action”, ante a conveniência de se contornar a regra do litisconsórcio necessário, impraticável do modo como previsto.

A tendência brasileira ante as ações coletivas, será aproximar-se ao máximo do sistema norte-americano, mas diferentemente do que ocorre por lá, aqui ainda não há a previsão de um representante que tenha o poder de vinculação de todos os membros. Optou-se pelo critério da coisa julgada “secundum eventum litis” que é aquela em que se observa seu resultado para determinar a extensão de seus efeitos. Se beneficia, estende-se, se não, não.

O sistema argentino, em consonância com a regra americana, tem o seguinte comando:

Se todos os pré-requisitos e os requisitos da ação de classe foram satisfeitos, a decisão final terá efeitos vinculantes para todos os membros da classe, tenham ou não participado do processo<sup>253</sup>.

---

<sup>251</sup> Era a chamada “compulsory joinder rule” ou “necessary parties rule”. (Cf. GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 41).

<sup>252</sup> Significa que os interessados podem optar por não serem considerados participantes do grupo.

<sup>253</sup> [Si todos los prerequisites y los requisitos de la acción de clase han sido satisfechos, la decisión final tendrá efectos vinculantes para todos los miembros de la clase, hayan participado o no del proceso] – tradução livre. Entendimento da Corte Argentina no caso “Cooper v. Federal Reserve Bank of Richmond”, 467 US 867.



Isso significa que aquele a quem a lei atribui a legitimação para conduzir o processo, se satisfeitos os pré-requisitos e requisitos da ação, terá o poder de vincular todas as pessoas ausentes do processo, já que ficticiamente presentes.

Após a reforma constitucional de 1994, a Lei de Política Ambiental Nacional Argentina no. 25.675 estabeleceu que:

Finalmente, a lei estabelece no art. 33, §2º., que a sentença proferida fará coisa julgada e terá efeito *erga omnes*, com exceção do caso da ação ser extinta, ainda que parcialmente, por questão probatória.<sup>254</sup>

Parte de sua previsão, ou seja, no que toca a questão probatória, a demanda poderá ser reproposta, seguindo assim, os dispositivos brasileiros. Apenas, quanto a questão de que a sentença proferida fará coisa julgada e terá efeitos *erga omnes*, nota-se que não há a continuação no texto da previsão “apenas para beneficiar terceiros, como ocorre no sistema”.

Se bem representada, isto é, satisfeitos os pré-requisitos e requisitos da ação, a coisa julgada estende seus efeitos à todos.

Maurino, Nino e Sigal<sup>255</sup> afirmam, sobre a coisa julgada material coletiva argentina, que seu resultado deverá ser extensivo, já que presente o interesse coletivo :

Também sabemos que a coisa julgada em matéria de defesa deverá ser extensiva porque, evidentemente, o tema com que ocorre interessa à muitos e de nada valeria se a coisa julgada fosse exclusiva de quem propõe a ação. Assim, se deve remover o obstáculo para que se possa ser suprimido um problema proposto por uma pessoa ou uma associação de consumidores, mas que atinge um setor do mercado<sup>256</sup>.

A importância desta extensão é a satisfação dos interesses dos lesados que esperam da ação coletiva a futura satisfação de seus direitos. Isto porque, se vinculante, os lesados de posse da sentença, podem exigir o que lhes é devido, pois o direito já lhes foi atribuído.

<sup>254</sup> [Finalmente, la ley establece en el art. 33, párr. 2º., que la sentencia dictada hará cosa juzgada y tendrá efecto *erga omnes*, a excepción de que la acción sea rechazada, aunque sea parcialmente, por cuestiones probatorias] - tradução livre.

<sup>255</sup> MAURINO, Gustavo; et al. *Las Acciones Colectivas*. Buenos Aires: Lexis Nexis Argentina, 2005. p. 71.

<sup>256</sup> [También sabemos que la cosa juzgada en materia de amparo deberá ser extensiva porque, evidentemente, el tema con que opera la norma interesa a muchos y de nada valdría que la cosa juzgada fuera exclusiva de quien plantea el caso, sino que debe removerse el obstáculo para que pueda ser suprimido un problema presentado por una persona o un asociación de consumidores, pero que afecta a un sector del mercado] – tradução livre.

Não há a incômoda necessidade de ingressar novamente com uma nova ação, sobre o mesmo tema, com a possibilidade de lograr-se perdedor e ter que arcar com a sucumbência. Isso sem se olvidar do tempo em que se perde com a tramitação da ação de conhecimento.

### 3.1.1 Critério do *right to opt in*

Através do critério *do right to opt in*, será considerado parte, e por isso vinculado pelos efeitos da sentença definitiva, aquele que expressamente e inequivocadamente solicitar sua inclusão no processo.

Inequivocadamente traduz-se como a inexistência de dúvida, algo que é notório.

Assim, os indivíduos lesados, desde que devidamente notificados, somente serão atingidos pelos efeitos da coisa julgada, se ingressarem na ação coletiva.

A desvantagem deste sistema é o desinteresse dos interessados em caso de ações coletivas de pequena vantagem econômica. Ou, a desconfiança de quem os representarão e se os representarão adequadamente.

Este critério é adotado na Alemanha, Colômbia, França, Província de Catamarca (Argentina) e na Suécia<sup>257</sup>.

Forçosamente e contrariando a legislação brasileira, a 2ª. Turma do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial no. 1.110.5491 advindo do Rio Grande do Sul, decidiu suspender uma ação individual, e reflexamente, as ações individuais de todo o país, por já estar tramitando uma ação coletiva.

Ante este posicionamento, cremos que o critério adotado foi exatamente este, ou seja, *do right to opt in*, já que ficticiamente todas as ações individuais em trâmite que versavam sobre aquele determinado objeto foram suspensas. Ou seja, entendemos que com a intenção em solucionar a lide do indivíduo e por já estar pendente ação onde este objeto será amplamente analisado, em sede coletiva, fora proferida esta decisão, de certo, em arrepio as normas existentes no ordenamento que tratam justamente das ações coletivas.

Interessante notar que o fundamento de tal *decisium* foi baseado no Código de Processo Civil, em seu artigo 543-C, introduzido pela Lei no. 11.678/2008 que trata dos recursos repetitivos, sistema este que somente poderá ser adotado, caso não contrarie a lei que

---

<sup>257</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. et al. *Os processos coletivos nos países de civil law e common law: uma análise de direito comparado*. Op. cit. p. 304.

instituiu o Código de Defesa do Consumidor, o que não ocorreu no caso, já que a faculdade do autor individual em aliar-se ou não à demanda coletiva não fora respeitada. Que se deve privilegiar a ação coletiva, e a tendência é esta, tudo bem, mas com fundamento nas normas que regem o direito coletivo, como no princípio da economia processual<sup>258</sup>.

### 3.1.2 Critério do *right to opt out*

Difícilmente, o critério do *right to opt out* é encontrado nos sistemas dos países que contém, pelo menos, alguma norma sobre ações coletivas. Isso porque, como todos os indivíduos serão atingidos pelos efeitos da coisa julgada, não se respeitam os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Este critério permite ao indivíduo excluir-se da demanda coletiva, não ficando sujeito, assim, aos efeitos da coisa julgada.

Para que seja válida a extensão dos efeitos da coisa julgada à todos os indivíduos, é necessária a oportunidade efetiva de excluir-se, por meio de ampla divulgação da propositura da demanda e a notificação pessoal de cada membro do grupo. Não se pode aceitar a notificação ficta, porque terceiros interessados<sup>259</sup> poderão ter seus direitos ameaçados, como na hipótese de improcedência da ação.

Países que o contemplam são: Holanda e Portugal<sup>260</sup>.

No Projeto de lei no. 5.139/2009, que disciplinará a ação civil pública em território nacional, o critério adotado será do *right to opt out*, isto porque, no artigo 35, §3º. é previsto

<sup>258</sup> O Relator Ministro Sidnei Beneti, em seu voto, definiu que: “Efetivamente o sistema processual brasileiro vem buscando soluções para os processos que repetem a mesma lide, que se caracteriza em verdade, como uma macro lide, pelos efeitos multitudinários que produz” [...] “Mas o mais firme e decidido passo recente no sentido de “enxugamento” de processos em poucos autos pelos quais seja julgada a mesma lide em todos contrário na recente Lei dos Recursos Repetitivos (Lei no. 11.672, de 8.5.2008), que alterou o art. 543-C do Código de Processo Civil, para “quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito” – o que é, sem dúvida, o caso presente” [...] “Não há incongruência, mas, ao contrário, harmonização e atualização de interpretação, em atenção à Lei de Recursos Repetitivos, com os julgados que asseguram o ajuizamento do processo individual na pendência de ação coletiva – o que de resto, é da literalidade do aludido art. 81 do CDC, cujo *caput* dispõe que “a defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo””. Ressalta-se que harmonização, decididamente não há, ante o tumulto e controvérsia doutrinária e jurisprudencial. Pensamos assim, haja vista, a norma do artigo 94 do Código de Defesa do Consumidor que determina que após a propositura da ação coletiva será publicado edital para que os interessados possam intervir no processo como litisconsortes, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social. A questão que paira é se após o julgamento da ação coletiva e se positiva, a extensão do julgado será *erga omnes* ou seguirá um rito novo, uma norma nova, dotada de atualização do Tribunal.

<sup>259</sup> Consideram-se terceiros interessados, porque nesta hipótese, não é válida sua integração no pólo ativo da demanda.

<sup>260</sup> Kazuo Watanabe informa que está em fase de projeto para a adoção deste critério, a Itália. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MULLENIX, Linda; WATANABE, Kazuo. *Os processos coletivos nos países de civil law e common law: uma análise de direito comparado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 304.

que “os membros do grupo que não tiverem sido devidamente comunicados da propositura da ação coletiva, ou que tenham exercido tempestivamente o direito à exclusão, não serão afetados pelos efeitos da coisa julgada”.

Nessa lógica, a alegação de falta de comunicação incumbe aquele então considerado membro do grupo, já que quando eventualmente atingido, provavelmente, e se negativamente, irá querer excluir-se da demanda. É a reação lógica do indivíduo.

Incumbirá ao réu da ação coletiva, portanto, o ônus de comprovar tal comunicação, seja ela realizada por carta registrada, desde que recebida pelo “potencial” membro do grupo, por meio de oficial de justiça e devidamente certificado nos autos, ou ainda por meio de fac-símile, desde que devidamente confirmado por pessoa idônea, ou seja, deverá ser requerido, quando da confirmação deste o nome do destinatário, seu número da cédula de cadastro de pessoa física, bem como o cargo ocupado ou ligação com quem se queira noticiar a ação.

Creemos que o uso do *e-mail* também é uma forma eficaz de noticiar a propositura da ação, além de seu custo ser praticamente nulo, isto porque, alguns programas possuem um sistema de recebimento de aviso quando a mensagem foi lida, fazendo que este meio de prova seja seguro. Mas como sabemos que críticas virão, já se adianta que esta prova não é absoluta, ou seja, se impugnada, obviamente, será aberto prazo o contraditório.

### **3.1.3 Combinação do critério *right to opt in* e *right to opt out***

Ante os critérios do *right to opt in* e *right to opt out* restou claro que há duas linhas coerentes de raciocínio e atos e que são adotadas segundo a conveniência de usos e costumes de certos países.

Uma, evidentemente, afasta a outra. Ou seja, do modo como vimos explanando, há incongruência na adoção dos dois critérios para um mesmo código ou lei que trate das ações coletivas.

Mas, há países que adotaram a combinação dos critérios do *right to opt in* e *right to opt out* como Israel, Suécia e a Dinamarca (ainda em fase de Projeto)<sup>261</sup>.

Nestes países, a tendência é para que se prefira o critério do *right to opt in*, excetuando-se o critério do *right to opt out* para causas de pequeno valor econômico, que não despertam grande interesse da sociedade. Funciona este último como critério residual.

---

<sup>261</sup> Kazuo Watanabe informa que está em fase de projeto para a adoção deste critério, a Itália. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. et al. *Os processos coletivos nos países de civil law...* op cit. p. 304.

### 3.2 Coisa julgada *secundum eventum litis*

A coisa julgada *secundum eventum litis* não está presente apenas em nosso ordenamento. Os países ibero-americanos caminham para esta técnica<sup>262</sup>.

No sistema atual do Direito Processual Civil Coletivo Brasileiro consolidou-se a idéia de que a coisa julgada *secundum eventum litis* tem como tradução “sorte da lide” ou “segundo o resultado da demanda”, que é aquela aplicável às demandas que versem sobre interesses individuais homogêneos.

Traduz-se como a formação da coisa julgada de acordo com a procedência ou improcedência da demanda. A sentença coletiva neste sistema faz coisa julgada somente para beneficiar o grupo e nunca para prejudicá-lo.

Portanto, as pretensões individuais de particulares que nem sequer integraram a lide coletiva beneficiam-se das vantagens dali advindas com o proferimento de eventual sentença de procedência, de modo que a coisa julgada produz efeitos *erga omnes*. Em sentido contrário, as pretensões coletivas individuais dos particulares não são prejudicadas pelo advento de sentença desfavorável.

Nery Jr. e Nery<sup>263</sup> asseveram:

Caso a improcedência se dê em virtude da pronúncia do *non liquet* pelo juiz, isto é, por falta ou insuficiência de provas, a sentença não será acobertada pela autoridade da coisa julgada. A coisa julgada se dará, portanto, segundo o resultado da lide.

Foi a solução encontrada para um sistema em que não há exigência de uma representação adequada. De antemão, foram desferidas críticas acerca de sua inconstitucionalidade<sup>264</sup> ante a violação ao princípio da isonomia, porque favorece o autor coletivo.

A afirmação feita acima parece um tanto equivocada, já que no âmbito da tutela coletiva, inicialmente, deve a coletividade ser beneficiada. Na verdade, nem beneficiada é a melhor expressão, mas sim, a coletividade não pode ser prejudicada. O pensamento é inverso.

<sup>262</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências em matéria de ações coletivas nos países de civil law*. Revista de Processo. São Paulo. v. 33. n. 157. mar. 2008. p. 151.

<sup>263</sup> NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado...op. cit.* p. 294.

<sup>264</sup> RIBEIRO, Orlando. *Coisa Julgada nas Ações Coletivas*. São Paulo: LTr, 1999.

Cláudio Cintra Zarif<sup>265</sup> afirma:

Se, todavia, os resultados dessas ações coletivas forem de improcedência, não haverá qualquer efeito vinculativo da coisa julgada que aí se opere (quanto aos direitos individualmente considerados), aplicando-se a regra geral no sentido de que a coisa julgada só atinge a esfera de interesse de terceiros se for para beneficiar.

Esta força de expressão de que “a coisa julgada só atinge a esfera de interesse de terceiros se for para beneficiar” é capciosa. Não se visualiza de antemão o que transitará em julgado, porque não se sabe o que será decidido no decorrer do processo.

Mas, transitando em julgado o que se decidiu, não há como paralisá-lo num limbo e à partir daí proferir o juízo de valor, se a coisa julgada que se formou irá ou não atingir a esfera de terceiros.

No mesmo sentido do autor acima, Mancuso<sup>266</sup> assevera:

O sistema antes adotado no art. 18 da Lei da Ação Popular e, depois, no art. 16 da Lei da Ação Civil Pública acolhe a técnica da coisa julgada *secundum eventum litis*: a coisa julgada realiza-se plenamente ou não, a depender de a massa probatória ter possibilitado uma cognição exauriente ou não, aplicando-se esta negativa quando 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.

Indaga-se: como a coisa julgada realiza-se plenamente ou não?

Não existe no sistema meia coisa julgada, coisa julgada condicionada ou até mesmo uma coisa semi-julgada. O que pode haver é uma insuficiência probatória, que nada tem a ver com a coisa julgada, já que a mesma não é e nunca será condicionada. A coisa julgada opera-se independentemente de insuficiência ou suficiência probatória. O que se pacificou com o *decisium* ficará imutável até que sejam trazidas ao juízo novas provas capazes de modificar o que já está decidido.

Ada Pellegrini Grinover<sup>267</sup> posicionou-se desde há muito no sentido acima,

Com relação aos interesses ou direitos individuais homogêneos, a escolha da legislação brasileira, mantida no Código, é da coisa julgada *secundum*

<sup>265</sup> ZARIF, Cláudio Cintra. *Da coisa julgada nas ações coletivas*. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: RT, v. 15. jul./set. 1995. p. 129.

<sup>266</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*. 10ª. edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 292.

<sup>267</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; et al. *Os processos coletivos...* op. cit. p. 30.

*eventum litis*: ou seja, a coisa julgada positiva atua *erga omnes*, beneficiando a todos os membros do grupo; mas a coisa julgada negativa só atinge os legitimados às ações coletivas, podendo cada indivíduo, prejudicado pela sentença, opor-se à coisa julgada, ajuizando sua ação individual no âmbito pessoal.

Em outras palavras, o Código de Defesa do Consumidor prevê que a improcedência da ação coletiva é estabilizada apenas pela coisa julgada material e para os legitimados, sem qualquer repercussão no âmbito da tutela individual.

Terá repercussão sim, se procedente a ação.

Na Província de Catamarca, na Argentina, esse método foi o adotado, pois,

A coisa julgada pode ser invocada por terceiros que não tenham intervenido no processo, contra quem tenham intervindo, mas não pode ser-lhes oposta. É a coisa julgada *secundum eventum litis*, somente para beneficiar as pretensões individuais, exceto se o demandado chamado ao juízo os titulares dos direitos individuais homogêneos a fim de que a sentença possa ser-lhes opostas.<sup>268</sup>

Esta sistemática, aparentemente, estará protegendo o indivíduo que não tenha intervindo no processo coletivo. Isto porque a dedução lógica após a leitura do citado trecho é que não se pode opor a coisa julgada coletiva prejudicial a quem não litigou ou participou efetivamente da lide.

Não diferente das opiniões acima elencadas, Maiolino<sup>269</sup> observa que:

A coisa julgada *secundum eventum litis*, por seu turno, condiciona a imutabilidade da sentença ao resultado do processo. Assim, somente seria revestida pela autoridade da coisa julgada a sentença que tivesse acolhido a demanda.

Interessante notar que o autor condiciona a imutabilidade da sentença ao resultado do processo, como se a sentença desfavorável ao indivíduo fosse mutável. No nosso entender

<sup>268</sup> [La cosa juzgada recaída en el juicio puede ser invocada por terceros que no han intervenido en el proceso, contra quienes hayan intervenido, pero no puede serles opuestas. Es la cosa juzgada *secundum eventum litis*, solamente para beneficiar las pretensiones individuales, excepto si el demandado citara al juicio a los titulares de los derechos individuales homogéneos a fin de que la sentencia les pueda ser opuesta] – tradução livre. Relatório geral – civil law – enviado por Enrique M. Falcón à Ada Pelegrini Grinover, fazendo parte integrante da obra *Os processos coletivos nos países de civil law e common law...* op. cit. p. 78.

<sup>269</sup> MAIOLINO, Eurico Zecchin. *Coisa julgada nas ações coletivas*. Revista de Processo. São Paulo. v. 30. n. 123. p. 60-75. mai. 2005. p. 66.

estariamos diante de um julgado relativizado, dependendo apenas do resultado, se favorável ou não.

Em evidente contrariedade e oposição aos dispositivos e autores que defendem veementemente a coisa julgada aqui estudada, Antonio Gidi<sup>270</sup> reporta à esta expressão como a “falácia da coisa julgada *secundum eventum litis*”,

Costuma-se, com uma certa frequência, afirmar que a coisa julgada nas ações coletivas regidas pelo Código de Defesa do Consumidor é *secundum eventum litis*, ou que se forma apenas *secundum eventum litis*. No entanto, a imprecisão de tal assertiva costuma induzir muitos autores em erro, e por isso, requer certos reparos (...)

Rigorosamente, a coisa julgada nas ações coletivas do direito brasileiro não é *secundum eventum litis*. Seria assim, se ela se formasse nos casos de procedência do pedido e não se formasse nos casos de improcedência. Mas não é exatamente isso o que acontece. A coisa julgada sempre se formará, independentemente de o resultado da demanda ser pela procedência ou pela improcedência. A coisa julgada nas ações coletivas se forma *pro et contra*.

Concordamos com tal posicionamento já que a coisa julgada forma-se independentemente da procedência ou improcedência da ação. Para se ter uma coisa julgada *secundum eventum litis*, como menciona o autor, seria necessário mudar o conceito de coisa julgada que possuímos atualmente.

Não se trata aqui de “questões de perfumaria” do direito como poderão vir a alegar os juristas, já que conceitos e definições, ainda mais tratando-se de um tema de fundamental importância para todos os ramos do direito, não podem ser interpretados ao prazer e ao interesse de cada um.

O sistema da coisa julgada na Suécia funciona exatamente como o sugerido acima:

Coisa julgada - a decisão do juízo em processos de grupos tem força de lei a favor e contra todos os membros do grupo abrangido pela decisão, embora os membros do grupo não sejam considerados partes no litígio<sup>271</sup>.

<sup>270</sup> GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 72-73, 117-118.

<sup>271</sup> [*Res judicata* – The ruling of the court in group proceedings has legal force for and against all members of the group subject to the ruling even though the members of the group are not considered parties to the litigation] – tradução livre. GRINOVER, Ada Pellegrini; et. al. *Os processos coletivos...* op. cit. p. 58.



Esse sistema, como já mencionado no início deste capítulo, é conhecido como critérios do *right to opt in* e *right to opt out*. O que insta consignar aqui é que há uma diferenciação entre formação e extensão desta coisa julgada.

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

Concluí-se, portanto, que a coisa julgada nas ações coletivas brasileiras forma-se independentemente do resultado da demanda, seja ela para beneficiar ou prejudicar. O que é *secundum eventum litis* é a sua extensão a terceiros.

O artigo 103, III, do Código de Defesa do Consumidor, diante disso, deveria adotar esta redação: “nas ações coletivas de que trata este Código, a sentença sempre fará coisa julgada<sup>272</sup> e sua extensão será *erga omnes* apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III, do parágrafo único do artigo 81”.

A existência de sentença coletiva desfavorável não obsta que os indivíduos, enquadrados na hipótese fática ou jurídica, que fora objeto da ação coletiva, promovam suas ações individuais, em benefício do titular do eventual direito coletivo lesado. Nas palavras de Nelson Nery Jr.<sup>273</sup>,

Nas ações coletivas com pedido de natureza difusa ou coletiva, a coisa julgada será sempre *erga omnes*, ou *ultra partes* (mas limitada ao grupo ou categoria). No caso de improcedência por insuficiência de provas, não haverá autoridades de coisa julgada, a exemplo do que ocorre no sistema da

<sup>272</sup> Em nossa opinião é óbvio este fato, até porque não há processo sem coisa julgada. No entanto, caso haja recurso, dependendo do seu resultado a mesma poderá ser mantida ou reformada. Insta mencionar aqui que há controvérsias sobre tal questão, já que Tereza Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina defendem a não ocorrência da coisa julgada em determinadas demandas, pois não concordam com a teria da relativização da coisa julgada, afirmando que em decorrências de vícios que maculam a sentença, a coisa julgada poderá ser declarada inexistente não sendo passível de gerar qualquer efeito. Para uma melhor compreensão, veja-se a obra DIDIER JUNIOR, Fredie (organizador)...[et al]. *Relativização da coisa julgada: enfoque crítico*. 2ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2006, p. 353 e 354.

<sup>273</sup> NERY JR, Nelson. *O Processo Civil no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. no. 61. p. 29. Nota-se, claramente desta passagem que o autor também refere-se a coisa julgada como *secundum eventum litis*, pois, consta esta afirmação: “...não haverá autoridade da coisa julgada”. Como já analisado, a coisa julgada ocorre, independentemente de suficiência ou insuficiência de prova, ou se para benefício ou malefício de terceiros. A frase correta seria “não haverá extensão da coisa julgada”.

ação popular constitucional. Isso quer dizer que qualquer outro co-legitimado poderá repropor a ação, valendo-se de nova prova.

Gomes Junior<sup>274</sup> afirma que:

Não nos afigura correto, do ponto de vista técnico, que a coisa julgada *secundum eventum litis* somente poderá beneficiar, já que prejudica a legitimidade dos demais co-legitimados na hipótese de improcedência. Contudo, é tecnicamente correto afirmar que tal modalidade de coisa julgada somente beneficia o titular do eventual direito coletivo lesado.

Assim, o alcance subjetivo da imutabilidade do *decisium* na coisa julgada coletiva, em relação a terceiros, é eventual, no sentido de que é sempre dependente do julgamento do pedido de tutela coletiva dos direitos no plano daqueles que não participaram do processo, como partes coletivas ou litisconsortes.

No entanto, intervindo o interessado naquela demanda, assume o mesmo a qualidade de parte, ou seja, torna-se um assistente litisconsorcial, quando assim, passa a ser afetado pela coisa julgada, pró e contra.

Concluí-se, assim, que a autoridade da coisa julgada só não atingirá quem não interveio no processo, com ou sem provas suficientes.

### **3.3 Coisa julgada *secundum probationem***

A coisa julgada *secundum probationem* traduz-se como “sorte da prova”, de modo que na hipótese do pedido contido na ação coletiva ser julgado improcedente por insuficiência de provas, qualquer outro legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova, conforme lição do artigo 103, I e II do Código de Defesa do Consumidor.

Foi prevista primeiramente no artigo 18 da Lei da ação popular e após, no artigo 16 da Lei da ação civil pública, pelo qual está disposto que caso haja insuficiência de provas,

---

<sup>274</sup> GOMES JR., Luiz Manoel. Curso de Direito Processual Civil Coletivo. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 193.

não se dará a coisa julgada material. Conseqüentemente, poderá ser reproposta a demanda, operando-se apenas a coisa julgada quanto as provas existentes naqueles autos.

Como vimos defendendo, discordamos da orientação quanto a coisa julgada material no caso de insuficiência probatória.

A ação coletiva julgada improcedente por qualquer motivo, inclusive quanto o da insuficiência de provas, fará coisa julgada material e obstará a propositura de demanda baseada nos mesmos fatos e com igual objeto por outro co-legitimado.

Isto porque se o fundamento é o mesmo e as provas são as mesmas, qualquer outro legitimado não terá melhor sorte que o iniciante, além do que a coisa julgada é a consequência natural do trânsito em julgado.

Portanto, na hipótese da sentença coletiva ser julgada improcedente, por insuficiência de provas, formar-se-á a coisa julgada material, quanto aquelas provas ali existentes, possibilitando a propositura de nova demanda com o mesmo objeto, baseada em novas provas, por qualquer dos legitimados, inclusive aquele que havia proposto a demanda anterior.

Assim, enquanto a coisa julgada *secundum eventum litis* tem como referência a extensão de seus efeitos sobre as pretensões individuais, a coisa julgada *secundum eventum probationem* reporta-se à formação da coisa julgada em face de outros autores coletivos que não participaram da demanda coletiva julgada improcedente por insuficiência de provas. Também beneficia os interessados individuais<sup>275</sup>.

Concluí-se, diante disso, que ante a existência de prova nova, superveniente à sentença, poderá ser proposta nova ação, com os mesmos fundamentos da anterior julgada improcedente, mas logicamente, a coisa julgada ali operou-se.

O prazo prescricional para ajuizamento desta ação é de dois anos, sob pena de preclusão, contados a partir do conhecimento da existência desta prova nova<sup>276</sup>.

Não desconhecemos que no sistema processual brasileiro, o prazo geralmente inicia-se a partir do trânsito em julgado da sentença e é precluso em dois anos.

Mas, tratando-se de ações coletivas, onde se constata a objetividade jurídica em proteção à sociedade, não coadunamos com esta opção. Se surgirem novas evidências, provas, não há que se falar em trânsito em julgado, já que se tratava de prova desconhecida.

---

<sup>275</sup> SANTOS, Ronaldo Lima dos. *Modalidades da Coisa Julgada Coletiva*. São Paulo: Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª. Região, 2006. p. 211.

<sup>276</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; MULLENIX, Linda; WATANABE, Kazuo. *Os processos coletivos...* op. cit. p. 245.

### 3.4 Coisa julgada *in utilibus*

Por meio da coisa julgada *in utilibus*, a sentença só estenderá seus efeitos para benefícios de terceiros, ou seja, àqueles que não participaram da relação jurídica processual. Essa expressão significa que a extensão da coisa julgada será transportada para as ações de indenização por danos individualmente sofridos, para que as vítimas e sucessores não tenham a obrigação de promover uma ação própria, podendo utilizar-se daquela decisão.

Nesse caso ocorre, por assim dizer, o transporte *in utilibus* da sentença coletiva de procedência do pedido para a esfera de interesses daqueles que estejam na mesma situação em que estão aqueles cujas pretensões estão sendo feitas valer e que poderão se servir, mediante a liquidação individual.

Assim, é aplicável aos casos em que há interesse individual homogêneo e a demanda, por óbvio, é julgada procedente.

Esta regra é prevista no artigo 103, §3º. e §4º. do Código de Defesa do Consumidor.

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 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.

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

Diante disso, e por economia processual, fator relevantíssimo nas ações coletivas, a extensão dos efeitos da coisa julgada atinge todos os indivíduos que se encontram na situação posta em juízo, sem que haja a necessidade de novas demandas.

Note que pela regra que temos atualmente, a extensão não ocorrerá se não for requerida a suspensão do processo individual no prazo de trinta dias a contar do conhecimento efetivo do processo coletivo.

Essa hipótese, em nossa posição, contraria todo o escopo das ações coletivas, já que seu resultado deve abarcar todos os casos idênticos. Ademais, não há porque continuar com uma demanda coletiva se o pedido e a causa de pedir forem os mesmos<sup>277</sup>.

Outra questão que se propõe é que se levada em conta o efetivo conhecimento da tramitação de uma ação coletiva em nosso país, logicamente que a distância e/ou a falta de informação de enorme parcela da sociedade, além do falta de confiança no Poder Judiciário, conjugado com o desconhecimento dos canais de acesso à justiça, poderíamos afirmar que raramente uma ação individual será beneficiada pela tutela coletiva.

Diante disso, nossa posição é no sentido de que mesmo que o autor individual não pleiteie a suspensão de sua ação individual, mesmo assim, a sentença poderá ser por ele beneficiado.

### 3.5 Função social do processo

A finalidade do processo é realizar o direito<sup>278</sup>.

No momento em que ocorre a lesão, o Estado tem interesse em solucioná-la, ou melhor, pacificá-la, até porque, como já mencionado no capítulo anterior, o Estado passou a submeter o indivíduo à sua palavra, por deter o monopólio da justiça.

A prestação jurisdicional tem como finalidade a aplicação do direito objetivo, a regra que deverá ser observada e obedecida.

E com a provocação dessa prestação, por meio de uma demanda, nasce o direito à sentença justa<sup>279</sup>, ao funcionamento eficaz do aparelho estatal.

Operando-se a coisa julgada, é o direito reconhecido no *decisium* que será objeto de liquidação.

Conforme afirma Wambier<sup>280</sup>:

<sup>277</sup> Foi exatamente o que ocorreu com o Recurso Especial no. 1.110.5491, já explanado no item 3.1.1 que trata do critério do *right to opt in*.

<sup>278</sup> Entendido como tradução das regras às quais devem ser observadas e respeitadas pelos indivíduos. Pontes de Miranda assevera que “o legislador faz a lei. O direito é feito pelo legislador e por outros aparelhos jurisferantes, dentre os quais está o juiz, desde que não se apague a origem democrática da lei, princípio constitucional básico, nos países civilizados” (PONTES DE MIRANDA. *Tratado da ação rescisória*. Campinas: Bookseller, 1998. p. 75).

<sup>279</sup> Pontes de Miranda tem uma importante visão sobre a questão da sentença justa, pois para ele existem direito e pretensão à sentença, que se presume justa, porque o Estado ou os árbitros “prometem” a justiça. (*Tratado...op. cit.* p. 37). Como já exposto no decorrer desta dissertação, no capítulo anterior, o direito brasileiro não aceita a revisão ou mesmo a sobreposição da sentença justa em detrimento da segurança jurídica. A justiça da decisão não abala a coisa julgada. Casos há, é verdade, em que a justiça da decisão deve se sobrepor. Mas não por ser a sentença justa ou injusta, mas porque, o bem maior atingido é a sociedade.

No direito brasileiro, não se adotou o modelo norte-americano do *opt in* e *opt out* das *class actions for damages*, em que se permite ao indivíduo escolher se deseja ou não ver sua esfera jurídica atingida pela solução judicial concedida na ação coletiva. Diante disso, no direito brasileiro incumbe ao juiz determinar se certo direito individual deve (ou não) ser veiculado em ação civil pública, em razão dos resultados negativos a que eventual procedência do pedido pode conduzir.

Nas *class actions* o interessado pode optar por participar do processo (*right to opt in*) ou por não participar (*right to opt out*), conforme já analisado no início deste capítulo. Na segunda opção, o particular manifestando-se pelo critério do *right opt out*, os efeitos das *class actions* não poderão ser aproveitados de jeito algum.

Nas ações coletivas brasileira, a regra é somente beneficiar. Porém, ao que tudo indica, a ação coletiva nem sempre é somente benéfica para os indivíduos. O doutrinador<sup>280</sup> acima citado exemplifica que, em uma ação coletiva visando a anulação de contratos de empréstimos, aqueles que os tiverem feito, se quiserem obter outro empréstimo, deverão submeter-se a juros mais altos, justamente em razão da menor garantia que terá o credor-mutuante.

Outra questão que se propõe, tendo como base parte da decisão monocrática do processo no. 001/1.07.0104162-9, advindo da comarca de Porto Alegre é a seguinte:

Por estes fundamentos, o presente processo deverá atingir todas as pessoas que, no Estado do Rio Grande do Sul, mantiveram com a parte requerida a relação de consumo litigada, atendendo a restrição imposta pela independência judicial no que diz às partes que ajuizaram ações individuais em outras unidades judiciais, seara em que a suspensão dependerá, obviamente, de manifestação dos titulares da jurisdição<sup>282</sup>.

Interessante notar que o juiz fixou até onde iriam os efeitos de sua sentença. Ou seja, em flagrante desrespeito ao artigo 16 da Lei da ação civil pública, conforme iremos analisá-la logo mais, a sentença estendeu seus efeitos para todo o Estado do Rio Grande do Sul. Além disso, outro ponto fundamental é com relação ao pedido da ação, já que somente o mesmo tem o poder de delimitar a extensão do direito julgado.

---

<sup>280</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Sentença Civil...* op. cit. p. 320.

<sup>281</sup> Idem.

<sup>282</sup> Processo no. 001/1.07.0104162-9. Ação coletiva. Comarca de Porto Alegre. 16ª. Vara Cível.

No sistema Espanhol, preconiza-se que:

A sentença que se dita servirá como “sentença-modelo” e poderá solicitar a extensão de seus efeitos da coisa julgada para todos os processos idênticos<sup>283</sup>.

No nosso país, não necessitamos de nenhuma sentença modelo, já que nossas ações coletivas estão bem fundamentadas por operadores e pensadores do direito.

O que ocorre é que, ao que parece, há uma espécie de temor quanto às mesmas. Talvez porque o controle saia das mãos do juiz, dos Tribunais ou até mesmo dos legisladores, já que se é o pedido que delimita a extensão dos efeitos da coisa julgada, hialinamente, a extensão será imediata.

Assim, a função social dos processos coletivos será pacificar a lide, que é o conflito de interesses qualificados por uma pretensão resistida, mediante um único processo, que abrangerá todos os interesses dos indivíduos lesados, tenham eles ingressados ou não no processo coletivo, e sem barreiras, fazendo com que a sociedade, objetividade jurídica desse ramo, seja protegida.

Dinamarco<sup>284</sup> já sinalizava que há necessidade de se equilibrar as exigências conflitantes da celeridade, que favorece a certeza das relações jurídicas e a ponderação, porque esta produz resultados justos.

### 3.6 Representação adequada

A representação adequada não está prevista em nosso ordenamento. Este conceito é importado das *class actions* estadunidense, conforme análise de Gidi<sup>285</sup>,

Esse requisito é essencial para que haja o respeito ao devido processo legal em relação aos membros ausentes e, conseqüentemente, indispensável para que eles possam ser vinculados pela coisa julgada produzida na ação coletiva. [...] A *adequacy of representation* é um corolário da garantia

<sup>283</sup> [La sentencia que se dicte servirá como “sentencia-testigo” y podrá solicitarse la extensión de sus efectos de cosa juzgada a todos los demás procesos indenticos] – tradução livre. GRINOVER, Ada Pellegrini; et al. *Os processos coletivos...* op. cit. p. 162.

<sup>284</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Relativizar a coisa julgada material*. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (coordenador). *Cosa julgada inconstitucional*. Rio de Janeiro: América jurídica, 2002. p. 89.

<sup>285</sup> GIDI, Antonio. *A Class Action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 99.

constitucional do devido processo legal, sendo considerada suficiente para satisfazer a garantia da oportunidade de ser ouvido para todos os membros do grupo.

Neste sistema, quem não foi parte, mas foi adequadamente representado, não é propriamente terceiro.

Assim, nas *class actions* há um representante do grupo que funciona como “porta-voz” dos mesmos. Esse representante deve estar apto a defender os interesses do grupo ao qual está em juízo, sendo este analisado constantemente.

O autor citado acima conclui que:

Através desse requisito, a lei atinge três resultados. A um só tempo, minimiza-se o risco de colusão, incentiva-se uma conduta vigorosa do representante e do advogado do grupo e assegura-se que sejam trazidos para o processo todos os reais interesses dos membros ausentes<sup>286</sup>.

No direito brasileiro, a representação adequada não é exigida como pressuposto da admissibilidade da ação coletiva.

E, essa falta de exigência é crítica por Gidi<sup>287</sup>:

O conceito de representação adequada, se bem aplicado, é muito mais útil do que a solução formalista do nosso direito de simplesmente declarar inexistente o processo, independentemente de ter havido ou não prejuízo ou má-fé.

Em nosso país, basta que o representante do grupo seja um dos entes legitimados pelo artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor ou pelo artigo 5º. da Lei da Ação Civil Pública, para que ele possa livremente representar os interesses do grupo em juízo.

A relação que teria esse pressuposto com o sistema da coisa julgada em ações coletivas é aquela que, caso existisse em nosso direito, como ocorre nos Estados Unidos, uma vez havendo representação inadequada não se operaria a coisa julgada material. Assim, percebendo o magistrado que a representação está mal feita, deveria ele extinguir a ação sem julgamento de mérito.

---

<sup>286</sup> Idem, p. 100.

<sup>287</sup> Idem, ibidem.



Porém, o que ocorre hoje em nosso sistema, é um “desvio” desse pressuposto. Assim,

[...] se a incompetência do representante, ou de seu advogado, limita-se à não produção de material probatório suficiente, o problema é de menor gravidade, porque a mesma ação coletiva poderá ser reproposta, se houver a apresentação de nova prova em ação subsequente. O problema começa a ficar mais delicado se a incompetência do representante repercute na forma como o processo é conduzido ou na fundamentação jurídica da pretensão coletiva do grupo. É possível repropor a mesma ação coletiva com base em nova prova, mas não com base em uma melhor argumentação ou fundamentação<sup>288</sup>.

Pensamos que, atualmente, e levando-se em consideração a evolução das ações transindividuais, os legitimados têm litigado com qualificação. O Ministério Público, por exemplo, cada vez mais ganha espaço como defensor desses direitos. E não somente ele. A Defensoria Pública, a Ordem dos Advogados do Brasil e outros legitimados têm laborado em prol dessas causas, ensejando um trabalho com excelência.

### **3.7 Efeitos da extensão da coisa julgada coletiva em relação às pretensões individuais**

A coisa julgada coletiva tem conteúdo declaratório e dever genérico de indenizar, dependendo ainda da vontade de cada interessado de propor uma ação de liquidação com cognição ampla sobre o *quantum debeatur* e da existência de dano individual e do nexo de causalidade com o prejuízo causado (*an debeatur*).

Dessa afirmação decorre que a coisa julgada, em nossa posição, ocorre e deverá ocorrer para atingir à todos, já que como o próprio nome diz, é coletiva.

Mas, contrariamente, o sistema prevê que em se tratando de ação civil pública, a sentença fará, desde logo, juízo amplo e específico, o mais completo possível a respeito da controvérsia. O artigo 16 da Lei 7.347/85 estabelece que, neste tipo de ação, a sentença fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por falta de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento valendo-se de nova prova.

---

<sup>288</sup> GIDI, Antonio. *A Class Action...* op .cit. p. 130.

Há uma ressalva na lei de que, os terceiros, embora possam ser beneficiados, jamais poderão ser atingidos negativamente pela sentença proferida em processo em que não tenham sido partes.

Um segundo limitador refere-se ao espaço físico. Seria incompreensível uma sentença com duas qualidades: ser válida, eficaz e imutável em determinado território, mas ser válida, eficaz e mutável fora desse território.

Assim, em se tratando de direitos transindividuais, a relação jurídica litigiosa, embora com pluralidade indeterminada de sujeitos no seu pólo ativo, é a única incindível. A limitação territorial é ineficaz.

Porém, em se tratando de direitos individuais e indivisíveis, aplica-se a limitação territorial, pois as relações jurídicas em causa admitem divisão segundo o domicílio dos respectivos titulares, que são perfeitamente individualizados, pois a sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por qualquer legitimado, na defesa dos interesses e direitos, abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator. É até aceitável, em tese, a hipótese de cindir os efeitos da coisa julgada ao local do dano. Mas o Código de Defesa do Consumidor não comporta esta hipótese, até porque o dano atinge às pessoas e por isto, é móvel, com o que coadunamos.

Não há lógica prática ou jurídica para barrar os efeitos da coisa julgada. Mais uma vez, afirmamos que é o pedido quem irá determinar o alcance da coisa julgada. Nada mais. As manobras praticadas corriqueiramente no legislativo, como característica, o próprio artigo 16 da Ação civil pública, não podem prevalecer nas ações coletivas, já que se coletivas são, sua objetividade jurídica é a sociedade como um todo, e não parcela da mesma.

Já, quanto ao questionamento sobre os regimes jurídicos da coisa julgada coletiva, expressos no artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor, se se aplicam às demais ações para a defesa de interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, temos que o artigo acima mencionado dispõe que nas ações coletivas de direitos individuais homogêneos, a coisa julgada será *erga omnes*, mas apenas no caso de procedência do pedido (inciso III), sendo que em caso de improcedência, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual (§2º).

Assim, ao contrário do que ocorre com os direitos coletivos e difusos, os direitos individuais podem ser, em regra, tutelados em juízo pelos próprios titulares.

Conclui-se que, por serem direitos individuais homogêneos, são direitos subjetivos integrados ao patrimônio de titulares certos, que sobre eles exercem, com exclusividade, o poder de disposição.

Concordamos que os titulares dos direitos lesados, a título individual, possuam disposição sobre seus interesses. Mas, ocorre que, versando sobre ações coletivas, temos que o fim maior da mesma, mais uma vez afirmamos, é social, por isso ultrapassa o indivíduo.

Diante disso, se social é, qualquer ação que verse sobre interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, no momento em que julgadas, farão coisa julgada à todos os que se encontrem naquela determinada situação. Se o indivíduo pretender desconsiderar o que ali restou decidido, ele que encontre normas para tanto, ou prove que houve má-fé na tramitação do processo.

O que não podemos aceitar é que se “quebre” as ações coletivas, em coletivas e individuais, pois para a mesma ganhar força, é necessário que as atenções estejam voltadas para a mesma.

### **3.7.1 Improcedência**

No caso de improcedência da ação coletiva versando sobre interesses individuais homogêneos, que é o escopo desta dissertação, o artigo 103, II, do Código de Defesa do Consumidor determina que a coisa julgada operará seus efeitos *ultra partes*, mas delimitada ao grupo, categoria ou classe de lesados, exceto se a improcedência for por falta de provas, quando outra ação poderá ser proposta, desde que diante de novas provas. Neste caso, a coisa julgada não tem efeitos *erga omnes*, como acontece nos interesses difusos, mas *ultra partes*, já que se limita ao grupo, categoria ou classe.

Dispõe o Código que nesse caso, portanto, a sentença coletiva fará coisa julgada *ultra partes* para atingir os legitimados do artigo 82 Código de Defesa do Consumidor, não atingindo as ações individuais que podem continuar a serem propostas.

Da mesma maneira como se dá no caso dos interesses difusos, a sentença de improcedência, por motivo diferente a ausência de prova, não atinge os particulares (art. 103, §1º do CDC).

Não concordamos que no caso de improcedência da ação coletiva o indivíduo não poderá ser atingido em sua esfera particular, pois, como vimos defendendo, se é ação coletiva,

é ação que tem como fim um interesse social, maior, afeto à todas as pessoas potencialmente prejudicadas com o dano causado.

Assim, mesmo que a ação coletiva venha a ser julgada improcedente, tem o indivíduo à sua disposição todo um sistema que lhe permite rechaçar a coisa julgada à ele afeta, desde que comprove, por exemplo, que o legitimado tenha agido com má-fé.

A relação será invertida. Caberá ao indivíduo, se quiser, alegar sua insatisfação quanto a coisa julgada desfavorável.

Com isso, temos que cada vez mais, as ações coletivas terão força propulsora para galgar os problemas coletivos *lato sensu*.

### **3.7.2 Improcedência por insuficiência de provas**

No caso de improcedência da ação coletiva por insuficiência de provas, habitualmente dizemos que até mesmo aqueles que foram partes, os próprios legitimados, podem repropor a ação. A sentença coletiva, diante disso, não fará coisa julgada material, somente formal, não atingindo o indivíduo nem os legitimados do artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor.

Na verdade, reitera-se, haver coisa julgada material sim, caso não surjam novas provas, já que a ação jamais poderá ser reproposta nesta situação.

A prestação jurisdicional, quanto as existentes provas ali contidas, foi dada.

Porém, é interessante notar que, se da fundamentação da sentença não constar que a decisão de improcedência decorre de insuficiência de prova, nessa hipótese, entendemos estar fechada a porta para a repropositura da ação coletiva.

Novamente, mesmo para os lesados individualmente considerados, haverá coisa julgada material, desde que seja o mesmo pedido e causa de pedir. A regra é a mesma.

### **3.7.3 Procedência**

No caso de a ação coletiva ser procedente, em regra, seus efeitos atingem todos os indivíduos isoladamente considerados.

Em se tratando de interesses difusos, aqueles mencionados e explicados no

capítulo primeiro, seus efeitos serão *erga omnes*. Se tratar-se de interesses coletivos, os efeitos serão *ultra partes*, beneficiando todo o grupo. Ressalta-se que mesmo que tenhamos casos de improcedência da ação coletiva, poderá esta afetar os interesses individuais. A autoridade da coisa julgada nessas ações poderá se estender à esfera individual para beneficiar (*in utilibus*).

Assim, ocorrerá o “transporte” da decisão da ação coletiva para a ação proposta pelo particular, contendo além do título ainda ilíquido, a prova de que aquele lesado está inserido naquela determinada situação.

Quanto a questão de que para o benefício da coisa julgada formada pela sentença procedente em ação coletiva, o autor da ação individual deve ter requerido, oportunamente, sua suspensão, tal alegação é rechaçada por nós, já que a ação coletiva é o fim maior, é nela que irá exaurir-se todo o poder jurisdicional do Estado não tendo o por quê rediscuti-la.

Assim, se a sentença for procedente, a coisa julgada atinge os entes legitimados pelo artigo 82 e os titulares dos direitos coletivos individualmente considerados.

Se improcedente, também irá atingir os legitimados previstos no artigo 82, não obstante, todavia, os efeitos da coisa julgada em relação aos lesados individualmente considerados.

Não haverá mais a necessidade, em nossa posição, de o autor individual requerer a suspensão de sua ação, nos termos do artigo 104 do Código de Defesa do Consumidor, para poder beneficiar-se do resultado da demanda coletiva.

Finalmente, com relação aos interesses individuais homogêneos, a sentença será imutável *erga omnes* em caso também de procedência, e beneficiará as vítimas e sucessores. O autor da ação individual, assim, não necessita requerer sua suspensão para poder se beneficiar da decisão proferida em sede de ação coletiva, já que, nesse caso, essa extensão da coisa julgada, ocorrerá *in utilibus*.

Portanto, quando houver a procedência da demanda, mesmo aqueles que não tenham ingressado na demanda na qualidade de litisconsortes, poderão se beneficiar ou não da decisão.

Seu ingresso em juízo torna-se desnecessário perante a ação coletiva, apenas devendo mover sua própria demanda quando de seu interesse, para executar o que restou decidido, com a demonstração de que se enquadra na hipótese genericamente retratada na ação coletiva, ou seja, deverá proceder a liquidação dos danos, individualmente considerados, ou litigar novamente, rechaçando o que restou decidido.

### 3.8 Sindicatos e Associações

Caso exista alguma demanda coletiva proposta por sindicatos ou associações, é de prudência observar que a mesma também irá se amoldar ao até aqui proposto, ou seja, induzirá litispendência em relações às ações individuais, devendo pela coletiva ser solucionada a questão. Os efeitos *erga omnes* ou *ultra partes* beneficiarão ou não os autores das ações individuais, mesmo que não tenham requerido a sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva.

A Medida Provisória 1798-1 de 11.02.1999 prevê que, na hipótese de ação coletiva proposta por entidade associativa em defesa de interesses e direitos de seus associados, a sentença abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator.

Para Mazzilli<sup>289</sup>, hoje, a associação civil passou a deter legitimidade para defender, em ação civil pública ou coletiva tanto associados como até mesmo não-associados, não exercendo a representação, mas substituindo todo o grupo lesado.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal<sup>290</sup>, pelo voto do Ministro Sepúlveda Pertence entendeu que, nas ações civis públicas ou coletivas, a entidade de classe está legitimada a defender todos os seus associados, e não apenas aqueles que deram autorização expressa em assembléia geral ou por autorização específica nos autos para que se efetuasse a defesa coletiva.

As associações podem defender interesses transindividuais, que ultrapassam os de seus próprios associados. Quando discutidos direitos difusos ou coletivos, isso acontece pelas características desses direitos.

E em se tratando de interesses individuais homogêneos, o artigo 103, III, do Código de Defesa do Consumidor estabelece que a procedência será *erga omnes* para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores.

As ações coletivas movidas pelos sindicatos beneficiam todos os integrantes da categoria, seja na defesa dos interesses coletivos ou individuais. O pedido beneficiará toda a categoria e não apenas os sindicalizados.

A Súmula 310 do Tribunal Superior do Trabalho afirma que em qualquer ação proposta pelo sindicato como substituto processual, todos os substituídos serão

---

<sup>289</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 16<sup>a</sup>. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 265.

<sup>290</sup> Ação Originária 152-8-RS, Pleno, 15.09.1999, vencido Min. Carlos Velloso, DJU 03.03.2000, Informativo STF 180.

individualizados na petição inicial e, para o início da execução, devidamente identificados pelo número da Carteira de Trabalho da Previdência Social ou de qualquer documento de identidade. Tem-se que essa exigência é descabida. Para Mazzilli<sup>291</sup>, o sindicato age como substituto processual e não como representante da categoria, não se exigindo autorização expressa de seus sindicalizados para comparecer em juízo. Exige-se, entretanto, autorização dos estatutos ou de assembléia (não autorização de cada substituído processual) para a propositura da medida.

O Superior Tribunal de Justiça exigia com base na Lei 9.494/1997, artigo 2-A:

a) ata da assembléia do sindicato que teria autorizado o ajuizamento da ação coletiva;

b) e a relação nominal dos sindicalizados, com a indicação de seus endereços.

Mas o Supremo Tribunal Federal cassou essa decisão, pois como o órgão prolator da decisão tem jurisdição nacional, como é o caso do Superior Tribunal de Justiça, suas decisões abrangem todo o território do país.

Com nossa posição de que a ação coletiva tem um fim maior, e por isso, hábil a proferir decisões favoráveis ou não aos individuais, toda esta questão não tem razão de ser.

Assim, a improcedência de uma ação coletiva proposta por um sindicato afetará os que tiverem intervindo como assistentes litisconsorciais ou não. De qualquer forma, também, a improcedência de ação coletiva impedirá a propositura de ações individuais, desde que não contenha nenhum vício.

### **3.9 Artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública**

O artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública dispõe que:

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.

Este artigo adota a mesma lógica da do Código de Defesa do consumidor: os efeitos da coisa julgada *secundum eventum litis*, se não contivessem também a demonstração

---

<sup>291</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa...* op. cit.

de que o legislador quis cindir os efeitos da coisa julgada. Tanto isto é verdade, que se tornou incompatível com esse sistema.

Para Mancuso<sup>292</sup>, o fato dos efeitos da coisa julgada ser *secundum eventum litis*:

A fórmula, sobre ser engenhosa, comporta duas leituras: de um lado, do ponto de vista prático, justifica-se pelo evidente propósito de evitar a colusão entre as partes, isto é, que a ação seja, de indústria, mal proposta e pior instruída, com o fim de induzir um julgamento pela improcedência, assim jogando-se uma pá de cal sobre a controvérsia; de outro lado, o pronunciamento de um *non liquet* – impossibilitando a formação da coisa julgada material – distancia-se de um dos princípios basilares da própria jurisdição, qual seja o de sua indeclinabilidade, atributo que é ligado ao da segurança jurídica, valor este que só a estabilidade, própria da coisa julgada material, pode proporcionar.

Carvalho Filho<sup>293</sup> entende que é na competência do juízo que julgar a lide que deverá fixar-se a coisa julgada, como se a limitação territorial pudesse conter a extensão dos efeitos da coisa julgada.

Assim, em desrespeito ao pedido, que é aquele que limita a extensão dos efeitos da coisa julgada, tenta-se de uma forma miraculosa cindir seus efeitos. Pense-se nos direitos difusos. Como “barra-se” seus efeitos se todos que estão na mesma situação foram atingidos pelo evento danoso?

Lacerda<sup>294</sup>, prevendo os problemas que adviriam da tentativa de imbricação entre a eficácia *erga omnes* do julgado coletivo e o desenho do político-jurídico da Federação, formulou a seguinte solução:

Compete à Corte Constitucional, entre outras atribuições, julgar, em reexame de ofício, as ações populares e ações civis públicas, para proteção dos direitos da comunidade, podendo imprimir às suas decisões sobre todo o Território Nacional ou parte dele.

<sup>292</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores: Lei 7.347/85 e legislação complementar*. 10ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 292.

<sup>293</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação Civil Pública*. 2ª. ed. Rio de Janeiro, Lúmen Juris, 1999. p. 393, afirma: “O limite da territorialidade, no caso, não pretende ofender as competências territoriais atribuídas aos Tribunais, mas, ao contrário, o que se pretende é demarcar a área em que poderão ser produzidos esses efeitos, tomando em consideração o território dentro do qual o juiz de primeiro grau tem competência para processamento e julgamento desses feitos”.

<sup>294</sup> LACERDA, Galeno. *Ação Civil Pública*. Conferência realizada em 17.10.1983 e publicada na Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul em 1986. n. 19. p. 29.



Esta tentativa sugere que, se em reexame necessário, todo o Território Nacional seria atingido pela mesma decisão, imprimindo erro, novamente, desrespeitando a regra de que o pedido é aquele que limita o que será decidido. Pior. Confere-se, ainda, a possibilidade da Corte manejar sobre quem será atingido pelo *decisium*. Fica a questão: como se *dare nemo potest quod non habet*<sup>295</sup>?

Zavascki<sup>296</sup> entende que quando tratar-se de interesses individuais homogêneos, este artigo em comento é aplicável já que são interesses individuais e indivisíveis e não compromete sua essência cindi-los. Ressalva apenas que se deve “limitar a eficácia subjetiva da sentença (e não da coisa julgada), o que implica, necessariamente, limitação do rol dos substituídos no processo (que se restringirá aos domiciliados no território da competência do juiz)”.

Mancuso<sup>297</sup>, em uma tentativa de solucionar a questão, afirma que:

Por conta disso e de todo o antes exposto, parece-nos acertado o previsto no anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos, versão dezembro 2005, em estudos no Ministério da Justiça, no §4º. do art. 12: “A competência territorial do órgão julgador não representará limitação para a coisa julgada *erga omnes*”.

No entanto, mesmo com as críticas da doutrina, os Tribunais decidem de forma vinculada ao artigo em comento, não lhe interpretando. O Ministro Marco Aurélio de Mello<sup>298</sup>, do Supremo Tribunal Federal, por exemplo, assim votou:

A alteração do art. 16 ocorreu à conta da necessidade de explicitar-se que a eficácia *erga omnes* da sentença proferida na ação civil pública. Entendo que o art. 16 da Lei n. 7.347, de 25.07.1985, harmônico com o sistema Judiciário pátrio, jungia, mesmo na redação primitiva, coisa julgada *erga omnes* da sentença civil à área de atuação do órgão que viesse a prolatá-la. A alusão à eficácia *erga omnes* sempre esteve ligada à ultrapassagem dos limites subjetivos da ação, tendo em conta até mesmo o interesse em jogo – difuso ou coletivo – não alcançando, portanto, situações concretas, quer sob o ângulo objetivo, a mudança da redação 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. Indefiro a liminar.

<sup>295</sup> Expressão latina que significa que ninguém pode dar o que não tem.

<sup>296</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo – tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: RT, 2006. p. 80.

<sup>297</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública...* op. cit. p. 323.

<sup>298</sup> Decisão proferida na ADIn 1576-1 em 16.04.1997.

E, o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça não era diferente do pensamento acima. Veja-se:

1. Não há que se falar em dissídio jurisprudencial quando os arestos em confronto, na questão em foco, decidem na mesma linha de entendimento.
2. Nos termos do art. 16 da Lei 7.347/85, alterado pela Lei 9.494/97, a sentença civil fará coisa julgada *erga omnes* nos limites da competência territorial do órgão prolator.
3. Embargos de divergência não-conhecidos<sup>299</sup>.

Era, porque atualmente, este artigo tem tido maior atenção dos estudiosos e julgadores. Inovando o pensamento da Corte de Justiça, a Ministra Nancy Andrighi<sup>300</sup>, que aliás é quem capitania as mudanças de posicionamento jurisprudencial, decidiu:

A Lei da Ação Civil Pública, originariamente, foi criada para regular a defesa em Juízo de direitos difusos e coletivos. A figura dos direitos individuais homogêneos surgiu a partir do Código de Defesa do Consumidor, como uma terceira categoria equiparada aos primeiros, porém ontologicamente diversa.

A distinção, defendida inicialmente por Liebman, entre os conceitos de eficácia e autoridade de sentença, torna inócua a limitação territorial dos efeitos da coisa julgada estabelecida pelo art. 16 da LAP. A coisa julgada é meramente a imutabilidade dos efeitos da sentença. Mesmo limitada aquela, os efeitos da sentença produzem-se *erga omnes*, para além dos limites da competência territorial do órgão julgador.

O procedimento regulado pela Ação Civil Pública pode ser utilizado para a defesa dos direitos do consumidor em juízo, porém somente seu art. 103, uma disciplina exaustiva para regular a produção de efeitos pela sentença que decide uma relação de consumo. Assim, não é possível a aplicação do art. 16 da LAP para essas hipóteses.

O artigo, do jeito que ainda está redigido, não deixa de ser um problema a ser enfrentado. Marinoni e Arenhart afirmam<sup>301</sup>:

Aporta ao processo coletivo inúmeros e sérios problemas. Imagine-se uma ação coletiva, proposta para impedir a construção de uma barragem em determinado rio (que divida dois Municípios, ou dois Estados); se a ação é

<sup>299</sup> EREsp 293407-SP, rel. Min. João Otávio de Noronha. Corte Especial. J. 07.06.2006. DJ 01.08.2006. p. 327.

<sup>300</sup> Resp 411529. Min. Rel. Nancy Andrighi. 3ª. Turma. j. 24.06.1008

<sup>301</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de conhecimento*. São Paulo: RT, 2001. p. 785.

proposta, par atender à interação do art. 16 da Lei 7.347/85, em ambos os Estados ( já que em ambos ocorrerá o dano material), poder-se-ia imaginar a hipótese de um juiz (do Estado A) julgar procedente o pedido e o outro (do Estado B) considerá-lo improcedente? A barragem, então, poderia ser construída até o meio do rio? E se já estivesse pronta a barragem (e a ação fosse repressiva), teria ela de ser destruída até a metade do rio? Obviamente ninguém em sã consciência defenderia estas conclusões (exceto a própria lei).

Wanessa de Cássia Françolin<sup>302</sup> exemplifica a situação da coisa julgada *erga omnes* ser cindida nos casos de danos causados aos investidores mobiliários, quando da manipulação de preços (art. 1º, I, da Lei 7.913/89) de ações na bolsa de valores, chegando a conclusão de que a limitação não pode ocorrer já que atualmente pulverizou-se a participação de uma massa de indivíduos alheios e despreparados para enfrentar os sofisticados mecanismos de negociação em bolsa ou balcão.

Para alguns, esse dispositivo deve ser entendido pelos traços do artigo 93 do Código de Defesa do Consumidor. Salvo nos casos da justiça federal, é competente a justiça local no foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando este tem âmbito local; e é competente o foro da capital do Estado ou do Distrito Federal para danos de âmbito nacional ou regional. Ou seja, o âmbito da sua competência seria a sua jurisdição.

O que ocorre aqui é a criação de uma regra de competência mal feita, haja vista o âmbito da abrangência da coisa julgada ser determinada pelo pedido e não pela competência. Ademais, tentou-se claramente restringir a abrangência subjetiva dos efeitos da coisa julgada em função de critério territorial extraído da competência do juízo.

Não tem sentido que a sentença proferida pelo juiz de São Paulo de 1º grau valha para o Estado se for da capital, porém, se for da comarca de Ribeirão Preto, só valha aqui.

Há uma importante decisão do juiz João Ricardo dos Santos Costa da 16ª. Vara Cível da Comarca de Porto Alegre, que expandiu os efeitos da sentença à todo o Estado:

É importante termos presente que o efeito *erga omnes* da coisa julgada é vital para a plena introdução, no nosso País, da via coletiva de

---

<sup>302</sup> FRANÇOLIN, Wanessa de Cássia. *Ação civil pública: foco na responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado imobiliário (Lei 7.913/89)*. Revista de Processo. São Paulo. v. 33. n. 157. mar. 2008. p. 258. É preciso mencionar que a citada autora não concorda com o fato de que a ação civil pública deva ser *erga omnes* à todas as pessoas que estejam naquela situação, ao contrário, deve ser entendida nos limites da competência territorial do órgão julgador, afirmando que a regra geral deve ser compatibilizada com as demais regras de processo civil e com a natureza de direito tutelado. A autora chega até mesmo a concordar com o julgado EREsp 293407-SP neste trabalho citado, expressando-se: “Esta nos parece efetivamente ser o entendimento correto...”.

enfrentamento dos conflitos sociais de massa. Essa constatação é relevante para entendermos que não se pode restringir os efeitos de uma decisão judicial que venha a garantir direitos indivisíveis sem ferir o pacto constitucional. Tenho, desta forma, que deverá ser a indivisibilidade do dano o critério determinante para se definir o alcance da decisão, critério este que dará também a amplitude territorial da futura sentença, como dito, não pela regra da competência motivada pela divisão do trabalho do Poder Judiciário no território nacional.

Na doutrina, é pacífica a opinião de que tais dispositivos são inconstitucionais, inúteis e contrários à teoria geral do processo coletivo, além de sua aplicação causar vários conflitos de ordem prática.

Didier Jr. e Zaneti Jr.<sup>303</sup>, mencionam que tais dispositivos são irrazoáveis, pois impõem exigências absurdas, bem como permitem o ajuizamento simultâneo de tantas ações civis públicas quantas sejam as unidades territoriais em que se divida a respectiva justiça, mesmo que sejam demandas iguais, envolvendo sujeitos em igualdade de condições, com a possibilidade teórica de decisões diferentes em cada uma delas.

Vários são os exemplos de conflitos de ordem prática que a limitação territorial da eficácia subjetiva da coisa julgada pode gerar. Apenas, a título argumentativo, vale citar, a seguinte hipótese, aventada por Pedro Lenza<sup>304</sup>, citando Rodolfo de Camargo Mancuso: em um ação civil pública visando a interdição do tabagismo nas viagens aéreas (área de fumantes e não fumantes). Trata-se de proteção a interesse difuso. Supondo que a ação tenha sido proposta no juízo da Capital do Estado de São Paulo, restando julgada procedente para proibir as áreas de fumantes nas aeronaves. Nos termos do art. 16 da Lei da Ação Civil Pública, referido comando de sentença restringe-se aos limites territoriais do órgão prolator da sentença. Assim, em um determinado vôo do Rio Grande do Sul para Fortaleza, imaginando que determinado passageiro acenda o cigarro quando o avião estiver sobrevoando o Estado de Curitiba. Ao cruzar o espaço aéreo de São Paulo, deverá o passageiro apagar o cigarro, podendo, contudo, novamente acendê-lo, quando o avião estiver sobrevoando o Estado do Rio de Janeiro.

Inúmeros outros exemplos podem ser citados para ilustrar a situação de conflito prático que a redação do art. 16 da Lei da ação civil pública e art. 2º-A da Lei nº 9.494/97 impôs aos limites subjetivos da coisa julgada.

---

<sup>303</sup> JÚNIOR, Fredie Didier Júnior e JÚNIOR, Hermes Zanetti. Op. Cit., p. 144.

<sup>304</sup> LENZA, Op. Cit. p. 278.

No entanto, mesmo com a posição pacificada na doutrina sobre a inconstitucionalidade e a inoperância destes artigos, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido da aplicação desses dispositivos. Confirmam-se, como exemplo, os seguintes julgados: 1ª T., REsp. 665.947, rel. min. José Delgado, j. 02.12.2004; 1ª T., REsp 625.996, rel. p/ acórdão Teori Zavascki, j. 15.03.2005.

Já o Supremo Tribunal Federal, que, inclusive, considerou constitucional a Lei nº 9.494/97<sup>305</sup>, em julgado anterior, preceituou que não existe qualquer impossibilidade de ser determinada decisão prolatada para produzir efeitos amplos, independentemente dos limites territoriais do órgão prolator<sup>306</sup>.

Com relação à esta controvérsia, temos que este artigo é inconstitucional e inviável sob o ponto de vista político e jurídico das ações coletivas, valendo apenas para as ações civis públicas, não alcançando as demais ações coletivas.

Ademais, versando a norma sobre interesses difusos, não deve a mesma incidir nem criar potenciais dúvidas acerca da aplicabilidade em interesses individuais homogêneos.

---

<sup>305</sup> STF. ADC nº 04, rel. Min. Sydney Sanches. j. 11.02.1998. *DJU* 21.05.1999.

<sup>306</sup> GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. *Op. Cit.* p. 176.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os interesses coletivos *lato sensu* são aqueles que transcendem os limites do indivíduo, alcançando, algumas vezes, pessoas que serão indetermináveis, ante a extensão do dano.

Com a mudança na relação de consumo no final do século XIX e início do século XX, e a organização da sociedade civil, os interesses coletivos começaram a ser efetivamente investigados e positivados.

Afirmamos tratar-se de interesses coletivos e não direitos coletivos, porque os interesses traduzem uma situação de vontade da comunidade jurídica, enquanto o direito requer sua incorporação no sistema.

Há sim leis esparsas. Mas estas, algumas vezes, mais confundem o intérprete no momento de sua aplicação, conforme foi demonstrado com os artigos 16 da Lei da Ação Civil Pública e 93 do Código de Defesa do Consumidor, que algumas vezes passam por fungibilidade de institutos diversos.

Possuímos uma tripartição dos interesses coletivos, quais sejam, interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Os interesses difusos são verificados quando a extensão do dano é de tal monta que afetam toda a coletividade, não se podendo indicar, de antemão, os indivíduos que foram, estão sendo ou irão ser afetados.

Os interesses coletivos são aqueles em que possuem natureza indivisível que são titulares um grupo, categoria ou classe, unindo indistintamente os lesados desta mesma relação jurídica base.

Por fim, os interesses individuais homogêneos decorrem de uma origem comum, podendo ser tutelados tanto individual quanto coletivamente, já que o dano pode ser individualizado.

Essa tripartição sofre críticas, já que também existe no sistema norte-americano a bipartição, no qual agrega-se os interesses difusos e coletivos de um lado e os individuais homogêneos de outro. Optamos por eleger a tripartição como a melhor forma de abranger as figuras desses interesses coletivos amplamente considerados, até porque os difusos e os

coletivos não são sinônimos, isto porque, enquanto os difusos possuem um interesse público, nem sempre serão os mesmos coletivos, já que pertencentes a uma parcela da sociedade, por isto restritos.

Ante a necessidade de regular-se de forma clara e objetiva a definição, extensão e regulamento desses interesses, buscou-se elencar no capítulo primeiro, regras e princípios que devem reger este ramo do direito processual civil coletivo. Isto porque se levarmos em conta apenas as regras existentes, tradicionais e individualistas por excelência, estaríamos restritos a um sistema fechado, exaustivo de todas as situações, alcançando a segurança, mas impedindo que novas situações fossem abarcadas por este sistema.

Não há e não pode haver hierarquia entre os princípios constitucionais. Todas as normas constitucionais estão em um mesmo nível, o que decorre do princípio da unidade da Constituição.

Inclusive, por ser Constituição a base estrutural da sociedade e do Estado, concluímos que não há hierarquia entre as normas constitucionais, sejam princípios ou regras.

Tanto o princípio como os regramentos específicos devem nortear o intérprete e o aplicador do direito integrando o sistema do Processo Civil Coletivo.

O princípio do amplo acesso à justiça garante a justa composição da lide que só pode ser alcançada quando prestada a tutela jurisdicional de acordo com as normas processuais traçadas pelo Direito Processual Civil, das quais não é dado ao Estado declinar perante nenhuma causa, conforme dispõe o artigo 5º., LV, da Constituição Federal.

A questão do acesso à justiça das classes mais baixas, a racionalização e redução dos custos dos serviços judiciários, a simplificação e modificação do processo jurídico nas áreas cível, penal e trabalhista, a representação jurídica das classes coletivas e a mudança na formação do papel dos operadores do direito clamam para a necessidade de se tornarem efetivos os interesses conquistados.

Isto porque o amplo acesso à justiça não significa somente ter acesso ao direito de demandar. Significa ter-se acesso a um processo com garantias do devido processo legal.

Pense-se no processo coletivo de onde advém o interesse de toda a sociedade, formada muitas vezes por milhares de pessoas. E não apenas isto. Os interesses de pessoas hipossuficientes podem ser tutelados a partir de uma única demanda, de forma eficaz, já que a justiça não deve ser vista apenas como manifestação final do Poder Judiciário, mas, sim, como o conjunto de ações que levam à adequada realização de valores escolhidos pelo ordenamento social e traduzidos no ordenamento jurídico.

Logo após, foi considerada a questão da economia processual que consiste na obtenção do máximo de resultado possível com o menor esforço, buscando atingir o ideal de justiça rápida e barata.

No direito tradicional, esta questão pode ser encontrada em diversos artigos contidos no Código de Processo Civil, como se denota, por exemplo, do artigo 130, que autoriza o juiz a indeferir provas inúteis, que nada contribuem à boa instrução do feito.

No âmbito coletivo, o artigo 88 do Código de Defesa do Consumidor proíbe o exercício do instituto da denunciação da lide fazendo com que o consumidor não seja compelido a suportar, na sua ação indenizatória, uma ou várias lides secundárias, como no caso da pretensão de denunciação entre vendedor e o fabricante, entre este e o fornecedor de matéria-prima, tornando a proteção objetivada em demora e angústia pela sua efetivação.

Também, a questão do impedimento da extensão da coisa julgada coletiva em favor da pretensão individual pelos órgãos estatais busca deixar a lide coletiva à disposição dos mesmos. Em contrapartida, vem a economia processual limitar este poder, fazendo com que, em caso de existência de condenação, a sentença deva ser executada por todos os que se encontrem naquela situação, não havendo porque “arrumar desculpas jurídicas” para o não aproveitamento daquela carta de sentença.

Já, a preservação da isonomia material tem como tradução o dever de atuar nas ações coletivas de modo que as decisões sejam iguais, na medida de suas desigualdades, já que este é um elemento relevante desta parte do sistema. Não há sentido decisões diversas para os mesmos casos. Ainda mais tratando-se de questões coletivas.

Para se garantir um sistema processual coletivo eficaz, a prioridade no processamento de uma demanda coletiva é essencial, já que se trata de interesse social relevante de toda a coletividade e tendente à criar juízos especializados, tal como já existe no sistema tradicional, como o de família, sucessões, etc.

E com essa prioridade, busca-se a tão falada duração razoável do processo, ante os anseios da sociedade com a prestação eficaz da tutela jurisdicional, garantida constitucionalmente, por meio da Emenda Constitucional no. 45/2004, no artigo 5º., inciso LXXVIII: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantem a celeridade de sua tramitação”.

Com a máxima instrumentalidade, amplitude e utilidade da tutela jurisdicional coletiva busca-se solucionar a lide em um único processo evitando-se a proliferação de ações individuais e a ocorrência de situações conflituosas que possam gerar desequilíbrio e



insegurança na sociedade. Diante disso, a transferência *in utilibus* para o indivíduo atingido pelos efeitos da coisa julgada é seu reflexo.

Também conhecida por instrumentalidade das formas, a flexibilização e adequação da técnica processual tem como escopo fazer com que as formas não sejam excessivas ou “sufocadoras” das ações coletivas, já que se ocorrer, desvirtuará todo o sistema.

Diante disso, busca-se alcançar a verdade processual, devendo em seu processamento o magistrado determinar a produção de todas as provas pertinentes e relevantes, para que a tutela jurisdicional possa esgotar-se com a adequada apreciação do mérito, verificando-se a pacificação social com justiça.

Comumente conhecida como ativismo judicial a postura participativa do magistrado não deve ser rigidamente moldado no modelo do processo individual, já que por este princípio deve-se dar primazia à ação, assegurando o direito à um julgamento capaz de atender os anseios da pacificação social.

Passando-se à motivação específica de todas as decisões judiciais, notadamente quanto aos conceitos jurídicos indeterminados, este instituto de influência histórica na atividade do juiz, que é a motivação da sentença, já que após a Revolução Francesa, a obrigatoriedade do motivação da sentença passou a ser a principal forma de controlar e limitar os poderes do julgador, pois, até então, o poder concentrava-se no Executivo, em prejuízo do poder jurisdicional.

A motivação específica de todas as decisões judiciais, notadamente quanto aos conceitos jurídicos indeterminados não restringe ao juiz o dever de expor os motivos e razões de sua decisão. É mais que isto. É necessário deixar registrado cada ato, pois, posteriormente, caso seja necessário, a ordem cronológica dos fatos ficará mais clara para uma consulta ou mesmo prova.

O regramento da boa-fé e responsabilidade das partes, procuradores e demais sujeitos que atuam no processo coletivo, deverá ser observado, já que a boa-fé deve ser a finalidade perseguida por este tipo processual, que é o coletivo. Isto porque a lei exige que as partes exponham os fatos de forma leal e verdadeira, proibindo o uso de afirmações falsas ou enganosas que procurem induzir o julgador em erro. Este dever é imposto não apenas às partes, mas a todos aqueles que integram a relação processual.

Quanto à cooperação dos órgãos públicos na produção da prova, para a adequada satisfação da garantia de uma ação coletiva efetiva e justa, exige-se do Poder Público o oferecimento de mecanismo de satisfação concreta do direito.

De nada adiantaria todo um aparato judicial para examinar os fatos ocorridos se não existir instrumentos de realização material do comando judicial. Por isso, esta cooperação entre os órgãos públicos na produção e análise de provas exige, para a efetiva eficácia da ação coletiva, a devida cooperação, por meio de convênios, acordos, etc.

Com a não taxatividade do objeto e dos meios de tutela dos direitos e interesses coletivos, quanto ao acesso ao Judiciário e a produção das provas, busca-se garantir uma igualdade substancial das partes, já que o maior problema para o movimento da máquina judiciária são seus custos. Há a necessidade da contratação de advogados, do recolhimento das custas iniciais, bem como, caso necessário as recursais, além dos custos com eventual produção de provas.

A regra geral é a de que o autor custeie as provas, seja quando o mesmo postula, ou quando há determinação do juízo. Por sua vez, o réu deve responder pelas custas da prova necessária para comprovar suas alegações.

Ao contrário, nas ações coletivas, o autor não tem a obrigação de adiantar qualquer valor relativo a honorário advocatício, custas e demais encargos, salvo se atuar com má-fé. Não só o autor, mas o réu também pode ser responsabilizado em caso de litigância de má-fé.

Quanto a publicidade, é a mesma fonte de legitimidade e garantia de controle pelas partes e pela sociedade, das decisões judiciais. Tanto é assim que a regra é a publicidade dos atos judiciais, somente podendo ser restringida em caso de defesa de intimidade ou quando o interesse social o exigirem, conforme lição do artigo 5º., LX da Constituição Federal.

Já, para o sistema processual coletivo, faz-se necessária a efetivação deste princípio, mediante o qual o ficto conhecimento não pode dar lugar à efetiva publicidade e divulgação ampla das ações coletivas e dos seus principais atos processuais.

Cuidou-se também da questão da efetiva precaução que tem como tradução a prevenção, mas uma prevenção de forma “manca”, pois para prevenir deve-se conhecer o objeto ou o que se quer prevenir. Assim, a precaução apresenta uma inexistência de conhecimento prévio quanto ao objeto em estudo. Não se sabe a real amplitude do dano que poderá apresentar futuramente.

Já, a prevenção significa evitar o dano, mas de uma maneira consciente, pois há um conhecimento científico prévio acerca do objeto tratado. Exemplo disto é a preocupação do constituinte originário com o meio ambiente, consagrada no artigo 225 da Constituição Federal.

No entanto, existem casos em que nem sempre será possível prevenir ou precaver o dano. Daí advém a necessidade da reparação integral do mesmo, seja ele de caráter material ou moral.

Esta reparação, de preferência, deverá ser realizada de forma específica, ou seja, recuperar o objeto lesado, como, por exemplo, a cobertura vegetal de determinada área. No entanto, caso isto não seja possível, surge a figura do caráter ressarcitório da recuperação. Sabe-se que a indenização não tem o condão de recuperar o dano causado à sociedade, mas é uma forma de tornar possível a recomposição do que quer que seja. Tanto o dano material, como o moral devem ser recompostos.

A preferência da execução coletiva, assim, deverá ter aplicação imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais e de relevância social, política e jurídica da tutela dos direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos justificam esse princípio e demonstram sua relevância para o direito processual civil coletivo.

Não basta dar todo um tratamento diferenciado às ações coletivas se, no momento de sua satisfação, seu trâmite seja comum.

Com a aplicabilidade residual, limitada e condicionada do Código de Processo Civil, busca-se trazer consigo uma cláusula geral, não estabelecendo soluções legais *a priori*. A norma flexibiliza a interpretação do direito processual coletivo e transfere ao órgão jurisdicional a importante função de identificar qual é o regramento adequado para o caso.

Com a interpretação aberta e flexível das normas e conceitos positivados no âmbito coletivo, a rigidez e o formalismo deverão ser deixados de lado.

Todos esses princípios e o regramento específico foram construídos para tutelar as ações coletivas, devendo sempre estarem interligados, complementando-se, na medida que servem de base para a aplicação concreta das normas.

O julgador, no momento da aplicação do direito, da subsunção da norma ao fato concreto, deverá ater-se a este conjunto de regras para a efetivação dos interesses coletivos, já que o sistema de princípios e regras do direito processual tradicional é específico para as ações individuais.

Este aparato, caso assim possa dizer-se, dará sustentação as ações coletivas, que, em conjunto, observado e aplicado, realizará com plenitude o almejado fim, que é o próprio direito coletivo.

No capítulo segundo, passamos pela evolução histórica da composição de conflitos, até chegar aos dias atuais em que temos o Estado pacificador de qualquer lide à ele submetida.

Também expomos o instituto da coisa julgada para adentrarmos à norma do Código de Processo Civil que a regula pelo artigo 472 do Código de Processo Civil.

Defendemos que, com a entrada em vigor da Lei da ação popular, após, com a Lei do Mandado de Segurança, Lei da ação civil pública e Lei das ações coletivas, afirmamos que com a entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor, que deu maior efetividade ao processo coletivo, acabou por afastar-se da tradicional regra, qual seja, a de que a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros.

No capítulo terceiro, discorreremos sobre o regime da coisa julgada coletiva que não pode mais ser entendido nos mesmos moldes pelos quais foi previsto o tradicional, principalmente em relação às suas extensões subjetiva e objetiva para alcançar terceiros não participantes do processo coletivo.

Além disso, outro ponto que merece destaque é o problema da limitação territorial da extensão da coisa julgada previsto no art. 16 da Lei da Ação Civil Pública e no art. 2-A da Lei 9.494/97, cuja solução está longe de ser atingida, pois, mesmo com as severas críticas da doutrina, o Superior Tribunal de Justiça vem acatando tais preceitos.

Concluí-se, assim, que o tema em debate, além de apresentar questões polêmicas, ainda discutidas pela doutrina e jurisprudência, possui enorme relevância prática, pois, a extensão subjetiva da coisa julgada nas ações coletivas servem de parâmetro para a futura fase deste procedimento, qual seja, a liquidação e execução dos julgados, sem as quais a efetividade das normas coletivas não se fará plenamente.

Um ponto de destaque chega quando o objeto pode ser resolvido nos termos da jurisdição coletiva para evitar-se sua pulverização em múltiplas demandas.

Entendemos também que o alcance subjetivo da coisa julgada deverá ser extensivo à todos os lesados na situação existente, independentemente se favorável ou não, já que o fim maior é a ação coletiva em si considerada. Os problemas eventualmente existentes, com relação à desconfiança ou multiplicações de ações individuais para requerer a desconsideração ou eventual má-fé da tutela de alguma lesão, tendem a diminuir ao longo do tempo, fazendo com que a demanda coletiva baste para tutelar interesses individuais homogêneos.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Theorie der grundrechte**. Baden Banden, 1999.

ALMEIDA, Gregório de Assagra. **Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual**. São Paulo: Saraiva, 2003.

ALVIM, Eduardo Arruda. **Curso de Direito Processual Civil**. São Paulo: RT, 2000.

\_\_\_\_\_. **Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: RT, 2007.

ALVIM, Thereza. **O direito processual de estar em juízo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.

ARENDETT, Hanna. **Entre o passado e o futuro**. São Paulo: Perspectiva, 1979.

ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. **Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória – recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória: o que é uma decisão contrária à lei?** São Paulo: RT, 2001.

\_\_\_\_\_. **Fundamentos do Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 96, janeiro/2007, vol. 855.

ASSIS, Araken de. **Manual do processo de execução**. 7ª. ed. São Paulo: RT, 1997.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 8ª. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Ações coletivas na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Revista de Processo, 1991.

\_\_\_\_\_. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro, Forense, 1999.

\_\_\_\_\_. **Ainda e sempre a coisa julgada**. In: *Direito Processual Civil – ensaios e pareceres*. n. 5. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1971.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 21<sup>a</sup>. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **A Constituição aberta**. 2<sup>a</sup>. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional**. 11<sup>a</sup>. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos; GRAU, Nuria Cunill. (Org.). **O público não estatal na reforma do Estado**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 1999.

CALMON DE PASSOS, J. J.. **Comentários ao CPC**. vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 5<sup>a</sup>. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1995.

\_\_\_\_\_. **Princípios de Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 4<sup>a</sup>. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CAPPELLETTI, Mauro. **Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile**. Rivista de Diritto processuale. v.3. 1975.

\_\_\_\_\_. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.

\_\_\_\_\_. **The Florense access to justice Project**. Book 1. vol. I. General Report, 1998.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**. vol. 1. 2<sup>a</sup>. ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004.

CARVALHO, Eduardo Guimarães. **O negócio da terra**. Rio de Janeiro: UFRJ, 1991.

CARVALHO, José Murilo de. **Desenvolvimento de la cidadania en Brasil**. México: Fondo de Cultura, 1995.

\_\_\_\_\_. **Ciudadania na encruzilhada**. In: Bignoto, N. (Org). Pensar a República. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Ação Civil Pública**. 2ª. ed. Rio de Janeiro, Lúmen Juris, 1999.

CASTRO MENDES, Aluísio Gonçalves de. **O Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos: visão geral e pontos sensíveis**. Coordenação: Ada Pelegrini Grinover, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e Kazuo Watanabe. In: Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

COUTINHO, Carlos Nelson. **A democracia como valor universal**. Rio de Janeiro: Editora Salamandra, 1984.

CRUZ e TUCCI, José Rogério; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. (Org.). **Causa de pedir e pedido no processo civil: questões polêmicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 17ª. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

DIAS, Iberê de Castro. **Processo Civil**. vol. 1. Campinas: Millenium Editora Ltda., 2003.

DIDIER JUNIOR, Fredie. (Org.). et al. **Relativização da coisa julgada: enfoque crítico**. 2ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2006.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil – Processo Coletivo**. volume 4. Salvador-BA: Edições Podium, 2007

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

\_\_\_\_\_. **Relativizar a coisa julgada material**. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. São Paulo: Centro de Estudos, n. 55/56. janeiro/dezembro: 2001.

DIZ, Nelson Nascimento. **Apontamentos sobre a legitimação das entidades associativas para a propositura de ações coletivas em defesa de direitos individuais homogêneos de consumidores**. v. 350. p. 113-126. abr/mai. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Massachussets, 1980.

FALCÃO, Joaquim. **Conflito de direito de propriedade: invasões urbanas**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

FALCÃO NETO, Joaquim de Arruda. **Cultura jurídica e democracia: a favor da democratização do judiciário**. In: Francisco Weffort; Bolívar Lamounier (Org). Direito, cidadania e participação. São Paulo: T. A. Ediora, 1981

FRANÇOLIN, Wanessa de Cássia. **Ação civil pública: foco na responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado imobiliário (Lei 7.913/89)**. Revista de Processo. São Paulo. v. 33. n. 157. p. 243-260. mar. 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y grantias: la ley del más débil**. Madrid: Trotta, 1999.

\_\_\_\_\_. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FUX, Luiz. **Ideologia dos juizados especiais**. Revista de Processo. v. 22. n. 86. p. 204-214. abr/jun. 1997.

GARCIA, Emerson. **Dignidade da pessoa humana: referências jurídicas**. Revista da Faculdade de Direito da UFPR. v. 4. 2004.

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

\_\_\_\_\_. **Notas críticas al Anteproyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal**. México: Porrúa, 2003.

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

\_\_\_\_\_. **A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_. **Rumo a um Código de processo civil coletivo: a codificação das ações coletivas do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.



GIDI, Antonio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. **Código Modelo de Procesos Colectivos: un diálogo iberoamericano**. México: Porrúa, 2008.

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. **Ação popular: aspectos polêmicos: lei de responsabilidade fiscal, improbidade administrativa, danos causados por liminares e outros pontos relevantes**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Processual Civil Coletivo**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Processual Civil Coletivo**. 2ª. ed. São Paulo: SRS Editora, 2008.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros Editores,

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 6ª. edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

\_\_\_\_\_. **Novas tendências em matéria de ações coletivas nos países de *civil law***. Revista de Processo. São Paulo. v. 33. n. 157. p. 147-164. mar. 2008.

\_\_\_\_\_. **XIII Congresso Mundial de Direito Processual** – Salvador – Bahia, 16 à 21 de setembro de 2007 (Relatório científico). Revista de Processo. São Paulo. v. 33. n. 156. p. 151-173. fev. 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. et al. **Os processos coletivos nos países de *civil law* e *common law*: uma análise de direito comparado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

JUNQUEIRA, Eliana Botelho. **Acesso à justiça: um olhar retrospectivo**. Revista de Estudos Históricos. n. 18. 1996.

LACERDA, Galeno. **Ação Civil Pública**. Conferência realizada em 17.10.1983 e publicada na Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul em 1986. n. 19.

LEHFELD, Lucas de Souza. **Modalidades de participação-cidadã nos diferentes contextos políticos**. In: Luiz Alexandre Cruz Ferreira. (Org.). *Hermenêutica, cidadania e Direito*. São Paulo: Millennium Editora, 2005.

LENZA, Pedro. **Teoria Geral da Ação Civil Pública**. 2ª. ed. São Paulo: RT, 2005.

\_\_\_\_\_. **Direito constitucional esquematizado**. 10ª. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual de Processo Coletivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença**. 3ª. ed. Tradução de A. Buzaid e B. Aires. Rio de Janeiro, Forense, 1984.

LIMA, Claude Silva. **O princípio da motivação das decisões judiciais: dispositivo constitucional controlado do arbítrio judicial**. Orientador: Prof. Dr. Antônio Cláudio da Costa Machado. Centro Universitário FIEO. Dissertação de mestrado. São Paulo: 2007.

LISBOA, Roberto Senise. **Contratos difusos e coletivos: consumidor, meio ambiente, trabalho, agrário, locação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

LOPES, João Batista. **Ação declaratória**. 5ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

LUCCHESI, Érika Rubião. **Relativização da coisa julgada: aspectos constitucionais e processuais e seus reflexos nas ações coletivas**. In: Wambier, Luiz Rodrigues. et al. (Org.). *As novas fronteiras do direito processual*. São Paulo: RCS, 2007. p. 165-226.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos; GABBAY, Daniela Monteiro. **Superação do Modelo Processual rígido pelo Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos à luz da atividade gerencial do juiz**. In: *Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MAIOLINO, Eurico Zecchin. **Coisa julgada nas ações coletivas**. *Revista de Processo*. São Paulo. v. 30. n. 123. p. 60-75. mai/2005.

MANCUSO, Rodolfo Camargo. **Ação Civil Pública**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_. **Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores: Lei 7.347/85 e legislação complementar**. 10ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_. **Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição coletiva e coisa julgada.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento.** São Paulo: RT, 2001.

MAURINO, Gustavo; NINO, Ezequial; SIGAL, Martín. **Las Acciones Colectivas.** Buenos Aires: Lexis Nexis Argentina, 2005.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Notas sobre a mitigação da coisa julgada no processo coletivo.** Revista de Processo. São Paulo. n. 125. jul. 2005.

\_\_\_\_\_. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses.** 19ª. ed. São Paulo: Saraiva: 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, hábeas data.** 18ª. edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MENDES, Gilmar Ferreira. et al. **Curso de direito constitucional.** 2ª. ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2008.

MEROI, Andrea A. **Procesos Colectivos: recepción y problemas.** Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2008.

MICHAELIS. **Moderno dicionário da língua portuguesa.** São Paulo: Malheiros, 1998.

MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário.** 5ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado da ação rescisória.** Campinas: Bestseller, 1998.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 13ª. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MOURA, Alexandrina Sobreira de. **Terra do mangue: invasões urbanas no Recife**. Recife: Fundação Joaquim Nabuco, 1990

NERY JUNIOR, Nelson. **O Processo Civil no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, no. 61, 1991.

\_\_\_\_\_; **Código de Processo Civil comentado**. 7<sup>a</sup>. ed. São Paulo: RT, 2003.

\_\_\_\_\_; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**. 10<sup>a</sup>. ed. São Paulo: RT, 2008.

\_\_\_\_\_; **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: RT, 2002.

\_\_\_\_\_. **Novo dicionário da língua portuguesa**. São Paulo: Editora Rideel, 2007.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **O Código de Defesa do Consumidor e sua interpretação jurisprudencial**. São Paulo: Saraiva, 1997.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. (Org.) et al. **Elementos para uma nova Teoria Geral do Processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

OLIVEIRA, Luciano. **Polícia e classes populares**. jan/jun. p. 85-94. Recife: Cadernos de Estudos Sociais, 1985

PLATÃO. **Diálogos**. A República. Tomo III. Editora Globo S.A.

PINHEIRO, Paulo Sérgio. **Transição política e não-Estado de direito no Brasil**. In: Pinheiro, P. S., Sachs, I. e Wilhelm, J. (Org). **Brasil: um século de transformações**. São Paulo: Companhia das letras, 2001. p. 290.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

\_\_\_\_\_. **Tratado da ação rescisória**. Campinas: Bookseller, 1998.

RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 4ª. edição anotada e atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 1980.

RIBEIRO, Orlando. **Coisa Julgada nas Ações Coletivas**. São Paulo: LTr, 1999.

RUSSOMANO, Rosah. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1970.

SADEK, Maria Tereza. (Org). **Acesso à justiça**. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **The law of the oppressed: the construction and reproduction of legality in Pasargada**. In: Law & Society Review. p. 5-126. Denver, 1977.

\_\_\_\_\_. **Discurso de poder**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1988.

SANTOS, Ronaldo de Lima dos. **Amplitude da coisa julgada nas ações coletivas**. Revista de Processo. v. 31. n. 142. dez. 2006.

SILVA, Cátia Aída. **A justiça em jogo: novas facetas da atuação dos Promotores de Justiça**. São Paulo: Edusp/Fapesp, 2001.

SILVA, Érika Barbosa e. **O vício existente na “coisa julgada inconstitucional”**. Revista de Processo. São Paulo. v. 32. n. 145. p. 83-105. mar. 2007.

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

SILVA, Marcelo Pereira da. **A coisa julgada nas ações coletivas**. Revista Direito em Foco. p. 76-98. Rio de Janeiro: Editora Impetus, ano 1. n. 2. jan/2006.

SOUZA, Motauri Ciocchetti de. **Ação civil pública e inquérito civil**. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_. **Interesses difusos em espécie: direito ambiental, direito do consumidor e probidade administrativa**. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 2ª. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2000.

TARREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco. **Autonomia privada e Princípios Contratuais no Código Civil**. São Paulo: RCS Editora, 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Princípios gerais do Direito Processual Civil**. Revista de Processo. n. 23. Ano 1981.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

\_\_\_\_\_. **Causa de pedir e pedido no processo civil: questões polêmicas**. SANTOS, José Roberto dos (Org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_. **Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada nas ações coletivas**. Revista de Processo. v. 143. p. 42-64. janeiro/2007.

VIANA, Flávia Batista. **Algumas considerações sobre as *class actions* norte-americanas (pequenos contrapontos com as ações coletivas brasileiras)**. Revista de Processo. São Paulo. v. 33. n. 159. p. 91-117. mai. 2008.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **A Lei 9.494, de 10 de setembro de 1997, e a nova disciplina da coisa julgada nas ações coletivas: inconstitucionalidade**. v. 745. São Paulo: RT, 1997.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Sentença Civil: liquidação e cumprimento**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

\_\_\_\_\_. **A Lei 11.232/2005, o direito intertemporal e a execução coletiva**. Revista de Processo. São Paulo. v. 32. n. 145. p. 337-358. mar. 2007.

WATANABE, KAZUO. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentados pelos autores do anteprojeto**. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992.

ZANETI JR., Hermes. **A efetividade do mandado de segurança coletivo no Código Brasileiro de Processos Coletivos.** In: Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

ZARIF, Cláudio Cintra. **Da coisa julgada nas ações coletivas.** Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: RT, v. 15. jul./set. 1995.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo – tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos.** São Paulo: RT, 2006.

ANEXOS



## ANEXO A – Capítulo II – item 238.

“Processual civil. Conflito de competência. Demandas coletivas promovidas contra a Anatel e empresas concessionárias de serviços telefone fixo comutado. Prorrogação dos contratos de concessão. Precedentes jurisprudenciais. 1. Ações coletivas principais e cautelares e ação popular, cujo escopo último é de ação transindividual nas quais se discutem cláusulas contratuais e a possibilidade de prorrogação do contrato de concessão, todas emergentes do contrato-base, consoante as regras da Anatel, aplicáveis a todos os concessionários. 2. Decisões conflitantes exaradas com grave violação à uniformidade das decisões, bem como aos princípios constitucionais da isonomia e da segurança jurídica. 3. A potencialidade de decisões finais contraditórias, posto conexas as ações, viabilizando a repetição incalculável de ações com regramentos díspares para as mesmas situações jurídicas, recomendam a reunião das ações. 4. As decisões conflitantes proferidas são fatores suficientes a determinar a reunião das ações, porquanto os juízes, quando proferem decisões inconciliáveis, firmam as suas competências, fazendo exsurgir a conexão e a necessidade de reunião num só juízo, caracterizando o conflito de competência do artigo 115, III, do CPC. (precedentes) 5. O dano tem natureza nacional, por isso que incide na hipótese o artigo 93, II, do Código de Defesa do Consumidor (CC 39.590/RJ, Rel. Ministro Castro Meira, DJ 15.09.2003). 6. O ideal jurisdicional é a função preventiva do Judiciário em evitar a multiplicação das ações conducentes a resultados inconciliáveis, o que ocorre *in casu*, em que se verifica que em cada ação há infirmação das regras básicas da Anatel, aplicáveis a todas as concessionárias, por isso que imperioso que em *unum et idem iudex* dê-se uma única solução para todas, tanto mais que o que caracteriza a conexão é a comunhão do objeto mediato do pedido, no caso *sub iudice*, o modelo contratual de concessão em si, por isso que as ações revelam os seguintes pedidos a saber: I - Ação Civil Pública n.º 2005.34.00.035391-1, distribuída em 01.12.2005 - 10h09min à 2.ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal: o Autor requer a concessão de liminar para que a Anatel suprima do contrato de concessão a possibilidade de cobrança pelas concessionárias da assinatura mensal básica para linhas residenciais e não-residenciais. No mérito, a declaração de nulidade e ilegalidade de ato da Anatel que incluiu a assinatura básica mensal no contrato de concessão a ser prorrogado, bem como ser a Anatel compelida a manter a prorrogação dos contratos, sem a inclusão da cobrança da assinatura básica mensal; II - Mandado de Segurança n.º 2005.34.00.035423-1, distribuído em 01.12.2005 - 13h26min à 6.ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal: o Impetrante requer a concessão de liminar para impedir a assinatura da prorrogação dos 70 contratos de concessão que passarão a vigorar a partir de 01.01.2006 ou, alternativamente, para (i) suspender a decisão que adiou a data para cumprimento pelas concessionárias da obrigação de proceder à medição por minuto e discriminar as chamadas locais nos termos do artigo 7.º, X, do Decreto 4733/03; e (ii) expurgar da cláusula 12 os 6% facultados às concessionárias sobre o reajuste da assinatura básica, autorizando-se apenas a aplicação do índice de correção monetária; III - Ação Civil Pública n.º 2005.34.00.035702-8, distribuída em 02.12.2005 - 17h43min à 8.ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal: o Autor requer liminarmente seja determinada à Anatel que (i) se abstenha de prorrogar os contratos de telefonia fixa e de longa distância; (ii) a realização de nova licitação dos contratos de telefonia fixa e de longa distância. No mérito, requer a confirmação da liminar pleiteada para determinar a realização de nova licitação nos contratos de exploração de telefonia fixa e de longa distância dos procedimentos de habilitação dos 70 contratos de concessão do STFC; IV - Ação Popular n.º 2005.34.00.036751-9, distribuída em 13.12.2005 - 17h10min à 9.ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal: pede-se a concessão de liminar para (i) suspender a decisão que adiou a data para cumprimento pelas concessionárias da obrigação de proceder à medição por minuto e discriminar as chamadas locais nos termos do artigo 7.º, X,

do Decreto 4733/03; e (ii) expurgar da cláusula 12 do contrato de concessão os 5% facultados às concessionárias sobre o reajuste da assinatura básica, autorizando-se apenas a aplicação do índice de correção monetária; V - Ação Civil Pública n.º 2005.34.00.036864-4, distribuída em 14.12.2005 - 13h26min à 17.ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal: pede-se a concessão de antecipação de tutela para (i) suspender a assinatura dos novos contratos de concessão, devendo a Anatel anular os contratos aprovados em 24.11.2005, e (ii) intervenção administrativa nas Concessionárias pela prática de infrações graves, inobservância das metas de universalização e infração da ordem econômica; VI - Ação Cautelar n.º 2005.61.00.027671-5, distribuída em 01.12.2005 - 12h11min à 20.ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado de São Paulo: o Autor requer a concessão de liminar para determinar que a Anatel exclua dos contratos de concessão (i) a cláusula 11.6, § 4.º, a expressão "mediante solicitação do assinante"; (ii) da cláusula 11.6, a totalidade do § 5.º, e (iii) da cláusula 12.1, o multiplicador (fator exclusão), de 10,5 da fórmula nela prescrita. Caso assim não entenda, requer a suspensão das referidas disposições contratuais até o julgamento final da Ação Civil Pública principal à cautelar; VII - Ação Civil Pública n.º 2005.61.00.027637-5, distribuída em 30.11.2005 - 17h08min à 6.ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado de São Paulo: os Autores requerem a concessão de tutela antecipada para que (i) da cláusula 12 dos novos contratos de concessão sejam expurgados os 6% facultados às concessionárias a serem aplicados sobre o reajuste da assinatura básica, autorizando-se apenas a aplicação de índice de correção monetária; (ii) seja determinado que a partir de 01.01.2006 as concessionárias passem a discriminar as chamadas locais para os consumidores que solicitarem, sob pena de não poderem cobrar os pulsos adicionais. No mérito, requereram (i) seja confirmada a tutela antecipada; e (ii) seja declarada a nulidade parcial da cláusula 12 do modelo de contrato de concessão constantes da Resolução 341/2003, determinando o expurgo de 6% facultado às concessionárias a serem aplicados sobre o reajuste da assinatura básica, autorizando-se apenas a aplicação do índice de correção monetária; VIII - Ação Civil Pública n.º 2005.72.15.000953-0, distribuída em 15.12.2005 - 18h47min à Vara Federal de Brusque, da Seção Judiciária do Estado de Santa Catarina: pedido de inclusão nos novos contratos de concessão da obrigatoriedade de se discriminarem as chamadas locais se assim solicitadas, restando concedida a medida liminar pleiteada; IX - Ação Civil Pública n.º 2005.51.01.025516-0, distribuída em 02.12.2005 - 17h02min à 10.ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro: o Autor requer a concessão de liminar para que a Anatel se abstenha de prorrogar os contratos de concessão com as empresas que exploram o sistema telefônico nacional, em razão do não-cumprimento das metas de universalização e lesões causadas aos usuários dos serviços, pleiteando, o mérito, seja impedida a prorrogação dos contratos de concessão; X - Ação Civil Pública n.º 2005.51.01.027352-5, distribuída em 19.12.2005 - 16h30min à 10.ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro: o Autor requer seja deferido liminarmente (i) que a Anatel determine às concessionárias do STFC que passem a efetuar a cobrança pelo serviço efetivamente prestado, pelo tempo efetivamente usado no serviço prestado; (ii) declare a ilegalidade da utilização do pulso como meio de cobrança do STFC; (iii) que as concessionárias cumpram o disposto na cláusula 10.6 dos contratos de concessão de 1998, impedindo-se a prorrogação dos contratos de concessão na forma estabelecida pela Anatel; XI - Ação Civil Pública n.º 2006.51.01.000124-4, distribuída em 09.01.2006 - 16h16min à 10.ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro: o Autor requer liminarmente (i) seja o CADE instado a iniciar o procedimento tendente a extinguir os monopólios privados do STFC, sob pena de multa de 20 milhões de reais por mês; (ii) inicie a Anatel procedimento adequado à decretação de caducidade dos contratos de concessão, sob pena de multa de 20 milhões de reais por mês, impedindo-se a prorrogação dos atuais contratos; XII - Ação Civil Pública n.º 2006.51.01.001244-8, distribuída em 23.01.2006 - 16h16min à 10.ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado do

Rio de Janeiro: o Autor requer liminarmente (i) que a Anatel reveja as tarifas autorizadas nos contratos de prorrogação, procedendo-se à divisão da tarifa cobrada por pulso por 4 (quatro), sob pena de multa de 10 milhões de reais a partir do 5.º dia em que for cientificada a ordem judicial; (ii) seja declarado abusivo e ilegal o novo sistema de cobrança por pulso, impedindo-se a prorrogação dos atuais contratos; e XIII - Ação Civil Pública n.º 2005.51.01.024929-8, distribuída em 25.11.2005 - 17h12min à 12.ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro: o Autor requer a concessão de medida liminar de forma que (i) a cobrança de serviços prestados pelas concessionárias não seja feita de forma genérica por toda a população; (ii) seja obedecido o disposto na cláusula 10.6 dos contratos-padrão de 1998, impedindo-se a prorrogação dos contratos de concessão na forma estabelecida pela Anatel. 7. A Corte Especial, percorrendo o mesmo raciocínio diante de ações individuais e coletivas que se voltavam contra a prorrogação dos contratos de concessão com a Anatel, decidiu em suspensão de segurança confirmada pelo AgRg na SLS 250-MS, que antevendo a conexão e a possibilidade de decisões contraditórias deve haver a reunião das ações no foro do Distrito Federal se o suposto dano é nacional. 8. A continência é uma espécie de conexão por que a infirmação do contrato no seu todo ou de algumas cláusulas implica assentar que a pretensão se volta contra a prorrogação total ou parcial do vínculo. 9. Por fim, a decisão que altera contratos de concessão com a Anatel apenas em relação a algumas operadoras, restando incólume o vínculo em relação às demais, viola o princípio constitucional da isonomia, além de propiciar decisões contraditórias e repetição avassaladora de ações. 10. O conflito de competência, em regra, não ostenta caráter prospectivo para incluir no Juízo conexo eventuais ações futuras. 11. Ressalva do ponto de vista do Relator porquanto à luz do entendimento a *contrario sensu*, as ações instauradas após o conflito e ainda não julgadas devem ser submetidas ao *unum et idem iudex*, cumprindo as finalidades do instituto que é a de evitar, a qualquer tempo, decisões contraditórias. Deveras, na Reclamação 2.259-PA, no voto-vista proferido pelo E. Ministro João Otávio de Noronha, assentou-se que nas ações com escopos transindividuais, o Juízo deve ser sempre universal. 12. Inviabilidade do atendimento da pretensão da suscitante relativamente às eventuais ações conexas a serem propostas, já que referido pleito não se subsume ao disposto no art. 115 do CPC, razão pela qual nesta parte vencido o E. Relator, que admite a prevenção do juízo para as ações futuras até que o juízo preventivo mantenha a sua competência. 13. Conflito de competência conhecido para firmar a competência do Juízo Federal preventivo pela propositura da segunda ação, o Juízo da 6.ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, tendo em vista a extinção sem resolução do mérito da primeira ação (Súmula 235 do STJ), na forma do disposto nos artigos 109, I, da CF/1988 c.c. artigo 93, II, do CDC c.c. artigo 2.º, § único da Lei 7.347/85, excluídas as ações conexas que venham a ser propostas. (precedentes: CC 39.063-PE, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 29.03.2004; AgRg no CC 58.229-RJ, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 05.06.2006; EDcl no CC 403-BA, Rel. Min. Antônio Torreão Braz, DJ 13.12.1993; CC 41.444-AM, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 16.02.2004; CC 39.590-RJ, Rel. Min. Castro Meira, DJ 15.09.2003”).