

FELIPE BITTENCOURT POTRICH

**A LIMITAÇÃO TERRITORIAL DA COISA JULGADA NAS
SENTENÇAS COLETIVAS**

**CURITIBA
2003**

FELIPE BITTENCOURT POTRICH

**A LIMITAÇÃO TERRITORIAL DA COISA JULGADA NAS
SENTENÇAS COLETIVAS**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção de grau de Bacharel em Direito, Curso de graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Luiz Guilherme Bittencourt Marinoni

Co-orientador: Prof. Sérgio Cruz Arenhart

**CURITIBA
2003**

À minha família, fonte de apoio e
motivação para minhas conquistas.

SUMÁRIO

| | |
|--|----|
| LISTA DE ABREVIATURAS | v |
| RESUMO | vi |
| 1. INTRODUÇÃO | 1 |
| 2. SURGIMENTO DOS SUJEITOS COLETIVOS DE DIREITO – UMA NOVA REALIDADE SOCIAL | 04 |
| 3. INTERESSES TUTELÁVEIS COLETIVAMENTE | 09 |
| 3.1. Noção de Interesse..... | 09 |
| 3.2. Interesse Público e Privado..... | 11 |
| 3.3. Interesses Difusos, Coletivos e Individuais | |
| Homogêneos..... | 12 |
| 3.3.1. Interesses difusos..... | 14 |
| 3.3.2. Interesses coletivos..... | 18 |
| 3.3.3. Interesses individuais homogêneos..... | 18 |
| 4. COISA JULGADA | 22 |
| 4.1. Conceito e Fundamento..... | 22 |
| 4.2. Limites Objetivos e Subjetivos da Coisa Julgada..... | 25 |
| 4.3. Necessidade de adaptação ante os Interesses | |
| Metaindividuais..... | 27 |
| 4.4. A solução adotada pelo Código de Defesa do | |
| Consumidor..... | 29 |
| 4.5. Sistema legal brasileiro – o microssistema da Coisa | |
| Julgada nas Sentenças Coletivas..... | 32 |
| 4.6. A disciplina da Coisa Julgada no Código de Defesa do | |
| Consumidor..... | 35 |
| 4.6.1. Interesses superindividuais..... | 36 |
| 4.6.2. Interesses individuais homogêneos..... | 40 |
| 5. POTENCIALIDADE SOCIAL DAS TUTELAS COLETIVAS | 41 |
| 5.1. Os Escopos do Processo..... | 41 |
| 5.2. A Relevância Social nas Ações Coletivas e os Escopos | |
| do Processo..... | 44 |

| | |
|---|----|
| 6. A IMPROPRIEDADE DA LIMITAÇÃO TERRITORIAL DA COISA JULGADA COLETIVA | 48 |
| 6.1. Limitação Territorial da Coisa Julgada e Técnica | |
| Processual..... | 49 |
| 6.1.1. Confusão entre limites subjetivos da coisa julgada e competência territorial..... | 49 |
| 6.1.2. Limites de competência territorial estabelecidos pelo Código de Defesa do Consumidor..... | 50 |
| 6.1.3. Norma processual desarticuladora do direito material – a questão da instrumentalidade..... | 52 |
| 6.1.4. Irrazoabilidade..... | 53 |
| 6.2. Inconstitucionalidades..... | 54 |
| 6.2.1. Instituição via medida provisória..... | 54 |
| 6.2.2. Infringência ao princípio do acesso à justiça..... | 55 |
| 7. CONCLUSÕES | 57 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 62 |

LISTA DE ABREVIATURAS

- CDC - Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90)
- CF - Constituição Federal
- CPC - Código de Processo Civil (Lei 5.869/73)
- LACP - Lei de Ação Civil Pública (Lei 7.347/85)

RESUMO

A pesquisa científica ora intitulada “A Limitação Territorial da Coisa Julgada nas Sentenças Coletivas” tem por fito a análise do instituto da coisa julgada na seara dos interesses metaindividuais, com foco principalmente no impacto e nas conseqüências capazes de serem geradas pelo atual artigo 16 da Lei 7.347/85, que busca limitar a decisão e a imutabilidade de seus efeitos ao âmbito territorial da competência do órgão prolator da sentença. Para tanto, traça-se inicialmente um aparato histórico das coletividades e suas manifestações jurídicas, passando-se então ao estudo dos diversos tipos de interesses metaindividuais, que se encontram divididos em difusos, coletivos e individuais homogêneos. Em seguida, procede-se à análise da disciplina tradicional da coisa julgada em seus aspectos mais problemáticos no âmbito coletivo, adentrando desde logo na disciplina coletiva da coisa julgada. A seguir, trata-se brevemente da teoria dos escopos do processo, buscando o cotejo destes com a relevância social que apresentam as ações coletivas, destacando a influência que esta relevância deve ter no âmbito processual. Por fim, conclui-se com o exame da limitação territorial da coisa julgada pretendida pelo referido artigo 16 da Lei 7.347/85, refutando-a por razões éticas, de técnica processual e constitucionais. A motivação para a elaboração deste estudo advém especialmente da total impropriedade que o dispositivo em questão representa ante o atual estágio de desenvolvimento da ciência processual, que busca cada vez mais a adequação do processo à realidade que lhe é apresentada.

Palavras-Chave: 1-Ações coletivas 2-Coisa julgada 3-Limitação territorial 4-Órgão prolator da sentença

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico tem por finalidade analisar as peculiaridades da disciplina da coisa julgada nas sentenças proferidas em sede de ações coletivas, principalmente no que tange à tentativa de restrição territorial do julgado aos limites de competência do órgão prolator da decisão, a partir da visão da importância social de que se revestem estas ações.

O advento da ideologia individualista trazida pelas Revoluções Liberais dos séculos XVII e XVIII influenciaram profundamente o modo de pensar das pessoas, ressaltando seus valores individuais e destacando-as como seres isolados e independentes umas das outras.

Ocorre, no entanto, que na realidade o homem nunca deixou de ser social, buscando sempre nos grupos (familiares, de trabalhadores, de consumidores, etc.) a força que lhe falta individualmente. As necessidades, os interesses coletivos portanto, nunca deixaram de existir, apenas encontravam-se ocultos pela imersão dos sujeitos na ideologia individualista.

Nos dias atuais, o contexto produzido pela veloz intensificação das relações sociais, geradora de uma sociedade de massas, e pelo ganho de espaço dos discursos acerca dos direitos humanos (de onde advém por exemplo o direito ambiental, de suma importância na seara dos interesses metaindividuais) foi quem fez emergir novamente o sentido coletivo dos sujeitos, fazendo com que passassem a se reunir em torno de interesses comuns, originando um sem número de coletividades.

Todas estas coletividades surgem como uma nova realidade social, apresentando interesses que exigem tutela jurídica adequada, ora pela vulnerabilidade que apresentam, ora por sua vultuosidade, ora pela importância do bem a ser protegido, tais quais os indivíduos considerados de *per si* exigem proteção estatal aos seus interesses. É exatamente neste ponto que reside um dos “nós” deste estudo.

Todo nosso direito e nosso atual Código de Processo Civil são frutos e estão profundamente impregnados pela ideologia individualista da Idade Moderna. Desta maneira, todos os institutos processuais estão voltados à uma parte una, individual, mostrando-se inadequados ao atendimento das peculiaridades que apresentam as demandas coletivas.

Uma destas principais peculiaridades é exatamente a questão da coisa julgada, pois nas ações coletivas os indivíduos que compõem a coletividade não podem participar diretamente do processo, sendo representados. O problema reside exatamente nesta impossibilidade, na medida em que a disciplina tradicional do sistema jurídico brasileiro não admite a incidência dos efeitos da coisa julgada sobre aqueles que não participaram do processo.

Diante deste impasse, a doutrina eficientemente conseguiu desenvolver técnicas de adaptação do instituto a partir do reconhecimento gradual do sujeito coletivo de direito como nova realidade social a ser tutelada pelo direito. No entanto, tão logo o problema parecia encaminhar-se para uma solução, eis que surge um dispositivo legal em sentido precisamente contrário à evolução da sociedade e da ciência processual e jurídica: o atual artigo 16 da Lei 7.347/85.

É neste outro ponto que reside o segundo “nó” do presente estudo. O referido dispositivo busca vincular os limites da coisa julgada e dos efeitos da sentença ao âmbito territorial de competência do órgão prolator da decisão coletiva, de modo que apenas os membros da coletividade que residam no local possam beneficiar-se, cindindo o sujeito coletivo de direito.

À primeira vista pode parecer que a modificação não se reveste de maiores perigos. No entanto, a situação muda de figura quando imaginamos as situações inconcebíveis que ela pode gerar. Neste sistema, seria possível, por exemplo, a decisão de um juízo paranaense sobre uma empresa que atua em todo Sul do Brasil, no sentido de que sua atividade é nociva à saúde da população, e outra de um juízo gaúcho, no sentido de que ela não é nociva. Desta forma, estaríamos a admitir uma saúde paranaense e uma saúde gaúcha, o que é absurdo.

Assim, resta nítido o problema: de um lado, temos a necessidade de tratamento coletivo dos direitos, que se afigura como realidade social a exigir tutela adequada do direito, não admitindo cisão do sujeito coletivo de direito. De outro, temos um retrocesso no reconhecimento desta realidade, mas um retrocesso chancelado pelo poder legislativo, e portanto, ao menos em princípio, legítimo sob o prisma jurídico. Em outras palavras, não se pode ignorar a lei, mas também não se pode ignorar a realidade social que se agiganta sob nossos olhos.

Para a resolução do problema, faz-se necessário primeiramente, um estudo histórico-filosófico das coletividades e seus interesses jurídicos, de maneira que possamos identificar a real influência e importância daquelas na sociedade atual. Logo depois, passaremos à análise dos diversos tipos de interesses metaindividuais, visto que cada um deles requer disciplina jurídica específica quanto à coisa julgada. A seguir, trataremos do instituto da coisa julgada tradicional, mas apenas nos pontos suscetíveis de alteração pelo regime coletivo, abordando este último integralmente logo em seguida. Tratados estes temas, torna-se necessário então fazermos uma incursão pela teoria dos escopos do processo, destacando a influência que a relevância social presente nas ações coletivas deve ter no processo, para ao final examinarmos a questão da limitação territorial da coisa julgada coletiva com a devida consciência do contexto em que está inserida e posicionarmo-nos acerca de sua prevalência ou não.

2. SURGIMENTO DO SUJEITO COLETIVO DE DIREITO – UMA NOVA REALIDADE SOCIAL

O estudo do tema do tratamento coletivo de direitos, e por conseguinte da disciplina da coisa julgada nas sentenças coletivas, na medida em que está inserida naquele, requerem necessariamente uma visão histórico-filosófica do instituto das ações coletivas até os dias atuais, de modo que se possa vislumbrar de maneira esclarecida a latente necessidade de tutela dos interesses metaindividuais.

Márcio Mafra LEAL (1998, p. 21-38), tomando como fonte a obra “*From Medieval Group Litigation to the Modern Class Action*”, de Stephen Yeazell, traça o peculiar panorama histórico das ações coletivas.

Destaca o autor que a Europa Medieval do século XII já apresentava várias situações em que comunidades organizadas litigavam em defesa de seus direitos, apresentando como primeira manifestação deste evento que se tem notícia um caso de 1179, em que os aldeões da vila de Rosnysous-Bois reivindicaram aos seus senhores, o abade e os clérigos de Santa Genoveva em Paris, a libertação da condição de servos.

Outro marco histórico do surgimento das ações coletivas, apontado como o primeiro pela maioria da doutrina, seria o *bill of peace*, que consistia em uma autorização para processamento coletivo de uma ação individual e era concedida a requerimento do autor para que a decisão englobasse os direitos de todos os que estivessem envolvidos no litígio. O *bill of peace* no entanto só vem a surgir no século XVII.

Cabe destacar a peculiar conformação da sociedade na época medieval. A inserção do indivíduo no todo orgânico de determinada comunidade era natural, de maneira que ele não era considerado como “parte” dela, mas como a própria, estando indissociavelmente ligados, de modo que se tornava normal que ela se fizesse representar tacitamente por um ou alguns de seus membros. Como assevera Márcio Mafra Leal transcrevendo passagem da obra de Norbert Elias:

“A maneira acrítica como o termo ‘indivíduo’ é usado na conversação nas sociedades mais desenvolvidas de nossa época para expressar a primazia da identidade-eu pode levar-nos a presumir, equivocadamente, que essa ênfase seja a mesma nas sociedades em todos os estágios de desenvolvimento e que tenham existido conceitos equivalentes em todas as épocas e línguas. Não é o caso (...) A idéia de um indivíduo sem grupo, de uma pessoa tal como seria se fosse despojada de toda a referência ao nós (...), essa idéia ainda estava em boa medida abaixo da linha do horizonte na práxis social do mundo antigo” (LEAL, 1998, p. 26).

Nesta fase, portanto, embora já existissem ações com feições coletivas, não havia discussão acerca da representatividade, porque presente um membro da coletividade no litígio, ela também se fazia presente.

Por outro lado, como os problemas da representatividade e da coisa julgada nas ações coletivas se interligam, em função das garantias que temos hoje (que sequer existiam nesta época) no sentido de somente poderem sofrer seus efeitos aqueles que participarem do processo (vide item 4.3, *infra*) ou, nos moldes da lei brasileira sobre o assunto, forem adequadamente representados, muito menos ainda se podia dela cogitar.

De fato, o problema da representatividade viria a derivar do futuro individualismo abraçado pela ideologia liberal da Idade Moderna e tornado dominante por ocasião da ascensão burguesa ao poder. Conforme a lição de Márcio Mafra LEAL (1998, p. 28), “a concepção do indivíduo autônomo em face da comunidade a que pertence e a idéia de direito subjetivo passam a exigir um título e uma teoria que fundamente a possibilidade de que o autor represente os demais indivíduos ausentes da relação processual”.

Ao individualizar os sujeitos, a sociedade burguesa somente passa a admitir como sujeitos de direito, no âmbito particular, as pessoas naturais e as pessoas jurídicas e, no âmbito público, os entes estatais. Apenas estes podem ser representados em juízo, de forma que aqueles corpos sociais intermediários sem personalidade jurídica, que não se configuram nem como particular e nem como Estado, passam a ser impossibilitados de atuarem como sujeitos do processo.

Por influência desta forma individualista de pensar que condicionou a mente dos sujeitos e, em última instância, determinou a impossibilidade de representação recém referida, os movimentos coletivos deixaram de ser sentidos em âmbito jurisdicional, sendo que “a partir daí [século XIX], as ações coletivas foram rareando até se chegar a um período de ‘hibernação’ na utilização do instrumento, até sua redescoberta, ou melhor, sua revitalização na versão americana no século XX” (LEAL, 1998, p. 31).

Esta revitalização se deu especialmente em um contexto de aumento geométrico das relações entre os sujeitos (sejam políticas, culturais, econômicas), de modo que se pode falar hoje em relações de massa e de valorização dos direitos humanos, que terminaram por culminar no reconhecimento de novos direitos aos indivíduos. Por conta deles, agrupa-se o homem de hoje cada vez mais em incontáveis classes e categorias em razão de sua raça, sexo, religião, nível social, condição de consumidor ou de exposição à poluição.

Estas classes ou grupos constituem-se, a princípio, em entidades despidas de personalidade jurídica e portanto insuscetíveis de serem representadas juridicamente. No entanto, urge em nossos tempos “... a busca de um instrumento jurídico que possibilite a *representação* do grupo circunstancial em juízo e de uma forma processual em que a decisão final vincule todo o segmento social representado” (LEAL, 1998, p. 33), visto que seus componentes em regra apresentam-se em situação de vulnerabilidade e agregam-se justamente buscando força no corpo social.

É de extrema importância, nesta fase do estudo, resgatarmos a posição do instituto do sujeito de direito face a este contexto.

Michel MIAILLE (1994, p. 114-121), em análise sobre o referido instituto, parte da premissa de que o individualismo advém de uma necessidade de viabilização do modo de produção capitalista. Os antigos servos precisavam ser libertados, para que aparentemente livres buscassem vender sua força de trabalho. Era preciso então, arrancá-los totalmente do sistema antigo e impossibilitá-los de tornarem-se donos do capital, isolando-os de tal maneira que se vissem obrigados economicamente a fazê-lo.

A solução para este problema foi a individualização dos sujeitos, tornando-os todos livres e iguais.

Ilustrativo a este respeito é o exemplo, dado pelo autor, do movimento de demarcação das terras ocorrido na Inglaterra a partir do século XVI, que as tornou objeto comercial, fazendo com que o término da coletivização da gleba acabasse por expulsar os camponeses. Privados de seu meio de subsistência, restava a eles aglomerarem-se ao redor das indústrias nos meios urbanos vendendo sua força de trabalho.

Esse processo de atomização dos sujeitos acabaria por culminar, no plano jurídico, na instituição do sujeito de direito.

Assim, pode-se dizer que o instituto do sujeito de direito foi essencial para a viabilização, no plano jurídico, do modo de produção capitalista. No entanto, mostra-se hoje como elemento inviabilizador da tutela coletiva dos direitos, pois é causa do obstáculo que constitui o problema da representatividade, na medida em que impossibilita que o ente coletivo seja representado em juízo e obtenha uma decisão vinculadora de todos os seus membros. No mesmo sentido, assevera Paulo Valério Dal Pai MORAES (2002, p. 56): “o mesmo instituto do ‘sujeito de direito’, com sua base filosófica individualista, de maneira semelhante foi usado em nível jurídico-processual, como forma de neutralizar os incômodos que a larga utilização de ações coletivas trazia àqueles que abusavam de maneira coletiva ou massificada”.

Mas por curioso que possa parecer, a saída para a possibilidade de tutela coletiva dos direitos metaindividuais parece residir no próprio caráter funcional que adquiriu ao viabilizar o liberalismo. Segundo Michel MIAILLE (1994, p. 116), declarar que todos os indivíduos são livres e iguais “... não constitui um progresso em si. Significa tão-somente que o modo de produção da vida social mudou”.

Desta maneira, não há como se considerar a instituição do sujeito de direito como um valor em si. Diante da necessidade de sua flexibilização para permitir o emergir jurisdicional dos anseios sociais de massa a concepção de sujeito de direito há

de sucumbir, precisamente para ceder espaço a um novo sujeito, o sujeito coletivo de direito.

A título de conclusão parcial do trabalho e fecho deste capítulo, podemos dizer que a necessidade de tratamento coletivo dos direitos sempre existiu; o que se mostra como novo é a redescoberta desta necessidade, derivada do emergir gradual da consciência dos sujeitos da teia ideológica individualista. É esta nova consciência da imprescindibilidade da tutela coletiva que se afigura como uma nova realidade social a merecer a atenção do direito e ensejar a adaptação de seus institutos. Ela toma uma feição específica em contraposição ao sujeito de direito, na medida em que reclama a uma massa amorfa de indivíduos a possibilidade de ter direitos e obrigações em âmbito processual. A esta massa amorfa podemos chamar de sujeito coletivo de direito.

3. INTERESSES TUTELÁVEIS COLETIVAMENTE

3.1. NOÇÃO DE INTERESSE

A noção do que seja interesse ainda é objeto de considerações doutrinárias, especialmente no que tange à sua diferenciação quanto à noção de direito subjetivo. Para nós, a discussão é relevante na medida em que o diploma legal que disciplina a coisa julgada em relação a todos os interesses metaindividuais é o Código de Defesa do Consumidor (vide item 4.5, *infra*), que utiliza a expressão “interesse” para referí-los.

CARNELUTTI¹, citado por MIRRA (1988, p. 72), define interesse como uma posição do homem favorável à satisfação de uma necessidade, relativamente a um determinado bem. Desde já, percebe-se que a definição do autor envolve toda e qualquer necessidade passível de satisfação por um determinado bem da vida, tratando-se de concepção bastante ampla.

Celso BASTOS (1981, p. 36-37) chama atenção para a amplitude da definição, dizendo que a noção de interesse envolve aspectos outros que não só jurídicos, como culturais, psicológicos, econômicos, etc. Para que esta gama de interesses difundidos na sociedade sejam relevantes juridicamente, é necessário que o direito volte seus sentidos a eles, considerando-os relevantes e conferindo-lhes proteção. A noção de interesse jurídico, portanto é mais restrita.

De outro lado, pode-se definir direito subjetivo como “... a faculdade reconhecida à pessoa, pela ordem jurídica, em virtude da qual o sujeito exterioriza sua vontade, dentro de certos limites, para a consecução dos fins que a sua própria escolha determine” (VON THUR, citado por BAPTISTA DA SILVA, 2000, p. 75-76).

Nesta esteia de raciocínio, pode-se afirmar que o interesse juridicamente relevante constitui-se sempre em núcleo de direito subjetivo, pois a “faculdade

¹ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Derecho Procesal Civil*. Trad. de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires, UTEHA, s/d, p. 11.

reconhecida à pessoa, pela ordem jurídica” nada mais é do que a proteção concedida pelo Estado a um possível interesse que determinado sujeito venha a ter. A exteriorização da vontade da pessoa é sempre impulsionada por um interesse seu.

Assim, os interesses em geral apenas passam a ser juridicamente relevantes quando tutelados pelo Direito, e em decorrência desta tutela, adquirem o *status* de direitos subjetivos.

Ora, se o interesse juridicamente tutelado transforma-se em direito subjetivo, cabe-nos indagar do motivo da utilização da expressão “interesses” metaindividuais, e não “direitos” metaindividuais.

Antonio Gidi, defende, acompanhado no mesmo sentido por juristas como Barbosa Moreira, Calmon de Passos e Kazuo Watanabe, que não há qualquer razão plausível para que se distinga entre “interesses” e “direitos subjetivos”, havendo que se ampliar a noção de direitos subjetivos para abarcar a nova realidade social e jurídica que configuram os direitos metaindividuais. Explica o autor a real razão da diferenciação:

“O que se percebe nas teorias daqueles que diferenciam o direito subjetivo do interesse superindividual é o ranço individualista que marcou a dogmática jurídica do século XIX: o preconceito ainda que inconsciente em admitir a operacionalidade técnica do conceito de direito superindividual. Isto porque os direitos superindividuais, pela indivisibilidade do seu objeto e ‘imprecisa’ determinação da sua titularidade, se não enquadrariam exatamente na rígida delimitação conceitual do direito subjetivo com fenômeno de subjetivação do direito objetivo” (GIDI, 1995, p. 17).

Considerando a posição do autor, temos que os interesses metaindividuais desfrutam, ou tem de desfrutar, da mesma posição privilegiada que a instituição do direito subjetivo alcançou com o desenvolvimento doutrinário, sob pena de se discriminá-los. Tratam-se de espécies do mesmo gênero e recebem o mesmo tratamento jurídico. Neste sentido, cabe destacar a posição de BARBOSA MOREIRA (1988, p. 114), quando diz inexistir “... princípio *a priori* segundo o qual toda situação jurídica subjetiva que se candidate à tutela estatal por meio do processo deva

obrigatoriamente exibir carta de cidadania entre os *direitos*, no sentido rigoroso da palavra”.

Em suma, carece de justificativa a terminologia adotada pela lei, fazendo distinção onde em realidade não deve haver. O termo “interesse” teria sido empregado pela falta de adequação da categoria direitos metaindividuais à rígida noção de direito subjetivo.

Ao nosso ver, haveria sentido na expressão diferenciadora empregada, mas apenas se ela fosse lida englobando todo o arcabouço teórico que justifica e privilegia a categoria dos direitos subjetivos, e caracterizada por um *plus*: a soma dos interesses individuais potencializada pela relevância social que o tipo de direito envolve (sobre a potencialização pela relevância social, MORAES, 2002, p. 80-85).

É pelo sentido de conscientização da relevância social presente nos interesses metaindividuais que julgamos guardar a expressão que a adotaremos no presente trabalho.

3.2. INTERESSE PÚBLICO E PRIVADO

Dentro de uma divisão clássica, por interesse público entender-se-ia aquele que guarda relação com o Estado, de titularidade deste, sendo o único que pode e deve perseguir sua satisfação. Interesse privado, por sua vez, seria aquele que concerne aos indivíduos, pessoas físicas ou jurídicas particulares, pertencendo a estas sua titularidade, sendo somente elas autorizadas a perseguir sua satisfação (cf. RÁO, 1960, p. 239-245).

Esta dicotomia rígida entre público e privado tem sua explicação na ideologia liberal dos séculos XVIII e XIX (cf. PRADÉ, 1987, p. 31-33), que difundiu o individualismo, isolando de um lado o Estado e de outro o indivíduo, de modo que qualquer categoria jurídica, e para ser mais abrangente, científica, girava em torno de um ou de outro.

Desta forma, nenhum sujeito intermediário era concebido entre estes dois entes ou, em outras palavras, qualquer interesse que não se configurasse como individual ou estatal não mereceria guarida do ordenamento jurídico. Como ressalta Álvaro Luiz Valery MIRRA (1988, p. 73), nessa concepção tradicional os conflitos de interesse somente podem se dar indivíduo *versus* indivíduo, indivíduo *versus* Estado e, acrescentando à concepção do autor, Estado *versus* Estado, nos modelos federativos.

3.3. INTERESSES DIFUSOS, COLETIVOS E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

Impulsionados pelas relações sociais em massa, surgem novos interesses que, não se encaixando na definição clássica de direito subjetivo, nem se configurando como interesses públicos (aqueles que o Estado elegeu mais relevantes para o atendimento das necessidades públicas), acabam por reivindicar seu lugar no ventre do ordenamento jurídico pela vultuosidade que adquirem. São os chamados interesses metaindividuais.

A doutrina os dividiu em três grandes grupos, não apenas por razões meramente teóricas, mas porque se apresentam de forma diversa no mundo fático, e por conta disto recebem tratamento jurídico específico.

Desde já cabe salientar a advertência feita por Antônio Gidi, no sentido de que é comum na doutrina aliar-se um fato a determinada categoria de interesse metaindividual (ex: publicidade a direitos difusos), como se este fosse critério de identificação da categoria a que foi vinculado (GIDI, 1995, p. 19-21).

A conjugação acima descrita é errônea, visto que de um mesmo fato podem destacar-se pretensões difusas, coletivas, individuais homogêneas e mesmo individuais particulares e de interesse público (exemplo das últimas é a proteção penal dos interesses metaindividuais, MAZZILLI, 1997, p. 6).

Para ilustrar a afirmação, Gidi imagina o caso de uma publicidade enganosa, em que uma empresa induz os consumidores a associarem um produto seu a outra empresa de renome. Deste fato, extrai pretensão penal, visto que a conduta é tipificada

no art. 66 do CDC como crime, pretensão difusa de se retirar a propaganda do ar, pretensões individuais homogêneas de ressarcimento do prejuízo daqueles que efetivamente o sofreram, e ainda pretensão individual da empresa concorrente para pedir indenização.

Caso concreto envolvendo interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos já foi objeto de apreciação pelo Superior Tribunal de Justiça, em decisão que a seguir transcrevemos em parte:

“PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO COLETIVA. CUMULAÇÃO DE DEMANDAS. NULIDADE DE CLÁUSULA DE INSTRUMENTO DE COMPRA-E-VENDA DE IMÓVEIS. JUROS. INDENIZAÇÃO DOS CONSUMIDORES QUE JÁ ADERIRAM AOS REFERIDOS CONTRATOS. OBRIGAÇÃO DE NÃO-FAZER DA CONSTRUTORA. PROIBIÇÃO DE FAZER CONSTAR NOS CONTRATOS FUTUROS. DIREITOS COLETIVOS, INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS E DIFUSOS. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE. DOUTRINA. JURISPRUDÊNCIA. RECURSO PROVIDO.

No caso em exame, o Órgão autor estabeleceu uma cumulação de três demandas. A primeira, visando à nulidade de cláusula inserida em contratos de promessa de compra e venda de imóveis que previa juros de 1% ao mês, uma vez que a ré não seria instituição financeira e, assim, somente poderia exigir juros depois de ter adimplido sua obrigação, o que se daria com a entrega da unidade imobiliária. A segunda, com o escopo de condenar a ré a indenizar os consumidores que teriam sido lesados pela aplicação da referida cláusula. A terceira, perseguindo uma obrigação de não fazer, ou seja, condenar a ré a não inserir nos contratos com ela firmados aquela cláusula de juros.

Em cada uma delas se vislumbra uma natureza distinta do direito.”(STJ - Embargos de Divergência em Recurso Especial n.º 141491 – Santa Catarina, Relator Ministro Waldemar Zveiter, jul. 01.08.2000).

Com efeito, na pretensão anulatória, está-se diante de interesse coletivo, haja vista a indivisibilidade do direito conferida por uma relação jurídica-base, qual seja a mesma vinculação contratual dos consumidores com a parte contrária, a incorporadora dos imóveis e construtora da obra. Na indenizatória, aflora-se o interesse individual homogêneo, dado que são interesses perfeitamente divisíveis, representados pelo dano que cada consumidor sofreu, e derivados de uma origem comum, a adoção da cláusula absolutamente nula. E na condenatória em obrigação de não fazer, o interesse difuso é incontestado, uma vez que na pretensão de compelir a alienante a não inserir nos contratos futuros a cláusula estão presentes os elementos da indivisibilidade e da

vinculação dos sujeitos por circunstância fática, qual seja a exposição à possibilidade de adesão aos contratos que a apresentem.

A seguir, define Antonio GIDI (1995, p. 21) qual deva ser o critério de distinção entre as categorias: o direito subjetivo violado. O faz em contraposição ao entendimento de Nelson Nery Júnior, que adota como critério o tipo de tutela jurisdicional pretendida. Justifica apontando especialmente a possibilidade de haver casos em que a tutela jurisdicional pretendida não caracteriza o direito material tutelado. E prossegue exemplificando: “a retirada da publicidade do ar e a imposição de contrapropaganda podem ser obtidas tanto através de uma ação coletiva em defesa de direitos difusos como através de uma ação individual proposta pela empresa concorrente, muito embora propostas uma e outra com fundamentos jurídicos de direito material diversos”.

Advertido o leitor, passemos a estudar as categorias de direitos metaindividuais, começando pela análise de suas características, para ao final, defini-los. Para tanto, necessário primeiramente, porque de ordem geral, destacar os três critérios de identificação dos interesses metaindividuais: “*subjetivo* (titularidade do direito material), *objetivo* (divisibilidade do direito material) e *de origem* (origem do direito material)” (GIDI, 1995, p. 22).

O critério subjetivo serve para diferenciar os próprios interesses metaindividuais dos direitos subjetivos no sentido clássico, porquanto presente nas três categorias destes interesses. Já a conjugação dos critérios objetivo e de origem serve para a caracterização de cada categoria em si. Passaremos a dissecar estes critérios nos três subcapítulos a seguir, ao tratarmos dos diversos tipos de interesses coletivos *lato sensu*.

3.3.1. Interesses Difusos

Os interesses difusos apresentam as seguintes características, segundo a definição do Código de Defesa do Consumidor (artigo 81, §único, inciso I):

a) *Transindividualidade*: dizer que tais interesses são transindividuais significa dizer que eles transcendem a esfera individual de cada sujeito componente da coletividade. Entretanto, de outro lado, também não correspondem à mera soma dos interesses individuais.

De fato, como observa Paulo Valério Dal Pai MORAES (2002, p. 80-85), à soma dos direitos individuais é acrescido o elemento relevância social. Merece menção o exemplo com o qual o autor ilustra a questão da transindividualidade, imaginado uma pessoa que dirige-se ao Ministério Público reclamando de infração a direito difuso e, após alguns dias, retorna desejando “retirar a queixa”, pois teria resolvido seu problema individual. Conclui que, pelo caráter da transindividualidade presente, afigura-se necessário dar prosseguimento ao caso, visto que a resolução de uma situação individualmente considerada pode não significar a cessação da conduta ilegal, e vir a ensejar novas denúncias.

A titularidade destes interesses não pertence a apenas um indivíduo em específico, mas à coletividade. Desta forma, a titularidade dos direitos transindividuais não é de uma pessoa física ou jurídica, mas de um ente sem personalidade jurídica, que podemos denominar genericamente como coletividade. Trata-se, portanto, como destaca Antonio GIDI (1995, p. 26), de se atribuir direitos subjetivos a um sujeito sem personalidade jurídica, o que a princípio pode ecoar como uma ruptura à cultura jurídica tradicional.

b) *Indivisíveis*: a característica da indivisibilidade pode ser sintetizada dizendo-se que a lesão ou a satisfação do interesse de um implica necessariamente a lesão ou satisfação do interesse de toda a coletividade (no mesmo sentido, BARBOSA MOREIRA, 1984a, p. 174) . É a impossibilidade da divisão em quotas atribuíveis individualmente a cada um dos interessados. Exemplo clássico é o da exposição pública de publicidade enganosa, induzindo consumidores a erro. A lesão que a propaganda causa não pode ser tomada apenas em relação ao direito de uma pessoa individualmente considerada. Estende-se a todos de forma necessária, assim como o provimento que vise tirá-la de circulação.

c) *Indeterminabilidade dos sujeitos*: Alguns autores ainda destacam como característica exclusiva dos interesses difusos, acompanhados da lei consumerista (art. 81, inciso I da Lei 8.078/90), a indeterminabilidade dos sujeitos, explicitando que esta decorrerá do fato “... de que todos os expostos à prática abusiva, mesmo desconhecidos, poderão se beneficiar do provimento jurisdicional...” (MORAES, 2002, p. 73).

Cabe neste ponto certo esclarecimento. Como anteriormente dito, a titularidade destes direitos pertence à coletividade. Esta coletividade pode ser formada por sujeitos determináveis ou indetermináveis, conforme seja possível identificar ou não seus componentes.

A nota da indeterminabilidade assim, não deriva, como registra Paulo Valério Dal Pai Moraes, da possibilidade de extensão do benefício do provimento jurisdicional a todos os expostos, mesmo que desconhecidos, porquanto esta seria apenas reflexo lógico da participação destes componentes na coletividade. A indeterminabilidade deriva sim, da impossibilidade de identificação dos sujeitos que compõem dita coletividade.

Devidamente estabelecido o que seja a característica da determinabilidade do sujeitos, entendemos que esta característica não pode ser considerada como inerente à generalidade dos interesses tratados neste subcapítulo. Basta pensar no caso recém referido da publicidade enganosa. O direito em questão (direito a informações corretas por parte do fornecedor) estende-se a todos que possuam aparelho de TV, que são sujeitos, pelo menos em tese, determináveis, e nem por isso o direito deixa de ser difuso.

Face à este raciocínio, alguém poderia objetar então que poderiam se tratar de interesses coletivos ou individuais homogêneos. No entanto, não há como sustentar referida idéia, pois o que realmente determina a natureza diversa dos interesses difusos, face aos coletivos, é a nota da união dos sujeitos por circunstâncias fáticas, como veremos adiante. Da mesma forma, o que determina a diferença dos primeiros em relação aos interesses individuais homogêneos é a nota da indivisibilidade.

Desta forma, a indeterminabilidade dos sujeitos está presente apenas em relação a alguns tipos de interesses difusos, notadamente naqueles que ensejam a busca à tutela de direitos que podem vir a ser violados (inibitória), como se verifica no caso do provimento judicial que proíbe determinada empresa de inserir cláusula considerada abusiva em contratos de massa que virão a ser firmados.

Como a nota da determinabilidade apresenta-se em parte dos interesses difusos e também nos dois demais tipos de interesses metaindividuais, a desconsideramos como critério identificador das categorias destes interesses, levando em consideração também o posicionamento de Antonio GIDI (1995, p. 22, nota 54):

“A questão da determinabilidade das pessoas que compõem a comunidade titular do direito difuso não somente é extremamente difícil e impossível em alguns casos, como é questão absolutamente irrelevante e dispensável para a sua efetiva proteção em juízo. Com efeito, que importância poderia ter para a tutela jurisdicional o conhecimento de quem – exatamente – comporia a comunidade violada por uma publicidade enganosa, pela emissão de gases tóxicos na atmosfera ou pela colocação no mercado de um produto nocivo à saúde?”

d) *Vinculação dos sujeitos por circunstâncias fáticas*: a nota comum aos indivíduos que formam a coletividade deriva de um fato que causa a lesão a um mesmo direito destes indivíduos, e que por conta disto passam a ser coletivamente considerados.

No entanto, cabe ressaltar a advertência feita por ARRUDA ALVIM (1991, p. 178): dizer que tais interesses derivam de um fato não significa que devem originar-se necessariamente de uma mesma circunstância, mas de circunstâncias “juridicamente equivalentes”, ainda que em condições de tempo e espaço diversos.

Assim, se uma mesma empresa polui o ambiente de localidades diversas da mesma forma, sendo que uma filial instalou-se em um dado ano e outra tempos depois, ainda assim trata-se do mesmo fato juridicamente relevante, qual seja o de agressão ao direito à higidez ambiental, e o interesse irá configurar-se como difuso.

Analisadas as características essenciais aos interesses difusos, pode-se defini-los como interesses transindividuais, de natureza indivisível, cujos sujeitos que

compõem a coletividade titular do interesse encontram-se vinculados por circunstâncias de fato.

3.3.2. Interesses Coletivos

Fixados os elementos típicos dos interesses difusos, torna-se mais simples a tarefa de conceituar o que sejam interesses coletivos, na medida em que estes também apresentam-se como transindividuais e indivisíveis.

O que diferencia esta categoria é o fato de os sujeitos componentes da coletividade titular do direito material encontrarem-se unidos entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica-base, e não por uma situação de fato comum. Pode-se citar como exemplos todos os casos em que uma empresa firma com seus clientes contratos massificados. Todos os clientes que assinaram o mesmo contrato estão ligados à empresa por uma relação jurídica-base.

A indivisibilidade neste caso poderia manifestar-se na medida em que a inserção de uma cláusula abusiva ou a determinação judicial de sua retirada afetam a todos os membros da coletividade indistintamente.

Desta forma, os interesses coletivos são interesses transindividuais, de natureza indivisível, cujos sujeitos que compõem a coletividade titular do direito encontram-se vinculados entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica-base.

3.3.3. Interesses Individuais Homogêneos

Os interesses individuais homogêneos não apresentam a nota da indivisibilidade, diferenciando-se por isso dos interesses difusos e coletivos. São características desses interesses:

a) *Transindividualidade*: Embora o CDC não mencione, entendemos que os direitos individuais homogêneos também guardem a nota da transindividualidade. Conforme Antonio Gidi:

“É imperativo observar que, ao contrário do que se costuma afirmar, não são vários, nem indeterminados, os titulares (sujeitos de direito) dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos. Há apenas um único titular – e muito bem determinado: uma comunidade no caso dos direitos difusos, uma coletividade no caso dos direitos coletivos ou um conjunto de vítimas indivisivelmente considerado no caso dos direitos individuais homogêneos.” (GIDI, 1995, p. 23).

Desta forma, o titular dos interesses individuais homogêneos não é um sujeito de direito individualmente considerado, pessoa física ou jurídica. Ainda que o sujeito individualmente considerado guarde consigo seu direito, podendo reclamá-lo sozinho a qualquer tempo, assim como também ocorre quanto aos direitos difusos e coletivos, eles somente adquirirão amplitude social quando homogeneamente considerados, e sua titularidade passará a ser da coletividade, que concederá por força de lei sua representatividade ao Ministério Público ou outra entidade representativa. A transferência da titularidade do indivíduo para o corpo social é o pressuposto para o tratamento coletivo.

b) *Divisibilidade*: O CDC também não menciona esta característica. Não obstante, ela se mostra presente, como demonstraremos.

Antonio GIDI (1995, p. 30) ressalta que “os direitos individuais homogêneos não são, em sua essência, direitos coletivos: são direitos individuais. Exatamente por isso são designados por Barbosa Moreira como ‘acidentalmente coletivos’, ao contrário dos direitos superindividuais (difuso e coletivo), que seriam ‘essencialmente coletivos’”.

De fato, a retirada de circulação de um anúncio publicitário ou a declaração de nulidade de uma cláusula de contrato massificado afetam automaticamente, e de forma natural, todos os indivíduos que tiveram seus direitos lesados por estes eventos, o que caracteriza a nota da indivisibilidade. Mas a condenação de uma empresa ao ressarcimento de danos causados a cada um de seus consumidores nada tem de

extensão automática e natural, sendo que esta difusão ocorre tão somente por determinação de lei.

Trata-se na realidade, de uma ficção jurídica, que aparece como pressuposto necessário ao tratamento coletivo dos direitos (GIDI, 1995, p. 30), de forma a atender objetivos como “outorgar resposta judiciária isonômica e unitária aos grandes conflitos de massa (...), coartar o tratamento processual atomizado de tais situações, pelo risco de decisões qualitativamente diversas, que acarretam injustiça às partes e descrédito na função judicial (...), contribuir, poderosamente, para a desobstrução do serviço judiciário (...)” e “conferir peso político maior às demandas coletivas” (cf. MANCUSO, 1997, p. 41).

Assim, afigura-se que os interesses individuais homogêneos são divisíveis, porque a lesão ou a satisfação do interesse de um não implica necessariamente a lesão ou satisfação do interesse de toda a coletividade.

c) *Origem Comum*: A lei consumerista registra como nota fundamental caracterizadora dos direitos tratados neste sub-ítem o fato deles originarem-se de uma fonte comum, “seja ela uma fonte jurídica (...) ou fática...” (MORAES, 1995, p. 74).

Desta forma, podemos subsumir o caractere origem comum ao critério de origem utilizado para distinguir os interesses difusos dos coletivos, pois os direitos individuais homogêneos podem advir tanto de uma circunstância fática como de uma relação jurídica comum aos membros da coletividade, do modo que podem conviver, ou melhor, originarem-se do mesmo evento, interesses individuais homogêneos e difusos, individuais homogêneos e coletivos, e até mesmo as três categorias simultaneamente, como vimos na parte geral do presente capítulo.

A homogeneidade presente nos interesses individuais homogêneos é que permite o tratamento coletivo dos direitos, “(...) porque as peculiaridades inerentes a cada caso concreto são irrelevantes juridicamente, já que as lides individuais, no que diz respeito às questões de direito, são muito semelhantes e, em tese, a decisão deveria ser a mesma em todos e em cada um dos casos” (GIDI, 1995, p. 30 a 31). E esta homogeneidade deriva precisamente da origem comum dos direitos.

Antonio GIDI (1995, p. 30) ressalta ainda que a homogeneidade é um conceito relacional, no sentido de que “não há um direito individual homogêneo, mas direitos individuais homogeneamente considerados”. Ou seja, considera-se um interesse individual homogêneo em relação a outro.

Analisados os elementos formadores dos interesses individuais homogêneos, podemos defini-los, assim, como interesses transindividuais, essencialmente divisíveis, formados por direitos que se originam de uma fonte comum, seja ela fática ou jurídica.

4. COISA JULGADA

No que concerne ao estudo da coisa julgada em matéria de sentenças coletivas, cabe antes de tudo esclarecer que serão estudadas aqui apenas as noções basilares sobre o que seja o instituto e seus limites subjetivos, já que o esgotamento da matéria tratada neste capítulo foge aos fins deste trabalho, e o estudo que ora propomos é suficiente para entender as adaptações feitas para o tratamento adequado das demandas coletivas.

4.1. CONCEITO E FUNDAMENTO

Pode-se identificar a coisa julgada como um tipo de estabilidade protetora daquilo que o juiz haja declarado como sendo a “lei no caso concreto” em um processo (cf. BAPTISTA DA SILVA, 2000, p. 484).

Não raros autores tentaram definir jurisdição, diferenciando-a de outros poderes, a partir da própria noção de coisa julgada, tomando-a como essência daquele poder estatal. Demonstrou Calmon de Passos, no entanto, “que a coisa julgada é uma questão de política legislativa, nada tendo que ver com a substância mesma do processo ou da atividade jurisdicional.” (GIDI, 1995, p. 6).

De fato, conforme ensina Ovídio BAPTISTA DA SILVA (2000, p. 40), jurisdição é a atividade estatal caracterizada pela aplicação da lei ao caso concreto por um terceiro imparcial, consubstanciado em uma autoridade estatal que tenha esta atividade de subsunção como dever específico de função.

Como se pode perceber, coisa julgada nada tem a ver com a essência da atividade jurisdicional. É sim, como veremos, apenas uma qualidade accidental que adquirem os efeitos da sentença, não se confundindo portanto com esta, e muito menos com a atividade jurisdicional, da qual a sentença resulta.

Ovídio traz uma definição aperfeiçoada de coisa julgada, acompanhando em parte Liebman, concebendo-a como uma qualidade que se ajunta ao efeito declaratório da sentença, tornando-o indiscutível nos futuros julgamentos (cf. BAPTISTA DA SILVA, 2000, p. 496).

Cabe destaque em dois pontos da definição adotada. LIEBMAN (1984, p. 54) é quem esclarece que a coisa julgada não é, como pregava a doutrina dominante, um efeito da sentença, porque é na verdade uma qualidade que adquirem estes efeitos.

Disso depreende-se que a coisa julgada não tem origem na sentença, como seus efeitos. O efeito constitutivo ou declaratório de uma sentença decorre de sua eficácia, ou seja, de sua aptidão a produzir tais resultados. Como assevera Ovídio BAPTISTA DA SILVA (2000, p. 491), a eficácia faz parte do próprio *ser* da sentença, da sua substância, de forma que uma sentença pode ser preponderantemente constitutiva ou declaratória, conforme possua eficácia constitutiva ou declaratória. Não há sentença, no entanto, que tenha “eficácia de coisa julgada”, porque esta decorre da lei, e não da sentença em si.

Barbosa Moreira, por sua vez, nota que esta qualidade não se ajunta ao conteúdo e a todos os efeitos da sentença, mas apenas ao efeito declaratório, visto que os demais efeitos são perfeitamente modificáveis pela vontade das partes (*ibidem*, p. 495).

A doutrina costuma identificar dois tipos deste fenômeno preclusivo: a coisa julgada formal e a coisa julgada material.

A primeira seria representada pelo esgotamento dos meios recursais, verificando-se quando a sentença não mais esteja sujeita a recurso ordinário ou extraordinário, gerando **imutabilidade da sentença no processo** em que foi proferida, e apenas para este processo. Esta ocorre em todas as sentenças (DAWALIBI, 2002, p. 571), podendo-se considerá-la como pressuposto para a formação da coisa julgada material.

Já a segunda, por sua vez, seria gerada apenas quando o mérito fosse julgado, ocasionando a **imutabilidade da relação jurídica** em apreço. Deste modo, a

estabilidade produzida estenderia seu alcance também para fora do processo, já que esgotada a possibilidade de rediscussão da mesma relação jurídica, de modo que outro processo não poderia haver para tratá-la. É desta que nos ocuparemos, visto que só ela pode ter efeitos em outros processos.

Cabe ressaltar que nem toda sentença de mérito sofre os efeitos da coisa julgada material. O artigo 471 do Código de Processo Civil excepciona os casos de relação jurídica continuativa, em que se verifique modificação no estado de fato ou de direito, e os demais casos previstos em lei. São nestes que se encaixam as exceções ao regime da coisa julgada tradicional trazidas pela lei consumerista, visando adaptar o instituto às peculiaridades do tratamento coletivo das demandas, as quais veremos adiante.

Definido o que seja o instituto da coisa julgada, torna-se imperioso identificar seu fundamento, no intuito de podermos saber a exata extensão e importância que se pode dar ao instituto.

A coisa julgada irá encontrar seu fundamento nos anseios de estabilidade nas relações sociais, necessária ao desenvolvimento da economia e interesse tanto dos particulares como do Estado. É instrumento para a realização da segurança nas relações jurídicas.

Inquestionavelmente, a segurança nas relações jurídicas tem o seu valor, de modo que geraria imensa injustiça e inconformação social a possibilidade de impugnações infinitas às decisões jurisdicionais, acabando por comprometer o próprio poder do Estado, por não poder impor suas decisões (DINAMARCO, 2000, p. 95).

No entanto, há sempre que se ter em mente que a coisa julgada serve à um determinado bem jurídico e, na condição de instrumento para a obtenção de um fim, quando em conflito com outros bens jurídicos, deve seguir a sorte do principal, ou seja, deve prevalecer apenas quando o bem estabilidade nas relações jurídicas prevaleça.

No caso das sentenças sobre demandas coletivas, a aplicação pura e simples da coisa julgada na forma tradicional em que se apresenta gera algumas incongruências,

fazendo-se necessário uma mitigação do instituto em função das peculiaridades que esses casos apresentam. Essa mitigação da coisa julgada justifica-se porque no choque entre a segurança jurídica e a necessidade de tratamento coletivo das demandas, esta prevalece.

4.2. LIMITES OBJETIVOS E SUBJETIVOS DA COISA JULGADA

Quando se fala em limites subjetivos da coisa julgada, o fazemos em contraposição aos limites objetivos da coisa julgada. Estes podem ser definidos pelo princípio basilar de que somente o contido na parte dispositiva da sentença é que faz coisa julgada, ainda que os motivos da decisão sejam importantes para se identificar a causa de pedir da ação e particularizá-la, de modo que somente a decisão baseada na *causa petendi* por ela veiculada se torne imutável.

Ainda que seja um tema interessante, não nos deteremos na análise destes limites, visto que eles não sofrem modificações quanto ao seu regime tradicional em matéria de sentenças coletivas. Passemos assim, desde já, aos limites subjetivos da coisa julgada.

Quanto aos sujeitos que podem ser atingidos pela imutabilidade da decisão jurisdicional, nas palavras de Ovídio BAPTISTA DA SILVA (2000, p. 497), torna-se fácil concluir que a coisa julgada jamais poderá atingir aos terceiros tendo-a como a qualidade do efeito declaratório da sentença, em “...razão de que jamais o juiz, ao julgar a lide entre A e B, terá oportunidade de pronunciar declaração capaz de tornar-se imutável a respeito de outra relação jurídica integrada, por exemplo, por A e C, ou B e C, muito menos ainda sobre relações jurídicas de que façam parte C e D...”, dado o princípio da demanda.

Com efeito, vigora no direito brasileiro o princípio da não extensão dos efeitos da coisa julgada aos sujeitos que não tenham participado do processo, regra consubstanciada no artigo 472 de nosso Código de Processo Civil. O dispositivo, no

entanto, merece análise detida, visto que sua interpretação incorreta pode deixar sem explicação situações em que, não obstante o sujeito não tenha participado do processo como parte, sofre os efeitos da sentença, como no caso clássico do locador que ganha ação de despejo contra seu inquilino e esta vem a produzir efeitos sobre o subinquilino.

Conforme a intensidade que estes terceiros sofram os efeitos da sentença e conforme eles possam reagir eventualmente contra uma determinada sentença, LIEBMAN (1984, p. 92) os dividiu em duas grandes classes: a dos terceiros indiferentes e a dos terceiros juridicamente interessados. Pode-se identificar ainda na doutrina quatro espécies pertencentes a estas duas classes:

a) terceiros indiferentes fática e juridicamente, que são aqueles que não sofrem nenhum prejuízo fático ou jurídico com a sentença;

b) terceiros indiferentes apenas juridicamente, porque têm interesse de fato na sentença, porém não possuem legitimidade jurídica para intervir no processo;

c) terceiros juridicamente interessados que são atingidos pelos efeitos da sentença e pela coisa julgada e;

d) terceiros juridicamente interessados que sofrem apenas os efeitos da sentença (produzidos por sua eficácia natural, na terminologia de Liebman, ou simplesmente por sua eficácia, na terminologia de Ovídio – BAPTISTA DA SILVA, 2000, p. 502), em função de terem uma relação jurídica conexa à relação litigiosa.

Em relação aos terceiros interessados que sofrem os efeitos da coisa julgada, temos os sucessores das partes e o substituído na ação promovida pelo substituto processual, como ocorre nas ações coletivas. Não se pode dizer, no entanto, que estes sujeitos sejam propriamente estranhos à relação processual, na medida em que são titulares da relação jurídica em litígio. Ficam, portanto, naturalmente expostos à coisa julgada (cf. BAPTISTA DA SILVA, 2000, p. 506).

Das quatro categorias identificadas, somente os terceiros juridicamente interessados que sofrem apenas os efeitos da sentença poderão opor-se à ela, desde

que não sejam regularmente intimados da existência do litígio, ou nele não ingressarem espontaneamente (ibidem, p. 507). É a eles que se refere o artigo 472 da lei processual civil, pois não podem sofrer os efeitos da autoridade da coisa julgada sem prejuízo dos princípios constitucionais do contraditório e do devido processo legal (DAWALIBI, 2002, p. 575).

Já quanto aos terceiros indiferentes, a eles não cabe discutir os efeitos da sentença, mas não por força da coisa julgada, mas porque não têm interesse de agir para se oporem à decisão jurisdicional.

A título de conclusão, concordamos com Marcelo DAWALIBI (ibidem, p. 576): “quando a lei processual determina que a coisa julgada não pode prejudicar terceiros, refere-se a prejuízos *jurídicos*. Os prejuízos de fato não decorrem da autoridade da coisa julgada, mas sim da eficácia da própria sentença, que pode, eventualmente, afetar terceiros praticamente interessados”.

4.3. NECESSIDADE DE ADAPTAÇÃO ANTE OS INTERESSES METAINDIVIDUAIS

A necessidade de adaptação do instituto da coisa julgada na forma em que tradicionalmente o conhecemos exsurge aos olhos quando se tratam de interesses metaindividuais.

De um lado, temos um sem número de indivíduos que apresentam interesses jurídicos idênticos em forma de potenciais demandas judiciais, os quais têm necessidade de serem tratados coletivamente. Com efeito, o trato individual destes interesses poderia acarretar diversos problemas e incongruências, a começar pela não rara ausência de motivação econômica do indivíduo para reclamar em juízo interesse de caráter coletivo (e conseqüente não eficácia da demanda para reprimir a conduta do infrator em função do baixo valor econômico do prejuízo) e pela dificuldade de auto-organização dos interessados para demandar (cf. CAPPELLETTI, 1998, p. 26-27),

vindo a acrescentar-se a inexperiência da parte ante o litigante mais forte ou habitual (cf. MARINONI, 2001, p. 683), a possibilidade de decisões conflitantes, a geração de custos processuais desnecessários e a obstrução do serviço judiciário (cf. MANCUSO, 1997, p. 41).

De outro, o tratamento coletivo destes interesses gerará uma sentença jurisdicional, que deverá sofrer a autoridade da coisa julgada, sob pena de sacrificarmos a segurança jurídica e nos posicionarmos contra os próprios fundamentos das ações coletivas, pois se multiplicariam ações idênticas, gerando possibilidade de decisões conflitantes, obstrução do serviço judiciário, inefetividade do comando jurisdicional pela interposição processos sucessivos. Perderia a ação coletiva, assim, sua própria razão de ser.

Como não se pode virar as costas à necessidade de tratamento coletivo das demandas, resta trabalhar o instituto tradicional da coisa julgada de forma a adaptá-lo às sentenças coletivas. Mas para que seja feita tal adequação, como bem nota Antonio GIDI (1995, p. 59-61), é preciso levar em conta aspecto de suma relevância: se conferirmos autoridade de coisa julgada a uma sentença coletiva, especialmente quando ela seja de improcedência, e considerando que a coletividade não participa do processo, estariamos ferindo o princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa (artigo 5º, inciso LV), quebrando o princípio disposto no artigo 472 do Código de Processo Civil e ainda chancelando a possibilidade de fraude organizada para prejudicar os interessados. E mais. Obstando as ações individuais por força desta autoridade, estariamos ferindo o princípio do acesso à justiça (artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal).

A referida adaptação tem de ser feita, portanto, corrigindo estes inconvenientes.

Em linhas gerais, podemos dar por exposto o fulcro da problemática da coisa julgada nas sentenças coletivas. Cumpre-nos agora analisar a solução adotada pela legislação brasileira que, é preciso dizer, alcançou com o Código de Defesa do Consumidor um dos mais (senão o mais) altos graus de excelência científica em direito

comparado, *status* que veio a ser simplesmente desconsiderado pelo poder executivo quando tentou limitar territorialmente a coisa julgada via Medida Provisória, que posteriormente se transformaria na lei 9.494/97, em desrespeito ao árduo trabalho intelectual dos valiosos juristas que conceberam o referido Código.

4.4. A SOLUÇÃO ADOTADA PELO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Como dizíamos no item 4.3, *supra*, é problemático transportar-se o instituto da coisa julgada tal como ele se apresenta tradicionalmente, especialmente porque estaríamos afrontando os princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório e do acesso à justiça, chancelando a possibilidade fraude organizada para prejudicar terceiros, e quebrando o princípio do artigo 472 do CPC.

Frente a estes problemas, a solução adotada pelo legislador foi uma sistemática mesclada, com elementos conjugados da coisa julgada *pro et contra* e *secundum eventum litis*.

Haveria coisa julgada *pro et contra* quando ela operasse independentemente do resultado de procedência ou não da ação. Já por coisa julgada *secundum eventum litis* entende-se aquela que se opera apenas quando a ação seja julgada procedente, ou em outras palavras, conforme o resultado do processo (no mesmo sentido, GIDI, 1995, p. 66-67 e MIRRA, 1988, p. 78).

No regime adotado pelo CDC, há que se diferenciar o tratamento quanto aos interesses difusos e coletivos (artigo 103, incisos I e II), que aqui chamaremos superindividuais, e quanto aos interesses individuais homogêneos (artigo 103, inciso III).

No que toca aos primeiros, o regime adotado é predominantemente o da incidência da autoridade da coisa julgada *pro et contra*, ou seja, a coisa julgada opera tanto em caso de procedência como de improcedência da demanda coletiva, exceto se houver improcedência por insuficiência de provas (GIDI, 1995, p. 73). É na exceção à

regra que parte da doutrina vislumbra o elemento da sistemática da coisa julgada *secundum eventum litis*, porque, com efeito, ela se forma **conforme o resultado do processo** não seja de improcedência da demanda por deficiência probatória (MAZZILLI, 2002, p. 419). O sistema adotado resguarda ainda os direitos individuais dos membros da coletividade, de forma que, sendo improcedente a demanda, eles ainda poderão provar sozinhos a responsabilidade do infrator por determinado fato e exigir eventual indenização por danos morais ou patrimoniais (art. 103, §1º).

Já no que se refere aos direitos individuais homogêneos, a coisa julgada incide *pro et contra*, na forma tradicional. Como observa ARRUDA ALVIM (1991, p. 224), o entendimento decorre da interpretação conjugada do inciso III do artigo 103, o qual diz que a sentença fará coisa julgada somente no caso de procedência do pedido, com o §2º do mesmo artigo, que ressalva aos interessados que não figuraram como litisconsortes no processo a possibilidade de proporem suas ações individuais. Ora, se apenas a estes é reservada tal possibilidade, significa que quanto aos litisconsortes haverá incidência da coisa julgada. Desta maneira, a coisa julgada forma-se tanto no caso de procedência da ação como de improcedência.

Nesta sistemática adotada pelo CDC, ficam anulados os problemas apontados na adoção da coisa julgada às demandas coletivas. Vejamos:

a) Quanto às objeções referentes à contrariedade que a adoção da coisa julgada nas demandas coletivas representaria ao princípio do acesso à justiça, a lei tratou do problema garantindo a possibilidade de os indivíduos reclamarem na justiça seus direitos individualmente, diante da improcedência de uma demanda coletiva, no caso dos interesses superindividuais; quanto aos individuais homogêneos, é garantido o acesso à justiça tanto quando a lei reserva aos interessados que não participaram do processo a possibilidade de acionarem individualmente a justiça, como quando ela prevê a possibilidade de estes virem a participar como litisconsortes (artigo 94 do CDC).

b) No que concerne aos prejuízos resultantes da não participação do contraditório no processo, quais sejam a afronta ao artigo 472 do Código de Processo

Civil, aos princípios da ampla defesa e do contraditório, e a franca possibilidade de fraude organizada em prejuízo da coletividade titular do direito, quanto aos direitos individuais homogêneos eles não existem, pois como recém dito, os interessados têm a possibilidade de participar do processo. Mas quanto aos interesses superindividuais, eles existem e a lei também responde de maneira eficiente.

Quanto ao artigo 472 do Código de Processo Civil, tratando-se de lei infraconstitucional, ela pode naturalmente ser afastada por uma lei posterior e especial, como a legislação que venha a tratar de interesses metaindividuais.

No que concerne à possibilidade de fraude em prejuízo da coletividade, a lei reage determinando a não formação da coisa julgada nos casos em que haja insuficiência probatória e, portanto, indício de má atuação do representante legal.

Por fim, no que concerne aos princípios da ampla defesa e do contraditório, a matéria requer uma argumentação mais elaborada. Segundo a moderna doutrina processual civil, a interpretação dos dispositivos legais deve atender aos valores vigentes ao tempo da aplicação da lei, de forma que seu significado não pode engessar-se no tempo (neste sentido, DINAMARCO, 2000, p. 30 e PORTANOVA, 1997, p. 82-83). Ada Pellegrini GRINOVER (1986, p. 21) ressalta na mesma linha, que a garantia do “devido processo legal” sofreu transformação, em decorrência da mudança de enfoque do individual para o social.

Desta forma, defende a autora que as garantias do devido processo legal (e portanto, conseqüentemente da ampla defesa e do contraditório), em sede de direitos metaindividuais, não deixam de ser observadas adotando-se um sistema de legitimação em que se garanta uma representação séria e eficiente. A chamada “representação adequada” baseia-se na “...concepção de que o esquema representativo é apto a garantir aos membros da categoria a melhor defesa judicial...” (GRINOVER, 1986, p. 25).

Portanto, para Ada Pellegrini Grinover, a solução para o problema constitucional resultante da submissão de terceiros à autoridade da coisa julgada reside no aperfeiçoamento dos mecanismos de legitimação *ad causam* para a tutela dos

interesses metaindividuais no sentido de conferi-la a um “representante adequado” para a condução da causa. Esta representatividade foi conferida por lei ao Ministério Público, ao poder público e às associações com fins específicos (Lei 7.347/85, artigo 5º e Lei 8.078/90 artigo 82).

Em suma, a sistemática da coisa julgada nas ações coletivas adotada pelo Código de Defesa do Consumidor atingiu (ressalvadas pequenas críticas que não abalam sua estrutura como um todo) grau ímpar de perfeição, corrigindo todas os inconvenientes de um transporte leviano do instituto tal como ele se apresenta no campo individual para o campo coletivo.

4.5. SISTEMA LEGAL BRASILEIRO – O MICROSSISTEMA DA COISA JULGADA NAS SENTENÇAS COLETIVAS

As demandas coletivas podem ser veiculadas por três tipos de ações: a Ação Popular, regulada pela Lei 4.717/65, a Ação Civil Pública, regulada pela Lei 7.347/85 (cf. MIRRA, 1988, p. 79) e as ações coletivas que veiculem interesses consumeristas, reguladas pela Lei 8.078/90 (cf. MORAES, 1999, pp. 67 a 70)

A incidência da coisa julgada nas sentenças coletivas é regulada por diversos dispositivos legais, que se interligando por força dos artigos 90, 110 e 117 da lei de defesa do consumidor, formam um microssistema de regulação da matéria,. Dispõem os referidos dispositivos:

“Art 90. Aplicam-se às ações previstas neste Título [individuais e coletivas] as normas do Código de Processo Civil e da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, inclusive no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições.

Art. 110. Acrescente-se o seguinte inciso IV ao art. 1º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985:

‘IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo’”.

Por força do artigo 110, a redação do artigo 1º da Lei 7.347/85 fica assim:

“Art. 1º. Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:
...IV – a qualquer outro interesse difuso ou coletivo;...”

Art. 117. Acrescente-se à Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, o seguinte dispositivo, renumerando-se os seguintes:

“Art. 21. Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor”.

Como se pode depreender do texto legal, o artigo 110 do Código de Defesa do Consumidor insere dispositivo na Lei de Ação Civil Pública indicando que ela passa a servir à proteção de qualquer interesse metaindividual. Incluem-se aí aqueles interesses veiculados por meio da ação popular porque, em última análise, esta é uma ação coletiva em defesa de direito difuso (no mesmo sentido, BARBOSA MOREIRA, 1988, p. 110-123).

Já o artigo 117 do referido diploma legal inclui outro dispositivo na Lei 7.347/85, mandando que também se aplique a parte processual do Código de Defesa do Consumidor (na qual está inclusive regulado o regime específico da coisa julgada coletiva) à defesa de quaisquer interesses metaindividuais, aplicando-se inclusive e especialmente à Lei de Ação Civil Pública, portanto.

Em seu artigo 90, por sua vez, o *Códex* dispõe que à ele se aplicam as disposições da Lei de Ação Civil Pública no que não o contrariar.

Por fim, necessário salientar ainda a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil no que não contrariar as especificidades das demandas coletivas, por força do já referido artigo 90 do Código de Defesa do Consumidor. Com efeito, como destaca Antonio GIDI (1995, p. 113), “em uma palavra, a coisa julgada coletiva é coisa julgada”.

Assim, analisando-se sistematicamente os artigos 90, 110 e 117 do *Códex* consumerista, temos que, em relação à questão da coisa julgada, aplica-se a disciplina dos artigos 103 e 104 do referido diploma legal a todas as sentenças que versem sobre interesses metaindividuais e subsidiariamente o Código de Processo Civil.

A Medida Provisória 1.570/97, posteriormente convertida na Lei 9.494/97, tentou desarmonizar este complexo sistema da coisa julgada nas sentenças coletivas, alterando o texto do artigo 16 da Lei de Ação Civil Pública para tentar restringir os efeitos da coisa julgada aos limites territoriais do órgão prolator da sentença. Como demonstraremos adiante, a referida lei foi editada em descon sideração das mais apuradas técnicas processuais desenvolvidas e das próprias disposições constitucionais. Destarte, continua em plena vigência o sistema do CDC.

Cabe salientar ainda, apenas a título de esclarecimento, que uma descompromissada pesquisa doutrinária sobre as ações coletivas pode levar o estudioso a concluir que o mandado de segurança coletivo configura-se como uma outra ação capaz de tutelar interesses metaindividuais.

Registre-se, antes de tudo, o entendimento de Antonio GIDI (1995, p. 79), acompanhado de autores como Ada Pellegrini Grinover, Luiz Guilherme Marinoni e Nelson Nery Jr., no sentido de que este instrumento processual é uma ação genuinamente coletiva. Como ação coletiva, entendemos que o mandado de segurança coletivo afigura-se apenas como subtipo de Ação Popular ou Ação Civil Pública, conforme o autor seja um cidadão ou um dos legitimados para proposição da última, não se constituindo como um quarto tipo de instrumento processual autônomo para defesa de interesses metaindividuais.

Este raciocínio se torna mais claro se levarmos em conta que, se o indivíduo tem à sua disposição toda uma gama de ações (entre elas a ação ordinária, o mandado de segurança e todas as demais ações específicas) para a defesa de seus direitos, o sujeito coletivo de direito também deverá tê-las à sua disposição. Não se pode confundir as ações que permitem a tutela de interesses metaindividuais, as quais poderíamos chamar neste caso de “sobreleis”, com as ações específicas que o sujeito de direito coletivo tem à sua disposição, ainda que elas possam incidir conjuntamente sobre determinado caso.

4.6. A DISCIPLINA DA COISA JULGADA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Primeiramente, mister destacar a observação feita por Antonio GIDI (1995, p. 108-112) quanto à lei utilizar-se das expressões *erga omnes* e *ultra partes* para disciplinar a limitação subjetiva da coisa julgada. Como bem demonstrou o autor, elas ontologicamente significam a mesma coisa, pois o que determina a extensão subjetiva da coisa julgada é o texto que as segue, e o faz no sentido de que ela atinge a coletividade titular do direito e somente esta, num e noutro caso. Sendo assim, expressão *ultra partes* seria suficientemente técnica e precisa para determinar que a coisa julgada estende-se além das partes formais do processo para ir abarcar a coletividade titular do direito não presente em juízo, e somente esta, na medida em que a coisa julgada não se estende a todas as pessoas do mundo - *erga omnes*. Somente em casos excepcionais ocorreria dita extensão *erga omnes*, mas mesmo assim para abarcar os membros da coletividade titular do direito.

Hugo Nigro MAZZILLI (2002, p. 423) vem a criticar a posição do autor no que tange à extensão subjetiva *ultra partes* da coisa julgada no caso de interesses difusos, dizendo que nestes, em função da indeterminabilidade do grupo, não se pode dizer que a imutabilidade fica limitada à “comunidade titular do direito”, devendo estender-se a toda a sociedade.

Somos levados a defender a posição de Gidi. Primeiramente porque o sujeito de direito é determinado, é o grupo. É a ele que se estende a autoridade da coisa julgada. O que não se pode determinar são os sujeitos que compõem este grupo. Mesmo assim, não se pode entender que por estes sujeitos serem desconhecidos eles podem escapar aos efeitos da coisa julgada e, desta forma, seria melhor estendê-los a toda a sociedade.

Ora, um sujeito que seja atingido por um raio foi atingido pelo raio mesmo que não o conheçamos ou que não tivéssemos visto o fato. Não seria lícito, neste caso, estender os efeitos do raio a toda a sociedade simplesmente por não sabermos ou não

podermos determinar quem ele seja. Da mesma forma, o sujeito integrante da coletividade mas indeterminado é atingido pela coisa julgada enquanto membro dela, ainda que não possamos determinar quem ele seja.

Por outro lado, some-se à discussão a posição de Luiz Guilherme MARINONI (2001, p. 707-708), que fulmina o problema. Defende este autor que os sujeitos que compõem a coletividade na verdade não são atingidos pela coisa julgada. A imutabilidade da decisão decorre, para eles, da falta de legitimidade para agir. Desta forma, não há que se discutir se a coisa julgada estende-se ou não para toda a sociedade, porque a imutabilidade do comando jurisdicional decorre para ela de outra causa.

O autor, continuando em seu raciocínio, ressalta ainda que, quanto aos legitimados ativos, por sua vez, a estes sim estende-se a coisa julgada, mas não de maneira excepcional. A extensão ocorre naturalmente se considerarmos que a imutabilidade incide sobre a **relação jurídica** objeto da decisão, como ocorreria em relação a qualquer outro substituto processual no sistema comum, por ser apenas *longa manus* do substituído. Desta maneira, se a relação jurídica está julgada, não se pode cogitar de sua rediscutibilidade por aquele que faz as vezes do titular do direito, visto que, sendo um ou outro legitimado a levar a pretensão a juízo, a relação jurídica apresentada será a mesma.

Baseado neste raciocínio, conclui o autor supracitado que o CDC em nada inova em matéria de limites subjetivos da coisa julgada. Complementando seu entendimento, acrescentamos que fica a inovação por conta da formação da coisa julgada, não mais *pro et contra* na forma pura, mas *secundum eventum litis* em função de haver suficiência de provas no caso dos direitos supraindividuais.

4.6.1. Interesses Superindividuais

Em matéria de direitos difusos e coletivos, o artigo 103 do CDC em seus incisos I e II determina que em caso de improcedência da ação, a decisão fará coisa

julgada sobre a relação jurídica. Mas seus efeitos não prejudicarão os interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, conforme o §1º do mesmo artigo.

Desta forma, o lesado por poluição ambiental, não obstante a empresa não ter sido considerada responsável pelo fato na ação coletiva, pode ainda tentar prová-la e exigir indenização pelos danos causados à sua saúde individual. Da mesma maneira, o associado de plano de saúde irresignado com a extinção de prestação de determinado serviço a que tinha direito, mas em ação coletiva o juízo decidiu que não tinha, pode ainda tentar individualmente provar sua existência e pleitear indenização por eventuais prejuízos que tenha, somente ele, sofrido. Como assevera Antonio GIDI (1995, p. 117), frise-se que em um ou outro caso os pedidos não mais poderão ser formulados para a tutela do direito supraindividual, ou seja, em benefício da coletividade.

Em caso de improcedência por insuficiência de provas, em função da má instrução do processo não haverá a formação da coisa julgada. A relação jurídica não foi julgada, e qualquer legitimado, inclusive o que propôs a ação, poderá rediscuti-la em outro processo, desde que apresente novo material probatório.

Prova nova para os efeitos do dispositivo legal deve ser considerada não como aquela que venha a conhecimento somente após o trânsito em julgado da sentença, tal qual ocorre no processo comum, mas como toda e qualquer prova não produzida na ação anterior (no mesmo sentido, ARRUDA ALVIM, 1995, p. 233-234). Este entendimento decorre do fato de no processo comum haver a presunção de que foram produzidas todas as provas possíveis para o processo, mas esta presunção não existe em sede de processo coletivo, dado o sistema de legitimação extraordinária. A prova nova tem, ainda, que ao menos acenar com uma probabilidade de vir a contribuir para uma decisão diversa. Do contrário, faltará ao legitimado interesse de agir.

Cabe ainda registrar a observação de Antonio GIDI (1995, p. 134) quando diz que para a averiguação de existência de prova nova não se deve admitir como critério a declaração formal do magistrado contida da sentença no sentido de que julgou o processo improcedente por falta de provas, visto que dificilmente o magistrado terá consciência de que todas as provas existentes para o processo não foram produzidas.

Ao contrário, o critério deve ser o da realidade dos fatos. Desta forma, “... sempre que qualquer legitimado propuser a mesma ação coletiva com novo material probatório, demonstrará, *ipso facto*, que a ação coletiva anterior havia sido julgada por instrução insuficiente”.

Em caso de procedência da ação, por sua vez, a decisão também fará coisa julgada sobre a relação jurídica em discussão. Segundo o §3º do mesmo artigo, a decisão estende-se *in utilibus* “... para beneficiar os interessados individuais, que não precisarão ajuizar ações para a defesa de seus interesses, bastando, para tanto, que promovam a liquidação de seu crédito e a execução do mesmo...” (DAWALIBI, 2002, p. 579).

Concordamos com o autor, mas com uma pequena ressalva. A sentença estabelece uma responsabilização genérica do réu pelo fato, podendo ocorrer que o fato não gere danos individuais, somente coletivos. O dano individual não é presumido. Cabe aos interessados individuais, assim, ainda demonstrar o nexo de causalidade entre o fato e o dano individualmente sofrido. A demonstração da existência deste nexo é que permitirá a averiguação de que o dano foi causado pelo fato, e se o réu é responsável pelo fato, também é pelo dano. Somente depois passar-se-á à liquidação e execução de seu crédito.

Ada Pellegrini GRINOVER (1999, p. 826) destaca esta ampliação *ope legis* do objeto do processo como uma grande inovação trazida pelo CDC. De fato. Na concepção clássica da coisa julgada seria impossível transportar-se o julgado coletivo em benefício das ações individuais por tratarem-se de ações diversas, com pedidos diferentes. No entanto, a lei consumerista amplia o objeto do processo, “...passando o dever de indenizar a integrar o pedido, exatamente como ocorre na reparação *ex delicto*, em que a decisão sobre o dever de indenizar integra o julgado penal” (ibidem, p. 827).

Por fim, o artigo 104 determina que apenas se beneficiarão dos efeitos da coisa julgada a que aludem os incisos II e III do artigo 103 (interesses coletivos e individuais homogêneos) aqueles que suspenderem suas ações individuais no prazo de 30 dias da

ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva. Há claro equívoco na redação do dispositivo, o que aliás não se mostra novo na atividade legislativa. Colha-se das palavras de Carlos MAXIMILIANO (2000, p. 118-119): “Resulta imperfeita a obra legislativa; porque as Câmaras funcionam com intermitência, deliberam às pressas e não atendem somente aos ditames da sabedoria. Preocupam-se, de preferência, com alguns tópicos; fixando o acordo sobre estes, deixam passar sem exame sério os restantes”.

Este erro levou à uma discussão na doutrina sobre qual seria a redação correta do dispositivo.

Embora grande parte da doutrina tenha entendido que a remissão correta em todo o dispositivo deveria ser para os incisos II e III, há posições em todos os sentidos. Destacamos, porque nos parece a mais correta, a posição que adotam Antonio Gidi e Luiz Guilherme Marinoni.

Segundo estes autores, o conteúdo do dispositivo deveria estender-se aos incisos I, II e III dos referidos artigo 103 e parágrafo único do artigo 81. Realmente, temos de concordar com estes juristas, na medida em que não há fundamento para estendermos a disciplina da litispendência e da coisa julgada à apenas algumas espécies de interesses metaindividuais e não aos outros. O fundamento que enseja a edição do dispositivo é o mesmo nas três categorias de direitos, ou seja, permitir a possibilidade de existência concomitante de ação coletiva e individual e, no que toca à coisa julgada, fazer com que os autores de ações individuais concomitantes com a ação coletiva optem por uma delas.

Assim, no que toca às ações coletivas que envolvem interesses difusos, coletivos, e individuais homogêneos, estas não geram litispendência em relação às demandas individuais, mas para que estes interessados beneficiem-se delas devem requerer a suspensão de suas ações individuais no prazo de 30 dias da ciência nos autos de seu ajuizamento.

4.6.2. Interesses Individuais Homogêneos

A sentença que decida questão envolvendo interesses individuais homogêneos fará coisa julgada em caso de procedência ou improcedência (vide supra, item 4.4). ARRUDA ALVIM (1991, p. 223) observa que no caso destes interesses não há que se falar em não formação da coisa julgada por insuficiência de provas, na medida em que é dada aos interessados a oportunidade de intervirem no processo como litisconsortes, produzindo as provas necessárias à instrução do feito, pelo artigo 94 do CDC.

No caso de improcedência do pedido, a decisão não prejudica os direitos individuais daqueles que não tiverem participado do processo como litisconsortes (artigo 103 §2º).

No caso de procedência, por sua vez, a sentença declarará a responsabilidade genérica do réu pelo **dano**, não mais pelo fato, como no regime dos interesses superindividuais (vide item 4.6.1, supra). Assim, o interessado aqui não precisa provar o nexo causal entre o fato e o dano, restando a ele liquidar e executar seu crédito.

Ao fim, quanto ao artigo 104, o entendimento é de que as demandas coletivas não geram litispêndência em relação às individuais, mas para que estes interessados beneficiem-se delas devem requerer a suspensão destas no prazo de 30 dias da ciência nos autos de seu ajuizamento (vide também item 4.6.1).

5. POTENCIALIDADE SOCIAL DAS TUTELAS COLETIVAS

A análise da influência da tutela jurisdicional dos interesses metaindividuais sob o prisma do impacto que pode causar nos diversos aspectos da vida em sociedade passa necessariamente pelo estudo dos escopos do processo, visto que é o cotejo destes com os aspectos estudados no capítulo 2 que permitirão a verificação da importância ímpar de que se revestem as ações coletivas.

5.1. OS ESCOPOS DO PROCESSO

A valorização do processo como instrumento de realização de certos objetivos pré-determinados é nota constante na moderna ciência processual, especialmente por influência do instrumentalismo, tratado a fundo por Cândido Rangel Dinamarco.

Segundo o autor, o processo seria informado por valores supra-processuais que têm de ser considerados para sua operacionalização. O destaque a esta teoria justifica-se porque ela tem o condão de quebrar a compartimentalização² em que mergulhou o processo em função das teorias autonomistas, pois diminui a preponderância absoluta que detinha o escopo jurídico do processo, sem o afastar, abrindo um leque de outros interesses (sociais, políticos, econômicos) para os quais devem se voltar a atenção dos juristas na operacionalização do processo.

Com a abertura referida, dá um importante passo no avanço da visão crítica do direito, chegando ao ponto de o autor até mesmo admitir a inaplicabilidade da lei injusta: “em casos de formar-se um valo entre o texto da lei e os sentimentos da nação, muito profundo e insuperável, perde legitimidade a lei e isso cria clima para a

² Explica Rui PORTANOVA (1997, p. 30) que o termo é usado no Grupo de Filosofia da Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul, no sentido de uma visão do direito nos limites do jurídico, em contraposição a totalização, que significaria uma visão multidisciplinar do direito.

legitimação da sentenças que se afastem do que ela em sua criação veio ditar. Fora disso, carece de suporte a sentença violadora da lei...” (DINAMARCO, 2000, p. 199).

O autor identifica três grandes grupos de escopos processuais, que a seguir trataremos de expor: escopos sociais, políticos e jurídicos.

a) Escopos Sociais: são escopos sociais a pacificação social e a educação para a lide. O escopo de pacificação social advém da posição que tomou o Estado, propondo-se a solucionar as controvérsias existentes na sociedade. Desta forma, o Estado, através do Judiciário e do exercício da jurisdição, procura dirimir o estado de insatisfação que leva as pessoas a procurarem a solução jurisdicional. Eliminando o clima social de insatisfação, evita condutas desagregadoras e preserva sua própria razão de ser: a sociedade.

Quanto à educação para a lide, ressalta DINAMARCO (2000, p. 162) que, ao exercer a jurisdição, o Estado também conscientiza a sociedade acerca de seus direitos e obrigações. O cidadão mais consciente e mais próximo da realidade jurisdicional, vem a juízo buscar a solução de seus conflitos, evitando aquelas situações em que a insatisfação gerada converte-se em decepção permanente e pode gerar conseqüências perigosas para à organização social, a que chamou de litigiosidade contida.

b) Escopos Políticos: três são os escopos políticos destacados pelo autor: afirmação do poder do Estado, culto à liberdade e participação. Ao decidir e impor imperativamente suas decisões o Estado reafirma seu poder, excluindo a necessidade de autotutela. Como ressalta o autor, “se o Estado deixasse cada um à sua própria sorte, talvez no caos da autotutela e sem o amparo da jurisdição pacificadora, por certo que de nada valeria o melhor dos sistemas jurídico-substanciais...” (ibidem, p. 170).

Ao falar em culto à liberdade, refere-se à autolimitação que faz o Estado no sentido de comprometer-se a não invadir a esfera de liberdade dos indivíduos. O processo estabelece, sem dúvidas, limites ao poder do Estado, porque ele não pode exercer sua imperatividade sem a observância de certas regras pré-estabelecidas.

Por fim, trata da participação dos cidadãos no processo, evidenciando o caráter de democracia que a reveste, influenciando o centro do poder. “Democracia é

participação e não só pela via política do voto ou ocupação eletiva de cargos públicos a participação pode ter lugar. Todas as formas de *influência* sobre os centros do poder são participativas, no sentido de que representam algum peso para a tomada de decisões.” (DINAMARCO, 2000, p. 171).

c) **Escopo Jurídico:** o escopo jurídico eleito é a atuação da vontade concreta do direito.

O autor parte do estudo de viabilidade de aceitação das duas grandes teorias concernentes ao escopo jurídico do processo: a da atuação da vontade concreta da lei e a da justa composição da lide. A primeira tem o mérito de ser tecnicamente correta do ponto de vista da relação entre direito material e processo. Mas peca por isolar-se dos aspectos sociais e políticos que devem revestir o processo, sendo acusada de servir a quaisquer interesses do Estado, sejam eles justos ou injustos (ibidem, p. 213).

A segunda é valorizada na medida em que resgata, com o conceito de lide (fenômeno social na sua essência), o aspecto social do processo e a expressão “justa” identifica o aspecto ético que deve revesti-lo. Esta tese, no entanto, têm suas raízes presas à teoria unitária do ordenamento jurídico, que considera o direito material insuficiente para a criação de direitos e obrigações, participando o processo do *iter* criativo.

Tal teoria é descartada pelo autor, mediante demonstração de que os direitos não precisam da atuação do processo para sua criação, porque nascem, modificam-se e extinguem-se diuturnamente, sem interferência estatal, o que evidencia a suficiência do direito substancial. Assim, “o escopo jurídico da jurisdição não é a ‘composição’ das lides, ou seja, o estabelecimento da regra que disciplina e dá solução a cada uma delas em concreto; a regra do caso concreto já existia antes, perfeita e acabada, interessando agora dar-lhe efetividade, ou seja, promover a sua *atuação*” (ibidem, p. 209). Justifica os casos em que a participação do Judiciário é necessária - “imposição da pena criminal e nas chamadas ‘ações constitutivas necessárias’” (ibidem, p. 206) -, dizendo não se tratarem de exceções, porque não fosse a opção política do legislador de interferir no exercício destes direitos, eles seriam exercidos como os outros.

Concorre ainda para a desconsideração desta postura a falsa idéia de que a lide estaria presente em todo tipo de processo.

A seguir descarta as tentativas de conciliação das duas teorias, sob o argumento de que é impossível conciliar-se dois pensamentos que tem origem em premissas diametralmente opostas, quais sejam as teorias unitária e dualista do ordenamento jurídico.

Para dar fecho ao correto entendimento do que seja atuar a vontade concreta do Direito, ressalta o autor que a fórmula deve ser lida de acordo com a dinâmica social, e engajada com os demais escopos, sociais e políticos.

5.2. A RELEVÂNCIA SOCIAL NAS AÇÕES COLETIVAS E OS ESCOPOS DO PROCESSO

O fato das ações coletivas sempre se apresentarem como meio de veiculação e defesa de interesses metaindividuais leva-nos à necessária observação da presença constante de acentuada relevância social nestas ações.

O artigo 82 §1º do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor indica os elementos que permitem a verificação do “interesse social”: a dimensão ou característica do dano, e a relevância do bem jurídico a ser protegido.

Paulo Valério Dal Pai MORAES (2002, p. 80-85), discorrendo sobre a presença de relevância social nos diferentes tipos de interesses metaindividuais, ilustra a questão da dimensão do dano com um exemplo no qual 10 condôminos sofrem lesões individuais decorrentes de cobranças indevidas, em valores diversos, em razão de um erro no computador da imobiliária e compara com a situação em que 10.000 condôminos sofrem tais prejuízos. Faz o mesmo raciocínio em relação a um reajuste das prestações mensais com base em índice ilegal. Tratar-se-iam portanto de interesses individuais homogêneos e coletivos, respectivamente.

Ressalta o autor que no caso dos 10 condôminos não haveria relevância social a permitir o tratamento coletivo dos interesses, na medida em que eles poderiam ser identificados como o mero somatório de 10 interesses individuais ou coletivos. Já no segundo caso, os interesses seriam identificados pelo somatório dos 10.000 interesses individuais homogêneos ou coletivos acrescidos da relevância social proporcionada pela dimensão do dano.

No que concerne à relevância do bem jurídico protegido, se poderia adotar como critério objetivo o fato de o bem ser ou não indisponível, na medida em que os bens indisponíveis são considerados de um prisma social e por isso são revestidos da nota da não-patrimonialidade.

Moraes arremata seu raciocínio concluindo que nos interesses coletivos e individuais homogêneos pode ocorrer que nem sempre haja indisponibilidade do interesse (derivada da relevância social); já nos interesses difusos esta sempre estaria presente pelo fato de que os lesados são pessoas indeterminadas e portanto não poderiam se manifestar, dispondo do objeto de eventual processo.

Pelo fato de entendermos que alguns interesses difusos podem ter como componentes da coletividade sujeitos determináveis (vide item 3.3.1), nos reservamos a considerar, de modo contrário ao autor, que também estes podem apresentar ou não a nota da relevância social. Para usarmos da mesma linha de raciocínio, basta pensarmos por exemplo na hipótese em que um bar anuncia para os residentes de um condomínio fechado (20 pessoas socialmente conhecidas) que eles não pagarão pela entrada e pelos produtos consumidos, vislumbrando obter “status” com a presença destas pessoas, e ao chegarem ao local, o estabelecimento nega a veracidade da propaganda. Sem dúvida, trata-se este caso de um interesse indivisível e derivado de uma relação de fato, qual seja a exposição à publicidade, em que não se vislumbra relevância social nem pela dimensão do dano e nem por relevância do bem jurídico protegido num eventual interesse de retirada do anúncio de circulação.

Desta forma, tanto nos interesses difusos, como nos coletivos e individuais homogêneos **pode** estar presente a nota da relevância social, como na esmagadora maioria dos casos ocorre.

De outro lado, afigura-se necessário observar que, dado a amplitude social que estas ações adquirem, como acabamos de frisar, na esmagadora maioria dos casos, temos que todos os escopos do processo aparecem aqui potencializados em função desta.

Em cada processo individual pode-se observar a incidência destes escopos. A potencialização a que nos referimos advém exatamente da situação ilustrativa que ocorre nas ações coletivas da soma de todos estes processos, donde decorre a nota do interesse social, o que representaria também a reunião dos vários escopos sociais, políticos e jurídicos, que passariam a incidir em uma dimensão exponencialmente maior.

Dois destes escopos merecem destaque em de função interligarem-se e estarem ligados à grande repercussão social que a tutela jurisdicional coletiva pode causar na sociedade. São eles os escopos de atuação da vontade concreta do direito e de pacificação social.

Estão interligados porque ao atuar a vontade do direito o jurista tem de buscar a pacificação social. Cabe aqui a advertência feita por Cândido Rangel DINAMARCO (2000, p. 216), que ao tratar do escopo jurídico do processo chama a atenção exatamente para o fato de que se este não for considerado juntamente com os demais escopos, pode revelar uma tendência irremediável ao individualismo e, como visto, os institutos tradicionais do processo civil, e do direito como um todo, inspirados na ideologia individualista, não estão suficientemente preparados para a tutela adequada dos interesses metaindividuais e, portanto, para atingir a referida pacificação da sociedade eliminando os estados de insatisfação.

Estão ligados à grande repercussão social que a tutela jurisdicional coletiva pode causar porque ao atuar a vontade concreta do direito o juiz elimina ou ao menos diminui as insatisfações sociais, ou ao contrário, as acirra ainda mais, conforme se

utilize, no dizer de DINAMARCO (2000, p. 161), de “meios reconhecidamente idôneos” ou não para isso.

Por outro lado, o caminho para se atingir esta eliminação ou diminuição das insatisfações sociais passa pela adequação cada vez mais do processo à realidade a que se aplica. Desta forma, o operador do direito deve ter sempre presente a necessidade de adaptação do processo à realidade social subjacente, buscando, ao atuar a vontade concreta do direito, obter o máximo de adequação ao caráter coletivo dos interesses a serem tutelados, de forma a eliminar as insatisfações sociais geradas em escala geométrica por uma prestação jurisdicional inadequada.

Vale dizer ainda, se estritamente necessário, é neste campo que ganham mais força as palavras do autor recém referido: “em casos de formar-se um valo entre o texto da lei e os sentimentos da nação, muito profundo e insuperável, perde legitimidade a lei e isso cria clima para a legitimação das sentenças que se afastem do que ela em sua criação veio ditar. Fora disso, carece de suporte a sentença violadora da lei...” (DINAMARCO, 2000, p. 199).

Neste contexto, considerando a relevância social constantemente presente nas ações coletivas e o escopo de pacificação social potencializado que elas apresentam, inconcebível se mostra qualquer ação legislativa no sentido de desaproximar o processo da nova realidade social de necessidade de tratamento coletivo dos direitos, como a lei que trataremos a seguir, que tenta mediante a limitação territorial da coisa julgada nas tutelas de interesses coletivos cindir o sujeito coletivo de direito.

6. A IMPROPRIEDADE DA LIMITAÇÃO TERRITORIAL DA COISA JULGADA COLETIVA

Como já frisado no item 4.5, supra, ao tratarmos do microsistema da coisa julgada nas sentenças coletivas, a Medida Provisória 1.570-4, reeditada e posteriormente convertida na Lei 9.494/97, alterou o texto do artigo 16 da Lei 7.347/85 a fim de restringir a incidência da coisa julgada nas sentenças coletivas ao limite territorial de competência do órgão prolator da decisão.

O contexto histórico-político que inspirou a referida mudança revela de forma incontestável seus motivos um tanto questionáveis, que passaram despercebidos (talvez porque muito bem acobertados em uma proposta de lei que parecia inofensiva) por nossas casas legislativas.

Como bem nota Paulo Valério Dal Pai MORAES (1999, p. 56), "...a lei 9.494/97 decorreu de interesse direto do Poder Executivo Federal, que estava sendo constantemente restringido nas suas políticas governamentais, especificamente no trato dos problemas salariais dos funcionários públicos e no que tange ao processo de privatizações".

A modificação promovida pelo dispositivo, no entanto, a despeito da sutilidade de nosso então Presidente da República, resultou extremamente equivocada e por isso passou a ser notada pela doutrina e sofre hoje severas críticas.

Nos tópicos a seguir, sintetizaremos as irregularidades que revestem o dispositivo em questão, demonstrando que se constitui em uma afronta à moderna ciência processual, produto de secular desenvolvimento, e reveste-se de algumas inconstitucionalidades conforme a interpretação que se dê a ele, motivos pelos quais se aplicado, é capaz de gerar irracionalidades, provocar grande insatisfação social e comprometer de forma profunda a legitimidade do Poder Judiciário.

6.1. LIMITAÇÃO TERRITORIAL DA COISA JULGADA E TÉCNICA PROCESSUAL

Neste subcapítulo, demonstraremos a inaplicabilidade do atual artigo 16 da Lei 7.347/85 face a institutos básicos do processo civil e à coerência lógica do sistema.

6.1.1. Confusão entre Limites Subjetivos da Coisa Julgada e Competência Territorial

Em primeiro lugar, cabe destacar a confusão que faz o atual artigo 16 da Lei 7.347/85, tentando vincular os limites subjetivos da coisa julgada ao âmbito de competência territorial do órgão prolator da sentença.

Retomando o conceito trabalhado no item 4.2, supra, temos que por força do artigo 472 de nosso Código Processual Civil a sentença faz coisa julgada entre as partes do processo em que foi proferida, não prejudicando nem beneficiando terceiros juridicamente interessados que dele não participaram. A limitação subjetiva da coisa julgada portanto, representa a extensão de seus efeitos somente às partes do processo, de modo que a imutabilização do efeito declaratório da sentença venha a beneficiar aquele que venceu a ação em detrimento do que a perdeu.

Note-se que peculiar é a configuração da parte autora nas ações coletivas: nestas, figurará sempre no pólo ativo uma coletividade de pessoas indivisivelmente consideradas, mesmo no caso dos interesses individuais homogêneos.

Sem dúvida estes interesses podem ser individualizados. Mas esta individualização só ocorre enquanto os sujeitos por si próprios busquem seus direitos pela via jurisdicional ou na fase de liquidação e execução da sentença (vide itens 4.6.1 e 4.6.2, supra). Mas enquanto suscetíveis de uma defesa conjunta por um substituto processual especialmente designado em lei, mediante um pedido de condenação genérica em uma ação revestida pela relevância social própria das ações coletivas

pode-se dizer que se tornam um outro direito, de titularidade de uma massa amorfa a que podemos denominar sujeito coletivo de direito.

Ora, se a parte autora é o sujeito coletivo de direito, titular da relação jurídica em litígio, a ele devem-se estender os efeitos da coisa julgada, independentemente do tamanho que tenha este sujeito, vale dizer, ainda que os componentes da coletividade extravasem os limites da competência do órgão prolator.

Ensina ainda Ovídio BAPTISTA DA SILVA (2000, p. 57) que a jurisdição é una, e que a competência é a “... porção dela atribuída por lei a cada magistrado, ou aos tribunais colegiados, ou a porções fracionárias destes, para apreciar e julgar determinada causa”. Assim, se um magistrado competente julga a causa, a jurisdição está exercida, e por ser una, não pode ser questionada a lei do caso concreto em qualquer outro lugar do país.

Corroborando este entendimento, Nelson Nery Jr. tece consideração que traduz todo o exposto e fulmina a questão:

“(...) o Presidente da República confundiu limites subjetivos da coisa julgada, matéria tratada na norma, com jurisdição e competência, com se, v.g., a sentença de divórcio proferida por um juiz de São Paulo não pudesse valer no Rio de Janeiro e nesta última comarca o casal continuasse casado! O que importa é quem foi atingido pela coisa julgada material” (NERY JR., 1999, p. 1541).

Em suma, a coisa julgada nas sentenças coletivas deve atingir a coletividade, e conseqüentemente todos os seus membros, independentemente dos limites da competência do órgão prolator da sentença.

6.1.2. Limites de Competência Territorial estabelecidos pelo Código de Defesa do Consumidor

O novo artigo 16 da Lei de Ação Civil Pública visa restringir os efeitos da sentença e da coisa julgada aos limites territoriais do órgão prolator da sentença.

Ocorre entretanto, que em sede de ações coletivas a competência territorial é dada pelo artigo 93 do CDC em função de o âmbito do dano ser local, regional ou nacional, de forma que os efeitos da sentença e da coisa julgada estendem-se naturalmente aos integrantes da coletividade, porquanto aqui não há choque entre o novo artigo 16 e a norma de competência do CDC, de modo que ele mostra-se ineficaz no seu intento. Desta forma, se por exemplo o dano (ou perigo de dano) for nacional, a ação poderá ser ajuizada no foro da capital do Estado, que tem competência nacional por força do referido artigo 93.

Nem se argumente que o artigo 93 teria seu âmbito de aplicação restrito aos interesses individuais homogêneos, porque previsto no capítulo que a eles concerne. Mais uma vez aqui teve lugar a desatenção do legislador (vide crítica ao artigo 104 do mesmo diploma legal, item 4.6.1).

Como demonstra Ada Pellegrini GRINOVER (1999, p. 775), é evidente neste caso aplicação do dispositivo também aos interesses difusos e coletivos, visto que não há razão lógica que diferencie as categorias a ponto de justificar a outorga de tratamentos tão desiguais. Caberia assim a interpretação extensiva do significado da norma para abranger os interesses superindividuais. Nas palavras da autora, “é a necessária coerência interna do sistema jurídico que exige a formulação de regras idênticas em que se verifica a identidade de razão”.

Em suma, o artigo 93 do CDC determina a competência em sede de ações coletivas e aplica-se a todos os interesses metaindividuais, do que se pode extrair que o artigo 16 em sua nova redação nada modifica em relação ao regime anterior da coisa julgada por que a ele se remete e com ele se coaduna.

6.1.3. Norma Processual Desarticuladora do Direito Material – a questão da Instrumentalidade

Como demonstrado no capítulo 2, supra, observa-se hoje cada vez mais a aglomeração dos sujeitos em grupos, classes ou categorias, a fim de compensarem suas fraquezas buscando força no ente coletivo.

Este movimento de aglomeração veio acompanhado do reconhecimento de novos direitos por parte do Estado, como os que advém da condição de consumidor ou os direitos ambientais, que por vezes (ou sempre no segundo caso) apenas podem ser considerados coletivamente, configurando-se como indivisíveis.

Mesmo os interesses individuais homogêneos que são, quando considerados de *per se*, individuais e divisíveis por natureza, ao passarem a ser considerados coletivamente e tomados uns em relação aos outros, também devem ser considerados indivisíveis, porque nesta condição atendem a uma série de objetivos de ordem pública, quais sejam o de tratamento isonômico dos direitos, com uma sentença de igual teor para todos os sujeitos integrantes da coletividade, o de preservação da legitimidade do Poder Judiciário, e o de economia processual.

Desta forma, todos os direitos metaindividuais apresentam-se no plano material como indivisíveis, de titularidade da coletividade, e assim devem ser tratados no plano processual aplicando-se a máxima de Chiovenda³ de que o processo deve dar a quem tem um direito tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tem o direito de obter.

A posição consubstanciada nas palavras do mestre é a de que, em outras palavras, o processo deve amoldar-se às feições do direito material de forma a plenamente viabilizá-lo. No mesmo sentido posiciona-se Cândido Rangel DINAMARCO (2000, p. 290), ao tratar da efetividade do processo, dizendo que “... o procedimento deve afeiçoar-se às peculiaridades de cada litígio, mediante aplicação do princípio da *adaptabilidade*”.

³ “... el proceso debe dar en cuanto sea posible prácticamente, a quien tiene un derecho todo aquello y precisamente aquello que él tiene derecho de conseguir” (CHIOVENDA, 1922, p.112)

Ora, quem “tem um direito” neste caso é a coletividade, o sujeito coletivo de direito, que não pode expor-se à possibilidade ser cindido, com diferentes decisões a respeito do mesmo direito em juízos diversos, situação intentada pela ora criticada medida legislativa.

Em suma, não há como se admitir a limitação territorial da coisa julgada determinada pela Lei 9.494/97 porque ela não leva em consideração o direito material a ser tutelado, expondo-o à possibilidade de desarticulação, indo de encontro ao atual estágio de desenvolvimento científico da moderna ciência processual.

6.1.4. Irrazoabilidade

A aplicação do dispositivo em questão pode ainda gerar situações totalmente absurdas.

José Marcelo VIGLIAR (1998, p. 106), por exemplo, indaga-se da situação de nos depararmos com interesses indivisíveis, que não permitiriam pelo seu próprio modo de ser tratamento limitado a um território.

No mesmo sentido, Luiz Guilherme MARINONI (2001, p. 713) destaca a hipótese da impugnação em sede coletiva da construção de uma barragem em determinado rio que divida dois Municípios ou dois Estados, adotando a possibilidade de o juízo do Estado A julgar procedente a ação e o do Estado B julgar improcedente. Neste caso, chegaríamos a uma situação esdrúxula da barragem apenas poder ser construída até a metade. Agrava ainda mais a situação pensando no caso de uma tutela repressiva e indaga: a barragem teria então de ser destruída até a metade?

Por certo que uma lei que possibilite tais situações não pode ser tomada como séria e levada a efeito.

6.2. INCONSTITUCIONALIDADES

Não obstante as razões acima arroladas a indicar a não adoção do novo artigo 16 da Lei 7.347/85 e a exposição da correta maneira de se interpretá-lo (item 6.1.2), ainda há juízos que entendem que os efeitos da sentença e a coisa julgada nas ações coletivas devem limitar-se apenas ao âmbito territorial da competência tradicional do órgão prolator da sentença.

Nos casos em que esta for a interpretação do dispositivo, ele não tem como subsistir, porque por viola alguns dispositivos constitucionais.

6.2.1. Instituição via Medida Provisória

A malfadada alteração no artigo 16 da Lei de Ação Civil Pública foi introduzida primeiramente pela Medida Provisória 1.570-4, publicada no Diário Oficial da União em 23.07.1997, reeditada, e somente posteriormente (em 11.09.1997) ganhou vigência a Lei 9.494/97 que a absorveu.

O artigo 62 da Constituição Federal arrola como requisitos para a adoção de Medidas Provisórias pelo Presidente da República a existência de relevância e urgência no caso tratado pelo ato.

No caso da Medida Provisória 1.570/97, é flagrante a ausência do requisito de urgência, visto que o texto anterior vigorava há mais de doze anos, sem oposição ou impugnação.

Nem se fale também no requisito da relevância, visto que a motivação para a edição da Medida Provisória em questão é extremamente discutível, e como nota Paulo Valério Dal Pai MORAES (1999, p. 56) se consubstancia nas restrições constantes que a União vinha sofrendo em suas políticas governamentais, especialmente no que toca às questões salariais de seus funcionários e nas privatizações.

Desta maneira, todas as ações coletivas que tiveram seu trânsito em julgado no período de 23.07.1997 a 11.09.1997 devem indiscutivelmente ter os efeitos da coisa julgada estendida a todos os integrantes da coletividade.

6.2.2. Infringência ao princípio do Acesso à Justiça

O artigo 5º inciso XXXV da Constituição Federal consubstancia o princípio do acesso à justiça ao dispor que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça à direito”.

Importante salientar que a interpretação do dispositivo deve se dar, no caso da coisa julgada nas sentenças coletivas, de modo deveras amplo, em função da relevância social que as causas se revestem, da repercussão que a decisão jurisdicional pode causar na sociedade e dos objetivos de interesse público que as ações metaindividuais perseguem. Estes objetivos podem ser traduzidos pela necessidade de decidir de forma isonômica, de forma a alcançar todos os integrantes da coletividade e preservar a legitimidade do Poder Judiciário, e de viabilizar a economia processual, evitando a proliferação de ações individuais.

Desta maneira, afigura-se em desconformidade com o princípio do acesso à justiça qualquer lei que venha a impor obstáculos, mesmo que de forma indireta, à defesa de direitos e interesses.

A interpretação restritiva do dispositivo ora criticado não constitui mais do que criação de obstáculo à tutela adequada dos interesses metaindividuais, na medida em que busca, através da limitação territorial dos efeitos da sentença e da coisa julgada, ensejando a necessidade de interposição de várias ações idênticas em juízos diversos para a tutela da mesma relação jurídica.

Poderíamos imaginar, em situação análoga, um indivíduo que, para a tutela de seu direito tivesse que interpor ações em diversos juízos, sendo que, se em um deles o direito não fosse reconhecido, ele restaria apenas parcialmente atendido. Como se

pode ver, a situação é absurda! A jurisdição é uma e não há porque se procurar outro juízo se um já se pronunciou satisfatoriamente sobre a questão. Tal entendimento da lei desconsidera o direito material como ele é e a realidade do sujeito coletivo de direito.

Pelos argumentos acima expostos, concluímos que na medida em que seja adotada aquela interpretação restritiva no provimento jurisdicional, resta a sentença violadora do princípio constitucional do acesso à justiça.

7. CONCLUSÕES

1. A necessidade de tutela coletiva de interesses não é nova, existindo desde a Idade Média. O que surge como nova realidade social é a redescoberta desta necessidade, a partir do despertar gradual das amarras ideológicas do individualismo liberal.

2. A nova realidade social exige tutela adequada aos interesses coletivos, mas encontra como obstáculo a instituição do sujeito de direito, reflexo da ideologia individualista no campo jurídico. A solução que possibilite a representação do ente coletivo em juízo e a obtenção de respostas jurisdicionais que sejam capazes de vincular seus membros passa necessariamente pelo reconhecimento de que o instituto do sujeito de direito não constitui um valor em si, mas um instrumento viabilizador do modo de produção capitalista. Por este motivo, pode e deve ser reconsiderado de forma a permitir a adaptação do atual sistema legal às peculiaridades dos interesses metaindividuais.

3. Os interesses metaindividuais pertencem à uma coletividade e surgem em um contexto onde somente os interesses de titularidade de um indivíduo ou do Estado merecem guarida do ordenamento jurídico.

4. Interesses difusos são interesses transindividuais, de natureza indivisível, cujos sujeitos que compõem a coletividade titular do interesse encontram-se vinculados por circunstâncias de fato.

5. Interesses coletivos são interesses transindividuais, de natureza indivisível, cujos sujeitos que compõem a coletividade titular do direito encontram-se vinculados entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica-base .

6. Interesses individuais homogêneos são interesses transindividuais, essencialmente divisíveis, formados por direitos que se originam de uma fonte comum, seja ela fática ou jurídica.

7. A coisa julgada é uma qualidade que se junta ao efeito declaratório da sentença, tornando-o indiscutível nos futuros julgamentos. Tem fundamento nos anseios sociais por estabilidade nas relações jurídicas, e portanto deve ceder em confronto com valores de maior relevância, como o de necessidade de tratamento coletivo dos direitos.

8. Vigia tradicionalmente no direito brasileiro, a título de limites subjetivos da coisa julgada, o princípio de que não pode ser afetado pelos efeitos da coisa julgada o terceiro que, embora tenha interesse jurídico na ação, não tenha sido chamado a participar do contraditório no processo.

9. Disto deriva que o transporte puro e simples da sistemática da coisa julgada tradicional gera problemas na aplicação do instituto às sentenças coletivas, porque a coletividade é representada nestas ações e seus membros integrantes não participam do processo.

10. O Código de Defesa do Consumidor vem a resolver de forma hábil estes problemas, resguardando os interesses individuais daqueles que não participaram do contraditório no processo, determinando a não formação de coisa julgada nos casos de improcedência da ação por insuficiência probatória e adotando o método da representação adequada.

11. A sistemática da coisa julgada do CDC passa a aplicar-se ao efeito declaratório de todas as sentenças que versem sobre interesses metaindividuais.

12. O *Códex* consumerista, na verdade, em nada inova em matéria de limites subjetivos da coisa julgada, não havendo extensão extraordinária de seus efeitos a terceiros. A imutabilidade da decisão para os integrantes da coletividade decorre da falta de legitimidade para agir; já quanto aos demais legitimados para propositura da ação, estes sofrem os efeitos da coisa julgada, porém não de forma extraordinária, mas natural, como qualquer outro substituto processual sofreria por haver sido julgada a relação jurídica objeto da ação. A inovação fica por conta da não formação da coisa julgada no caso de improcedência da ação por insuficiência de provas.

13. No que toca a interesses supraindividuais, o regime da coisa julgada é o seguinte: ocorrendo improcedência da ação por outra razão que não a insuficiência probatória, haverá formação da coisa julgada, resguardados os direitos individuais dos membros da coletividade; em caso de improcedência por insuficiência de provas, a ação poderá ser reproposta mediante a apresentação de prova nova; em caso de procedência da ação, forma-se a coisa julgada, com extensão *in utilibus* do objeto da ação para beneficiar os interessados individuais. As demandas coletivas não geram litispendência, mas para que estes interessados beneficiem-se delas devem requerer a suspensão de suas ações individuais no prazo de 30 dias da ciência nos autos de seu ajuizamento.

14. Prova nova, para efeitos de ações coletivas, é toda aquela que não figurava no processo anterior, e não somente a que veio a conhecimento depois do trânsito em julgado da sentença, como no processo comum. O critério para averiguar se há ou não prova nova deve ser o substancial, ou seja, sempre que qualquer legitimado propuser novamente a ação com novo material probatório, demonstrado estar que a ação anterior foi julgada com insuficiência de provas, ainda que o juiz não a tenha declarado formalmente na sentença.

15. Em se tratando de direitos individuais homogêneos, tal é o regime da coisa julgada: em caso de improcedência da ação por qualquer motivo, haverá formação da coisa julgada, resguardados os interesses individuais dos membros da coletividade que não tiverem atuado como litisconsortes no processo; em caso de procedência, forma-se a coisa julgada, e há a extensão *in utilibus* do objeto do processo para beneficiar os interessados individuais. As demandas coletivas não geram litispendência, mas para que estes interessados beneficiem-se delas devem requerer a suspensão de suas ações individuais no prazo de 30 dias da ciência nos autos de seu ajuizamento.

16. O processo apresenta escopos sociais, políticos e jurídicos. Nas ações coletivas, estes escopos apresentam-se potencializados, em função da relevância social que habitualmente revelam estas ações. Sob o prisma do impacto social que pode causar uma decisão jurisdicional em sede de interesses metaindividuais, merecem

destaque os escopos de atuação da vontade concreta do direito e de pacificação social, porque o juiz deve buscar a pacificação social ao atuar a vontade concreta do direito e o provimento jurisdicional resultante é capaz de eliminar ou diminuir as insatisfações sociais, ou ao contrário, acirrá-las ainda mais.

17. Neste contexto, considerando a relevância social constantemente presente nas ações coletivas e o escopo de pacificação social potencializado que elas apresentam, inconcebível se mostra qualquer ação legislativa no sentido de desaproximar o processo da nova realidade social de necessidade de tratamento coletivo dos direitos, como a lei 9.494/97, que tenta mediante a limitação territorial da coisa julgada nas tutelas de interesses coletivos cindir o sujeito coletivo de direito.

18. Esta tentativa de restringir a coisa julgada nas sentenças coletivas aos limites territoriais do órgão prolator da decisão adveio em insurgência do governo às restrições que vinha sofrendo em suas políticas salariais e de privatizações. O ato do Presidente da República e a motivação que o inspirou são extremamente questionáveis do ponto de vista ético, na medida em que visa, mediante a criação de obstáculos à justiça por meio de Medida Provisória, beneficiar a União, mantendo seus atos ilegais.

Este ente público teria o dever institucional de velar juntamente com os demais poderes pelo regime de legalidade, e não utilizar-se de expedientes sórdidos para locupletar-se de ilegalidades criadas por seus próprios atos, como no trato dos salários de seus funcionários e nos atos de privatização.

19. Também são questionáveis a Medida Provisória, e a lei em que se transformou, na medida em que é ineficaz, pois a interpretação sistemática do dispositivo em nada altera o regime do CDC. No entanto, alguns juízos interpretam o dispositivo de forma a limitar a coisa julgada. Tal interpretação atenta à técnica processual, confundindo limites subjetivos da coisa julgada com competência e jurisdição, desarticulando o direito material e dando margem a situações irracionais. Enseja, neste caso, interposição de recurso especial.

20. Por fim, ter o referido artigo 16 da Lei 7.347/85 como limitador dos efeitos da coisa julgada nas sentenças coletivas gera inconformidade com o texto

constitucional, pois fere o princípio do acesso à justiça. Ademais, a Medida Provisória que instituiu inicialmente o dispositivo não atende aos requisitos de relevância e urgência, e portanto as ações coletivas que tiveram seu trânsito em julgado no período de 23.07.1997 a 11.09.1997 devem ter os efeitos da coisa julgada estendida a todos os integrantes da coletividade. Desta forma, adotada tal interpretação da norma, cabe recurso extraordinário para impugná-la.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ARRUDA ALVIM, José Manoel de, Thereza e Eduardo & SOUZA, James Marins de. **Código do Consumidor comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

ARRUDA JR., Edmundo Lima de. Direito Alternativo – Notas sobre as condições de possibilidade. In: _____. **Lições de Direito Alternativo**. São Paulo: Acadêmica, 1991, p. 71-98.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento**. Vol. 1. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados “interesses difusos”. In: _____. **Temas de Direito Processual**, primeira série. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 110-123.

_____. A proteção jurídica dos interesses coletivos. In: _____. **Temas de Direito Processual**, terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984a, p. 173-182.

_____. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. In: _____. **Temas de Direito Processual**, terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984b, p. 193-224.

BASTOS, Celso. A tutela dos interesses difusos no Direito Constitucional brasileiro. In: **Revista de Processo**, São Paulo, vol. 23, p. 36-45, 1981.

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Principios de Derecho Procesal Civil**. Tomo I. Traducción Española de la Tercera Edición Italiana, prólogo y notas del profesor Jose Casais y Santaló. Madrid: Reus, 1922.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Uso alternativo do direito e saber jurídico alternativo. In: ARRUDA JR., Edmundo Lima de. **Lições de Direito Alternativo**. São Paulo: Acadêmica, 1991, p. 99-120.

DAWALIBI, Marcelo. Limites subjetivos da coisa julgada em ação civil pública. In: MILARÉ, Édís. **Ação Civil Pública: lei 7.347/1985 – 15 anos**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 570-598.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 8ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

GIDI, Antonio. **Coisa Julgada e Litispendência em Ações Coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995.

GRINOVER, Ada Pellegrini. As garantias constitucionais do processo nas ações coletivas. In: **Revista de Processo**, São Paulo, vol. 43, p. 19-30, 1986.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

LEAL, Márcio Flávio Mafra. **Ações Coletivas: História, Teoria e Prática**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e Autoridade da Sentença**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

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)**. 6ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. **Interesses Difusos: conceito e legitimação para agir**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

_____. Interesses difusos e coletivos. In: **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, vol. 22, p. 36-52, 1997.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A Antecipação da Tutela**. 7ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **Novas linhas de Processo Civil**. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do Processo de Conhecimento: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo - meio ambiente, consumidor e patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

MIAILLE, Michel. **Introdução Crítica ao Direito**. Lisboa: Estampa, 2ª Ed., 1994.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. A coisa julgada nas ações para tutela de interesses difusos. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 631, p. 71-82, 1988.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. A coisa julgada “erga omnes” nas ações coletivas (Código do Consumidor) e a Lei nº 9.494/97. In: **Revista Jurídica**, Porto Alegre, vol. 264, p. 56-80, 1999.

_____. Legitimidade para a defesa dos interesses coletivos *lato sensu*, decorrentes das questões de massa. In: **Revista Jurídica**, Porto Alegre, vol. 293, p. 52-89, 2002.

NERY JR., Nelson e NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

OLIVEIRA, Francisco Antonio de. Da Ação Civil Pública: instrumento de cidadania – inconstitucionalidade da Lei 9.494, de 10.09.1997. In: **Revista do Tribunais**, São Paulo, vol. 744, p. 31-60, 1997.

OLIVEIRA JR., Waldemar Mariz de. Tutela judicional dos interesses coletivos e difusos. In: **Revista de Processo**, São Paulo, vol. 33, p. 7-25, 1984.

PORTANOVA, Rui. **Motivações Ideológicas da Sentença**. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

PRADE, Péricles. **Conceitos de Interesses Difusos**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

RAMOS, André de Carvalho. A abrangência nacional de decisão judicial em ações coletivas: o caso da Lei 9.494/94. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 755, p. 113-120, 1998.

RÁO, Vicente. **O Direito e a Vida dos Direitos**. Vol. 1. São Paulo: Max Limonad, 1960.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 16ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SOUZA JR., José Geraldo de. Movimentos sociais – emergência do novos sujeitos: o sujeito coletivo de direito. In: ARRUDA JR., Edmundo Lima de. **Lições de Direito Alternativo**. São Paulo: Acadêmica, 1991, p. 131-142.

VENTURI, Elton. **A Tutela Executiva dos Direitos Metaindividuais nas Ações Coletivas**. São Paulo, 1997. 243 f. Dissertação (Mestrado em Direitos Difusos e Coletivos) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Ação Civil Pública**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1998.

_____. A Lei 9.494, de 10 de setembro de 1997 e a nova disciplina da coisa julgada nas ações coletivas: inconstitucionalidades. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 745, p. 67-72, 1997.