

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

RAFAEL MARQUES MARSALA

LIMITES SUBJETIVOS DA COISA JULGADA NO PROCESSO CIVIL COLETIVO:

ANÁLISE A PARTIR DO SISTEMA FORMADO PELA LACP E PELO CDC

CURITIBA

2009

RAFAEL MARQUES MARSALA

LIMITES SUBJETIVOS DA COISA JULGADA NO PROCESSO CIVIL COLETIVO:
ANÁLISE A PARTIR DO SISTEMA FORMADO PELA LACP E PELO CDC

Monografia apresentada pelo acadêmico Rafael Marques Marsala, como requisito parcial à conclusão do Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Sérgio Cruz Arenhart

CURITIBA

2009

TERMO DE APROVAÇÃO


RAFAEL MARQUES MARSALA

Limites subjetivos da coisa julgada na tutela coletiva: análise a partir do sistema formado pela LACP e pelo CDC


Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



SERGIO CRUZ ARENHART
Orientador



ALCIDES ALBERTO MUNHOZ DA CUNHA
Primeiro Membro



JORDÃO VTOLIN
Segundo Membro

RESUMO

O presente trabalho teve como objetivo a análise do secular instituto da coisa julgada, mais exatamente de seus limites subjetivos, sob o específico prisma da tutela coletiva. Esta matéria atualmente é regulada, em especial, pelo sistema formado principalmente pela LACP e pelo CDC (principalmente pelo artigo 103 deste diploma). A partir da análise da figura tradicional da coisa julgada, em contraposição aos efeitos diretos ou naturais da sentença, chegamos à conclusão de que, na verdade, na tutela coletiva não é a coisa julgada que opera efeitos “*erga omnes*”, mas sim os efeitos diretos da sentença, que, por sua própria natureza alcançam as pessoas individualmente consideradas. Outro fenômeno analisado é a coisa julgada “*secundum eventum litis*”, que permite a repositura da ação caso seja julgada improcedente por insuficiência de provas. Nestes casos há a formação de uma coisa julgada condicionada. Analisamos, também, a formação da coisa julgada na procedência da ação para a tutela dos direitos individuais homogêneos, levantando-se a possibilidade de que, mesmo nestes casos, o indivíduo ainda possa, em determinadas circunstâncias, ajuizar sua ação individual, pois mesmo na procedência da ação coletiva há possibilidades de prejuízo sério ao direito individual. Por fim, após análise do artigo 16 da LACP e do artigo 2º-A da Lei 9.494, que buscam limitar territorialmente a eficácia da sentença proferida em ação coletiva, concluímos, por diversos motivos, que tais artigos são inconstitucionais e ilógicos, não devendo, por isso, ser aplicados.

Palavras-Chave: coisa julgada, tutela coletiva, ação coletiva.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1. O MODELO TRADICIONAL DE TUTELA INDIVIDUAL E OS NOVOS DIREITOS COLETIVOS	9
1.1. A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA TUTELA COLETIVA	9
1.2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA TUTELA COLETIVA	12
1.3. AS “NOVAS” CATEGORIAS DE DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS	14
1.2.1. OS DIREITOS DIFUSOS	16
1.2.2. OS DIREITOS COLETIVOS “ <i>STRICTO SENSU</i> ”	18
1.2.3. OS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS	19
1.4. BREVE ANÁLISE DO INSTITUTO DA COISA JULGADA MATERIAL	19
1.4.1. BREVE ANÁLISE DOS LIMITES OBJETIVOS E SUBJETIVOS DA COISA JULGADA	25
2. OS LIMITES SUBJETIVOS DA COISA JULGADA NA TUTELA COLETIVA, SEGUNDO O SISTEMA FORMADO PELA LACP E PELO CDC.....	28
2.1. OS EFEITOS DA SENTENÇA E A COISA JULGADA	28
2.2. O TRATAMENTO DA COISA JULGADA NA TUTELA COLETIVA SEGUNDO O ARTIGO 103 DO CDC.....	31
2.3. A COISA JULGADA “ <i>SECUNDUM EVENTUM LITIS</i> ” PARA OS DIREITOS ESSENCIALMENTE COLETIVOS	38
2.4. A QUESTÃO DA PROVA NOVA E O JULGAMENTO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS.....	45

2.5. A COISA JULGADA “ <i>SECUNDUM EVENTUM LITIS</i> ” COM RELAÇÃO AOS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS.....	47
2.6. O EFEITO “ <i>IN UTILIBUS</i> ” DA COISA JULGADA.....	52
3. DA LIMITAÇÃO TERRITORIAL À COISA JULGADA.....	56
3.1. A LIMITAÇÃO TERRITORIAL COMO TENTATIVA DE CONTENÇÃO DA TUTELA COLETIVA.....	56
3.2. DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 16 DA LACP	57
3.3. DA INAPLICABILIDADE LÓGICA DA REGRA DO ARTIGO 16 DA LACP.....	61
3.4. INTERPRETAÇÃO ALTERNATIVA DA REGRA DO ARTIGO 16	64
3.5. A QUESTÃO DAS ASSOCIAÇÕES E O ARTIGO 2-A DA LEI 9.494/1997.....	66
4. CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS.....	70
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	75

INTRODUÇÃO

O presente trabalho trata de um dos mais importantes temas para o processo civil, qual seja, a coisa julgada. Entretanto, pretendemos aqui analisar este secular instituto sob a ótica específica da tutela coletiva.

A tutela coletiva, embora não seja novidade, vem ganhando relevo nos últimos anos, em especial após a edição da Lei da Ação Civil Pública, em 1985, e do Código de Defesa consumidor, em 1990, encontrando-se agora na centralidade de muitos debates acerca dos contornos do processo civil contemporâneo. A partir das leis acima mencionadas, formou-se um sistema, que hoje regulamenta a maior parte dos institutos ligados à tutela coletiva em geral.

A crescente importância da tutela coletiva deve-se a diversos motivos, dentre os quais podemos mencionar, de maneira não exaustiva: a crescente proteção aos direitos em geral (individuais e coletivos), a massificação das relações jurídicas, especialmente as de consumo, e a própria morosidade do judiciário, que reclama urgentemente por formas de reduzir o número de demandas.

Além disto, a existência de um anteprojeto para um código que regule os processos coletivos também destaca ainda mais a importância do tema.

Em face da enxurrada de demandas ao poder judiciário, pode-se dizer, de maneira meramente ilustrativa, que a tutela coletiva representaria uma necessária “massificação das relações jurídicas processuais”, que se contrapõe à mencionada massificação das relações jurídicas materiais.

O específico tema desta monografia, qual seja, os limites subjetivos da coisa julgada na tutela coletiva, certamente é ponto central para este tipo de tutela, vez que é a partir deste tema, e dos que lhe são conexos, que se poderá realmente compreender a formação da coisa julgada nas ações coletivas e sua correta extensão subjetiva, a partir do sistema formado pelo CDC e a LACP.

Inicialmente, faremos uma breve análise histórica da tutela coletiva, demonstrando como os institutos do tradicional processo civil, de índole

predominantemente individual, não são inteiramente adequados às ações de índole coletiva. Ainda numa análise preliminar, examinaremos, de maneira igualmente breve, o instituto da coisa julgada na jurisdição individual.

Após, adentrando mais especificamente no tema, trataremos da diferenciação entre a abrangência dos efeitos da sentença e da coisa julgada, que fundamentará algumas das premissas adotadas neste trabalho.

Analisaremos a questão da coisa julgada “*secundum eventum litis*”, mais especificamente acerca da improcedência da ação por falta de provas (expressa ou não) e a possibilidade de repositura da ação. Examinaremos também o efeito “*in utilibus*” das sentenças

Por fim, trataremos da curiosa, e inconstitucional, situação criada na tutela coletiva em virtude da limitação territorial à coisa julgada (destaque-se, desde já, que, na verdade, o que o legislador buscou limitar foi a eficácia subjetiva do julgado), trazida pela modificação do artigo 16 da LACP.

Como se percebe destas primeiras linhas, o tema da coisa julgada no Processo Civil Coletivo, analisado a partir do sistema formado pela LACP e pelo CDC, tem importância central para a tutela coletiva, vez é a partir da análise deste instituto que se poderá melhor compreender a extensão da eficácia da decisão proferida no processo coletivo, bem como da imutabilidade desta.

A partir desta análise pretendemos tornar mais clara a forma com que se devem manejar os instrumentos dedicados à proteção dos direitos transindividuais, em especial a coisa julgada, a fim de garantir uma tutela jurisdicional coletiva verdadeiramente efetiva.

CAPÍTULO 1

O MODELO TRADICIONAL DE TUTELA INDIVIDUAL E OS NOVOS DIREITOS COLETIVOS.

1.1 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA TUTELA COLETIVA

Para quem se dedica ao estudo do processo civil brasileiro é fácil perceber que este ramo do direito possui contornos muito mais voltados ao processo individual do que ao coletivo. Na verdade, a construção do direito processual brasileiro, ao menos até meados do século XX, sequer tinha em mente a estruturação de um processo coletivo.

Diversos foram os fatores que levaram o direito processual civil brasileiro a se desenvolver visando quase que exclusivamente a vertente do processo individual, deixando de lado a tutela coletiva de direitos. Fato é que, em uma primeira etapa, o desenvolvimento da tutela coletiva de direitos no Brasil se deu somente por meio de leis extravagantes e esparsas que previam algumas possibilidades de tutela coletiva em alguns casos específicos. Destaca-se, como faz MENDES¹, a edição da lei 1.134 de 1950 que autorizava determinadas associações de classes a representarem coletivamente seus associados.

Tal como a lei mencionada acima, foram editadas nos anos seguintes outras leis de menor importância, que também tratavam de possibilidades específicas de tutela coletiva, mas sem grande preocupação com um verdadeiro direito processual coletivo.

Foi com a edição da Lei da Ação Popular, lei 4.717 de 1965, que a tutela coletiva começou a ganhar maior importância. Como destaca MENDES, foi com a edição desta lei que a doutrina brasileira começou a voltar sua atenção especificamente para a tutela coletiva.

¹ MENDES, Aluísio G. de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. P. 191.

O interesse na tutela coletiva foi crescendo cada vez mais, ganhando espaço na doutrina e na legislação, levando à edição em 1981 da lei da Política Nacional do Meio Ambiente e da Lei Orgânica do Ministério Público que possibilitaram a propositura pelo MP de ações coletivas visando a defesa do meio ambiente.

Em 1985 veio, como resultado de diversos trabalhos realizados no âmbito do Ministério Público, especialmente o de São Paulo, a Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.437 de 1985).

Alguns anos depois, com o advento da Constituição Federal de 1988, foram ampliadas as possibilidades da tutela coletiva. Este diploma renovou a importante garantia do acesso à justiça, vista em seu artigo 5º, inciso XXXV, garantindo também a defesa dos direitos coletivos, como se verá mais detalhadamente mais adiante. Ademais, a C.F. garantiu um imenso rol de direitos às pessoas em geral, incrementando significativamente a procura pelos serviços do judiciário, um dos já citados motivos que apontam para a necessidade urgente de um adequado sistema para a tutela coletiva.

O próximo marco foi certamente a elaboração do Código de Defesa do Consumidor, que trouxe grandes inovações para o direito processual coletivo brasileiro, em especial, a possibilidade de tutela dos direitos individuais homogêneos.

Apesar de tratar mais especificamente de direito do consumidor, o CDC, por força de seu artigo 117, regula diversos aspectos da tutela jurisdicional dos interesses coletivos, formando com a LACP e outras leis de menos importância sobre o tema, uma espécie de sistema para a tutela dos direitos coletivos em geral.

Em virtude da evolução do processo civil predominantemente voltada ao processo individual, com a tutela coletiva tratada pontualmente através de legislação esparsa e sem preocupação sistemática, os institutos básicos do processo civil brasileiro (coisa julgada, litispendência e conexão, por exemplo), da maneira como estão hoje estruturados, são pensados visando basicamente à solução de conflitos individuais e multi-individuais (litisconsórcios, etc). Entretanto, tais institutos muitas vezes mostram-se inadequados a uma verdadeira tutela coletiva e à resolução de seus problemas, de modo que o que se

percebe em parte da doutrina e da jurisprudência é um esforço para adaptar os institutos do processo civil individual ao processo coletivo.

Para a maior parte da doutrina é possível reconhecer o direito processual coletivo como um ramo do direito processual, com alguns princípios e regras próprios. Vale destacar a sucinta colocação de GRINOVER sobre o assunto:

Por outro lado, a evolução doutrinária a respeito dos processos coletivos autoriza a elaboração de um verdadeiro direito processual coletivo, como ramo do direito processual, que tem seus próprios princípios e regras, diversos dos do direito processual individual. Os institutos da legitimação, competência, poderes e deveres do juiz e do Ministério Público, conexão, litispendência, liquidação e execução da sentença, coisa julgada, entre outros, têm feição própria nas ações coletivas que, por isso mesmo, se enquadram numa teoria geral dos processos coletivos.²

Percebe-se pela citação acima que os institutos do processo civil coletivo devem ser entendidos em seus contornos próprios e não exatamente da mesma maneira que o são no processo individual, sob pena de deixar de dar a merecida efetividade à tutela coletiva.

Mesmo com a regulamentação específica das ações coletivas e de alguns de seus institutos por meio de leis esparsas, em especial a Lei da Ação Popular, a Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor, os institutos do processo coletivo permanecem regulados de forma insuficiente, ou até mesmo incorreta, não se achando soluções para todos os seus possíveis problemas.

É necessário que os instrumentos do processo civil individual sejam adaptados, para que possam ser corretamente utilizados no processo coletivo. Tal é a posição de ARENHART e MARINONI, que se transcreve a seguir:

É preciso, pois, para bem operar com as ações coletivas, despir-se dos velhos preconceitos (ou pré-conceitos), evitando recorrer a raciocínios aplicáveis apenas à “tutela individual” para solucionar questões atinentes à “tutela coletiva”, que não é, e não poderia ser, pensada sob a perspectiva da teoria da “ação individual”. Os institutos que presidem essa ação (ao menos em sua

² GRINOVER, Ada Pellegrini. **Um código Brasileiro de processos Coletivos**. In: MILARÉ, Edis (coord.). **A AÇÃO CIVIL PÚBLICA após 20 anos: efetividade e desafios**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. P. 13.

grande maioria) são incompatíveis e inaplicáveis à tutela coletiva, simplesmente porque foram concebidos para operar em outro ambiente.³

Semelhante é a conclusão a que chega MANCUSO, após analisar o traslado de categorias e institutos da jurisdição singular para a coletiva.

Como se infere dos vários tópicos antes abordados, a aplicação de institutos e categorias da jurisdição singular para o plano coletivo nem sempre será possível, ou nem sempre será segura, de modo que devem intérprete e aplicador proceder com toda a cautela nesse transporte, atentando a que o plano da jurisdição coletiva parte de pressupostos que lhe são peculiares e intenta alcançar finalidades específicas, aqueles e estas bem diversos de seus correspondentes na jurisdição singular.⁴

1.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA TUTELA COLETIVA

Há diversos princípios constitucionais que influenciam o processo civil e devem ser respeitados tanto no processo individual quanto no coletivo. Com relação a tais princípios, DINAMARCO afirma que:

A constituição impõe expressamente alguns princípios que devem prevalecer em relação a processos de toda espécie (civil, penal, trabalhista; jurisdicional ou não), a saber: o do devido processo legal, o da inafastabilidade do controle jurisdicional, o da igualdade, da liberdade, do contraditório e ampla defesa, juiz natural e publicidade.⁵

Por serem amplos e genéricos não há grande discussão sobre a aplicação destes princípios ao processo coletivo. Tais princípios requerem apenas uma leitura mais ampla e menos arraigada ao processo individual para se adaptarem bem à jurisdição metaindividual.

³ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil**. v. 5. Procedimentos especiais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. P. 294.

⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição coletiva e coisa julgada**: Teoria geral das ações coletivas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. P. 112.

⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 5. ed., v. 1. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. P. 216.

Importante frisar, como faz BEZERRA LEITE, que o princípio da inafastabilidade da Jurisdição, contido no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal, “é destinado tanto para a defesa dos direitos individuais quanto para a dos “novos direitos”, também chamados de interesses metaindividuais”⁶, ou seja, é necessária apenas uma leitura correta do princípio em toda sua amplitude.

Nesse sentido, vale destacar, como fazem ARENHART e MARINONI, que a garantia do acesso à justiça, preconizada no inciso XXXV do artigo 5º da CF, não pode ser entendida somente em seu sentido negativo, como o impedimento de que seja formalmente negado o acesso à justiça, mas também em seu sentido positivo, impondo que o poder público proporcione condições materiais que possibilitem na prática o acesso à justiça para qualquer cidadão.

No sentido positivo, o princípio impõe ainda a elaboração de meios processuais eficazes à tutela de todos os tipos de direito, inclusive os coletivos, bem como a utilização desses instrumentos visando sempre dar a eles a máxima eficiência possível. Em outras palavras, é evidente que só há verdadeira garantia de acesso ao Judiciário se aquele que postula em juízo pode obter uma resposta útil, eficaz, tempestiva e adequada. Veja-se lição que bem espelha esta posição:

Assentada naquele preceito (direito de ação) a garantia de proteção aos interesses coletivos, cumpre constatar que essa tutela assume os contornos de *direito fundamental*, com todas as suas conseqüências naturais. Em conta disso, a tutela de interesses coletivos merece interpretação *otimizada*, capaz de permitir o seu atendimento na maior extensão possível.⁷

⁶ BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. **Princípios da jurisdição Metaindividual**, in: DUARTE, Bento Herculano; DUARTE, Ronnie Preuss (coords.). **Processo civil aspectos relevantes: estudos em homenagem ao Prof. Humberto Theodoro Júnior**. v. 1. São Paulo: Editora Método, 2007. P. 45

⁷ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil**. v. 5. Procedimentos especiais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2009. P. 272

Mais adiante acrescentam os autores que “caso contrário, ainda que não exista obstáculo ao acesso, porque este acesso é inútil, ineficaz, intempestivo ou inadequado, pouco interesse haverá na procura pela resposta jurisdicional”.⁸

Embora haja outros princípios constitucionais e infraconstitucionais que influenciam a tutela coletiva, em virtude dos limites deste trabalho, destacamos apenas a importância do princípio do acesso à justiça, que ao lado do princípio do devido processo legal têm maior importância na análise que aqui se pretende fazer. Veja-se nesse sentido a posição de BEZERRA LEITE:

Não é incorreto afirmar, pois, que esses dois princípios constitucionais – indeclinabilidade da jurisdição (CF, art 5, XXXV) e devido processo legal (CF, art 5, LIV e LV) – servem de aporte à temática do efetivo acesso, tanto individual quanto coletivo, ao Poder Judiciário brasileiro.⁹

1.3. AS “NOVAS” CATEGORIAS DE DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS

Antes de adentrar especificamente na breve análise de cada tipo específico de direito ou interesse, importante alertar para o fato de que o que se chamam de “novos direitos”, em verdade, não são criados pela Lei da Ação Civil Pública ou pelo CDC. Conforme salienta ARENHART, é incorreto supor que os direitos coletivos somente surgem com a evolução da sociedade. Veja-se a posição do autor:

Como já se disse anteriormente, seria falso supor que os direitos coletivos somente surgem com a evolução da sociedade, ou ainda que a preocupação com eles seja uma característica da atualidade. Todavia, é certo que o tratamento desses interesses de *forma coletiva* e sua tutela também de *maneira molecular*

⁸ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil**. v. 5. Procedimentos especiais. Ob. Cit. P. 273.

⁹ BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. *Acesso coletivo à justiça na perspectiva dos direitos humanos: papel do juiz e do ministério público*, in: DUARTE, Bento Herculano; DUARTE, Ronnie Preuss (coords.). **Processo civil aspectos relevantes: estudos em homenagem ao Prof. Humberto Theodoro Júnior**. v. 2. São Paulo: Editora Método, 2007. P. 169.

somente vêm a surgir com o desenvolvimento social, embora se possam encontrar suas origens em tempo remoto.¹⁰

Outra observação preliminar importante a se fazer é acerca da discussão relativa à terminologia destas novas categorias de direitos. Debate-se se estas categorias devem ser chamadas de direitos ou de interesses.

Parte da doutrina se ocupa desta distinção entre interesses e direitos, entretanto, como frisou MENDES, há quem defenda que embora as expressões não se equivalham foram usadas como sinônimos, mencionando nesse sentido a opinião de WATANABE.

Kazuo Watanabe defende, no entanto, que os “termos ‘interesses e direitos’ foram utilizado como sinônimos, certo é que, a partir do momento em que passam a ser amparados pelo direito, os “interesses” assumem o mesmo status de ‘direto’, desaparecendo qualquer razão prática e mesmo teórica, para a busca de uma diferenciação ontológica entre eles”.¹¹

Para VENTURI, o fato do código ter falado em interesses e não direitos coletivos deve-se à insuficiência do conceito tradicional de direito subjetivo frente às novas categorias de direitos, vez que não se pode determinar um sujeito específico para titularizar um direito coletivo, porém, segue o autor dizendo ter sido superada a distinção conceitual entre interesses e direitos, cumulando no reconhecimento dos interesses metaindividuais como verdadeiros direitos subjetivos¹². Ademais, assevera o autor que no campo das tutelas coletivas não há serventia para distinções conceituais entre interesses e direitos. Veja-se sua posição:

Aliás, para além da expressa qualificação legal das pretensões difusas, coletivas ou individuais homogêneas como autênticos direitos subjetivos, não há, praticamente, qualquer serventia para eventuais distinções conceituais que se insistisse a impor, sobretudo porque, sob a ótica do sistema constitucional de

¹⁰ ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da Tutela Inibitória coletiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. P. 141.

¹¹ MENDES, Aluísio G. de Castro. **Ações coletivas no direito comparado e nacional**. Ob. cit. P. 205.

¹² VENTURI, Elton. **Processo Civil Coletivo: A tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil**. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. P. 49.

prestação jurisdicional, são tuteláveis pelo poder judiciário brasileiro, indistintamente, tanto os *interesses* como os *direitos subjetivos*.¹³

Embora possa ser relevante a discussão acima mencionada, prescindir-se-á de uma análise mais profunda, tomando como base para os estudos a opinião segundo a qual não há relevância prática na diferenciação entre direitos e interesses.

Esgotada essa questão inicial, passaremos à análise mais diretamente relacionada às novas categorias de direitos metaindividuais.

O Direito brasileiro admite três categorias de direitos coletivos, quais sejam, os difusos, os coletivos “*stricto sensu*” e os individuais homogêneos. Na verdade apenas duas destas categorias são efetiva e essencialmente direitos coletivos, os difusos e os coletivos “*stricto sensu*”. A terceira categoria trata de direitos que, como o próprio nome diz, são individuais, mas reclamam, por diversas razões, o tratamento coletivo. Não é outra a lição de ARENHART, para quem:

De fato o direito nacional admite três categorias de direitos coletivos, ou melhor, duas categorias de direito realmente coletivo e uma de direitos individuais de massa, tratados como coletivos e equiparados às outras duas espécies (porque recebem tutela coletiva).¹⁴

Trataremos agora, de maneira breve, das características de cada uma das três categorias de direitos coletivos.

1.3.1 OS DIREITOS DIFUSOS

Os direitos difusos são aqueles transindividuais, indivisíveis, pertencentes a toda a coletividade, ligada por circunstâncias fáticas. Eles são, como dito, indivisíveis, e justamente desta indivisibilidade decorre a impossibilidade de serem vistos como o mero

¹³ VENTURI, Elton. **Processo Civil Coletivo: A tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos.** Ob.cit. P. 48.

¹⁴ ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da Tutela Inibitória coletiva.** Ob.cit. P. 154.

somatório dos direitos individuais de cada membro da coletividade, conforme salientam AENHART e MARINONI:

Outrossim, esses direitos – difusos e coletivos (stricto sensu) – são caracterizados por sua natureza indivisível. Não pertencem a um único indivíduo, e ainda se mostram indivisíveis dentre os sujeitos que dão composição à coletividade. Não se pode por isso mesmo admitir que tais direitos sejam confundidos com a somatória dos direitos individuais, pertencentes a cada um dos sujeitos que integram a coletividade.¹⁵

Além de indivisíveis, tais direitos também pertencem a pessoas indeterminadas dentro da sociedade. No caso dos direitos difusos nem mesmo pode ser identificado um grupo ou classe titular, conforme se vê da lição de VENTURI.

Não se concentra a titularidade da pretensão indivisível em torno de agrupamentos sociais identificáveis como *classes* ou *categorias*, justamente porque sua origem é meramente circunstancial e fática, não derivando de relações formais entre seus titulares, que, em última análise, devem ser concebidos como todos os indivíduos. Daí a nota de indeterminabilidade dos titulares das pretensões difusas.¹⁶

Nesta categoria de direito coletivo, a coletividade está ligada entre si por circunstâncias meramente fáticas, de modo que nem mesmo esta coletividade pode ser precisamente determinada.

Casos relacionados ao meio ambiente, como por exemplo os relacionados à poluição aérea, deixam extremamente clara essa indivisibilidade e indeterminabilidade dos direitos difusos.

¹⁵ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil**. v. 5. Procedimentos especiais. Ob.cit. P. 299.

¹⁶ VENTURI, Elton. **Processo Civil Coletivo: A tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil**. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos. Ob.cit. P. 54.

1.3.2 OS DIREITOS COLETIVOS “*STRICTO SENSU*”

Da mesma forma que os direitos difusos, os coletivos “*stricto sensu*” são também indivisíveis, porém, pertencentes a um grupo, categoria ou classe determinada, ligados por uma relação jurídica base.

O traço distintivo desta categoria, com relação aos direitos difusos, é justamente o fato de o “titular” do direito ser um grupo ou classe determinável. Neste sentido é a lição de ARENHART e MARINONI, segundo a qual:

Note-se, por outro lado, que a diferença essencial entre os direitos difusos e direitos coletivos (*stricto sensu*) reside no fato de que os direitos difusos pertencem, naturalmente, a pessoas indeterminadas, dissolvidas na sociedade, e que por meras circunstâncias fáticas estão ligados entre si, enquanto os direitos coletivos (*stricto sensu*) têm como titular grupo, categoria ou classe de pessoas que estão ligadas entre si ou com o violador (ou potencial violador) do direito, por uma relação jurídica base. Portanto, ao contrário do que ocorre com os direitos difusos, os coletivos permitem que se identifique, em um conjunto de pessoas, um núcleo determinado de sujeitos como “titular”.¹⁷

Esclarece NUNES¹⁸, que a relação jurídica base mencionada no texto legal pode ser tanto aquela pela qual os titulares estão ligados entre si, quanto aquela pela qual os titulares estão ligados com o sujeito passivo.

Apesar da possibilidade de identificação da coletividade titular do direito, não é possível que os membros dela sejam legitimados a individualmente defender em juízo o direito coletivo do grupo. Somente os legitimados em lei é que podem efetivamente defender o direito do grupo em juízo.

¹⁷ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil**. v. 5. Procedimentos especiais. Ob.cit. P. 299.

¹⁸ NUNES, Rizzato. **As Ações coletivas e as definições de direito difuso, coletivo e individual homogêneo**. In: MAZZEI, Rodrigo, NOLASCO, Rita Dias (coords.). **Processo Civil Coletivo**. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2005. P. 89.

1.3.3 OS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS.

Os direitos individuais homogêneos, como o próprio nome leva a crer, são direitos verdadeiramente individuais.

Tais direitos, segundo a redação legal, têm uma origem comum, de modo que os direitos individuais são praticamente idênticos.

As novas realidades sociais, decorrentes em especial da massificação das relações de consumo, é que fizeram com que cada vez mais ocorressem situações em que um mesmo fato afrontasse de uma só vez os direitos de um grande número de pessoas. Essas novas realidades sociais também geraram um aumento substancial na quantidade de demandas levadas ao judiciário.

Foi justamente com o escopo de dar maior celeridade ao Judiciário, bem como de uniformizar as decisões para casos iguais, que se possibilitou a tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos, podendo-se dizer que, na realidade, o que ocorre com esses direitos é a tutela coletiva de direitos e não a tutela de um verdadeiro direito coletivo, conforme se vê da posição de ARENHART e MARINONI.

Os direitos individuais homogêneos, contrariamente ao que ocorre com as duas outras espécies de direitos já examinadas, são em verdade direitos individuais, perfeitamente atribuíveis a sujeitos específicos. Mas, por se tratar de direitos individuais idênticos (de massa), admitem – e mesmo recomendam, para evitar decisões conflitantes, com otimização da prestação jurisdicional do Estado – proteção coletiva, através de uma única ação.¹⁹

1.4 BREVE ANÁLISE DO INSTITUTO DA COISA JULGADA MATERIAL.

Inicialmente, convém lembrar que não se pode confundir a coisa julgada formal com a coisa julgada material. A coisa julgada formal opera efeitos voltados para dentro da relação processual, enquanto a material projeta seus efeitos para fora desta relação. Na

¹⁹ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil**. v. 5. Procedimentos especiais. Ob.cit. P. 300.

verdade, o que realmente nos interessa no trabalho aqui pretendido é a coisa julgada material, motivo pelo qual passamos agora à sua análise.

Para que o resultado do processo seja realmente útil na prática e consiga efetivamente resolver os conflitos é preciso que seus efeitos, decorrentes da sentença, tornem-se indiscutíveis, conforme assinala DINAMARCO:

O exercício útil da jurisdição requer que seus resultados fiquem imunizados contra novos questionamentos, porque uma total vulnerabilidade desses resultados comprometeria gravemente o escopo social da pacificação: a segurança jurídica é reconhecido fator de paz entre as pessoas no convívio social.²⁰

MONIZ DE ARAGÃO, a partir da análise da obra de SAVIGNY, lembra que todo processo deve receber uma solução. Entretanto, a decisão deste processo pode ser duvidosa, de modo que seria natural revê-la quando algum dos interessados reputasse-a errônea.

Se fosse efetivamente possível rever a decisão sempre que fosse reputada errônea, provavelmente se garantiria um maior nível de acerto à sentença, porém, de outro lado geraria um “estado de perpétua incerteza”. A partir desta questão seria necessária uma escolha que equilibrasse as necessidades contrapostas de certeza e de acerto da decisão. MONIZ DE ARAGÃO, ainda a partir da obra de SAVIGNY, bem resume a questão, na ótica do direito processual brasileiro, ao dizer que:

Em faces desses dois sérios perigos – sentença errada e incerteza sobre os direitos – há de ser feita uma escolha para adotar o mal menor, escolha que, diz ele ‘pertence ao direito político’. A opção universalmente aceita, fundamentada no Direito Romano, consiste em, primeiro submeter a sentença a reexame perante órgãos hierarquicamente superiores (eventualmente permitir sua rescisão posterior, acrescente-se) e após atribuir-lhe especial autoridade, que a torne imutável para o futuro em face de todos os participantes do processo em que fora ela pronunciada. Essa autoridade chama-se coisa julgada.²¹

²⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. Ob.cit. P. 325.

²¹ ARAGÃO, Egas D. Moniz de. **Sentença e coisa julgada: exegese do código de processo civil** (arts. 444 a 475). Rio de Janeiro: Aide Editora, 1992. P. 189.

Semelhante é a lição de ARENHART e MARINONI, segundo a qual:

Em realidade, a coisa julgada não se liga, ontologicamente, à noção de verdade. Não a representa, nem constitui ficção (ou presunção) legal de verdade. Trata-se antes, de uma opção do legislador, ditada por critérios de conveniência, que exigem a estabilidade das relações sociais, e conseqüentemente das decisões judiciais. É notório que o legislador, ao conceber o sistema jurisdicional, pode inclinar-se para a certeza jurídica ou para a estabilidade.²²

Conforme se vê, a coisa julgada decorre de uma opção política que, a partir da elaboração de um determinado sistema, equilibra as exigências de segurança jurídica e de acerto na decisão.

Boa parte da doutrina atual é pacífica em dizer que a coisa julgada material representa a qualidade da imutabilidade da sentença proferida pelo órgão do judiciário, uma vez que tal sentença passe em julgado, ou seja, que não seja mais possível a interposição de qualquer recurso contra ela.

Veja-se a posição de ARENHART e MARINONI, para quem “Tem-se, então, que a coisa julgada material corresponde à imutabilidade de declaração judicial sobre o direito da parte que requer alguma prestação jurisdicional”.²³

A partir do momento em que se forma a coisa julgada, não se pode mais voltar a discutir a lide que já foi decidida pela sentença (salvo as hipóteses de ação rescisória).

Apesar de ser pacífico que a coisa julgada representa a imutabilidade do que foi decidido na sentença, há discussão acerca da natureza do instituto.

Parte da Doutrina, especialmente a mais antiga, dizia ser a coisa julgada um dos efeitos da sentença, ao lado dos efeitos condenatório, declaratório e constitutivo, bem como dos efeitos executivo e mandamental, para aqueles que adotam a classificação quinária das sentenças, trazida por PONTES DE MIRANDA.

Foi LIEBMAN que, se opondo a esta visão clássica que tinha a coisa julgada como um efeito da sentença, difundiu idéia diversa, segundo a qual a coisa julgada seria

²² ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil**. 7. ed. rev. e atual. v. 2. Processo de conhecimento. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2008. P. 645.

²³ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil**. 7. ed. rev. e atual. v. 2. Processo de conhecimento. Ob.cit. P. 644.

na verdade uma qualidade intrínseca à própria sentença e à seus efeitos. Esta qualidade é justamente a imutabilidade conferida à sentença e aos seus efeitos. Tal opinião é bem resumida por MONIZ DE ARAGÃO, que a partir da lição do próprio LIEBMAN afirma que:

Parte substancial da doutrina inclui também a coisa julgada entre os efeitos da sentença, ao que LIEBMAN se opunha porque em sua opinião “a coisa julgada não é mais um efeito da sentença, mas uma qualidade, um atributo da sentença e de seus efeitos, precisamente a imutabilidade daquele e destes.”²⁴

Segundo o próprio LIEBMAN, antes mesmo de passar em julgado, as sentenças já teriam efeitos, do que decorria que:

Da premissa há pouco enunciada deriva uma só e necessária consequência: a autoridade da coisa julgada não é um efeito da sentença, como postula a doutrina unânime, mas, sim, modo de manifestar-se e produzir dos efeitos da própria sentença, algo que a esses efeitos se ajunta para qualificá-los e reforçá-los em sentido bem determinado.²⁵

Portanto, para este autor, a coisa julgada seria essa qualidade que se agrega aos efeitos da sentença, tornando-os imutáveis.

Embora esta teoria tenha se difundido amplamente, foram tecidas críticas contra ela, que eventualmente levaram à sua superação parcial.

Segundo BARBOSA MOREIRA, os efeitos da sentença escapam à imutabilidade, como no caso do efeito condenatório, que, na prática, pode vir a nunca a se implementar²⁶. Segundo este autor, o que se torna imutável é o resultado final do processo, consistente no conteúdo da sentença. Veja-se o seguinte trecho de sua obra que bem resume a posição do autor sobre o assunto:

²⁴ ARAGÃO, Egas D. Moniz de. **Sentença e coisa julgada**: exegese do código de processo civil (arts. 444 a 475). Rio de Janeiro: Aide Editora, 1992. P 95.

²⁵ LIEBMAN, Enrico Túlio. **Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**. 2. ed., trad. Alfredo Buzaid e Benvindo Aires; tradução dos textos posteriores à ed. de 1945 e notas por Ada Pelegrini Grinover. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1981. P. 46.

²⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição coletiva e coisa julgada**: Teoria geral das ações coletivas. Ob.cit. P 115.

A coincidência *temporal* entre a formação da *res iudicata* e o começo da produção dos efeitos não é ditada por uma *necessidade intrínseca*. Se o fosse, não se conceberia antecipação *sequer a título excepcional*. LIEBMAN, que tanto fez para distinguir da eficácia da sentença a autoridade da coisa julgada, e com isso prestou serviço inestimável à ciência processual, deteve-se contudo a meio caminho. Em sua construção, fica ainda a coisa julgada conceptualmente presa à rede dos efeitos da sentença, como algo que a eles adere “per qualificarli e rafforzarli in un senso ben determinato”, ou seja, para fazê-los imutáveis. Ora, tal compromisso é insatisfatório, até porque, na realidade, os efeitos da sentença *não* se tornam imutáveis com o trânsito em julgado: o que se torna imutável (ou, se se prefere, indiscutível) é o *próprio conteúdo* da sentença, como norma jurídica concreta referida à situação sobre que se exerceu a atividade cognitiva do órgão judicial.²⁷

A partir desta e de outras críticas é que se deu um passo adiante na caracterização do fenômeno da coisa julgada. Convém destacar inicialmente, na esteira da lição de ARENHART e MARINONI, que eficácia e efeitos da sentença são categorias diversas. Segundo os autores, “A eficácia da sentença é a potencialidade (virtualidade) que lhe é atribuída, para produzir efeitos”.²⁸

Mais adiante os autores acrescentam que:

A eficácia da sentença, enquanto mera virtualidade, não pode ser abarcada pela imutabilidade decorrente da coisa julgada, já que não existe concretamente. *Os efeitos é que podem, em tese, ser acobertados pela indiscutibilidade característica da coisa julgada. Todavia, dentre esses efeitos há aqueles que dependem de agentes externos para se realizarem, e por isso não podem ser atingidos pela imutabilidade da coisa julgada, pois podem vir a não operar efetivamente.*²⁹

A partir da análise realizada os autores concluem que:

Retomando as considerações lançadas no início deste capítulo, se a coisa julgada representa a imutabilidade decorrente da formação da *lei do caso concreto*, se ela representa a certificação dada pela jurisdição a respeito da pretensão de direito material exposta pelo autor, somente isso é que pode transitar em julgado.

²⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de direito processual**: (primeira série). 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1988. P. 89.

²⁸ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil**. 7. ed. rev. e atual. v. 2. Processo de conhecimento. Ob.cit. P. 647.

²⁹ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil**. 7. ed. rev. e atual. v. 2. Processo de conhecimento. Ob.cit. P. 647.

*Somente o efeito declaratório é que pode, efetivamente, tornar-se imutável em decorrência da coisa julgada.
Deixe-se claro, por ém, que todas as sentenças têm algo de declaratório³⁰.*

À mesma conclusão chega Ovídio BAPTISTA DA SILVA, para quem:

Com isso, quero antecipar que a afirmação básica de Liebman de que a coisa julgada não é uma eficácia da sentença, mas uma qualidade que aos efeitos se ajunta para torná-los imutáveis, pode ser aceita como verdadeira, desde que se restrinja a afirmação só à eficácia declaratória.³¹

Portanto, a partir da análise realizada, chega-se à conclusão de que a coisa julgada não é um efeito ou eficácia da sentença, mas sim uma qualidade (a imutabilidade) não de todos, mas de apenas um dos efeitos da sentença, qual seja, do efeito declaratório.

Outra observação preliminar é a de que a coisa julgada atinge a relação jurídica alvo da discussão judicial nos exatos termos em que se encontrava à época do processo, ou seja, eventuais alterações futuras na relação jurídica, logicamente não são atingidas pela coisa julgada anterior, sendo possível sua discussão. Neste sentido vale destacar que:

A sentença espelha os fatos e o direito que serviram como seus fundamentos, de maneira que, alterados os fatos ou o direito, modificada estará a causa de pedir e por conseqüência a ação. Em outros termos: a alteração das circunstâncias de fato constitui alteração da causa de pedir, formando outra (nova) ação e abrindo ensejo à outra (nova) coisa julgada.³²

Uma última observação a ser feita é sobre a função da coisa julgada. Prescindindo-se de maiores discussões, tem-se que a coisa julgada desempenha uma dupla função, com uma vertente positiva e uma negativa, conforme ensina MANCUSO:

Nesse sentido, já se reconheceu que a coisa julgada desempenha dupla função, positiva (ao impor sua carga eficaz em face de outra(s) relação(ões) ou

³⁰ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil**. 7. ed. rev. e atual. v. 2. Processo de conhecimento. Ob.cit. P. 648.

³¹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Sentença e Coisa Julgada: (ensaios e pareceres)**. 4. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006. P. 74.

³² ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil**. 7. ed. rev. e atual. v. 2. Processo de conhecimento. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2008. P. 657.

situação(ões) jurídica(s) judicializadas ou não; e negativa, sendo este enfoque precipuamente processual, quando a coisa julgada opera como um pressuposto negativo, endereçado ao juiz do processo futuro...³³

A coisa julgada, assim entendida como uma qualidade, qual seja a imutabilidade, que se agrega ao efeito declaratório da sentença, possui tanto limites objetivos quanto subjetivos. Os limites objetivos referem-se ao que fica efetivamente abrangido pela coisa julgada, já os limites subjetivos referem-se a quem é atingido pelo instituto.

1.4.1 BREVE ANÁLISE DOS LIMITES OBJETIVOS E SUBJETIVOS DA COISA JULGADA

Os limites objetivos da coisa julgada referem-se a que porção da sentença fica efetivamente abrangida pelo instituto.

Com relação ao tema remete-se às observações realizadas no item anterior, em especial com relação à conclusão de que a coisa julgada atinge somente o efeito declaratório da sentença, a partir das quais ARENHART e MARINONI asseveram que:

De tudo o que restou até aqui exposto, fica evidente que a extensão objetiva da coisa julgada limita-se à parte dispositiva da sentença, tornando imutável o seu efeito declaratório. Todavia, dimensiona-se esta imutabilidade pelo exame dos três elementos que identificam ação, ou seja, pela observação das *partes*, do *pedido*, e da *causa de pedir*.³⁴

Para os fins do presente trabalho é de maior importância a análise dos limites subjetivos da coisa julgada, para que se possa chegar ao correto entendimento de quem é atingido por ela no processo civil coletivo.

Com relação ao tema, a regra geral, trazida pelo Código de Processo Civil, é a de que a sentença faz coisa julgada entre as partes que participaram do processo, não

³³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição coletiva e coisa julgada**: Teoria geral das ações coletivas. Ob.cit. P. 125.

³⁴ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil**. 7. ed. rev. e atual. v. 2. Processo de conhecimento. Ob.cit. P. 651.

beneficiando nem prejudicando terceiros, com uma exceção feita nas causas relativas ao estado de pessoa.

Conforme a regra geral, somente são atingidas pela coisa julgada as partes que efetivamente participaram do processo, ficando os terceiros, interessados ou não, inatingidos pelo instituto.

Convém lembrar que não se pode confundir a coisa julgada, que é um atributo da sentença, mais precisamente de seu efeito declaratório, com os efeitos dela. Na verdade, enquanto a coisa julgada atinge as partes, os efeitos da sentença atingem, potencialmente, a todas as pessoas, ou seja, além das partes do processo, atingem também os terceiros interessados e os indiferentes, conforme bem esclarecem ARENHART e MARINONI:

A sentença judicial pode produzir efeitos em relação a todos esses sujeitos, sejam partes, sejam terceiros interessados, sejam ainda terceiros indiferentes. Esses efeitos, porém, serão sentidos e recepcionados de maneira distinta, conforme a condição do sujeito que os sofre.³⁵

Vale destacar, ainda na esteira da lição de ARENHART e MARINONI, que não há mesmo necessidade de que os terceiros indiferentes sejam atingidos pela coisa julgada, justamente porque para que alguém possa levar a juízo um direito e receber uma sentença que analise efetivamente o mérito, ele deve ter legitimidade para discutir a questão, e estes terceiros indiferentes não têm tal legitimidade. Nas palavras dos autores:

Os terceiros que não têm interesse jurídico não precisam do fenômeno da coisa julgada para que a decisão se torne imutável. Como eles não possuem legitimidade perante o litígio, tais efeitos são imutáveis naturalmente. Nesse sentido, a questão da imutabilidade, para os terceiros, pode ser resumida a um problema de legitimação diante do litígio, não tendo relação com a coisa julgada.³⁶

³⁵ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil**. 7. ed. rev. e atual. v. 2. Processo de conhecimento. Ob. cit. P. 653.

³⁶ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil**. 7. ed. rev. e atual. v. 2. Processo de conhecimento. Ob. cit. P. 654.

Embora seja clara a diferença entre o alcance da coisa julgada e o alcance dos efeitos da sentença, é justamente a confusão destes institutos que gera problemas na tutela coletiva, seja em virtude de dispositivos legais que ignoram tal diferença, seja em virtude da interpretação dos tribunais que limita a efetividade da tutela coletiva.

Certamente há muito ainda que se falar acerca do instituto da coisa julgada, porém, em virtude dos limites deste trabalho, ficamos nestas breves observações que parecem ser suficientes à análise que aqui se pretende empreender.

CAPÍTULO 2

OS LIMITES SUBJETIVOS DA COISA JULGADA NA TUTELA COLETIVA SEGUNDO O SISTEMA FORMADO PELA LACP E PELO CDC

2.1. OS EFEITOS DA SENTENÇA E A COISA JULGADA.

Questão preliminar e de fundamental importância para a correta compreensão dos limites subjetivos da coisa julgada na tutela coletiva é a diferenciação entre os efeitos desta e os da sentença, já iniciada no capítulo anterior.

Importa inicialmente distinguir os efeitos diretos dos efeitos reflexos da sentença. Vale lembrar que LIEBMAN³⁷ fala ainda da categoria de efeitos anexos da sentença, que, entretanto, não têm importância tão destacada no estudo aqui pretendido.

Os efeitos diretos, ou naturais, da sentença, são aqueles que decorrem de forma direta da desta, são os efeitos internos à sentença. Tais efeitos atingem materialmente a todos, gerando repercussões fáticas, potencialmente, para qualquer sujeito, embora na prática, sejam sentidos mais diretamente por quem tenha convívio mais próximo com alguma das partes do processo. Entretanto, vale dizer que, embora os efeitos materiais possam atingir a todos, não haverá modificação nas posições jurídicas destes terceiros atingidos pelos efeitos diretos da sentença.

Então, como regra geral tem-se que os efeitos naturais da sentença atingem a todos os terceiros que não fizeram parte do processo, não podendo, entretanto, prejudicá-los juridicamente. BAPTISTA DA SILVA, na introdução de uma de suas obras sobre a coisa julgada, traz lição que exemplifica bem a questão dos efeitos naturais da sentença. Veja-se:

³⁷ LIEBMAN, Enrico Túlio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. 2. ed., trad. Alfredo Buzaid e Benvindo Aires; tradução dos textos posteriores à ed. de 1945 e notas por Ada Pelegrini Grinover. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1981.

Mas, como todo ato jurídico, relativamente às partes entre as quais intervém, a sentença existe e vale com respeito a todos; assim como contrato entre A e B vale com respeito a todos, como contrato entre A e B, assim também a sentença entre A e B vale com relação a todos *enquanto é sentença entre A e B*. Todos, pois, são obrigados a reconhecer o julgado entre as partes; não podem porém ser prejudicados.³⁸

Ou seja, um terceiro, que não participou da relação processual deve reconhecer a força desta sentença, não podendo querer que seus efeitos não sejam válidos frente a ele em razão de não ter participado do processo. Neste sentido destaca-se trecho da obra de ARENHART que traz exemplo esclarecedor sobre a eficácia da sentença:

Sabe-se que a sentença tem a virtualidade de gerar efeitos, tanto no plano jurídico como no mundo concreto (efeitos declaratório, constitutivo, condenatório, mandamental ou executivo *lato sensu*). Esses efeitos operam de maneira incontrolável, imprevisível e aleatória, afetando incontáveis relações (situações) jurídicas. Assim, por exemplo, uma sentença de divórcio não se limita a afetar as relações do casal; também os filhos são afetados, bem como qualquer pessoa que venha a travar alguma relação com os cônjuges (imagina-se uma compra de imóvel após o divórcio), independentemente de ter essa pessoa participado ou não do processo.³⁹

Ao lado da eficácia natural da sentença há também a eficácia reflexa, que é aquela que atinge as relações jurídicas que têm uma vinculação de dependência ou de prejudicialidade com a relação colocada em discussão no processo individual. Em virtude desta prejudicialidade, os efeitos da sentença que atinjam a relação jurídica discutida no processo repercutem nesta relação jurídica prejudicada, modificando-a. Veja-se a lição de BAPTISTA DA SILVA sobre o assunto, para quem:

Segundo a orientação dominante, o campo de eficácia reflexa está limitado, apenas, a uma área bem menor e mais próxima da relação jurídica que constitui objeto da decisão, só apanhando aqueles terceiros que tenham uma vinculação jurídica com o objeto do primeiro processo, ou seja, com a relação controvertida na causa, sob a forma de um vínculo de *prejudicialidade-dependência*⁴⁰.

³⁸ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Sentença e Coisa Julgada**: (ensaios e pareceres). Ob.cit. P. 71.

³⁹ ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da Tutela Inibitória coletiva**. Ob.cit. P. 408.

⁴⁰ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Sentença e Coisa Julgada**: (ensaios e pareceres). Ob.cit. P. 85.

Aos terceiros que têm relações jurídicas ligadas à relação jurídica das partes no processo, em virtude deste vínculo de prejudicialidade-dependência, e por isso mesmo podem ser juridicamente prejudicados, chama-se de terceiros interessados, que geralmente terão legitimidade para intervir na causa como assistentes, ou interpor recursos de terceiros interessados. Já aqueles terceiros que não têm relação jurídica ligada à relação deduzida em juízo, sofrendo desta forma apenas os efeitos naturais da sentença, são chamados de terceiros indiferentes.

Os efeitos que atingem todos os terceiros são os efeitos diretos, ou naturais, da sentença. Estes efeitos é que são tidos como “*erga omnes*”.

Conforme lembra BAPTISTA DA SILVA, os efeitos diretos da sentença não se confundem com a coisa julgada. Veja-se a lição do autor:

Define-se, então, o que se há de entender por *eficácia direta* da sentença como todas as eficácias que sejam imanentes à própria sentença, como virtualidades da demanda de que elas resultam. Esses efeitos diretos atingem tanto as partes como os terceiros e nada têm a ver com os fenômeno da coisa julgada.⁴¹

Importante destacar, como faz TALAMINI, que a sentença, como ato de império do Estado, impõe-se a todos, independentemente de sua participação como parte no processo. Veja-se a lição do autor:

Por sua vez, a “imperatividade” da sentença – aquilo que Liebman inicialmente chamou de sua “eficácia natural”- , além de não se confundir com a coisa julgada, tampouco impede as partes de abrir mão de suas posições jurídicas disponíveis. Significa apenas que a sentença, como ato estatal, impõe-se mesmo contra a vontade daquele que *sofre* os seus efeitos.⁴²

Em outro trecho de sua obra o autor enfatiza esta idéia, dizendo que:

Como qualquer outro fato ou ato jurídico, a sentença ingressa no mundo jurídico e produz seus efeitos indistintamente. Mais ainda, como ato jurídico do poder estatal, a sentença tem igual eficácia e valor de preceito perante todos os sujeitos

⁴¹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Sentença e Coisa Julgada**: (ensaios e pareceres). Ob.cit. P. 83.

⁴² TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2005. P. 42.

da ordem jurídica. Reveste-se, como todo ato estatal, de presunção de legitimidade – a qual independe da coisa julgada e, portanto, se põe também para os terceiros. Na edição original de sua obra, Liebman referiu-se a esse fenômeno como sendo a “eficácia natural” da sentença como ato do Estado.⁴³

Como se vê, os efeitos naturais da sentença é que são “*erga omnes*”. A coisa julgada, ao menos em processo individual, atinge somente as partes.

No processo individual a coisa julgada somente atinge aqueles que foram partes deste, pois somente eles é que tiveram acesso ao contraditório e à ampla defesa, podendo deduzir suas razões nos autos. Convém lembrar que para os terceiros indiferentes, que não fizeram parte do processo, nem têm relação jurídica ligada à lide deduzida em juízo, a coisa julgada não é nem mesmo necessária, uma vez que eles jamais tiveram legitimidade para discutir a relação jurídica alheia em juízo, ou seja, mesmo sem a coisa julgada a sentença dada entre duas partes já seria indiscutível pelos terceiros indiferentes, em virtude da falta de legitimidade e interesse desses terceiros na discussão desta relação. Tal é também a posição de GIDI, para quem:

O que efetivamente ocorre é que todos – assim os terceiros como as partes – são atingidos pelos efeitos da sentença como ato de império do Estado (*eficácia natural da sentença*). Mas como ninguém além das partes é afetados pela imutabilidade em sua própria esfera jurídica (*autoridade da coisa julgada*), qualquer um poderia, em tese, rediscutir a questão e obter uma decisão diversa. Entretanto, somente o terceiro juridicamente prejudicado teria interesse jurídico para impugná-la em juízo.⁴⁴

2.2 O TRATAMENTO DA COISA JULGADA NA TUTELA COLETIVA, SEGUNDO O ARTIGO 103 DO CDC

Convém, antes de adentrar mais diretamente no tema, lembrar que a coisa julgada e seus contornos decorrem de uma escolha política entre a justiça da decisão e a

⁴³ TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. Ob.cit.. P. 96.

⁴⁴ GIDI, Antônio. *Coisa Julgada e Litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Editora Saraiva, 1995. P. 12.

estabilidade desta. Neste sentido, não é de se estranhar que visando dar melhor tratamento ao instituto frente às necessidades da tutela coletiva, sua disciplina legal seja modificada. Entretanto, uma coisa é modificar os contornos da coisa julgada, mantendo sua essência, outra completamente diferente é confundir coisa julgada e os efeitos da sentença, como parece ter feito o Legislativo brasileiro em algumas ocasiões.

Sobre os contornos políticos do instituto, veja-se a posição de RODRIGUES:

Como a autoridade (imutabilidade) da coisa julgada é um fenômeno político, é possível que o legislador atribua ou não este fenômeno a decisões judiciais. Tem-se aí o eu se denomina de relativização da coisa julgada ... Foi exatamente isso que fez o legislador em relação à ação popular (art. 18 da lei 4717/65) julgada improcedente por insuficiência de provas (*secundum eventus probationis*), cuja regra foi repetida nos arts. 103, I e II do CDC. Também ocorre a *relativização da autoridade da coisa julgada* prevista no art 103, III do CDC (lei 8.078/90).⁴⁵

Posição semelhante é a de MANCUSO, para quem:

Essa resenha ilustrativa revela que, assim como o devido processo legal (CF, art. 5, LV) e o acesso à justiça (CF, art 5 XXXV) não podem, no plano coletivo, ser tomados na literalidade dos respectivos textos, assim também a coisa julgada não pode ser *sacralizada* em modo de uma intocável *cláusula p érea*, até porque se trata de categoria processual (e portanto informada pela diretriz da instrumentalidade), antes fundada em razões de política judiciária, no melhor sentido, do que num dogma da ordem jurídica, em modo de um inabalável bloco monolítico.⁴⁶

Com a idéia de dar um melhor tratamento à coisa julgada no âmbito da tutela coletiva, é que o legislador do CDC, no artigo 103, modulou o instituto da seguinte forma:

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

I - erga omnes, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar

⁴⁵ RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Ação civil Pública**. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (org.). **Ações constitucionais**. Salvador: Editora Jus Podvim, 2006 P. 325.

⁴⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição coletiva e coisa julgada**: Teoria geral das ações coletivas. Ob.cit. P. 291.

outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81;

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

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

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

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

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

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

A literalidade do texto legal que trata do instituto no âmbito da tutela coletiva leva a crer que a coisa julgada nos casos de direitos difusos e individuais homogêneos seria “*erga omnes*”, ao passo que com relação aos direitos coletivos “*stricto sensu*” seria “*ultra partes*”.

Aparentemente, a intenção do legislador, ao usar as expressões “*erga omnes*” e “*ultra partes*”, foi a de tornar a sentença imutável para os membros da coletividade (determinável ou não, conforme o caso). Entretanto, no que concerne aos direitos difusos e aos coletivos “*stricto sensu*” (que são os direitos realmente coletivos), o que se estende “*erga omnes*” são os efeitos diretos da sentença e não a coisa julgada, que nem mesmo teria utilidade para quem sequer tinha legitimidade para interpor ação em defesa do direito coletivo. É neste sentido a lição de ARENHART e MARINONI, para quem “Em essência, não é a coisa julgada que opera efeitos *erga omnes*, e sim os efeitos diretos da sentença.”⁴⁷

Semelhante é a posição de GIDI, segundo a qual:

⁴⁷ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil**. v. 5. Procedimentos especiais. Ob.cit. P. 326.

Com efeito. Vimos que a extensão subjetiva dos *efeitos* da sentença não coincide com os limites subjetivos impostos à sua *imutabilidade*. Demonstrou-o, inexcitavelmente o próprio Liebman.

A sentença, como ato de império do Estado e, conseqüentemente, dotada de presunção *j úris tantum* de legalidade, estende a força do seu comando perante toda a sociedade. Exatamente porque significa a formulação da vontade do Estado na solução autoritativa do caso concreto, a sentença sempre produz os seus efeitos *erga omnes*. Trata-se da “eficácia natural da sentença”, decorrência direta e imediata do caráter público da função jurisdicional...

Diversamente ocorre com a coisa julgada, que por significar a imutabilidade da referida eficácia, requer uma disciplina mais restritiva em função dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.⁴⁸

Em verdade, para os integrantes da coletividade em geral, não haveria qualquer necessidade do fenômeno da coisa julgada para tornar a decisão imutável uma vez que, por serem os direitos difusos e coletivos “*stricto sensu*” indivisíveis, nenhum indivíduo, por si só, teria legitimidade para propor ação visando sua tutela, ou seja, independentemente do fenômeno da coisa julgada a decisão é imutável para as partes individuais que jamais tiveram legitimidade para discutir os direitos coletivos em juízo. Neste sentido:

Realmente, para quem não tem legitimidade para propor a ação – no caso, por se tratar de direito transindividual, nenhuma pessoa física poderia fazê-lo, mas apenas os legitimados contemplados em lei, por expressa determinação legal (art. 82 do CDC e art 5 da lei 7.347/1985) – a imutabilidade da decisão não decorre da coisa julgada, mas sim, apenas da impossibilidade concreta de discutir judicialmente a questão, por falta de legitimidade para agir.⁴⁹

Diversa é a posição de MANCUSO. Este autor, a partir da análise da figura dos terceiros no processo coletivo, diz que não seria nem mesmo necessário o recurso à teoria dos efeitos naturais da sentença. Segundo ele não é a eficácia natural da sentença que explica a extensão dos efeitos desta para além das partes do processo, mas sim a própria natureza do direito difuso ou coletivo “*stricto sensu*”. Veja-se sua posição:

⁴⁸ GIDI, Antônio. **Coisa Julgada e Litispêndência em ações coletivas**. Ob.cit. P. 106.

⁴⁹ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil**. v. 5. Procedimentos especiais. Ob.cit. P. 326.

Por isso, no âmbito da jurisdição coletiva, perde consistência e utilidade o apelo a uma *eficácia natural* como modo de explicar a expansão dos efeitos do julgado para além das partes que integram o contraditório, justamente porque o interesse metaindividual foi judicializado *nessa dimensão coletiva* e por isso aquela expansão em face dos sujeitos concernentes não se faz por causa de uma *eficácia natural*, e sim porque *fatores objetivos* assim o determinam...⁵⁰

São quatro os fatores objetivos enunciados pelo autor que justificam a extensão dos efeitos da decisão para além das partes do processo, quais sejam:

“(i) a natureza indivisível do interesse... (ii) a necessária irradiação extra-autos dos efeitos do julgado, em diverso escalonamento; (iii) o endereçamento dessa projeção para *faixas* diversas do universo coletivo... (iv) *o pedido formulado*, podendo, por exemplo, tratar-se do pagamento de uma multa por lesão a bem ambiental irreversivelmente degradado, caso em que o numerário reverterá para o Fundo dos Direitos Difusos (art. 13 da lei 7.437/85)...⁵¹

Embora apresentem distinções, a partir da análise das posições trazidas acima nota-se que, com relação aos direitos difusos e coletivos “*stricto sensu*” não é a coisa julgada que opera efeitos “*erga omnes*” ou “*ultra partes*”.

Na realidade, na tutela destes direitos, a coisa julgada estende-se apenas aos co-legitimados para a propositura da ação coletiva e não a toda a coletividade.

A princípio, esta extensão do fenômeno da coisa julgada aos co-legitimados pode parecer algo de extraordinário, se comparado à coisa julgada no processo individual. Entretanto, é necessário lembrar que a legitimação para a tutela dos direitos coletivos é uma forma de legitimidade extraordinária⁵², existindo, portanto, além da parte em sentido

⁵⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição coletiva e coisa julgada**: Teoria geral das ações coletivas. Ob.cit. P. 125.

⁵¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição coletiva e coisa julgada**: Teoria geral das ações coletivas. Ob.cit. P. 366.

⁵² Em virtude dos limites deste trabalho, tratamos aqui da legitimidade na tutela coletiva como uma forma de legitimidade extraordinária, lembrando, entretanto, na esteira de MARINONI, que na tutela coletiva os direitos da coletividade não podem ser entendidos exatamente como direitos alheios, sendo insuficiente o binômio legitimidade ordinária e extraordinária. Há quem entenda, como Marcelo ABELHA e Américo Bedê FREIRE JÚNIOR, dentre outros, estarmos diante de uma legitimidade dita autônoma.

processual, também a parte em sentido material, conforme se percebe do seguinte trecho da obra de ARENHART e MARINONI:

Ora, se o direito pertence a todos (ou ao menos a um complexo indeterminado e indeterminável de sujeitos), realmente a solução da controvérsia sobre o direito (que é transindividual e indivisível) deve abranger a todos, tornando-se a decisão imutável para as partes do processo (autor legitimado extraordinariamente e réu) e para as partes em sentido material, para usar a nomenclatura de Carnelutti.⁵³

Semelhante é a posição de GIDI, para quem:

Como se pode ver na “definição” legal de direitos difusos e de direitos coletivos (CDC, art. 81, parágrafo único), os titulares desses direitos superindividuais e indivisíveis são uma comunidade (inc.1) ou uma coletividade (inc. II) de pessoas. É intuitivo que quem é atingido pela imutabilidade do comando de uma sentença é o titular do direito material em jogo, o titular da lide, e não o titular da legitimidade *ad causum*. A impossibilidade de que esse ou qualquer outro legitimado volte a repropor a demanda coletiva é mera consequência de o verdadeiro titular do direito já não poder ter a sua lide rediscutida em juízo.⁵⁴

Vê-se que, com relação aos direitos essencialmente coletivos, na realidade, o titular do direito material é a coletividade, havendo uma só relação jurídica material com diversos co-legitimados extraordinários, de modo que eventual decisão sobre essa relação jurídica formará coisa julgada que atingirá a parte em sentido material, impedindo os demais co-legitimados de propor nova ação, salvo no caso de improcedência por falta de provas. Veja-se a posição de ARENHART e MARINONI:

Ora, se os co-legitimados (*extraordinários*, porque o direito postulado não lhes pertence, mas sim a toda coletividade ou, ao menos a um plexo indeterminado de sujeitos) podem expor em juízo apenas uma única relação jurídica material, o trânsito em julgado da sentença torna imutável a declaração sobre *essa relação jurídica* para as partes materiais e também para os legitimados extraordinários, que, afinal, nada mais são que *longa manus* dos titulares do direito, com autorização legal para agirem em nome destes.⁵⁵

⁵³ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil**. v. 5. Procedimentos especiais. Ob.cit. P. 326.

⁵⁴ GIDI, Antônio. **Coisa Julgada e Litispendência em ações coletivas**. Ob.cit. P. 124.

⁵⁵ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil**. v. 5. Procedimentos especiais. Ob.cit. P. 326.

Com relação aos direitos individuais homogêneos a situação é um pouco distinta. Inicialmente, lembra-se que tal categoria de direito coletivo na verdade representa direitos verdadeiramente individuais tratados, porém, de forma coletiva. Desta forma, as pessoas individualmente consideradas são legitimadas a propor em seu próprio nome ação relativa ao seu próprio direito, porém, somente os legitimados extraordinários é que podem propor a ação em nome de toda a coletividade.

O inciso III do artigo 103 do CDC, acima citado, trata a coisa julgada nas ações para tutela dos direitos individuais homogêneos como tendo eficácia “*erga omnes*” somente na procedência da ação.

No caso dos direitos individuais homogêneos, somente haverá vinculação dos indivíduos ao comando proferido na ação coletiva quando a sentença julgar o pedido procedente, conforme se vê da posição de VENTURI:

Entre nós, a vinculação a título individual ao comando da decisão proferido em ação coletiva opera-se automaticamente; todavia, desde que procedente o julgamento do pedido, daí a menção à chamada coisa julgada “*in utilibus*”⁵⁶

Para boa parte da doutrina, nestes casos é sim possível falar que a coisa julgada opera efeitos para além das partes, diferentemente do que ocorre com relação aos direitos essencialmente coletivos.

Outra peculiaridade é a de que nas ações que versam sobre direitos individuais homogêneos, é facultado ao indivíduo litisconsorciar-se ao autor coletivo. Caso isso ocorra, para o indivíduo que tiver se habilitado como assistente no processo coletivo, a eventual sentença de improcedência fará coisa julgada material. Vale, contudo, trazer a observação de ARRUDA ALVIM, sobre a quase inutilidade prática dessa possibilidade:

⁵⁶ VENTURI, Elton. **Processo Civil Coletivo: A tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos.** Ob.cit. P. 391.

Ocorre que, na prática, não há grande vantagem para que o indivíduo ingresse no processo, pois, atuando como litisconsorte, poderá sofrer os efeitos da improcedência. Já, se não ingressar como litisconsorte, será beneficiado pelo resultado favorável do processo, mas, se o resultado for negativo, não o afetará (2 do art. 103)⁵⁷

Voltaremos a tratar da coisa julgada nas ações para a tutela de direitos individuais homogêneos mais adiante, mas, para finalizar esta abordagem geral sobre a coisa julgada na tutela coletiva, é importante destacar a regra do artigo 104 do CDC:

Art. 104. As ações coletivas, previstas nos incisos I e II e do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada erga omnes ou ultra partes a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva.

Embora faça remissão apenas aos incisos II e III do artigo 103, a doutrina majoritária entende que houve nítido erro na redação do artigo, que na verdade deveria fazer remissão aos três incisos do artigo mencionado.

A partir desta regra, é necessário que o indivíduo, para que possa se beneficiar do resultado da demanda coletiva, requeira a suspensão da sua ação individual (se houver ajuizado ação individual), no prazo de trinta dias a partir da ciência, nos autos, do ajuizamento da ação coletiva.

2.3. A COISA JULGADA “*SECUNDUM EVENTUM LITIS*” PARA OS DIREITOS ESSENCIALMENTE COLETIVOS.

Ao prever a disciplina da coisa julgada com relação aos direitos essencialmente coletivos (difusos e coletivos “*stricto sensu*”), o legislador disse que a eficácia da coisa

⁵⁷ ARRUDA ALVIM, Eduardo. **Apontamentos sobre o processo das ações coletivas**. in: MAZZEI, Rodrigo, NOLASCO, Rita Dias (coords.). **Processo Civil Coletivo**. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2005. P. 44.

julgada não se estenderá “*erga omnes*” ou “*ultra partes*” quando a demanda for julgada improcedente com base na insuficiência das provas trazidas.

A esse fenômeno a doutrina chama de coisa julgada “*secundum eventum litis*”, ou seja, a coisa julgada ocorreria de forma diversa conforme o resultado do processo.

Segundo ARENHART e MARINONI tal fenômeno representa uma quebra ao princípio de que o contraditório pleno é sempre suficiente para fazer surgir a cognição exauriente. Veja-se:

Quando o legislador afirma que a mesma ação coletiva pode ser proposta com base em prova nova, há ruptura com o princípio (que é uma ficção necessária) de que a plenitude do contraditório é bastante para fazer surgir a cognição exauriente.⁵⁸

Para parte da doutrina, no caso de improcedência da demanda, não haveria a formação da coisa julgada material, mas somente a formação da coisa julgada formal.

Entretanto, como adverte GIDI, a coisa julgada material sempre se forma. Não se pode falar a rigor que a coisa julgada material se forma ou não “*secundum eventum litis*”, uma vez que a ela se forma independentemente do “evento da lide”. O que varia na verdade seria a extensão dessa coisa julgada, veja-se:

Enfim, o que é *secundum eventus litis* não é a formação da coisa julgada, mas a sua extensão “*erga omnes*” ou “*ultra partes*” à esfera jurídica individual de terceiros prejudicados pela conduta considerada ilícita na ação coletiva (é o que se chama de extensão *in utribus* da coisa julgada).⁵⁹

Embora não concordemos que é a coisa julgada que opera efeitos “*erga omnes*” ou “*ultra partes*”, parece acertada a premissa colocada pelo autor de que a coisa julgada material, quando analisado o mérito, irá se formar independentemente do evento da lide.

⁵⁸ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil**. v. 5. Procedimentos especiais. Ob.cit. P. 326

⁵⁹ GIDI, Antônio. **Coisa Julgada e Litispendência em ações coletivas**. Ob.cit. P. 73.

Na esteira da lição de GIDI, se fosse verdade que a sentença que julga o pedido improcedente por insuficiência de provas não gera coisa julgada, a mesma demanda, sem qualquer prova nova, poderia ser reproposta indefinidamente pelo mesmo autor.

Parte da doutrina adota posição segundo a qual, no caso de improcedência da demanda, haveria a formação de uma coisa julgada material limitada às provas trazidas no processo, “*secundum eventum probationem*”. Tal é a posição de VENTURI, para quem:

Muito embora correntemente se afirme que não chega a formar-se a coisa julgada material quando improcedente a demanda coletiva por ausência ou deficiência de provas, fato é que a ação então rejeitada, sob os específicos contornos probatórios envolvidos, não mais poderá ser repetida. Ora, se assim é, parece sustentável a ocorrência de uma especial formação da coisa julgada sobre as sentenças de improcedência, ainda que limitada às provas efetivamente utilizadas.⁶⁰

Esta posição deixa claro que há sim a formação da coisa julgada material, limitando-se, entretanto, à indiscutibilidade da relação jurídica nos termos e com as provas trazidas no processo.

VENTURI, mais adiante em sua obra, partindo da premissa de que somente na eventual demanda intentada com prova nova é que se poderá aferir se a sentença foi ou não baseada na insuficiência de provas, afirma que:

Tal argumentação, pois, revela o real significado da chamada coisa julgada material *secundum eventum probationis*, cuja incidência pode ser sustentada em todas as hipóteses de improcedência da tutela coletiva, quando relevante para o deslinde da causa a matéria fática, na medida em que estaria sempre absolutamente condicionada à verificação da prova produzida nos autos. Neste passo, é possível sustentar *ser dispensável o manuseio da ação rescisória* sempre que se objetivar, com base em *novas provas*, o rejuízo de demanda coletiva outrora julgada improcedente por deficiência ou insuficiência de provas (mesmo que expressamente não tenham tais fundamentos constado da

⁶⁰ VENTURI, Elton. **Processo Civil Coletivo**: A tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos. Ob. Cit. P. 386.

fundamentação), o que, por si só, já corresponde a importante forma de “mitigação” ou abrandamento do regime tradicional da coisa julgada.⁶¹

Tal posição parece adotar uma espécie de coisa julgada que torna imutável não a decisão dada à relação jurídica em si, a “lei do caso concreto”, mas as circunstâncias do processo em que foi proferida, de modo que, partindo-se do entendimento da coisa julgada como a imutabilidade da declaração sobre a relação jurídica, que pacifica o conflito sobre ela, a posição do autor parece ser insuficiente, já que aparentemente não atinge de maneira direta a relação jurídica.

Na verdade, se bem analisada a situação, aparentemente no caso de improcedência, não existiria uma coisa julgada limitada às provas no processo, mas sim uma coisa julgada material, sujeita a uma condição futura e incerta. Tal condição seria a propositura futura de uma nova ação coletiva versando sobre a mesma questão da anterior, julgada improcedente, mas com novas provas capazes de conduzir à resultado diverso.

Como se verá mais detalhadamente adiante, somente será possível aferir, de maneira definitiva, a suficiência de provas da ação julgada improcedente, quando, e se, for proposta uma nova ação que traga novas provas. Explica-se: se a segunda ação for admitida em virtude da existência de novas provas e julgada procedente, logicamente a primeira ação terá sido julgada improcedente por insuficiência de provas, mesmo que esta circunstância não esteja expressa no julgamento.

Desta forma, não haveria possibilidade de saber, no momento da primeira sentença, se a improcedência é ou não por insuficiência de provas, mesmo que houvesse declaração expressa.

MANCUSO, embora não adote posição segundo a qual a coisa julgada ficaria condicionada, parece concordar com a existência desta coisa julgada condicionada, ao mencionar a existência de críticas a ela. Veja-se:

⁶¹ VENTURI, Elton. **Processo Civil Coletivo**: A tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos. Ob. Cit. P. 449.

A técnica que permite deixar a projeção extra-autos da coisa julgada coletiva *sob condição futura e incerta* - isto é, a depender de a improcedência da demanda vir a decorrer de cognição plena/exauriente ou não – tem merecido críticas entre nós.⁶²

Segundo o raciocínio ora formulado, no caso de improcedência da demanda, a formação da coisa julgada ficaria submetida a essa condição futura e incerta, que consiste no ajuizamento de uma nova ação com prova nova, ou seja, se jamais for proposta nova ação permanecerá íntegra a coisa julgada material, impedindo a propositura da mesma ação (com as mesmas provas). Entretanto se for proposta nova ação com prova nova a coisa julgada desaparece.

Como se disse, não é essa a posição de MANCUSO. Este autor, ao analisar a questão, parte da categoria dos limites temporais da coisa julgada, dizendo que ela está ligada ao contexto temporal na qual se forma, de modo que a mudança deste contexto faz com que a coisa julgada perca sua imperatividade, semelhante ao que acontece, “*mutatis mutandis*” na chamada coisa julgada “*rebus sic standibus*”. A partir desta análise o autor conclui que:

Em casos como esse, não se diria, propriamente que se *relativizou* a coisa julgada, senão que, antes ela terá produzido sua eficácia e mantido sua autoridade *se e enquanto* as coisas remanescerem inalteradas, autorizando dizer-se que, ao fim e ao cabo, toda a coisa julgada se pressupõe *rebus sic standibus*.⁶³

Mais adiante o autor afirma que:

Não vemos óbice técnico incontornável em que a coisa julgada coletiva porventura fique sujeita a certa condição – no caso *secundum probationem* – se isso se mostra mais consentâneo com a natureza do conflito coletivo, até porque

⁶² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição coletiva e coisa julgada**: Teoria geral das ações coletivas. Ob. cit. P 301.

⁶³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição coletiva e coisa julgada**: Teoria geral das ações coletivas. Ob. cit. P 304.

a coisa julgada, enquanto categoria processual, deve acomodar-se à diretriz da *instrumentalidade*...⁶⁴

MANCUSO não fala que a coisa julgada “*secundum eventum litis*” (ou mais precisamente “*secundum probationem*” já que dependente do sucesso da prova) seja sujeita à condição futura e incerta (no caso, a propositura de nova ação baseada em prova nova). Segundo o autor seria formada a coisa julgada material tanto no julgamento de procedência quanto no de improcedência da ação coletiva, impedindo a rediscussão da lide. Porém, a coisa julgada perderia sua eficácia quando restassem modificadas as circunstâncias fáticas relacionadas à lide já decidida, sendo possível uma nova discussão.

Entretanto, há que se destacar que a existência de uma prova nova não se confunde com a alteração do contexto fático. Como se verá adiante, a prova “nova” poderá ser qualquer prova não usada no processo anterior, mesmo que já existente à época deste primeiro processo. A prova nova não dependeria, desta forma, de uma mudança no contexto fático.

Ademais, se houvesse mudança no contexto fático, seriam alterados também a causa de pedir e o pedido, dando ensejo a uma nova ação, sendo irrelevante a coisa julgada formada anteriormente para uma lide diversa.

Em face do que foi acima delineado, chegam-se a algumas possibilidades plausíveis com relação à formação da coisa julgada no caso de sentença de improcedência, desde já deixando de fora a hipótese de que somente seria formada a coisa julgada formal, pelas razões já mencionadas.

A primeira posição, a partir de VENTURI, diz haver a formação de uma coisa julgada limitada aos termos e às provas trazidas no processo, não extensível às ações baseadas em provas novas. Deste modo, como afirma VENTURI, seria possível falar em uma mitigação da coisa julgada no caso de improcedência, para possibilitar a propositura da nova ação fundada em novas provas (dispensando-se a necessidade de eventual ação rescisória), já que a suficiência, ou não, de provas só pode ser aferida no novo processo.

⁶⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição coletiva e coisa julgada**: Teoria geral das ações coletivas. Ob. cit. P 306.

A segunda posição, a partir de MANCUSO, afirma que, a partir dos limites temporais da coisa julgada, esta seria formada tendo em vista o contexto fático do momento de sua formação, podendo ser modificada caso houvesse alteração neste.

A partir da análise feita acima e das observações com relação às posições analisadas, acreditamos ser possível vislumbrar, no caso de improcedência da ação para tutela de direito essencialmente coletivo (difusos e coletivos “*stricto sensu*”), a formação de uma coisa julgada sujeita a uma determinada condição, futura e incerta, representada pela propositura de uma nova ação baseada em novas provas.

No caso de procedência da ação, a questão parece ser mais simples. São os efeitos naturais da sentença que atingirão a todos, ao passo que a coisa julgada atingirá, por sua própria natureza, apenas às partes, atingindo tanto à parte material (no caso a coletividade), quanto aos co-legitimados extraordinários, por consequência.

Cumprido lembrar que, embora a parte material seja toda a coletividade ou uma coletividade específica, esta não pode ser confundida com o somatório de seus integrantes, da mesma forma que o direito coletivo não pode ser confundido com o somatório dos direitos individuais. É a coletividade titular do direito, enquanto parte material, que está sujeita à coisa julgada e não os integrantes dela individualmente considerados, não havendo, portanto, uma coisa julgada “*erga omnes*”.

Como já dito, as pessoas individualmente consideradas nunca tiveram legitimidade para propor a ação coletiva, pois nunca foram titulares do direito material, de modo que a coisa julgada sequer tem utilidade para explicar a impossibilidade de que elas discutam a questão relativa ao direito essencialmente coletivo.

Por sua vez, os co-legitimados extraordinários, partes em sentido formal, seriam atingidos reflexamente pela coisa julgada, na medida em que estes estão vinculados à parte material que é a coletividade, ou seja, ao atingir a parte material, a coisa julgada também impede que qualquer dos legitimados extraordinários venha a discutir a controvérsia já decidida.

Além disso, na maioria dos casos, com a solução da controvérsia levada a juízo, nem mesmo haveria necessidade de que algum destes ajuizasse nova ação, na medida em

que o direito coletivo já estaria satisfeito pela primeira ação, faltando-lhes, então, o interesse processual.

2.4 A QUESTÃO DA PROVA NOVA E O JULGAMENTO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS.

Preliminarmente, convém destacar o que se entende por prova nova. Ao contrário de uma eventual primeira impressão, a prova nova não precisa ser uma prova que surgiu após a conclusão do processo. Na verdade, para que se caracterize como nova, basta que a prova não tenha sido utilizada no primeiro processo. É o que se vê da lição de ARENHART e MARINONI:

A noção de prova nova, como utilizada em outros campos do direito processual civil, não se cinge à prova surgida após a conclusão do processo anterior. Na verdade, pode ser utilizada qualquer prova, ainda que já existente e conhecida (mas não utilizada por má-fé ou por falta de preparo, não importa). Desde que presente essa prova nova, qualquer legitimado – mesmo aquele que propôs a primeira ação – pode intentar novamente a ação coletiva.⁶⁵

Embora qualquer prova atinente à lide, não utilizada no primeiro processo, possa ser invocada como prova nova para os fins de ajuizamento de um novo processo, convém lembrar que, como no processo civil individual, a prova deve ser pertinente, relevante e versar sobre matéria controversa, ou seja, a prova tem de ser capaz de alterar a cognição estabelecida no processo anterior.

Questão mais polêmica é sobre a necessidade de que o juízo declare expressamente que o julgamento foi por insuficiência de provas. Basicamente há duas posições opostas, uma que diz ser necessária a declaração expressa e outra que diz não ser necessária.

⁶⁵ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil*. v. 5. Procedimentos especiais. Ob. cit. P. 328.

MANCUSO filia-se à posição de que é necessária a declaração expressa. Segundo ele:

No ponto, colacionando boa doutrina, já escrevemos que “nos casos de improcedência por insuficiência de prova, deve o juiz *consignar expressamente essa circunstância no dispositivo do julgado*, a fim de que se opere o sistema especial de coisa julgada prevista no art. 18, parte final, da LAP. Trata-se de um critério legal especialíssimo, derogatório do sistema comum, e, portanto, para sua incidência no caso concreto é preciso que o próprio julgador esclareça que está julgando no ‘estado dos autos’”.⁶⁶

Opinião semelhante, mas menos radical, é a de ARRUDA ALVIM, para quem:

O que não se pode admitir é que, se uma ação civil publica for julgada improcedente (sem qualquer indicação de o ter sido por insuficiência de prova) em seguida seja proposta outra ação civil coletiva, como se disse, pois isso afrontaria o sentido da decisão com efeito *erga omnes* proferida na ação civil pública, o qual, no caso de improcedência, se não atinge a todos os indivíduos individualmente considerados, atinge, todavia, os legitimados a agir coletivamente.⁶⁷

É interessante a posição de MANCUSO ao dizer que por ser um regime excepcional, a possibilidade de repositura da ação deveria estar condicionada ao julgamento expresso por insuficiência de provas.

Porém, se bem analisada a garantia de acesso à justiça, esta deve ser entendida de maneira ampliativa para dar a maior eficiência possível aos instrumentos concebidos para o acesso à justiça, inclusive no âmbito da tutela coletiva.

Em face disso, não se deve admitir que uma exigência, meramente formal, de declaração expressa da improcedência por insuficiência de provas, possa limitar o alcance da tutela coletiva, permitindo que a falta dessa declaração expressa prejudique toda uma coletividade.

⁶⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição coletiva e coisa julgada**: Teoria geral das ações coletivas. Ob. cit. P. 306.

⁶⁷ ARRUDA ALVIM, Eduardo. **Apontamentos sobre o processo das ações coletivas**. Ob.cit. P.37.

Assim, sempre que houver uma prova nova capaz de alterar o resultado do processo anterior, deve ser admitida a propositura de uma nova ação. É o que se vê da posição de ARENHART e MARINONI, para quem:

Se, em função dessa característica da coisa julgada nas ações coletivas, o magistrado julgar a ação improcedente por insuficiência de provas (ainda que não exponha, manifestamente, essa causa como motivo da rejeição da demanda), não haverá formação da coisa julgada material (mas apenas formal), sendo plenamente viável a propositura da mesma ação futuramente, desde que instruída com prova nova, capaz de alterar o quadro cognitivo da ação anterior.⁶⁸

À mesma conclusão chega VENTURI, para quem, conforme já citado acima, somente se poderá ter certeza se o julgamento se deu por insuficiência de provas, na análise da nova ação coletiva, quando, então, poderão ser cotejados os conjuntos probatórios de ambas as ações. Disto decorre que, na prática, seria inviável que o juiz afirmasse, extreme de dúvidas, que as provas foram suficientes para chegar a uma real cognição exauriente e julgar a demanda improcedente, impedindo a propositura de nova ação.

2.5. A COISA JULGADA “*SECUNDUM EVENTUM LITIS*” COM RELAÇÃO AOS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS.

Inicialmente, vale lembrar que no caso dos direitos individuais homogêneos, por se tratarem de direitos verdadeiramente individuais, as pessoas têm legitimidade para propor suas próprias ações, independentemente da ação coletiva. A sistemática para a tutela destes direitos baseia-se na idéia de que a ação de índole coletiva servirá como um meio de trazer o benefício que os indivíduos obteriam com suas ações individuais, sem a necessidade de repetição de centenas, ou até milhares, de demandas idênticas.

⁶⁸ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil**. v. 5. Procedimentos especiais. Ob.cit. P. 328.

Na medida em que os direitos individuais não são prejudicados pela improcedência da ação, a lei consumerista não trouxe, como fez para as demais categorias de direitos coletivos, a possibilidade de repositura da ação quando julgada improcedente por insuficiência de provas. Veja-se o magistério de MANCUSO sobre o assunto:

Nesse ponto, observe-se que nos interesses essencialmente coletivos (difusos e coletivos em sentido estrito) incide a cláusula *secundum probationem* (Lei 8.078/90), art. 81, I e II), mas não assim nos individuais homogêneos (Lei supra, art. 81, III): a consequência é que, nos dois primeiros casos, a ação coletiva poderá vir a ser reproposta, desde que fundada em novas provas, ao passo que nos individuais homogêneos a improcedência – independentemente do nível de cognição que tenha sido alcançado – atuará sempre “*erga omnes*” (pro et contra, pois), ressalvadas, naturalmente, as demandas individuais...⁶⁹

Semelhante é a posição de GIDI, para quem:

A tratativa dada nesse campo se nos afigura bem mais simples que aquela examinada para a tutela dos direitos superindividuais: se o pedido for julgado procedente (*in utilibus*), dá-se a extensão *erga omnes* da imutabilidade do comando da sentença; se o pedido for julgado improcedente, tal decisão não prejudica a esfera jurídica individual de nenhum interessado que não compôs a lide como litisconsorte. Nesse último caso, cada interessado poderá propor a sua ação individual (isoladamente ou em litisconsórcio), desde que não tenha intervindo na ação coletiva, atendendo ao edital do art. 94 do CDC.⁷⁰

Como se vê, no caso de improcedência os direitos individuais não são prejudicados, mas no caso de procedência, a coisa julgada operaria efeitos “*erga omnes*”, impedindo que os titulares de direitos individuais viessem a propor suas ações individuais.

Embora tenha sido demonstrada a diferença entre a extensão “*erga omnes*” dos efeitos naturais da sentença e a coisa julgada, de modo que com relação aos direitos essencialmente coletivos sustentou-se que a coisa julgada é entre as partes, nos casos de

⁶⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição coletiva e coisa julgada**: Teoria geral das ações coletivas. Ob. cit. P. 302.

⁷⁰ GIDI, Antônio. **Coisa Julgada e Litispendência em ações coletivas**. Ob. cit. P. 140.

processos para a tutela de direitos individuais homogêneos a doutrina entende que além dos efeitos naturais da sentença, a própria coisa julgada também se estende “*erga omnes*” para tornar imutável a decisão frente aos titulares dos direitos individuais.

Para VENTURI haveria além da coisa julgada, a falta de interesse jurídico para que se propusessem ações individuais, uma vez que a ação individual perderia sua utilidade, com o julgamento de procedência da ação coletiva, sendo necessária apenas a execução individual. Veja-se:

Diferentemente, entre nós, em virtude da relativa presunção da adequada representatividade comunitária pelos entes legitimados para a propositura das ações coletivas, assim como da inexigência de prévia comunicação dos integrantes da classe acerca da propositura da demanda, a solução encontrada pelo sistema foi, como supramencionado, a da extensão automática e *erga omnes* da eficácia das decisões de procedência, o que acarreta a desnecessidade da propositura de ações individuais com idêntico objeto, por falta de interesse processual, eis que já atendidas suas pretensões ao menos no que tange à fixação da responsabilidade civil do demandado (*an debatur*), não obstante ainda tenham que submeter, de preferência individualmente, seus pleitos de liquidação e execução, mediante comprovação denexo causal e dano.⁷¹

Embora em boa parte dos casos o interesse jurídico desapareça com o julgamento procedente da demanda coletiva, esta afirmação não pode ser tomada como absoluta.

Em alguns casos, como, por exemplo, uma ação individual com o pedido de uma indenização maior ou de tutela específica, ainda subsistiria o interesse jurídico dos indivíduos em propor ações individuais mesmo após o julgamento procedente da ação coletiva.

Resumidamente, mesmo com o julgamento procedente da ação coletiva, os titulares individuais dos direitos ainda teriam interesse jurídico, bem como legitimidade para ajuizar suas ações.

Desta forma, ou entende-se, contrariamente às premissas sobre as quais se assenta este trabalho, que nestes casos não só os efeitos da sentença, mas também a coisa julgada

⁷¹ VENTURI. Elton. **Processo Civil Coletivo: A tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos.** Ob. cit. P. 392.

opera efeitos “*erga omnes*”, ou entende-se que mesmo após a procedência da ação coletiva seria ainda possível a propositura da ação individual, caso ainda houvesse interesse jurídico.

Para analisar a questão, é importante destacar que todo o sistema para a tutela coletiva, baseado principalmente no CDC e na LACP, está calcado na idéia de que a tutela coletiva nunca prejudica, mas somente beneficia os indivíduos. É o que se vê, por exemplo, da coisa julgada “*secundum eventum litis*” e do efeito “*in utilibus*”.

O julgamento de procedência poderia, nos casos mencionados, representar efetivamente um prejuízo em termos jurídicos (embora na prática esse prejuízo provavelmente fosse pequeno).

Ademais, a sistemática da tutela coletiva não impede de maneira absoluta a existência de decisões diversas, até mesmo conflitantes, entre a ação coletiva e a individual que tutelem os mesmos direitos. Para que isto aconteça basta que, por exemplo, o indivíduo não requeira a suspensão de sua ação individual, quando do ajuizamento da ação de índole coletiva, sendo possível que ele obtenha uma sentença mais favorável do que a sentença coletiva.

Em face disto, e das premissas adotadas neste trabalho (especialmente acerca da distinção entre a coisa julgada e os efeitos da sentença), acreditamos ser possível defender que, em face do atual sistema de representação coletiva⁷², mesmo nos casos de procedência, seria ainda possível a propositura das ações individuais quando houvesse interesse jurídico.

Entretanto, como já dito, para a maior parte da doutrina, no julgamento de procedência dos processos para a tutela de direitos individuais homogêneos, é a coisa

⁷² Embora parte da doutrina, aparentemente com razão, sustente ser possível que o juiz controle a adequação da representação pelo legitimado ativo, fato é que, em geral, os juizes não exercem tal controle. Deste modo, a opção por uma legitimidade a partir de uma presunção legal de adequada representação, que pode vir a não ocorrer na prática, força a existência de mecanismos que protejam as partes individuais de decisões de improcedência proferidas em processos nos quais não foram partes e, talvez, não tenham sido adequadamente representadas. Acreditamos que se deva justamente a essa situação a não extensão “*erga omnes*” da coisa julgada nos casos de improcedência da demanda para a tutela de direitos individuais homogêneos. Porém, o que ocorre é que o legislador protegeu a parte individual apenas da improcedência, deixando-a à mercê de uma eventual sentença de procedência que lhe cause prejuízos.

julgada que realmente opera efeitos “*erga omnes*”, estendendo a imutabilidade da decisão aos particulares.

Superado este ponto, convém tratar da possibilidade de repositura da ação para a defesa de direitos individuais homogêneos, quando houver julgamento por insuficiência de provas. Como foi dito, no caso de improcedência não é ressalvada a possibilidade de repositura da ação quando for assim julgada por insuficiência de provas, de modo que, para a doutrina majoritária, a exemplo da posição de MANCUSO, trazida linhas acima, não poderá ser proposta nova ação coletiva, mesmo se houver prova nova.

O julgamento de improcedência não impede as partes individuais de ajuizarem suas próprias demandas, entretanto, impede, ao menos em teoria, os co-legitimados coletivos, uma vez que não há previsão expressa da possibilidade de repositura da ação quando houver julgamento por insuficiência de provas.

Entretanto, para parte minoritária da doutrina, aqui representada por VENTURI, seria possível, em analogia ao que acontece na tutela dos direitos essencialmente coletivos, a repositura da demanda quando o julgamento de improcedência ocorresse por insuficiência de provas, ou, mais precisamente, quando nova ação fosse proposta com base em nova prova, capaz de alterar substancialmente o resultado da demanda anterior.

Veja-se a posição do autor nesse sentido:

De fato, considerando-se que a via coletiva de tutela de direitos individuais homogêneos, apesar de não ser exclusiva, no mais das vezes acaba sendo a única praticamente efetiva, tendo em vista os conhecidos entraves opostos ao acesso individual à justiça, a oponibilidade da autoridade da coisa julgada material nas hipóteses de improcedência do pedido...acarreta, previsivelmente, o *virtual aniquilamento das pretensões individuais*...

Ainda, repare-se, a fraude representada pela eventual colusão entre as partes, que motivou o regime diferenciado da oponibilidade da coisa julgada material *secundum eventum litis* no âmbito das ações de tutela de direitos difusos e coletivos, nada obstante possa vir a qualificar mal ainda mais intenso no âmbito das ações coletivas de tutela de direitos individuais homogêneos (sobretudo sob o ponto de vista social), nelas acaba não sendo prevenida ou remediada a contento.⁷³

⁷³ VENTURI, Elton. **Processo Civil Coletivo: A tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos.** Ob. Cit. P. 394.

A partir destes argumentos, VENTURI conclui que:

Defensável, assim, de *lege ferenda*, a extensão do regime da inoponibilidade da autoridade da coisa julgada material também às ações coletivas de tutela a direitos individuais homogêneos, quando improcedente o pedido por ausência ou suficiência de provas.⁷⁴

A questão é complexa, mas, acreditamos, com base nos argumentos trazidos por VENTURI, que sua posição seja a mais razoável, na medida em que dá a maior amplitude possível à garantia do acesso à justiça.

2.6 O EFEITO “*IN UTILIBUS*” DA COISA JULGADA.

Este fenômeno, trazido nos artigos 103 e 104 do CDC, consiste basicamente no transporte do resultado da cognição realizada na demanda coletiva para a proteção de direitos essencialmente coletivos (difusos e coletivos “*stricto sensu*”), para as eventuais demandas individuais que derivem da mesma situação de fato versada na ação coletiva, com a condição de que a pessoa não tenha ajuizado ainda sua ação individual, ou, se o tiver, tenha requerido a suspensão de seu processo no prazo de trinta dias a contar da notificação nos autos do ajuizamento da ação coletiva.

O fenômeno vem bem resumido por ABELHA, para quem:

Na verdade, tem-se aí um eventual efeito secundário existente no caso de procedência das demandas coletivas, consistente numa extensão dos limites da coisa julgada para fins de ações individuais fincadas em elementos comuns da causa de pedir difusa ou coletiva, ou seja: proferida uma decisão para a defesa de direitos difusos, além da autoridade da coisa julgada sobre o objeto difuso, que alcançará todos os seus titulares, também existiria dita autoridade sobre os motivos da decisão, apenas para beneficiar os indivíduos que venham a propor

⁷⁴ VENTURI, Elton. **Processo Civil Coletivo**: A tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos. Ob. cit. P. 394.

demandas individuais com fulcro no mesmo fato gerador que deu origem à demanda difusa.⁷⁵

Veja-se também a lição de MANCUSO sobre o tema:

...em caso de vir acolhida a demanda coletiva – após prova plena ou não - a coisa julgada aí formada poderá ser *aproveitada* pelos particulares que, ou não tinha ajuizado suas ações individuais ou as tinham sobrestado (lei 8.078/90, arts. 94, 103 – 104, 117, c/c art. 16 da Lei 7.347/85). Portanto, pode-se dizer que nosso sistema associa o transporte *in utilibus* da coisa julgada coletiva à técnica *secundum eventum litis vel probationis*.⁷⁶

Para bem entender o fenômeno, é importante lembrar que a partir de um mesmo fato, por exemplo, um dano ambiental, podem ser violados concomitantemente um direito difuso e diversos direitos individuais. Embora decorrentes de uma mesma situação, os direitos serão diferentes e conseqüentemente as demandas também. Pode haver uma demanda coletiva visando à reparação do dano ambiental ao lado de várias demandas individuais pedindo indenizações pelos danos materiais causados. Veja-se, nesse sentido, a posição de ARRUDA ALVIM:

Na verdade um mesmo evento (poluição do rio) pode render ensejo a um pedido versando a repercussão difusa do mesmo, bem como a outro pedido versando a situação específica de determinada pessoa por ele afetada. Julgada procedente a ação em que se formulou o primeiro pedido (atinentes ao plano dos interesses difusos), o indivíduo que precisaria propor sua própria ação (com pedido individual, referente à sua situação particular, mas calcada na mesma causa de pedir remota, que é a responsabilidade da empresa pela poluição do rio) é beneficiado pelo resultado da ação coletiva, podendo proceder de imediato à liquidação de danos – cabendo-lhe, é claro, provar que seu caso específico se encaixa naquele objeto da decisão da ação coletiva – postulando na liquidação, a quantificação dos danos por ele sofridos. Não mais se discutirá, todavia, se houve ou não responsabilidade da empresa poluidora pelos danos causados.⁷⁷

⁷⁵ RODRIGUES, Marcelo Abelha. Ação civil Pública. Ob. cit. P. 330.

⁷⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição coletiva e coisa julgada**: Teoria geral das ações coletivas. Ob. cit.. P. 300.

⁷⁷ ARRUDA ALVIM, Eduardo. **Apontamentos sobre o processo das ações coletivas**. Ob. cit. P. 36.

Nesses casos, a condenação do réu na ação coletiva para defesa de direitos difusos e coletivos “*stricto sensu*” servirá para os indivíduos que sofreram dano decorrente do mesmo fato, como título executivo, bastando a liquidação do dano. É o que se vê da lição de VENTURI, para quem:

Com efeito, a partir da nova regra, a sentença condenatória proferida em ação civil pública, fundada na responsabilização civil do réu (seja subjetiva, seja objetiva), ao impor obrigação de pagar quantia certa destinada ao fundo de recomposição previsto no art. 13, automaticamente servirá como título executivo para qualquer indivíduo que tenha sofrido lesão decorrente daquele comportamento (comissivo ou omissivo) que ensejou a condenação, bastando ao mesmo a demonstração do nexu causal e do efetivo prejuízo suportado, a princípio através de procedimento de liquidação por artigos, seguida de processo de execução forçada.⁷⁸

Segundo GRINOVER o que justifica esse efeito “*in utilibus*” é uma ampliação, “*ope legis*”, do próprio objeto do processo. Veja-se a lição da autora:

Quando o código determina a extensão subjetiva do julgado para beneficiar terceiros, transportando às ações individuais a sentença coletiva favorável, outra inovação ocorre: a ampliação, *ope legis*, do objeto do processo, para incluir na coisa julgada a decisão sobre o dever de indenizar.⁷⁹

É necessário, porém, para que possa ser beneficiado pela decisão da demanda coletiva, que o titular do direito individual, se já houver ajuizado sua demanda, requeira a sua suspensão em trinta dias contados a partir da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva, conforme se vê da lição de ARENHART e MARINONI:

⁷⁸ VENTURI, Elton. **Processo Civil Coletivo: A tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos.** Ob. cit. P. 406.

⁷⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: Comentado pelos Autores do Anteprojeto.** 8. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 2005. P.911.

O autor da demanda individual somente não será beneficiado quando, ciente nos autos do ajuizamento da ação coletiva, deixar de requerer a suspensão do processo individual no prazo de trinta dias. Caso não esteja ciente da ação coletiva concomitante, o autor individual será beneficiado pela coisa julgada coletiva, devendo sua ação ser extinta sem resolução do mérito.⁸⁰

Uma última observação a ser feita neste item diz respeito à sentença penal condenatória. Não há neste ponto maiores discussões a serem destacadas, valem aqui também as observações feitas acima. Apenas para esclarecer o fenômeno trazemos a lição de GRINOVER, segundo a qual:

O 4º do art. 103 utiliza a mesma técnica do 3º, agora no tocante à sentença penal condenatória, igualmente autorizando o transporte, *in utilibus*, da coisa julgada penal para as Ações individuais indenizatórias por danos pessoalmente sofridos e procedendo, *ope legis*, à ampliação do objeto do processo, para incluir no pedido o dever de indenizar...

Na verdade, o que o Código faz, no dispositivo ora em exame é aplicar aos interesses difusos e coletivos o critério adotado pelo art. 63 do CPP quanto aos efeitos civis da sentença penal condenatória.⁸¹

⁸⁰ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil**. v. 5. Procedimentos especiais. Ob. cit. P. 329.

⁸¹ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: Comentado pelos Autores do Anteprojeto. Ob. cit. P.930.

CAPÍTULO 3

DA LIMITAÇÃO TERRITORIAL À COISA JULGADA

3.1 A LIMITAÇÃO TERRITORIAL COMO TENTATIVA DE CONTENÇÃO DA TUTELA COLETIVA.

Não é de hoje que o poder público, em decorrência de interesses predominantemente fazendários, vem tentando por vários meios limitar a abrangência da tutela coletiva com o intuito de restringir os “perigos” que este tipo de tutela representa para os cofres públicos. Veja-se nesse sentido a lição de TUCCI:

Por opção de cunho eminentemente político, a medida provisória 1.570-4, de 22.07.1997, procurou conter a “ameaça” que a tutela coletiva representa ao Estado, reduzindo a eficácia *erga omnes*, regrada no art. 16 da Lei de Ação Civil Pública, a todos os interessados, mas nos limites da competência territorial do órgão jurisdicional prolator da decisão.⁸²

Não é outra a opinião de FREIRE e SILVA, para quem:

A tentativa de limitação territorial da coisa julgada na ação civil pública, como forma de abalar a dimensão político social do instituto, forte arma da sociedade contra os abusos do Poder instituído no Estado, iniciou-se de forma esdrúxula com a medida provisória n 1.570-4, de 22 de julho de 1997.⁸³

Cumprindo observar, com base na distinção entre os efeitos da sentença e a coisa julgada, que o legislador modificador do artigo 16 da LACP parece ter querido limitar não a coisa julgada, mas sim os efeitos naturais ou diretos da sentença, que por sua própria natureza não podem ser limitados, conforme se verá.

⁸² TUCCI, José Rogério Cruz e. *limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada nas ações coletivas*. In: DUARTE, Bento Herculano; DUARTE, Ronnie Preuss (coords.). **Processo civil aspectos relevantes**: estudos em homenagem ao Prof. Humberto Theodoro Júnior. v.2. São Paulo: Editora Método, 2007. P. 391.

⁸³ FREIRE E SILVA, Bruno. **A ineficácia da Tentativa de Limitação Territorial dos Efeitos da Coisa Julgada na Ação Civil Pública**. In: MAZZEI, Rodrigo, NOLASCO, Rita Dias (coords.). *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2005. P. 337.

A inserção do artigo 16 não é a única tentativa de conter territorialmente a tutela coletiva. Também tem grande relevância o artigo 2-A da lei 9.494/97, que busca limitar a eficácia da sentença prolatada em ação coletiva, proposta por associação, apenas àqueles associados que tenham domicílio no âmbito de abrangência desta.

3.2 DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 16 DA LACP.

A displicência do Poder Público na edição da norma ora em comento foi tamanha que a mesma é eivada tanto de inconstitucionalidade formal, quanto material, além de revelar confusão entre diversos institutos processuais, em especial entre a extensão da coisa julgada e a competência, sem falar na impossibilidade prática de aplicação da norma. Veja-se o teor do artigo agora em análise:

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

Os tribunais, em geral, têm aplicado sem maiores preocupações a limitação do artigo 16 da LACP.

Já houve manifestação do STF favorável à constitucionalidade do mencionado dispositivo, embora sem uma análise profunda da matéria, uma vez que a Ação Direta de Inconstitucionalidade não chegou ao seu julgamento final. Veja-se:

...SENTENÇA - EFICÁCIA - AÇÃO CIVIL PÚBLICA. Em princípio, não se tem relevância jurídica suficiente à concessão de liminar no que, mediante o artigo 3º da Medida Provisória nº 1.570/97, a eficácia erga omnes da sentença na ação civil pública fica restrita aos limites da competência territorial do órgão prolator.

(ADI 1576 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 16/04/1997, DJ 06-06-2003 PP-00029 EMENT VOL-02113-01 PP-00123)⁸⁴

Mais recentemente o STJ adotou semelhante posição. Veja-se:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. Eficácia erga omnes. Limite.

A eficácia erga omnes circunscreve-se aos limites da jurisdição do tribunal competente para julgar o recurso ordinário.

Recurso conhecido e provido.

(REsp 293407/SP, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, Rel. p/ Acórdão Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 22/10/2002, DJ 07/04/2003 p. 290)⁸⁵

A mesma posição é adotada nas seguintes decisão do TRF da 4 região. Veja-se:

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. PRESCRIÇÃO. INTERRUÇÃO. ACP. SÚMULA 2/TRF4ª REGIÃO.

1. A decisão proferida no âmbito da ação civil pública tem seus limites de eficácia adstritos à competência territorial do órgão prolator, conforme o artigo 16 da Lei nº 7.347/85, alterado pela Lei nº 9.494/97. Precedentes. 2. Vigente a Lei nº 6.423, de 17-06-77, na data de início do benefício, o reajuste dos primeiros 24 salários de contribuição do PBC deve observar a variação nominal da ORTN/OTN (súmula 2/TRF - 4ª Região). 3. A revisão da renda mensal inicial pelos critérios da Súmula 2 do TRF da 4ª Região gera reflexos na aplicação do art. 58/ADCT e reajustes subsequentes, respeitada a prescrição quinquenal. 4. Recalculada a renda mensal inicial da aposentadoria a que teria direito o de cujus, por consequência deve ser revisada a pensão por morte da autora. (TRF4, APELREEX 2008.71.04.000965-0, Sexta Turma, Relator Celso Kipper, D.E. 21/10/2009)

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. PRESCRIÇÃO. INTERRUÇÃO. ACP. SÚMULA 2/TRF4ª REGIÃO. 1. A decisão proferida no âmbito da ação civil pública tem seus limites de eficácia adstritos à competência territorial do órgão prolator, conforme o artigo 16 da Lei nº 7.347/85, alterado pela Lei nº 9.494/97. Precedentes.

(TRF4, APELREEX 2008.71.04.000965-0, Sexta Turma, Relator Celso Kipper, D.E. 21/10/2009)⁸⁶

⁸⁴ Consultado no dia 31/10/09 no site do Supremo Tribunal Federal, no seguinte link [http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(1576.NUME.%20OU%201576.ACMS.\)\(@JULG%20>=%2019970101\)\(@JULG%20<=%2019971212\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(1576.NUME.%20OU%201576.ACMS.)(@JULG%20>=%2019970101)(@JULG%20<=%2019971212)&base=baseAcordaos).

⁸⁵ Consultado no dia 31/10/09 no link https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200001345036&dt_publicacao=07/04/2003

⁸⁶ Consultado no dia 31/10/09 no link http://www.trf4.jus.br/trf4/jurisjud/resultado_pesquisa.php.

Entretanto, com a devida vênia, tais decisões mostram-se equivocadas, como se demonstrará a seguir.

Formalmente, a norma é inconstitucional porque a medida provisória que a ela deu origem não continha os requisitos para a edição desta medida excepcional.

Como se sabe, para a edição de uma medida provisória, são necessários os requisitos de relevância e urgência. Porém, no caso, não restou demonstrada a presença de qualquer desses requisitos, conforme destaca VENTURI:

Ocorre que o Poder Executivo Federal jamais explicitou ou demonstrou adequadamente os fundamentos nem de uma, nem de outra. Não o fez, e nem teria como fazê-lo, eis que irresponsáveis as seguintes indagações: Qual a relevância de se restringir espacialmente a eficácia de decisões judiciais proferidas em ações civis públicas ao território do juiz prolator, fragmentando a tutela jurisdicional coletiva e propiciando tratamentos diferenciados para direitos ontológica e processualmente indivisíveis? Qual a urgência e, alterar o regime da extensão da coisa julgada nas ações coletivas de tutela de direitos difusos e coletivos, vigente sem qualquer questionamento quanto à sua constitucionalidade ou legitimidade desde o ano de 1985?...⁸⁷

Além da inconstitucionalidade formal, a regra é também eivada de inconstitucionalidade material, na medida em que agride frontalmente diversas garantias constitucionais, em especial a do acesso à justiça (art. 5 inciso XXXV da C.F.) e a da isonomia (art. 5 caput da C.F.).

Neste sentido é a posição de FREIRE E SILVA, para quem:

Demais disso, em nosso entendimento a alteração trazida pela malfadada Lei 9.494/1997 fere o princípio da inafastabilidade da jurisdição consagrado no art. 5, XXXV, da Constituição Federal, na medida em que torna praticamente impossível o controle de danos a interesses metaindividuais que alcancem regiões, Estados ou o próprio país, ante a necessidade da propositura de uma ação em cada comarca, cerceando, destarte, o acesso à justiça, cuja democratização foi um dos grandes méritos da Assembléia Nacional Constituinte.⁸⁸

⁸⁷ VENTURI, Elton. **Processo Civil Coletivo: A tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos.** Ob. cit. P. 427.

⁸⁸ FREIRE E SILVA, Bruno. **A ineficácia da Tentativa de Limitação Territorial dos Efeitos da Coisa Julgada na Ação Civil Pública.** Ob. cit. P. 337.

Embora a jurisprudência dominante aplique a limitação trazida pelo artigo 16 da LACP, há alguns julgados que felizmente espelham posição diversa. Vejam-se os seguintes exemplos do TRF da 4ª região:

EMENTA: CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA AJUIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL COM VISTAS À CONDENAÇÃO DA UNIÃO AO FORNECIMENTO DOS MEDICAMENTOS NECESSÁRIOS AO TRATAMENTO DE HIPERTENSÃO ARTERIAL E DIABETES MELLITUS AOS PACIENTES INTEGRANTES DO PROGRAMA NACIONAL DE ASSISTÊNCIA FARMACÊUTICA...

3 - Inexistência de limitação territorial à decisão recorrida. Inconstitucionalidade do art. 2º da Lei n.º 9.494/97, o qual alterou a redação do art. 16 da LACP. Eventual restrição aos seus efeitos a ser imposta apenas pela limitação subjetiva da coisa julgada, atrelada aos sujeitos, causa de pedir e pedido. In casu, o Juízo a quo sequer estendeu os efeitos da condenação a todo território nacional, porquanto - entendendo que por se tratar de ação coletiva, a competência territorial do órgão jurisdicional decorre da extensão do dano que se debate na lide - limitou os efeitos à Seção Judiciária do Estado de Santa Catarina, excluídos os municípios que integram as Subseções de Joinville e Jaraguá do Sul, ante a existência de decisões a respeito da matéria nestas subseções. 4 - Improvimento da apelação e da remessa oficial. (TRF4, AC 2005.72.00.003928-0, Terceira Turma, Relator Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, DJ 26/07/2006)

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. AMPLITUDE DOS EFEITOS. 1. O Ministério Público tem legitimidade para ajuizar ação civil pública em defesa de direitos individuais homogêneos, desde que esteja configurado interesse social relevante. Em tal situação enquadra-se o direito de beneficiários da Previdência Social que obtiveram seus benefícios no período de vigência da Lei 6.423/77, a respeito do qual se originou o teor da Súmula 2 deste Tribunal Regional Federal. 2. A limitação territorial aos limites subjetivos da coisa julgada não tem nenhuma eficácia e não pode ser aplicada às ações coletivas. Ao restringir a abrangência dos efeitos da sentença de procedência proferida em ação civil pública aos lindes da competência territorial do órgão prolator, a Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997, que deu nova redação ao art. 16 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, confundiu os limites subjetivos da coisa julgada erga omnes com jurisdição e competência, que nada tem a ver com o tema. (TRF4, AG 2000.04.01.014335-0, Sexta Turma, Relator Luiz Carlos de Castro Lugon, DJ 21/03/2001)⁸⁹

⁸⁹ Consultado no dia 31/10/09 no link http://www.trf4.jus.br/trf4/jurisjud/resultado_pesquisa.php

Não é possível dividir o direito difuso ou o coletivo, que por natureza é indivisível. Entretanto, além da impossibilidade lógica, uma decisão sobre direito essencialmente coletivo que se limitasse ao território do órgão prolator, violaria também o princípio da isonomia, na medida em que pessoas na mesma situação seriam tratadas de maneira diversa conforme residissem ou não no território onde determinado órgão é competente. VENTURI bem demonstra esta situação na seguinte passagem:

Na verdade, examinado o fenômeno da divisão do tratamento judicial de bens considerados indivisíveis, como o são os direitos metaindividuais, verificando-se que apenas alguns dos seus titulares eventualmente poderão beneficiar-se de provimentos judiciais lançados à sua tutela, e outros não (a maioria, aliás), em virtude de estarem domiciliados em territórios que exorbitam a *competência do órgão prolator*, para além da patente ilogicidade prática do tratamento diferenciado, apresenta-se também como inconstitucional, por afrontar a regra do art. 5, *caput*, da CF de 1988.⁹⁰

No caso de direitos individuais homogêneos, em que é teoricamente possível a divisão, seria também patente a ofensa à isonomia, pois estar-se-ia tratando pessoas em igual situação material de maneiras diversas.

3.3. DA INAPLICABILIDADE LÓGICA DA REGRA DO ARTIGO 16 DA LACP.

Além de inconstitucional, a regra do artigo 16 demonstra-se inaplicável logicamente. Inicialmente, destaca-se que tal norma faz, como faz o artigo 103 do CDC, confusão entre a coisa julgada e a eficácia natural da sentença, conforme se percebe da lição de ARENHART e MARINONI:

Quem examinar adequadamente a regra, detendo um mínimo de conhecimento à respeito da teoria da coisa julgada, concluirá com tranquilidade que a previsão é, em essência, absurda, ou por ser ilógica, ou por ser incompatível com a regência

⁹⁰ VENTURI, Elton. **Processo Civil Coletivo: A tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos.** Ob. cit. P. 430.

da coisa julgada... Não se trata – também já foi observado com a crítica de Liebman – de um *efeito* da sentença, mas de qualidade que se agrega a certo efeito. Ora, pensar que uma qualidade de determinado efeito só existe em determinada porção do território, seria o mesmo que dizer que uma fruta só é vermelha em certo lugar do país.⁹¹

Acrescente-se a essa observação que os direitos difusos e os coletivos são, por natureza, indivisíveis, sendo inviável que por vontade do legislador o seu tratamento, necessariamente uno, seja cindido, conforme demonstra VENTURI:

Ou seja, a chamada *eficácia da coisa julgada* nas demandas coletivas referencia-se única e exclusivamente com a natureza do direito material controvertido e com a qualidade das partes envolvidas. Assim, se o objeto de qualquer ação coletiva diz respeito a pretensões essencialmente *indivisíveis e transindividuais*, logicamente não há outra forma de tratá-las senão através de provimentos que possam produzir efeitos condizentes com tal modo de ser, vale dizer, necessariamente abrangentes tanto da inteireza do objeto tutelado como da totalidade de seus titulares.⁹²

Não é outra a lição de FREIRE E SILVA, para quem:

Os interesses difusos e coletivos, por sua natureza são indivisíveis e, qualquer tentativa do legislador de limitar essas condições é, além de ilegítima, impossível. Por serem direitos indivisíveis, não há como a sentença ser de conteúdo restrito a certa área territorial, pois a decisão afeta o direito como um todo.⁹³

Portanto, como se vê, é um absurdo lógico pretender dividir o que por natureza é indivisível. São vários os exemplos trazidos pela doutrina que confirmam estas conclusões, basta imaginar a construção de uma barragem em um rio que serve de fronteira entre dois estados, ou uma ação que veda a poluição aérea, que, por sua

⁹¹ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil**. v. 5. Procedimentos especiais. Ob. cit. P. 330.

⁹² VENTURI, Elton. **Processo Civil Coletivo: A tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil**. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos. Ob. cit. P. 439.

⁹³ FREIRE E SILVA, Bruno. **A ineficácia da Tentativa de Limitação Territorial dos Efeitos da Coisa Julgada na Ação Civil Pública**. Ob. cit. P. 339.

natureza, não podem ser confinadas aos limites da competência territorial de um determinado órgão.

Algumas decisões têm demonstrado essa impossibilidade lógica de divisão de um direito coletivo. Veja-se um exemplo:

EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA. FISCALIZAÇÃO DA ATIVIDADE DE MÚSICO. EFEITOS. LIMITE. ART. 16 DA LEI N.º 7.347/85 ... Somente os músicos profissionais, maestros, diplomados em nível superior e com função de magistério, entre outros, é que se sujeitam à obrigatoriedade da inscrição no Conselho de Classe. Para estes, sim, é razoável a exigência. Ao músico que se apresenta publicamente, a exigência é completamente descabida. A atividade do músico possui uma amplitude que impossibilita restrição normativa à sua manifestação profissional. Em sendo o alegado dano de âmbito estadual, estendendo-se por expressiva parcela do território catarinense (senão toda), os efeitos da decisão proferida em ação civil pública não podem ficar contidos apenas na circunscrição territorial do órgão prolator da decisão. (TRF4, APELREEX 2005.72.00.003846-9, Quarta Turma, Relator Edgard Antônio Lippmann Júnior, D.E. 19/12/2008).⁹⁴

Para finalizar a análise do ponto, destaca-se outra situação que causa perplexidade. Aplicando-se a literalidade do artigo em comento, a mesma ação teria abrangência diferenciada conforme fosse objeto de recurso ou não.

Como se sabe, a competência territorial do órgão ao qual é direcionado o recurso, um Tribunal de Justiça, por exemplo, é maior do que a do órgão de primeiro grau, uma comarca do interior, por exemplo. Assim, para o réu que perdesse a ação, seria mais interessante não recorrer, já que sua derrota seria muito menos expressiva. Desta forma, conforme a demanda fosse apreciada por uma comarca qualquer, por um Tribunal de Justiça, ou pelo Superior Tribunal de Justiça, a abrangência da mesma decisão seria, local, estadual ou nacional, respectivamente.

Resumindo, sob qualquer ângulo que se observe, a aplicação da literalidade da norma do artigo 16 da Lei de Ação Civil Pública, nos termos em que têm feito os tribunais, mostra-se absurda e ilógica.

⁹⁴ Consultado no dia 31/10/09 no link http://www.trf4.jus.br/trf4/jurisjud/resultado_pesquisa.php.

3.4 INTERPRETAÇÃO ALTERNATIVA DA REGRA DO ARTIGO 16

Embora a inconstitucionalidade formal do dispositivo em comento seja incontornável, há uma interpretação da regra que, a par de eventuais críticas, pode compatibilizá-la com a garantia do acesso à justiça e da isonomia.

Tal interpretação consiste em uma análise da competência a partir do sistema de tutela coletiva, ou seja, a competência do órgão prolator a ser considerada não é aquela do processo individual, mas sim aquela do próprio sistema de tutela coletiva, trazida pelo artigo 93 do CDC. Ao comentar a norma, FREIRE E SILVA afirma que “...tal norma disciplina de forma especial a competência territorial nas ações coletivas, estabelecendo competência da capital do Estado ou do Distrito Federal, para as hipóteses em que o dano for de âmbito regional ou nacional.”⁹⁵

MANCUSO traz posição semelhante, afirmando que estar-se-ia diante de um viés conciliatório para a aplicação da regra em questão. Veja-se:

Um *viés conciliatório* poderia abrir-se, caso se entendesse que o art. 93 do CDC, ao trifurcar o dano metaindividual em local, regional e nacional, em verdade aportou as necessárias especificidades ao básico conceito do “território”, assim adaptando-os às singularidades do conflito coletivo. Nessa perspectiva, talvez bastasse uma releitura do conjunto formado pelo art. 2 da lei 7.347/85 e arts. 93 e 117 do CDC, o que permitiria extrair esta interpretação...⁹⁶

Parte da jurisprudência tem adotado esta posição que parece compatibilizar a limitação territorial do artigo 16 da LACP com os ditames da Constituição Federal. Vejam-se algumas decisões nesse sentido:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. LIMINAR EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EFICÁCIA. ABRANGÊNCIA NACIONAL. LEIS NºS 7.347/85 E 9.494/97. IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE. VEDAÇÃO DE

⁹⁵ FREIRE E SILVA, Bruno. *A ineficácia da Tentativa de Limitação Territorial dos Efeitos da Coisa Julgada na Ação Civil Pública*. Ob. cit. P. 343.

⁹⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada: Teoria geral das ações coletivas*. Ob. cit. P. 334.

RETENÇÃO. INSTRUÇÃO NORMATIVA INSS Nº 78/2001. - A regra do art. 16 da Lei nº 7.347/85 deve ser interpretada em sintonia com os preceitos contidos na Lei nº 8.078/90, entendendo-se que os 'limites da competência territorial do órgão prolator', de que fala o referido dispositivo, não são aqueles fixados na regra de organização judiciária, mas, sim, aqueles previstos no art. 93 do Código de Defesa do Consumidor, ou seja: a: quando o dano for de âmbito local, isto é, restrito aos limites de uma comarca ou circunscrição judiciária, a sentença não produzirá efeitos além dos próprios limites territoriais da comarca ou circunscrição; b) quando o dano for de âmbito regional, assim considerado o que se estende por mais de um município, dentro do mesmo Estado ou não, ou for de âmbito nacional, estendendo-se por expressiva parcela do território brasileiro, a competência será do foro de qualquer das capitais ou do Distrito Federal, e a sentença produzirá os seus efeitos sobre toda a área prejudicada. - O art. 386 da Instrução Normativa nº 57, de 10/10/2001, dispõe que o INSS, em cumprimento à tutela antecipada decorrente de ACP movida pelo Ministério Público "deverá deixar de proceder o desconto do IRRF, no caso de pagamentos acumulados ou atrasados, por responsabilidade da Previdência Social, oriundos de concessão, reativação ou revisão de benefícios previdenciários e assistenciais, cujas rendas mensais originárias sejam inferiores ao limite de isenção do tributo...". A ININSS/DC 078, de 16/07/2002, mantém a vedação. (TRF4, AG 2002.04.01.008635-0, Quinta Turma, Relator Paulo Afonso Brum Vaz, DJ 02/10/2002)

EMENTA: CIVIL E PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. POUPANÇA. IPC. JUNHO DE 1987. JANEIRO DE 1989. LEI-7730/89. PROPRIEDADE DA VIA PROCESSUAL ELEITA. LEGITIMIDADE ATIVA E PASSIVA. ALCANCE DOS EFEITOS DA SENTENÇA. PRESCRIÇÃO. 1. A Associação Paranaense de Defesa do Consumidor – APADECO tem legitimidade para a presente ação coletiva, pois constituída há mais de um ano e tem entre suas finalidades institucionais a proteção a direitos difusos ou coletivos (art. 5º da Lei 7.347/85). 2. A ação civil pública é meio processual idôneo para a defesa de direitos individuais homogêneos, estes também insertos no conceito de interesses da coletividade. ... 5. Os limites da competência territorial do órgão prolator, de que trata os arts. 16 da Lei nº 7.347/85 e 2º-A da Lei 9.494/97, não são aqueles fixados na regra de organização judiciária quanto à competência do juízo, mas sim os que decorrem do art. 93 do Código de Defesa do Consumidor. ... 9. Apelação improvida. (TRF4, AC 2000.04.01.115585-1, Terceira Turma, Relatora Marga Inge Barth Tessler, DJ 12/09/2001) (grifo nosso)⁹⁷

Embora seja possível tal interpretação, ainda restaria o problema da inconstitucionalidade formal, além de outras críticas que podem ser feitas contra a norma, de modo que é mais recomendável que se deixe de aplicar o referido dispositivo, pelos

⁹⁷ Consultado no dia 31/10/09 no link http://www.trf4.jus.br/trf4/jurisjud/resultado_pesquisa.php.

motivos elencados nos itens anteriores, conforme recomendam ARENHART e MARINONI, para quem:

Por tudo isso, é de se ver que, mesmo em relação às ações coletivas que não versem sobre relação de consumo, a regra de regência da coisa julgada permanece sendo aquela insculpida no art. 103 do CDC. Isto porque, tirante a previsão teratológica do art. 16 da lei 7.347/1985 (imposta pela Lei 9.494/1997), no mais a disciplina deste artigo é completamente compatível com a daquele.⁹⁸

3.5 A QUESTÃO DAS ASSOCIAÇÕES E O ARTIGO 2-A DA LEI 9.494/1997

O artigo ora analisado foi introduzido na Lei 9.494, pela Medida Provisória nº 1.984/2000, reedição da MP 1.798-1, de 11 de fevereiro de 1999. Veja-se o teor do referido artigo:

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

Parágrafo único. Nas ações coletivas propostas contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas autarquias e fundações, a petição inicial deverá obrigatoriamente estar instruída com a ata da assembléia da entidade associativa que a autorizou, acompanhada da relação nominal dos seus associados e indicação dos respectivos endereços.

É interessante a lição de VENTURI sobre os motivos que levaram à elaboração de tal dispositivo. Veja-se:

Teoricamente afastada, pois, a atuação do Ministério Público na defesa preventiva ou repressiva em matéria tributária, previdenciária, do FGTS e de outros fundos institucionais (art. 1, parágrafo único da LACP), voltou-se o executivo Federal, então, contra a atuação das associações civis, ainda

⁹⁸ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil**. v. 5. Procedimentos especiais. Ob. cit. P. 332.

legitimadas para a tutela daquelas mesmas matérias. A *solução* encontrada foi a implementação do art. 2 – A da lei 9.494/1997.⁹⁹

Da mesma forma que se faz com o artigo 16 da LACP, o artigo 2-A da lei 9.494/97 vem, em geral, sendo aplicado pela jurisprudência sem maiores preocupações. Veja-se um exemplo de decisão nesse sentido:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MAJORAÇÃO DA TARIFA DE ENERGIA ELÉTRICA ESTABELECIDADA PELAS PORTARIAS 38/86 E 45/86 DO DNAEE. AJUIZAMENTO DA AÇÃO POR ASSOCIAÇÃO. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA. ACOLHIMENTO. O direito perseguido pela Autora de ver devolvido o valor cobrado a maior por conta da majoração da tarifa de energia elétrica no período de congelamento classifica-se como individual homogêneo. É que dificuldade não há na identificação de seus titulares, que são certos e determinados; ademais, cuida-se de direito divisível, transmissível e de livre disposição. Assim, incabível a tutela coletiva. E ainda, em conformidade com o disposto no artigo 5º, inc. XXI da Constituição Federal, é necessária a autorização dos associados da Apelada para legitimá-la ativamente à propositura da ação coletiva, tanto mais quando proposta não em benefício próprio ou de toda a coletividade, mas no exclusivo interesse dos sócios que a integram. **E ainda, o artigo 2º-A da Lei 9.494/97 limitou a abrangência da coisa julgada aos associados da entidade associativa que tenham, na data da propositura da ação coletiva, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão julgador. Daí que necessária não apenas a autorização dos titulares do direito; com mais razão a relação e a identificação de seus associados com domicílio neste Estado para saber se a Apelada, porque com sede em Curitiba, Estado do Paraná, tem legitimidade para se aventurar pelos domínios gaúchos. Preliminar de ilegitimidade ativa acolhida.** Ação extinta. Unânime. (Apelação Cível Nº 70029320207, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Genaro José Baroni Borges, Julgado em 20/05/2009) (grifo nosso)¹⁰⁰

Com relação ao dispositivo ora analisado são oponíveis, via de regra, as mesmas críticas opostas ao artigo 16 da LACP.

Igualmente, poderia ser vislumbrada a inconstitucionalidade formal, vez que o dispositivo foi também criado por medida provisória, aparentemente sem qualquer

⁹⁹ VENTURI. Elton. **Processo Civil Coletivo: A tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos.** Ob. cit. P 206.

¹⁰⁰ Consultado em 31/10/09 no link http://www.tjrs.jus.br/site_php/jprud2/ementa.php

urgência ou relevância. Da mesma forma, o dispositivo, ao tentar limitar a efetividade da tutela coletiva, ofende tanto ao princípio do acesso à justiça quanto ao princípio da isonomia.

Caso se aplique o dispositivo, deve o ser cumulativamente com o artigo 93 da LACP, sob os mesmos fundamentos trazidos acima com relação ao artigo 16 desta lei.

Veja-se, apenas a título explicativo, a posição de GRINOVER:

Mas, mesmo em relação aos interesses coletivos e individuais homogêneos, a regra é ineficaz. Mais uma vez, o Poder Executivo foi inábil, e todas as considerações já expendidas a respeito da modificação do art. 16 da LACP (*supra n 2*) se aplicam ao novo dispositivo. O problema não é de eficácia da sentença, mas de pedido. E o “âmbito de competência territorial do órgão prolator” é o definido no art. 93, II, do CDC, tendo o órgão prolator competência nacional ou regional nos expressos termos do código.¹⁰¹

Com relação ao parágrafo único do mencionado artigo, além das críticas já opostas ao caput, há outras, vez que o dispositivo transforma a legitimação para as ações civis públicas garantida às associações em mera representação, conforme se vê da posição de ARENHART E MARINONI ao comentar a norma em nota de rodapé, segundo quem “Não satisfeita em transformar a ação coletiva em ação individual, a medida provisória foi além, transformando a legitimação para essa ação em mera *representação processual*”.¹⁰²

À mesma conclusão chega VENTURI, para quem:

Entretanto, mediante o novo tratamento referido pelo art. 2 – A da lei 9.494/1997, forçou-se o *desvirtuamento da natureza da referida legitimação ativa*, adotando-se a técnica da *representação processual*, evidentemente mais restritiva e incondizente com a ideologia de amplo fomento do acesso à justiça.¹⁰³

¹⁰¹ GRINOVER, Ada Pelegrini et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: Comentado pelos Autores do Anteprojeto. Ob. cit.. P. 924.

¹⁰² ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil**. v. 5. Procedimentos especiais. Ob. cit. P. 328.

¹⁰³ VENTURI, Elton. **Processo Civil Coletivo**: A tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos. Ob. cit. P 207.

Em face do exposto, tem-se que tal dispositivo, assim como o artigo 16 da LACP, não pode ser seriamente aplicado em sua literalidade, sob pena de desnaturar o sistema de tutela coletiva e ofender diversas garantias constitucionais.

CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS

Como se viu, o direito processual civil brasileiro evoluiu tendo como norte o processo de cunho individual, trazendo a partir do meio do século XX algumas leis esparsas que permitiam a tutela coletiva em casos específicos.

Foi com a Lei da Ação Popular que o processo civil coletivo começou a ganhar importância e receber mais atenção da doutrina nacional. Após, além de outras leis menos relevantes, vieram a Lei da Ação Civil Pública, a Constituição Federal e o Código de Defesa do Consumidor, que colocaram definitivamente a tutela coletiva em posição de destaque dentro do direito processual, podendo-se até mesmo falar em um verdadeiro processo civil coletivo.

Em virtude da evolução predominantemente voltada ao processo individual, os institutos do processo civil tradicional muitas vezes não são adequados aos contornos do processo coletivo, sendo necessária, no mínimo, sua adaptação e releitura a partir das garantias constitucionais do acesso à justiça e do devido processo legal.

O instituto da coisa julgada tem como finalidade garantir o resultado útil do processo, tornando imutável, em um determinado momento, a decisão proferida nele. Contrariamente a algumas concepções mais antigas, o instituto não está ligado à idéia de uma verdade cristalizada na sentença. Na realidade, o instituto representa uma escolha política, que equilibra o acerto da decisão em contraposição à segurança jurídica.

Para a doutrina mais antiga, a coisa julgada era um dos efeitos da sentença, ao lado dos efeitos condenatório, declaratório e constitutivo. LIEBMAN foi quem demonstrou o erro desta concepção, afirmando, após longo estudo acerca da matéria, que a coisa julgada não seria um efeito da sentença, mas sim uma qualidade que se agregaria à sentença e aos seus efeitos, um modo de se manifestar destes efeitos.

BARBOSA MOREIRA criticou a teoria de LIEBMAN, sob o argumento de que os efeitos da sentença não seriam atingidos pela imutabilidade característica da coisa

julgada. Segundo ele, na verdade, o conteúdo da sentença é que se tornaria imutável e não os efeitos desta.

BARBOSA MOREIRA tinha razão ao dizer que não eram todos os efeitos da sentença que se tornavam imutáveis. Entretanto, há sim um dos efeitos desta que se torna imutável com a passagem em julgado da sentença. Como demonstram BAPTISTA DA SILVA, MARINONI e ARENHART, com o trânsito em julgado da sentença torna-se imutável a declaração nela contida.

Desta forma, conclui-se, a partir da posição dos três últimos autores mencionados, que a coisa julgada é uma qualidade (a imutabilidade) que recai apenas sobre o efeito declaratório da sentença.

A coisa julgada possui limites objetivos e subjetivos. Os limites subjetivos da coisa julgada determinam quem vai ser por ela atingido. Via de regra, apenas aqueles que foram partes no processo é que são atingidos pela coisa julgada.

Embora o artigo 103 do CDC faça parecer que no processo coletivo a coisa julgada atingiria outras pessoas além das partes no processo, na verdade, o que esse artigo faz é uma confusão entre o instituto da coisa julgada e os efeitos diretos da sentença. O que tem extensão "*erga omnes*", por sua própria natureza, são os efeitos diretos ou naturais da sentença e não a coisa julgada.

Com relação aos direitos essencialmente coletivos (difusos e coletivos "*stricto sensu*"), nem mesmo haveria necessidade da coisa julgada para tornar a decisão imutável para as pessoas individualmente consideradas, na medida em que essas pessoas jamais tiveram sequer legitimidade para discutir esses direitos.

Ou seja, na tutela dos direitos essencialmente coletivos a coisa julgada atinge apenas as partes no processo. Porém, convém lembrar que a legitimidade para a defesa destes direitos é extraordinária, de modo que além da parte processual ou formal, há ainda a parte material. Ao atingir esta parte material, a coisa julgada, por consequência lógica, torna a sentença imutável também para os co-legitimados extraordinários à defesa do direito.

No caso de improcedência da ação por insuficiência de provas, há a possibilidade de repositura da ação com base em novas provas. Esta nova prova não precisa ser uma prova surgida após o processo, mas qualquer prova não utilizada nele e capaz de alterar seu quadro cognitivo.

Ademais, conforme salienta VENTURI, somente na propositura da nova ação coletiva é que o juízo poderá aferir com segurança se o julgamento da ação anterior foi ou não por insuficiência de provas. Em razão disto e de outros motivos, concluímos não ser necessária a declaração expressa de que o julgamento se deu por insuficiência de provas para que possa ser proposta nova ação com base em novas provas.

Para parte da doutrina, nestes casos de improcedência, haveria apenas a formação da coisa julgada formal. Entretanto, como se viu, há sim a formação da coisa julgada material. Segundo VENTURI, haveria uma coisa julgada material ligada aos termos e às provas trazidas no processo, de modo que, se houvesse nova prova, seria possível propor nova ação.

Para MANCUSO, seria formada a coisa julgada material, que permaneceria hígida enquanto se mantivessem inalteradas as circunstâncias fáticas ligadas ao processo. Se houvesse alteração nestas circunstâncias a coisa julgada perderia sua efetividade, sendo possível a propositura de uma nova ação.

A partir das críticas a estas posições, concluímos que, na realidade, haveria a formação de uma coisa julgada material sujeita a uma condição futura e incerta. Esta condição seria a propositura de uma nova ação com provas novas.

No caso de procedência da ação para a tutela de direitos individuais homogêneos, a doutrina, em geral, reconhece efetivamente a existência de uma coisa julgada “*erga omnes*”, que torna a sentença imutável também para as pessoas individualmente consideradas.

Entretanto, a partir da premissa colocada acerca da diferença entre a extensão da coisa julgada e dos efeitos da sentença, acreditamos ser plausível dizer que a coisa julgada não atinge os particulares no julgamento de procedência da ação para defesa dos direitos individuais homogêneos, sendo possível, para que não sejam juridicamente prejudicados,

que os indivíduos, quando ainda houver interesse jurídico, possam ajuizar suas ações individuais.

Ademais, visando à máxima proteção possível dos indivíduos, concordamos com VENTURI, que afirma que mesmo com relação aos direitos individuais homogêneos, seria possível a repositura da ação com base em provas novas, independentemente de previsão expressa no artigo 103 do CDC.

Por fim, com relação à limitação territorial imposta à coisa julgada, destaca-se que o que o legislador pretendeu foi limitar a eficácia da sentença através da modificação do artigo 16 da LACP.

Tal modificação é inconstitucional tanto formal quanto materialmente. A inconstitucionalidade formal se deve à falta dos requisitos de relevância e urgência na medida provisória que a ela deu origem. Materialmente é inconstitucional por afronta aos princípios do acesso à justiça e da isonomia.

A norma é também inaplicável logicamente, pois pretendeu tratar de maneira dividida os direitos essencialmente coletivos, que, por natureza, são indivisíveis.

Em razão de todos estes motivos, acreditamos que a norma não pode ser aplicada. Entretanto, parte da doutrina propõe uma interpretação da norma que pode torná-la aplicável. Segundo tal corrente, para que se possa aplica-lá, a competência do órgão prolator a ser considerada não seria aquela do processo civil tradicional, mas sim a competência para as questões de natureza coletiva, trazida no artigo 93 do CDC.

Com relação ao artigo 2-A da Lei 9.494, que limita a eficácia da sentença aos associados domiciliados no âmbito de abrangência da associação, são oponíveis “*mutatis mutandis*” as mesmas críticas opostas ao artigo 16 da LACP. Ademais, esta norma também desnatura o sistema de substituição processual, típico da tutela coletiva, transformando-o indevidamente em uma mera representação.

Por isso, também esta norma não deve ser aplicada pelos tribunais.

Em conclusão, o que se vê é que o Poder Público, bem como parte da jurisprudência, têm tratado a tutela coletiva, e em especial a coisa julgada, com muita

displicência, fazendo confusão entre o instituto e os efeitos da sentença, dividindo o que é indivisível, tentando limitar os efeitos naturais da sentença, entre outros equívocos.

É justamente por isso que se demonstra essencial a análise cautelosa do instituto e dos temas que lhe são conexos, para que se possa dar a merecida efetividade à tutela coletiva. É necessário que sempre se manejem os instrumentos ligados à tutela coletiva, como, por exemplo, a possibilidade de repositura da ação julgada improcedente, o efeito “*in utilibus*” da sentença coletiva, dentre outros, de maneira a buscar o maior benefício à coletividade. Com essa idéia como norte, não se pode admitir que se limitem arbitrariamente os efeitos da sentença para poupar os cofres públicos ou proteger as grandes empresas.

Neste papel, é fundamental a atuação tanto do Judiciário quanto do Legislativo (sem falar no Ministério Público e demais legitimados coletivos), a fim de que em um futuro próximo a tutela coletiva alcance o lugar de destaque que merece e consiga cumprir satisfatoriamente as funções para as quais foi concebida. É com a esperança de que isso aconteça que se aguarda ansiosamente a edição do código que, possivelmente, regulamentará os processos coletivos, torcendo para que tal código o faça de maneira lógica e submissa aos ditames constitucionais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAGÃO, Egas D. Moniz de. **Sentença e coisa julgada**: exegese do código de processo civil (arts. 444 a 475). Rio de Janeiro: Aide Editora, 1992.

ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da Tutela Inibitória coletiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil**. 7. ed. rev. e atual. v. 2. Processo de conhecimento. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil**. v. 5. Procedimentos especiais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

ARRUDA ALVIM, Eduardo. **Apontamentos sobre o processo das ações coletivas**. in: MAZZEI, Rodrigo, NOLASCO, Rita Dias (coords.). **Processo Civil Coletivo**. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2005.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Sentença e Coisa Julgada**: (ensaios e pareceres). 4. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de direito processual**: (primeira série). 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1988.

BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. *Acesso coletivo à justiça na perspectiva dos direitos humanos: papel do juiz e do ministério público*, in: DUARTE, Bento Herculano; DUARTE, Ronnie Preuss (coords.). **Processo civil aspectos relevantes**: estudos em homenagem ao Prof. Humberto Theodoro Júnior. v. 2. São Paulo: Editora Método, 2007.

DIDIER JÚNIOR, Fredie (org.). **Ações constitucionais**. Salvador: Editora Jus Podvim, 2006.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 5. ed., v. 1. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

DUARTE, Bento Herculano; DUARTE, Ronnie Preuss (coords.). **Processo civil aspectos relevantes: estudos em homenagem ao Prof. Humberto Theodoro Júnior**. v. 1. São Paulo: Editora Método, 2007.

DUARTE, Bento Herculano; DUARTE, Ronnie Preuss (coords.). **Processo civil aspectos relevantes: estudos em homenagem ao Prof. Humberto Theodoro Júnior**. v.2. São Paulo: Editora Método, 2007.

FREIRE E SILVA, Bruno. **A ineficácia da Tentativa de Limitação Territorial dos Efeitos da Coisa Julgada na Ação Civil Pública**. In: MAZZEI, Rodrigo, NOLASCO, Rita Dias (coords.). *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2005.

GIDI, Antônio. **A Class Action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: As ações coletivas em uma perspectiva comparada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

GIDI, Antônio. **Coisa Julgada e Litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Editora Saraiva, 1995.

GRINOVER, Ada Pelegrini et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. 8. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 2005.

GRINOVER, Ada Pelegrini. **Um código Brasileiro de processos Coletivos**. In: MILARÉ, Edis (coord.). **A AÇÃO CIVIL PÚBLICA após 20 anos: efetividade e desafios**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. P. 13

LIEBMAN, Enrico Túlio. **Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**. 2. ed., trad. Alfredo Buzaid e Benvindo Aires; tradução dos textos posteriores à ed. de 1945 e notas por Ada Pelegrini Grinover. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1981.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição coletiva e coisa julgada: Teoria geral das ações coletivas.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil.** 3. ed. v. 1. Teoria geral do processo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MENDES, Aluísio G. de Castro. **Ações coletivas no direito comparado e nacional.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MILARÉ, Edis (coord.). **A AÇÃO CIVIL PÚBLICA após 20 anos: efetividade e desafios.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

NUNES, Rizzato. **As Ações coletivas e as definições de direito difuso, coletivo e individual homogêneo.** In: MAZZEI, Rodrigo, NOLASCO, Rita Dias (coords.). **Processo Civil Coletivo.** São Paulo: Editora Quartier Latin, 2005

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Ação civil Pública.** In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (org.). **Ações constitucionais.** Salvador: Editora Jus Podvim, 2006.

TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada nas ações coletivas.* In: DUARTE, Bento Herculano; DUARTE, Ronnie Preuss (coords.). **Processo civil aspectos relevantes: estudos em homenagem ao Prof. Humberto Theodoro Júnior.** v.2. São Paulo: Editora Método, 2007.

VENTURI, Elton. **Processo Civil Coletivo: A tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos.** São Paulo: Malheiros Editores, 2007.