

## RESUMO

Esta dissertação tem por objeto o estudo da tutela jurisdicional coletiva no Brasil, enquanto resposta do sistema processual à necessidade de uma adequada proteção judicial dos direitos coletivos que integram a nova realidade jurídica surgida a partir das transformações sociais e políticas que ocorreram no desenvolvimento do Estado e da Sociedade Civil.

A idéia principal que aqui se defende é a necessidade de se pensar o processo de tutela desses novos direitos como uma realidade diversa do processo civil, e de se desenvolver uma teoria processual própria para as ações coletivas que tutelam tais direitos, de modo que a interpretação e aplicação dos institutos do processo coletivo se dê a partir de conceitos e princípios próprios e não mais a partir da perspectiva individualista que marca os institutos do Direito Processual Civil.

Para tanto, serão estudadas as características e peculiaridades dos direitos coletivos *lato sensu*, analisando-se, em seguida, o modelo processual próprio e a natureza diferenciada das ações coletivas, para ao final demonstrar, a partir de um minucioso estudo da disciplina da coisa julgada coletiva no Direito pátrio, que a insistência em se utilizar a perspectiva individualista própria do processo civil para solucionar os problemas do processo coletivo tem originado equívocos teóricos e problemas dogmáticos que emperram o desenvolvimento científico da tutela jurisdicional coletiva no Brasil e comprometem sua efetividade.

## 1. INTRODUÇÃO

### 1.1. Novos direitos e acesso à justiça. A necessidade de pensar a tutela jurisdicional coletiva no Brasil.

A passagem do Estado Moderno para o Estado Contemporâneo e o desenvolvimento deste foram marcados por profundas transformações políticas e sociais, especialmente no que se refere às relações entre Estado e sociedade civil, o que refletiu diretamente no universo jurídico, dando margem ao surgimento dos chamados "novos direitos", fenômeno que sofreu considerável aceleração com o desenvolvimento tecnológico desencadeado pela Revolução Industrial no início do século vinte.

Intimamente ligados à noção de cidadania e à sua concretização no seio da sociedade<sup>1</sup>, os "novos direitos" revelam feições absolutamente diversas das que caracterizam os direitos até então reconhecidos pelo ordenamento jurídico, de cunho eminentemente individualista e patrimonial.

Nessa nova realidade jurídica, tomam corpo direitos que não se personalizam, não se individualizam numa única pessoa, mas, ao contrário, pertencem, igualmente, a toda uma coletividade de pessoas. São exemplos típicos desses direitos o direito à proteção e preservação do meio ambiente, o direito a uma ordem econômica não cartelizada, o direito à veracidade da publicidade comercial, dentre outros.

De início, esses direitos que extrapolam a esfera de subjetividade de uma pessoa individualmente considerada foram agrupados numa vala comum, sob a denominação genérica de direitos difusos ou coletivos<sup>2</sup>.

Atualmente, porém, com o maior desenvolvimento dos estudos científicos sobre a matéria, já se fala em direitos metaindividuais, direitos supra-individuais ou direitos transindividuais para designar o gênero do qual seriam espécies os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Sobre a relação entre novos direitos e cidadania, vide OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebiades de: *Teoria jurídica e novos direitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, pp. 83-96.

<sup>2</sup> NERY JÚNIOR, Nelson: "A ação civil pública" in *Revista de Processo*, n.º 31. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, pp. 224-232, p. 229.

<sup>3</sup> Tipologia consagrada no Brasil pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/90, art. 81).

O reconhecimento desses "novos direitos" pelos ordenamentos jurídicos dos mais diversos países promoveu, em contrapartida, a necessidade de instrumentos processuais aptos a garantir sua proteção judicial em caso de violação.

Nesse contexto, surgem as chamadas ações coletivas como instrumento processual voltado à tutela jurisdicional dos direitos coletivos *lato sensu*<sup>4</sup>.

A tutela jurisdicional dessa nova gama de direitos coletivamente considerados passa, necessariamente, pela questão do acesso à justiça, tema cuja discussão, embora não constitua novidade, é de indiscutível atualidade, especialmente no que se refere à necessidade de se assegurar a efetividade da atividade jurisdicional do Estado.

Contribuir para uma efetividade cada vez maior da tutela jurisdicional dos direitos coletivos no Brasil e para o desenvolvimento de um sistema processual adequado à essa nova realidade jurídica é o propósito que norteia a elaboração da presente dissertação.

Excelentes trabalhos doutrinários já se desenvolveram sobre a dogmática das ações coletivas e muito se tem discutido acerca da necessidade de adaptação do processo civil à tutela jurisdicional coletiva, mas pouco tem sido feito para se estruturar uma teoria própria das ações coletivas no Brasil<sup>5</sup>.

Reconhecendo nas ações coletivas instrumentos de tutela de direitos pertencentes a uma outra ordem que não a esfera do direito privado, pretende-se defender, neste trabalho, a idéia de que as ações coletivas não podem ser entendidas e interpretadas a partir das regras e esquemas conceituais do Direito Processual Civil, do qual devem ser totalmente abstraídas, na medida em que esse ramo do Direito foi concebido com a finalidade de promover a defesa de direitos individuais.

Mesmo tendo sido concebido para promover a tutela de relações individuais conflituosas, em que se discutem direitos de conteúdo eminentemente patrimonial, o processo civil se desenvolveu no Brasil com a pretensão de universalização e de transsubstancialidade, encontrando-se presente ainda hoje a concepção de que o Direito Processual Civil seria apto a

---

<sup>4</sup> Aqui, a expressão "direitos coletivos" é utilizada em sentido amplo, em contraposição a "direitos individuais", sem adentrar na tipologia instituída pelo Código de Defesa do Consumidor.

<sup>5</sup> Nesse sentido, excepcionam-se as excelentes obras de Márcio Flávio Mafra Leal (*Ações coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998) e Paulo de Tarso Brandão (*Ações constitucionais: novos direitos e acesso à justiça*. Florianópolis: Habitus, 2001), que sinalizam justamente para essa necessidade de uma teoria própria das ações coletivas.

instrumentalizar a judicialização de lides oriundas de qualquer área do direito material (exceto penal e trabalhista, que já dispõem de processos próprios).

Entretanto, não obstante essa pretensão de universalidade, o processo civil brasileiro, desenvolvido em moldes privatistas, tem origem eminentemente individualista, fundando-se em princípios liberais, que valorizam o indivíduo como sujeito de direitos<sup>6</sup>, não se revelando adequado à defesa de direitos que não se enquadrem nessa roupagem para a qual fora concebido e desenvolvido.

Nesse contexto, verifica-se que os principais problemas dogmáticos e equívocos teóricos constatados no estudo e no trato das ações coletivas brasileiras decorrem da sua interpretação e aplicação à luz das regras e conceitos do processo civil.

Daí a necessidade de se pensar as bases teóricas e principiológicas da tutela jurisdicional dos direitos coletivos no Brasil, tema que constitui o objeto central desta dissertação, onde se pretende demonstrar a necessidade de elaboração de uma teoria processual própria para as ações coletivas, adequada à natureza peculiar desse novo instrumental e às características próprias dos "novos direitos" que tutelam, buscando, assim, contribuir para o desenvolvimento de um *pensamento jurídico processual coletivo* e alertar para a necessidade de que sejam fincadas, desde já, as bases para uma futura elaboração científica de um *Direito Processual Coletivo*, ramo autônomo da Ciência do Direito Processual que se dedicará ao estudo da tutela jurisdicional dos direitos coletivamente considerados.

## **1.2. Como se organiza o conteúdo deste trabalho.**

Num primeiro momento, busca-se esclarecer as perspectivas atuais do Direito Processual, dedicando-se o Capítulo 2 ao estudo da evolução da concepção do processo e das teorias da instrumentalidade e do acesso à justiça, esclarecendo os pontos de contato entre o processo e o direito material na moderna processualística, bem como as relações do Direito Processual com a Constituição, firmando, assim, as noções processuais fundamentais para o desenvolvimento do estudo sobre a tutela jurisdicional coletiva.

---

<sup>6</sup> CINTRA JÚNIOR, Dyrceu Aguiar Dias: "Interesses metaindividuais: questão de acesso à justiça" in *Revista dos Tribunais*, v. 676. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, pp. 39-47, p. 40.

Em seguida, passa-se à temática dos novos direitos e dos direitos coletivos propriamente ditos, em sua feição material, dedicando-se o Capítulo 3 à análise do contexto histórico, político e social em que surgiram os novos direitos, e o Capítulo 4, ao estudo do conceito, tipologia e principais características dos direitos metaindividuais, a fim de demonstrar as peculiaridades materiais da nova realidade jurídica de que se cuida.

Num terceiro momento, adentra-se na análise da tutela jurisdicional dos direitos coletivos *lato sensu*, sendo tratados nos Capítulos 5 e 6 os principais aspectos e fundamentos teóricos das ações coletivas, bem como as "espécies" de ações coletivas existentes no direito positivo brasileiro.

Finalmente, no Capítulo 7, desloca-se o eixo dos estudos para o instituto da coisa julgada nas ações coletivas, fazendo-se uma minuciosa análise de sua disciplina legal no direito pátrio, especialmente no que se refere a questão dos limites subjetivos e objetivos, e detectando-se os principais problemas dogmáticos e equívocos teóricos em matéria de coisa julgada coletiva no Brasil, com o propósito específico de demonstrar que tais problemas e equívocos têm por origem justamente a interpretação e aplicação dos institutos do processo coletivo à luz das regras, conceitos e princípios do processo civil, comprovando-se, assim, a partir do instituto da coisa julgada, a idéia principal que se defende na presente dissertação: a necessidade de se colocar, cientificamente, o processo coletivo em seu devido lugar e se desenvolver uma teoria própria para as ações coletivas, que permita interpretá-las e aplicá-las a partir de conceitos, categorias e princípios próprios, sintonizados com a nova realidade material que visam a tutelar.

## 2. PERSPECTIVAS ATUAIS DO DIREITO PROCESSUAL

### 2.1. A instrumentalidade do processo.

Até a primeira metade do século dezenove, viveu o Direito Processual a fase do chamado sincretismo jurídico, que se caracterizou pela indistinção entre os planos substancial e processual, quando o processo era considerado um instituto visceralmente ligado ao direito material e, portanto, desprovido de qualquer autonomia.

A partir de meados daquele século, essa concepção de processo começou a ruir<sup>7</sup>, iniciando-se uma fase técnico-científica, de caráter marcadamente conceitual, em que os processualistas, por várias décadas, mergulharam na busca da demonstração da autonomia do processo e da construção de uma verdadeira ciência processual.

Demonstrada a autonomia do processo com relação ao direito material, desenvolvida a ciência processual, com objeto e método próprios, construídas categorias, conceitos e princípios fundamentais dentro de um sistema jurídico coerente, chegou-se, por volta da metade do século vinte, a um ponto de maturidade no direito processual, que permitiu avançar rumo a uma nova concepção do processo, visto agora sob o aspecto da instrumentalidade.

Nas últimas décadas, vêm os processualistas descobrindo e lapidando a consciência de que o processo não é um fim em si mesmo, mas um instrumento que tem por finalidade realizar os direitos e eliminar os conflitos sociais<sup>8</sup>. Trata-se de uma visão eminentemente teleológica do direito processual.

Cândido Rangel Dinamarco, em obra que se tornou verdadeiro clássico no estudo da matéria, esclarece que a visão instrumental que caracteriza esse "terceiro momento metodológico do direito processual" não diz respeito à instrumentalidade do processo enquanto instituto de direito processual relacionado à outro instituto processual, que é a jurisdição; mas sim à instrumentalidade do processo enquanto síntese do próprio sistema

---

<sup>7</sup> Atribui-se o marco inicial do inconformismo do processualista moderno com as colocações privatistas à histórica polêmica travada entre Bernhard Windscheid e Theodor Muther, quando aquele sustentou a diferença conceitual entre a ação do direito moderno e a *actio* romana (Cf. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel: *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 1999, 15ª edição, p. 248).

<sup>8</sup> MARINONI, Luiz Guilherme: *Novas linhas do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2000, 4ª edição, p. 99.

processual, que, nessa nova concepção, é visualizado sob o ângulo externo de suas finalidades<sup>9</sup>.

Ao definir a finalidade do direito processual, ressalta Dinamarco que o processo não tem um único objetivo, de natureza estritamente jurídica, sendo necessário se vislumbrar as várias tarefas que lhe cabem perante a sociedade e o Estado<sup>10</sup>; ensinando, em abandono à unidade teleológica tradicional, que os escopos da jurisdição situam-se em três esferas principais, a saber: a) os escopos sociais, consistentes na função de promover a pacificação social, através da justa eliminação dos conflitos, e a educação, por meio da conscientização jurídica dos direitos e deveres<sup>11</sup>; b) os escopos políticos, abrangidos pela tarefa de promover a afirmação da autoridade do Estado e a promoção da liberdade e da participação como forma, inclusive, de limitação ao poder do Estado<sup>12</sup>; e, finalmente, c) o escopo jurídico, consistente na finalidade de atuação da vontade concreta do direito<sup>13</sup>.

Verifica-se, assim, que a moderna perspectiva instrumental do direito processual representa o abandono do estudo do processo sob o ponto de vista exclusivamente interno e puramente técnico, analisando o sistema processual enquanto fenômeno não apenas jurídico, mas também político e social.

Nesse sentido, Cândido Rangel Dinamarco ensina ainda que a instrumentalidade do processo pode ser visualizada sob dois aspectos, quais sejam, o aspecto negativo e o positivo, dicotomia, aliás, já consagrada na doutrina pátria contemporânea<sup>14</sup>. Vista sob o aspecto negativo, a instrumentalidade corresponde à negação do processo como valor em si mesmo, colocando-o "em seu devido lugar de instrumento, cheio de dignidade e autonomia científica, mas nada mais que instrumento", exigindo uma atitude de "verdadeira humildade do processualista mediante o correto dimensionamento de sua ciência", e sendo

---

<sup>9</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel: *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 1999, 7ª edição, pp. 21, 265, 266, 310, 311 e *passim*.

<sup>10</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel, op. cit., pp. 152-154.

<sup>11</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel, op. cit., pp. 159-163 e 317.

<sup>12</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel, op. cit., pp. 168-171 e 317.

<sup>13</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel, op. cit., pp. 209-211 e 317.

<sup>14</sup> Para Luiz Guilherme Marinoni, "a noção de instrumentalidade negativa já é patrimônio da ciência processual do nosso tempo" (Op. cit., p. 100).

invocada como fator de contenção das distorções formalistas a que o aprimoramento da técnica processual pode conduzir <sup>15</sup>.

Já sob o aspecto positivo, a instrumentalidade se caracteriza pelo compromisso e preocupação em fazer com que o processo realmente cumpra suas finalidades, logrando a obtenção concreta dos escopos sociais, políticos e jurídicos a que se propõe, o que significa uma verdadeira "mudança de mentalidade" do processualista, rompendo com a tradicional postura introspectiva do sistema processual e inaugurando a consciência de que deve-se colher também no social e no político os elementos necessários à consecução dos fins a que se destina o processo<sup>16</sup>.

Vislumbra-se, assim, como reflexo inevitável da moderna perspectiva instrumentalista do processo, uma espécie de reaproximação do direito processual ao direito material<sup>17</sup>. Isso porque, enquanto instrumento, deve o processo estar o mais próximo possível do direito material que visa a consagrar, no sentido de dever se adaptar, conformar-se o mais estreitamente possível às particularidades do direito substancial, até para melhor efetivá-lo. Essa perspectiva instrumental do processo está intimamente relacionada com a problemática da efetividade do processo e do acesso à justiça, a cuja análise se dedica o item seguinte.

## **2.2. A questão do acesso à justiça.**

Nos Estados liberais dos séculos dezoito e dezenove, quando vigorava o conceito de igualdade formal, próprio dos ideais da Revolução Francesa, o direito à tutela jurisdicional significava tão somente o direito formal do cidadão propor ou contestar uma ação.

Diante de desigualdades econômicas ou sociais que pudessem, na prática, interferir no exercício do direito à jurisdição, permanecia o Estado numa posição passiva, não sendo tais desigualdades objeto de suas preocupações.

---

<sup>15</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel, op. cit., pp. 267-270 e 319.

<sup>16</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel, op. cit., pp. 270-272 e 319.

<sup>17</sup> Esse fenômeno, já noticiado, dentre outros, por Mauro Cappelletti ("A ideologia no processo civil" - trad. Athos Gusmão Carneiro - *in Ajuris*, n.º 23. Porto Alegre: Associação dos juizes do Rio Grande do Sul, 1981, pp. 16-33, p. 17), é visualizado por Cândido Rangel Dinamarco como uma necessária "relativização do binômio substância-processo", sem que, porém, seja feita qualquer restrição à já consagrada autonomia do direito processual frente ao direito material (Op. cit., pp. 310, 317 e *passim*).



A preocupação com o acesso à justiça começou a se fazer sentir no início do século vinte, quando a sociedade, impulsionada pela revolução industrial, cresceu em tamanho, complexidade e exigências, iniciando-se a consagração, inclusive a nível constitucional, dos chamados "novos direitos"<sup>18</sup>, especialmente os direitos sociais, tais como o direito à saúde, à educação, ao trabalho e à segurança.

O reconhecimento desses novos direitos exigiu do Estado uma postura mais ativa, voltando sua atenção para a realidade social e econômica dos cidadãos.

Em paralelo, operou-se uma profunda transformação no conceito de igualdade, que, no Estado social, passa a ser vista sob o aspecto material e não puramente formal, impondo o tratamento desigual dos desiguais a fim de lhes conferir efetiva igualdade de oportunidades.

Nesse contexto, inevitável se fez o questionamento acerca da igualdade de oportunidades no acesso à jurisdição. Será que todos os cidadãos teriam, efetivamente, acesso à justiça em igualdade de condições? Será que o Estado distribui uma justiça efetiva, que realmente alcança seus escopos?

Em sede doutrinária, tal discussão tomou corpo, realmente, após meados do século vinte, impulsionada sobretudo pelos trabalhos do chamado "Projeto de Florença", grupo de pesquisas sobre acessibilidade e qualidade da justiça que se desenvolveu no Instituto de Direito Comparado da Universidade de Florença, na Itália, cujas investigações deram origem, dentre outros, ao magistral trabalho de Mauro Cappelletti, que fez escola com sua obra sobre a problemática do acesso à justiça.

Visualizando o acesso à justiça como "o mais básico dos direitos humanos", na medida em que constitui requisito fundamental de uma ordem jurídica igualitária, que pretenda "garantir e não somente proclamar os direitos de todos", Mauro Cappelletti reconhece a dificuldade de se determinar o conceito do acesso efetivo à justiça<sup>19</sup>.

Em verdade, a obra de Cappelletti se destina menos a estabelecer conceitos e muito mais à tarefa de procurar identificar obstáculos ao acesso efetivo à justiça, existentes nos sistemas jurídicos dos mais diversos países, e propor soluções para a superação desses obstáculos.

---

<sup>18</sup> A temática dos novos direitos será objeto de estudo no capítulo seguinte.

<sup>19</sup> CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant: *Acesso à justiça*. Trad. por Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988, pp. 12 e 15.

Nesse sentido, Mauro Cappelletti identifica obstáculos ao acesso à justiça de três ordens principais, a saber: a) o problema dos custos judiciais, onde insere também a questão do tempo do processo, na medida em que, quanto mais demorada, mais custosa é a demanda; b) a possibilidade das partes efetivamente buscarem o Judiciário, considerando seus recursos financeiros, sua aptidão para reconhecer um direito e propor a ação correspondente e as dificuldades reais dos "litigantes eventuais" (indivíduos) em face dos "litigantes habituais" (grandes empresas); e, finalmente, c) os problemas referentes ao acesso à justiça para tutela dos direitos difusos, problemas esses que, na época, referiam-se basicamente à questão da legitimidade para tutela de tais direitos<sup>20</sup>.

Ao abordar as soluções para os referidos problemas de acesso à justiça, o jurista italiano menciona três "ondas" de renovações e reformas legislativas que teriam emergido em seqüência relativamente cronológica nos países ocidentais envolvidos com a preocupação de garantir o acesso efetivo à justiça.

A primeira onda teria sido a da assistência judiciária, em que os ordenamentos jurídicos se preocuparam em assegurar serviços jurídicos gratuitos aos menos favorecidos<sup>21</sup>.

O segundo grande movimento no esforço de melhorar o acesso à justiça teria enfrentado o problema da representação em juízo dos direitos difusos, forçando reflexões sobre noções tradicionais do processo civil, na medida em que esse sempre vinculou a legitimidade *ad causam* à titularidade (ou pretensa titularidade) do direito material<sup>22</sup>.

Já a terceira onda, que corresponderia à fase "atual" dos estudos processuais, consiste numa concepção mais ampla de acesso à justiça, uma vez que as "ondas" anteriores teriam se preocupado, essencialmente, em garantir o acesso à justiça no sentido da representação judicial dos direitos, ou seja, de estar em juízo. O novo enfoque do acesso à justiça, embora não pretenda abandonar as técnicas conquistadas nas duas primeiras fases do movimento, estaria agora preocupado com a efetividade dos direitos, reconhecendo a necessidade de reformas relacionadas com os procedimentos jurisdicionais, a estrutura dos

---

<sup>20</sup> CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant, op. cit., pp. 15-29.

<sup>21</sup> CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant, op. cit., pp. 31-48.

<sup>22</sup> CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant, op. cit., pp. 49-66. Esclareça-se que a expressão "direitos difusos", no texto de Mauro Cappelletti, quer significar os direitos coletivos de um modo geral, e não a categoria específica do direito difuso, tal como encontra-se definida no Código de Defesa do Consumidor pátrio.

tribunais, a utilização de mecanismos privados na solução dos litígios, dentre outras alternativas<sup>23</sup>.

Total razão assiste à Cappelletti quando afirma que o acesso à justiça, visto sob esse "novo" enfoque, constitui a fase atual do movimento processual. Era assim na época de seus escritos e continua sendo até hoje.

Prova disso são os vários estudos de processualistas contemporâneos enfocando a problemática do acesso à justiça, especialmente nessa perspectiva da efetividade dos direitos e dos provimentos jurisdicionais, o que não se verificaria caso a questão já houvesse sido solucionada a contento<sup>24</sup>.

Indubitavelmente, a temática do acesso à justiça, enquanto busca da efetividade dos direitos através de um processo célere, adequado aos seus fins, que faça justiça às partes e seja aberto ao maior número de pessoas, encontra-se no centro das discussões da moderna processualística, constituindo perspectiva metodológica sob a qual devem ser estudados e solucionados todos os problemas do direito processual.

Como bem ensina Cândido Rangel Dinamarco, "mais do que um princípio, o acesso à justiça é a síntese de todos os princípios e garantias do processo"<sup>25</sup>.

### **2.3. Ideologia e processo.**

Como se pode perceber a partir da análise que se fez nas linhas acima, generaliza-se entre os processualistas contemporâneos a consciência de que o processo possui objetivos não só jurídicos, mas também, e sobretudo, objetivos sociais e políticos.

---

<sup>23</sup> CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant, op. cit., pp. 67-73.

<sup>24</sup> Entre os processualistas pátrios, destaca-se a obra de Luiz Guilherme Marinoni, cujo trabalho, embora adote as idéias fundamentais de Mauro Cappelletti, dá uma roupagem totalmente nova à matéria, especialmente ao identificar os obstáculos para um efetivo "acesso à ordem jurídica justa", elencando dificuldades não contempladas no trabalho de Cappelletti, tais como a utilização universalizada do procedimento comum clássico e a necessidade de reestruturação das categorias do processo individual para a efetividade da tutela coletiva, temas que, aliás, integram o objeto da presente dissertação (MARINONI, Luiz Guilherme, op. cit. pp. 37-41 e 68-69).

<sup>25</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel, op. cit., p. 304.

Por outro lado, a questão do acesso à justiça, discussão que se encontra no cerne da moderna processualística, está intimamente relacionada com a noção de igualdade e de justiça social.

Tais constatações trazem à tona a desmitificação da neutralidade ideológica do processo.

O dogma da neutralidade do processo e, por conseguinte, do juiz tem suas origens no conceito de igualdade formal que emergiu com a Revolução Francesa<sup>26</sup>. Temia-se que a imparcialidade do juiz, atributo que também guarda estreita relação com a igualdade de todos perante a lei, restasse rompida caso ele viesse aos autos imbuído de ideologias.

Com a consagração da noção de igualdade material e as demais transformações sociais, políticas e jurídicas operadas nos séculos dezenove e vinte, especialmente o advento das novas perspectivas metodológicas do direito processual, de que se tratou nos itens acima, começou a ruir o mito da neutralidade ideológica do processo.

Nesse sentido, ensina Mauro Cappelletti que a perspectiva da instrumentalidade é a "primeira porta através da qual as ideologias penetram no processo"<sup>27</sup>. Isso porque, enquanto instrumento que, dentre outros objetivos, está a serviço do direito material, do qual deve garantir a efetividade, o processo há de adaptar-se o mais estreitamente possível às particularidades do direito substantivo que visa a realizar.

A necessidade de uma perfeita articulação do Direito Processual ao Direito Material é, inegavelmente, imperativo de uma ordem jurídica realmente efetiva<sup>28</sup>. E é justamente nesse esforço de articulação com o direito substantivo que o processo, inevitavelmente, acaba por sofrer a infiltração dos valores que norteiam o direito material.

Cappelletti foi extremamente feliz ao exemplificar essa infiltração de valores a partir dos sistemas feudais, nos quais os institutos de direito material refletiam uma concepção ideológica absolutamente hierarquizada e antiigualitária da sociedade, a qual penetrava no

---

<sup>26</sup> MARINONI, Luiz Guilherme, op. cit., p. 26.

<sup>27</sup> CAPPELLETTI, Mauro: *Processo e ideologie*. Bologna: Il Mulino, 1969, p. 6. O primeiro capítulo dessa obra, que corresponde à aula proferida por Mauro Cappelletti, em 28.01.62, na cerimônia de inauguração do ano letivo da Universidade de Macerata, foi traduzido para o português por Athos Gusmão Carneiro e publicado na *Ajuris* n.º 23, ano VIII, novembro, 1981, pp. 16-33, sob o título "A ideologia no processo civil".

<sup>28</sup> Nesse sentido, dentre outros: ARRUDA ALVIM, José Manoel de: "Anotações sobre as perplexidades e os caminhos do processo civil contemporâneo - sua evolução ao lado do direito material" in *Revista de Processo*, n.º 64. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, pp. 7-23, p. 12.

processo de diversas formas, inclusive no sistema de valoração das provas, que era feito a partir de critérios legais, numéricos, formais e apriorísticos, de modo que o testemunho do senhor valia mais do que o do vassalo, o do eclesiástico mais do que o do leigo, etc.<sup>29</sup>

Mas não é necessário ir tão longe no tempo para se constatar a penetração das ideologias do direito material no processo.

O problema ideológico fundamental do século vinte foi o "social", o que promoveu, no campo jurídico, o fenômeno da socialização do Direito Privado, de que é exemplo maior a vinculação da função social ao direito de propriedade, outrora concebido como direito absoluto.

Assim como o processo civil do século dezenove refletia com nitidez a concepção estritamente individualista dos direitos privados então dominante, no século vinte, as legislações processuais passaram a adotar institutos e regras que refletiam justamente o caráter socializador e solidarista dos direitos, o que se verifica, especialmente, na tutela aos direitos de massa, que constitui objeto da presente dissertação.

Adverte, ainda, o próprio Mauro Cappelletti, que as normas processuais também seriam influenciadas por razões ideológicas de forma direta, sem a intermediação do direito material, na medida em que há, no direito processual, um núcleo regras e institutos aplicáveis independentemente da natureza do direito material em lide<sup>30</sup>.

Nesse particular, porém, cumpre fazer uma observação ao ensinamento do professor italiano.

De fato, é possível visualizar no direito processual conceitos e categorias que guardam uma certa abstração com relação ao direito substantivo objeto do processo concretamente considerado. Entretanto, a afirmação de que o processo sofreria a influência de ideologias de forma direta, sem a mediação do direito material, há de ser interpretada sob a perspectiva da relação instrumental concreta entre processo e direito substantivo, uma vez que não se pode conceber a infiltração no processo de valores e ideologias não consagradas pela ordem jurídica material do respectivo Estado, ainda que a nível principiológico.

Feita tal observação, a verdade é que afigura-se inevitável, na atualidade, o reconhecimento da inserção do processo no universo axiológico da sociedade a que se destina.

---

<sup>29</sup> CAPPELLETTI, Mauro: *Processo e ideologie*. Bologna: Il Mulino, 1969, p. 6.

<sup>30</sup> CAPPELLETTI, Mauro: *Processo e ideologie*. Bologna: Il Mulino, 1969, pp. 27 e 29.

O chamado aspecto ético do processo, sua conotação deontológica, encontra-se hoje afirmado nos trabalhos dos principais processualistas pátrios<sup>31</sup>, vislumbrando-se no processo não mais um instrumento puramente técnico, alheio a toda e qualquer valoração, mas sim um instrumento ético e político de atuação da justiça e garantia da liberdade.

Nesse sentido, bastante expressiva a assertiva de Luiz Guilherme Marinoni, ao afirmar que "o juiz e o processualista, se um dia realmente se pensaram ideologicamente neutros, mentiram a si próprios"<sup>32</sup>.

Nesse contexto, confirma-se a necessidade de se estudarem os institutos e normas processuais, cada vez mais, à luz do contexto histórico em que foram concebidos e dos valores sociais e políticos consagrados pelo respectivo Estado, a fim de que possam ser compreendidos e aplicados em sua real dimensão.

Daí a importância da relação entre processo e Constituição, tema tratado no item a seguir.

#### **2.4. Processo e Constituição.**

Como se viu, o processo sofre a influência de fatores históricos, sociais e políticos, refletindo, assim, fundamentalmente, as idéias de uma época.

Nesse contexto, a Constituição, enquanto síntese das opções políticas de uma sociedade num determinado momento histórico, revela-se instrumento fundamental de que deve se utilizar o jurista para uma ampla e correta compreensão do fenômeno processual, não se podendo conceber o estudo dos institutos e normas do Direito Processual desvinculado da análise dos preceitos constitucionais e, especialmente, dos valores consagrados na Lei Maior.

É inegável o paralelo existente entre a disciplina do processo e o contexto constitucional em que o mesmo se desenvolve. Quanto mais liberais os ideais consagrados pelo sistema constitucional, maior o caráter individualista do processo. Por outro lado, quanto maior a consagração constitucional de valores sociais, maior o cunho coletivista do sistema processual.

---

<sup>31</sup> Nesse sentido, dentre outros: GRINOVER, Ada Pellegrini: "As garantias constitucionais do processo nas ações coletivas" in *Novas Tendências do Direito Processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, 2ª edição, pp. 45-59, p. 46; DINAMARCO, Cândido Rangel, op. cit., pp. 22 e 23; MARINONI, Luiz Guilherme, op. cit., pp. 25-28.

<sup>32</sup> MARINONI, Luiz Guilherme, op. cit., p. 25.

Foi em meados do século vinte que os processualistas passaram a voltar sua atenção para a dimensão constitucional do processo, surgindo os primeiros estudos constitucionais do fenômeno processual, que se tornaram nota característica da disciplina a partir da década de cinquenta.

Dentre os processualistas estrangeiros, Mauro Cappelletti foi um dos que se dedicou ao estudo da dimensão constitucional do direito processual<sup>33</sup>.

No Brasil, atribui-se a Rui Barbosa e José Frederico Marques o pioneirismo no estudo da matéria<sup>34</sup>.

Hoje, é fato incontroverso entre constitucionalistas e processualistas a estreita relação entre processo e Constituição.

Tal relação, ensina com acerto Cândido Dinamarco, desenvolve-se em "dois sentidos vetoriais", quais sejam, no sentido Constituição-processo e no sentido processo-Constituição. No sentido Constituição-processo, a Lei Maior dita regras fundamentais e princípios a serem observados na formação e desenvolvimento concreto dos processos, tais como o contraditório, o devido processo legal, o juiz natural, a igualdade, etc.<sup>35</sup> Trata-se da chamada tutela constitucional do processo.

Já no sentido processo-Constituição, o processo atua como instrumento a serviço da ordem constitucional, através da chamada jurisdição constitucional, voltada ao controle da constitucionalidade das leis e atos administrativos e à preservação e efetivação das garantias constitucionais, por meio de remédios jurídicos oferecidos pela Constituição para a tutela dos valores que ela própria abriga, tais como o mandado de segurança, o *habeas corpus*, o mandado de injunção, a ação popular, dentre outros<sup>36</sup>.

Assim, o sistema processual tem suas linhas mestras traçadas pela Constituição, na medida em que é ela quem estabelece a estrutura e competência dos órgãos jurisdicionais, bem como consagra normas e princípios processuais fundamentais.

No Brasil, especialmente com a Constituição Federal de 1988, que se destacou como a mais fértil na consagração de preceitos processuais, pode-se afirmar que os princípios

---

<sup>33</sup> CAPPELLETTI, Mauro: "La dimensione costituzionale" in *Processo e ideologie*. Bologna: Il Mulino, 1969, pp. 477-556.

<sup>34</sup> ROSAS, Roberto: *Direito processual constitucional - princípios constitucionais do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, 3ª edição, p. 14.

<sup>35</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel, op. cit. pp. 25 e 312.

<sup>36</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel, op. cit., loc. cit.

basilares do Direito Processual são não só princípios processuais, mas também princípios constitucionais, consagrados no texto constitucional como verdadeiros direitos fundamentais<sup>37</sup>.

Nesse contexto, tem-se na Constituição verdadeira fonte formal do direito processual<sup>38</sup>.

Diante dessa inegável interface processo/Constituição, não tardaram os estudiosos a conceber a existência de um Direito Processual Constitucional, tendo por objeto justamente o estudo da tutela constitucional dos princípios processuais, da organização judiciária e da chamada jurisdição constitucional, que engloba o controle de constitucionalidade das leis e a jurisdição constitucional das liberdades, composta pelos remédios constitucional-processuais que se destinam à proteção das liberdades públicas e dos direitos fundamentais.

No Brasil, é forçoso reconhecer que o Direito Processual Constitucional não se firmou ainda como ramo da ciência do Direito, dotado de autonomia didática e independência científica.

Para boa parte dos processualistas contemporâneos, sobretudo os oriundos da escola paulista, o chamado Direito Processual Constitucional seria uma simples forma de abordagem científica do fenômeno processual, uma colocação metodológica, que consiste em visualizar o processo sob a perspectiva constitucional<sup>39</sup>.

Já há, entretanto, vozes ecoando em defesa da autonomia científica do Direito Processual Constitucional<sup>40</sup>, numa tendência de desentranhá-lo do Direito Constitucional e aproximá-lo do Direito Processual.

Verifica-se, porém, que não há nenhum ramo do Direito Processual, dentre os tradicionalmente reconhecidos (Civil, Penal e Trabalhista), capaz de comportar integralmente

---

<sup>37</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago: *Processo constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos, 2001, 2ª edição, pp. 40-41. Analisando o princípio do contraditório na dimensão processual da Constituição, o autor fala expressamente no reconhecimento de um verdadeiro "direito ao contraditório".

<sup>38</sup> Nesse sentido: TUCCI, Rogério Lauria & TUCCI, José Rogério Cruz e: *Constituição de 1988 e processo - regramentos e garantias constitucionais do processo*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 1; ROSAS, Roberto, op. cit., p. 17.

<sup>39</sup> Nesse sentido: GRINOVER, Ada Pellegrini: *Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil*. São Paulo: Bushatsky, 1975, p. 7; DINAMARCO, Cândido Rangel, op. cit., p. 24.

<sup>40</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago, op. cit., p. 9.



o novo campo de estudo, na medida em que abrange assuntos de interesse geral, que se projetam sobre todos os segmentos do Direito Processual.

Daí a necessidade de se reconhecer o Direito Processual Constitucional como ramo autônomo do Direito, ao lado dos Direitos Processuais Civil, Trabalhista e Penal, integrando um todo maior, que se poderia denominar de Direito Processual Comum<sup>41</sup> ou simplesmente Direito Processual.

Em favor da autonomia didática do Direito Processual Constitucional, algumas universidades brasileiras, como a Universidade Federal do Ceará, já ministram, nos cursos de Direito, o Direito Processual Constitucional como disciplina autônoma.

Entre alguns processualistas pátrios, nota-se a utilização da dicotomia Direito Processual Constitucional/Direito Constitucional Processual, não havendo, porém, rigorosa coincidência de significação no uso dessas expressões.

Para Nelson Nery Júnior, a expressão Direito Constitucional Processual designaria o conjunto de normas gerais de Direito Processual contidas na Constituição Federal, a consagrar os princípios e garantias fundamentais do processo. Já a denominação Direito Processual Constitucional seria reservada às normas constitucionais reguladoras da chamada jurisdição constitucional, que se consubstancia nos instrumentos de garantia para a atuação da Constituição, voltando-se ao controle da constitucionalidade de leis e aos remédios constitucionais processuais<sup>42</sup>.

Já para Roberto Rosas, o Direito Constitucional Processual trata do processo constitucional de legitimação das normas à luz da Constituição, enquanto o Direito Processual Constitucional compreende os princípios constitucionais do processo<sup>43</sup>.

Entretanto, não parece haver razão que justifique a utilização dessa dicotomia, visto que somente dá margem a divergências conceituais, como a apontada acima, que em nada contribuem para o desenvolvimento da matéria.

Dentre as expressões utilizadas, afigura-se mais apropriada a adoção da terminologia Direito Processual Constitucional, até porque o objeto de estudo do novo ramo

---

<sup>41</sup> Expressão utilizada por Willis Santiago Guerra Filho, op. cit., p. 14, nota de rodapé n.º 5.

<sup>42</sup> NERY JUNIOR, Nelson: *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, 2ª edição, pp. 19-20.

<sup>43</sup> ROSAS, Roberto, op. cit., p. 12.

que se propõe é formado por institutos, conceitos e princípios que, embora tenham forte conotação e, inclusive, fundamento constitucional, são, antes de tudo, de natureza processual.

Tem-se, assim, o Direito Processual Constitucional, como novo ramo do Direito Processual, que tem por objeto a organização da estrutura jurisdicional do Estado, os princípios gerais do processo consagrados no texto constitucional e os remédios processuais previstos na Constituição com o fim de resguardar e implementar o próprio ordenamento constitucional.

Desse modo, na atualidade, não se pode mais pensar o processo na ausência da luz constitucional. Já dizia, aliás, o Prof. José de Moura Rocha que, em matéria de direito processual, "com a palavra, os constitucionalistas"<sup>44</sup>.

A perspectiva constitucional do processo, ao lado da instrumentalidade, da noção de acesso à justiça e da dimensão axiológica do fenômeno processual, formam as bases da concepção atual do direito processual, tratando-se de perspectivas impostergáveis na análise e interpretação dos institutos processuais e, sobretudo, na busca de soluções para os seus problemas.

Fixadas, assim, as perspectivas atuais do Direito Processual à luz moderna processualística, pode-se, com maior embasamento e segurança, adentrar no estudo dos novos direitos e do instrumental processual que se destina a realizá-los, matéria que constitui o cerne da presente dissertação. É o que se passa a fazer.

---

<sup>44</sup> ROCHA, José de Moura: "Processo e Constituição" in *Estudos sobre processo civil III*. Recife: Editora Universitária da UFPE, 1995, p. 19.

### **3. A TEMÁTICA DOS NOVOS DIREITOS**

#### **3.1. A concepção individualista e a origem dos direitos civis, políticos e sociais.**

O jurídico, o político e o social são dimensões que coexistem em íntima relação, de forma que toda transformação relevante ocorrida no mundo político e/ou social reflete no mundo jurídico.

Assim, nenhum instituto jurídico pode ser conhecido ou estudado sem uma contextualização política e social de sua origem e desenvolvimento, sob pena de ser mal ou insuficientemente compreendido.

Daí a importância de se visualizar a temática dos novos direitos a partir do contexto social e político em que se desenvolveram não só esses direitos intitulados "novos", mas também aqueles que os antecederam de forma mais imediata e cujos contornos serviram de parâmetro para a qualificação de "novos" que lhes foi atribuída.

No período medieval, marcado pelo feudalismo, a relação entre o indivíduo e o poder vislumbrava no indivíduo muito mais um pólo de deveres do que um sujeito de direitos. O vassalo devia obediência ao senhor feudal assim como o súdito ao soberano. Na descrição de John Gilinssen, "o vassalo é um homem livre, comprometido para com o seu senhor por um contrato solene pelo qual se submete ao seu poder e se obriga a ser-lhe fiel"<sup>45</sup>.

Nessa época, poucos e de conotação eminentemente patrimonial, especialmente vinculados à propriedade das terras, eram os direitos reconhecidos aos indivíduos, que, a rigor, não podiam ser chamados de cidadãos.

Com o advento do Renascimento e de suas concepções filosóficas e políticas, de cunho fundamentalmente humanista, que marcaram a passagem do medievo para os Tempos Modernos, houve uma profunda modificação na forma de manifestação, concepção e reconhecimento dos direitos.

Wilson de Souza Campos Batalha registra que "a Renascença constituiu movimento global, nas artes, no conhecimento, na moral, no direito. Os homens, convencidos

---

<sup>45</sup> GILINSEN, John: *Introdução histórica ao direito*. Trad. por A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988, p. 189.

de sua auto-suficiência intelectual, após o esboroar dos vínculos medievais, procuraram estruturar de novo a sua realidade cultural e a sua conjuntura histórica"<sup>46</sup>.

A Modernidade foi marcada por uma profunda mudança de perspectiva na relação entre indivíduo e Estado, a qual passou a ser vista mais sob o ângulo dos direitos do indivíduo. Desenvolveu-se, assim, a concepção individualista da sociedade e do Estado, em superação à teoria organicista até então predominante, segundo a qual a sociedade é um todo e, enquanto todo, está acima dos indivíduos.

Nesse sentido, ensina Norberto Bobbio que "a afirmação dos direitos do homem deriva de uma radical inversão de perspectiva, característica da formação do Estado moderno, na representação da relação política, ou seja, na relação Estado/cidadão ou soberano/súditos: relação que é encarada, cada vez mais, do ponto de vista dos direitos dos cidadãos não mais dos súditos, e não do ponto de vista dos direitos do soberano, em correspondência com a visão individualista da sociedade, segundo a qual, para compreender a sociedade, é preciso partir de baixo, ou seja, dos indivíduos que a compõem, em oposição à concepção orgânica tradicional, segundo a qual a sociedade como um todo vem antes dos indivíduos"<sup>47</sup>. E segue: "concepção individualista significa que primeiro vem o indivíduo (o indivíduo singular, deve-se observar), que tem valor em si mesmo, e depois vem o Estado, e não vice-versa, já que o Estado é feito pelo indivíduo e este não é feito pelo Estado. ... Nessa inversão da relação entre indivíduo e Estado, é invertida também a relação tradicional entre direito e dever. Em relação aos indivíduos, doravante, primeiro vêm os direitos, depois os deveres; em relação ao Estado, primeiro os deveres, depois os direitos"<sup>48</sup>.

A Revolução Francesa, movimento que, para alguns historiadores, marca o início da época contemporânea<sup>49</sup>, consagrando os ideais liberais da burguesia, consolidou ainda mais a concepção individualista.

Na doutrina do liberalismo encampada pela Revolução Francesa, o Estado é visto inicialmente como um fantasma a ameaçar a liberdade individual e, por isso mesmo, deve ser estruturado com limitações que garantam a proteção da esfera soberana e intocável

---

<sup>46</sup> BATALHA, Wilson de Souza Campos e RODRIGUES NETTO, Sílvia Marina L. Batalha: *Filosofia jurídica e história do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 381.

<sup>47</sup> BOBBIO, Norberto: *A era dos direitos*. Trad. por Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Campus, 1992, 15ª tiragem, p. 4.

<sup>48</sup> BOBBIO, Norberto, op. cit., p. 60.

<sup>49</sup> GILINSEN, John, op. cit., p. 131.

de liberdade do indivíduo, dentre as quais surge absoluta a técnica da tripartição e separação dos poderes, como princípio de organização do Estado em que o poder detém o poder<sup>50</sup>.

O Estado liberal, que alcançou sua experimentação histórica a partir da Revolução Francesa, é, assim, visto como um "guardião das liberdades individuais", do qual não se exige qualquer iniciativa junto à sociedade<sup>51</sup>, mas tão somente a passividade de respeitar e não interferir na esfera de liberdade dos indivíduos.

Foi justamente sob a égide dessa concepção individualista e liberal que se consolidaram os tradicionais direitos civis.

A propriedade, por exemplo, que no sistema feudal englobava o direito de dispor dos próprios servos, os quais estavam vinculados às terras onde trabalhavam<sup>52</sup>, mudou completamente sua configuração no Estado moderno, perdendo essa característica feudal em razão da nova noção de liberdade individual e sendo reconhecida e declarada como direito absoluto, quase ilimitado.

Nesse sentido, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, documento que não surtiu efeitos apenas nos limites territoriais da França, mas espalhou-se para todos os povos do Ocidente, considerou a propriedade um "direito natural", um direito "inviolável e sagrado"<sup>53</sup>.

Na mesma linha, o Código Civil Francês de 1804, chamado Código Napoleão, e os demais que o tomaram por inspiração, inclusive o Código Civil Brasileiro de 1916<sup>54</sup>, definiu a propriedade como o direito de gozar e dispor das coisas de maneira absoluta, desde que delas não se fizesse uso proibido por lei<sup>55</sup>.

---

<sup>50</sup> BONAVIDES, Paulo: *Do estado liberal ao estado social*. São Paulo: Malheiros, 2001, 7ª edição, pp. 40, 41 e 44-46.

<sup>51</sup> BONAVIDES, Paulo, op. cit., pp. 41-42.

<sup>52</sup> BATALHA, Wilson de Souza Campos e RODRIGUES NETTO, Sílvia Marina L. Batalha, op. cit., pp. 419-420.

<sup>53</sup> GILINSEN, John, op. cit., p. 646. No mesmo sentido: BATALHA, Wilson de Souza Campos e RODRIGUES NETTO, Sílvia Marina L. Batalha, op. cit., pp. 421-422.

<sup>54</sup> Embora não haja uma definição expressa da propriedade no Código Civil de 1916, seu art. 524 assegurou ao proprietário um direito absoluto, conceito que, porém, foi atenuado pela Constituição de 1988, ao consagrar a função social da propriedade (art. 5º, XXIII). O Código Civil Brasileiro de 2002 manteve a vinculação da propriedade ao cumprimento de um fim social (art. 1.228, §1º).

<sup>55</sup> BATALHA, Wilson de Souza Campos e RODRIGUES NETTO, Sílvia Marina L. Batalha, op. cit., pp. 426-427.

E foi assim que a propriedade se consagrou, numa concepção eminentemente individualista, como direito absoluto e inviolável, que encontrava limites apenas na ordem pública e na propriedade de outros indivíduos.

Outro bom exemplo se tem no direito das obrigações.

Na Antigüidade, o Código de Hamurabi já dedicava disposições às obrigações, prevendo a entrega de pessoas (mulher, filhos, etc.) em garantia de dívidas, sendo possível ainda o devedor responder com seu próprio corpo pelo débito, submetendo-se à escravidão<sup>56</sup>.

No medievo, o feudalismo, que não fomentou o comércio, também não foi favorável ao desenvolvimento dos contratos, que resumiam-se às concessões de feudos, às concessões enfiteúticas e às doações aos mosteiros e aos senhores feudais<sup>57</sup>.

Foi a concepção individualista e os ideais de liberdade, típicos do Estado moderno, que permitiram o desenvolvimento do consensualismo que marcou os contornos do direito das obrigações, tal como classicamente consagrado.

Como afirma John Gilinssen, "no domínio dos contratos, o individualismo traduz-se sobretudo pela autonomia da vontade. Cada indivíduo, enquanto sujeito de direito, goza da liberdade de se obrigar ou não, sendo pela sua vontade consciente que ele se obriga"<sup>58</sup>.

O Código Napoleão, orientado pela concepção individualista liberal burguesa, como não poderia deixar de ser, consagrou o princípio da liberdade formal na formação dos contratos<sup>59</sup>, no que também foi seguido por boa parte da legislação ocidental que o sucedeu.

E assim consolidou-se o direito das obrigações, baseado no consensualismo e na autonomia da vontade, reflexos da concepção individualista da época, que via nos indivíduos seres igualmente livres para se vincularem, ou não, a obrigações contratuais.

Na concepção individualista, encontra-se ainda a gênese do reconhecimento dos direitos políticos e sociais.

Com relação aos direitos políticos, ensina Celso Lafer que "na evolução do liberalismo o individualismo ver-se-ia complementado pelo reconhecimento, não contemplado na Declaração de 1789, dos direitos individuais exercidos coletivamente. É a

---

<sup>56</sup> BATALHA, Wilson de Souza Campos e RODRIGUES NETTO, Sílvia Marina L. Batalha, op. cit., p. 458.

<sup>57</sup> BATALHA, Wilson de Souza Campos e RODRIGUES NETTO, Sílvia Marina L. Batalha, op. cit., pp. 463-464.

<sup>58</sup> GILINSSEN, John, op. cit., p. 737.

<sup>59</sup> BATALHA, Wilson de Souza Campos e RODRIGUES NETTO, Sílvia Marina L. Batalha, op. cit., p. 464.

liberdade de associação, reconhecida na Primeira Emenda da Constituição Americana, que permitiu o aparecimento dos partidos políticos e dos sindicatos. Com efeito, no caso, trata-se de direitos que só podem ser exercidos se várias pessoas concordarem em utilizar os seus direitos numa mesma e convergente direção - por exemplo, associando-se a um partido político, a um sindicato ou concordando em fazer uma greve. Os direitos individuais exercidos coletivamente incorporam-se, no correr do século XIX, à doutrina liberal, que neles reconheceu um ingrediente fundamental para a prática da democracia e, conseqüentemente, um dado importante na integração entre governantes e governados, que favorece, *ex parte populi*, a liberdade ao ensejar o controle do todo político-econômico-social pelos governados"<sup>60</sup>.

No que se refere aos direitos sociais, também denominados econômico-sociais, a Constituição Francesa de 1791, época áurea do individualismo, já reconhecia tais direitos, prevendo, no seu Título 1º, a instituição do *secours publics* para criar e manter crianças abandonadas, aliviar os pobres doentes e dar trabalho aos pobres inválidos que não o encontrassem<sup>61</sup>.

Entretanto, embora já houvesse um reconhecimento formal de tais direitos, não se pode afirmar que foi nessa época que se deu uma verdadeira concretização dos direitos sociais, em razão da própria característica de passividade do Estado liberal então vigente.

Ao contrário, foi justamente a necessidade de uma real concretização dos direitos econômicos e sociais que desencadeou a crítica ao liberalismo, dando início à uma profunda transformação na sociedade e no Estado, de que se tratará no item abaixo, e proporcionando um universo político e social propício ao reconhecimento de novos direitos.

### **3.2. As transformações do Estado e da sociedade civil e o surgimento de novos direitos.**

No momento em que assume o controle político, a burguesia não implementa na prática os princípios filosóficos de liberdade e igualdade que fundaram sua revolta. Ao contrário, o que se verifica é que o ideal de liberdade então apregoado fundara-se numa

---

<sup>60</sup> LAFER, Celso: *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, 4ª reimpressão, p. 127.

<sup>61</sup> LAFER, Celso, op. cit., p. 128.

concepção de igualdade puramente formal, revelando-se inócuas as idéias "revolucionárias" em face das realidades econômicas e sociais da população.

A liberdade, nos termos absolutos em que fora enunciada, exigindo do Estado uma posição passiva, de não interferência na esfera individual dos cidadãos, considerados iguais perante o poder público, constituiu verdadeiro entrave na solução dos problemas econômicos que se sucediam na sociedade civil do final do século dezenove, senão fator agravante ou mesmo causa dessa situação.

No entender de Paulo Bonavides, "foi essa a contradição mais profunda na dialética do Estado moderno"<sup>62</sup>. E explica: "Aquela liberdade conduzia, com efeito, a graves e irreprimíveis situações de arbítrio. Expunha, no domínio econômico, os fracos à sanha dos poderosos. O triste capítulo da primeira fase da Revolução Industrial, de que foi palco o Ocidente, evidencia, com a liberdade do contrato, a desumana espoliação do trabalho, o doloroso emprego de métodos brutais de exploração econômica, a que nem a servidão medieval se poderia, com justiça, equiparar"<sup>63</sup>.

No momento em que se busca superar essa contradição entre a igualdade política que constituiu princípio filosófico do Estado liberal e a desigualdade econômica e social que, de fato, instaurou-se na sociedade sob a égide do liberalismo, inicia-se um processo de transformação do Estado, que se caracteriza pela decadência dos ideais liberais individualistas e a ascensão do ideal social.

A decadência do liberalismo não foi apenas doutrinária, mas efetiva, tendo o Estado social emergido e se consolidado a partir do início do século vinte, numa importante transformação da relação entre a sociedade civil e a sociedade política.

Enquanto o liberalismo pugna por uma presença o mais mínima possível do Estado na vida dos cidadãos a fim de preservar-lhes uma sagrada liberdade, na concepção social, ao contrário, deve o Estado intervir na esfera econômica e social, interagindo constantemente com a sociedade civil.

Embora não apresente um conceito teórico formal do Estado social, abstraída a inevitável carga emocional de quem descreve a estrutura que pessoalmente acredita ser a mais viável, Paulo Bonavides foi particularmente feliz ao traçar os contornos característicos dessa estrutura política na seguinte lição: "Quando o Estado, coagido pela pressão das massas, pelas

---

<sup>62</sup> BONAVIDES, Paulo, op. cit., p. 42.

<sup>63</sup> BONAVIDES, Paulo, op. cit., p. 59.



reivindicações que a impaciência do quarto estado faz ao poder político, confere, no estado constitucional ou fora deste, os direitos do trabalho, da previdência, da educação, intervém na economia como distribuidor, dita o salário, manipula a moeda, regula os preços, combate o desemprego, protege os enfermos, dá ao trabalhador e ao burocrata a casa própria, controla as profissões, compra a produção, financia as exportações, concede crédito, institui comissões de abastecimento, provê necessidades individuais, enfrenta crises econômicas, coloca na sociedade todas as classes na mais estreita dependência de seu poderio econômico, político e social, em suma estende sua influência, a quase todos os domínios que dantes pertenciam, em sua grande parte, à iniciativa individual, neste instante o Estado pode, com justiça, receber a denominação de Estado social"<sup>64</sup>.

O Estado social é, assim, uma estrutura política de poder econômica e socialmente ativa e interventiva.

Essa transformação ocorrida na sociedade política e em suas relações com a sociedade civil, como não poderia deixar de ser, repercutiu profundamente no cenário jurídico, com o surgimento de direitos até então desconhecidos, nascidos a partir desse universo de conflitos totalmente novo, e com a mutação nos contornos de direitos já tradicionais<sup>65</sup>.

Na linha dos direitos que tiveram seus contornos substancialmente modificados, encontra-se a propriedade, cujo caráter de direito absoluto, consagrado nas expressões "inviolável" e "sagrado" da Declaração de 1789, foi alvo de avolumado combate por parte dos estudiosos, que, irmanados na luta contra o absolutismo da propriedade, desenvolveram teorias sob os mais diversos enfoques e fundamentos<sup>66</sup>.

---

<sup>64</sup> BONAVIDES, Paulo, op. cit., p. 186. O autor chama a atenção para o erro usual em se confundir o Estado social, tal como se encontra compreendido no presente trabalho, com o Estado socialista ou mesmo com uma socialização necessariamente esquerdista, esclarecendo que o Estado social representa uma transformação superestrutural por que passou o Estado liberal, e que se distingue do Estado proletário propagado pelo socialismo marxista pelo fato de conservar, o Estado social, sua aderência ao capitalismo, ressaltando ainda a compatibilidade do Estado social no capitalismo com os mais variados sistemas de organização política (op. cit., pp. 183-184).

<sup>65</sup> Paulo de Tarso Brandão, em seu *Ações constitucionais: novos direitos e acesso à justiça*. Florianópolis: Habitus, 2001, traz uma análise profunda e minuciosa das transformações ocorridas no Estado e na sociedade civil, desde a Idade Média até a era contemporânea, com enfoque especial para os reflexos dessas transformações no surgimento de novos direitos.

<sup>66</sup> BATALHA, Wilson de Souza Campos e RODRIGUES NETTO, Silvia Marina L. Batalha, op. cit., p. 430.

Anarquistas, marxistas, positivistas, socialistas, dentre outros, lançaram suas idéias contra a concepção marcadamente individualista da propriedade como direito absoluto e praticamente ilimitado.

Essas teorias, que Wilson de Souza Campos Batalha agrupa sob a denominação de teses "social-supra-individualistas"<sup>67</sup>, findaram por consagrar a chamada função social da propriedade, que vincula o direito de propriedade ao cumprimento, por seu titular, de um papel social.

No âmbito normativo, a Constituição de Weimer, de 11 de agosto de 1919, marca um dos primeiros passos na consagração da vinculação social da propriedade, ao declarar, em seu art. 153, que "a propriedade obriga e seu uso e exercício devem, ao mesmo tempo, representar uma função no interesse social"<sup>68</sup>.

A propriedade passa do *status* de direito absoluto para o *status* de direito que impõe ao seu titular também deveres, e deveres na esfera social, que condicionam o próprio direito, perdendo, assim, a propriedade, seu caráter individualista e adquirindo conotação social<sup>69</sup>.

Também o direito das obrigações sofreu os reflexos das transformações havidas na estrutura política e social.

Na segunda metade do século dezenove e, principalmente no século vinte, surgem reações contra a concepção individualista e liberal dos contratos, cujos abusos, decorrentes da liberdade contratual e da autonomia da vontade, são denunciados por pensadores como Comte, Saint-Simon e Karl Marx, que se insurgem contra a ausência de uma proteção especial para os mais fracos, principalmente os trabalhadores, obrigados a aceitar as imposições contratuais do patrão<sup>70</sup>.

Desenvolveu-se, nesse sentido, visando à proteção daqueles que, por alguma razão social ou econômica, encontravam-se em posição de vulnerabilidade no momento da formação do contrato, o fenômeno do dirigismo contratual, caracterizado por uma

---

<sup>67</sup> BATALHA, Wilson de Souza Campos e RODRIGUES NETTO, Sílvia Marina L. Batalha, op. cit., p. 446.

<sup>68</sup> BATALHA, Wilson de Souza Campos e RODRIGUES NETTO, Sílvia Marina L. Batalha, op. cit., pp. 446-447.

<sup>69</sup> No Brasil, a função social da propriedade somente foi positivada em 1988, quando foi alçada à categoria de norma constitucional, dispondo o art. 5º, em seu inciso XXIII, que "a propriedade atenderá a sua função social".

<sup>70</sup> GILINSEN, John, op. cit., p. 739.

interferência, cada vez maior, do poder público nas relações contratuais, cujo conteúdo passa a ser disciplinado por lei, podendo, inclusive, ser objeto de revisão judicial.

No dizer de Wilson de Souza Campos Batalha, "torna-se o contrato menos... contratual. Já não é mais o *mutuus consensus* gerado ao sol da liberdade. É objeto de rígida disciplina dos textos e das soluções judiciárias inspiradas em considerações de justiça social"<sup>71</sup>.

A propriedade e o direito das obrigações são exemplos de direitos que já haviam sido reconhecidos em outras épocas, mas que tiveram seu conteúdo profundamente alterado em razão das transformações ocorridas na sociedade civil e política do Estado contemporâneo<sup>72</sup>.

Mas há também direitos outros próprios dessa nova realidade política e social, cuja conflituosidade peculiar criou um ambiente propício ao seu surgimento e reconhecimento.

Dentre esses direitos surgidos nos albores do Estado social encontram-se os direitos coletivos *lato sensu*, também denominados direitos metaindividuais, supraindividuais, superindividuais, e outras expressões similares, que constituem o objeto principal desta dissertação.

Trata-se de direitos que extrapolam a esfera jurídica individual, tendo pertinência não com o indivíduo em sua singularidade, mas sim com grupos humanos, coletividades, tais como grupos étnicos, coletividades regionais e até a própria humanidade.

São exemplos desses direitos coletivos *lato sensu* o direito a um ambiente saudável e preservado para as futuras gerações, o direito dos deficientes físicos à adaptação de uma determinada edificação pública de forma a garantir-lhes pleno acesso, o direito dos consumidores em ver retirada de circulação propaganda enganosa, dentre outros.

Ora, direitos dessa natureza, na medida em que exigem do Poder Público uma posição rigorosamente ativa, de intervenção nas esferas econômica e social, não poderiam sequer ser pensados e reconhecidos sob a égide da concepção liberal.

---

<sup>71</sup> BATALHA, Wilson de Souza Campos e RODRIGUES NETTO, Silvia Marina L. Batalha, op. cit., p. 464.

<sup>72</sup> Paulo de Tarso Brandão demonstra as profundas transformações ocorridas também nos institutos da responsabilidade civil aquiliana e do pátrio poder (op. cit., pp. 111-113).

O desenvolvimento tecnológico e científico, por seu turno, criou situações conflituosas nunca antes imaginadas, tais como aquelas relacionadas à biotecnologia e à bioengenharia, que tratam de questões sobre a vida e morte, bem como à realidade virtual.

Dessas situações surgidas com o superdimensionamento do Estado contemporâneo, nasceram novas reivindicações da sociedade e, por conseguinte, novos direitos foram reconhecidos e tutelados pela ordem jurídica.

A caracterização, compreensão e sistematização desses novos direitos constitui o objeto do item seguinte.

### **3.3. A concepção evolutiva de Bobbio e a caracterização dos novos direitos.**

Quando se busca entender e demarcar o campo conceitual dos chamados novos direitos, afigura-se inevitável a referência à teoria da evolução histórica dos direitos desenvolvida por Norberto Bobbio.

O autor italiano ensina que "os direitos não nascem todos de uma só vez. Nascem quando devem ou podem nascer. Nascem quando o aumento do poder do homem sobre o homem - que acompanha inevitavelmente o progresso técnico, isto é, o progresso da capacidade do homem de dominar a natureza e os outros homens - ou cria novas ameaças à liberdade do indivíduo, ou permite novos remédios para as suas indigências"<sup>73</sup>.

O surgimento de novos direitos ocorre, assim, em compasso com o nascimento de novas necessidades e reivindicações no seio da população, as quais surgem em função de mudanças nas condições sociais e políticas.

Na acertada concepção de Bobbio, "os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias sociais, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas"<sup>74</sup>.

A partir dessa visão histórica, Norberto Bobbio sistematiza a evolução dos direitos do homem em gerações, falando em direitos de primeira, segunda, terceira e quarta gerações.

---

<sup>73</sup> BOBBIO, Norberto, op. cit., p. 6.

<sup>74</sup> BOBBIO, Norberto, op. cit., p. 5.

A primeira geração seria formada pelos direitos individuais que consideram o homem em sua condição abstrata, o "homem genérico", pressupondo uma igualdade entre os indivíduos, numa concepção de universalidade, indistinção ou não discriminação entre os homens. São os chamados direitos de liberdade ou "liberdades negativas", tais como a liberdade de opinião, liberdade de religião, liberdade de imprensa, etc. Trata-se de direitos que exigem do Estado uma postura passiva de respeito e de não violação<sup>75</sup>.

A passagem para a segunda geração de direitos teria sido marcada por um processo de "especificação", em que o homem deixa de ser visto como ente abstrato e genérico e passa a ser visualizado em suas especificidades. O homem passa a ser considerado em suas diversas fases de vida e em seus diversos *status* sociais, como sexo, idade, saúde, trabalho, dentre outros. Compõem essa segunda geração os direitos sociais e políticos, que demandam uma intervenção ativa do Estado, no sentido de promover políticas públicas que tornem efetivos tais direitos, de que são exemplos o direito à saúde, ao trabalho, à educação, etc.<sup>76</sup>.

Justamente por exigirem essa intervenção ativa do poder público, Celso Lafer qualifica os direitos de segunda geração como "direitos de crédito do indivíduo em relação à coletividade", a qual, no seu entender, teria assumido a responsabilidade de atendê-los<sup>77</sup>.

Já os direitos de terceira geração, ainda na concepção evolutiva de Bobbio, seriam os direitos coletivos *lato sensu*, ou seja, aqueles direitos que não pertencem a um único sujeito mas a toda uma coletividade, os quais, embora tenham hoje uma conceituação relativamente bem definida, não o tinham na época em que o autor italiano desenvolveu sua teoria, o que o levou a afirmar que "os chamados direitos de terceira geração constituem uma categoria, para dizer a verdade, ainda excessivamente heterogênea e vaga, o que nos impede de compreender efetivamente do que se trata. O mais importante deles é o reivindicado pelos movimentos ecológicos: o direito de viver num ambiente não poluído"<sup>78</sup>.

Esses direitos de terceira geração são hoje denominados "direitos de solidariedade"<sup>79</sup> em razão de implicarem deveres não só para o Estado, mas também para a

---

<sup>75</sup> BOBBIO, Norberto, op. cit., pp. 6, 69-72.

<sup>76</sup> BOBBIO, Norberto, op. cit., pp. 6, 62, 69-72.

<sup>77</sup> LAFER, Celso, op. cit., p. 127.

<sup>78</sup> BOBBIO, Norberto, op. cit., p. 6.

<sup>79</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago: "Processo e tutela do meio ambiente na nova ordem constitucional brasileira" in *Revista de Processo*, n.º 68. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, pp. 86-90, p. 86.

sociedade civil, no sentido de respeitar e preservar os bens por eles tutelados, bens, em geral, insusceptíveis de apropriação individual.

Finalmente, Bobbio menciona a existência de uma quarta geração de direitos, que abrangeria os direitos relativos à pesquisa biológica e à manipulação genética<sup>80</sup>, ou seja, questões envolvendo a biogenética e a bioengenharia.

Às quatro gerações de direitos sistematizadas por Norberto Bobbio, alguns doutrinadores acrescem uma quinta geração, que seria composta pelos direitos surgidos com o desenvolvimento da cibernética e o aumento das relações jurídicas mantidas em realidade virtual<sup>81</sup>.

Essa concepção "geracional" dos direitos, proposta por Bobbio e largamente difundida entre os juristas, tem a vantagem de permitir uma visualização sistemática da evolução dos direitos.

Entretanto, para uma correta compreensão do que seriam os chamados novos direitos, tal perspectiva traz alguns inconvenientes.

Em primeiro lugar, porque, a partir de determinado momento, especialmente no Estado contemporâneo, o desenvolvimento e o nascimento de novos direitos se deu e se dá com tal dinamismo que não se torna possível compartimentalizá-los em momentos estanques.

Por outro lado, como bem observa Paulo de Tarso Brandão, o esquema de evolução histórica apresentado por Bobbio leva a crer que os novos direitos poderiam ser identificados, na melhor das hipóteses, entre a terceira e quarta gerações, ou nas gerações seguintes<sup>82</sup>, donde se inferiria que os novos direitos seriam direitos de conotação eminentemente coletiva.

Entretanto, não se pode olvidar que determinados direitos individuais, cujo reconhecimento jurídico ocorreu em épocas pretéritas, sofreram profundas mutações em sua configuração em razão das transformações sociais e políticas havidas na sociedade contemporânea, tanto que não mais correspondem aos direitos individuais inicialmente enunciados, tratando-se de direitos que, em sua atual conformação, podem ser considerados novos direitos.

---

<sup>80</sup> BOBBIO, Norberto, op. cit., p. 6.

<sup>81</sup> OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de, op. cit., p. 86.

<sup>82</sup> BRANDÃO, Paulo de Tarso: *Ações constitucionais: novos direitos e acesso à justiça*. Florianópolis: Habitus, 2001, pp. 125-126.

Nesse sentido, não se pode pretender que o direito de propriedade e o direito das obrigações, dentre outros, sejam hoje os mesmos direitos de propriedade e das obrigações que foram enunciados sob a égide dos princípios liberais.

Ademais, há direitos essencialmente individuais, como os direitos relativos à privacidade e à intimidade, que só vêm sendo reconhecidos recentemente.

A conotação transindividual do direito e o fato de ter sido recentemente reconhecido não são condições *sine qua non* para a compreensão de um direito como integrante da categoria dos novos direitos.

Se é verdade, como de fato o é, que os direitos enunciados no Estado contemporâneo, dentre eles os direitos coletivos *lato sensu*, são, de *per se*, novos direitos, tal não significa que sejam novos direitos apenas os de caráter coletivo e cujo reconhecimento tenha se dado de forma primeva na atualidade.

A rigor, não se pode enunciar, num rol taxativo e exauriente, os novos direitos, visto que se trata de conceito aberto, que se encontra em permanente e constante mutação.

O importante, porém, é ter em mente que a correta compreensão da categoria dos novos direitos há que considerar tanto os direitos que surgiram e surgem a partir dos conflitos próprios da sociedade contemporânea, sendo nela enunciados, como também aqueles direitos que, embora tenham sido inicialmente reconhecidos em épocas pretéritas, são efetivamente novos na configuração que adquiriram em razão das transformações políticas e sociais por que passou e passa a humanidade<sup>83</sup>.

### **3.4. Novos direitos e cidadania.**

A cidadania é um conceito intimamente relacionado com o reconhecimento, pelo poder político, dos direitos do homem.

No dizer de Norberto Bobbio, "os súditos se tornam cidadãos quando lhes são reconhecidos alguns direitos fundamentais"<sup>84</sup>.

---

<sup>83</sup> BRANDÃO, Paulo de Tarso, op. cit., p. 129.

<sup>84</sup> BOBBIO, Norberto, op. cit., p. 1.

No mesmo diapasão, baseado na obra de Hannah Arendt, Celso Lafer desenvolve uma concepção de cidadania enquanto "direito a ter direitos"<sup>85</sup>.

Nesse contexto, o fenômeno da multiplicação dos direitos que se verifica no Estado contemporâneo, reflete uma maior politização da sociedade civil, uma maior "civilização" da sociedade política e, por que não dizer, um maior exercício de cidadania.

Até porque as declarações e reconhecimentos de direitos não são presentes do Estado aos seus fiéis cidadãos, mas sim respostas do poder público às pressões e reivindicações da sociedade, muitas vezes através de guerras sangrentas, como exemplifica a História.

A liberdade religiosa é fruto das chamadas guerras santas; as liberdades civis, da luta dos parlamentos contra os soberanos absolutos; os direitos sociais são resultado da organização, luta e amadurecimento do movimento dos trabalhadores assalariados, dos agricultores desprovidos de terras e dos pobres que exigem condições mais dignas de sobrevivência. Da mesma forma, o reconhecimento do direito de voto às mulheres é fruto da luta dos movimentos feministas e o direito à preservação da fauna e da flora, decorrência das reivindicações dos grupos e associações em defesa das riquezas ambientais.

Entretanto, como adverte José Alcebiades de Oliveira Júnior, "cidadania não significa apenas a atribuição formal de direitos a sujeitos, mas a efetiva concretização destes"<sup>86</sup>.

De pouco vale o reconhecimento cada vez maior de novos direitos se não houver instrumentos aptos a torná-los direitos realmente efetivos, seja em nível de políticas públicas, seja através de um sistema processual adequado às peculiaridades dos novos direitos, consistente sob o ponto de vista teórico-científico e que atenda aos escopos da função jurisdicional do Estado, sendo exatamente esse último aspecto, o da concretização dos novos direitos através da tutela jurisdicional, que constitui o objeto da presente dissertação.

Em matéria de tutela jurisdicional dos novos direitos, uma especial dificuldade se apresenta em razão do contexto conflituoso peculiar em que se encontram inseridos tais direitos.

Isso porque, ao contrário do que ocorre nos direitos tradicionais, nos novos direitos, o conflito não envolve apenas dois pólos subjetivos, mas se estabelece, não raro,

---

<sup>85</sup> LAFER, Celso, op. cit. pp. 150-154.

<sup>86</sup> OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebiades, op. cit. p. 84.



entre direitos, uma vez que os direitos típicos dos séculos vinte e vinte e um já não gozam do caráter absoluto próprio dos direitos de outrora.

Em tempos anteriores, quando o Direito regulava unicamente conflitos intersubjetivos, cujo objeto era um bem perfeitamente identificável e individualizável, as normas jurídicas tinham um caráter absoluto, estabelecendo de forma clara os limites de cada direito.

A propriedade, como se viu acima, era um direito absoluto, oponível contra todos, que não implicava deveres ao seu titular e que, quando encontrava limites no direito de vizinhança, por exemplo, era porque, naquela parcela de bem, o direito de propriedade não exista para aquele indivíduo, pertencendo a outrem.

Hoje, porém, a propriedade tem em sua estrutura conceitual a função social, gerando para o seu titular não um direito absoluto, mas um direito relativo, cujo exercício encontra um contraponto no direito da sociedade a que a propriedade cumpra um papel social.

Voltando-se especificamente para os direitos fundamentais, a melhor doutrina constitucionalista já levanta o problema do *conflito entre direitos*, uma manifestação da relatividade característica dos direitos de hoje.

Nesse sentido, José Joaquim Gomes Canotilho afirma existir "uma colisão de direitos fundamentais quando o exercício de um direito fundamental por parte do seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular. Aqui não estamos perante um *cruzamento* ou *acumulação* de direitos (como na concorrência de direitos), mas perante um «choque», um autêntico *conflito* de direitos"<sup>87</sup>.

Cumprido, porém, ressaltar que esse conflito entre direitos não é apanágio exclusivo dos direitos fundamentais, uma vez que a relatividade encontra-se presente nos direitos contemporâneos em geral<sup>88</sup>.

O direito à preservação de uma área de mata atlântica, por exemplo, em geral conflita como o direito à livre iniciativa privada de que são titulares pessoas físicas ou jurídicas que se dedicam à exploração de atividades econômicas.

---

<sup>87</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes: *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1992, 5ª edição, 2ª reimpressão, p. 657.

<sup>88</sup> BRANDÃO, Paulo de Tarso, op. cit., pp. 130-133. O autor chega a afirmar que, hoje, melhor do que falar em direitos, seria trabalhar com a idéia de "preponderância de direitos". Usando o exemplo do texto, o proprietário teria preponderância no gozo do direito de propriedade com relação ao direito da sociedade se e enquanto ele cumprir, com sua propriedade, a função social.

Da mesma forma, o direito à utilização dos recursos inerentes à realidade virtual colide com o direito à intimidade e privacidade.

Como se vê, os chamados novos direitos surgiram e/ou se desenvolveram em circunstâncias sociais e políticas absolutamente diversas daquelas que deram origem aos direitos civis tradicionais, sendo fruto de conflitos que sequer poderiam ser concebidos outrora, razão pela qual possuem estrutura e características totalmente diversas dos direitos tradicionais, o que repercute profundamente no problema da sua tutela jurisdicional, na medida em que o instrumental processual de que se dispõe foi concebido para promover a tutela justamente daqueles direitos de formato e características clássicas.

Tal situação é sentida especialmente com relação aos direitos coletivos *lato sensu*, os quais, por se encontrarem no cerne do presente trabalho, constituem objeto de estudo mais detido no capítulo seguinte.

## 4. OS DIREITOS METAINDIVIDUAIS

### 4.1. Conceito, terminologia e tipologia.

As transformações sociais e políticas ocorridas no curso dos dois últimos séculos, especialmente no século vinte, criaram um ambiente propício ao surgimento de novos direitos, especialmente direitos coletivos *lato sensu*, hoje chamados direitos metaindividuais, supraindividuais, transindividuais e outras expressões afins.

Esses direitos coletivos, no sentido amplo da expressão, são direitos que ultrapassam a esfera jurídica individual e adentram numa espécie de "ordem coletiva"<sup>89</sup>, de forma que não podem ser identificados como pertencentes a uma única pessoa, pois, ao contrário, são direitos que interessam a toda uma coletividade, mais ou menos ampla de pessoas.

Já dizia Mauro Cappelletti, em célebre frase que marcou a concepção inicial dos direitos metaindividuais, que os direitos coletivos seriam direitos "em busca de autor"<sup>90</sup>.

Entretanto, não é correto afirmar que os direitos metaindividuais não têm titulares determinados. Como bem adverte Antonio Gidi, seu titular é determinado e identifica-se com a própria comunidade ou coletividade formada pelas pessoas que têm interesse direto no bem tutelado. Essa comunidade ou coletividade pode até ser desprovida de personalidade jurídica, e geralmente o é, mas tem "identidade social", sendo, portanto, determinada. Indeterminados, indetermináveis ou de difícil determinação podem ser os membros integrantes dessa comunidade ou coletividade, conforme o tipo de direito metaindividual<sup>91</sup>.

O reconhecimento jurídico dos direitos coletivos, de um modo geral, foi fruto de movimentos sociais que emergiram em meados do século vinte, impulsionados, sobretudo, pela atuação dos chamados "corpos intermediários", em defesa dos interesses de negros,

---

<sup>89</sup> Expressão utilizada por MANCUSO, Rodolfo de Camargo: *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, 5ª edição, p. 35.

<sup>90</sup> CAPPELLETTI, Mauro: "Formaciones sociales e intereses de grupo frente a la justicia civil" in *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XI, n.º 31-32, en./ag. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1978, pp. 1-40, p. 7.

<sup>91</sup> GIDI, Antonio: *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995, pp. 22, 26 e *passim*.

mulheres, trabalhadores, consumidores, ambientalistas, dentre outras facções consideradas "minorias" na sociedade contemporânea.

No Brasil, porém, não se pode afirmar que a promulgação de leis em defesa de interesses metaindividuais tenha sido resultado, propriamente, de um movimento social, visto que, por falta de consciência político-jurídica dos grupos e, por conseguinte, falta de organização da sociedade civil, o território pátrio não foi palco de manifestações ou pressões sociais contundentes nessa seara.

Pode-se dizer que, em matéria de direitos metaindividuais, o que aconteceu no Brasil foi muito mais uma "revolução de professores e profissionais do Direito"<sup>92</sup>, que, em contato com textos e conferências de juristas estrangeiros, especialmente italianos, como Mauro Cappelletti, desencadearam discussões doutrinárias em defesa dos direitos coletivos, impulsionando, assim, uma série de publicações e palestras sobre a matéria, que acabaram por difundir a consciência dos direitos metaindividuais e a temática de sua tutela jurisdicional, não só entre os estudiosos, mas também entre os operadores do direito, em especial membros do Ministério Público, de onde surgiram as primeiras propostas legislativas para a proteção dos direitos coletivos *lato sensu*<sup>93</sup>.

Quando os juristas começaram a discutir, em meados do século vinte, a problemática dos direitos metaindividuais, surgiram, de logo, os primeiros problemas de terminologia, dentre os quais a localização da "nova" categoria jurídica entre os interesses ou os direitos subjetivos propriamente ditos, questão que, aliás, não se encontra pacificada até a presente data, visto que, ainda hoje, há doutrinadores de peso adotando tanto a nomenclatura "interesses" como "direitos" metaindividuais.

---

<sup>92</sup> LEAL, Márcio Flávio Mafra: *Ações coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998, pp. 184-186. O autor chama a atenção para a importância da atuação de juristas como Ada Pellegrini Grinover, José Carlos Barbosa Moreira e Waldemar Mariz de Oliveira Júnior no processo de consolidação da tutela jurídica e jurisdicional dos direitos metaindividuais no Brasil.

<sup>93</sup> Foi do Ministério Público de São Paulo o anteprojeto que serviu de base ao Projeto de Lei do Poder Executivo que resultou na Lei n.º 7.347/85, Lei da Ação Civil Pública (Projeto de Lei n.º 4.984/85 na Câmara dos Deputados e Projeto de Lei n.º 20/85 no Senado Federal). Foi também fruto dos estudos levados a efeito em São Paulo o Projeto de Lei n.º 3.034/84, apresentado à Câmara dos Deputados pelo Deputado Flávio Bierrenbach, conhecido por Projeto Bierrenbach, de autoria de Cândido Rangel Dinamarco, Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Waldemar Mariz de Oliveira Júnior, que tinha por objeto disciplinar as ações de responsabilidade por danos ao meio ambiente e outros direitos difusos.

Na realidade, porém, não existe uma diferença de essência entre os interesses e os direitos subjetivos. A distinção parece ocorrer, unicamente, em termos de intensidade da proteção estatal, gozando os direitos de uma maior proteção do que os simples interesses.

Na clássica concepção de Ihering, o interesse constitui o cerne prático do direito subjetivo, sendo esse, na realidade, um interesse juridicamente protegido<sup>94</sup>.

É o que se infere também da distinção entre direito subjetivo, interesse legítimo e interesse simples, adotada na doutrina pátria, dentre outros, por Rodolfo de Camargo Mancuso, segundo a qual os direitos subjetivos gozam de reconhecimento e proteção máxima do Estado, inclusive através de ações judiciais próprias para sua tutela; os interesses simples são anseios, aspirações não tuteladas pelo ordenamento jurídico; e os interesses legítimos estariam entre aquelas duas primeiras categorias, recebendo uma proteção limitada do Estado, que lhe advém por via reflexa, de norma que se destina a tutelar especificamente um direito subjetivo correlato<sup>95</sup>.

A rigor, quando o ordenamento jurídico tutela interesses (inclusive os metaindividuais, como indubitavelmente já ocorre no direito brasileiro), tais interesses se transmudam em verdadeiros direitos, não havendo mais utilidade prática em se insistir na referida distinção<sup>96</sup>.

Como advertiu Barbosa Moreira em um de seus primeiros trabalhos sobre a matéria, "desde que se esteja persuadido - e o consenso, a tal respeito, vai se tornando universal - da necessidade de assegurar aos titulares proteção jurisdicional eficaz, não importará tanto, basicamente, saber *a que título* se lhes há de dispensar tal proteção"<sup>97</sup>.

Em verdade, o que se percebe nos doutrinadores que se recusam a visualizar verdadeiros direitos nessa nova ordem jurídica coletiva é um reflexo do ranço individualista que marcou a dogmática jurídica dos últimos séculos, que redundava numa certa dificuldade em

---

<sup>94</sup> IHERING, Rudolf von: *A luta pelo direito*. Trad. por J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, 2ª edição, p. 57.

<sup>95</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo, op. cit., pp. 68-73.

<sup>96</sup> WATANABE, Kazuo: *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, 6ª edição, p. 718.

<sup>97</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos: "A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados 'interesses difusos'" *in Revista de Processo*, n.º 28. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, pp. 7-19, p. 9. No mesmo sentido, destacando a inutilidade prática da distinção, VIGLIAR, José Marcelo Menezes: *Tutela jurisdicional coletiva*. São Paulo: Atlas, 2001, 3ª edição, pp. 60-61.

aceitar a operacionalidade técnica do conceito de um direito metaindividual, na medida em que suas características não se enquadrariam com perfeição à delimitação conceitual de direito *subjetivo*, o que, inclusive, chama a atenção para a necessidade de se repensar tal conceito, ampliando-o de forma a retirar-lhe a marca do individualismo e adequá-lo ao contexto coletivo do Direito contemporâneo.

Também por isso, mas sobretudo pelo fato já acima mencionado de que os interesses, quando tutelados pelo ordenamento jurídico, transmudam-se em verdadeiros direitos, parece mais correta e adequada ao *status* atual de desenvolvimento da matéria no direito positivo brasileiro, a utilização da palavra direito ao invés de interesse para a designação dos direitos metaindividuais.

No âmbito da legislação pátria, o Código de Defesa do Consumidor, numa preocupação que parece mais voltada a assegurar uma ampla tutela do que o rigor técnico, utilizou ambas as expressões, classificando os direitos metaindividuais em três categorias, quais sejam, os "interesses ou direitos difusos", os "interesses ou direitos coletivos" e os "interesses ou direitos individuais homogêneos"<sup>98</sup>.

Em tais expressões (direito difuso, coletivo e individual homogêneo), encontra-se mais um problema de terminologia, não havendo absoluta concordância entre os juristas quanto aos elementos identificadores e distintivos de cada uma dessas categorias dispostas pela Lei n.º 8.078/90.

Quando do início dos estudos doutrinários sobre a matéria, as expressões direito difuso e direito coletivo eram utilizadas indistintamente, como verdadeiros sinônimos<sup>99</sup>, significando a categoria ampla dos direitos coletivos que então se descobria e reconhecia, hoje denominados direitos metaindividuais, supraindividuais, etc.

Com o avançar das investigações, passou-se a distinguir os direitos coletivos dos direitos difusos<sup>100</sup>, como espécies do gênero direitos metaindividuais, surgindo posteriormente, com o Código de Defesa do Consumidor, a expressão direitos individuais

---

<sup>98</sup> Lei 8.078/90, art. 81.

<sup>99</sup> CAPPELLETTI, Mauro: "Formaciones sociales e intereses de grupo frente a la justicia civil" in *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XI, n.º 31-32, en./ag. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1978, pp. 1-40, pp. 3-4.

<sup>100</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini: "Novas tendências na tutela jurisdicional dos interesses difusos" in *Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*, n.º 1/2. Uberlândia: Editora da Universidade Federal de Uberlândia, 1984, pp. 1-31, pp. 2-3.

homogêneos<sup>101</sup>, formando, assim, a trilogia legal dos direitos coletivos *lato sensu* hoje em vigor, expressa no trinômio direitos difusos, direitos coletivos e direitos individuais homogêneos.

Na letra da lei, direitos difusos seriam os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; direitos coletivos seriam os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; e direitos individuais homogêneos seriam os decorrentes de origem comum<sup>102</sup>.

Sobre a tipologia dos direitos metaindividuais, José Carlos Barbosa Moreira, estudando as espécies de ações coletivas, identificou a existência de duas categorias principais de direitos coletivos, no sentido amplo do termo, quais sejam, os direitos "essencialmente coletivos" e os direitos "acidentalmente coletivos"<sup>103</sup>, estabelecendo uma dicotomia dos direitos metaindividuais hoje multi referida na doutrina pátria.

É a partir dessa dicotomia lançada por Barbosa Moreira que se vai sistematizar e estudar, nos itens seguintes, a tipologia dos direitos metaindividuais, procedendo-se, porém, a algumas adequações de nomenclatura e mesmo de conteúdo. É o que se passa a fazer.

#### **4.2. Os direitos essencialmente coletivos.**

Segundo Barbosa Moreira, autor que primeiro utilizou essa feliz expressão, os direitos essencialmente coletivos se caracterizariam por dois elementos fundamentais, sendo um subjetivo e outro objetivo. Do ponto de vista subjetivo, tratar-se-ia de direitos que concernem a um número indeterminado de sujeitos, os quais formam não um grupo definido, mas uma série de extensão indeterminada. Já sob o aspecto objetivo, os direitos essencialmente coletivos se caracterizariam por ter um objeto indivisível por natureza<sup>104</sup>.

---

<sup>101</sup> A Lei n.º 7.913/89 já previa uma ação coletiva de legitimidade exclusiva do Ministério Público para defesa de direitos individuais homogêneos dos investidores do mercado de valores mobiliários, sem, porém, utilizar a expressão "direitos individuais homogêneos", a qual foi inaugurada, em sede legislativa, pelo Código de Defesa do Consumidor.

<sup>102</sup> Lei 8.078/90, art. 81.

<sup>103</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos: "Ações coletivas na Constituição Federal de 1988" in *Revista de Processo*, n.º. 61. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, pp. 187-200, pp. 187-189.

<sup>104</sup> *Idem, ibidem*, pp. 187-188.

O conceito de indivisibilidade já fora fornecido pelo próprio Barbosa Moreira quando de seus primeiros trabalhos sobre os direitos coletivos *lato sensu*, em definição largamente utilizada na doutrina pátria, que traduz a indivisibilidade como a impossibilidade de se cindir o direito em cotas, em parcelas que pudessem ser satisfeitas ou violadas individualmente, de forma que "a satisfação de um só implica, de modo necessário, a satisfação de todos; e, reciprocamente, a lesão de um só constitui, *ipso facto*, lesão da inteira coletividade"<sup>105</sup>.

O exemplo, por excelência, de direito indivisível se tem em matéria de proteção ambiental. A poluição de um rio ou a mutilação de uma floresta lesa, indistintamente, toda a coletividade que goza de tais bens. Em contrapartida, a reparação da lesão, com a despoluição do rio ou o reflorestamento da área afetada, irá, necessariamente, beneficiar todos os membros dessa mesma coletividade. Essa "perfeita comunhão" é consequência inevitável, que decorre da própria natureza material do direito, em razão do bem por ele tutelado. Eis a nota da indivisibilidade.

Alguns autores confundem o conceito de indivisibilidade com o de transindividualidade, tratando a indivisibilidade como elemento integrante ou mera consequência da transindividualidade.

Nesse sentido, Márcio Flávio Mafra Leal caracteriza os direitos essencialmente coletivos pela nota da transindividualidade, que, no seu dizer, significa que "o direito não tem titularidade determinável no plano individual e sua violação atinge indiscriminadamente toda a comunidade", citando, com base em Antônio Vasconcelos Hermann e Benjamin, dois princípios aplicáveis à transindividualidade: o "princípio da indivisibilidade dos benefícios", segundo o qual a utilidade do bem não é divisível entre os que o utilizam, e o "princípio da não-exclusão dos beneficiários", de acordo com o qual nenhum dos membros do grupo pode ser excluído de seus benefícios<sup>106</sup>.

---

<sup>105</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos: "A proteção jurídica dos interesses coletivos" in *Revista Brasileira de Direito Processual*, v. 24. Rio de Janeiro: Forense, 1980, pp. 13-24, p. 14. Nesse trabalho, porém, o autor ainda não havia trabalhado na tipologia dos direitos metaindividuais, de forma que apontava a indivisibilidade como nota característica dos direitos coletivos *lato sensu*. Sua visão dicotômica dos direitos coletivos somente se desenvolveu anos após, no artigo citado na nota de rodapé n.º 103 supra, onde reiterou seu conceito de indivisibilidade, visualizando-o, agora, como traço próprio da categoria que denominou "direitos essencialmente coletivos".

<sup>106</sup> LEAL, Márcio Flávio Mafra, op. cit., p. 106.



Na realidade, porém, a transindividualidade e a indivisibilidade são elementos que não se confundem. A transindividualidade diz com o aspecto subjetivo do direito, enquanto a indivisibilidade refere-se ao seu objeto.

Embora não haja uniformidade na doutrina, é possível visualizar a transindividualidade num sentido mais amplo e num sentido mais estrito. A transindividualidade *lato sensu* significa o envolvimento de interesses de uma coletividade de sujeitos, sendo traço presente em todos os direitos metaindividuais. Já num sentido mais estrito, a transindividualidade significa a impossibilidade de individualizar o direito, o que ocorre justamente em razão de sua indivisibilidade material.

Somente nesse sentido estrito seria possível relacionar a transindividualidade com a indivisibilidade e, assim, situá-la como nota característica dos direitos essencialmente coletivos.

Em verdade, o elemento fundamental na caracterização dos direitos essencialmente coletivos, que permite distingui-los daqueles que Barbosa Moreira chamou de "acidentalmente coletivos" é a nota da indivisibilidade<sup>107</sup>, tal como acima definida, que lhes é inerente, inevitável e decorre da sua própria materialidade.

Cumprido, assim, identificar na trilogia estabelecida pelo Código de Defesa do Consumidor quais direitos ostentam essa nota característica, podendo ser denominados de essencialmente coletivos.

A doutrina pátria se revela praticamente unânime em qualificar como essencialmente coletivos os direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, atribuindo-lhes a nota da indivisibilidade<sup>108</sup>, tal como definidos pela Lei 8.078/90 (art. 81, I e II), em contraposição aos direitos individuais homogêneos, que seriam divisíveis (art. 81, III).

Diz-se praticamente unânime porque, na obra de Márcio Flávio Mafra Leal, ouve-se uma voz isolada em sentido diverso.

---

<sup>107</sup> Nesse ponto, discorda-se da colocação original de Barbosa Moreira, que caracteriza os direitos essencialmente coletivos a partir dos elementos subjetivo e objetivo.

<sup>108</sup> Dentre outros: MAZZILLI, Hugo Nigro: *A defesa dos interesses difusos em juízo*. São Paulo: Saraiva, 1995, 7ª edição, pp. 7-8; GIDI, Antonio, op. cit., pp. 25-25; VIGLIAR, José Marcelo Menezes, op. cit., pp. 71-76; WATANABE, Kazuo: "Demandas coletivas e os problemas emergentes da práxis forense" in *Revista de Processo*, n.º 67. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, pp. 15-25, pp. 16-18; GRINOVER, Ada Pellegrini: "Mandado de segurança coletivo: legitimação, objeto e coisa julgada" in *Revista de Processo*, n.º 58. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, pp. 75-84, p. 77.

O referido jurista ensina, com acerto, que essencialmente coletivo é apenas o direito difuso, visto ser o único a ostentar uma indivisibilidade natural, inerente ao direito material, ao contrário dos direitos coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos, cuja indivisibilidade ele denomina de processual, na medida em que não é inerente ao direito material, mas decorre da disciplina processual da extensão *erga omnes* da coisa julgada nas ações coletivas<sup>109</sup>.

Total razão assiste ao mestre da Universidade de Brasília. E alguns exemplos poderão clarear essas noções teóricas.

Tome-se, inicialmente, a hipótese de veiculação, em cadeia nacional de televisão, de propaganda enganosa sobre um determinado produto, o que envolve o direito dos consumidores à uma correta e adequada informação, direito indubitavelmente difuso. Tal propaganda lesa, indiscriminadamente, toda a coletividade de pessoas atingidas pela publicidade, enquanto potenciais consumidores do produto. Interposta ação judicial em que se obtenha determinação da cessação da propaganda enganosa, aquela mesma coletividade e todos os seus membros integrantes serão, necessária e automaticamente, beneficiados pela satisfação do direito, independentemente de qualquer aspecto processual. Seja a ação proposta por uma associação de consumidores, pelo Ministério Público ou por empresa concorrente, seja ainda a ação coletiva ou individual, em razão na natureza do bem tutelado, todos serão beneficiados pela decisão que determinar a cessação da propaganda. Daí a indivisibilidade material ou natural do direito difuso.

Imagine-se, agora, a situação de uma determinada escola que decide aumentar arbitrariamente o valor de suas mensalidades no meio do ano letivo, prejudicando, assim, todo o grupo de alunos que se encontram ali matriculados. O direito à revisão e redução do valor da mensalidade caracteriza-se, na trilogia legal, como autêntico direito coletivo, visto que pertence a um grupo determinado de pessoas, ligadas por uma relação jurídica base com a parte adversa (Código de Defesa do Consumidor, art. 81, II). Os efeitos de decisão judicial que determine a redução do valor da mensalidade vão variar profundamente a partir de elementos eminentemente processuais. Se ação for proposta individualmente por um aluno, a coisa julgada se operará interpartes e a satisfação do direito desse aluno não implicará, necessariamente, a satisfação dos direitos dos demais integrantes da coletividade prejudicada. Entretanto, se a ação for proposta pelo Ministério Público, por uma associação de pais de

---

<sup>109</sup> LEAL, Márcio Flávio Mafra, op. cit., pp. 48-49, 107, 190-200 e *passim*.

alunos, ou por outro autor coletivo, em razão do regime processual da coisa julgada próprio das ações coletivas, a satisfação do direito beneficiará, necessariamente, toda a coletividade. Daí a indivisibilidade processual dos direitos coletivos *stricto sensu*.

Nesse particular, Antonio Gidi, embora qualifique o direito coletivo *stricto sensu* como supraindividual e indivisível, agrupando-o na mesma vala dos direitos difusos, admite a possibilidade de se dizer que aquele direito é divisível, na medida em que poderia ser pleiteado individualmente em juízo<sup>110</sup>.

Cumprido aqui chamar a atenção para o equívoco em que incidem alguns doutrinadores no sentido de vincular a caracterização dos direitos essencialmente coletivos à sua judicialização pela via da ação coletiva<sup>111</sup>.

É inegável que, pela sua própria natureza, tais direitos são mais adequada e eficazmente tutelados através das chamadas ações coletivas, cujo estudo se fará no capítulo seguinte. Entretanto, isso não significa dizer que a eventual judicialização desses direitos pela via individual lhes retire o caráter coletivo.

Nesse sentido, Márcio Flávio Mafra Leal traz o feliz exemplo de um portador de deficiência física que propõe uma ação individual para que se faça uma reforma arquitetônica em logradouro público por ele utilizado frequentemente. Apesar de a ação ser individual e, por essa razão, a coisa julgada limitar-se às partes que figuram no processo, sendo julgado procedente o pedido e determinando-se a realização da reforma, a fruição do direito material tutelado pela ação beneficiará a todos os portadores de deficiência física<sup>112</sup>.

Isso porque o direito tutelado (no caso, direito difuso, segundo a nomenclatura estabelecida pelo Código de Defesa do Consumidor) é materialmente indivisível e, portanto, essencialmente coletivo.

Na realidade, verifica-se uma tendência da doutrina pátria em buscar critérios processuais para identificar o tipo de direito metaindividual em lide.

Exemplo dessa inclinação encontra-se em Nelson Nery Júnior.

---

<sup>110</sup> GIDI, Antonio, op. cit., pp. 27-28.

<sup>111</sup> Nesse sentido, VIGLIAR, José Marcelo Menezes, op. cit., p. 67.

<sup>112</sup> LEAL, Márcio Flávio Mafra, op. cit., p. 107. Especificamente com relação à coisa julgada, o autor defende o entendimento de que, nos direitos essencialmente coletivos ou difusos, a coisa julgada é naturalmente *erga omnes*, sendo uma consequência automática e necessária, que decorre da própria natureza do direito em lide e que, assim, independe de norma processual expressa nesse sentido (op. cit., pp. 14, 44, 94 e *passim*).

Nelson Nery observa o erro metodológico cometido pela doutrina e jurisprudência ao se utilizarem do direito objetivo como critério para identificação dos direitos metaindividuais como difusos, coletivos ou individuais homogêneos, afirmando ser corrente o entendimento de que "o direito ao meio ambiente é difuso, o do consumidor é coletivo e que o de indenização por prejuízos particulares seria individual"<sup>113</sup>.

Apontando esse equívoco, propõe aquele processualista que o critério distintivo seja o pedido formulado na ação, ao afirmar que "a pedra de toque do método classificatório é o tipo de tutela jurisdicional que se pretende quando se propõe a competente ação judicial". E exemplifica seu entendimento com o conhecido acidente envolvendo o Bateau Mouche IV, que teve lugar no Rio de Janeiro, e que poderia ensejar ação de indenização por danos pessoais proposta por uma das vítimas, em que o direito seria individual homogêneo; ação movida por associação de empresas de turismo que têm interesse na manutenção da boa imagem do setor, em que o direito seria coletivo; bem como ação ajuizada pelo Ministério Público em favor da vida e integridade das pessoas, pleiteando a interdição da embarcação, em que o direito tutelado seria difuso<sup>114</sup>.

A construção doutrinária de Nelson Nery Júnior teve o mérito de apontar o equívoco de se conceituar e classificar os direitos metaindividuais segundo a matéria, o tema, o assunto abstramente considerado, bem como de demonstrar que, de um mesmo fato, podem surgir pretensões de direito difuso, coletivo *stricto sensu* ou individual homogêneo, o que foi de grande contribuição para o amadurecimento do estudo da temática dos direitos coletivos *lato sensu*.

Não obstante, é forçoso dissentir de sua tese no que se refere à utilização do tipo de tutela jurisdicional concretamente pleiteada como elemento conceitual e critério classificatório dos direitos metaindividuais.

Nesse aspecto, crê-se, como Antonio Gidi, que o direito material "tem a sua existência dogmática e é possível, e por tudo recomendável, analisá-lo e classificá-lo independentemente do direito processual".<sup>115</sup>

---

<sup>113</sup> NERY JÚNIOR, Nelson: "O processo civil no código de defesa do consumidor" in *Revista de Processo*, n.º 61. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, pp. 24-35, p. 25.

<sup>114</sup> NERY JÚNIOR, Nelson, op. cit., loc. cit.

<sup>115</sup> GIDI, Antonio, op. cit., p. 21.

Há, sem dúvida, um núcleo material na conceituação dos direitos coletivos *lato sensu*, devendo o jurista se ater, na sua definição e classificação, a essas referências materiais, que dizem com o próprio conteúdo do direito metaindividual.

No caso dos direitos essencialmente coletivos ou difusos, a indivisibilidade, tal como definida acima, integra o cerne desse núcleo material, permitindo distinguir os direitos difusos dos demais direitos metaindividuais.

A doutrina aponta ainda outras referências materiais próprias dos direitos difusos.

Fala-se, assim, na indeterminação ou difícil determinação dos sujeitos<sup>116</sup> integrantes da comunidade titular do direito, o que, a rigor, é decorrência de uma outra característica, consistente no fato de não estarem esses sujeitos ligados por uma relação jurídica base, como ocorre nos direitos coletivos *stricto sensu*, mas sim por circunstâncias fáticas contingenciais, como o fato de residirem numa mesma região, adquirirem o mesmo produto, assistirem a um mesmo canal de televisão, etc.

Rodolfo de Camargo Mancuso, por seu turno, aponta a mutabilidade de conteúdo, o caráter efêmero, como nota identificadora dos direitos difusos, afirmando que seriam "fugazes", na medida em que acompanham as mudanças ocorridas nas circunstâncias fáticas que os circundam, podendo "fenece e desaparecer, acompanhando o declínio e extinção dessas situações". E exemplifica com o caso da construção da hidrelétrica de Itaipu. Quando concebida a obra, os "interesses difusos" de proteção ambiental opunham-se à construção da hidrelétrica visando à preservação das belezas naturais da região. Após a construção, alterou-se a situação fática e, segundo o autor, "alteraram-se os interesses difusos

---

<sup>116</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro, op. cit., p. 7; VIGLIAR, José Marcelo Menezes, op. cit., p. 69; MANCUSO, Rodolfo de Camargo, op. cit., pp. 85-89; GRINOVER, Ada Pellegrini: "Novas tendências na tutela jurisdicional dos interesses difusos" in *Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*, n.º 1/2. Uberlândia: Editora da Universidade Federal de Uberlândia, 1984, pp. 1-31, p. 3; NERY JÚNIOR, Nelson, op. cit., p. 25; BARBOSA MOREIRA, José Carlos: "A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados 'interesses difusos'" in *Revista de Processo*, n.º 28. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, pp. 7-19, p. 8-9. Ressalte-se que, para esses autores, como para a maioria da doutrina, a indeterminação ou difícil determinação dos sujeitos refere-se à titularidade dos direitos difusos, que seria fluída, amorfa, pertencendo a sujeitos indeterminados ou de difícil determinação; enquanto, na presente dissertação, sustenta-se que a titularidade dos direitos difusos é determinada, pertencendo à comunidade/coletividade formada por esses sujeitos, os quais seriam, esses sim, indeterminados ou de difícil determinação.

por ela ensejados", os quais passaram a referir-se a outros ideais, como o fomento da piscicultura nas águas represadas e a preservação da pureza dessas águas<sup>117</sup>.

Na realidade, porém, no caso apontado por Mancuso, não parece haver mutação no conteúdo do direito difuso, o qual continua com o mesmo objeto, qual seja, a preservação de um meio ambiente hígido. O que se transforma, acompanhando a mutação das circunstâncias fáticas, é a pretensão a ser deduzida em defesa do direito difuso e não o conteúdo do direito mesmo.

Com relação ao conteúdo, cumpre ressaltar que os direitos difusos ou essencialmente coletivos têm conteúdo não-patrimonial<sup>118</sup>. Isso porque os direitos difusos, diversamente dos direitos individuais de primeira geração e sociais de segunda geração, não garantem propriedade, liberdade econômica, nem visam à diminuição de desigualdades nesse campo.

Os direitos difusos visam a tutelar dois valores fundamentais, quais sejam: a) a qualidade de vida<sup>119</sup> em seu sentido mais amplo, que vai desde um ambiente natural sadio à preservação de bens culturais (históricos, estéticos, etc.), a fim de que sejam passíveis de fruição não só para essa mas também para as futuras gerações; b) e uma concepção de igualdade enquanto direito de integração social, "direito de não-exclusão"<sup>120</sup>, referindo-se, nesse último aspecto, aos direitos das chamadas "minorias", grupos de indivíduos unidos por afinidades sociais, étnicas, físicas, dentre outras.

Por tudo isso, pode-se dizer que os direitos essencialmente coletivos são direitos metaindividuais que se caracterizam fundamentalmente pela nota da indivisibilidade material, que têm por objeto tutelar a qualidade de vida ou uma concepção de igualdade enquanto integração social e cujos titulares consistem numa coletividade de sujeitos indeterminados ou de difícil determinação, unidos por circunstâncias fáticas contingenciais.

---

<sup>117</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo, op. cit., pp. 97-100.

<sup>118</sup> Nesse sentido: LEAL, Márcio Flávio Mafra, op. cit., pp. 102-105; BARBOSA MOREIRA, José Carlos: "A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados 'interesses difusos'" in *Revista de Processo*, n.º 28. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, pp. 7-19, p. 10.

<sup>119</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini: "Novas tendências na tutela jurisdicional dos interesses difusos" in *Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*, n.º 1/2. Uberlândia: Editora da Universidade Federal de Uberlândia, 1984, pp. 1-31, p. 3; NERY JÚNIOR, Nelson: "A ação civil pública" in *Revista de Processo*, n.º 31. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, pp. 224-232, p. 229.

<sup>120</sup> LEAL, Márcio Flávio Mafra, op. cit., pp. 103-105.

Na trilogia do Código de Defesa do Consumidor, guardam essas notas conceituais os direitos difusos.

Vistos, assim, os elementos conceituais característicos dos direitos essencialmente coletivos, passa-se à análise dos chamados direitos "acidentalmente coletivos", expressão de Barbosa Moreira que, na presente dissertação, será substituída por "direitos processualmente coletivos", nomenclatura que parece mais apropriada à nota distintiva aqui adotada como principal na referida classificação.

#### **4.3. Os direitos processualmente coletivos.**

Há direitos que, não obstante sejam, por essência, individuais, não só porque têm sua titularidade individualizável, mas sobretudo por serem materialmente divisíveis, pertinem a uma pluralidade de pessoas.

Em ocorrendo violações a tais direitos, o interesse em tutelá-los se insere numa dimensão coletiva, indo além do interesse particular de cada um dos indivíduos envolvidos na situação fática que originou a lesão.

Por razões de ordem sociológica e política, percebeu-se a necessidade de dar tratamento processual coletivo a tais violações de direitos.

Isso porque, tratando-se de direitos individuais, várias circunstâncias como condições econômicas ou sociais desvantajosas, ou mesmo a dimensão do prejuízo isoladamente considerado, podem dificultar ou desestimular a ida a Juízo de cada um dos prejudicados. Ademais, sob o ponto de vista político, várias ações individuais podem não trazer solução tão satisfatória para o problema como a que poderia advir de uma ação coletiva, a qual, sem dúvida, causa maior impacto ao ofensor do direito.

Como bem avalia José Carlos Barbosa Moreira, em tais situações, "aquela proposição aritmética relativa às parcelas e à soma falha. Aqui, na verdade, há casos em que a soma é algo mais do que simplesmente o conjunto das parcelas, exatamente porque o fenômeno assume no contexto da vida social, um impacto de massa"<sup>121</sup>.

Assim, permite o ordenamento jurídico que tais conflitos sejam submetidos ao Poder Judiciário através de processos coletivos, cujo especial regime processual, como se verá

---

<sup>121</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos: "Ações coletivas na Constituição Federal de 1988" in *Revista de Processo*, nº. 61. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, pp. 187-200, pp. 188-189.

mais detidamente nos capítulos seguintes, permite a "representação" judicial de direitos e a extensão da coisa julgada aos demais integrantes do grupo que se encontram naquela situação fático-jurídica, mesmo que não estejam pessoalmente na relação processual.

Isso não significa, porém, que se obste a utilização da via individual para a defesa dos direitos ora considerados. Essa via continua à disposição das pessoas envolvidas. Apenas possibilita-se a tutela pelo regime processual coletivo.

Daí falar-se em direitos individuais "sob tratamento processual coletivo"<sup>122</sup>.

Tomando por base a trilogia estabelecida pelo Código de Defesa do Consumidor, a doutrina brasileira tem-se revelado praticamente uníssona em classificar nessa categoria de direitos processualmente coletivos, ou, na expressão de Barbosa Moreira, direitos "acidentalmente coletivos", unicamente os chamados direitos individuais homogêneos (CDC, art. 81, III)<sup>123</sup>, em contraposição aos direitos difusos e coletivos *stricto sensu* (CDC, art. 81, I e II), que seriam direitos essencialmente coletivos.

Entretanto, consoante já acima mencionado, nesse ponto, a presente dissertação dissente da posição majoritária na doutrina pátria.

Aqui defende-se que os direitos essencialmente coletivos são os direitos difusos, sendo os direitos coletivos *stricto sensu* e os direitos individuais homogêneos, em essência, direitos individuais, aos quais o direito positivo confere tratamento processual coletivo<sup>124</sup>. São os aqui denominados direitos processualmente coletivos.

E não são essencialmente coletivos porque não ostentam a nota da indivisibilidade natural, que significa a unidade material do direito, em que sua lesão prejudica, necessária e indiscriminadamente, todas as pessoas integrantes da coletividade e, em contrapartida, sua satisfação aproveita, também necessária e indistintamente, a todos os sujeitos interessados.

Com relação aos direitos coletivos *stricto sensu* (CDC, art. 81, II), para demonstrar a divisibilidade material do seu objeto, além do exemplo da escola que aumenta

---

<sup>122</sup> LEAL, Márcio Flávio Mafra, op. cit., p. 192.

<sup>123</sup> Dentre outros: MANCUSO, Rodolfo de Camargo, op. cit., p. 50; VIGLIAR, José Marcelo Menezes, op. cit., p. 68; GIDI, Antonio, op. cit., p. 25; GRINOVER, Ada Pellegrini: "Mandado de segurança coletivo: legitimação, objeto e coisa julgada" in *Revista de Processo*, n.º 58. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, pp. 75-84, p. 78; WATANABE, Kazuo, "Demandas coletivas e os problemas emergentes da práxis forense" in *Revista de Processo*, n.º 67. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, pp. 15-25, pp. 16-18.

<sup>124</sup> Nesse sentido, Márcio Flávio Mafra Leal, op. cit., p. 190.



arbitrariamente suas mensalidades, fornecido no item anterior, pode-se ainda citar, dentre outros, o exemplo de uma administradora de cartões de crédito com atuação no mercado nacional ou mesmo regional/estadual, que impõe, em seu contrato padrão, cláusulas abusivas. Indubitavelmente, o direito à anulação de tais cláusulas pertence a uma pluralidade de sujeitos, formada por todos aqueles que contrataram com a referida empresa. Tal direito, porém, é cindível, sendo possível sua fruição por apenas um ou alguns sujeitos. Basta, para tanto, que um dos contratantes proponha, em caráter individual, ação declaratória de nulidade de cláusula contratual contra a empresa. Decretada tal nulidade por sentença, apenas o autor dessa ação se beneficiará da satisfação do seu direito, continuando os demais membros sujeitos à abusividade.

Entretanto, se a declaração de nulidade da cláusula contratual é obtida por sentença proferida em ação coletiva, proposta por uma entidade de proteção dos consumidores por exemplo, em razão do regime especial da coisa julgada nas demandas coletivas, que será estudado de forma mais detalhada no decorrer da presente dissertação, todos os consumidores que contrataram com a administradora de cartões de crédito ré serão beneficiados de modo uniforme, fruindo igualmente da anulação da cláusula em seus respectivos contratos.

Daí haver uma indivisibilidade decorrente unicamente de normas processuais nos direitos coletivos *stricto sensu* e não uma indivisibilidade material, que permite qualificá-los como direitos processualmente coletivos e não direitos coletivos por essência.

Tais direitos coletivos *stricto sensu* possuem características que permitem individualizá-los, distinguindo-os dos direitos difusos (dos quais já são, por essência, distintos) e dos direitos individuais homogêneos.

Nesse sentido, os direitos coletivos pertencem a uma coletividade de sujeitos determinados ou, pelo menos, determináveis e de fácil determinação, que compõem um grupo definido, determinado<sup>125</sup> e não fluido como se verifica nos direitos difusos.

E assim é porque os sujeitos estão unidos não por circunstâncias fáticas contingenciais e mutáveis, como ocorre nos direitos difusos, mas sim por uma relação jurídica base.

---

<sup>125</sup> Nesse sentido: MAZZILLI, Hugo Nigro, op. cit., p. 8; VIGLIAR, José Marcelo Menezes, op. cit., p. 76; WATANABE, Kazuo, "Demandas coletivas e os problemas emergentes da práxis forense" in *Revista de Processo*, n.º 67. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, pp. 15-25, p. 17; NERY JÚNIOR, Nelson, op. cit., pp. 25-26.

Nesse particular, Kazuo Watanabe chega a propor uma classificação dos direitos coletivos *stricto sensu* em duas modalidades, a saber: a) a dos direitos coletivos pertencentes a pessoas ligadas por uma relação jurídica base mantida *entre si*, de que seriam exemplos os direitos dos membros de uma associação de classe ou dos acionistas de uma mesma sociedade e b) a dos direitos coletivos pertencentes a pessoas ligadas por uma relação jurídica base mantida *com a parte adversa*, de que são exemplos os direitos dos contratantes de um mesmo seguro, dos alunos de uma mesma escola, etc<sup>126</sup>.

Não parece, porém, que o fato de a relação jurídica que une os membros da coletividade ser mantida entre si ou com a parte adversa seja elemento suficiente para tornar defensável a existência de duas espécies autônomas de direitos coletivos *stricto sensu*.

Outrossim, apesar de a lei brasileira referir-se expressamente à essa possibilidade (CDC, art. 81, II), os exemplos que costumam ser fornecidos pela doutrina com relação aos direitos coletivos pertinentes a sujeitos ligados por relação jurídica base firmada *entre si* são caracterizados por situações onde a configuração do direito se revela delicada, visto que, em muitos casos, o direito é da própria pessoa jurídica que agrega os interessados (sociedade, associação de classe), sendo bastante sutil a distinção<sup>127</sup>.

Rodolfo de Camargo Mancuso vislumbra ainda na organização dos membros da coletividade uma característica fundamental dos direitos coletivos *stricto sensu*, o "traço distintivo básico" de tais direitos, visto que, no seu entender, "sem um mínimo de organização, os interesses não podem se 'coletivizar', não podem se aglutinar de forma coesa e eficaz no seio de um grupo determinado"<sup>128</sup>.

Já os chamados direitos individuais homogêneos são conceituados por lei como os direitos individuais de origem comum (CDC, art. 81, III).

Assim como os direitos coletivos *stricto sensu*, os direitos individuais homogêneos não são, em essência, direitos coletivos, mas sim individuais, visto que materialmente divisíveis, podendo ser satisfeitos apenas para alguns membros do grupo.

---

<sup>126</sup> WATANABE, Kazuo: "Demandas coletivas e os problemas emergentes da práxis forense" in *Revista de Processo*, n.º 67. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, pp. 15-25, pp. 17-18.

<sup>127</sup> No dizer de Antonio Gidi, op. cit., p. 29, "doutrina e jurisprudência ainda estão a dever exemplos mais convincentes" desses direitos coletivos em que a relação jurídica base se verifica entre os próprios integrantes da coletividade.

<sup>128</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo, op. cit., pp. 55-56.

Também à semelhança dos direitos coletivos em sentido estrito, nos direitos individuais homogêneos, os integrantes da coletividade são determinados ou de fácil determinação. Entretanto, não há uma relação jurídica base bem identificada a uni-los, sendo aí que se diferenciam dos direitos coletivos, pois que encontram-se ligados entre si pela "origem comum" dos seus direitos.

Mas em que consistiria essa "origem comum"?

Antonio Gidi afirma ser possível associar o conceito de "origem comum" ao de causa de pedir<sup>129</sup>.

Embora tal associação seja realmente possível e até didaticamente útil para fins de compreensão, não parece acertado definir um elemento integrante do conceito de um direito material a partir de noções processuais, como é a de *causa petendi*.

Não obstante, a associação proposta por Gidi tem o mérito de permitir visualizar com maior clareza que a "origem comum" característica dos direitos individuais homogêneos abrange tanto questões comuns de fato como também de direito<sup>130</sup>.

A doutrina costuma caracterizar a "origem comum" fundamentalmente a partir da comunhão de aspectos fáticos<sup>131</sup>, mas uma mesma questão de direito também pode ser considerada "origem comum" para fins de configuração de direitos individuais homogêneos.

Insta ressaltar, porém, que, quando se tratar de questões comuns unicamente de direito, a comunhão jurídica não deverá ser tão profunda a ponto de caracterizar uma relação jurídica base, hipótese em que se terá saído do campo dos direitos individuais homogêneos para adentrar na seara dos direitos coletivos *stricto sensu*<sup>132</sup>.

---

<sup>129</sup> GIDI, Antonio, op. cit., p. 31.

<sup>130</sup> *Idem, ibidem*, pp. 30 e 32.

<sup>131</sup> Para autores como Hugo Nigro Mazzilli, op. cit., p. 10 e José Marcelo Menezes Vigliar, op. cit., p. 78, nos direitos individuais homogêneos, os sujeitos encontram-se ligados por circunstâncias fáticas, sendo esse aspecto que os distinguiria dos direitos coletivos.

<sup>132</sup> Já advertiu Barbosa Moreira, com a perspicácia que lhe é peculiar, que, ao estudar a tipologia dos direitos metaindividuais, não se deve pretender estabelecer uma classificação rígida, estática e absoluta, mas sim ressaltar os momentos característicos de cada realidade, afirmando que "na realidade objetiva a passagem de um a outro se faz, com freqüência, por graus insensíveis e que a riqueza policrômica das situações da vida em sociedade não se deixa aprisionar num espectro intencionalmente esquemático, como o que acima se esboçou" ("A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados 'interesses difusos'" *in Revista de Processo*, n.º 28. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, pp. 7-19, p. 9).

Kazuo Watanabe ensina, com acerto, que "'origem comum' não significa, necessariamente, uma unidade factual e temporal"<sup>133</sup>, de forma que não é necessário, para a caracterização de direitos individuais homogêneos, que o fato gerador dos direitos seja um único e mesmo fato.

É suficiente que os fatos tenham um mesmo enquadramento jurídico e que as eventuais diferenças não sejam relevantes ao ponto de comprometer a homogeneidade das situações e a própria possibilidade de tratamento processual unitário, com uma conseqüente decisão uniforme para todas as situações subjetivas, o que configura a finalidade maior do legislador ao permitir o tratamento processual coletivo de tais direitos.

Exemplo típico de direitos individuais homogêneos encontra-se na situação dos moradores de região ribeirinha que sofreram danos pessoais decorrentes do derramamento de produto químico de alta nocividade nas águas do rio que banha suas terras, tais como lesões à saúde em razão da ingestão ou do contato físico com a água contaminada.

Os direitos dos moradores dessa região são essencialmente individuais, pois que materialmente divisíveis, na medida em que um ou alguns moradores podem, individualmente, ver-se ressarcidos de seu prejuízo, seja mediante indenização compensatória seja mediante obrigação da empresa responsável em arcar com os respectivos tratamentos de saúde, sem que a satisfação de seus direitos implique, necessariamente, o mesmo benefício para os demais moradores prejudicados que não tenham reivindicado a tutela jurisdicional de seus direitos.

Entretanto, em razão da origem comum de tais direitos, o ordenamento jurídico permite que sejam tutelados através de tratamento processual coletivo. Sendo proposta ação coletiva, por ente legitimado, em razão do regime processual próprio das demandas coletivas, a sentença que condenar a empresa responsável pelo derramamento do produto químico nas águas pluviais beneficiará, indistinta e uniformemente, a toda a coletividade de moradores prejudicados pelo fato danoso.

Daí a indivisibilidade processual característica dos direitos processualmente coletivos. E é processual a indivisibilidade porque a uniformidade da solução decorre das normas processuais próprias da ação coletiva.

---

<sup>133</sup> WATANABE, Kazuo: "Demandas coletivas e os problemas emergentes da práxis forense" in *Revista de Processo*, n.º 67. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, pp. 15-25, p. 18.

Entretanto, a divisibilidade material inerente a tais direitos voltará a aflorar na fase de liquidação e execução da sentença<sup>134</sup> (CDC, art. 97), em que cada prejudicado deverá provar a ocorrência e extensão de seu dano pessoal a fim de que seja determinado o valor de sua indenização, ressurgindo, assim, a olhos vistos, a cindibilidade do direito material.

Finalmente, com relação ao conteúdo, ao contrário dos direitos essencialmente coletivos ou difusos, os direitos processualmente coletivos, sejam eles coletivos *stricto sensu* ou individuais homogêneos, versam sobre questões que podem ser traduzidas em valores monetários, tratando-se de direitos, em geral, de conteúdo patrimonial.

Assim são os direitos processualmente coletivos.

#### **4.4. O aspecto político do reconhecimento jurídico de direitos metaindividuais.**

O reconhecimento jurídico de direitos metaindividuais, tanto no âmbito material como processual, traz em si um importante aspecto político na medida em que a defesa de direitos pertencentes a toda uma coletividade significa uma forma de participação da sociedade civil no poder.

Nesse processo de participação política, de fundamental importância a tarefa dos chamados "corpos intermediários" ou "formações sociais".

Na sociedade liberal burguesa fruto da Revolução Francesa, havia uma certa aversão a todo e qualquer tipo de corpos intermediários, justificada pelo fato de as formações sociais terem embasado o feudalismo, contra o qual se insurgiu aquele movimento<sup>135</sup>.

No século dezenove, especialmente em razão do esforço do movimento sindical, os corpos intermediários passaram a contar com maior simpatia social, transformando-se em focos de convergência dos indivíduos que buscavam unir-se para enfrentar o poder industrial<sup>136</sup>.

Hoje, os grupos sociais encontram-se difundidos em diversos segmentos, estando profundamente arraigada na sociedade contemporânea a consciência de que a

---

<sup>134</sup> Nesse sentido: LEAL, Márcio Flávio Mafra, op. cit., p. 193; GIDI, Antonio, op. cit., p. 31.

<sup>135</sup> CAPPELLETTI, Mauro: "Formaciones sociales e intereses de grupo frente a la justicia civil" in *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XI, n.º 31-32, en./ag. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1978, pp. 1-40, p. 27.

<sup>136</sup> *Idem, ibidem*, p. 28.

convergência de forças supera as debilidades individuais, promovendo uma defesa mais eficaz dos interesses da coletividade.

Sindicatos, partidos políticos, sociedades comerciais, corporações profissionais e associações civis são exemplos de formações sociais que, na atualidade, exercem importante papel na racionalização do poder, influenciando consideravelmente em escolhas políticas, tais como a eleição de prioridades econômicas e sociais do país<sup>137</sup>, constituindo-se em verdadeiros "centros de poder"<sup>138</sup>.

Rodolfo de Camargo Mancuso vislumbra nesse aspecto político dos direitos metaindividuais um obstáculo à sua tutela<sup>139</sup>.

A seguinte passagem da obra de Mancuso revela de forma sintética todas as nuances desse seu entendimento: "Além das resistências de caráter jurídico (que começam a ceder ante o impacto de posições modernas, progressistas), há uma barreira de ordem *política*, que pode ser analisada sob os seguintes aspectos: a) o temor da *pulverização* da autoridade estatal, disseminada entre os grupos portadores de interesses metaindividuais; b) o acesso *direto* desses interesses aos centros de decisão (aí incluído o Poder Judiciário) seria conflitante com o sistema político *representativo*, no qual existem órgãos colegiados competentes para funcionar como *canais* de comunicação entre os interesses da coletividade e o Poder; c) há também o receio de que essa *coloração política*, ínsita na tutela dos interesses difusos, *desfiguraria* ou comprometeria a estrutura técnica da trilogia ação-jurisdição-processo, transformando o Poder Judiciário em superpoder, na medida em que suas

---

<sup>137</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini: "Novas tendências na tutela jurisdicional dos interesses difusos" in *Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*, n.º 1/2. Uberlândia: Editora da Universidade Federal de Uberlândia, 1984, pp. 1-31, p. 6.

<sup>138</sup> Mauro Cappelletti, em pioneiríssimo artigo multi citado nesta dissertação, alertou sobre a possibilidade de os corpos intermediários se transformarem em "temíveis centros de poder e opressão", voltando-se contra os interesses que deveriam defender, chamando a atenção para a necessidade de se criar um sistema de freios, limitações e controle das atividades dessas formações sociais, através de uma "articulada, flexível, pluralista combinação de forças - de pesos e contrapesos, de poderes e de controles" ("Formaciones sociales e intereses de grupo frente a la justicia civil" in *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XI, n.º 31-32, en./ag. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1978, pp. 1-40, p. 29).

<sup>139</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo, op. cit., pp. 113 e 115. Ressalte-se que, para esse autor, a conotação política seria apanágio exclusivo dos direitos difusos. No mesmo sentido, GRINOVER, Ada Pellegrini: "Novas tendências na tutela jurisdicional dos interesses difusos" in *Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*, n.º 1/2. Uberlândia: Editora da Universidade Federal de Uberlândia, 1984, pp. 1-31, p. 4.

atribuições ganhariam em amplitude, com a anexação da seara 'subtraída' aos outros dois poderes políticos; com isso, por-se-ia em risco a tripartição e a harmonia dos poderes constituídos"<sup>140</sup>.

Embora o "temor" da força política das formações sociais possa, realmente, refletir uma certa reserva por parte dos poderes constituídos em promover um amplo reconhecimento jurídico e uma efetiva tutela dos direitos metaindividuais, esse não parece ser o grande problema na temática dos direitos coletivos *lato sensu*, pelo menos não no estágio atual de desenvolvimento já alcançado, na matéria, pelo ordenamento jurídico brasileiro, em que os direitos metaindividuais já contam com considerável reconhecimento, tanto no âmbito material como processual.

No Brasil, como, de resto, na maioria dos países de tradição constitucionalista, os direitos metaindividuais, em especial os direitos difusos e os coletivos *stricto sensu*, têm fundamento constitucional.

Mesmo quando não se encontram consagrados formalmente na Constituição, materialmente, os direitos metaindividuais têm índole constitucional, por expressarem valores preponderantes nas estruturas democráticas do Estado contemporâneo.

Assim, os direitos metaindividuais são, entre nós, direitos de índole constitucional, o que sinaliza a dimensão da conotação política que reveste o reconhecimento jurídico dos direitos coletivos *lato sensu* no Brasil.

#### **4.5. A conflituosidade peculiar.**

Como se viu no decorrer deste capítulo, os direitos metaindividuais não se individualizam numa única pessoa, mas, ao contrário, são direitos plurissubjetivos, que envolvem interesses de grupos, coletividades de pessoas.

Justamente em razão de sua configuração coletiva e de massa, os direitos metaindividuais ostentam uma litigiosidade também de massa, que não guarda as características do tradicional conflito concebido na fórmula "Tício *versus* Caio".

A rigor, o próprio conceito de lide, nos moldes em que a definiu Francesco Carnelutti, enquanto conflito *intersubjetivo* de interesses qualificado por uma pretensão

---

<sup>140</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo, op. cit., p. 115.

resistida<sup>141</sup>, não mais se aplica aos conflitos sociais que se encontram na base dos direitos coletivos *lato sensu*.

No campo dos direitos metaindividuais, não há interesses de um indivíduo contrapondo-se aos interesses de outro indivíduo ou mesmo do Estado. O litígio coletivo, por assim dizer, caracteriza-se pela contraposição de interesses de uma coletividade mais ou menos ampla de pessoas a interesses que, comumente, envolvem um outro grupo, uma outra coletividade.

Como bem ensina Ada Pellegrini Grinover, "esses interesses, de massa, sofrem constantes investidas, freqüentemente também de massa, contrapondo grupo *versus* grupo, em conflitos que se coletivizam em ambos os pólos"<sup>142</sup>.

Assim, por exemplo, o interesse na criação de melhores condições de trabalho em um determinado segmento econômico contrapõe-se ao interesse na contenção dos custos de produção. Da mesma forma, o interesse à proteção de recursos florestais conflita com os interesses das indústrias madeireiras em expandir suas atividades.

Na feliz expressão de Mauro Cappelletti, as lesões a direitos metaindividuais se caracterizam como "violações massivas"<sup>143</sup>.

Daí poder-se afirmar a existência de uma conflituosidade peculiar, própria dos direitos metaindividuais.

Há quem defenda que essa litigiosidade intrínseca seria apanágio exclusivo dos chamados direitos difusos<sup>144</sup>.

---

<sup>141</sup> CARNELUTTI, Francesco: *Instituições do processo civil*, v. I. Trad. por Adrián Sotero de Witt Batista. São Paulo: Classic Book, 2000, p. 78.

<sup>142</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini: "Novas tendências na tutela jurisdicional dos interesses difusos" in *Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*, n.º 1/2. Uberlândia: Editora da Universidade Federal de Uberlândia, 1984, pp. 1-31, p. 3.

<sup>143</sup> CAPPELLETTI, Mauro: "Formaciones sociales e intereses de grupo frente a la justicia civil" in *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XI, n.º 31-32, en./ag. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1978, pp. 1-40, p. 5.

<sup>144</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini: "Novas tendências na tutela jurisdicional dos interesses difusos" in *Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*, n.º 1/2. Uberlândia: Editora da Universidade Federal de Uberlândia, 1984, pp. 1-31, pp. 3-4; MANCUSO: Rodolfo de Camargo, op. cit., p. 96. Mancuso faz uma ressalva aos direitos coletivos *stricto sensu*, que, no seu dizer, se também apresentam uma certa conflituosidade, seria menos intensa e de natureza diversa.



Na realidade, porém, esse núcleo de conflituosidade, tal como visto acima, encontra-se presente em todos os direitos metaindividuais, sejam eles difusos, coletivos *stricto sensu* ou individuais homogêneos.

Entretanto, é forçoso reconhecer que, nos direitos difusos, a litigiosidade é mais intensa do que nos direitos coletivos e individuais homogêneos em razão da maior extensão e fluidez subjetiva e pela própria natureza da matéria envolvida.

Isso porque os direitos difusos envolvem litígios que têm em suas origens verdadeiras escolhas políticas, sendo certo que, não raro, ambos os interesses contrapostos têm uma base de sustentação ideológica, em tese, aceitável dentro do contexto político e social<sup>145</sup>.

Nesse sentido, por exemplo, a instituição de censura prévia nas diversões públicas atende aos setores conservadores da sociedade, ao passo que conflita com os interesses da classe artística em se expressar com liberdade. Da mesma forma, o interesse na preservação de casas antigas, representativas de uma época, encontra-se em descompasso com o interesse dos incorporadores imobiliários em estender a urbanização das cidades<sup>146</sup>.

Não obstante, porém, a conflituosidade seja mais intensa nos direitos difusos, trata-se, sem dúvida, de característica presente nos direitos metaindividuais em geral.

Essa conflituosidade intensa e peculiar dos direitos coletivos *lato sensu* exige a atividade de pacificação social do Estado, que a exerce através do processo, donde a necessidade de instrumentos de tutela jurisdicional cada vez mais próximos da realidade coletiva de que aqui se cuida, tema que se encontra no cerne da presente dissertação e será tratado no item seguinte.

#### **4.6. A tutela jurisdicional dos direitos metaindividuais. Colocação do problema fora do âmbito do Direito Processual Civil.**

O Direito do Estado liberal, em razão da ideologia da igualdade formal então predominante, não tinha preocupação em tutelar de forma especial determinados bens ou

---

<sup>145</sup> Nesse sentido: Ada Pellegrini: "Novas tendências na tutela jurisdicional dos interesses difusos" *in Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*, n.º 1/2. Uberlândia: Editora da Universidade Federal de Uberlândia, 1984, pp. 1-31, p. 4; MANCUSO: Rodolfo de Camargo, op. cit., p. 92.

<sup>146</sup> Exemplos emprestados de MANCUSO: Rodolfo de Camargo, op. cit., pp. 92-93.

mesmo determinadas pessoas que se encontrassem em situação econômica ou social vulnerável.

Partindo do pressuposto de que todos eram iguais perante a lei, não se concebia qualquer necessidade de tutelas jurisdicionais específicas para essa ou aquela situação de direito material. Ao contrário, a idéia era justamente estabelecer procedimentos judiciais uniformes a fim de preservar a igualdade formal dos litigantes.

Nesse mesmo período, difundiam-se os estudos acerca da autonomia do direito processual, que levavam ao extremo a idéia da abstração do processo com relação ao direito material, do qual deveria aquele manter total distância.

Como bem visualiza Luiz Guilherme Marinoni, a uniformidade de procedimentos característica do século dezenove e primeira metade do século vinte se explica, por um lado, pela desnecessidade de se atribuir tratamento judicial diferenciado para determinadas situações sociais e realidades materiais à luz da ideologia liberal, e, por outro lado, pela confusão entre instrumentalidade do processo e sua neutralidade com relação ao direito material, promovida pela escola sistemática, que lutava incessantemente pela demonstração da total autonomia do direito processual com relação ao direito substancial<sup>147</sup>.

Nessa época, pensava-se que um único procedimento, indiferente às peculiaridades do direito material, seria suficiente para assegurar tutela jurisdicional aos mais diversos conflitos.

Foi nesse contexto que se desenvolveu o fenômeno da chamada ordinarização do processo, sendo o procedimento comum de rito ordinário concebido e adotado como procedimento-padrão para a tutela judicial dos direitos. Promoveu-se uma verdadeira universalização do rito ordinário, que, por estar baseado numa cognição exauriente, com garantia da mais ampla defesa, foi tido como fórmula perfeita para atender com eficiência qualquer espécie de pretensão.

No direito brasileiro, o legislador, impregnado por essa concepção, adotou o procedimento comum de rito ordinário como regra geral e como procedimento subsidiário em diversas demandas sujeitas a procedimentos, em princípio, especiais<sup>148</sup>.

---

<sup>147</sup> MARINONI, Luiz Guilherme, op. cit., pp. 37-41.

<sup>148</sup> Vide Código de Processo Civil, arts. 271; 292, § 2º; 898; 903; 912, parágrafo único; 924, 2ª parte; 931; 955; dentre outros.

Essa concepção de que o procedimento comum de rito ordinário seria completo e perfeito para dar tutela judicial às mais diversas situações conflituosas serviu de impulso à uma *universalização do próprio processo civil*, que, embora tenha sido originalmente concebido para promover a tutela de direitos patrimoniais, passou a ser utilizado para a composição de lides das mais diversas naturezas, inclusive de direito público.

Atribuiu-se ao Direito Processual Civil uma espécie de "competência residual", de forma a abranger todas as lides, à exceção das de natureza penal e trabalhista, para as quais foram desenvolvidos processos próprios, voltados às peculiaridades de tais conflitos.

Com o desenvolvimento dos ideais sociais, dentre os quais uma nova concepção de isonomia como igualdade material, que impõe o tratamento desigual dos desiguais, na medida de suas desigualdades, justamente para assegurar-lhes uma igualdade efetiva, começou-se a notar a insuficiência de um modelo uniforme de processo para tutelar, indistintamente, as mais diversas espécies de conflitos, percebendo-se a necessidade de tutelas jurisdicionais adequadas às peculiaridades do direito material em lide.

Difundiou-se, assim, em meados do século vinte, a busca pela chamada tutela jurisdicional diferenciada.

A expressão é equívoca, mas é possível identificar na doutrina dois sentidos principais na determinação dos lindes conceituais da tutela jurisdicional diferenciada. Sob um prisma, a tutela diferenciada volta-se para a tutela jurisdicional em si mesma, buscando-se provimentos jurisdicionais mais adequados à pretensão deduzida pela parte. Noutro ângulo, as atenções se voltam para o aspecto da cronologia da tutela jurisdicional, buscando-se instrumentos e técnicas aptos a promover um *iter* procedimental mais sintonizado com as necessidades de efetividade, celeridade e justiça, assim como com as próprias peculiaridades do direito posto em discussão<sup>149</sup>.

Ora, se os objetivos perseguidos são diversos, não há razão para se manter um modelo único de tutela jurisdicional nem tão pouco dos instrumentos e técnicas processuais necessários à sua consecução.

A consciência da necessidade de uma tutela jurisdicional e de instrumentos processuais adequados às peculiaridades do direito material é hoje uníssona, já estando

---

<sup>149</sup> ARMELIN, Donald: "Tutela jurisdicional diferenciada" in *Revista de Processo*, n.º 65. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, pp. 45-55, p. 46.

superada a idéia do procedimento padrão, substituída que foi pela noção de tutela diferenciada.

Essa necessidade foi sentida, de forma especial, em matéria de tutela jurisdicional dos direitos coletivos *lato sensu*.

Como já dizia Barbosa Moreira em pioneiro artigo sobre a matéria, "proteção jurídica dos interesses coletivos, se quer dizer alguma coisa, quer necessariamente dizer proteção *judicial* de tais interesses"<sup>150</sup>. De pouco adianta o reconhecimento jurídico dos direitos metaindividuais em nível de direito material se não se dispõe de instrumental processual adequado à sua efetivação.

Tendo em vista a natureza peculiar dos direitos coletivos *lato sensu*, para se ter uma tutela jurisdicional com um mínimo de eficiência, seria necessário um modelo processual que permitisse, por um lado, uma adequada "representação" em juízo dos direitos lesados ou ameaçados de lesão e, por outro lado, que a tutela jurisdicional deferida no processo pudesse ser estendida a todos os membros da coletividade; tudo isso sem que se exigisse a presença de cada um desses indivíduos na relação processual, o que findaria por tornar inviável o processamento coletivo de tais direitos.

Em atendimento a essa necessidade, a partir dos trabalhos e reivindicações dos doutrinadores que se dedicaram ao estudo dessa nova realidade jurídica<sup>151</sup>, foi que se desenvolveu o modelo teórico-processual das chamadas ações coletivas, que será objeto de estudo no capítulo seguinte e que corresponde à concretização do ideal da tutela jurisdicional diferenciada em matéria de direitos coletivos *lato sensu*.

Entretanto, embora a idéia do procedimento comum de rito ordinário como modelo padrão da tutela judicial de direitos tenha sido superada pela teoria da tutela jurisdicional diferenciada, o fenômeno da universalização do processo civil por ela desencadeado não teve o mesmo destino.

Ao contrário, encontra-se ainda presente nos dias de hoje a concepção de que o Direito Processual Civil seria dotado de uma certa universalidade e, por que não dizer

---

<sup>150</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos: "A proteção jurídica dos interesses coletivos" in *Revista Brasileira de Direito Processual*, v. 24. Rio de Janeiro: Forense, 1980, pp. 13-24, p. 15.

<sup>151</sup> Na Itália, merece destaque a atuação de Mauro Cappelletti, cujo trabalho, especialmente aquele consubstanciado no artigo "Formaciones sociales ...", aqui tantas vezes citado, contribuiu decisivamente para despertar o interesse da doutrina brasileira, desencadeando publicações e palestras a respeito da matéria também no território pátrio, encabeçadas principalmente por José Carlos Barbosa Moreira e Ada Pellegrini Grinover.

"transsubstancialidade", estando apto a fornecer, através de seu aparato normativo, conceitual, principiológico e instrumental, solução para as lides oriundas de qualquer área do direito, exceto as de natureza penal e trabalhista, que são objeto de ramos específicos do Direito Processual.

Tal concepção guarda íntima relação com o objeto da presente dissertação e encontra-se no cerne dos principais problemas que serão abordados no curso deste trabalho.

Em matéria de tutela coletiva, tem sabor de lugar-comum a afirmação de que o processo civil, por ter sido concebido para tutelar situações jurídicas individuais, em que as lides se adequam com perfeição ao modelo "Tício *versus* Caio", tratando de direitos de natureza eminentemente patrimonial, não está apto a promover uma efetiva e adequada tutela jurisdicional dos direitos metaindividuais.

Trata-se, aliás, de constatação que data dos primeiros estudos sobre a matéria, com Mauro Cappelletti, que não só observou essa inadequação do processo civil à tutela jurisdicional coletiva, como anunciou uma "metamorfose", uma verdadeira "revolução" que estaria em curso no processo civil visando a construir "novos tipos de tutela"<sup>152</sup>.

Diante da nítida inaptidão do processo civil para promover uma adequada e efetiva tutela jurisdicional dos direitos metaindividuais, a posição assumida pela doutrina desde o início das investigações, inclusive pelo próprio Cappelletti, foi no sentido de promover uma adaptação, uma atualização do processo civil à nova realidade coletiva, através de adequações em seus conceitos, princípios e técnicas seculares<sup>153</sup>, mas sempre a partir deles, o que, a rigor, foi uma reação compreensível tendo em vista que os primeiros estudiosos a se depararem com os problemas metaindividuais foram justamente os estudiosos do processo

---

<sup>152</sup> CAPPELLETTI, Mauro: "Formaciones sociales e intereses de grupo frente a la justicia civil" in *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XI, n.º 31-32, en./ag. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1978, pp. 1-40, pp. 4, 7, 32 e *passim*.

<sup>153</sup> CAPPELLETTI, Mauro: "Formaciones sociales e intereses de grupo frente a la justicia civil" in *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XI, n.º 31-32, en./ag. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1978, pp. 1-40, p. 4. No Brasil, dentre os primeiros trabalhos, podem-se citar: BARBOSA MOREIRA, José Carlos: "A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados 'interesses difusos'" in *Revista de Processo*, n.º 28. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, pp. 7-19, p. 7; GRINOVER, Ada Pellegrini: "Novas tendências na tutela jurisdicional dos interesses difusos" in *Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*, n.º 1/2. Uberlândia: Editora da Universidade Federal de Uberlândia, 1984, pp. 1-31, p. 17.

civil. Nada mais natural, portanto, do que pretenderem promover a solução de tais problemas a partir do processo civil.

Entretanto, tal circunstância não deve constituir obstáculo ao avanço do estudo científico da matéria, de forma a situá-lo em seu devido lugar.

Isso porque, respeitadas as opiniões em contrário<sup>154</sup>, o que se verifica é que essa tentativa de adequar o processo civil a uma realidade totalmente diversa daquela para a qual foi concebido não surtiu o efeito desejado de construir um sistema efetivo de tutela jurisdicional dos direitos coletivos *lato sensu*, cientificamente consistente e consentâneo com os escopos do processo.

Ao contrário, essa insistência doutrinária e legislativa em dirimir os conflitos coletivos a partir de conceitos, normas, princípios e instrumentos do processo civil, ainda que "adaptados", encontra-se na gênese dos principais problemas na matéria, provocando verdadeiras antinomias teóricas e até mesmo inconstitucionalidades, como se demonstrará no curso da presente dissertação, através do estudo da coisa julgada coletiva.

Daí porque se propõe, neste trabalho, que a tutela jurisdicional dos direitos coletivos *lato sensu* seja concebida e desenvolvida, conscientemente, como algo diverso e fora do âmbito do Direito Processual Civil.

Tratando-se de direitos de índole constitucional, como acima se verificou, tutelados por ações de origem também constitucional, consoante se verá abaixo, propõe-se aqui que a tutela jurisdicional dos direitos metaindividuais e, portanto, o estudo e interpretação de seus conceitos, normas, princípios e instrumentos processuais, seja visualizada como integrante do Direito Processual Constitucional<sup>155</sup>.

---

<sup>154</sup> VIGLIAR, José Marcelo Menezes, op. cit., pp. 25-34 e 186. Para esse autor, embora afirme que o individualismo "é o maior inimigo da defesa dos direitos transindividuais em juízo" e reconheça "incongruências" e uma verdadeira "incompatibilidade intrínseca na utilização dos postulados do processo individual para o *processo coletivo das demandas coletivas*", as adaptações já promovidas no processo civil seriam suficientes e teriam criado um sistema apto a promover uma adequada e efetiva tutela jurisdicional dos direitos metaindividuais.

<sup>155</sup> Nas obras de Willis Santiago Guerra Filho e Paulo de Tarso Brandão encontram-se entendimentos que guardam certa convergência com o ora proposto. Nesse sentido, Willis Santiago Guerra Filho defende que o processo de tutela dos direitos fundamentais, entre os quais situam-se parte dos direitos metaindividuais, deve ser desenvolvido como um processo de natureza constitucional (*Processo constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos, 2001, 2ª edição, pp. 16-17). Já Paulo de Tarso Brandão, ao tratar das ações constitucionais enquanto instrumentos de tutela dos novos direitos, aí incluídas não só as ações de natureza

Mas a inserção e visualização da matéria no âmbito do Direito Processual Constitucional, embora seja o grande primeiro passo, não é suficiente para a solução definitiva dos problemas da tutela jurisdicional coletiva, sendo ainda necessário que se desenvolva uma verdadeira consciência processual coletiva entre os estudiosos e operadores do Direito, que lhes permita, criar, estudar e interpretar as normas do processo coletivo de forma totalmente desapegada dos ideais individualistas que norteiam os conceitos e princípios basilares do processo civil, de forma a tornar possível, no futuro, o desenvolvimento de um Direito Processual Coletivo, talvez até independente e autônomo do próprio Direito Processual Constitucional.

Enquanto não se desenvolver esse pensamento processual coletivo, atento à natureza não individual e civil, mas sim coletiva e constitucional dos direitos metaindividuais e das ações que os tutelam, continuarão a existir incongruências, antinomias teóricas e inconstitucionalidades no sistema processual de tutela dos direitos coletivos *lato sensu*, como ocorre atualmente, consoante se demonstrará nos capítulos seguintes, onde serão estudadas as ações coletivas, instrumentos processuais através dos quais se promove a tutela judicial dos direitos metaindividuais, e a disciplina da coisa julgada em tais ações.

---

coletiva mas também elas, propõe que seja elaborada uma Teoria Geral própria das ações constitucionais, que não seja embasada nos conceitos tradicionais da Teoria Geral do Direito, da Teoria Geral do Estado e, principalmente do Processo Civil, afirmando que o primeiro grande passo para a elaboração dessa Teoria Geral é a percepção da natureza constitucional dessas ações, o que as inclui no âmbito do Direito Processual Constitucional e não no âmbito do Direito Processual Civil (*Ações constitucionais: novos direitos e acesso à justiça*. Florianópolis: Habitus, 2001, pp. 180-182, 196-198).

## 5. AÇÕES COLETIVAS. FUNDAMENTOS TEÓRICOS.

### 5.1. Conceito.

Quando se fala em ações coletivas, há uma tendência a associar o surgimento de tais ações ao fenômeno contemporâneo da chamada "sociedade de massas", até porque, como se viu nos capítulos anteriores, foi nessa época que se intensificaram os estudos teóricos e o próprio reconhecimento jurídico dos direitos metaindividuais, que constituem o objeto de tutela das ações coletivas.

Márcio Flávio Mafra Leal<sup>156</sup>, porém, demonstra o equívoco de tal associação, revelando que a forma coletiva de estruturação de litígios, em suas origens mais remotas, existe há, pelo menos, oito séculos. Ressaltando a existência de diferenças relevantes entre as primeiras ações coletivas e os modelos contemporâneos, o autor localiza os primeiros casos de ações coletivas na Europa medieval do século doze, quando comunidades de aldeões entravam em conflito com seus senhores e nomeavam uma espécie de procurador para reivindicar questões relativas à administração e utilização das terras dos feudos e à própria extinção da condição de servos; bem como quando fiéis disputavam o pagamento de dízimos com os párocos e as corporações questionavam o pagamento de tributos ou arrendamentos impostos pela autoridade local ou pelo senhor feudal.

A maior parte da doutrina<sup>157</sup>, entretanto, como reconhece o próprio Mafra Leal<sup>158</sup>, prefere localizar os ancestrais da moderna ação coletiva no século dezessete, como uma ramificação do *bill of peace* inglês, que se constituía numa espécie de autorização judicial para processamento coletivo de uma ação inicialmente individual, concedida quando o autor pleiteava que o provimento jurisdicional englobasse os direitos de todos os indivíduos envolvidos no litígio, a fim de que a questão obtivesse tratamento uniforme, evitando, assim,

---

<sup>156</sup> LEAL, Márcio Flávio Mafra, op. cit., pp. 21-22.

<sup>157</sup> BUENO, Cássio Scarpinella: "As *class actions* norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta" in *Revista de Processo*, n.º 82. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, pp. 92-151, p. 93. No mesmo sentido, GRINOVER, Ada Pellegrini: "Das *class action for damages* à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade" in *Ação Civil Pública: Lei 7.347/1985 - 15 anos*. Coord. Édis Milaré. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, 2ª edição, pp. 19-39, p. 21.

<sup>158</sup> LEAL, Márcio Flávio Mafra, op. cit., pp. 22-23.



as indesejáveis multiplicações de processos. O *bill of peace* teria originado as *class actions* norte-americanas, desenvolvendo-se, a partir daí, o processo coletivo de um modo geral.

Sem pretender polemizar acerca da origem histórica do instituto, numa ou noutra hipótese, verifica-se que a doutrina enxerga os antecedentes das ações coletivas em remotas manifestações de interesses<sup>159</sup> que extrapolavam a dimensão individual, mas eram defendidos perante a parte adversa por uma única pessoa, que atuava como uma espécie de representante da comunidade envolvida, no intuito de que todos fossem alcançados pela solução da questão.

E aí se encontram os elementos fundamentais para a compreensão conceitual das ações coletivas, que permitem distingui-las da ação individual. Antes, porém, de apresentar um conceito formal de ação coletiva, cumpre examinar como ela tem sido definida na doutrina.

Alguns autores identificam a ação coletiva a partir do direito material por ela veiculado. Nesse sentido, Teresa Arruda Alvim afirma que "ações coletivas são aquelas por meio das quais se defendem direitos coletivos *lato sensu*, ou seja, direitos difusos, coletivos em sentido estrito, e individuais homogêneos"<sup>160</sup>. Na mesma linha, José Marcelo Menezes Vigliar defende que "as ações serão coletivas porque veiculam pretensões coletivas"<sup>161</sup>.

Entretanto, não parece apropriado conceituar um instituto de direito processual unicamente a partir do direito substancial por ele instrumentalizado. Por mais que o processo sirva ao direito material, os institutos processuais têm autonomia científica e, como tal, devem ser conceituados a partir de seus elementos processuais.

E a ação coletiva, indubitavelmente, possui elementos processuais próprios, que permitem distingui-la da ação individual.

José Carlos Barbosa Moreira, embora não ofereça um conceito formal e acabado, compreende a ação coletiva fundamentalmente a partir de sua estrutura de

---

<sup>159</sup> Utiliza-se aqui a expressão "interesses" ao invés de "direitos" pelo fato de, na época em que se verificaram as manifestações mais remotas de ações coletivas, a maioria dos interesses metaindividuais não serem ainda dotados de reconhecimento jurídico ao ponto de alcançarem o *status* de direitos.

<sup>160</sup> ARRUDA ALVIM, Teresa: "Apontamentos sobre ações coletivas" in *Revista de Processo*, n.º 75. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, pp. 273-283, p. 273.

<sup>161</sup> VIGLIAR, José Marcelo Menezes: "Ação civil pública ou ação coletiva?" in *Ação Civil Pública: Lei 7.347/1985 - 15 anos*. Coord. Édis Milaré. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, 2ª edição, pp. 441-457, p. 455.

legitimação processual, ao afirmar que "um dos traços característicos dessas chamadas ações coletivas consiste, precisamente, na possibilidade, que em geral se assegura, de que a lide seja posta sob a cognição judicial por iniciativa de uma única pessoa, física ou jurídica"<sup>162</sup>.

Já para Rodolfo de Camargo Mancuso o elemento conceitual principal seria a extensão da coisa julgada, ao considerar que "uma ação é coletiva quando algum nível do universo coletivo será atingido no momento em que transitar em julgado a decisão que a acolhe, espraiando assim seus efeitos"<sup>163</sup>.

Kazuo Watanabe, por seu turno, utiliza tanto a natureza do direito material como elementos processuais para conceituar a ação coletiva e vai ainda além, ao afirmar que "a natureza verdadeiramente coletiva da demanda depende não somente da legitimação ativa para a ação e da natureza dos interesses ou direitos nela veiculados, como também da causa de pedir invocada e do tipo e abrangência do provimento jurisdicional postulado, e ainda da relação de adequação entre esses elementos objetivos da ação e a legitimação *ad causam* passiva"<sup>164</sup>.

Antonio Gidi traz uma definição que bastante se assemelha à idéia conceitual de ação coletiva que aqui se pretende defender. Para esse autor, três elementos são indispensáveis à caracterização de uma ação como coletiva, a saber, a legitimidade para agir, o objeto do processo e a coisa julgada. E assim define: "ação coletiva é a ação proposta por um legitimado autônomo (*legitimidade*), em defesa de um direito coletivamente considerado (*objeto*), cuja imutabilidade do comando da sentença atingirá uma comunidade ou coletividade (*coisa julgada*)"<sup>165</sup>.

Já Márcio Flávio Mafra Leal, embora critique a definição fornecida por Antonio Gidi, desenvolve uma concepção de ação coletiva que, em seu cerne, traz praticamente os mesmos elementos postos por Gidi.

Partindo, confessadamente, da idéia lançada mas não desenvolvida por Barbosa Moreira, Mafra Leal defende a existência de duas espécies de ações coletivas distintas, que, no seu entender, merecem tratamento teórico em separado. São elas: a ação coletiva para

---

<sup>162</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos: "Ações coletivas na Constituição Federal de 1988" in *Revista de Processo*, n.º 61. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, pp. 187-200, p. 187.

<sup>163</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo: *Ação popular*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, 4ª edição, p. 36.

<sup>164</sup> WATANABE, Kazuo: "Demandas coletivas e os problemas emergentes da práxis forense" in *Revista de Processo*, n.º 67. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, pp. 15-25, p. 23.

<sup>165</sup> GIDI, Antonio, op. cit., p. 16.

defesa de direitos individuais sob tratamento processual coletivo e a ação coletiva para defesa de direitos difusos. Seguindo essa linha de raciocínio, o conceito de ação coletiva fornecido por Márcio Flávio Mafra Leal é dividido em dois e assim apresentado: "o primeiro conceito é o das ações para defesa de direitos individuais sob tratamento processual coletivo, que se denomina ACDD: trata-se de uma ação de representação, em juízo, por uma ou mais pessoas (físicas ou jurídicas) de direitos *individuais*, cujos titulares não figuram na relação processual, direitos estes que processualmente são tratados de maneira uniforme, como se fossem direitos de uma classe, em virtude da extensão da coisa julgada, que atinge todos seus integrantes. A outra ação coletiva também se vale de um modelo representativo de um direito alheio: o direito de uma comunidade, considerada como uma *unidade* sem personalidade jurídica, representada processualmente por um terceiro em virtude de lei ou por autorização judicial. A disciplina da extensão da coisa julgada, nesse caso, é desnecessária, em virtude de o direito material ser atribuído à comunidade e não a seus membros, ou em outra perspectiva, aos membros enquanto inseridos no contexto comunitário. A essa ação vai denominar-se *ação coletiva para defesa de direitos difusos - ACDD*"<sup>166</sup>.

Como se verifica, em ambos os conceitos apresentados por Mafra Leal, são considerados três elementos, a saber, a representação judicial do direito de uma coletividade por uma única pessoa, o direito material objeto do processo e a questão da coisa julgada, sendo que, com relação a esses dois últimos elementos, há pequenas variações, visto que, na primeira ação, trata-se de direitos individuais coletivamente tratados e a extensão da coisa julgada depende de disposição legal expressa, enquanto, na segunda ação, trata-se de direitos essencialmente coletivos e, por essa razão, a extensão da coisa julgada seria automática.

Essas variações conceituais entre as duas ações definidas por Márcio Flávio Mafra Leal são, como se vê, de pequena monta, sendo indubitável a existência de uma essência comum, tratando-se, a rigor, de uma única ação coletiva, como ele mesmo reconhece<sup>167</sup>, mas, que, para fins de organização de sua teoria das ações coletivas, receberam tratamento em separado.

E os elementos de identificação dessa ação coletiva são a representação (que está intrinsecamente ligada à questão de legitimação), o direito material por ela veiculado e a

---

<sup>166</sup> LEAL, Márcio Flávio Mafra, op. cit., pp. 43-44.

<sup>167</sup> LEAL, Márcio Flávio Mafra, op. cit., p. 45.

coisa julgada, elementos que, aliás, encontram-se presentes, isoladamente ou em conjunto, em todas as definições acima apresentadas.

A essa altura, é possível definir a ação coletiva como um modelo processual de ação através do qual são tutelados direitos essencialmente ou processualmente coletivos<sup>168</sup> e que se caracteriza pela presença de um mecanismo de legitimação ativa que permite a representação em juízo, por uma única pessoa, física ou jurídica, de direito pertencente a toda uma coletividade mais ou menos ampla de pessoas, e por um mecanismo de coisa julgada que possibilita que todos os integrantes dessa coletividade titular do direito sejam alcançados pela imutabilidade da sentença ali prolatada.

Assim, sob o ponto de vista estritamente processual, o que identifica a ação coletiva, permitindo distingui-la da ação individual, são os mecanismos de legitimação ativa e de extensão da coisa julgada, desenvolvidos justamente para permitir que as ações coletivas pudessem cumprir sua função social e política de promover a solução dos conflitos de massa com eficiência, o que implica a eliminação da multiplicação de demandas individuais, mediante uniformidade e celeridade na solução da lide coletiva.

Compreendido, nesses termos, o conceito de ação coletiva, passa-se à análise de seus principais aspectos teóricos.

## **5.2. O problema teórico das ações coletivas: a conformidade de seu modelo processual com o devido processo legal.**

As ações coletivas têm duas características principais, quais sejam, a concentração em uma ou algumas pessoas da defesa judicial dos direitos de toda uma classe ou comunidade de indivíduos e a extensão da coisa julgada a todos os integrantes dessa classe ou comunidade titular do direito, ainda que não tenham integrado, formalmente, a relação processual.

A doutrina em geral tem se inclinado a justificar a ação coletiva sob os pontos de vista sociológico e político, como um instrumento essencial de acesso à justiça e de política judiciária na tutela dos direitos coletivos *lato sensu*, na medida em que propicia proteção jurisdicional para esses novos direitos e privilegia a economia processual,

---

<sup>168</sup> Os conceitos de direitos essencialmente e processualmente coletivos foram objeto do capítulo anterior.

constituindo-se num mecanismo que evita a multiplicação de litígios individuais, tornando, assim, mais eficiente a administração da justiça.

Entretanto, sob o ponto de vista teórico-científico, o modelo processual das ações coletivas traz em si um problema de compatibilização com garantias processuais tradicionalmente consagradas no sistema jurídico.

Isso porque, considerando-se os elementos processuais característicos da ação coletiva, o seu modelo representaria, em princípio, uma intromissão no direito individual de ação, com vulneração do princípio da inafastabilidade da apreciação judicial de lesão ou ameaça a direito (CF, art. 5º, inc. XXXV), bem como um abalo às garantias do contraditório e da ampla defesa (CF, art. 5º, inc. LV), uma vez que pessoas que não participaram efetiva e diretamente do processo, não foram ouvidas, não produziram provas e, aliás, não optaram, necessariamente, pelo ajuizamento da ação, terão sua esfera individual atingida pela sentença proferida no processo coletivo.

Essas garantias processuais que, *prima facie*, restariam arranhadas pelo modelo processual da ação coletiva podem ser sintetizadas na cláusula do devido processo legal.

Embora alguns prefiram situar o direito à tutela jurisdicional como um princípio diverso do devido processo legal<sup>169</sup>, numa interpretação mais ampla, o *due process of law* é uma cláusula geral de garantia processual, da qual decorrem diversos princípios, dentre eles o próprio direito à jurisdição, expresso no princípio da inafastabilidade da apreciação judicial de lesão ou ameaça a direito.

A rigor, na origem da concepção norte-americana, o *due process of law* se traduz numa garantia que vai além da própria esfera judicial, sendo um princípio do Estado de Direito que abrange, além do aspecto processual (*judicial process*), a imperiosidade duma elaboração regular e correta das leis, assim como da razoabilidade e senso de justiça de seu próprio conteúdo (*substantive due process of law*)<sup>170</sup>.

Na esfera jurisdicional, como ensinam Tucci & Tucci, "a *garantia constitucional do devido processo legal* deve ser uma realidade em todas as etapas do processo judicial, de sorte que ninguém seja privado de seus direitos, a não ser que no

---

<sup>169</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini: *Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil*. São Paulo: Bushatsky, 1975, p. 19. A autora afirma que "a justiça civil, assim como a penal, é informada por dois grandes princípios constitucionais: o direito à tutela jurisdicional e o devido processo legal".

<sup>170</sup> TUCCI, Rogério Lauria & TUCCI, José Rogério Cruz e: *Devido processo legal e tutela jurisdicional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, pp. 18-19.

procedimento em que este se materializa se constatem todas as formalidades e exigências em lei previstas. Desdobram-se estas nas *garantias*: a) de *acesso à justiça*; b) do *juiz natural ou preconstituído*; c) de *tratamento paritário dos sujeitos parciais do processo*; d) da *plenitude de defesa, com todos os meios e recursos a ela inerentes*; e) da *publicidade dos atos processuais* e da *motivação das decisões jurisdicionais*; e f) da *prestação jurisdicional dentro de um lapso temporal razoável*"<sup>171</sup>.

O devido processo legal é, assim, um princípio de vasta amplitude, que assegura ao cidadão não só o acesso ao Judiciário como forma de tutela de seus direitos, mas também o direito de estar presente, ser ouvido e produzir provas, em igualdade de condições, em processo cujo resultado possa interferir em sua liberdade pessoal ou seu patrimônio.

Na feliz expressão de Márcio Flávio Mafra Leal, a cláusula do devido processo legal pode ser sintetizada, basicamente, "no direito de participar do processo", direito esse que se transmuda em uma série de subprincípios e garantias processuais, tais como a ampla defesa, a paridade de armas, o juiz natural, etc<sup>172</sup>.

No processo civil, de origem essencialmente individualista, o direito é defendido em juízo pessoalmente por seu titular ou alguém em seu nome, por ele expressamente autorizado. Já no processo coletivo, a ação é proposta e o direito é defendido por um "representante"<sup>173</sup>, assim considerado por lei ou por decisão judicial, sem que todos os integrantes da coletividade titular do direito tenham consentido na representação ou mesmo tenham sido consultados sobre a propositura da ação. Nessa situação, sob a perspectiva do processo civil, por força do princípio do devido processo legal, a imutabilidade da sentença não poderia se estender àqueles que não participaram do processo ou não consentiram, expressamente, na defesa judicial de seus interesses.

Surge, assim, o problema teórico de equacionar o modelo processual da ação coletiva e seus mecanismos de representação de direitos e extensão da coisa julgada com as exigências do devido processo legal.

---

<sup>171</sup> TUCCI, Rogério Lauria & TUCCI, José Rogério Cruz e: *Devido processo legal e tutela jurisdicional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 107.

<sup>172</sup> LEAL, Márcio Flávio Mafra, op. cit., p. 35.

<sup>173</sup> O termo "representante" não tem aqui o significado técnico-jurídico que lhe atribuí o sistema jurídico brasileiro e dos demais países da *civil law*. O sentido de "representação", no texto, aproxima-se da idéia de "defesa em juízo"

Tal problema foi sentido já nos primeiros estudos sobre a tutela jurisdicional dos direitos coletivos *lato sensu*.

Mauro Cappelletti, ao se deparar com a impossibilidade de se assegurar, de forma rígida, a observância do contraditório nas ações coletivas através do chamamento ao processo de todos os membros da coletividade titular do direito em lide (o que, a rigor, inviabilizaria a tutela coletiva), concluiu pela insuficiência dos "milenares princípios do contraditório e da ampla defesa" ante às exigências da sociedade contemporânea e anunciou a necessidade de se superarem os esquemas de "garantismo" processual de índole individualista e de se fazer nascer, em seu lugar, um novo tipo de "garantismo", por ele denominado "social" ou "coletivo", o qual, no seu entender, deveria ser concebido como salvaguarda não do indivíduo mas sim dos grupos, dos corpos intermediários<sup>174</sup>, enfim, da coletividade.

No Brasil, Ada Pellegrini Grinover, ao estudar as garantias constitucionais do processo nas ações coletivas, tratando especificamente do devido processo legal, detectou a existência de uma transformação no conteúdo dessa garantia, decorrente da transposição do enfoque individual para o social, no sentido de ser vista não apenas como garantia das partes, mas também de um justo processo<sup>175</sup>.

De fato, a garantia do devido processo legal, nos moldes em que foi concebida, possui indiscutível inspiração individualista e, a rigor, nem poderia ser de outra forma, uma vez que a dimensão coletiva dos direitos somente aflorou no Estado contemporâneo.

É decorrência da idéia do indivíduo como ser absolutamente livre e autônomo, a noção do direito de ação como que um bem de propriedade do indivíduo, a quem cabe exclusivamente a escolha de exercê-lo ou não para defesa de direito de que é titular; sendo também fruto da concepção individualista o repúdio à possibilidade de o indivíduo sofrer em sua esfera pessoal ou patrimonial os efeitos de sentença proferida em processo no qual não foi pessoalmente ouvido nem produziu provas.

Afigura-se, assim, indubitável a necessidade apontada por Cappelletti de se promover uma "socialização" ou "coletivização" do conceito mesmo do devido processo legal

---

<sup>174</sup> CAPPELLETTI, Mauro: "Formaciones sociales e intereses de grupo frente a la justicia civil" in *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XI, n.º 31-32, en./ag. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1978, pp. 1-40, pp. 36-37.

<sup>175</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini: "As garantias constitucionais do processo nas ações coletivas" in *Novas tendências do Direito Processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, 2ª edição, pp. 45-59, p. 48.

e das garantias processuais que integram esse princípio, a fim de aproximá-los da realidade dos novos direitos metaindividuais.

Foi seguindo essa linha de "coletivização" da noção do devido processo legal que se desenvolveu a teoria da "adequada representação", como justificativa teórica para o modelo processual das ações coletivas.

A teoria da "representatividade adequada" ou da "adequada representação" foi desenvolvida a partir de julgados da Suprema Corte norte-americana, que, em casos históricos, confirmando tendência já existente na jurisprudência inglesa, deferiu o processamento coletivo de ações propostas individualmente, estendendo a solução da questão para todos os integrantes da coletividade envolvida, sob o argumento de que os direitos dos ausentes estavam adequadamente representados no processo<sup>176</sup>.

A adequada representação foi consagrada nos Estados Unidos da América pelas *Federal Rules of Civil Procedure*, reformadas em 1966, mais especificamente na *Rule* n.º 23, "a", que, ao tratar da *class action*, traz a exigência de que "*the representative parties will fairly and adequately protect the interest of the class*"<sup>177</sup> (em tradução livre: a parte representativa deverá proteger de forma justa e adequada o interesse da classe).

A idéia fundamental é a de que, se os interesses ou direitos dos indivíduos ausentes são adequadamente representados<sup>178</sup> no processo, afigura-se legítima a extensão da imutabilidade do julgado para todos os membros da coletividade, ainda que não tenham participado, nem sido pessoalmente ouvidos no processo, não havendo violação ao devido processo legal, nem ao acesso à justiça e à ampla defesa que integram essa garantia processual. No dizer de Mauro Cappelletti<sup>179</sup>, é como se todos os membros da classe, mesmo

---

<sup>176</sup> LEAL, Márcio Flávio Mafra, op. cit., pp. 89-91.

<sup>177</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini: "As garantias constitucionais do processo nas ações coletivas" in *Novas tendências do Direito Processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, 2ª edição, pp. 45-59, p. 57, nota de rodapé n.º 56.

<sup>178</sup> O termo "representação" não tem o significado técnico-jurídico que lhe atribui o sistema jurídico brasileiro e dos demais países da *civil law*. O sentido de "representação", na teoria da adequada representatividade, aproxima-se de "defesa em juízo".

<sup>179</sup> CAPPELLETTI, Mauro: "Formaciones sociales e intereses de grupo frente a la justicia civil" in *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XI, n.º 31-32, en./ag. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1978, pp. 1-40, p. 37.



que não individualizados, não cientificados da ação nem ouvidos pessoalmente, tivessem tido sua defesa através da garantia de defesa e do contraditório assegurados ao autor ideológico.

No Brasil, a adequada representação do direito metaindividual em juízo, presumida por lei no ato da atribuição da legitimidade para propositura da ação coletiva, também é utilizada pela doutrina como lastro teórico na justificativa do modelo processual da ação coletiva, inclusive com relação à extensão subjetiva da coisa julgada.

Nesse sentido, assim lecionou Ada Pellegrini Grinover: "nas ações coletivas, há uma profunda correlação entre o regime da coisa julgada e a legitimação para a causa. E até mesmo a constitucionalidade do julgado *ultra partes* depende dos esquemas de legitimação. (...) A verdade é que cada vez mais se empreendem esforços no sentido de buscar, no portador dos interesses comuns, legitimado à ação, garantias de seriedade e eficiência, para que a 'representação' do conjunto de interessados se faça de maneira 'adequada'. E é justamente na ótica da 'representatividade adequada' que podem ser resolvidos os problemas constitucionais da informação e dos limites subjetivos da coisa julgada, nas ações coletivas"<sup>180</sup>.

Na mesma linha, Antonio Gidi confirma a relação entre adequada representação, legitimidade para agir e extensão da coisa julgada em matéria de tutela judicial dos direitos metaindividuais, ao afirmar que: "procura-se regular a legitimidade *para que* os interessados tenham os seus interesses adequadamente representados em juízo, uma vez que devem ser, de alguma forma, afetados pela imutabilidade do comando da sentença coletiva sem que tenham sido parte no processo coletivo ou sequer ouvidos"<sup>181</sup>.

Assim, é na adequada representação dos direitos metaindividuais pelo autor coletivo que a doutrina encontra a justificativa teórica do modelo processual das ações coletivas, compatibilizando-o com as exigências do devido processo legal.

Nesse particular, porém, o direito positivo brasileiro não encampou integralmente o modelo norte-americano de adequada representação. No sistema da *common law*, compete ao juiz, examinando cada caso concreto e aferindo, discricionariamente, uma série de elementos ditados em lei e, sobretudo, pela jurisprudência, decidir se o autor tem

---

<sup>180</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini: "As garantias constitucionais do processo nas ações coletivas" *in Novas tendências do Direito Processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, 2ª edição, pp. 45-59, pp. 56-57.

<sup>181</sup> GIDI, Antonio, op. cit., p. 34.

capacidade de representar adequadamente os interesses da classe, deferindo, em caso positivo, autorização para o processamento coletivo da ação (*certification*)<sup>182</sup>.

Embora o Projeto Bierrenbach, de autoria de Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, Kazuo Watanabe e Waldemar Mariz de Oliveira Júnior, assim como o Projeto de Lei elaborado pela Procuradoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo, contemplassem um modelo de aferição *ope judicis* da adequada representação, pelo menos com relação às associações<sup>183</sup>, a Lei da Ação Civil Pública de 1985, que se originou daqueles projetos, assim como os demais diplomas normativos que a sucederam na regulamentação das ações coletivas, não adotaram o sistema de controle judicial da representatividade adequada.

No sistema pátrio, a própria lei se encarrega de analisar e eleger as pessoas que ostentam condições de defender adequadamente os direitos coletivos *lato sensu*, atribuindo exclusivamente a essas pessoas a legitimidade para a propositura das ações coletivas.

De um modo geral, essa aptidão para promover uma adequada representação dos direitos metaindividuais em juízo é reconhecida a entidades públicas e privadas que se dedicam institucionalmente à defesa desses direitos.

Em contrapartida a essa espécie de representatividade adequada presumida, o sistema brasileiro cercou-se de cautelas e criou mecanismos de controle da atuação do autor coletivo, a fim de assegurar uma defesa realmente adequada e justa dos direitos veiculados através de ações coletivas.

Assim, a intervenção do Ministério Público, na condição de *custos legis*, é obrigatória quando esse órgão não figurar como autor da ação coletiva<sup>184</sup>; em caso de

---

<sup>182</sup> BUENO, Cássio Scarpinella: "As *class actions* norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta" in *Revista de Processo*, n.º 82. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, pp. 92-151, pp. 109-110.

<sup>183</sup> O projeto Bierrenbach e o Projeto do Ministério Público de São Paulo optaram por combinar critérios da *common law* e da *civil law*, indicando o Ministério Público e as associações privadas como legitimados à propositura da ação coletiva, e confiando ao juiz, com relação às associações, o exame, caso a caso, de sua capacidade para promover uma justa representação dos direitos que se propunham a defender, indicando a pré-constituição dessas associações e as suas finalidades institucionais como dados a serem considerados, dentre outros, na análise discricionária do julgador. A íntegra dos referidos projetos de lei, bem como do Projeto do Executivo que resultou na Lei da Ação Civil Pública encontra-se em MILARÉ, Édís: *Ação Civil Pública: Lei 7.347/1985 - 15 anos*. Coord. Édís Milaré. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, 2ª edição, pp. 857-880.

<sup>184</sup> Lei n.º 4.717/65, arts. 6º, § 4º e 7º, I, "a"; Lei n.º 7.347/85, art. 5º, § 1º e Código de Defesa do Consumidor, art. 92.

desistência ou abandono da ação, o Ministério Público ou outra entidade legitimada assumirá a condução do processo<sup>185</sup>; qualquer legitimado poderá intervir no processo na condição de litisconsorte<sup>186</sup>; quando a ação coletiva for julgada improcedente por insuficiência de provas, outra ação idêntica poderá ser proposta com base em novas provas<sup>187</sup>; há um sistema de repressão ao dolo processual, mediante imposição de sanção pecuniária, a atingir, inclusive, as pessoas físicas dos diretores da associação autora<sup>188</sup>, dentre outras medidas.

Além disso, há a natural presidência do processo coletivo pelo juiz, a quem incumbe também velar pela conduta processual dos litigantes. Hoje, já não há mais espaço, como no passado, para o magistrado inerte, que apenas assistia, frio e distante, o duelo entre as partes.

Especialmente com relação aos processos de índole coletiva, que envolvem direitos de cidadania, de forte conotação política e de assento constitucional, tem-se exigido uma postura cada vez mais ativa e interventiva do magistrado a fim de assegurar uma efetiva e justa composição das lides de dimensão metaindividual<sup>189</sup>.

É, assim, através de um rigor maior na atribuição da legitimidade para propositura de ações coletivas - visto que, no Brasil, ao contrário do que ocorre no sistema norte-americano, não se reconhece legitimidade para postular a defesa de direitos coletivos a qualquer cidadão<sup>190</sup>, mas apenas a algumas entidades que, a partir de critérios objetivos,

---

<sup>185</sup> Lei n.º 4.717/65, art. 9º; Lei n.º 7.347/85, art. 5º, § 3º.

<sup>186</sup> Lei n.º 4.717/65, art. 6º, § 5º; Lei n.º 7.347/85, art. 5º, § 2º.

<sup>187</sup> Lei n.º 4.717/65, art. 18; Lei n.º 7.347/85, art. 16 e Código de Defesa do Consumidor, art. 103, I e II.

<sup>188</sup> Lei n.º 4.717/65, art. 13; Lei n.º 7.347/85, arts. 17 e 18 e Código de Defesa do Consumidor, art. 87.

<sup>189</sup> Nesse sentido: DINAMARCO, Cândido Rangel: "O Poder Judiciário e o meio ambiente" in *Revista dos Tribunais*, v. 631. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, pp. 24-28, *passim*; MILARÉ, Édís: "Tutela jurisdicional do meio ambiente" in *Revista dos Tribunais*, v. 676. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, pp. 48-59, p. 57; CINTRA JÚNIOR, Dyrceu Aguiar Dias: "Interesses metaindividuais: questão de acesso à justiça" in *Revista dos Tribunais*, v. 676. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, pp. 39-47, pp. 41, 45-47; TUCCI, José Rogério Cruz e: "Código do Consumidor e processo civil - aspectos polêmicos" in *Revista dos Tribunais*, v. 671. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, pp. 32-39, pp. 33 e 38. Sobre o papel do juiz na defesa dos direitos metaindividuais, partindo do fato de que grande parte das ações coletivas que são distribuídas nos foros brasileiros acabam sendo extintas sem julgamento de mérito por ausência de legitimidade ativa, Cássio Scarpinella Bueno sugere que, através dos "decretos de carência de ação", os juízes brasileiros poderiam estar exercendo, veladamente, um controle concreto, caso a caso, da adequada representação (Op. cit., p. 131).

<sup>190</sup> No Brasil, somente se atribui legitimidade ao cidadão para promover processo coletivo no caso da ação popular (Lei n.º 4.717/65, art. 1º).

ostentam capacidade de bem representar os interesses da comunidade -, combinado com um sistema de controle e fiscalização da atuação processual dos autores coletivos, que se assegura, no sistema pátrio, uma adequada defesa em juízo dos direitos metaindividuais, compatibilizando o modelo processual das ações coletivas com o devido processo legal.

Nesse contexto, em que se encontra a conformação do modelo processual das ações coletivas com as garantias constitucionais do devido processo legal na adequada representação dos interesses da coletividade em juízo, verifica-se que a revisão do conteúdo do devido processo legal a fim de adaptá-lo às peculiaridades do processo coletivo vai além do que fora proposto por Mauro Cappelletti.

Nessa nova realidade, é notório que a cláusula do devido processo legal e as garantias processuais a ela inerentes não devem ser compreendidas como garantias do indivíduo isoladamente considerado, como ocorria em sua concepção individualista.

Mas também não é suficiente que se conceba o devido processo legal como salvaguarda do grupo, da coletividade titular do direito metaindividual, como propôs Cappelletti, até porque tal concepção ainda guarda uma certa subjetividade, só que num espectro mais amplo.

No processo coletivo, o devido processo legal deve ser compreendido e interpretado como garantia do próprio direito metaindividual, cuja dimensão coletiva e índole política e constitucional, enquanto direito de cidadania, é que justificam a elaboração e desenvolvimento de um sistema processual adequado às suas peculiaridades e apto a dar-lhe a devida e efetiva tutela.

Se o modelo processual assegura a ampla e adequada defesa do direito coletivo *lato sensu*, como ocorre no sistema brasileiro, cumprida está a cláusula do devido processo legal, não havendo qualquer ranhura a esse princípio no fato de a defesa desse direito ser promovida por uma única pessoa, sem a presença formal de todos os interessados, nem tão pouco na extensão da coisa julgada a todos os membros da coletividade titular do direito.

Demonstrada, nestes termos, a conformidade da ação coletiva com a cláusula do devido processo legal, passa-se à análise de dois aspectos desse modelo processual que constituem noções fundamentais para o desenvolvimento de um adequado e consistente pensamento processual coletivo, quais sejam, a questão da legitimidade, que, aliás, guarda íntima relação com a noção de adequada representatividade, e o caráter objetivo do processo coletivo.

### 5.3. A questão da legitimação.

A questão da legitimidade em ações coletivas envolve dois problemas principais, sendo um de ordem teórica e outro de ordem prática.

Em nível teórico, cumpre identificar a natureza da legitimação atribuída ao autor coletivo para promover a defesa, em juízo, dos direitos de toda uma coletividade, grupo ou comunidade.

Seria essa legitimidade ordinária ou extraordinária? Ou seria ainda um *tertium genus*, uma espécie *sui generis* de legitimação, até então desconhecida no processo civil, e especialmente adequada ao direito processual coletivo?

Já sob um ponto de vista mais pragmático, o questionamento fundamental reside em saber a quem se deve atribuir legitimidade para promover, em juízo, a defesa dos direitos metaindividuais. Seria o cidadão o paladino ideal para a defesa de tais direitos? Ou deve-se atribuir o poder de agir, na esfera coletiva, a pessoas jurídicas? Em tal caso, seriam mais adequadas as entidades privadas ou públicas?

É a análise de tais aspectos teóricos e práticos da legitimidade coletiva que constitui o objeto de estudo dos sub-itens seguintes.

#### 5.3.1. A natureza da legitimação coletiva.

No processo civil, tal como classicamente conhecido e estudado, a legitimação para agir ou *legitimatío ad causam* guarda estreita relação com a titularidade do direito material que se pretende defender em juízo, decorrendo de uma verdadeira coincidência entre o autor da ação e a pessoa a quem o ordenamento jurídico confere a situação de vantagem.

Nas palavras de Chiovenda, verifica-se a legitimidade das partes quando há a "identidade da pessoa do autor com a pessoa a quem a lei favorece (legitimação ativa) e a identidade da pessoa do réu com a pessoa a quem é contrária a vontade da lei (legitimação passiva)"<sup>191</sup>.

---

<sup>191</sup> CHIOVENDA, Giuseppe: *Instituições de direito processual civil*, v. 1. Trad. por Paolo Capitano. Campinas: Bookseller, 1998, p. 222.

Assim, tem legitimidade para propor ação em defesa de um determinado direito, em princípio, o titular desse direito material. Essa é a situação normal, corriqueira, de legitimação dita ordinária.

Em situações excepcionais, porém, a lei confere o poder de agir a pessoas que não são os titulares do direito material. A tais hipóteses, Chiovenda atribuiu a denominação de substituição processual<sup>192</sup>, em que a legitimação é dita anômala ou extraordinária, permitindo-se a alguém defender, em seu próprio nome, direito alheio.

A substituição processual não se confunde com a representação, visto que o representante processual age em nome do titular do direito material, enquanto o substituto age em seu próprio nome, mas em defesa de direito de outrem<sup>193</sup>.

Foi, assim, a partir do conceito de legitimidade enquanto pertinência subjetiva da relação processual com a relação de direito material, que se desenvolveu no direito processual civil a dicotomia legitimação ordinária *versus* legitimação extraordinária, em que se trabalha, basicamente, com os conceitos de direito próprio e direito alheio. Há legitimação ordinária quando o sujeito defende seu próprio direito e extraordinária quando ele defende, em seu nome, direito alheio.

Tal elaboração doutrinária é plenamente válida e de fácil aplicação nos conflitos intersubjetivos, do molde "Tício *versus* Caio", em que as partes se encontram em posições jurídicas individuais e bem definidas, possibilitando ao juiz a aferição da coincidência entre as posições processuais e as posições da relação de direito material posta em juízo.

O problema surge quando se trata de analisar a *legitimatío ad causam* nos conflitos de dimensão coletiva, em que os direitos extrapolam a esfera individual, guardando pertinência com toda uma coletividade mais ou menos ampla de pessoas, as quais, muitas vezes, são indeterminadas e de difícil determinação ante a total fluidez do bem tutelado, como ocorre nos direitos difusos.

Nesse particular, a tendência inicial da doutrina foi no sentido de qualificar como extraordinária a legitimação dos autores coletivos, sob o raciocínio de que estariam a

---

<sup>192</sup> CHIOVENDA, Giuseppe: *Instituições de direito processual civil*, v. 2. Trad. por Paolo Capitano. Campinas: Bookseller, 1998, p. 301.

<sup>193</sup> CHIOVENDA, Giuseppe: *Instituições de direito processual civil*, v. 2. Trad. por Paolo Capitano. Campinas: Bookseller, 1998, pp. 300-301.

defender direito que não lhes pertence, mas, ao contrário, é de titularidade de um grupo, classe, categoria, coletividade ou comunidade, conforme as peculiaridades de cada espécie de direito metaindividual. Seriam, assim, as ações coletivas, exemplo típico de substituição processual.

Defendem essa legitimidade extraordinária do autor coletivo Hugo Nigro Mazzilli<sup>194</sup>, José Marcelo Menezes Vigliar<sup>195</sup>, Márcio Flávio Mafra Leal<sup>196</sup> e Sérgio Ricardo de Arruda Fernandes<sup>197</sup>, dentre outros.

Em sentido contrário, desenvolveu-se a tese de que, na ação coletiva, ao defender um direito metaindividual, o autor estaria exercendo direito próprio, tratando-se, portanto, de legitimação ordinária.

Um dos maiores expoentes desse entendimento encontra-se em Rodolfo de Camargo Mancuso, que, tomando por analogia a disciplina das obrigações indivisíveis, para as quais, havendo pluralidade de credores, cada um deles tem legitimidade para exigir o total da dívida (Código Civil de 1916, art. 892; Código Civil de 2002, art. 260), afirma ser ordinária a legitimação do autor coletivo e assim exemplifica seu entendimento: "Se, v.g., a Associação de Defesa da Serra do Mar promove uma ação civil pública para responsabilizar as empresas causadoras da poluição que vitimou a floresta, ela estará agindo *autorizada* pela Lei 7.347/85, art. 5º, e defendendo posição jurídica *própria*"<sup>198</sup>.

É como se, ao interpor uma ação coletiva, o autor estivesse exercendo a sua "quota-parte"<sup>199</sup> do direito metaindividual, que pertence à comunidade, mas também lhe

---

<sup>194</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro, op. cit., p. 16. O autor ressalva reconhecer, em parte, a procedência da teoria que defende a legitimação ordinária dos autores coletivos, mas afirma preferir qualificar como extraordinária ou como substituição processual essa legitimação para distingui-la das hipóteses em que o autor age "apenas na defesa do interesse de que é titular".

<sup>195</sup> VIGLIAR, José Marcelo Menezes: *Tutela jurisdicional coletiva*. São Paulo: Atlas, 2001, 3ª edição, pp. 145-146.

<sup>196</sup> LEAL, Márcio Flávio Mafra, op. cit., p. 203.

<sup>197</sup> FERNANDES, Sérgio Ricardo de Arruda: "Breves considerações sobre as ações coletivas contempladas no código de defesa do consumidor" in *Revista Forense*, v. 322. Rio de Janeiro: Forense, 1993, pp. 107-116, pp. 109-111.

<sup>198</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo: *Interesses difusos, conceito e legitimação para agir*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, 5ª edição, pp. 228-230.

<sup>199</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo: *Ação popular*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, 4ª edição, p. 153.

pertence enquanto membro dessa comunidade ou enquanto entidade que tem na defesa desse direito a sua finalidade institucional.

Uma terceira teoria foi desenvolvida por Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery. Como que pretendendo romper com a dicotomia legitimidade ordinária/legitimidade extraordinária, tais autores defendem que a legitimação do autor coletivo seria uma "legitimação autônoma para a condução do processo"<sup>200</sup>.

No mesmo sentido, Luiz Guilherme Marinoni afirma que "a noção de direito transindividual, como é óbvio, rompe com a noção de que o direito ou é próprio ou é alheio. Se o direito é da comunidade ou da coletividade, não é possível falar em direito alheio, não sendo mais satisfatória, por simples consequência lógica, a clássica dicotomia que classifica a legitimidade em ordinária e extraordinária"<sup>201</sup>.

De fato, em se tratando de direito coletivo *lato sensu*, não há como se delimitar os campos do direito próprio e do direito alheio. Como disse Mauro Cappelletti, está-se diante de "direitos que pertencem, ao mesmo tempo, a todos e a ninguém"<sup>202</sup>.

Esse, porém, não parece ser o fator decisivo na conclusão pela existência de um *tertium genus* de legitimação, próprio do processo coletivo.

Em verdade, o que revela a total inadequação dos conceitos de legitimidade do processo civil para a realidade coletiva é o critério utilizado na atribuição dessa legitimidade.

No processo civil, o poder de agir é conferido a partir da titularidade do direito material a ser tutelado, sendo esse o ponto nodal do binômio legitimação ordinária/legitimação extraordinária. Já no processo coletivo, como bem observou Mancuso<sup>203</sup>, o critério de que se vale o direito para atribuir legitimidade a essa ou àquela

---

<sup>200</sup> NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria Andrade: *Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, 3ª edição, p. 1.136.

<sup>201</sup> MARINONI, Luiz Guilherme, op. cit., pp. 89-90. Dentre outros, também defendem a existência de uma legitimidade "autônoma": ARRUDA ALVIM, José Manoel de: "Ação civil pública" in *Revista de Processo*, n.º 87. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, pp. 149-165, p. 161; GIDI, Antonio, op. cit., pp. 16, 41, 42, 44 e *passim*.

<sup>202</sup> CAPPELLETTI, Mauro: "Formaciones sociales e intereses de grupo frente a la justicia civil" in *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XI, n.º 31-32, en./ag. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1978, pp. 1-40, p. 12.

<sup>203</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo: *Interesses difusos, conceito e legitimação para agir*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, 5ª edição, pp. 165-166.



entidade não está baseado na titularidade do direito material, mas sim na capacidade de o autor coletivo representar adequadamente o direito metaindividual.

A justa parte, em matéria de direitos coletivos *lato sensu*, não se encontra a partir da pertinência subjetiva da lide, mas sim a partir da análise da aptidão, da idoneidade social, da capacidade técnica, enfim, de elementos que demonstrem ao legislador a possibilidade de o "candidato" à parte ideológica ser um adequado representante na defesa judicial dos novos direitos metaindividuais.

Por essa razão é que não se pode falar, no âmbito das ações coletivas, em legitimidade ordinária ou legitimidade extraordinária.

No processo coletivo, a legitimidade do autor é uma legitimidade *sui generis*, própria da defesa dos direitos metaindividuais, que não se confunde com a legitimidade do processo civil, visto que atribuída não a partir da titularidade do direito material, mas sim a partir do conceito de adequada representação. Tal legitimidade, que Nelson Nery Junior chamou de "autônoma", prefere-se aqui denominar de legitimidade coletiva.

Ainda com relação à natureza da *legitimatío ad causam* nas ações coletivas, merece nota o fato de que, quanto às ações que têm por objeto a tutela de direitos individuais homogêneos, há quase uma unanimidade na doutrina no sentido de tratar-se de hipótese de legitimação extraordinária.

Mesmo aqueles que entendem ser a legitimação do autor coletivo ordinária<sup>204</sup> ou autônoma<sup>205</sup>, com relação às ações que tutelam direitos individuais homogêneos, o entendimento, em geral, é no sentido de haver uma clássica substituição processual, sob o argumento de que o autor estaria defendendo típico direito individual alheio.

Entretanto, embora o art. 91 do Código de Defesa do Consumidor, que trata das ações coletivas para defesa de direitos individuais homogêneos, refira-se, expressamente, à propositura de ação "em nome próprio e no interesse das vítimas ou seus sucessores", o que traz de logo a idéia do modelo clássico de legitimação extraordinária (defesa de direito alheio em nome próprio), essa não parece ser a conclusão mais acertada.

---

<sup>204</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini: *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, 6ª edição, p. 770.

<sup>205</sup> MARINONI, Luiz Guilherme, op. cit., p. 90; NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria Andrade, op. cit., p. 1.136.

Isso porque, assim como ocorre na tutela judicial dos direitos essencialmente coletivos, nas ações para a defesa de direitos individuais sob tratamento processual coletivo, a atribuição da legitimidade para agir também é feita a partir de critérios que permitam aferir a capacidade do autor coletivo bem defender esses direitos em juízo, e não a partir da titularidade do direito material, como ocorre no processo civil.

Assim, a legitimação para defesa dos direitos metaindividuais, sejam eles essencialmente ou processualmente coletivos, é uma legitimação *sui generis*, um *tertium genus* de legitimidade *ad causam*, voltado especificamente para as peculiaridades da realidade processual coletiva.

Trata-se de uma legitimidade, por assim dizer, genuinamente coletiva.

### **5.3.2. A quem se atribui a legitimidade coletiva?**

Esclarecida a natureza peculiar da legitimidade coletiva, cumpre ainda tratar de uma fundamental questão de ordem prática, qual seja: a quem deve o direito atribuir essa especial legitimidade para propor ações coletivas em defesa de direitos metaindividuais?

Há que se analisar com rigor as possibilidades que se apresentam, visto que, como se viu acima, é na adequada representação dos direitos coletivos que se assegura a observação da cláusula do devido processo legal e se exerce o direito à ampla defesa por ele garantido em sede de ações coletivas, devendo-se minimizar ao máximo os riscos de defesa inadequada para aqueles que não ingressarem pessoalmente no processo.

E são várias as possibilidades que se apresentam, tais como a atribuição de legitimação coletiva a qualquer membro integrante da comunidade cujos direitos foram lesados, a legitimação de pessoas jurídicas de direito privado que tenham a finalidade institucional de promover a tutela de determinados direitos coletivos *lato sensu*, a legitimação de entes políticos, a legitimação de órgãos públicos, como o Ministério Público, o *Public Attorney General* norte-americano ou o *Ombudsman* dos países escandinavos, havendo até quem proponha se pensar na possibilidade de se reconhecer legitimidade *ad causam*, em matéria ambiental, aos próprios entes naturais, como rios, florestas, etc.<sup>206</sup>

---

<sup>206</sup> A possibilidade de atribuição do poder de agir, em matéria coletiva, aos entes naturais foi ventilada por Rodolfo de Camargo Mancuso ("Tutela judicial do meio ambiente: reconhecimento da legitimação para agir aos entes naturais?" in *Revista de Processo*, n.º 52. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, pp. 58-70, p. 65).

Cada uma dessas alternativas, se isoladamente considerada, possui vantagens e desvantagens, sendo que, na maioria das vezes, os inconvenientes superam os aspectos positivos<sup>207</sup>.

Nesse sentido, é opinião corrente que a melhor forma de minimizar as desvantagens e maximizar as vantagens, promovendo um sistema mais seguro e efetivo de tutela dos direitos coletivos *lato sensu*, é a combinação dessas possibilidades, reconhecendo-se legitimidade coletiva tanto a entes privados como a órgãos públicos.

Foi o que fez o legislador brasileiro, ao elencar, inicialmente na Lei da Ação Civil Pública (Lei n.º 7.347/85, art. 5º) e, posteriormente, no Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/90, art. 82), os legitimados para a propositura de ações coletivas em defesa dos direitos metaindividuais.

De acordo com tais diplomas normativos, podem propor ação coletiva: a) o Ministério Público; b) a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal; c) as entidades e órgãos da administração pública direta ou indireta, ainda que desprovidos de personalidade jurídica e desde que especificamente destinados à defesa dos direitos metaindividuais; d) as associações legalmente constituídas há, pelo menos, um ano e que incluam em seus fins institucionais a defesa dos direitos coletivos *lato sensu*.

Trata-se de competência concorrente e disjuntiva<sup>208</sup>. Concorrente porque todas as entidades são igual, simultânea e independentemente legitimadas, de forma que a legitimação de uma delas não exclui a da outra. Disjuntiva porque qualquer legitimado pode, sozinho, propor a ação coletiva, sem que, para tanto, seja necessário qualquer autorização dos demais co-legitimados.

---

<sup>207</sup> Para uma análise minuciosa das vantagens e inconvenientes de cada uma das principais alternativas propostas para a legitimação coletiva, conferir: CAPPELLETTI, Mauro: "Formaciones sociales e intereses de grupo frente a la justicia civil" in *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XI, n.º 31-32, en./ag. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1978, pp. 1-40, pp. 12-27; MANCUSO, Rodolfo de Camargo: *Interesses difusos, conceito e legitimação para agir*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, 5ª edição, pp. 171-227.

<sup>208</sup> NERY JÚNIOR, Nelson: "O processo civil no código de defesa do consumidor" in *Revista de Processo*, n.º 61. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, pp. 24-35, p. 29. No mesmo sentido, MAZZILLI, Hugo Nigro, op. cit., p. 247.

Acrescenta Antonio Gidi que a legitimação dessas entidades, além de concorrente e disjuntiva, seria também exclusiva no sentido de que somente detêm o poder de agir aquelas entidades taxativamente previstas em lei<sup>209</sup>.

Ao cidadão, individualmente considerado, é atribuída legitimidade tão-somente para a propositura de ação popular (Lei n.º 4.717/65, art. 1º)<sup>210</sup>, o que também se dá de forma concorrente, disjuntiva e exclusiva.

Embora haja uma tendência da doutrina em propugnar para que as associações privadas, enquanto representantes diretos da sociedade civil, estejam à frente da defesa dos direitos metaindividuais, como principal legitimado à propositura da ação coletiva, de forma a reservar-se às entidades públicas um papel subsidiário na tutela daqueles direitos<sup>211</sup>, na prática, o que se observa no Brasil é justamente o fenômeno inverso.

Aqui, o principal protagonista dos processos coletivos, desde a edição da Lei n.º 7.347/85, tem sido, indubitavelmente, o Ministério Público. Tanto que chegaram a surgir críticas em sede doutrinária sobre uma possível atuação exagerada, inadequada e de cunho promocional por parte do *Parquet*<sup>212</sup>.

Em vista de tais críticas, a doutrina e a própria instituição cuidaram de discutir os limites da atuação do Ministério Público em matéria de defesa de direitos coletivos *lato sensu* à luz das funções institucionais que lhe são conferidas pela Constituição Federal, estabelecendo-se critérios para a utilização de ações coletivas pelo *Parquet*<sup>213</sup>.

---

<sup>209</sup> GIDI, Antonio, op. cit., pp. 37-38.

<sup>210</sup> Márcio Flávio Mafra Leal propõe mudanças na legislação brasileira para que seja conferida aos cidadãos legitimidade para propositura de qualquer ação coletiva quando se tratar de direitos individuais homogêneos (Op. cit, pp. 212-213).

<sup>211</sup> Para Ada Pellegrini Grinover, as associações seriam o "titular natural" das ações coletivas (GRINOVER, Ada Pellegrini, "A ação civil pública e a defesa dos interesses individuais homogêneos" in *Revista de Direito do Consumidor*, n.º 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, pp. 206-229, pp. 215-216). No mesmo sentido, GIDI, Antonio, op. cit., p. 36.

<sup>212</sup> Rogério Lauria Tucci chegou a afirmar expressamente que "a utilização da ação civil pública, pelo Ministério Público, a par de exagerada, tem-se mostrado realmente abusiva" ("Ação civil pública e sua abusiva utilização pelo Ministério Público" in TUCCI, Rogério Lauria & TUCCI, José Rogério Cruz e: *Devido processo legal e tutela jurisdicional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, pp. 127-152, pp. 147-146).

<sup>213</sup> O Conselho Superior do Ministério Público Estadual de São Paulo editou sua súmula n.º 7, que disciplina a legitimidade do *Parquet* para a defesa dos direitos individuais homogêneos, nos seguintes termos: "O Ministério Público está legitimado à defesa de interesses individuais homogêneos que tenham expressão para a coletividade,

Isso porque o art. 129, III da CF, em matéria de direito metaindividual, dispõe ser função institucional do Ministério Público "promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos", nada dispondo, expressamente, sobre a defesa dos chamados direitos individuais homogêneos, o que deu origem a questionamentos acerca da própria constitucionalidade do art. 82 do Código de Defesa do Consumidor, na medida em que atribui ao *Parquet* legitimidade para a propositura de ação coletiva em defesa de tais direitos<sup>214</sup>.

Ocorre que o inciso IX do mesmo art. 129 da Constituição Federal permite que a legislação infraconstitucional atribua outras funções ao Ministério Público, além daquelas ali elencadas, desde que compatíveis com a sua finalidade. E a finalidade da referida instituição encontra-se expressa no art. 127 da Carta Magna, segundo o qual incumbe ao Ministério Público "a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis".

Com base em tais dispositivos, desenvolveram-se diversos entendimentos doutrinários sobre a matéria.

Para alguns, o Ministério Público tem sempre legitimidade para a defesa dos direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos<sup>215</sup>. Para outros, o *Parquet* teria legitimidade incondicional para a tutela dos direitos difusos, havendo, porém, restrições à sua atuação em se tratando de direitos coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos, hipóteses em que a legitimidade do Ministério Público estaria condicionada à presença do interesse social de que trata o art. 127 da CF<sup>216</sup>. Uma outra corrente defende que, tratando-se de direitos individuais privados, ainda que homogêneos, necessária seria a nota da

---

como: a) os que digam respeito à saúde e à segurança das pessoas ou ao acesso das crianças e adolescentes à educação; b) aqueles em que haja extraordinária dispersão dos lesados; c) quando convenha à coletividade o zelo pelo funcionamento de um sistema econômico, social ou jurídico."

<sup>214</sup> Em parecer publicado na Revista dos Tribunais, baseado no texto do art. 129, III, da CF, Ives Gandra da Silva Martins defendeu ser inconstitucional a defesa de direitos individuais homogêneos pelo Ministério Público, mediante interposição de ação civil pública (MARTINS, Ives Gandra da Silva: "Ação civil pública é veículo imprestável para proteção de direitos individuais indisponíveis" in *Revista dos Tribunais*, v. 707. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, pp. 19-32, pp. 22-25).

<sup>215</sup> NERY JÚNIOR, Nelson: "O processo civil no código de defesa do consumidor" in *Revista de Processo*, n.º 61. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, pp. 24-35, p. 30.

<sup>216</sup> VIGLIAR, José Marcelo Menezes: *Tutela jurisdicional coletiva*. São Paulo: Atlas, 2001, 3ª edição, p. 151. No mesmo sentido, MAZZILLI, Hugo Nigro, op. cit., p. 79.

indisponibilidade de tais direitos para legitimar sua tutela pelo *Parquet*, ressaltando, porém, que a presença do interesse social seria suficiente para conferir essa indisponibilidade ao direito individual<sup>217</sup>. Há ainda aqueles que defendem que a presença do interesse social seria necessária à atuação do Ministério Público em defesa dos direitos metaindividuais em geral, não somente dos chamados individuais homogêneos<sup>218</sup>.

Razão assiste, de certa forma, a essa última corrente, visto que, nos termos do art. 127 da Constituição Federal, a defesa do interesse social constitui finalidade da própria instituição ministerial, é certo que ao lado da defesa dos direitos individuais indisponíveis, mas não são indisponíveis a grande gama dos direitos individuais aos quais se permite tratamento processual coletivo.

Cumprido, porém, por outro lado, atentar para o fato de que, quando da elaboração da Constituição Federal de 1988, não se conhecia ainda no Brasil a categoria dos direitos individuais homogêneos, pelo menos não com essa denominação, a qual foi inaugurada pelo Código de Defesa do Consumidor, que data de 1990, ou seja, dois anos depois da promulgação da CF.

Assim, não se poderia esperar que o art. 129, III da Constituição Federal, ao considerar função institucional do Ministério Público a propositura de ação em defesa dos direitos metaindividuais, fizesse expressa menção à categoria dos direitos individuais homogêneos. O constituinte referiu-se a outros interesses "difusos e coletivos" porque eram essas as denominações utilizadas, na época, para indicar o fenômeno dos direitos metaindividuais em geral. E ao assim proceder, a CF legitimou a atuação do *Parquet* em defesa dos direitos coletivos *lato sensu*, sejam eles coletivos por essência ou porque o ordenamento jurídico lhes conferiu tratamento processual coletivo.

Ademais, no que pertine ao interesse social, em se tratando de direitos difusos ou essencialmente coletivos, sua presença é inquestionável em face da natureza dos bens tutelados, que se referem à qualidade de vida e à um conceito de igualdade enquanto integração social. Já com relação aos direitos individuais, aos quais se confere tratamento processual coletivo, o próprio fato de o ordenamento jurídico permitir e até privilegiar o

---

<sup>217</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo: *Ação civil pública. Em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, 7ª edição, pp. 114-116. No mesmo sentido, WATANABE, Kazuo: *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, 6ª edição, pp. 734-736.

<sup>218</sup> GIDI, Antonio, op. cit., p. 51.

tratamento processual coletivo da matéria decorre da existência de um interesse maior da própria sociedade na solução efetiva e uniforme do conflito, seja em razão do bem tutelado, seja em razão da própria dimensão da lesão ou ameaça.

Nesse sentido, bem lecionou Ada Pellegrini Grinover, ao afirmar que "pelo simples fato de serem tratados numa dimensão coletiva, os direitos individuais assumem relevância social"<sup>219</sup>.

Assim, ainda que se entendesse que o art. 129, III, da CF, ao referir-se expressamente a "interesses difusos e coletivos", não teria incluído os direitos individuais homogêneos no âmbito da legitimação coletiva do Ministério Público, na medida em que tais direitos, pelo simples fato de serem tratados numa dimensão coletiva, refletem sua relevância social, indubitável a legitimidade do *Parquet* para promover sua tutela por meio de ações coletivas em razão do disposto no art. 127 da Constituição Federal, que considera finalidade do Ministério Público a defesa do interesse social.

Desse modo, tecnicamente, o Ministério Público está legitimado à propositura de ações coletivas em defesa dos direitos metaindividuais em geral, sejam eles essencialmente ou processualmente coletivos.

Cumprido, porém, à própria instituição analisar, em cada caso concreto que se lhe apresenta, com a sensibilidade que devem portar seus membros, a real necessidade de sua intervenção, a fim de preservar a relevância institucional do *Parquet* e não se amesquinhar sua função constitucional<sup>220</sup>.

---

<sup>219</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini: "A ação civil pública e a defesa dos interesses individuais homogêneos" *in Revista de Direito do Consumidor*, n.º 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, pp. 206-229, p. 215.

<sup>220</sup> O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça entendem necessária a investigação da relevância social da matéria como requisito da legitimidade do Ministério Público para propor ação coletiva em defesa de direitos essencialmente individuais aos quais se permite tratamento processual coletivo. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça já reconheceu haver relevância social em relação às seguintes matérias, dentre outras: aumento abusivo de mensalidades escolares (REsp. n.º 138.583-SC), reajuste de 147% para os aposentados (REsp. n.º 185.902-SP), submissão de trabalhadores a condições insalubres (REsp. n.º 58.682-MG), nulidade de cláusulas abusivas em contratos padrão (REsp. n.º 105.205-DF), correção monetária de prestações de financiamentos imobiliários (REsp. n.º 168.859-RJ), anulação de concurso público (REsp. n.º 180.350-SP), cobrança indevida de taxa de iluminação pública (REsp. n.º 49.272-6/RS). Já o Supremo Tribunal Federal não tem reconhecido legitimidade coletiva do *Parquet* em se tratando de cobrança indevida de taxa de iluminação pública (REExt. n.º 213631/MG) e tributos em geral (REExt. n.º 248191/SP), mas tem admitido essa legitimidade para impugnar cobrança abusiva ou ilegal de mensalidades escolares (REExt. n.º 163231/SP).

Com relação à legitimação dos entes políticos, o Código de Defesa do Consumidor conferiu poder de agir em matéria de direitos coletivos *lato sensu*, além da União, Estados e Municípios, ao Distrito Federal, pessoa jurídica de direito público não contemplada no anterior rol da Lei n.º 7.347/85.

Entretanto, nesse particular, a ampliação promovida pela Lei n.º 8.078/90 foi de cunho mais formal do que material, pois que, mesmo antes de sua edição, já se entendia que, tendo o Distrito Federal a mesma natureza jurídica dos demais entes políticos legitimados, a falta de menção expressa por parte da Lei n.º 7.347/85 não teria o condão de afastar a legitimação do Distrito Federal para a propositura da ação civil pública em defesa dos direitos metaindividuais<sup>221</sup>.

Embora não haja qualquer restrição em lei com relação à legitimidade dos entes políticos, seja no rol do art. 82 do CDC, seja no art. 5º da LACP, há que existir alguma vinculação do ente com a coletividade lesada ou ameaçada de lesão em seus direitos. Se nenhum vínculo existe, porque os membros dessa coletividade pertencem a outro Município ou Estado, por exemplo, não há *legitimatío ad causam* para a ação coletiva<sup>222</sup>.

Ainda na esfera da administração pública, o Código de Defesa do Consumidor ampliou o rol de legitimados à ação coletiva, uma vez que, além das pessoas jurídicas integrantes da Administração Pública direta ou indireta, aí incluídas autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, já contempladas no art. 5º da LACP, o CDC atribuiu legitimidade coletiva às entidades e órgãos da administração pública desprovidos de personalidade jurídica, promovendo, assim, grande avanço na tutela dos direitos metaindividuais, na medida em que legitimou o acesso à justiça de órgãos como os PROCON's, já tão atuantes na prática da defesa dos direitos coletivos *lato sensu*.

Com relação a essas entidades e órgãos da administração pública direta e indireta, dotados ou não de personalidade jurídica, exige a lei, como condição de sua legitimidade coletiva, que sejam voltados especificamente à defesa dos direitos metaindividuais que pretendem tutelar.

---

<sup>221</sup> VIGLIAR, José Marcelo Menezes: *Tutela jurisdicional coletiva*. São Paulo: Atlas, 2001, 3ª edição, p. 146.

<sup>222</sup> WATANABE, Kazuo: *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, 6ª edição, pp. 736-737. Em sentido diverso, posiciona-se Hugo Nigro Mazzilli, afirmando não haver, com relação às pessoas jurídicas de direito público interno, qualquer requisito de representatividade (Op. cit., pp. 231-232).



O mesmo, aliás, exige-se das associações privadas, cuja *legitimatío ad causam* para as ações coletivas se encontra condicionada a dois requisitos fundamentais, quais sejam, a vocação institucional à defesa de direitos coletivos *lato sensu* e estar legalmente constituída há, pelo menos, um ano.

Trata-se de imposições feitas pelo ordenamento jurídico justamente no intuito de assegurar a adequada representação dos direitos metaindividuais em juízo.

O requisito da pré-constituição, porém, pode ser dispensado pelo juiz no caso concreto quando haja interesse social evidenciado pela dimensão ou características do dano ou mesmo pela relevância do bem jurídico tutelado<sup>223</sup>. Nesse ponto, demonstrou o legislador pátrio profunda proximidade com a realidade dos direitos coletivos *lato sensu*, na medida em que, não raro, as vítimas da lesão, pelas próprias peculiaridades da situação, somente se unem e se organizam em associações após a ocorrência do fato lesivo, de forma que, em tais hipóteses, manter a exigência da pré-constituição corresponderia a vedar o efetivo acesso à justiça.

Ainda com relação às associações privadas, o Código de Defesa do Consumidor havia dado mais um passo importante no sentido de facilitar o acesso à justiça em matéria de conflitos coletivos, ao dispensar a autorização assemblear para a atuação judicial daquelas entidades em defesa de direitos metaindividuais.

Entretanto, através da Medida Provisória n.º 1.798-1, de 11 de fevereiro de 1999, que acresceu dispositivos à Lei n.º 9.494/97, sobre a qual se falará no Capítulo 7, instituiu-se a exigência de autorização expressa dos associados sempre que a ação coletiva for proposta por associação privada contra entidades da administração pública direta, autárquica e fundacional<sup>224</sup>.

---

<sup>223</sup> LACP, art. 5º, § 4º e CDC, art. 82, § 1º. A dispensa do requisito da pré-constituição não será possível quando se tratar de mandado de segurança coletivo, visto que a exigência encontra-se expressa no texto constitucional, sem qualquer previsão de flexibilização nesse sentido (art. 5º, LXX, "b").

<sup>224</sup> Eis o texto da Medida Provisória: "Art. 2ºA. Parágrafo único. Nas ações coletivas propostas contra entidades da administração pública direta, autárquica e fundacional da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, a petição inicial deverá obrigatoriamente ser instruída com a ata da assembléia da entidade associativa que a autorizou, acompanhada da relação nominal de seus associados e indicação dos respectivos endereços". Após sucessivas reedições, a Medida Provisória n.º 1.798-1 foi substituída pela de n.º 1.984, de 11/01/2000, também reeditada várias vezes. A exigência foi mantida, com pequenas alterações de redação, na Medida Provisória n.º 2.180-35, de 24/08/2001, atualmente em vigor por força da Emenda Constitucional n.º 32. Em razão da exigência dirigir-se, unicamente, às ações coletivas propostas contra entidades da administração

Mais uma vez, o poder público se utiliza do instrumento da Medida Provisória para levar abaixo conquistas edificadas ao longo de anos no sentido da promoção do acesso à justiça e do movimento associativo.

Em linhas gerais, é fundamentalmente esse o panorama da legitimidade coletiva no ordenamento jurídico brasileiro. Adotou-se um conceito pluralista na atribuição do poder de agir em matéria de ação coletiva, conferindo-se legitimidade a entes privados e públicos para a tutela de direitos metaindividuais, consagrando-se, por outro lado, um conceito de representatividade adequada presumida, em que a própria lei, analisando elementos objetivos, impõe requisitos à legitimação coletiva e estabelece um sistema de controles no intuito de garantir uma defesa processual realmente justa e adequada dos direitos coletivos *lato sensu*.

#### **5.4. A ação coletiva como processo objetivo.**

Por tudo o que se viu até o presente momento, é de fácil constatação que, por meio de ações coletivas, não se tutelam situações individuais.

Ao contrário do que ocorre no processo civil, o processo de índole coletiva não tem por finalidade compor uma relação intersubjetiva conflituosa, mas sim possibilitar o efetivo acesso à justiça para a tutela de bens e direitos de natureza constitucional, de forte conotação política<sup>225</sup> e que extrapolam a esfera das relações subjetivadas.

Atento a essa circunstância, Márcio Flávio Mafra Leal afirma que as ações coletivas para a defesa de direitos difusos têm a natureza de processo objetivo, na medida em que tutelam "instituições e não diretamente pessoas: o ambiente preservado, o mercado descartelizado ou baseado na concorrência desleal, o patrimônio histórico, patrimônio público, entre outras".<sup>226</sup>

E assim explica o que seriam os processos de natureza objetiva: "os processos reconhecidamente objetivos, como são as ações diretas de inconstitucionalidade e de

---

pública, já se fala na inconstitucionalidade da Medida Provisória por violação ao princípio da isonomia e por obstacular o acesso à justiça (WATANABE, Kazuo: *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, 6ª edição, p. 739).

<sup>225</sup> Sobre a natureza constitucional e a conotação política dos direitos metaindividuais, vide Capítulo 4, item 4.4 desta dissertação.

<sup>226</sup> LEAL, Márcio Flávio Mafra, op. cit., p. 74.

constitucionalidade no Brasil e o contencioso administrativo europeu, sempre têm por fundamento um *interesse público* ou uma espécie afim denominada *interesse legítimo*, de que se aperfeiçoe a ordem jurídico-constitucional, varrendo as normas conflitantes com a Lei Maior e os atos administrativos nulos por ilegalidade. O processo objetivo existe onde o objeto da ação, em geral, envolve temas políticos de relevância. Nesse sentido, o importante é que litígios dessas dimensões sejam resolvidos institucionalmente"<sup>227</sup>.

É justamente o que ocorre nas ações coletivas, em que, pela natureza do bem tutelado ou mesmo pela dimensão transindividual da lesão ou ameaça, a finalidade maior do processo não é a tutela de pessoas determinadas, mas sim da ordem jurídica em geral, de valores constitucionalmente consagrados, seja direta seja indiretamente.

Essa afirmativa vale não só para os processos coletivos que têm por objeto direitos difusos, mas para as ações coletivas em geral, inclusive aquelas veiculadas em defesa de direitos individuais aos quais se permite tratamento processual coletivo<sup>228</sup>.

Embora, de fato, seja de mais fácil visualização a natureza objetiva do processo coletivo quando se trata de direitos difusos, é possível também detectar a finalidade maior de preservação de valores consagrados no ordenamento jurídico, e não só de pessoas individualmente consideradas, quando se trata de direitos coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos.

Não obstante tais direitos tenham essência individual, trata-se de uma subjetividade absolutamente diferenciada, que, pela natureza do bem tutelado ou mesmo pela dimensão da lesão ou ameaça, extrapola a esfera de individualidade dos membros da coletividade envolvida, assumindo uma forte conotação política e social. E é justamente por essa razão que o ordenamento jurídico lhes confere tratamento processual coletivo.

O próprio Mafra Leal, na seguinte passagem de sua obra, sem perceber que está demonstrando o caráter objetivo presente também nas ações coletivas que tutelam direitos de essência individual, reconhece que, em tais ações, há uma finalidade maior, que vai além da simples obtenção de reparação dos danos individuais dos diversos membros da coletividade envolvida: "Excepcionalmente, contudo, as barreiras sociais para se

---

<sup>227</sup> LEAL, Márcio Flávio Mafra, op. cit., p. 78.

<sup>228</sup> Nesse aspecto, o posicionamento defendido na presente dissertação difere ligeiramente do entendimento de Márcio Flávio Mafra Leal, sendo, em verdade, mais amplo, na medida em que esse doutrinador apenas reconhece a natureza objetiva das ações coletivas em defesa de direitos essencialmente coletivos ou difusos.

judicializarem questões individuais são tão graves, que se legitima extraordinariamente entidades públicas a perseguir coletivamente, por exemplo, indenizações individuais, em uma representação artificial e aprioristicamente adequada, *cujá finalidade é a eficácia da ordem jurídica no sentido de impedir uma prática lesiva por parte do réu*, que se aproveita de condições sociais desfavoráveis das vítimas. Nesse último caso, *a questão não é tanto reparar o dano, mas reprimir a atividade deletéria do réu*"<sup>229</sup>.

Ora, é justamente nesse sentido que se pode falar em processo objetivo também quando se trata de direitos individuais sob tratamento processual coletivo.

São situações que, em razão da natureza do bem tutelado ou mesmo da dimensão da lesão ou ameaça, despertam um interesse maior da sociedade em punir, desfazer ou coibir o ato ilegítimo do réu. E é por isso que se permite o tratamento processual coletivo de tais situações, no intuito de buscar a promoção da eficácia do ordenamento jurídico e dos valores nele consagrados, finalidade essa que supera os interesses individuais envolvidos, e se constitui no objetivo maior da ação coletiva.

Desse modo, as ações coletivas, versem sobre direitos essencialmente ou processualmente coletivos, têm a natureza de processo objetivo, na medida em que visam à tutela não de pessoas, mas sim de bens e valores consagrados no ordenamento jurídico, em geral a nível constitucional. Esse seu fim maior.

Vistos, assim, no presente capítulo, os principais fundamentos teóricos das ações coletivas, passa-se ao estudo dos modelos coletivos já desenvolvidos no direito brasileiro, a fim de aferir a existência, ou não, entre nós, de instrumental hábil à promoção de uma tutela jurisdicional realmente efetiva dos direitos metaindividuais. É o que constitui o objeto do capítulo seguinte.

---

<sup>229</sup> LEAL, Márcio Flávio Mafra, op. cit., p. 75. Destaques acrescentados, não existentes no original.

## 6. AS AÇÕES COLETIVAS BRASILEIRAS

### 6.1. Considerações preliminares.

Existe, no Brasil, uma certa confusão terminológica em sede doutrinária quando se trata de sistematizar e estudar as ações coletivas. A problemática se verifica, basicamente, na utilização das expressões "ação coletiva" e "ação civil pública".

Historicamente, a expressão ação civil pública foi concebida e utilizada para designar as ações não penais de iniciativa do Ministério Público<sup>230</sup>. Assim, quando o Ministério Público ajuizava uma ação deduzindo pretensão de natureza cível, tal como a anulação de um casamento ou a reparação de dano decorrente de delito penal, falava-se em ação civil pública em um paralelo com a noção de ação penal pública.

Nesse sentido, aliás, é que a expressão foi utilizada na primeira Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, a Lei Complementar n.º 40, de 13 de dezembro de 1981, cujo art. 3º, III, atribuía ao *Parquet* a função institucional de "promover a ação civil pública, nos termos da lei".

Não guardava, assim, a concepção original do termo ação civil pública, qualquer relação com a defesa judicial de direitos metaindividuais.

Foi com a edição da Lei n.º 7.347/85 que a expressão ação civil pública adquiriu a carga conceitual de ação voltada à tutela judicial dos direitos coletivos *lato sensu*, uma vez que tal diploma declarou disciplinar a "ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico"<sup>231</sup>. A partir de então, consagrou-se no meio forense a ação civil pública como instrumento processual vocacionado à defesa dos direitos metaindividuais.

---

<sup>230</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo: *Ação civil pública. Em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, 7ª edição, p. 18.

<sup>231</sup> A Lei n.º 7.347/85, que trouxe menção expressa ao termo ação civil pública, é fruto de projeto de lei apresentado pelo Executivo, que teve por base o anteprojeto elaborado pelo Ministério Público de São Paulo (Projeto de Lei n.º 4.984/85 na Câmara dos Deputados e Projeto de Lei n.º 20/85 no Senado Federal). O Projeto de Lei n.º 3.034/84, apresentado à Câmara dos Deputados pelo Deputado Flávio Bierrenbach, conhecido por Projeto Bierrenbach, de autoria de Cândido Rangel Dinamarco, Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Waldemar Mariz de Oliveira Júnior, que também tinha por objeto disciplinar as ações de responsabilidade por danos ao meio ambiente e outros direitos difusos, não usava a expressão ação civil pública, mas apenas "ação".

Com a evolução dos estudos sobre a tutela jurisdicional dos direitos coletivos *lato sensu* e, especialmente, a partir da edição do Código de Defesa do Consumidor, que inaugurou na seara legislativa pátria a expressão "ação coletiva", difundiram-se as confusões terminológicas, desenvolvendo-se diversos entendimentos doutrinários sobre a relação entre ação coletiva e ação civil pública.

Alguns doutrinadores, como Hugo Nigro Mazzilli, entendem que tais expressões designam o mesmo fenômeno, recomendando, porém, a utilização do termo ação civil pública para designar as ações propostas pelo Ministério Público em defesa dos direitos metaindividuais e ação coletiva quando a demanda for proposta pelos demais legitimados coletivos<sup>232</sup>.

José Marcelo Menezes Vigliar, embora seguindo a linha de Mazzilli quanto à sinonímia entre ação civil pública e ação coletiva, defende ser mais adequada a utilização da expressão ação coletiva, ao invés de ação civil pública, termo esse que, no seu entender, nada representa, visto que não indica o direito material que se tutela nem tão pouco quem ajuizou a demanda<sup>233</sup>.

Uma outra corrente, fundada no fato de o Código de Defesa do Consumidor utilizar a expressão ação coletiva para designar a ação por ele instituída para defesa dos chamados direitos individuais homogêneos, entende que a ação coletiva seria unicamente aquela prevista nos arts. 91 a 100 daquele diploma legal, utilizada para a tutela de direitos individuais homogêneos, enquanto a ação civil pública seria aquela disciplinada na Lei n.º 7.347/85, apta à promoção dos direitos metaindividuais em geral, sejam eles difusos, coletivos *stricto sensu* ou individuais homogêneos. Tratar-se-ia, assim, a ação coletiva e a ação civil pública, de fenômenos absolutamente distintos<sup>234</sup>.

---

O inteiro teor desses projetos encontra-se publicado em MILARÉ, Édís (Coord): *Ação Civil Pública: Lei 7.347/1985 - 15 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, 2ª edição, pp. 857-880.

<sup>232</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro, op. cit., pp. 25-28.

<sup>233</sup> VIGLIAR, José Marcelo Menezes: "Ação civil pública ou ação coletiva?" in *Ação Civil Pública: Lei 7.347/1985 - 15 anos*. Coord. Édís Milaré. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, 2ª edição, pp. 441-457, pp. 447, 450, 451 e 453.

<sup>234</sup> ALMEIDA, João Batista de: "Ação civil pública e ação civil coletiva: afinidades e distinções" in *Revista de Direito do Consumidor*, n.º 26. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, pp. 113-118, *passim*.

Terceiro e majoritário entendimento formou-se no sentido de ser a ação coletiva o gênero do qual seria espécie a ação civil pública, dentre outras ações previstas no ordenamento jurídico pátrio para tutela dos direitos metaindividuais.

Seguem essa linha, dentre outros, Rodolfo de Camargo Mancuso<sup>235</sup>, José Carlos Barbosa Moreira<sup>236</sup>, Teresa Arruda Alvim<sup>237</sup>, Antonio Gidi<sup>238</sup> e Renato Rocha Braga<sup>239</sup>.

Outro, aliás, não poderia ser o entendimento majoritário da doutrina, pois que ação coletiva, como já se viu, é um conceito genérico. Trata-se, a ação coletiva, de ação vocacionada à defesa de direitos coletivos *lato sensu*, que se caracteriza por um modelo processual especial, composto por um mecanismo de legitimação que permite a representação em juízo, por uma única pessoa, física ou jurídica, de direito pertencente a toda uma coletividade, e por um mecanismo de coisa julgada que permita que todos os integrantes dessa coletividade titular do direito sejam alcançados pela imutabilidade da sentença ali prolatada<sup>240</sup>.

A ação coletiva, assim, é um gênero que comporta diversas espécies procedimentais.

E tais espécies, no direito brasileiro atual, são, fundamentalmente, a ação popular, a ação civil pública, o mandado de segurança coletivo e a ação coletiva inominada prevista nos arts. 91 a 100 do Código de Defesa do Consumidor<sup>241</sup>.

---

<sup>235</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo: *Ação popular*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, 4ª edição, pp. 33, 37-38.

<sup>236</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos: "Ações coletivas na Constituição Federal de 1988" in *Revista de Processo*, n.º 61. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, pp. 187-200, pp. 189-190.

<sup>237</sup> ARRUDA ALVIM, Teresa: "Apontamentos sobre ações coletivas" in *Revista de Processo*, n.º 75. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, pp. 273-283, p. 277.

<sup>238</sup> GIDI, Antonio, op. cit., pp. 74-87.

<sup>239</sup> BRAGA, Renato Rocha: *A coisa julgada nas demandas coletivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, pp. 42-43.

<sup>240</sup> Sobre o conceito de ação coletiva, cf. Capítulo 5, item 5.1 desta dissertação.

<sup>241</sup> Alguns autores apontam o mandado de injunção como instrumento processual hábil à defesa do meio ambiente. Nesse sentido: MILARÉ, Édís: "Tutela jurisdicional do meio ambiente" in *Revista dos Tribunais*, v. 676. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, pp. 48-59, pp. 56-57; GUERRA FILHO, Willis Santiago: "Processo e tutela do meio ambiente na nova ordem constitucional brasileira" in *Revista de Processo*, n.º 68. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, pp. 86-90, p. 87. De fato, o mandado de injunção, assim como as próprias

É justamente ao estudo dos principais aspectos da ação popular, da ação civil pública, do mandado de segurança coletivo e da ação inominada do CDC, enquanto espécies de ação coletiva, que vão se dedicar os itens seguintes da presente dissertação, com o objetivo de verificar se o ordenamento jurídico pátrio dispõe, atualmente, de instrumentos processuais aptos à promoção de uma efetiva e adequada tutela dos direitos coletivos *lato sensu*.

## **6.2. Ação popular.**

A ação popular, que tem suas origens mais remotas no direito romano<sup>242</sup>, surgiu no ordenamento jurídico brasileiro com a Constituição Federal de 1934, cujo art. 113, §38, dispôs que "qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios".

A Carta de 1937 não contemplou o remédio jurídico, que ressurgiu na Constituição de 1946, segundo a qual "qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados, dos Municípios, das entidades autárquicas e das sociedades de economia mista" (art. 141, §38).

Em 1965, a ação popular foi regulamentada pela Lei n.º 4.717, de 29 de junho, que disciplinou o instituto, sendo recepcionada posteriormente pelas Constituições de 1967 e 1969, que mantiveram a ação popular, sendo que essa última já nominou o instituto, sufragando-o nos seguintes termos: "qualquer cidadão será parte legítima para propor ação popular que vise a anular atos lesivos ao patrimônio de entidades públicas" (art. 153, §31).

A Constituição Federal de 1988, que também recepcionou a Lei n.º 4.717/65, consagrou a ação popular em seu art. 5º, LXXIII, afirmando que: "Qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência".

---

ações direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade, são instrumentos processuais que podem ser utilizados na defesa do meio ambiente e até mesmo de outros direitos metaindividuais. Entretanto, por não se tratar de ações vocacionadas, especialmente, para a tutela judicial de tais direitos, não serão objeto de estudo no presente trabalho.

<sup>242</sup> Para uma visão da evolução histórica da ação popular, desde suas origens romanas até os tempos atuais, cf. MANCUSO, Rodolfo de Camargo: *Ação popular*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, 4ª edição, pp. 39-61.



Assim, o remédio de que aqui se trata é a ação popular constitucional<sup>243</sup>, consagrada no art. 5º, LXXIII da CF e regulamentada pela Lei n.º 4.717/65.

Nessa evolução constitucional da ação popular brasileira, observa-se que houve uma considerável ampliação no seu objeto e no próprio rol de entidades tuteladas. Enquanto na primeira concepção, a ação popular brasileira tinha por objeto desconstituir atos lesivos ao patrimônio da União, Estados e Municípios, hoje, com a roupagem que lhe foi conferida pela Lei 4.717/65 (alterada pela Lei n.º 6.513/77) e pela Constituição de 1988, a ação popular é instrumento hábil à tutela do patrimônio de qualquer entidade de que o Estado participe, bem como da moralidade administrativa e do meio ambiente. O próprio conceito de patrimônio público foi alargado, não significando mais apenas bens de valor econômico, mas também de valor histórico e cultural, incluindo-se no conceito de patrimônio cultural os bens de valor artístico, estético ou turístico (LAP, art. 1º, §1º)<sup>244</sup>. A defesa do patrimônio público atinge hoje uma dimensão diversa, afastando-se da idéia de simples defesa do erário público e adequando-se à noção de que há um interesse e um direito difuso da sociedade civil na preservação de um patrimônio que, a rigor, lhe pertence.

A ação popular é, desse modo, o instrumento processual de que pode-se utilizar qualquer cidadão para promover a anulação de atos que lesem o patrimônio público *lato sensu* (patrimônio econômico, histórico e cultural), a moralidade administrativa ou o meio ambiente.

Trata-se, portanto, de ação de forte conotação política, na medida em que permite a qualquer cidadão exercer o controle sobre os atos da Administração Pública<sup>245</sup>, fiscalizando a gestão da coisa pública.

---

<sup>243</sup> Para alguns autores, existiria ainda uma ação popular de base legal, prevista na Lei n.º 818, de 18.09.49, cujo art. 35 considera nulo o ato de naturalização inquinado de falsidade ideológica ou material, prevendo, em seu §1º, que a legitimação ativa para propositura de ação visando à declaração dessa nulidade pertence ao Ministério Público ou a qualquer cidadão (MANCUSO, Rodolfo de Camargo: *Ação popular*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, 4ª edição, pp. 64, 66 e 67). No mesmo sentido: ARRUDA ALVIM, José Manoel de: "Ação Popular" in *Revista de Processo*, n.º 32. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, pp. 163-177, p. 163.

<sup>244</sup> Para Rodolfo de Camargo Mancuso, "seria pensável, também, sua utilização na área do consumo, como instrumento de defesa dos interesses *difusos* dos consumidores" (MANCUSO, Rodolfo de Camargo: *Ação popular*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, 4ª edição, p. 64). Essa, porém, não parece ser a finalidade que a CF e a LAP atribuem ao instituto da ação popular.

<sup>245</sup> Embora a ação popular seja remédio jurídico vocacionado ao controle de atos administrativos, tem-se admitido sua interposição em face de ato legislativo, desde que se trate das chamadas "leis de efeitos concretos", leis que, sob o ponto de vista formal, emanam de um processo legislativo, mas cujos efeitos particularizam certos

Em matéria de legitimação ativa, discute-se qual seria a extensão do conceito de "cidadão", visto que a Lei da Ação Popular vincula a condição de cidadão à aptidão para exercer direitos políticos na medida em que dispõe, em seu art. 1º, §3º, que a prova da cidadania será feita mediante exibição do título eleitoral, ao passo que o art. 5º, LXXIII da CF nada dispõe a respeito.

Para boa parte da doutrina, cidadão, para fins de propositura da ação popular, seria o brasileiro eleitor, aquele que se encontra no gozo de seus direitos políticos, em consonância com o disposto na LAP, recepcionada pela Constituição Federal, até porque, ao entrar no gozo dos direitos políticos, é que o cidadão passaria a fruir da faculdade de fiscalizar os representantes que escolhe para o exercício do poder público<sup>246</sup>.

Um outra corrente, porém, vem defendendo que o conceito de cidadania, neste caso, estaria atrelado ao de nacionalidade. Cidadão apto a ajuizar ação popular seria, assim, o nacional, o brasileiro, eleitor ou não. Partindo de uma interpretação sistemática da Constituição, em que alguns dispositivos teriam utilizado a expressão nacionalidade como sinônimo de cidadania, e baseando-se na situação topográfica da garantia da ação popular, que se encontra no art. 5º da CF, onde se trata dos direitos e deveres individuais e coletivos, e não na parte dos "direitos políticos" (arts. 14 a 16, CF), conclui-se que a garantia da ação popular não se dirige apenas ao brasileiro no gozo dos direitos políticos, mas ao nacional nato ou naturalizado, eleitor ou não<sup>247</sup>.

Discute-se ainda se as pessoas jurídicas teriam legitimidade para a propositura de ação popular.

Nesse sentido, tem-se criticado a atribuição da legitimidade ativa para ação popular exclusivamente aos cidadãos, na medida em que essa restrição limitaria o potencial de

---

casos e pessoas, incidindo com a concretude e especificidade de verdadeiros atos administrativos (ARRUDA ALVIM, José Manoel de: "Ação Popular" in *Revista de Processo*, n.º 32. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, pp. 163-177, pp. 172-173).

<sup>246</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo: *Ação popular*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, 4ª edição, pp. 143-144; BARBOSA MOREIRA, José Carlos: "A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados 'interesses difusos'" in *Revista de Processo*, n.º 28. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, pp. 7-19, p. 12; ARRUDA ALVIM, José Manoel de: "Ação Popular" in *Revista de Processo*, n.º 32. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, pp. 163-177, p. 164.

<sup>247</sup> PACHECO, José da Silva: *O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, 4ª edição, pp. 563-565.

utilização do instrumento, sobretudo porque a sociedade civil tem-se organizado através de associações, exercendo principalmente sob a forma associativa e não individualmente a maior parte de seus direitos de cidadania. A atuação dessas entidades tem tomado força e impulso nas últimas décadas, em benefício da sociedade. Assim, a atribuição de legitimidade ativa também às pessoas jurídicas, em matéria de ação popular, poderia potencializar a utilização do instrumento, com reais vantagens para a comunidade<sup>248</sup>.

Alguns doutrinadores vão além da crítica e chegam a defender que, não obstante o texto constitucional referir-se expressamente a "cidadão", a ação popular poderia ser ajuizada por pessoas jurídicas. O argumento é, também aqui, basicamente topográfico. Como a ação popular não está prevista no Capítulo IV da CF, que cuida dos direitos políticos, mas sim no Capítulo I, que trata dos direitos individuais e coletivos, mais especificamente no art. 5º, cujo *caput* refere-se aos "brasileiros e estrangeiros residentes no país", o conceito de cidadão contido no inciso LXXIII teria que guardar relação com a norma do *caput* e, portanto, seria amplíssimo, ao ponto de abranger também as pessoas jurídicas<sup>249</sup>.

Tais posicionamentos, porém, devem ser recebidos e interpretados como sugestões *de lege ferenda*, uma vez que, de fato, a ampliação da legitimação ativa em matéria de ação popular, para abranger também entidades públicas e privadas como o Ministério Público e as associações civis, viria potencializar a utilização do instrumento, contribuindo, assim, para a sua maior efetividade.

É o que ocorre, aliás, na ação popular portuguesa<sup>250</sup> e na *citizen action* norte-americana<sup>251</sup>.

---

<sup>248</sup> PACHECO, José da Silva, op. cit., pp. 567-568. O autor chega a sugerir que os tribunais não esperem a alteração do texto constitucional e inaugurem uma interpretação ampliativa do dispositivo "atendendo aos fins sociais a que ele se dirige e às exigências do bem comum", para abranger também as pessoas jurídicas.

<sup>249</sup> BRANDÃO, Paulo de Tarso, op. cit., pp. 251-254; BRAGA, Renato Rocha, op. cit., pp. 83-87.

<sup>250</sup> Em Portugal, a Lei n.º 83/95 atribui legitimidade a qualquer cidadão no gozo dos direitos civis e políticos, às associações e fundações defensoras dos direitos previstos na lei e às autarquias locais, legitimidade para propor ação popular em defesa da saúde pública, do ambiente, da qualidade de vida, do consumo de bens e serviços, do patrimônio cultural e do domínio público (GRINOVER, Ada Pellegrini: "A ação popular portuguesa: uma análise comparativa" in *Revista de Processo*, n.º 83. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, pp. 165-175, pp. 165-169).

<sup>251</sup> Antônio Herman de Vasconcelos e Benjamin ensina que a *citizen action* norte-americana "poderia ser traduzida por 'ação popular ambiental'" e definida como "o direito público de origem legislativa, exercitável por qualquer cidadão ou pessoa jurídica, extraordinariamente legitimados, objetivando obrigar, judicialmente, os

Entretanto, no Brasil, *de lege lata*, não parece possível essa interpretação ampliativa, pelo menos não enquanto não se promoverem alterações normativas nesse sentido. Aqui, legitimado à propositura da ação popular é o cidadão, entendido como tal o brasileiro que se encontra no gozo dos direitos políticos, o eleitor, nos termos do que dispõe o art. 5º, LXXIII da CF, combinado com o art. 1º, §3º da LAP, cujo texto foi recepcionado pela Lei Maior. Sendo essa a roupagem historicamente atribuída à legitimidade ativa em matéria de ação popular brasileira, quisesse o constituinte ter promovido alguma alteração de peso nessa seara, estendendo a legitimação para propositura da ação popular a outros entes, tais como as pessoas jurídicas, o teria feito de forma expressa, como fez, aliás, com relação ao mandado de segurança (CF, art. 5º, LXX).

Ademais, constitui entendimento já sumulado no Supremo Tribunal Federal que "pessoa jurídica não tem legitimidade para propor ação popular"<sup>252</sup>.

Embora fosse bem vinda alteração legislativa no sentido de ampliar a legitimação para ajuizamento de ação popular, cumpre ressaltar que a atual atribuição restrita dessa legitimidade não implica perdas substanciais de efetividade em matéria de tutela dos direitos coletivos *latu sensu*, visto que, no sistema brasileiro, dispõe-se de outros instrumentos de tutela coletiva em que a legitimidade é bem mais ampla, como se verá nos itens seguintes, sendo deferida a iniciativa a diversas pessoas jurídicas. Na ação civil pública, por exemplo, que se presta à tutela dos direitos metaindividuais de modo bastante amplo, a legitimidade ativa é atribuída, de forma concorrente e disjuntiva, a entidades públicas e privadas, dentre elas o Ministério Público e associações civis. Registre-se ainda que a Lei n.º 8.625/93, Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, legitima o *parquet* à propositura de ação civil pública "para anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público ou à moralidade administrativa do Estado ou de Município, de suas administrações indiretas ou fundacionais ou de entidades privadas de que participem", com objeto, assim, bastante próximo do objeto da ação popular.

Nesse contexto, não há como se afirmar a existência de perda considerável de efetividade na tutela dos direitos coletivos *lato sensu* em razão da atribuição de legitimação ativa para a ação popular ser restrita ao cidadão eleitor. O remédio jurídico, particularmente

---

poluidores e o próprio Estado a respeitarem a legislação ambiental" ("A *citizen action* norte-americana e a tutela ambiental" in *Revista de Processo*, n.º 62. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, pp. 61-78, pp. 62 e 67).

<sup>252</sup> Enunciado n.º 365.

considerado, poderia, de fato, ter sua utilização potencializada com uma legitimação ativa mais ampla, mas a tutela coletiva de um modo geral não sai perdendo, na medida em que essa restrição havida na ação popular é, por assim dizer, compensada através da ampla legitimidade outorgada nos demais instrumentos processuais de tutela dos direitos metaindividuais.

Já em matéria de legitimação passiva, a idéia do legislador foi estabelecer um espectro o mais amplo possível, de modo que o pólo passivo da ação popular seja formado não só pelo produtor direto do ato impugnado, mas também por todos aqueles que, de alguma forma, puderem ter contribuído para a sua prática, ainda que por omissão, ou dele tenham se beneficiado. Assim, nos termos do art. 6º da LAP, a ação popular será proposta contra: a) as pessoas jurídicas e entidades, públicas ou privadas, de onde emanou o ato lesivo; b) as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado ou que, por omissão, tiverem dado oportunidade à lesão; c) os beneficiários do ato.

À pessoa jurídica cujo ato esteja sendo objeto de impugnação através da ação popular, mesmo citada para integrar o pólo passivo da relação processual, atribui-se a faculdade de atuar ao lado do autor, se assim for do interesse público (art. 6º, §3º).

O procedimento a ser seguido como parâmetro na ação popular será o comum de rito ordinário previsto no CPC, com as especificidades procedimentais implementadas pela própria Lei n.º 4.717/65, onde se prevê, dentre outras peculiaridades, uma maior iniciativa instrutória por parte do juiz (art. 7º, I, "b"); a intervenção obrigatória do Ministério Público como *custos legis*, podendo, inclusive, assumir o pólo ativo da ação em caso de desistência ou desídia do autor (art. 6º, §4º e art. 9º); a possibilidade de qualquer cidadão integrar a relação processual como litisconsorte ativo (art. 6º, §5º) e a possibilidade de suspensão da eficácia do ato impugnado por decisão liminar (art. 5º, §4º)<sup>253</sup>.

O provimento jurisdicional que se pede na ação popular é de natureza desconstitutiva (ou constitutiva negativa) e condenatória, de forma que a sentença que julgar procedente o pedido, desconstituirá o ato lesivo impugnado, anulando-o ou decretando sua

---

<sup>253</sup> Originariamente, a Lei da Ação Popular não previa a possibilidade de suspensão da eficácia do ato impugnado mediante decisão liminar, tendo essa possibilidade sido inserida pela Lei n.º 6.513, de 20/12/1977, que, dentre outros dispositivos, acrescentou o §4º ao art. 5º da LAP. Antes dessa alteração legislativa, era necessário recorrer ao poder geral de cautela do juiz (CPC, art. 798), através de ações cautelares inominadas, para obter medidas liminares na ação popular.

nulidade conforme o caso, e condenando os réus no pagamento de indenização pelos danos decorrentes do ato (LAP, arts. 11, 12 e 14)<sup>254</sup>.

Não é possível obter tutela específica em sede de ação popular, sendo essa uma das principais deficiências da tutela coletiva quando se dispunha apenas da ação popular como instrumento de defesa judicial dos direitos metaindividuais, os quais, muitas vezes, não encontram proteção adequada na simples invalidação do ato lesivo. Tal problema foi solucionado com a ação civil pública, que, como se verá abaixo, permite a imposição de obrigações de fazer ou não fazer ao réu, inclusive em sede liminar.

É, assim, a ação popular, o instrumento processual através do qual qualquer cidadão pode promover a defesa do direito difuso ao meio ambiente, à moralidade na Administração Pública e à integridade do patrimônio público *lato sensu*, através da desconstituição do ato que lesar tais bens, bem como do ressarcimento dos danos provocados por esse ato.

### **6.3. Ação civil pública.**

A ação civil pública foi instituída no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985.

Originariamente, o remédio foi concebido para promover a responsabilidade por danos ao meio ambiente, aos consumidores, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e a qualquer outro interesse difuso. Entretanto, o inciso IV do art. 1º do respectivo projeto de lei, que estendia a tutela da ação civil pública "a qualquer outro interesse difuso", foi objeto de veto presidencial, restando, assim, de início, desprovidos dessa especial tutela relevantes direitos metaindividuais na medida em que não se encontravam na órbita daqueles direitos expressamente previstos na lei.

Felizmente, porém, a inteligência jurídica nacional arregaçou as mangas no sentido de superar a deficiência imposta à Lei n.º 7.347/85 pelo veto presidencial e, por ocasião da elaboração do anteprojeto de lei que resultou no Código de Defesa do

---

<sup>254</sup> Observa Barbosa Moreira que, em razão da dicção do art. 11 da LAP, o juiz deverá condenar o réu a indenizar os danos decorrentes do ato impugnado, ainda que o autor popular não o tenha pedido expressamente, tratando-se de uma exceção à regra que proíbe o julgamento *extra petitum* ("A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados 'interesses difusos'" *in Revista de Processo*, n.º 28. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, pp. 7-19, p. 15).

Consumidor<sup>255</sup>, inseriu um dispositivo alterando a Lei da Ação Civil Pública justamente no sentido de restabelecer, de forma ainda mais ampla, o dispositivo vetado pelo Poder Executivo. Assim, por força do art. 110 do CDC, acrescentou-se o inciso IV ao art. 1º da Lei n.º 7.347/85, estendendo a abrangência da ação civil pública "a qualquer outro interesse difuso ou coletivo".

Desse modo, passou a ação civil pública a tutelar, além do meio ambiente<sup>256</sup>, dos consumidores e do patrimônio cultural (bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico), qualquer outro direito difuso ou coletivo, sendo essa expressão interpretada em sentido amplo, admitindo-se a utilização da ação civil pública também em defesa dos chamados direitos individuais homogêneos<sup>257</sup>, com algumas ressalvas à legitimação do Ministério Público nesse caso, conforme se verificou no Capítulo 5, item 5.3.2 desta dissertação.

A tendência ampliativa dos bens tuteláveis através da ação civil pública continuou se manifestando na legislação que sucedeu a Lei n.º 7.347/85. Nesse sentido, a Lei n.º 8.884/90 acrescentou um inciso V ao art. 1º da LACP, incluindo na órbita da ação civil pública a responsabilidade "por infração à ordem econômica". Outras leis esparsas, embora

---

<sup>255</sup> O anteprojeto que resultou no Código de Defesa do Consumidor, Lei n.º 8.078/90, foi elaborado pelos juristas Ada Pellegrini Grinover, Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, Daniel Roberto Fink, José Geraldo Brito Filomeno, Kazuo Watanabe, Nelson Nery Júnior e Zelmo Denari.

<sup>256</sup> O conceito de meio ambiente é hoje um conceito amplo, não mais se limitando ao aspecto puramente natural da expressão. Como ensina Álvaro Luiz Valery Mirra, o meio ambiente é o conjunto de relações, interações e interdependências que se estabelecem entre os seres vivos, inclusive o homem, e entre eles e o meio em que vivem, abrangendo, assim, os chamados meio ambiente natural, cultural e artificial, inserindo-se no conceito de meio ambiente artificial o próprio ambiente de trabalho. (MIRRA, Álvaro Luiz Valery: "Fundamentos do direito ambiental no Brasil" in *Revista dos Tribunais*, v. 706. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, pp. 7-29, pp. 7 e 13). Seguindo essa tendência, a Lei n.º 6.938/81, Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, em seu art. 3º, I, define meio ambiente como "o conjunto de condições, leis, influências e interações, de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas".

<sup>257</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo: *Ação civil pública. Em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, 7ª edição, pp. 41-42. Os Tribunais Superiores também têm entendido pela possibilidade de tutela judicial de direitos individuais homogêneos através da ação civil pública (STF, Recurso Extraordinário n.º 163.231-SP; STJ, Recurso Especial n.º 34.155-MG). Para João Batista de Almeida, porém, a via própria para a tutela dos direitos individuais homogêneos seria a ação coletiva prevista nos arts. 91 a 100 do CDC, de que se tratará no item 6.5 abaixo, e não a ação civil pública (ALMEIDA, João Batista de: *Aspectos controvertidos da ação civil pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 33).

não promovendo alteração direta no texto da LACP, previram expressamente a ação civil pública como instrumento de tutela dos direitos metaindividuais das pessoas portadoras de deficiência física (Lei n.º 7.853/89, art. 3º), dos investidores no mercado de valores mobiliários (Lei n.º 7.913/89), da criança e do adolescente (Lei n.º 8.069/90, arts. 208 a 219), das populações indígenas, da família, do idoso e das minorias étnicas (Lei Complementar n.º 75/93, art. 6º, VII, "c"), dentre outros.

A Constituição Federal de 1988, por seu turno, conferiu força constitucional ao remédio jurídico, prevendo, em seu art. 129, III, ser função institucional do Ministério Público promover a ação civil pública para proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

A ação civil pública é, assim, instrumento processual de tutela dos direitos metaindividuais em geral.

Diversamente do que ocorre com a ação popular, na ação civil pública, o provimento jurisdicional que se busca é de natureza eminentemente condenatória<sup>258</sup>. Nos termos do art. 3º da Lei n.º 7.347/85, a ação civil pública poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou em obrigação de fazer ou não fazer<sup>259</sup>. Complementando esse dispositivo, o art. 11 do mesmo diploma legal prescreve que: "Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor".

Da norma contida em tal dispositivo, infere-se que a *mens legis* é no sentido de se obter, sempre que possível, que o causador do dano repare a lesão por ele promovida, tanto que se atribuiu ao juiz a possibilidade de cominação de *astreintes* independentemente de pedido expresso por parte do autor coletivo.

---

<sup>258</sup> A Lei n.º 8.625/93, Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, em seu art. 25, IV, "b", previu uma ação civil pública com provimento de natureza constitutiva negativa, "para anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público ou à moralidade administrativa do Estado ou de Município, de suas administrações indiretas ou fundacionais ou de entidades privadas de que participem". A regra, entretanto, é a ação civil pública ser voltada para provimentos de natureza condenatória (LACP, art. 3º).

<sup>259</sup> O Superior Tribunal de Justiça já decidiu pela impossibilidade de cumulação dos pedidos de condenação em dinheiro e em obrigação de fazer ou não fazer (Recurso Especial n.º 94.298-RS).



Considerando a natureza dos bens tutelados por meio da ação civil pública, o desiderato desse remédio jurídico deve ser, em princípio, a tutela jurisdicional específica, através da imposição de obrigações de fazer ou não fazer, como, por exemplo, o replantio da área de floresta indevidamente desmatada ou a cessação do lançamento de dejetos químicos no leito de um rio, de forma que se recomponha o bem lesado ao *status quo ante* e se evite a continuidade da lesão.

Acontece que nem sempre é possível se obter a reconstituição do bem lesado, como ocorre, por exemplo, nos casos de demolição de um bem tombado ou aniquilação do último exemplar de uma espécie animal. Somente em tais situações, quando não for realmente possível a recondução do bem tutelado ao *status quo ante*, é que se deve buscar a condenação em dinheiro, devendo-se priorizar, sempre que possível, a tutela jurisdicional específica, que promova a reconstituição do bem lesado<sup>260</sup>.

Entretanto, mesmo quando a ação civil pública tenha por objeto a condenação do réu no pagamento de indenização em dinheiro, os recursos oriundos do cumprimento da sentença deverão ser utilizados na recomposição do bem lesado.

Nesse sentido, dispõe o art. 13 da LACP que: "Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados".

Esse dispositivo foi inicialmente regulamentado pelo Decreto n.º 407, de 27.12.1991, posteriormente revogado pelo Decreto n.º 1.306, de 09.11.1994, atualmente em vigor, que dispõe sobre a composição, a gestão e as atribuições do chamado Fundo de Defesa dos Direitos Difusos (FDD), para onde deverão reverter, além da condenação de que tratam os arts. 11 e 13 da LACP, as verbas oriundas do pagamento das multas fixadas no curso da ação (art. 2º do Decreto 1.306/94).

A Lei n.º 9.008, de 21.03.1995, alterou as normas sobre a destinação dos recursos do Fundo. Nos termos do art. 1º dessa lei, a finalidade precípua dos recursos

---

<sup>260</sup> Nesse sentido: MANCUSO, Rodolfo de Camargo: *Ação civil pública. Em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, 7ª edição, pp. 30-33; ALMEIDA, João Batista de: *Aspectos controvertidos da ação civil pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, pp. 126-128.

destinados ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos continua a ser a reparação dos bens lesados, mas, na impossibilidade dessa reparação, os recursos poderão ser utilizados na promoção de atividades educativas e científicas, na produção de material informativo e na modernização da estrutura administrativa.

Vê-se, assim, que a ação civil pública é uma ação coletiva vocacionada, fundamentalmente, à tutela específica dos direitos metaindividuais, através de provimentos jurisdicionais que, se não permitem a reconstituição direta do bem lesado, promovem a tutela *in natura* desse bem de forma indireta.

Ainda visando à tutela específica dos bens protegidos, prevê a Lei n.º 7.347/85 a possibilidade de concessão de liminar nos autos da própria ação civil pública, bem como de propositura de ação cautelar, inclusive como medida antecedente à ação coletiva principal, a fim de evitar a concretização do dano ou mesmo sua majoração, sendo ainda possível a fixação de multa diária<sup>261</sup> para a hipótese de descumprimento da liminar deferida, como forma de coagir o réu ao cumprimento voluntário (arts. 4º e 12).

A legitimação para propositura da ação civil pública e para a correspondente ação cautelar é atribuída ao Ministério Público, União, Estados, Municípios, autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista e às associações que estejam constituídas há, pelo menos, um ano e incluam, em seus fins institucionais, a defesa do direito metaindividual que se pretende tutelar (LACP, art. 5º).

Já no pólo passivo da relação processual, poderá figurar qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, cujo ato causar lesão ou ameaça aos bens tutelados pela ação civil pública.

O procedimento estabelecido pela Lei n.º 7.347/85, a exemplo do que ocorre com a ação popular, também tem algumas peculiaridades. Aqui também é obrigatória a intervenção do Ministério Público como fiscal da lei quando não atuar como autor (art. 5º, §1º). Em caso de desistência ou abandono da ação civil pública, o Ministério Público ou

---

<sup>261</sup> A multa cominada liminarmente, prevista no art. 12 da LACP, não se confunde com a multa diária prevista no art. 11 da mesma Lei. Embora ambas ostentem a natureza jurídica de *astreintes*, têm fatos geradores diversos e incidem também em momentos diferentes. Enquanto a multa do art. 11 é fixada como forma de coagir o réu a cumprir a obrigação de fazer ou não fazer imposta na sentença, sendo devida a partir do trânsito em julgado, a multa prevista no art. 12 é cominada liminarmente a fim de estimular o réu ao cumprimento da liminar deferida, sendo devida a partir do momento em que a liminar é descumprida, embora somente seja exigível após o trânsito em julgado da decisão favorável ao autor.

qualquer outro legitimado poderá assumir o pólo ativo da relação e dar continuidade ao processamento do feito (art. 5º, §3º). É facultado ao Poder Público e às associações legitimadas à propositura da ação intervirem no processo como litisconsortes de qualquer das partes (art. 5º, §2º), admitindo-se ainda a formação de litisconsórcio "entre os Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e dos Estados" (art. 5º, §5º), o que, aliás, tem sido objeto de crítica por parte de alguns doutrinadores, sob o argumento de que, além dos limites de competência dos Ministérios Públicos Federal e Estadual, tratando-se o *parquet* de uma instituição una e indivisível, o litisconsórcio entre Ministérios Públicos seria uma espécie de "litisconsórcio meu comigo mesmo"<sup>262</sup>.

Na realidade, porém, não parece haver impedimento na atuação conjunta de mais de um representante do Ministério Público, sobretudo quando se tratar de lesão ou ameaça que se espraie por mais de um Estado, tomando feição de dano regional ou nacional, hipótese em que a atuação do Ministério Público Estadual em cooperação com o Ministério Público Federal viria somar forças na defesa do bem tutelado, o que somente repercutiria em benefício da coletividade. A conjugação de esforços aumentaria a eficiência da atuação do *parquet*, estabelecendo fecundo entrosamento entre os setores da instituição.

É, assim, não só possível, na medida em que permitida expressamente por lei, como também conveniente a atuação conjunta dos Ministérios Públicos Estadual e Federal<sup>263</sup>, desde que, é claro, essa conjunção de energias se justifique pela extensão do dano ou da ameaça.

Finalmente, uma última peculiaridade do procedimento estabelecido na Lei n.º 7.347/85 merece atenção. Trata-se do compromisso de ajustamento de conduta previsto no art. 5º, §6º da LACP<sup>264</sup>, através do qual o réu ou acusado do ato lesivo se compromete a adequar sua conduta às exigências legais necessárias à preservação ou reconstituição do bem lesado, ao passo em que o órgão público legitimado à propositura da ação coletiva compromete-se a não ajuizar a ação civil pública, quando o compromisso for firmado no curso do inquérito

---

<sup>262</sup> ALMEIDA, João Batista de: *Aspectos controvertidos da ação civil pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, pp. 103-106.

<sup>263</sup> Nesse sentido: MAZZILLI, Hugo Nigro, op. cit., pp. 267-273; MANCUSO, Rodolfo de Camargo: *Ação civil pública. Em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, 7ª edição, pp. 109-111.

<sup>264</sup> O §6º do art. 5º da LACP não fazia parte do texto original, sendo posteriormente acrescentado pelo art. 113 do Código de Defesa do Consumidor.

civil que pode preceder a interposição da ação. Sendo o compromisso firmado já no curso da ação civil pública, será essa extinta.

Em sede doutrinária, discute-se se o compromisso de ajustamento de conduta teria, ou não, a natureza de transação.

Parte da doutrina, por não admitir a possibilidade de transação em matéria de direitos metaindividuais, não vislumbra no compromisso de ajustamento de conduta uma transação, sob o argumento de que não haveria concessões mútuas das partes, mas apenas ajustamento da conduta do infrator às exigências da lei<sup>265</sup>.

Entretanto, não parece haver maiores dificuldades em se reconhecer no compromisso de ajustamento de conduta a natureza de uma transação. Em primeiro lugar, porque realmente o é. Na medida em que o réu ou acusado do ato lesivo compromete-se a ajustar sua conduta aos padrões legais necessários à preservação do bem tutelado e, em contrapartida, o legitimado compromete-se a não prosseguir com o procedimento de responsabilização pelo ato, seja através do não ajuizamento da ação civil pública, seja através de sua extinção, é indubitável a existência de um acordo entre as partes, uma composição amigável da lide coletiva, através de mútuas concessões, embora tais concessões não impliquem renúncia de qualquer parcela do direito metaindividual por parte do legitimado ativo<sup>266</sup>.

Ademais, sendo o direito metaindividual defendido por um adequado representante, não há que se pensar na realização de uma transação desvantajosa para a coletividade titular do direito, até porque tal hipótese sequer se afigura possível, uma vez que a própria LACP, ao conceituar o compromisso de ajustamento de conduta, define-o como o compromisso assumido pelo réu de ajustar sua conduta às exigências da lei. É condição *sine qua non* da tomada do compromisso que não haja qualquer espécie de renúncia por parte do legitimado coletivo com relação ao direito metaindividual, sendo fundamental, portanto, que a

---

<sup>265</sup> ALMEIDA, João Batista de: *Aspectos controvertidos da ação civil pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 117-118.

<sup>266</sup> Reconhecendo a natureza de transação ao compromisso de ajustamento de conduta, já se pronunciaram: MAZZILI, Hugo Nigro, op. cit., pp. 330-335; MANCUSO, Rodolfo de Camargo: *Ação civil pública. Em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, 7ª edição, pp. 231-232.

transação compreenda a assunção de todas as obrigações cabíveis e necessárias para a recomposição do bem lesado<sup>267</sup>.

É, assim, o compromisso de ajustamento de conduta, um importante instrumento na solução da lide coletiva, promovendo a reconstituição do bem lesado e/ou a cessação da atividade lesiva, conforme o caso, sem a necessidade da interposição da ação civil pública ou sem que seja necessário aguardar seu julgamento final. Se o responsável pela lesão concorda em fazê-lo, dispondo-se a, voluntariamente, recompor o dano por ele causado e/ou cessar a atividade nociva, assumindo o compromisso de ajustar sua conduta a todas as exigências legais e de cumprir todas as obrigações necessárias à solução do problema coletivo, a tomada do compromisso somente virá em benefício da tutela dos bens que se busca proteger.

Louvável, portanto, a opção legislativa pátria em permitir, nestes termos e com certos limites, a transação em matéria de direitos metaindividuais.

E o legislador foi ainda além, ao estabelecer que o compromisso de ajustamento de conduta será tomado "mediante cominações", deixando certo que deverão constar do próprio termo de compromisso de ajustamento de conduta as sanções cíveis a que se submeterá o responsável pelo dano caso não cumpra todas as obrigações ali assumidas no tempo e modo a que se obrigou.

O §6º do art. 5º da LACP atribui ainda a qualidade de título executivo extrajudicial ao termo de compromisso de ajustamento de conduta firmado durante o inquérito civil. Sendo celebrado já no curso da ação civil pública, o compromisso homologado por sentença constituirá título executivo judicial.

Logo, na hipótese de haver descumprimento das obrigações assumidas, o compromisso de ajustamento de conduta poderá ser imediatamente executado, não só com relação às obrigações principais como também no que se refere às cominações então impostas.

Trata-se de mais um artifício criado pelo legislador para assegurar uma tutela o mais efetiva e célere possível dos direitos metaindividuais.

---

<sup>267</sup> VIEIRA, Fernando Grella: "A transação na esfera da tutela dos interesses difusos e coletivos: compromisso de ajustamento de conduta" in *Ação Civil Pública: Lei 7.347/1985 - 15 anos*. Coord. Édis Milaré. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, 2ª edição, pp. 262-290, p. 270.

Por tudo isso, mas especialmente por sua finalidade precípua de promoção de uma tutela específica dos direitos coletivos *lato sensu*, parafraseando Arruda Alvim, pode-se dizer que a ação civil pública inaugurou uma nova fase na tutela jurisdicional dos direitos metaindividuais, marcando a abertura para o processo coletivo no direito brasileiro<sup>268</sup>.

#### **6.4. Mandado de segurança coletivo.**

O mandado de segurança coletivo foi inserido no direito brasileiro pela Constituição Federal de 1988, que, ao dispor sobre os direitos e garantias fundamentais, previu, em seu art. 5º, LXX, que "o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados".

A leitura de tal dispositivo sugere alguns questionamentos.

O primeiro deles diz respeito à relação do mandado de segurança coletivo com o mandado de segurança tradicional, regulado no inciso LXIX do art. 5º da CF e que existe no direito brasileiro desde a Constituição Federal de 1934. Seria o mandado de segurança coletivo uma espécie do mandado de segurança tradicional ou tratar-se-ia de institutos absolutamente distintos?

Na realidade, não se pode dizer que o mandado de segurança coletivo seja uma espécie do mandado de segurança tradicional, visto ter esse um modelo processual fundamentalmente individual. Mas também não seria correto afirmar que o mandado de segurança coletivo e o mandado de segurança individual seriam instrumentos processuais totalmente diversos e que o mandado de segurança coletivo seria um instituto absolutamente autônomo. O mandado de segurança coletivo, tal como o individual, é um mandado de segurança, havendo, assim, entre eles, uma essência comum. Mas as duas modalidades também se distinguem em vários aspectos fundamentais.

Quem melhor esclareceu a relação entre o mandado de segurança coletivo e o *writ* individual foi Antonio Gidi, ao afirmar que "o mandado de segurança coletivo está tão distanciado do mandado de segurança tradicionalmente conhecido quanto uma ação coletiva

---

<sup>268</sup> ARRUDA ALVIM, José Manoel de: "Ação civil pública" in *Revista de Processo*, n.º 87. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, pp. 149-165, p. 159.

está de uma ação individual"<sup>269</sup>. É exatamente isso. O mandado de segurança coletivo está para a ação coletiva assim como o mandado de segurança individual está para a ação individual.

Sendo o mandado de segurança coletivo uma ação coletiva, caracteriza-se por um modelo processual baseado num regime especial da legitimidade ativa e da coisa julgada, tendo por objeto a tutela de direitos metaindividuais.

Nesse contexto, não é correto dizer, como têm concluído alguns doutrinadores, que a diferença entre o mandado de segurança coletivo e o tradicional residiria, fundamentalmente, na legitimidade ativa<sup>270</sup>. Sendo o mandado de segurança coletivo uma ação coletiva, distingue-se do mandado de segurança individual pelo modelo processual próprio das ações coletivas, que se reflete na legitimidade ativa sim, mas também na coisa julgada, que tem uma extensão subjetiva e objetiva maior do que ocorre nas ações individuais, havendo ainda uma importante distinção quanto à natureza do direito tutelado, visto que, enquanto o mandado de segurança tradicional tutela direitos subjetivos de índole individual, no mandado de segurança coletivo, o objeto de defesa são direitos transindividuais.

Entretanto, em razão da essência comum existente entre o mandado de segurança coletivo e o mandado de segurança individual, sendo ambos mandados de segurança, aplicam-se também ao mandado de segurança coletivo os pressupostos constitucionais do mandado de segurança tradicional, assim como a disciplina e o procedimento previstos na Lei n.º 1.533, de 31.12.1951, naquilo que for compatível com sua peculiar natureza coletiva, sendo, nesse aspecto, uníssona a doutrina pátria<sup>271</sup>.

Assim, o mandado de segurança coletivo também tutela direito líquido e certo, violado ou ameaçado por ato ilegal ou abusivo de autoridade, devendo a petição inicial ser instruída com a prova pré-constituída do direito e da respectiva lesão, havendo ainda que se observar o prazo decadencial de 120 dias para a sua impetração.

Outro questionamento que se levanta a partir do texto constitucional que consagrou o mandado de segurança coletivo diz com a extensão do seu objeto.

---

<sup>269</sup> GIDI, Antonio, op. cit., p. 79.

<sup>270</sup> BULOS, Uadi Lâmega: "Mandado de segurança coletivo (pela revisão constitucional)" in *Ciência Jurídica*, v. 51. Salvador: Ciência Jurídica, 1993, pp. 255-264, p. 257; PACHECO, José da Silva, op. cit., p. 323.

<sup>271</sup> Nesse sentido, por todos: BARBI, Celso Agrícola: "Mandado de segurança na constituição de 1988" in *Revista de Processo*, n.º 57. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, pp. 7-12, p. 11; BULOS, Uadi Lâmega, op. cit., p. 256; PACHECO, José da Silva, op. cit., pp. 326-327.

Para alguns estudiosos, o mandado de segurança coletivo seria instrumento hábil à tutela dos direitos individuais sob tratamento processual coletivo, que, na nomenclatura instituída pelo Código de Defesa do Consumidor, correspondem aos direitos coletivos e individuais homogêneos, não se prestando o mandado de segurança coletivo, segundo esse entendimento, à defesa dos direitos difusos, seja porque, para esses, já existiriam os institutos da ação popular e da ação civil pública, seja porque os direitos difusos não seriam passíveis de prova pré-constituída<sup>272</sup>.

Entretanto, como bem adverte Ada Pellegrini Grinover, o mandado de segurança coletivo não é uma simples ação, mas um instrumento constitucional-processual, uma garantia fundamental, sendo, desse modo, uma ação de "eficácia potenciada", à qual, portanto, deve-se conferir o máximo de efetividade possível<sup>273</sup>.

Ora, ao dispor sobre o mandado de segurança coletivo, o constituinte não fez qualquer restrição quanto ao seu objeto. Embora a locução utilizada na alínea "b" do inciso LXX do art. 5º, ao referir-se à "defesa dos interesses de seus membros ou associados", possa parecer, à primeira vista, restritiva, para extrair-se da norma a maior carga de eficácia protetora possível, a interpretação deve ser a mais ampla, não havendo que se fazer qualquer restrição que não se encontre expressa no texto constitucional.

Nesse sentido, há que se admitir o mandado de segurança como instrumento de defesa dos direitos coletivos e individuais homogêneos, mas também dos direitos difusos<sup>274</sup>, até porque, estes últimos são direitos cuja defesa também pode ser de interesse dos membros e associados das entidades legitimadas pelo texto constitucional.

O fato de já haver outros instrumentos processuais aptos a promover a tutela dos direitos difusos não constitui argumento suficiente para se excluir tais direitos do âmbito de proteção do mandado de segurança coletivo, a uma porque os direitos metaindividuais, por sua própria natureza e pela relevância dos bens que tutelam, devem dispor de um sistema de proteção o mais amplo possível; a duas porque também há outros instrumento de tutela

---

<sup>272</sup> BULOS, Uadi Lâmega, op. cit., pp. 262-263.

<sup>273</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini: "Mandado de segurança coletivo: legitimação, objeto e coisa julgada" in *Revista de Processo*, n.º 58. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, pp. 75-84, pp. 75-76.

<sup>274</sup> Seguem essa interpretação mais ampla, dentre outros: BARBI, Celso Agrícola, op. cit., p. 11; GRINOVER, Ada Pellegrini: "Mandado de segurança coletivo: legitimação, objeto e coisa julgada" in *Revista de Processo*, n.º 58. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, pp. 75-84, pp. 78, 79 e 83; PACHECO, José da Silva, op. cit., p. 329; BRAGA, Renato Renato Rocha, op. cit., p. 94; GIDI, Antonio, op. cit., pp. 79-80.



jurisdicional dos direitos coletivos e individuais homogêneos sem que se utilize tal fato para excluir tais direitos da abrangência do *writ* coletivo; e, a três porque cada instrumento processual coletivo tem suas peculiaridades, devendo-se utilizar cada um deles de acordo com as particularidades do caso concreto.

Assim, a ação popular será adequada à tutela de direito difuso violado por ato administrativo, quando for suficiente à defesa do direito um provimento de natureza desconstitutiva e condenatória. A ação civil pública, por seu turno, será a ação coletiva mais apropriada quando a proteção do direito metaindividual demandar uma tutela específica, através da imposição de obrigações de fazer ou não fazer. Se, porém, um direito difuso for lesado ou ameaçado por ato ilegal ou abusivo de autoridade, sendo possível provar-se a lesão ou ameaça através de prova exclusivamente documental, não há porque vedar-se a utilização do mandado de segurança coletivo, na medida em que não se contém qualquer restrição nesse sentido no texto constitucional.

A legitimação para impetrar mandado de segurança coletivo, nos termos do que dispõe o art. 5º, LXX, da Constituição Federal, é atribuída aos partidos políticos com representação no Congresso Nacional e às organizações sindicais, entidades de classe e associações legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano<sup>275</sup>.

Com relação aos partidos políticos, a única restrição imposta pela norma constitucional é ter representação no Congresso Nacional. Entretanto, há quem pretenda limitar a legitimação dos partidos políticos para impetração de mandado de segurança coletivo às matérias relativas a direitos políticos e partidários, já tendo, inclusive, decidido nesse sentido o Superior Tribunal de Justiça<sup>276</sup>. Outros preferem estabelecer limites mais elásticos, afirmando que os partidos políticos teriam legitimidade para impetrar mandado de segurança

---

<sup>275</sup> Renato Rocha Braga defende que o rol de legitimados do inciso LXX do art. 5º da CF seria meramente exemplificativo, devendo-se estender a legitimidade ativa, em matéria de mandado de segurança coletivo, também às demais entidades legitimadas pelo art. 5º da LACP e art. 82 do CDC (Op. cit., pp. 93-94). Não parece, porém, haver respaldo no texto constitucional para tal interpretação. Quisesse o constituinte ter atribuído tamanha extensão à legitimidade para impetração do mandado de segurança coletivo, teria feito de forma expressa.

<sup>276</sup> Embargos de Declaração em Mandado de Segurança n.º 197-DF.

coletivo em assuntos relacionados ao regime democrático, aos direitos fundamentais e ao sistema representativo<sup>277</sup>.

Na realidade, porém, como já se demonstrou, o texto constitucional não abriga qualquer interpretação restritiva do objeto do mandado de segurança coletivo. Especialmente com relação à legitimação dos partidos políticos, a redação adotada pela alínea "a" do art. 5º, LXX da CF foi a mais ampla possível, exigindo apenas, dessas entidades, que tenham representação no Congresso Nacional, de forma que nenhuma restrição, além dessa, poderá o intérprete ou mesmo o legislador ordinário estabelecer à legitimidade dos partidos políticos para a impetração do mandado de segurança coletivo<sup>278</sup>.

Quanto aos legitimados previstos na alínea "b" daquele dispositivo constitucional, quais sejam, organizações sindicais, entidades de classe e associações, o texto constitucional, à primeira vista, pode fazer parecer que a exigência de pré-constituição e funcionamento há, pelo menos, um ano seria pertinente apenas às associações, não se referindo às organizações sindicais e entidades de classe, induzindo, inclusive, juristas de peso a assim concluir<sup>279</sup>.

Entretanto, uma interpretação sistemática do modelo de representatividade adequada adotado no sistema brasileiro, tanto nas legislações anteriores à Constituição Federal quanto nas que lhe sucederam, onde se observa que a legitimação das entidades privadas vem sempre acompanhada do requisito da pré-constituição, faz concluir que a melhor leitura do dispositivo constitucional é no sentido de que o requisito da pré-constituição e funcionamento por um período mínimo de um ano diz respeito a todas as entidades mencionadas na alínea "b" do inciso LXX do art. 5º da CF<sup>280</sup>, até porque as organizações sindicais e entidades de classe têm a mesma natureza jurídica das associações privadas, não

---

<sup>277</sup> BULOS, Uadi Lânego, op. cit., p. 259. Em sentido similar, mas com um rol mais extenso e pormenorizado, abrangendo, além dos direitos políticos, os direitos vinculados ao objeto social, à soberania, à cidadania, ao regime democrático, ao pluripartidarismo, à dignidade humana, aos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, à liberdade, à ordem econômica e social, à política urbana e agrícola, à educação e ao meio ambiente, pronuncia-se José da Silva PACHECO (Op. cit., p. 338).

<sup>278</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini: "Mandado de segurança coletivo: legitimação, objeto e coisa julgada" *in Revista de Processo*, n.º 58. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, pp. 75-84, pp. 76 e 78.

<sup>279</sup> *Idem, ibidem*, p. 76.

<sup>280</sup> Nesse sentido, PACHECO, José da Silva, op. cit., p. 333.

havendo, assim, razão em se entender que o constituinte teria estabelecido requisitos de representatividade diversos para tais entidades.

Já em matéria de legitimidade passiva, o mandado de segurança coletivo não guarda qualquer especificidade com relação ao *writ* tradicional, devendo constar no pólo passivo da relação processual a autoridade responsável pelo ato que, praticado com ilegalidade ou abuso de poder, tenha lesado ou ameaçado o direito coletivo *lato sensu* que se busca tutelar.

É, assim, o mandado de segurança coletivo, o instrumento processual apto à defesa de direitos metaindividuais lesados ou ameaçados de lesão por ato abusivo ou ilegal de autoridade, quando for possível provar a lesão ou ameaça ao direito através de prova pré-constituída.

### **6.5. A ação coletiva inominada do Código de Defesa do Consumidor.**

Uma das grandes novidades trazidas pelo Código de Defesa do Consumidor em matéria de tutela coletiva foi a criação de uma ação específica para a defesa dos chamados direitos individuais homogêneos. Trata-se da ação prevista nos arts. 91 a 100 da Lei n.º 8.078/90, sob o título "Das ações coletivas para a defesa dos direitos individuais homogêneos".

Como o CDC não nominou tal ação, não há uniformidade na doutrina quanto à sua denominação. Enquanto alguns têm-na chamado de "ação de classe brasileira" devido às suas semelhanças com a *class action for damages* do direito norte-americano<sup>281</sup>, outros preferem denominá-la simplesmente de "ação civil coletiva"<sup>282</sup>.

Na realidade, antes mesmo da promulgação do Código de Defesa do Consumidor, o legislador brasileiro já havia esboçado, no âmbito da ação civil pública, um provimento similar ao de que ora se trata, voltado à tutela dos direitos individuais

---

<sup>281</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini: "Das *class action for damages* à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade" in *Ação Civil Pública: Lei 7.347/1985 - 15 anos*. Coord. Édis Milaré. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, 2ª edição, pp. 19-39, pp. 19-20.

<sup>282</sup> ALMEIDA, João Batista de: "Ação civil pública e ação civil coletiva: afinidades e distinções" in *Revista de Direito do Consumidor*, n.º 26. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, pp. 113-118, *passim*; "A ação civil coletiva para a defesa dos interesses ou direitos individuais homogêneos" in *Revista de Direito do Consumidor*, n.º 34. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, pp. 88-97, pp. 88-94.

homogêneos dos investidores no mercado de valores mobiliários. Nesse sentido, a Lei n.º 7.913, de 07.12.1989, legitimou o Ministério Público a adotar as medidas judiciais necessárias para obter o ressarcimento dos danos causados aos titulares de valores mobiliários e aos investidores do mercado, prevendo, em seu art. 2º, a reversão das importâncias decorrentes da condenação para os investidores lesados, "na proporção de seu prejuízo" e a necessidade de que esses investidores individualmente prejudicados se habilitem para o recebimento da parcela que lhes couber, sob pena de recolhimento dos valores ao Fundo previsto no art. 13 da Lei da Ação Civil Pública.

Entretanto, tal diploma normativo não trouxe maiores detalhes sobre o procedimento a ser adotado para tornar efetiva a tutela então estabelecida, tratando-a exclusivamente no âmbito da ação civil pública, além de ter sua incidência restrita aos direitos individuais homogêneos dos proprietários de valores mobiliários e dos investidores de mercado.

Somente com a edição do Código de Defesa do Consumidor é que foi realmente instituída, de forma ampla e sistemática, a chamada "ação de classe brasileira", tendo a Lei n.º 8.078/90, por seus arts. 91 a 100, disciplinado minuciosamente o tipo de provimento jurisdicional a ser buscado em tal ação, assim como o procedimento a ser adotado para tornar efetivo tal provimento.

Antes, porém, de iniciar o estudo do procedimento propriamente dito, cumpre esclarecer que a ação coletiva prevista nos arts. 91 a 100 do CDC não é o único instrumento hábil à tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos.

Não obstante a existência de opinião em contrário<sup>283</sup>, não parece acertado reduzir-se a tutela jurisdicional coletiva dos direitos individuais homogêneos à ação inominada prevista no Capítulo II do Título III do Código de Defesa do Consumidor.

---

<sup>283</sup> ALMEIDA, João Batista de: "Ação civil pública e ação civil coletiva: afinidades e distinções" in *Revista de Direito do Consumidor*, n.º 26. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, pp. 113-118, pp. 114-115. Nessa oportunidade, o autor afirmou que a ação civil pública seria o instrumento adequado à tutela dos direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, enquanto a "ação civil coletiva", como é por ele denominada a ação prevista nos arts. 91 a 100 do CDC, seria adequada à defesa dos direitos individuais homogêneos. Entretanto, em publicação posterior, João Batista de Almeida já admitiu a utilização da ação civil pública em defesa de direitos individuais homogêneos "de caráter social" ("A ação civil coletiva para a defesa dos interesses ou direitos individuais homogêneos" in *Revista de Direito do Consumidor*, n.º 34. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, pp. 88-97, p. 89).

A ação coletiva inominada do Código de Defesa do Consumidor é o instrumento apto à tutela dos direitos individuais homogêneos quando se pretende obter provimento de natureza exclusivamente indenizatória, no intuito de promover o ressarcimento dos danos pessoalmente sofridos pelos integrantes da coletividade envolvida. É o que ocorre, por exemplo, quando uma empresa prestadora de serviços de plano de saúde aumenta de forma ilegal, por um determinado período de tempo, o preço contratualmente avençado, e se pretende reaver dessa empresa os valores pagos indevidamente por cada um desses consumidores.

É perfeitamente possível, porém, que, em certas situações, a tutela dos direitos individuais homogêneos demande um provimento desconstitutivo do ato lesivo ou mesmo uma tutela específica, mediante condenação do réu em obrigações de fazer ou não fazer. Nesses casos, poderão os legitimados lançar mão das demais ações coletivas, de que se tratou nos itens anteriores, a fim de promover a adequada defesa dos direitos individuais homogêneos<sup>284</sup>, não sendo, em absoluto, compatível com o sistema de ampla tutela dos direitos metaindividuais criado pelo Código de Defesa do Consumidor (art. 83) qualquer interpretação que pretenda restringir a defesa judicial dos chamados direitos individuais homogêneos à ação coletiva prevista dos arts. 91 a 100 da Lei n.º 8.078/90.

É de se ressaltar também que a ação coletiva de que ora se trata não se presta exclusivamente à defesa de direitos individuais homogêneos de consumidores<sup>285</sup>, mas sim dos direitos individuais homogêneos em geral, seja qual for a natureza do bem tutelado.

Isso porque o art. 117 do Código de Defesa do Consumidor acrescentou à Lei n.º 7.347/85 o art. 21, com o seguinte teor: "aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da Lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor", estendendo as normas contidas nessa parte do CDC aos demais direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. E é exatamente no Capítulo II do Título III do Código de Defesa do Consumidor que se encontra disciplinada a ação coletiva inominada para defesa dos direitos individuais homogêneos.

---

<sup>284</sup> Nesse sentido, GRINOVER, Ada Pellegrini: *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, 6ª edição, pp. 768-769.

<sup>285</sup> Em sentido contrário: ALMEIDA, João Batista de: "Ação civil pública e ação civil coletiva: afinidades e distinções" in *Revista de Direito do Consumidor*, n.º 26. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, pp. 113-118, p. 114; "A ação civil coletiva para a defesa dos interesses ou direitos individuais homogêneos" in *Revista de Direito do Consumidor*, n.º 34. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, pp. 88-97, pp. 88-94, p. 89.

Como se verá mais detidamente no item 6.7 deste Capítulo, o sistema processual coletivo contido no Código de Defesa do Consumidor não se aplica apenas à defesa dos direitos metaindividuais consumeristas, estendendo-se à tutela jurisdicional coletiva em geral, independentemente da natureza do bem tutelado.

Assim, por exemplo, se, em razão de uma lesão ambiental, os moradores da área atingida pelo ato lesivo sofreram danos em sua esfera individual, o ressarcimento desses prejuízos poderá ser pleiteado sob tratamento processual coletivo, através da ação prevista nos arts. 91 a 100 do Código de Defesa do Consumidor, mesmo não se tratando de direitos oriundos de relação de consumo.

Determinado, nestes termos, o amplo campo de incidência da chamada "ação de classe brasileira", pode-se passar à análise de suas características jurisdicionais e procedimentais.

Trata-se de ação coletiva em que o provimento jurisdicional é de natureza eminentemente condenatória, na medida em que se busca impor ao réu a obrigação de indenizar os danos individuais oriundos do ato lesivo por ele praticado. Mas a marca principal dessa ação, que constitui também uma das maiores inovações trazidas pelo CDC em matéria de tutela jurisdicional coletiva, encontra-se no tipo de condenação imposta ao réu no caso de procedência do pedido coletivo.

Dispõe o art. 95 do CDC que, "em caso de procedência do pedido, a condenação será genérica, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados". Assim, a sentença que julgar procedente o pedido coletivo reconhecerá a responsabilidade do réu pelos danos individuais decorrentes do fato lesivo e o condenará a indenizar tais danos, sem, porém, identificar as pessoas que teriam sofrido esses danos, ou seja, os beneficiários da indenização, nem tão pouco o respectivo valor.

A adoção, pelo CDC, dessa modalidade de condenação genérica foi alvo de críticas por parte de alguns doutrinadores. Nesse sentido, de forma bastante incisiva, afirmou José Ignácio Botelho de Mesquita tratar-se de "uma espécie de sentença condenatória em branco", "uma sentença que tem por objeto, apenas, a verificação da responsabilidade do réu por um ato ou fato potencialmente danoso, independentemente da apuração em concreto se, de tal ato ou fato, decorreu efetivamente algum dano", concluindo que "pelo Código de

Defesa do Consumidor, inverteu-se a situação: primeiro condena-se o réu e depois se verifica se a obrigação a cujo cumprimento foi condenado, existe de fato ou não"<sup>286</sup>.

Embora o referido autor tenha total razão em outras críticas formuladas ao sistema processual coletivo do Código de Defesa do Consumidor, especificamente com relação à disciplina da coisa julgada coletiva, de que se tratará no capítulo seguinte, no aspecto que ora se analisa, parece ter havido um certo excesso de sua parte.

Na realidade, na ação coletiva em foco, não se condena o réu por danos potenciais ou incertos. A condenação decorre da comprovação nos autos, após suficiente instrução, de que o réu é responsável pela ocorrência de fato que provocou danos individuais a toda uma coletividade. A existência dos danos é certa, só não se precisa no processo de conhecimento, em nome da economia, da celeridade e da efetividade processuais, a identidade individual dos lesados e a dimensão/quantificação de seus danos pessoais, o que é diferido para um segundo momento do processo coletivo, em que cada um dos prejudicados poderá se habilitar e promover a liquidação e posterior execução dos prejuízos individualmente sofridos.

A fim de que todos os integrantes da coletividade envolvida tomem conhecimento do ajuizamento da ação coletiva, podendo, assim, exercer os direitos que decorrerem de uma eventual procedência do pedido, prevê o art. 94 do CDC que, proposta a ação, será publicado edital no órgão oficial, bem como promovida ampla divulgação nos meios de comunicação social, tais como rádio e televisão, permitindo ainda que qualquer das pessoas individualmente lesadas venham integrar a relação processual na condição de litisconsortes ativos.

José Rogério Cruz e Tucci criticou, com razão, a permissão do litisconsórcio ulterior contida no art. 94 do CDC, afirmando que os processos "de espectro coletivo foram criados exatamente para obstar a formação do litisconsórcio multitudinário que, à evidência, e por várias razões, subtrairia a própria efetividade do processo", sendo, no seu entender, "contrária à própria *ratio* da ação coletiva"<sup>287</sup>.

Deverá, assim, o juiz, controlar a formação do litisconsórcio ativo de que trata o art. 94 do CDC a fim de evitar que a intervenção desenfreada de particulares na relação

---

<sup>286</sup> MESQUITA, José Ignácio Botelho de: "Na ação do consumidor, pode ser inútil a defesa do fornecedor" *in Revista do Advogado*, n.º 33. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, 1990, pp. 80-82, pp. 80 e 81.

<sup>287</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e: "Código do Consumidor e processo civil - aspectos polêmicos" *in Revista dos Tribunais*, v. 671. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, pp. 32-39, p. 34.

processual acabe por comprometer os fins de economia e efetividade processuais a que se propõe a ação coletiva, sendo possível aplicar no caso, por analogia, a norma contida no parágrafo único do art. 46 do Código de Processo Civil, que permite ao juiz limitar o litisconsórcio facultativo.

O artigo 96 do texto originário do CDC, vetado pelo Poder Executivo, previa a publicação de editais também por ocasião do trânsito em julgado da sentença coletiva quando julgado procedente o pedido, justamente para dar conhecimento da decisão à maior parcela possível da coletividade a fim de que pudessem os interessados se habilitar no processo, promovendo a liquidação e posterior execução de seus danos individuais.

Tem-se, porém, entendido, com acerto, que, não obstante o veto presidencial, a obrigação de publicação da sentença por meio de editais permanece válida em razão do princípio constitucional da publicidade dos atos processuais e em face do prazo de um ano fixado no art. 100 do CDC para as habilitações individuais, sob pena de reversão da indenização para o Fundo previsto na Lei da Ação Civil Pública<sup>288</sup>.

Revestida da autoridade de coisa julgada a sentença que julgou procedente o pedido, condenando genericamente o réu ao pagamento da indenização pelos danos por ele causados, inicia-se a fase de liquidação dessa sentença, onde deverão ser provados os danos individualmente sofridos, o nexo de causalidade entre o prejuízo e o fato cuja responsabilidade foi atribuída ao réu, bem como o *quantum* devido em razão da extensão do dano. Diante da necessidade de provar fatos novos, a liquidação será, necessariamente, na modalidade de liquidação por artigos<sup>289</sup>.

Nos termos do art. 97 do CDC, a liquidação da condenação genérica poderá ser promovida individualmente pelos interessados, hipótese em que poderão optar pelo foro do seu domicílio (art. 98, §2º, I c/c 101, I, do CDC), ou pelos legitimados coletivos. Em qualquer caso, porém, a liquidação deverá personalizar os indivíduos prejudicados, fazendo prova do seu dano, do nexo de causalidade e do *quantum* pretendido.

---

<sup>288</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini: *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, 6ª edição, p. 785.

<sup>289</sup> Também foi objeto de veto presidencial o parágrafo único do art. 97 do CDC, que previa justamente a modalidade de liquidação por artigos. O veto do Poder Executivo, porém, mais uma vez, restou inócuo, visto que, pela necessidade de provar fatos novos, não poderá ser seguido outro procedimento liquidatório senão o da liquidação por artigos.



Procedida à liquidação da sentença, passa-se ao momento da sua execução, que também pode ser individual ou coletiva. A execução coletiva será proposta pelos legitimados do art. 82 do CDC, abrangendo as vítimas cujas indenizações foram fixadas em processo de liquidação, o que se comprovará mediante certidões cartorárias (CDC, art. 98).

Decorrido o prazo de um ano do trânsito em julgado da sentença coletiva condenatória, sem que haja habilitações individuais em número compatível com a gravidade e a extensão do dano, os legitimados coletivos promoverão a liquidação e execução da sentença, devendo o produto da indenização reverter para o Fundo criado pelo art. 13 da Lei da Ação Civil Pública (CDC, art. 100), cujos recursos, como já se viu, são aplicados na recuperação do bem lesado ou em atividades relacionadas com a prevenção de novas lesões.

Nesse caso, como bem esclarece Ada Pellegrini Grinover, não tendo havido habilitações individuais em número suficiente a permitir a apuração dos danos individualmente sofridos, a liquidação coletiva terá por objeto a apuração do "prejuízo globalmente causado", sendo de extrema importância a participação do juiz, cujos poderes se tornam nitidamente mais amplos<sup>290</sup>.

Essa possibilidade de liquidação e execução da condenação genérica mesmo quando os integrantes da coletividade pessoalmente lesados não se habilitarem no processo, com apuração do prejuízo causado em sua dimensão coletiva e reversão do produto da indenização para o Fundo criado pela LACP, vem atender justamente aos casos de lesão coletiva em que, individualmente considerados, os danos são praticamente insignificantes, sendo, porém, bastante significantes em sua dimensão coletiva, de forma a exigir a responsabilização do causador da lesão, o que, de fato, poderia jamais ocorrer se se tivesse que aguardar que um desses cidadãos que sofreu lesão ínfima, decidisse levar o caso ao Poder Judiciário. Suponha-se, por exemplo, a hipótese de uma empresa fabricar e comercializar no mercado produtos cujo peso ou quantidade seja inferior àquela apontada na embalagem e, portanto, não corresponda ao preço cobrado. O dano sofrido por cada consumidor pode ter sido insignificante, mas o prejuízo globalmente considerado provavelmente será bastante volumoso<sup>291</sup>.

---

<sup>290</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini: *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, 6ª edição, p. 795.

<sup>291</sup> Exemplo fornecido por Ada Pellegrini Grinover, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, 6ª edição, p. 793.

Foi para casos assim que o art. 100 do Código de Defesa do Consumidor previu a possibilidade de liquidação e execução da condenação genérica pelos legitimados coletivos, mesmo quando os integrantes da coletividade individualmente lesados não se habilitarem no processo, hipótese em que se fará a apuração do prejuízo causado em sua dimensão coletiva, revertendo o produto da indenização para o Fundo criado pela Lei da Ação Civil Pública.

Vistos, assim, os principais aspectos da ação coletiva inominada prevista nos arts. 91 a 100 do Código de Defesa do Consumidor, por alguns denominada "ação de classe brasileira" ou simplesmente "ação civil coletiva", pode-se dizer que tal ação é o instrumento processual hábil à tutela de direitos individuais homogêneos quando se pretender obter o ressarcimento pecuniário pelos danos causados individualmente, mas em dimensão coletiva.

#### **6.6. A natureza constitucional das ações coletivas brasileiras. Sua colocação fora do âmbito do Direito Processual Civil.**

Como se viu nos itens acima, a ação popular e o mandado de segurança coletivo encontram-se consagrados na Constituição Federal como garantias fundamentais do cidadão (art. 5º, LXX e LXXIII), enquanto a ação civil pública é prevista também na Carta Magna como função institucional do Ministério Público (art. 129, III).

Já a ação coletiva inominada instituída pelo Código de Defesa do Consumidor, embora não tenha previsão expressa, direta e nominada na Constituição, goza de guarida constitucional na medida em que foi instituída por lei que veio regulamentar direito fundamental, qual seja, o direito à proteção e defesa do consumidor (art. 5º, XXXII).

Assim, as ações coletivas brasileiras são, todas elas, ações de índole constitucional.

Na lição de José da Silva Pacheco, as ações constitucionais alinham-se em três categorias: "a primeira, formada pela ação de constitucionalidade e de inconstitucionalidade de leis e atos e pela arguição de descumprimento de preceito fundamental, de natureza estritamente constitucional, versando matéria dessa espécie, em processo peculiar, perante tribunal próprio; a segunda, composta por aquelas que não só foram alçadas ao nível constitucional, mas, sobretudo, enquadradas entre os direitos e garantias fundamentais, o que

lhes dá conotação incomum; e a terceira, consistente das que não tiveram essa colocação especial, embora estejam inscritas na Constituição"<sup>292</sup>.

Ainda na esteira daquele doutrinador, as ações integrantes das duas primeiras categorias são chamadas de ações constitucionais típicas, vez que nominadas pelo próprio constituinte. Mas, "além das ações constitucionais típicas, outras encontram assento constitucional". São as ações constitucionais ditas atípicas. E o próprio José da Silva Pacheco estuda, dentre as ações constitucionais atípicas, aquela ação coletiva prevista nos arts. 91 a 100 do Código de Defesa do Consumidor, aqui tratada como ação coletiva inominada<sup>293</sup>.

Logo, seja por previsão expressa e nominada ou não, o que se verifica é que as ações coletivas brasileiras, através das quais se tutelam os direitos metaindividuais, são ações de natureza constitucional. E, como ações constitucionais, devem ser tratadas.

A percepção da diferença que envolve a natureza jurídica das ações constitucionais e das ações próprias do processo civil afigura-se fundamental ao conhecimento e estudo do novo instrumental que constitui o objeto da presente dissertação.

Mais do que instrumentos processuais, as ações constitucionais são, em sua maioria, garantias fundamentais e, ainda que não alçadas à categoria de garantias fundamentais, são previstas na Constituição Federal e/ou vocacionadas à defesa de direitos nela consagrados.

Paulo de Tarso Brandão, estudando as ações constitucionais, em tese de doutoramento que se transformou no excelente livro "*Ações constitucionais: novos direitos e acesso à justiça*", chama a atenção justamente para a profunda diferença existente entre a natureza jurídica das ações constitucionais e a natureza jurídica do processo civil. E afirma: "não se pode confundir, portanto, a natureza constitucional dos instrumentos em análise com o caráter que possui o Processo Civil, no qual o direito de ação é um direito de ordem constitucional somente por se tratar da possibilidade de provocar a manifestação do Poder Judiciário no sentido da prestação jurisdicional"<sup>294</sup>.

Nesse contexto, perceber que as ações coletivas, enquanto instrumentos de tutela dos direitos metaindividuais, são ações constitucionais representa um importante passo

---

<sup>292</sup> PACHECO, José da Silva, op. cit., p. 32.

<sup>293</sup> PACHECO, José da Silva, op. cit., pp. 100-102, 486-494.

<sup>294</sup> BRANDÃO, Paulo de Tarso, op. cit., pp. 180-182.

para a conscientização de que o estudo de tais ações não pode ser feito no âmbito do Direito Processual Civil e sob a égide de seus princípios, categorias e conceitos.

Trata-se de instrumentos processuais de natureza fundamentalmente diversa do processo civil e que se destinam a tutelar direitos que também pertencem a uma ordem totalmente diversa dos direitos para cuja tutela foi concebido o Direito Processual Civil.

Enquanto as ações individuais típicas do processo civil são ações que tutelam direitos individuais, em geral, de natureza privada e patrimonial, consubstanciando processos subjetivos; as ações coletivas são ações de natureza constitucional, que tutelam direitos que gozam de fundamento também constitucional, intimamente relacionados com a noção de cidadania, e que consubstanciam processos de índole objetiva<sup>295</sup>.

A falta de percepção, entre os juristas e operadores do direito em geral, dessa natureza totalmente diversa das ações coletivas e dos novos direitos que elas tutelam tem emperrado o desenvolvimento de uma teoria própria das ações coletivas e até mesmo mascarado a necessidade de tal teoria.

Enquanto ações de natureza constitucional, que tutelam novos direitos de índole coletiva e de fundamento também constitucional, as ações coletivas não de ser estudadas e interpretadas fora do âmbito do Direito Processual Civil, estando bem mais próximo da natureza desses institutos o novel Direito Processual Constitucional<sup>296</sup>.

Mas a inserção das ações coletivas no âmbito do Direito Processual Constitucional, embora represente um grande passo na evolução da tutela jurisdicional coletiva, por si só, não se revela suficiente. Fundamental se afigura, em paralelo, o desenvolvimento de um *pensamento processual coletivo*, que permita à doutrina visualizar e conceber o processo de tutela dos direitos coletivos *lato sensu* como um processo totalmente diverso e desapegado dos conceitos e fundamentos do processo civil, como um verdadeiro *processo coletivo*, para o qual devem existir conceitos, princípios, categorias e fundamentos próprios, de forma a tornar possível, no futuro, a elaboração científica de um Direito Processual Coletivo, talvez até independente do próprio Direito Processual Constitucional.

---

<sup>295</sup> Sobre a natureza objetiva do processo coletivo, cf. Capítulo 5, item 5.4 desta dissertação.

<sup>296</sup> Sobre o Direito Processual Constitucional, enquanto ramo autônomo do Direito, cf. Capítulo 2, item 2.4 desta dissertação.

## **6.7. A extensão do sistema processual criado pela Lei da Ação Civil Pública e pelo Código de Defesa do Consumidor às demais ações coletivas.**

O primeiro diploma legal a disciplinar um instrumento processual voltado à tutela de direitos metaindividuais, no Brasil, foi a Lei n.º 4.717, de 29 de junho de 1965, que instituiu a ação popular. Entretanto, como se viu acima, a ação popular não se apresentava suficiente à promoção de uma tutela amplamente efetiva dos direitos coletivos *lato sensu*, deixando ainda desprovidas de uma adequada proteção judicial aquelas situações em que a tutela do bem demandava um provimento específico, de imposição de obrigação de fazer ou não fazer.

No intuito de suprir as lacunas deixadas pela LAP, editou-se, em 1985, a Lei n.º 7.347, que instituiu a ação civil pública, estabelecendo uma disciplina mais ampla da tutela jurisdicional coletiva, inclusive com possibilidade de tutela específica e concessão de medidas liminares.

Em 1990, a tutela judicial dos direitos coletivos *lato sensu* ganhou ainda mais força no âmbito normativo com o Código de Defesa do Consumidor, visto que tal diploma, ao tratar, em seu Título III, "Da defesa do consumidor em juízo", deu especial ênfase à defesa dos direitos metaindividuais do consumidor, ampliando e conceituando expressamente as modalidades de direitos coletivos passíveis de proteção judicial, aprimorando a questão da legitimidade e da adequada representação, priorizando a tutela específica desses novos direitos em relação à tutela ressarcitória, disciplinando de forma mais minuciosa a coisa julgada e a sua extensão a terceiros não integrantes da relação processual, criando um procedimento específico para a defesa dos direitos individuais homogêneos, dentre outras medidas.

Assim como a Lei da Ação Civil Pública recepcionou a ação popular, mencionando-a expressamente em seu art. 1º, o Código de Defesa do Consumidor também recepcionou a ação civil pública, e, a rigor, foi além de uma simples recepção, estabelecendo com a LACP um sistema de complementação e integração recíprocas.

Nesse sentido, o art. 90 do CDC dispõe que se aplicam às ações coletivas por ele versadas as disposições da Lei n.º 7.347/85. Já o art. 21 da LACP, acrescido pelo próprio Código de Defesa do Consumidor, invoca a aplicação dos dispositivos do Título III desse diploma, no que for cabível.

Criou-se, assim, um sistema processual integrado de tutela coletiva, baseado nas disposições da LACP e do CDC.

E tal sistema regula não só as ações coletivas propostas em defesa do consumidor ou sob a forma de ação civil pública, aplicando-se às ações coletivas em geral, propostas em defesa de direitos metaindividuais de qualquer natureza material.

O art. 89 do projeto original que se transformou na Lei n.º 8.078/90 previa expressamente a aplicabilidade das disposições do seu Título III a "outros direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos, tratados coletivamente". Tal dispositivo, porém, foi objeto de veto presidencial, sob o fundamento de que o legislador deveria se ater à determinação contida no art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, limitando-se a elaborar um Código de Defesa do Consumidor<sup>297</sup>.

Entretanto, provavelmente por falta de um conhecimento sistemático do projeto de lei como um todo, o veto presidencial, nesse particular, não atingiu sua finalidade, não tendo o condão de evitar que as normas relativas à "defesa do consumidor em juízo" fossem estendidas à tutela jurisdicional dos demais direitos metaindividuais.

Isso porque permaneceram intocados os arts. 110 e 117 do Código de Defesa do Consumidor, que, no seu conjunto, fazem as vezes da norma contida no vetado art. 89.

Nesse sentido, o art. 110 acrescentou o inciso IV ao art. 1º da Lei n.º 7.347/85, explicitando que a tutela estabelecida na LACP se aplica a "qualquer outro interesse difuso ou coletivo". O art. 117, por seu turno, acrescentou o art. 21 àquela mesma lei, com o seguinte teor: "aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da Lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor".

Sem maiores esforços interpretativos, verifica-se que tais dispositivos, especialmente o art. 21 da Lei n.º 7.347/85, produzem o mesmo efeito normativo que se pretendia obter através do art. 89, objeto de veto presidencial, promovendo a extensão da disciplina processual coletiva do Código de Defesa do Consumidor a todas as ações coletivas propostas em defesa de direitos difusos, coletivos *stricto sensu* ou individuais homogêneos de qualquer natureza, e não só dos direitos metaindividuais do consumidor<sup>298</sup>.

---

<sup>297</sup> Sobre os vetos presidenciais impostos ao projeto original do Código de Defesa do Consumidor, cf. GRINOVER, Ada Pellegrini e BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e: *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, 6ª edição, pp. 5-6.

<sup>298</sup> Nesse sentido: WATANABE, Kazuo: *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, 6ª edição, p. 761; GIDI, Antonio, op. cit., pp. 74-78.

E, como o Código de Defesa do Consumidor, no que se refere à tutela jurisdicional coletiva, forma um sistema integrado com a Lei da Ação Civil Pública, tratando-se de diplomas legais que se complementam reciprocamente, pode-se afirmar que, no direito positivo brasileiro, no estágio em que se encontra atualmente, as ações coletivas são regidas, em princípio, por suas leis específicas e, naquilo em que suas legislações próprias forem omissas, por um "sistema processual" baseado no CDC e na LACP.

O que se propõe, porém, é que, com o desenvolvimento do necessário *pensamento processual coletivo*, a partir da consciência da natureza jurídica peculiar das ações coletivas e dos novos direitos a que visam tutelar, seja concebido um sistema processual único para a tutela coletiva, conscientemente diverso do Direito Processual Civil, com conceitos, categorias e princípios próprios, de forma que, quando esse pensamento jurídico processual coletivo tenha atingido um maior nível de amadurecimento teórico e científico entre os juristas, seja elaborado um verdadeiro Código de Processo Coletivo, destinado à disciplina processual das ações coletivas e voltado às especificidades dessa nova realidade jurídica material e processual.

#### **6.8. Está o ordenamento jurídico pátrio dotado de instrumentos aptos à tutela dos direitos metaindividuais?**

Como se viu através do estudo das ações coletivas em espécie, muito já se avançou, no Brasil, em matéria de tutela jurisdicional dos direitos metaindividuais.

Atualmente, é possível a defesa judicial de direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos de qualquer natureza<sup>299</sup>, dispondo-se, para tanto, de uma série de ações coletivas, cada uma com as suas particularidades e adequações.

Em sede de legitimação coletiva, adota o Brasil um sistema pluralista, que legitima à defesa dos direitos coletivos *lato sensu* desde entidades e órgãos públicos, inclusive aqueles desprovidos de personalidade jurídica, até associações privadas institucionalmente voltadas à guarda de tais direitos, permitindo-se ainda, em determinadas situações, a iniciativa judicial do próprio cidadão<sup>300</sup>, sendo certo ainda que essa legitimidade é cercada de um

---

<sup>299</sup> LACP, arts. 1º e 21 e CDC, art. 81.

<sup>300</sup> LAP, art. 1º; LACP, art. 5º; CF, art. 5º, LXX e LXXIII; CDC, art. 82.

sistema de controles desenvolvido a fim de assegurar a adequada representação em juízo desses direitos metaindividuais<sup>301</sup>.

Ainda na esteira da facilitação do acesso à justiça desses novos direitos, visando a eliminar possíveis óbices financeiros a esse acesso, nas ações coletivas brasileiras, não há adiantamento de custas, taxas judiciárias, emolumentos ou quaisquer outras despesas processuais por parte do autor coletivo, não podendo ainda, em caso de improcedência do pedido, ser essa parte ideológica condenada nos ônus da sucumbência, inclusive no pagamento de honorários advocatícios, exceto em caso de comprovada má-fé de sua parte<sup>302</sup>.

Seguindo a mesma linha, permite-se aos membros da coletividade titular do direito metaindividual em lide, que tenham sofrido danos individuais, promover a liquidação e a execução de seus danos pessoais a partir da sentença que houver julgado procedente a ação coletiva, sem a necessidade de interposição de novas ações individuais de natureza cognitiva<sup>303</sup>.

Por outro lado, estabeleceu-se uma disciplina específica dos limites subjetivos da coisa julgada, permitindo expressamente sua extensão à esfera individual dos membros da coletividade que não se fizeram pessoalmente presentes na relação processual<sup>304</sup>.

Já no sentido de uma maior efetividade da prestação jurisdicional coletiva, criou-se um sistema que busca privilegiar, em matéria de direitos coletivos *lato sensu*, a tutela específica do bem protegido, através da determinação, inclusive em sede liminar, de obrigações de fazer e não fazer, atribuindo-se uma função subsidiária à tutela pecuniária compensatória e criando-se um fundo a ser gerido por um Conselho Federal ou Estadual, para o qual deverão reverter as condenações em dinheiro a fim de que sejam aplicadas na reconstituição dos bens lesados ou em atividades educativas e de prevenção<sup>305</sup>.

Nesse contexto e pelo mais que se viu no presente estudo, pode-se afirmar que o Brasil dispõe hoje de instrumentos processuais que possibilitam o acesso à justiça dos

---

<sup>301</sup> Sobre o sistema de controle criado pelo ordenamento jurídico pátrio visando a assegurar a justa defesa judicial dos direitos coletivos *lato sensu*, cf. Capítulo 5, item 5.2 desta dissertação.

<sup>302</sup> LAP, arts. 10 e 12; LACP, art. 18; CDC, art. 87.

<sup>303</sup> CDC, arts. 95 a 99 e 103, § 3º.

<sup>304</sup> CDC, art. 103. Para uma análise mais detalhada do sistema da coisa julgada coletiva vigente no direito brasileiro, cf. Capítulo 7 a seguir.

<sup>305</sup> LACP, arts. 11, 12 e 13; CDC, art. 84. O fundo de que trata o art. 13 da LACP foi regulamentado pelo Decreto n.º 1.306, de 09.11.1994 e pela Lei n.º 9.008, de 21.03.1995.



direitos metaindividuais, assim como uma tutela jurisdicional razoavelmente efetiva desses novos direitos<sup>306</sup>.

Já não cabem mais as afirmações, ainda presentes na doutrina e no discurso de grande parte dos operadores do direito, no sentido de que somente será possível se assegurar o acesso à justiça e uma tutela efetiva dos direitos coletivos *lato sensu* com a criação de instrumentos, procedimentos e ritos processuais mais modernos; e que o Judiciário só não cumpre a contento a importante missão de bem tutelar esses novos direitos porque não lhe é dado um instrumental processual apto para tanto.

Como já observou Márcio Flávio Mafra Leal, após detido estudo do direito estrangeiro em matéria de tutela coletiva, hoje "o Brasil conta com uma das mais avançadas legislações sobre ação coletiva no mundo"<sup>307</sup>.

Tal constatação, porém, não deve servir de obstáculo ou desestímulo a que se continue avançando nos estudos da tutela jurisdicional coletiva, pois que, principalmente a nível teórico e científico, ainda há muito a se fazer.

Nesse particular, não parece assistir razão a José Marcelo Menezes Vigliar quando, após sinalizar de forma ímpar e excessivamente otimista a "existência de um sistema processual apto a solucionar todas as modalidades de conflitos, sobretudo e modernamente, os transindividuais", afirma que observações e críticas sobre o sistema hoje existente seriam prejudiciais à defesa de tais direitos<sup>308</sup>.

Ao contrário do que pensa Vigliar, entende-se aqui que as discussões acadêmicas sobre os problemas e incongruências ainda existentes no sistema processual pátrio de defesa dos direitos metaindividuais contribuem valiosamente para o desenvolvimento e amadurecimento não só teórico, como também normativo, da tutela jurisdicional coletiva no Brasil.

Embora muito já se tenha feito, deve-se continuar buscando avançar, pois ainda se precisa aperfeiçoar o sistema teórico e científico em matéria de tutela dos direitos metaindividuais, até para que se possam solucionar os equívocos, incongruências e mesmo inconstitucionalidades ainda existentes a nível normativo, na medida em que tais problemas, como se demonstrará no capítulo seguinte, têm sua origem justamente na falta de consciência

---

<sup>306</sup> Na mesma linha, sem, porém, a ressalva do "razoavelmente": MARINONI, Luiz Guilherme, op. cit., p. 87.

<sup>307</sup> LEAL, Márcio Flávio Mafra, op. cit., p. 218.

<sup>308</sup> VIGLIAR, José Marcelo Menezes: *Tutela jurisdicional coletiva*. São Paulo: Atlas, 2001, 3ª edição, pp. 31-33.

dos juristas e operadores do direito em geral acerca da natureza diferenciada e peculiar das ações coletivas e dos novos direitos que elas tutelam, o que reflete a inexistência, entre nós, de uma maturidade científica suficiente sobre o assunto.

Ao que parece, a grande transformação que ainda se faz necessária em matéria de tutela jurisdicional coletiva a fim de que se tenha um sistema processual adequado, ainda mais efetivo, teórica e normativamente consistente, e que atenda aos escopos não só jurídicos, mas também sociais e políticos da jurisdição, passa pela mentalidade dos juristas e operadores do direito em geral.

Não se trata de criar novos ou mais modernos instrumentos, procedimentos ou ritos processuais, mas sim de perceber que se está diante de ações e direitos de natureza constitucional, que pertencem a uma ordem social, política e, sobretudo, jurídica, totalmente diversa daquela para a qual foram concebidos os conceitos e princípios do Direito Processual Civil; e de se desenvolver, a partir dessa percepção, um *pensamento processual coletivo*, que permita solucionar os problemas da tutela coletiva à luz de conceitos e fundamentos próprios, sempre voltados à finalidade desse novo instrumental.

No capítulo seguinte, a partir do estudo do instituto da coisa julgada, um dos pontos sensíveis, por assim dizer, da tutela jurisdicional dos direitos metaindividuais, pretende-se demonstrar, na prática, os equívocos, as antinomias teóricas e a inconstitucionalidade existentes no sistema pátrio e, o que é mais importante, pretende-se demonstrar que todos esses problemas são fruto, fundamentalmente, da falta de percepção da natureza jurídica diferenciada das ações coletivas e dos direitos que visam a tutelar e da conseqüente insistência, ainda que inconsciente, em disciplinar os institutos do processo coletivo e solucionar seus problemas a partir de conceitos e princípios próprios do processo civil.

É o que se passa a fazer.

## 7. A COISA JULGADA NAS AÇÕES COLETIVAS.

### 7.1. Conceito e fundamentos da coisa julgada.

O instituto da coisa julgada guarda íntima relação com o caráter de definição final que se atribui à atividade jurisdicional do Estado. Quem submete conflitos à apreciação do Judiciário pressupõe e espera desse uma resposta definitiva.

Tal constatação levou alguns doutrinadores a confundir o conceito de coisa julgada com a própria noção de jurisdição, como se aquela fosse elemento ou nota essencial dessa<sup>309</sup>.

A opinião majoritária, no entanto, desenvolveu-se no sentido de que a coisa julgada não seria uma qualidade necessária da sentença ou da atividade jurisdicional, visto que, mesmo sem a autoridade da coisa julgada, a sentença contém um comando normativo e produz efeitos imperativos<sup>310</sup>. Nessa linha, a coisa julgada seria um instituto fundado, primordialmente, em necessidades práticas de ordem política e de utilidade social<sup>311</sup>, concebido com o fim de evitar a duração indefinida de conflitos sociais, o que seria indesejável na medida em que comprometeria a própria segurança jurídica.

Entre os processualistas contemporâneos, Calmon de Passos chega a afirmar que a "coisa julgada é problema de política legislativa, que nada tem a ver com a substância do processo nem da atividade jurisdicional"<sup>312</sup>.

Entretanto, no atual estágio da moderna processualística, não parece fazer sentido a assunção de posições radicais sobre matéria, no sentido de que a coisa julgada seria essencialmente jurisdicional ou essencialmente política, na medida em que o processo e a função jurisdicional do Estado já não são mais vistos como fenômenos puramente técnicos e

---

<sup>309</sup> Para Arturo Rocco, "o juiz já não seria juiz e a sua função não judicante, mas consultiva, se não fosse a sua decisão obrigatória e irretirável" (ROCCO, Arturo: *Trattato della cosa giudicata*, v. II. Roma: Opere Giuridiche, 1932, p. 205 *apud* LIEBMAN, Enrico Tullio: *Eficácia e autoridade da sentença*. Trad. por Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Rio de Janeiro: Forense, 1984, 3ª edição, p. 39, nota de rodapé n.º 3).

<sup>310</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio, *op. cit.*, pp. 38-39.

<sup>311</sup> CHIOVENDA, Giuseppe: *Instituições de direito processual civil*, v. 1. Trad. por Paolo Capitano. Campinas: Bookseller, 1998, pp. 447 e 452.

<sup>312</sup> CALMON DE PASSOS, José Joaquim: *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 10, tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 233.

com finalidades unicamente jurídicas. Ao contrário, a tendência do direito contemporâneo, que visualiza o fenômeno processual sob uma nova perspectiva instrumentalista, é reconhecer, cada vez mais, escopos não só jurídicos, como também políticos e sociais ao processo e à jurisdição<sup>313</sup>.

É forçoso, porém, reconhecer que é no âmbito dos escopos sociais e políticos do processo, enquanto instrumento de promoção da pacificação social e da afirmação da autoridade do Estado, que se reflete a importância maior do instituto da coisa julgada, pois permitir que se eternizassem os conflitos, sem que houvesse um momento em que a decisão judicial assumisse o caráter de solução definitiva da lide, comprometeria a paz e a segurança, sendo nitidamente indesejável sob os prismas social e político.

Vem, assim, a coisa julgada, como que colocar um ponto final no conflito estabelecido entre as partes, revestindo de imutabilidade o julgamento proferido pelo órgão jurisdicional investido do poder estatal e promovendo, desse modo, a paz social e a afirmação da autoridade do Estado.

Quando se trata de conceituar a coisa julgada, afigura-se inevitável a referência à obra do processualista italiano Enrico Tullio Liebman.

Até as primeiras décadas do século vinte, a coisa julgada era conceituada como um efeito da sentença. Na década de quarenta, Liebman demonstrou a distinção entre eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada, chamando a atenção para o fato de que os efeitos da sentença (declaratório, constitutivo e condenatório, aos quais, hoje, se acresce o efeito mandamental) podem se produzir e se produzem de forma imperativa independentemente e mesmo antes de a sentença transitar em julgado. Nesse sentido, exemplifica com as hipóteses de execução provisória e com o direito canônico, onde as sentenças em matéria de estado jamais adquirem a autoridade de coisa julgada e, nem por isso, deixam de produzir efeitos<sup>314</sup>.

Partindo dessa constatação, afirmou Liebman, de forma até então revolucionária, que "a autoridade da coisa julgada não é efeito da sentença, como postula a doutrina unânime, mas, sim, modo de manifestar-se e produzir-se dos efeitos da própria sentença, algo que a esses efeitos se ajunta para qualificá-los e reforçá-los" e que não se

---

<sup>313</sup> Sobre a perspectiva instrumental do direito processual e os escopos do processo, segundo essa concepção, cf. Capítulo 2, item 2.1 desta dissertação.

<sup>314</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio, op. cit., pp. 37-40.

poderia confundir "o efeito normal da sentença com a definitividade e a incontestabilidade deste efeito"<sup>315</sup>.

O grande passo do processualista italiano na teoria da coisa julgada foi justamente perceber e demonstrar que os efeitos da sentença (declaratório, constitutivo ou condenatório), que, no seu próprio entendimento, consistem na "formulação da vontade concreta da lei" são, por sua natureza, sempre a mesma coisa, sejam ou não contestáveis ou impugnáveis, e que essa incontestabilidade que a lei pode lhes atribuir e, geralmente, atribui, não seria um efeito diverso e autônomo da sentença, mas sim uma qualidade desses efeitos<sup>316</sup>.

A partir dessa premissa, foi que Liebman conceituou a coisa julgada como a qualidade que reveste os efeitos da sentença, tornando-os imutáveis e incontestáveis<sup>317</sup>.

Nesses termos, a teoria de Enrico Tullio Liebman revolucionou a concepção do instituto da coisa julgada, influenciando doutrina e legislação de praticamente todo o mundo jurídico ocidental.

Mas a construção doutrinária de Liebman foi também, e continua sendo, alvo de críticas e discordâncias.

No Brasil, Barbosa Moreira foi um dos principais opositores à teoria da coisa julgada desenvolvida por Liebman. Reconhecendo o acerto da distinção formulada pelo processualista italiano entre a eficácia da sentença e a autoridade da coisa julgada, Barbosa Moreira não concorda que a coisa julgada seja uma qualidade que se projeta sobre os efeitos da sentença. Para esse estudioso da ciência processual, a autoridade da coisa julgada reveste não os efeitos da sentença, mas sim a norma jurídica concreta contida na sentença. No seu dizer, a imutabilidade decorrente do trânsito em julgado "reveste, em suma, o *conteúdo* da sentença, não os seu efeitos"<sup>318</sup>.

Barbosa Moreira discorda também de conceituar-se a coisa julgada como uma qualidade, ainda que projetada sobre o conteúdo da sentença, afirmando ser mais exato dizer que a coisa julgada é uma situação jurídica, "precisamente a situação que se forma no momento em que a sentença se converte de instável em estável"<sup>319</sup>.

---

<sup>315</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio, op. cit., p. 40.

<sup>316</sup> *Idem, ibidem*, pp. 41-42.

<sup>317</sup> *Idem, ibidem*, pp. 54-55.

<sup>318</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos: "Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada" in *Revista Brasileira de Direito Processual*, v. 32. Rio de Janeiro: Forense, 1982, pp. 41-60, pp. 49-50 e 52.

<sup>319</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos, op. cit., p. 53.

Recentemente, Paulo Roberto de Oliveira Lima afirmou uma certa "artificialidade" da teoria de Liebman sob o argumento de que se a coisa julgada é decorrência da sentença, tanto que sem essa não há aquela, seria a coisa julgada necessariamente um efeito da sentença, na medida em que tem na sentença sua causa. E conclui ser "a coisa julgada um dos efeitos da sentença, ainda que se constitua em qualidade que torna imutável o comando inserido na decisão"<sup>320</sup>.

Mais recentemente, José Maria Tesheiner, embora utilizando terminologia outra, divergiu de Liebman em sentido bastante similar à oposição formulada por Barbosa Moreira. Segundo Tesheiner, a coisa julgada é um efeito do trânsito em julgado da sentença de mérito, que a reveste de imutabilidade e indiscutibilidade. A imutabilidade, afirma ele, "diz respeito ao comando contido na sentença"<sup>321</sup>.

Na realidade, porém, as divergências que vêm sendo apontadas com relação ao pensamento de Liebman, no que se refere ao âmbito de projeção da autoridade da coisa julgada, parecem conter mais desencontros terminológicos do que de essência, estando a depender, fundamentalmente, do sentido que se atribui às expressões eficácia ou efeitos da sentença e conteúdo ou comando normativo da sentença.

Ocorre que essa própria divergência terminológica é mais aparente do que real. Isso porque uma atenta leitura da obra de Liebman revela que o que esse processualista entendeu por efeitos da sentença, quando afirmou que sobre eles se projeta a coisa julgada, nada mais é do que o comando imperativo da sentença, seu conteúdo normativo. É o que se verifica em várias passagens de sua obra<sup>322</sup>. Numa delas, mais expressiva, Liebman afirma textualmente que a eficácia da sentença "pode definir-se genericamente como um *comando*, quer tenha o fim de declarar, quer tenha o de constituir ou modificar ou determinar uma relação jurídica"<sup>323</sup>.

Feita essa constatação, desfazem-se as divergências terminológicas em que se funda a grande parte das oposições à teoria de Liebman, sendo possível afirmar, sem divergir desse autor italiano, que a coisa julgada é a imutabilidade de que se reveste o comando

---

<sup>320</sup> LIMA, Paulo Roberto de Oliveira: *Contribuição à teoria da coisa julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, pp. 22-24.

<sup>321</sup> TESHEINER, José Maria: *Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 88.

<sup>322</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio, op. cit., pp. 51-56.

<sup>323</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio, op. cit., p. 51.

normativo contido na sentença, num determinado momento processual, sendo certo ainda que denominar-se esse comando normativo de "norma concreta", "conteúdo", "comando imperativo" ou "efeitos" não produz qualquer modificação de essência na concepção do instituto da coisa julgada.

Ainda em matéria de conceituação da coisa julgada, distingue-se a coisa julgada material e a coisa julgada formal.

Nesse particular, não há divergências de peso entre os processualistas. Por coisa julgada formal tem-se a imutabilidade do comando normativo da sentença restrita ao mesmo processo em que foi proferida, não impedindo que o mérito da lide seja apreciado e decidido em outro processo. Já a expressão coisa julgada material ou substancial é reservada para a imutabilidade do conteúdo da sentença em seu sentido pleno e irrestrito, que se projeta para além do processo em que foi proferida a sentença, vedando que a questão volte a ser discutida no mesmo ou em qualquer outro processo<sup>324</sup>.

Toda sentença está apta a produzir coisa julgada formal, visto que essa decorre, pura e simplesmente, da preclusão da possibilidade de interposição dos recursos possíveis, verificando-se sempre que a sentença já não for mais recorrível. Já a coisa julgada material, além da preclusão da possibilidade de interpor quaisquer recursos contra a sentença, requer que ela tenha decidido o mérito da lide. Somente as sentenças de mérito, que versam sobre o direito material posto em discussão, têm o condão de se revestir da autoridade da coisa julgada material<sup>325</sup>, tornando-se imutáveis de forma plena e irrestrita.

---

<sup>324</sup> Exceto a ação rescisória, que se constitui em ação autônoma através da qual se promove, em situações excepcionais e previstas taxativamente em lei (CPC, art. 485), a impugnação de sentença já revestida de coisa julgada material.

<sup>325</sup> Embora seja esse o posicionamento doutrinário notoriamente dominante, adverte Barbosa Moreira que cabe ao direito positivo discriminar os casos em que a imutabilidade é restrita ao processo em que foi proferida a sentença ou irrestrita, de forma que somente se poderia observar a existência de uma tendência dos legisladores a reservar para as sentenças de mérito a proteção mais intensa da coisa julgada material ("Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada" in *Revista Brasileira de Direito Processual*, v. 32. Rio de Janeiro: Forense, 1982, pp. 41-60, p. 43). No Brasil, o Código de Processo Civil elenca, no art. 267, as hipóteses em que o processo é extinto sem julgamento de mérito, onde se verifica tratar-se de questões puramente processuais, que se referem fundamentalmente ao direito de ação. Nos termos do art. 268, nesses casos, é possível a renovação de idêntica ação pelo autor, havendo, portanto, formação apenas da coisa julgada formal. Já no art. 269, encontram-se discriminados os casos em que o legislador entende ter havido sentença de mérito, apta à produção da coisa

Trata-se de degraus de um mesmo fenômeno<sup>326</sup>, uma vez que a coisa julgada material pressupõe a formação da coisa julgada formal. Essa, porém, pode se operar independentemente da ocorrência da coisa julgada substancial.

Vistos, assim, os fundamentos e os principais aspectos conceituais da coisa julgada, categorias e conceitos que, por seu caráter genérico e universal, pertencem à Teoria Geral do Processo, passa-se à análise das características do instituto da coisa julgada no processo civil, para em seguida, adentrar no estudo da coisa julgada nas ações coletivas.

## **7.2. A coisa julgada no processo civil.**

O instituto da coisa julgada tem sua estrutura delineada a partir de dois elementos fundamentais, a saber, os seus limites subjetivos e os seus limites objetivos. Os limites subjetivos definem *quem* é atingido pela autoridade da coisa julgada. Já a questão dos limites objetivos diz com *o que* é alcançado pela imutabilidade da coisa julgada. É, assim, a partir de tais elementos, que se vai conhecer os contornos da coisa julgada no processo civil.

### **7.2.1. Limites subjetivos.**

Em matéria de limites subjetivos da coisa julgada, fala-se na existência de dois períodos na história do Direito Processual Civil: antes e depois de Liebman<sup>327</sup>. Isso porque foi justamente na questão da extensão subjetiva da coisa julgada e da eficácia da sentença que a obra de Liebman projetou seus principais efeitos, introduzindo profundas modificações no entendimento até então dominante sobre a matéria.

---

julgada material. Trata-se de hipóteses em que o juiz incursionou em questões relativas ao direito material objeto do pedido.

<sup>326</sup> Liebman já ressaltava a unidade conceitual da coisa julgada enquanto imutabilidade da sentença e a incidibilidade de seus aspectos formal e substancial (Op. cit., pp. 60-61). Em sentido contrário, alguns autores, como Chiovenda, entendem haver uma profunda e insuperável diferença entre a coisa julgada material e a formal, a qual é entendida como simples preclusão, a preclusão máxima e definitiva das questões no processo, sendo coisa julgada, propriamente, apenas a coisa julgada substancial (*Instituições de direito processual civil*, v. 1. Trad. por Paolo Capitano. Campinas: Bookseller, 1998, pp. 449-452).

<sup>327</sup> TESHEINER, José Maria, op. cit., p. 84.



No Direito Romano, vigorava o princípio de que a sentença proferida entre duas pessoas não poderia prejudicar terceiros (*res inter alios iudicatae nullum aliis praeiudicium faciunt*)<sup>328</sup>.

A partir de então, generalizou-se o entendimento de que a sentença produziria seus efeitos somente entre as partes do processo, a quem foi assegurado o direito à ampla defesa.

No início do século vinte, embora não tendo teorizado a respeito da matéria, Chiovenda, denotando a impropriedade de se falar que a sentença só prevalece entre as partes, afirmou que "como todo ato jurídico relativamente às partes entre as quais intervém, a sentença existe e vale com respeito a todos: assim como o 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"<sup>329</sup>.

Foi desenvolvendo essa afirmação de Chiovenda que Liebman elaborou sua teoria sobre a extensão subjetiva da coisa julgada e da eficácia da sentença.

Considerando que, até a obra de Liebman, concebia-se a coisa julgada como um efeito da sentença, pensar na extensão dos efeitos da sentença a terceiros implicava, necessariamente, a extensão também da coisa julgada.

Concebendo a coisa julgada e a eficácia da sentença como fenômenos autônomos e diversos, Liebman distinguiu também a questão da extensão dos efeitos da sentença a terceiros do problema da extensão subjetiva da coisa julgada, visto que, no seu entender, o princípio segundo o qual a coisa julgada se produz entre as partes e só entre as partes não seria suficiente para exaurir o tema da extensão subjetiva da sentença, na medida em que não se poderia negar a coexistência, ao lado da relação jurídica *sub iudice*, de outras relações a ela ligadas e, que, portanto, poderiam ser atingidas pela decisão judicial<sup>330</sup>.

Para Liebman, os limites subjetivos da coisa julgada não coincidem, necessariamente, com a eficácia subjetiva da sentença, a qual poderia se projetar sobre terceiros estranhos à relação processual. A sentença, enquanto ato do Estado e expressão do seu poder soberano, não poderia valer e existir para uns e não para outros. A rigor, todos

---

<sup>328</sup> CHIOVENDA, Giuseppe: *Instituições de direito processual civil*, v. 1. Trad. por Paolo Capitano. Campinas: Bookseller, 1998, p. 499.

<sup>329</sup> *Idem, ibidem*, p. 499.

<sup>330</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio, *op. cit.*, pp. 79-80.

estariam sujeitos à eficácia da sentença. Essa, enquanto ato público, ato de poder, ato de império, que consubstancia a vontade do Estado, seria dotada de uma "eficácia natural", que se estenderia a todos, sejam partes ou terceiros. Entretanto, entre os terceiros estranhos ao processo e as partes, haveria uma grande e única diferença: "para as partes, quando a sentença passa em julgado, os seus efeitos se tornam imutáveis, ao passo que para os terceiros isso não acontece"<sup>331</sup>.

E, no entender de Liebman, a confirmação de que a sentença, realmente, produz efeitos perante terceiros ocorreria na simples existência de institutos processuais como a intervenção e a oposição de terceiros<sup>332</sup>.

Assim, na teoria desenvolvida pelo processualista italiano, a eficácia da sentença, enquanto ato estatal, estende-se a todos, mas sem a qualidade da imutabilidade, a qual se produz apenas para as partes. Não produzindo-se a imutabilidade dos efeitos da sentença para os terceiros estranhos à relação processual, em sendo esses prejudicados pelo julgamento, poderiam impugná-lo, ainda que revestido da autoridade de coisa julgada<sup>333</sup>.

Nesses termos, a teoria de Liebman sobre os limites subjetivos da coisa julgada e da eficácia da sentença difundiu-se entre os estudiosos do direito, sendo largamente aceita e consagrada nos mais diversos ordenamentos jurídicos, inclusive no Brasil.

---

<sup>331</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio, op. cit., pp. 121-126.

<sup>332</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio, op. cit., pp. 127-129.

<sup>333</sup> Nesse particular, José Maria Tesheiner formula severa crítica à teoria de Liebman. Para Tesheiner, a utilidade da obra de Liebman se resumiria à distinção entre coisa julgada e eficácia da sentença. No seu entender, o processualista italiano teria ido além do desejável ao propagar que a sentença possui uma eficácia natural que se estende a todos, partindo da exceção, que é a sentença produzir efeitos perante terceiros, para formular regra geral e atribuindo ao terceiro prejudicado o ônus de provar a injustiça da sentença proferida em processo do qual não participou. Para José Maria Tesheiner, conferir ao terceiro prejudicado pelos efeitos da sentença a possibilidade de impugná-la não teria o condão de neutralizar os inconvenientes produzidos pela teoria de Liebman, pois, não tendo participado do processo, seria muito difícil para o terceiro cumprir o ônus que lhe fora atribuído de comprovar a ilegitimidade da decisão, tanto que, a rigor, para Tesheiner, a teoria de Liebman teria o efeito prático de estender a própria coisa julgada aos terceiros e não só a eficácia da sentença, como teria sido sua proposta inicial. (Op. cit., pp. 87-90 e 121-122). Parece, porém, haver um certo excesso nessa conclusão, visto que, em geral, quando um terceiro é prejudicado pelos efeitos da sentença é porque integra, senão a relação deduzida em juízo, outra relação que guarda vinculação próxima com essa, dispondo, assim, de conhecimento sobre os aspectos fáticos da lide. Não parece, assim, tão difícil para os terceiros a impugnação da decisão prejudicial a ponto de provocar os inconvenientes mencionados por José Maria Tesheiner.

No sistema pátrio, a matéria é regulada pelo art. 472 do Código de Processo Civil, segundo o qual "a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando nem prejudicando terceiros". Como se vê, a redação não é satisfatória, visto que a segunda parte do dispositivo não é suficientemente clara quanto à admissibilidade da eficácia da sentença com relação a terceiros.

Entretanto, uma interpretação sistemática do Diploma permite dissipar qualquer eventual dúvida a esse respeito, na medida em que prevê a intervenção de terceiros por oposição<sup>334</sup>, além de legitimar terceiros prejudicados por decisão judicial à interposição de recursos<sup>335</sup> e até à propositura de ação rescisória<sup>336</sup>. Ora, na medida em que se coloca tais instrumentos à disposição dos terceiros, admite-se sejam eles atingidos pela eficácia da sentença.

Assim, no processo civil, embora se reconheça que a sentença, enquanto ato estatal, existe, vale e produz efeitos perante terceiros estranhos ao processo em que foi proferida, é princípio geral e regra legal expressa que, uma vez revestida a sentença da autoridade da coisa julgada, a imutabilidade do seu comando normativo somente se produz entre as partes, não atingindo terceiros. Esses os limites subjetivos da coisa julgada no processo civil.

### **7.2.2. Limites objetivos.**

Em matéria de limites objetivos da coisa julgada, que definem *o que* da sentença deve se revestir da imutabilidade característica desse instituto, desenvolveram-se entre os juristas dois entendimentos principais.

De um lado, como expoente maior dessa teoria, Carnelutti vê nas questões os limites da coisa julgada. E, por questões, Carnelutti entende as dúvidas surgidas no processo a partir das razões argüidas pelas partes. Explicando o conceito de questões, afirma que, ao ingressar em juízo, a parte faz acompanhar sua pretensão de alguma razão, a qual consiste na afirmação da conformação da pretensão com o direito. Essa afirmação pode-se tornar duvidosa no curso do processo diante das razões aduzidas na defesa ou mesmo diante de

---

<sup>334</sup> CPC, arts. 56 a 61.

<sup>335</sup> CPC, art. 499.

<sup>336</sup> CPC, art. 487, II.

quaisquer outros elementos de convicção do juízo. Essa dúvida sobre as razões da pretensão seria a questão. Carnelutti distingue ainda as questões materiais ou de fundo, que se referem à relação jurídica material objeto da lide, das questões processuais ou de rito, que se referem a aspectos puramente procedimentais do processo. A coisa julgada se formaria, assim, com relação às questões de fundo<sup>337</sup>.

Em sentido oposto, Chiovenda vislumbra os limites objetivos da coisa julgada na demanda, ou seja, no pedido formulado pela parte autora. No seu entender, o objeto do julgamento é a "conclusão última do raciocínio do juiz, e não as premissas; o último e imediato resultado da decisão, e não a série dos fatos, das relações ou dos estados jurídicos que, no espírito do juiz, constituíram os pressupostos de tal resultado". E justamente sobre o objeto do julgamento, assim delimitado, é que incidiria a coisa julgada, ficando dela afastadas as questões conhecidas pelo juiz com o fim exclusivo de preparar a decisão final<sup>338</sup>.

Foi com base em Chiovenda que Liebman, na sua teorização, excluiu expressamente dos limites da coisa julgada as questões decididas incidentalmente no processo. Para identificar o objeto do processo e, por conseguinte, da coisa julgada, diz Liebman, é necessário considerar que a sentença representa uma resposta aos pedidos das partes, os quais, por isso, estabelecem também os limites da coisa julgada. A coisa julgada incidiria, assim, unicamente, sobre a parte dispositiva da sentença, onde o juiz decide os pedidos das partes, estando excluídos da imutabilidade da coisa julgada os motivos da sentença, ou seja, "as questões que, sem constituir o objeto do processo em sentido estrito, o juiz deverá examinar, como pressuposto da questão principal (questões prejudiciais em sentido estrito)"<sup>339</sup>.

Tal entendimento, que vislumbra no pedido os limites do julgamento e da coisa julgada, tem nítida conotação privatista, na medida em que prioriza a vontade das partes, elevando-a à categoria de elemento decisivo na aferição de questões fundamentais da atividade jurisdicional do Estado.

---

<sup>337</sup> CARNELUTTI, Francesco, op. cit., pp. 81-83, 86-87, 184-185.

<sup>338</sup> CHIOVENDA, Giuseppe: *Instituições de direito processual civil*, v. 1. Trad. por Paolo Capitano. Campinas: Bookseller, 1998, pp. 474-477, 493-495.

<sup>339</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio, op. cit., pp. 55-58, especialmente nota de rodapé "i". Para o autor, as questões prejudiciais são simplesmente conhecidas pelo juiz e não decididas, no sentido de que a cognição seria puro ato de inteligência do juiz, enquanto a decisão seria ato de inteligência e de vontade (Cf. também nota n.º 235 de Liebman à obra de CHIOVENDA, Giuseppe: *Instituições de direito processual civil*, v. 1. Trad. por Paolo Capitano. Campinas: Bookseller, 1998, pp. 474-476).

A opção entre essas duas correntes principais é uma questão de política legislativa, cabendo a cada ordenamento jurídico definir os limites objetivos da coisa julgada, estendendo a imutabilidade que lhe é própria a todas as questões decididas no processo ou restringindo a coisa julgada à decisão da chamada questão principal, que se refere, basicamente, à rejeição ou ao acolhimento dos pedidos das partes.

No Brasil, a matéria encontra-se regulada, pelo menos de forma expressa, no art. 469 do Código de Processo Civil, que assim dispõe: "Não fazem coisa julgada: I - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença; II - a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença; III - a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo".

Assim, em princípio, teria o direito positivo brasileiro consagrado a doutrina encabeçada por Chiovenda e Liebman, restringindo os limites da coisa julgada à parte dispositiva da sentença, à decisão sobre a questão principal do processo.

Ocorre que o art. 468 daquele mesmo Diploma Legal, prescreve que "a sentença que julgar, total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas". Na medida em que utiliza as expressões "lide" e "questões decididas" para definir o âmbito da imperatividade da sentença, tal dispositivo dá margem a dúvidas quanto à real extensão dos limites objetivos da coisa julgada no processo civil pátrio.

E foi a partir da norma contida no art. 468 do CPC que, baseando-se na doutrina de Carnelutti, Ronaldo Cunha Campos desenvolveu uma peculiar interpretação do sistema processual brasileiro, para concluir pela existência de uma amplitude dos limites objetivos da coisa julgada bem maior do que faria pensar uma leitura isolada do art. 469 do CPC.

Para Ronaldo Cunha Campos, haveria um choque entre os arts. 468 e 469 do Código de Processo Civil. Enquanto o art. 468 regularia os limites objetivos da coisa julgada a partir da lide e das questões decididas, na linha dos ensinamentos de Carnelutti, o art. 469 disciplinaria a mesma matéria com base na contrária doutrina de Chiovenda, delimitando a coisa julgada a partir do pedido. Entretanto, no seu entender, prevaleceria o art. 468 do CPC, onde estaria contida a definição dos limites objetivos da coisa julgada, devendo, os demais dispositivos relativos à matéria, inclusive o art. 469, ser considerados como parte de uma construção que se assenta no art. 468<sup>340</sup>.

---

<sup>340</sup> CAMPOS, Ronaldo Cunha: *Limites objetivos da coisa julgada*. Rio de Janeiro: Aide, 1988, 2ª edição, pp. 32-

Lide e questão seriam, assim, elementos fundamentais na determinação dos limites objetivos da coisa julgada no sistema brasileiro, razão pela qual o esforço daquele jurista para superar a contradição por ele apontada e obter uma interpretação que harmonize os textos legais, tornando-os exequíveis, inicia-se pelos conceitos de lide, razão e questão.

Ronaldo Cunha Campos adota o conceito "carneluttiano" de lide, enquanto conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida. Os elementos essenciais da lide, seriam, assim, a pretensão e a resistência. Ressalta Cunha Campos que a pretensão pode vir desacompanhada da razão, na medida em que essa consiste na afirmação da conformidade daquela com o direito. Daí existir pretensão arrazoada ou não. Mas, para buscar a tutela do Poder Judiciário, a pretensão deve estar acompanhada de suas razões<sup>341</sup>.

A razão consistiria, assim, na "afirmação de conformidade ao direito, tanto da pretensão quanto de sua contestação", e a afirmação dessa conformação com o direito seria estruturada na afirmação de fatos jurídicos, eventos materiais aptos à produção de eficácia jurídica. A razão da pretensão seria, nesse contexto, a afirmação de fatos jurídicos<sup>342</sup>.

E no conceito de razão, segundo Ronaldo Cunha Campos, mais uma vez na esteira de Carnelutti, é que estariam as raízes da definição de questão. Na medida em que surgem dúvidas no processo quanto à procedência das razões, nascem as questões, que seriam justamente essas dúvidas. Sendo várias as razões, tanto do autor como do réu, várias seriam as questões a serem solucionadas. E mais: quando as questões encontram soluções no processo, estas soluções se transformariam, por sua vez, nas razões da própria decisão judicial. A questão solucionada converter-se-ia em razão, agora razão da sentença<sup>343</sup>.

Seguindo esse raciocínio, em que razão é afirmação de fato jurídico, questão é dúvida quanto à procedência das razões e a solução das questões formariam as razões da sentença, conclui Ronaldo Cunha Campos que a coisa julgada, encontrando seus limites na solução das questões (CPC, art. 468), estende-se a todos os fatos jurídicos afirmados na sentença<sup>344</sup>. Os limites da coisa julgada abrangeriam, assim, não só o *decisum* como também as razões da sentença.

---

34 e 40.

<sup>341</sup> CAMPOS, Ronaldo Cunha, op. cit., pp. 43-44.

<sup>342</sup> CAMPOS, Ronaldo Cunha, op. cit., pp. 45-50.

<sup>343</sup> CAMPOS, Ronaldo Cunha, op. cit., p. 55.

<sup>344</sup> CAMPOS, Ronaldo Cunha, op. cit., p. 66.

A partir dessa constatação, Ronaldo Cunha Campos constrói engenhosa interpretação para a norma contida no art. 469 do CPC, de forma a compatibilizá-la com o disposto no art. 468 daquele mesmo Diploma legal.

Com relação ao inciso I do art. 469, que exclui da autoridade da coisa julgada os motivos da sentença, afirma Ronaldo Cunha Campos que esses motivos, de que fala a lei, não seriam os fatos jurídicos contidos nas razões do julgado, mas sim os fatos simples, os fatos do processo, cuja função seria justamente a de revelar os fatos jurídicos. E exemplifica: "atear fogo a uma casa (fato jurídico), ser o incendiário visto, pouco antes do incêndio, empunhando uma tocha (fato simples)". Os fatos simples ou fatos do processo, tais como depoimentos, perícias, na medida em que revelam os fatos jurídicos, integram os motivos da decisão, mas não são atingidos pela autoridade da coisa julgada<sup>345</sup>.

Raciocínio similar é empreendido pelo jurista para interpretar o inciso II do art. 469 do CPC, que exclui da coisa julgada a verdade dos fatos estabelecida como fundamento da sentença. Os fatos a que se referiria esse dispositivo seriam também os fatos simples, que representam no processo os fatos jurídicos. Para tanto, Ronaldo Cunha Campos socorre-se do art. 458, III do CPC, que define o *dispositivo* da sentença como a parte em que o juiz soluciona as questões. Como as questões surgem das razões e, por conseguinte, abrangem os fatos jurídicos da lide, a verdade dos fatos estabelecida no *fundamento* da sentença, segundo seu entendimento, somente poderia referir-se aos fatos do processo e não aos fatos jurídicos. Daí sua exclusão da autoridade da coisa julgada<sup>346</sup>.

Já com relação à apreciação de questão prejudicial, excluída da coisa julgada pelo inciso III do art. 469 do CPC quando decidida incidentalmente no processo e incluída na imutabilidade daquele instituto quando a parte pleitear seu julgamento através de ação declaratória incidental, nos termos do art. 470<sup>347</sup>, Ronaldo Cunha Campos, inicialmente, combate a doutrina de Chiovenda, em que se fundariam tais dispositivos.

Nesse particular, a principal crítica lançada pelo jurista pátrio funda-se na natureza pública do processo, na medida em que este "não se faz no interesse das partes, porém para atender ao interesse público na composição das lides"<sup>348</sup>. Entretanto, a doutrina

---

<sup>345</sup> CAMPOS, Ronaldo Cunha, op. cit., pp. 83-88.

<sup>346</sup> CAMPOS, Ronaldo Cunha, op. cit., pp. 94-96.

<sup>347</sup> Cf. também arts. 5º e 325 do CPC.

<sup>348</sup> CAMPOS, Ronaldo Cunha, op. cit., p. 110.

que prega a exclusão das questões prejudiciais do âmbito da coisa julgada, encabeçada por Chiovenda, prioriza o interesse das partes, visto que limita a coisa julgada ao objeto do pedido e somente admite que a questão prejudicial seja revestida da autoridade da coisa julgada se as partes assim desejarem e se manifestarem através da propositura de ação declaratória incidental<sup>349</sup>. Nesse sentido, entende Ronaldo Cunha Campos que esta doutrina contraria o princípio publicístico do processo. E diz mais: "se a extensão da autoridade da coisa julgada previne lides, evita a duplicação da atividade do poder judiciário, elimina o perigo de decisões contraditórias, razão alguma há para que não se estenda à decisão das questões prejudiciais a autoridade da coisa julgada"<sup>350</sup>.

Especificamente no que se refere à compatibilização dos arts. 469, III e 470 do CPC com esse seu entendimento, Ronaldo Cunha Campos parte da idéia de que, sendo a questão prejudicial aquela comum a mais de uma lide<sup>351</sup>, somente haveria prejudicial com a propositura de ação declaratória incidental, quando, então, haveria cumulação de lides. Não havendo propositura de declaratória incidental, as questões não seriam prejudiciais, incidindo apenas a regra do art. 468 do CPC. Sendo proposta a declaratória incidental, existiriam duas possibilidades: a) se a solução da questão é realmente comum às lides, assumirá no processo original a posição de razão da decisão, sendo atingida pela coisa julgada e incidindo a regra do art. 470, a uma porque a parte o requereu, propondo a declaratória incidental e, a duas, porque a decisão da questão era necessária à composição da lide, assumindo, assim, a posição de razão da decisão final; b) se a solução da questão não é comum ou não é condicionante da composição da lide original, não seria admissível a própria declaratória incidental, incidindo a regra do art. 469, III do CPC, que exclui a incidência da coisa julgada por se referir, segundo

---

<sup>349</sup> CHIOVENDA, Giuseppe: *Instituições de direito processual civil*, v. 1. Trad. por Paolo Capitano. Campinas: Bookseller, 1998, pp. 474-482.

<sup>350</sup> CAMPOS, Ronaldo Cunha, op. cit., p. 110.

<sup>351</sup> Nesse particular, Ronaldo Cunha Campos segue o conceito de questão prejudicial em sentido estrito de Carnelutti, para quem questão prejudicial é aquela cuja solução constitui premissa também para a decisão de outra lide (CARNELUTTI, Francesco, op. cit., p. 88). Tal conceito não coincide com a definição de prejudicial adotada por Chiovenda, para quem questão prejudicial é aquela que, constituindo antecedente lógico da questão final, poderia ser objeto de processo autônomo (*Instituições de direito processual civil*, v. 1. Trad. por Paolo Capitano. Campinas: Bookseller, 1998, pp. 465-474).



seu entendimento, à decisão que aprecia a admissibilidade da declaratória incidental e não a decide propriamente<sup>352</sup>.

É através dessa construção teórica que Ronaldo Cunha Campos interpreta os arts. 468, 469 e 470 do Código de Processo Civil brasileiro, concluindo que, no sistema pátrio, a coisa julgada atingiria não só o comando normativo da sentença, mas também as razões do julgamento.

Não obstante a engenhosidade da construção interpretativa desenvolvida por Ronaldo Cunha Campos, sua teoria não logrou a adesão da doutrina.

Embora juristas de peso, como Galeno Lacerda, já denunciassessem, na época da edição do atual Código de Processo Civil, ser tendência totalmente superada a restrição dos limites objetivos da coisa julgada à decisão sobre o pedido das partes<sup>353</sup>, à luz dos dispositivos consagrados naquele diploma, especialmente o art. 469, a posição majoritária da doutrina firmou-se, notoriamente, no sentido de restringir os limites objetivos da coisa julgada ao dispositivo da sentença, ao seu comando normativo, não estendendo a imutabilidade às razões fáticas ou jurídicas do julgado.

E, a rigor, é o que parece ter sido a intenção do legislador, na medida em que excluiu da incidência da coisa julgada, expressamente, através da norma contida no art. 469 do CPC, os motivos da sentença, a verdade dos fatos estabelecida como fundamento do julgado e a questão prejudicial decidida incidentemente. Quisesse o legislador adotar uma posição ampliativa dos limites objetivos da coisa julgada, certamente, não teria dedicado um dispositivo legal para excluir expressamente do âmbito de sua imutabilidade aqueles componentes do julgamento.

Assim, no processo civil brasileiro, a coisa julgada realmente restringe-se ao comando normativo da sentença, à sua parte dispositiva, ao *decisum*.

Isso, porém, não significa que a opção do legislador brasileiro tenha sido a mais acertada. Os inconvenientes de não estender a imutabilidade da coisa julgada à verdade dos fatos estabelecida como pressuposto lógico da decisão, assim como à solução das questões prejudiciais são inegáveis<sup>354</sup>. Revestindo-se da autoridade de coisa julgada as razões

---

<sup>352</sup> CAMPOS, Ronaldo Cunha, op. cit., pp. 139-141.

<sup>353</sup> LACERDA, Galeno: "As defesas de direito material no novo Código de Processo Civil" in *Revista Forense*, v. 246. Rio de Janeiro: Forense, 1974, pp. 160-166, p. 166.

<sup>354</sup> O próprio Chiovenda, ferrenho defensor da restrição dos limites objetivos da coisa julgada ao *decisum*, reconhecia as vantagens da ampliação desses limites, entendendo, porém, que os inconvenientes criados para a

fáticas e jurídicas do julgamento, previnem-se novos litígios sobre questões já conhecidas pelo Estado-juiz, evitando-se desperdício da atividade jurisdicional e eliminando o risco de decisões contraditórias.

Nesse contexto, uma estrutura mais ampla dos limites objetivos da coisa julgada encontra-se, inclusive, em maior sintonia com os escopos sociais e políticos do processo, concebido que é, na moderna processualística, como instrumento de pacificação dos conflitos e afirmação da autoridade do Estado, para o que em nada contribui a possibilidade de se continuar discutindo questões já conhecidas e solucionadas pelo Poder Judiciário.

Na doutrina mais recente, já se ouvem vozes sensíveis a esses aspectos, propugnando por uma ampliação dos limites objetivos da coisa julgada.

Nesse sentido, Paulo Roberto de Oliveira Lima, em seu "*Contribuição à teoria da coisa julgada*", propõe, dentre outras coisas, que sejam ampliados os limites objetivos da coisa julgada, de forma que a imutabilidade característica desse instituto passe a incidir sobre todas as questões solucionadas no processo, exceto aquelas que se referirem, exclusivamente, ao "Direito em tese"<sup>355</sup>.

E assim argumenta o professor alagoano: "Restringir a eficácia da coisa julgada ao dispositivo significa abandonar parte do resultado útil do processo, desprezar significativo trabalho produzido pelo Judiciário e multiplicar as possibilidades de decisões conflitantes, militando em desfavor da isonomia e ampliando as oportunidades de gerar perplexidades e desconfiças na atuação do Judiciário... O Judiciário atravancado de feitos, a necessidade da rápida solução dos litígios, a insuficiência dos juízos para atender com eficiência a massa de demandas, principalmente diante da chamada litigiosidade latente e reprimida, a necessidade óbvia da uniformização das soluções, tudo aponta para uma máxima ampliação dos limites objetivos da coisa julgada"<sup>356</sup>.

No intuito de neutralizar os inconvenientes criados pelo atual sistema, sugere Paulo Roberto de Oliveira Lima que o art. 469 do CPC prescreva exatamente o contrário do que hoje apregoa, prevendo que a coisa julgada abranja "os motivos determinantes do alcance da parte dispositiva da sentença, a verdade dos fatos estabelecida em seus fundamentos e as

---

disponibilidade das partes sobre o processo superariam as vantagens (*Instituições de direito processual civil*, v. 1. Trad. por Paulo Capitano. Campinas: Bookseller, 1998, pp. 476-477).

<sup>355</sup> LIMA, Paulo Roberto de Oliveira, op. cit., pp. 142-143.

<sup>356</sup> LIMA, Paulo Roberto de Oliveira, op. cit., p. 133.

questões prejudiciais decididas incidentalmente"; o que, além de eliminar a ação declaratória incidental, numa simplificação de procedimentos, ainda harmonizaria aquele dispositivo com a redação do art. 468<sup>357</sup>, de que já se falou acima.

Trata-se, porém, de proposta que, até o presente momento, não ultrapassou o campo das discussões doutrinárias, pelo menos não no âmbito do processo civil.

No processo civil brasileiro, tal como encontra-se disciplinado no sistema positivo e interpretado pela maioria dos doutrinadores e operadores do Direito, os limites objetivos da coisa se restringem ao *decisum*, ao comando normativo contido no julgamento, prevalecendo, também nessa matéria, a perspectiva privatista do processo.

### **7.3. A coisa julgada no processo coletivo.**

#### **7.3.1. Considerações preliminares.**

A coisa julgada é um dos pontos sensíveis da tutela jurisdicional coletiva, constituindo, ao lado da legitimidade, um dos elementos fundamentais para a efetividade do modelo processual coletivo.

Em função da natureza peculiar dos direitos em lide e da própria razão de ser da ação coletiva, que busca a composição de conflitos de massa através de um único processo, primando, dentre outras coisas, pela economia processual, pela efetividade da prestação jurisdicional, pela pacificação social e pela uniformidade das decisões, com afastamento dos conflitos de julgados, afigura-se indispensável um regime diferenciado da coisa julgada, que possibilite à ação coletiva atingir os fins a que se propõe.

Nesse particular, interessante notar que, no início do século vinte, quando ainda não era devidamente conhecido e estudado o fenômeno dos chamados novos direitos e, menos ainda, os problemas relativos à sua tutela jurisdicional, Giuseppe Chiovenda já observava que, em determinadas situações, a natureza do direito poderia determinar a necessidade de uma maior extensão subjetiva da autoridade da coisa julgada. Eis as palavras do professor da Universidade de Roma: "no domínio dos direitos potestativos verificamos a eventualidade de casos em que o direito de impugnação de um ato corresponde a diversas pessoas *sujeitas ao mesmo ato*, e nos quais o ato não pode *existir* ou *não existir* senão com relação a todos os

---

<sup>357</sup> LIMA, Paulo Roberto de Oliveira, op. cit., pp. 142-143.

sujeitos, a coisa julgada, formada sobre a impugnação proposta por um, *exclui as impugnações dos outros*; e isto não porque os outros fossem representados no primeiro processo, e sim porque ao juiz não seria possível operar a anulação do ato em relação a um, quando fora levado a negá-la em relação a outros. ... A regra, portanto, de que uma sentença não pode ter importância relativamente às ações de *terceiros*, sofre alguma limitação, decorrente da natureza especial de alguns direitos"<sup>358</sup>.

Nessa passagem de sua obra, Chiovenda retrata exatamente o que ocorre com os direitos coletivos *lato sensu*, que, em razão de sua natureza indivisível, seja essa indivisibilidade material ou meramente processual<sup>359</sup>, exigem uma solução judicial uniforme para toda a comunidade ou coletividade envolvida. É a indivisibilidade do objeto (material ou processual) que, nos direitos metaindividuais, determina a extensão do julgado a quem não foi parte no processo, sendo intuitiva a inadequação do modelo da coisa julgada do processo civil à essa nova realidade e a conseqüente necessidade de uma disciplina especial dos limites subjetivos e objetivos da coisa julgada para o processo coletivo.

Assim, é próprio do processo coletivo, em razão da natureza dos direitos que tutela, uma coisa julgada com extensão mais ampla do que aquela a que se está habituado em matéria de processo civil, uma coisa julgada, por assim dizer, "coletiva".

Em artigo pioneiro sobre a tutela jurisdicional dos direitos metaindividuais, publicado na década de setenta, já dizia Mauro Cappelletti que, diante desses novos direitos, as estruturas processuais em matéria de limites subjetivos e objetivos da coisa julgada, na medida em que foram concebidas com vistas a um processo eminentemente individual, "caem como castelos de cartas"<sup>360</sup>.

De fato, os princípios que regem os limites da coisa julgada no processo civil são de origem romanista e, portanto, vocacionados aos conflitos intersubjetivos, devendo, assim, sofrer uma indispensável releitura quando se trata de tutelar direitos metaindividuais, direitos com natureza constitucional e forte conotação política, cuja proteção é promovida

---

<sup>358</sup> CHIOVENDA, Giuseppe: *Instituições de direito processual civil*, v. 1. Trad. por Paolo Capitano. Campinas: Bookseller, 1998, pp. 505-506.

<sup>359</sup> Sobre os direitos essencialmente indivisíveis e processualmente indivisíveis, cf. Capítulo 4, itens 4.2 e 4.3 desta dissertação.

<sup>360</sup> CAPPELLETTI, Mauro: "Formaciones sociales e intereses de grupo frente a la justicia civil" in *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XI, n.º 31-32, en./ag. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1978, pp. 1-40, p. 27.

através de ações de natureza também constitucional, que consubstanciam processos eminentemente objetivos, onde a finalidade maior é a tutela de um bem, de um valor consagrado no ordenamento jurídico, e não de pessoas subjetivamente consideradas<sup>361</sup>.

Em termos práticos, o problema que envolve a disciplina da coisa julgada nas ações coletivas pode ser assim colocado: de um lado, limitar a autoridade da coisa julgada unicamente às partes, tal como consagrado no processo civil, esvaziaria a razão de ser da ação coletiva, contrariando sua própria natureza, além submeter a matéria fática e jurídica envolvida no conflito coletivo a uma série teoricamente indefinida de discussões e impugnações similares, em manifesto prejuízo à economia processual e à própria autoridade do Poder Judiciário; por outro lado, estender a imutabilidade dos efeitos da sentença proferida na ação coletiva a todos os membros da comunidade ou coletividade titular do direito metaindividual, que não participaram pessoalmente do processo, sem qualquer restrição, limite ou controle, implicaria assumir o risco de se impor a terceiros decisão judicial que lhes resultou desfavorável em razão de eventual negligência do autor coletivo na condução do processo.

Para resolver o problema da coisa julgada nas ações coletivas, várias alternativas foram propostas, as quais podem ser resumidas em três vertentes principais.

Uma alternativa seria estender a autoridade da coisa julgada, incondicionalmente e sem qualquer tipo de restrição, a todos os membros da comunidade ou coletividade titular do direito, de forma que, sendo o pedido julgado procedente ou improcedente, e independentemente de qualquer outra circunstância, todos estariam submetidos à imutabilidade da sentença, não podendo rediscutir a matéria seja através de nova ação coletiva, seja por meio de ações individuais<sup>362</sup>.

Uma outra solução, desenvolvida a partir da jurisprudência dos países da *common law*, seria condicionar a extensão *erga omnes* da autoridade da coisa julgada à adequada representação do direito em juízo. Tendo o autor coletivo atuado como justa parte, defendendo adequadamente o direito da comunidade ou coletividade, é reconhecida a qualidade de ação coletiva ao processo, de forma que a coisa julgada formada no feito, tenha sido acolhido ou rejeitado o pedido, estende-se a todos os membros integrantes da classe<sup>363</sup>.

---

<sup>361</sup> Sobre a natureza das ações coletivas, cf. Capítulo 5, item 5.4, e Capítulo 6, item 6.6, do presente trabalho.

<sup>362</sup> GIDI, Antonio, op. cit., p. 61.

<sup>363</sup> GIDI, Antonio, op. cit., pp. 61-64.

A terceira alternativa proposta pela doutrina seria a extensão subjetiva *erga omnes* da coisa julgada condicionada ao resultado do processo. Trata-se da chamada coisa julgada *secundum eventum litis*, em que a autoridade da coisa julgada somente atinge terceiros estranhos à relação processual para beneficiá-los. Sendo julgado improcedente o pedido, a imutabilidade do julgamento se produziria apenas *inter partes*. Já no caso de procedência do pedido, todos os membros integrantes da comunidade ou coletividade titular do direito são beneficiados pela autoridade da coisa julgada formada no processo coletivo<sup>364</sup>.

Os Estados Unidos da América adotam a segunda alternativa, de forma que, nas *class actions* norte americanas, em que o deferimento do processamento coletivo da ação tem um de seus principais pressupostos na adequada representação do direito metaindividual pelo autor, a sentença, uma vez revestida da autoridade de coisa julgada, vincula todos os indivíduos integrantes da coletividade titular do direito, que não poderão mais discutir a matéria, inclusive através de ações individuais, seja o resultado favorável ou desfavorável<sup>365</sup>.

Esta, aliás, parece ser a tendência majoritária entre os países desenvolvidos: adotar a extensão *erga omnes* da coisa julgada coletiva, seja o pedido julgado procedente ou improcedente, temperando, porém, o sistema com elementos que visam a assegurar uma adequada representação dos direitos metaindividuais em juízo, compatibilizando, assim, o modelo processual das ações coletivas com o *due process of law*. Seguindo essa linha, Inglaterra, Austrália, Nova Zelândia e Canadá, dentre outros, não adotam a coisa julgada

---

<sup>364</sup> GIDI, Antonio, op. cit., p. 66. Uma alternativa peculiar para o problema da coisa julgada nas ações coletivas foi sugerida, no Brasil, por Álvaro Luiz Valery Mirra, que propôs, simplesmente, a abolição da coisa julgada em matéria de direitos difusos. A sentença proferida no processo coletivo produziria efeitos sempre *erga omnes*, tenha sido julgado procedente ou improcedente o pedido, mas o comando da sentença jamais se revestiria da autoridade de coisa julgada. Em matéria de direitos difusos, formar-se-ia apenas a coisa julgada formal, para evitar o prolongamento indefinido das ações coletivas. Mas as questões decididas poderiam ser sempre rediscutidas através de novas ações coletivas ("A coisa julgada nas ações para tutela de interesses difusos" in *Revista dos Tribunais*, v. 631. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, pp. 71-82, pp. 78-80).

<sup>365</sup> BUENO, Cássio Scarpinella, op. cit., pp. 96 e 99. Durante muitos anos, os EUA adotaram o sistema da coisa julgada *secundum eventum litis* em matéria de ações coletivas, o qual, porém, foi abolido pela reforma ocorrida em 1966 nas *Federal Rules*, vigorando, desde então, o regime da extensão *erga omnes* da coisa julgada coletiva, tenha o resultado sido favorável ou não ao autor coletivo. Para uma análise detalhada da origem e desenvolvimento histórico das *class actions* norte-americanas, especialmente com relação à extensão da coisa julgada, cf. TARUFFO, Michele: "I limiti soggettivi del giudicato e le 'class actions'" in *Rivista di Diritto Processuale*, anno XXIV (II serie), n.º 4. Padova: Cedam, 1969, pp. 609-636.

*secundum eventum litis*, estendendo a imutabilidade da coisa julgada formada nos processos coletivos a todos os membros da classe envolvida independentemente do resultado do julgamento<sup>366</sup>. O mesmo ocorre em Portugal, onde a sentença proferida em ação popular faz coisa julgada *erga omnes*, tenha o pedido sido julgado procedente ou improcedente, excetuadas as hipóteses de improcedência por insuficiência de provas e de integrantes da coletividade solicitarem expressamente sua exclusão da abrangência do julgado<sup>367</sup>.

Tal tendência, porém, não foi seguida pelo direito brasileiro, que, em matéria de coisa julgada em ações coletivas, adotou o sistema *secundum eventum litis*, somente permitindo a extensão da imutabilidade do conteúdo da sentença proferida em processo coletivo para atingir as pretensões individuais dos membros da coletividade envolvida em caso de procedência do pedido.

É o que se verá no item seguinte, onde serão analisadas as normas que disciplinam a coisa julgada no processo coletivo pátrio.

### **7.3.2. Análise dogmática.**

O primeiro diploma legal a tratar da coisa julgada em sede de ações coletivas, no Brasil, foi a Lei n.º 4.717/65, que disciplina a ação popular. Em seu art. 18, tal diploma normativo previu que "a sentença terá eficácia de coisa julgada oponível *erga omnes*, exceto no caso de haver sido a ação julgada improcedente por deficiência de prova<sup>368</sup>"; neste caso, qualquer cidadão poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova".

---

<sup>366</sup> LEAL, Márcio Flávio Mafra, op. cit., pp. 141, 147 e 168. O autor faz um estudo minucioso, inclusive com referências históricas, sobre o sistema processual de tutela coletiva vigente em cada um dos países citados no texto e mais Estados Unidos da América, França, Espanha e Alemanha, não sendo, porém, expresso quanto ao regime da coisa julgada coletiva adotado nos ordenamentos jurídicos desses três últimos países (Op. cit., pp. 139-182).

<sup>367</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini: "A ação popular portuguesa: uma análise comparativa" in *Revista de Processo*, n.º 83. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, pp. 164-175, p. 169.

<sup>368</sup> Ao afirmar que a sentença "terá eficácia de coisa julgada", o legislador não guardou o devido rigor técnico e terminológico, visto que, como já se viu, a coisa julgada não é efeito da sentença, mas a qualidade de imutabilidade que adere aos efeitos da sentença. A mesma falta de atenção ao rigor científico e terminológico se encontra na afirmação, contida no mesmo dispositivo, de a ação haver sido julgada improcedente, pois, como se sabe, o pedido é que se julga procedente ou improcedente e não a ação.

Como se pode perceber, houve, já na Lei da Ação Popular, uma flexibilização dos limites subjetivos da coisa julgada em matéria de ação coletiva, considerando-se os cânones vigentes para o processo civil, visto que se admitiu uma coisa julgada *erga omnes*, a atingir os demais legitimados à propositura da ação popular, embora não tivessem participado do processo.

Quase vinte anos depois, a regra foi novamente consagrada, com pequenas modificações de redação, por ocasião da edição da Lei n.º 7.347/85, que regulou a ação civil pública, dispondo, em seu art. 16, que "a sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas; hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova".

Na mesma linha, seguiu a Lei n.º 7.853/89, que dispõe sobre a tutela dos direitos das pessoas portadoras de deficiência<sup>369</sup>.

Em 1990, o Código de Defesa do Consumidor trouxe uma disciplina mais minuciosa da coisa julgada nas ações coletivas. Tratando-se de diploma que forma com a Lei da Ação Civil Pública um sistema integrado e complementar, estabelecendo a disciplina processual geral das ações coletivas brasileiras<sup>370</sup>, a regulamentação da coisa julgada contida no CDC aplica-se a todas as ações coletivas, quando não houver disposição em contrário de lei específica, quaisquer que sejam os direitos metaindividuais por elas tutelados, e não apenas àquelas que veicularem direitos dos consumidores<sup>371</sup>.

A disciplina da coisa julgada prevista no Código de Defesa do Consumidor aplica-se, inclusive, ao mandado de segurança coletivo<sup>372</sup>, instrumento processual que ainda depende de regulamentação por legislação própria, sujeitando-se, enquanto esse diploma especial não vem, às normas da Lei n.º 1.533/51 e, no que for compatível, às regras do sistema processual coletivo formado pelo CDC e pela LACP. Entretanto, especificamente

---

<sup>369</sup> O art. 4º da Lei n.º 7.853/89 repetiu, *ipsis litteris*, a norma contida no art. 18 da LAP.

<sup>370</sup> Sobre a integração entre o CDC e a LACP, bem como a extensão do sistema processual formado por tais diplomas a todas as ações coletivas brasileiras, cf. Capítulo 6, item 6.7 desta dissertação.

<sup>371</sup> Nesse sentido: GRINOVER, Ada Pellegrini: "Da coisa julgada no Código de Defesa do Consumidor" *in Revista do Advogado*, n.º 33. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, 1990, pp. 5-15, pp. 8-9; GIDI, Antonio, op. cit., p. 74; MAZZILLI, Hugo Nigro, op. cit., p. 472.

<sup>372</sup> Nesse sentido: GIDI, Antonio, op. cit., p. 84; GRINOVER, Ada Pellegrini: "Da coisa julgada no Código de Defesa do Consumidor" *in Revista do Advogado*, n.º 33. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, 1990, pp. 5-15, p. 9.



com relação ao mandado de segurança coletivo, em razão da natureza diferenciada desse remédio jurídico, há algumas peculiaridades em matéria de coisa julgada, as quais serão mencionadas no decorrer da análise da disciplina geral do Código de Defesa do Consumidor, que ora se inicia.

As regras da coisa julgada na Lei n.º 8.078/90 são estabelecidas de acordo com a natureza do direito metaindividual em lide, a partir da trilogia direitos difusos/direitos coletivos/direitos individuais homogêneos adotada pelo Código de Defesa do Consumidor, conforme disposições contidas nos arts. 103 e 104 desse diploma legal.

Para as ações coletivas que versem sobre direitos difusos e direitos coletivos *stricto sensu*, a disciplina da coisa julgada encontra-se no art. 103, I e II, e §§1º e 3º do CDC, sendo basicamente a mesma.

O art. 103, em seus incisos I e II, praticamente repete a regra já consagrada nas leis que regularam a ação popular e a ação civil pública, dispondo que a sentença fará coisa julgada *erga omnes*, em se tratando de direito difuso, e *ultra partes*, mas limitada ao grupo categoria ou classe, em se tratando de direito coletivo *stricto sensu*, exceto, em ambos os casos, se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá propor novamente a ação coletiva, fundado em nova prova.

O §1º do mesmo art. 103, por seu turno, estabelece que os efeitos da coisa julgada formada nas ações coletivas que versem sobre direitos difusos ou coletivos não prejudicarão os direitos individuais dos integrantes da comunidade, coletividade, grupo ou classe titular do direito.

Já o §3º daquele dispositivo preceitua que, em sendo julgado procedente o pedido na ação coletiva, os integrantes da comunidade, coletividade, grupo ou classe titular do direito, individualmente lesados pelo ato impugnado na ação coletiva, serão beneficiados pela coisa julgada formada no processo coletivo, podendo proceder à liquidação e execução de seus danos individuais a partir da sentença coletiva.

Assim, a única aparente diferença na disciplina da coisa julgada para as ações coletivas que veiculam direitos difusos e para aquelas que versam sobre direitos coletivos *stricto sensu* é que o legislador utilizou a expressão *erga omnes* para definir a extensão subjetiva da coisa julgada quando se tratar de direitos difusos e a expressão *ultra partes* para delimitar a extensão da autoridade da coisa julgada formada em torno de direitos coletivos (art. 103, I e II).

Não existe, porém, qualquer diferença essencial entre essas expressões. Ao utilizar os termos *erga omnes* e *ultra partes*, teve o legislador a intenção de deixar clara a maior extensão dos limites subjetivos da coisa julgada nas ações coletivas, considerando os princípios restritivos já consagrados no processo civil<sup>373</sup>, a fim de dissipar qualquer dúvida que eventualmente ocorresse no espírito dos menos habituados ao trato com o processo coletivo, sagrando de forma expressa em lei que a imutabilidade da sentença, nas hipóteses ali previstas, não ficaria adstrita às partes do processo, estendendo-se à comunidade titular do direito em lide, coletivamente considerada, o que, como já se viu, é próprio das ações coletivas, em razão da natureza dos direitos que tutelam.

Ocorre que, conforme se trate de direito difuso ou coletivo, mais ou menos ampla será essa coletividade atingida pelo julgado e, de maior ou menor dificuldade será a identificação de seus integrantes, visto que, em se tratando de direitos difusos, a comunidade titular do direito é dotada de uma certa fluidez e dispersão, na medida em que os seus integrantes encontram-se ligados por circunstâncias fáticas contingenciais, tratando-se de pessoas indeterminadas ou de difícil determinação. Já nos direitos coletivos *stricto sensu*, a

---

<sup>373</sup> Em sentido diverso, Renato Rocha Braga defende que o Código de Defesa do Consumidor não teria promovido qualquer alteração de peso em matéria de limites subjetivos da coisa julgada, considerando as regras já existentes no processo civil, ao tratar das ações coletivas. No entender desse jurista, não seria correto falar em coisa julgada *erga omnes* com relação às ações coletivas, pois os limites subjetivos da coisa julgada, em tais ações, em nada se diferenciariam dos limites da coisa julgada no processo civil. Isso porque, para Renato Rocha Braga, a legitimação do autor coletivo seria uma hipótese típica de substituição processual e, na substituição processual, tal como já regulada pelo processo civil, a coisa julgada atinge os substituídos, que, a rigor, não são considerados terceiros na relação processual. Assim, a coletividade titular do direito metaindividual seria atingida pela coisa julgada não na condição de terceiro, mas sim de substituído processual (Op. cit., pp. 115-118). Entretanto, como já se viu, a legitimação do autor coletivo não se adequa com perfeição à hipótese de legitimação extraordinária ou substituição processual, tratando-se, a rigor, de uma espécie *sui generis* de legitimação (Cf. Capítulo 5, item 5.3.2 desta dissertação). Outra posição peculiar com relação à disciplina da coisa julgada estabelecida pelo CDC encontra-se em Aroldo Plínio Gonçalves. Para esse autor, assim como para Renato Rocha Braga, o CDC não teria alterado, em matéria de ação coletiva, o regime da coisa julgada já consagrado no processo civil. A grande modificação promovida pelo Código de Defesa do Consumidor, ao regular as ações coletivas, que as distanciaria do regime do CPC, segundo Aroldo Plínio Gonçalves, teria se implementado no conceito de parte, que, no CDC, não se limitaria ao autor/réu e aos destinatários do provimento jurisdicional, abrangendo também todos os legitimados à propositura da ação coletiva (GONÇALVES, Aroldo Plínio: "A coisa julgada no Código de Defesa do Consumidor e o conceito de parte" in *Revista Forense*, v. 331. Rio de Janeiro: Forense, 1995, pp. 65-73, pp. 67-72).

coletividade titular do direito se apresenta mais bem determinada, como um grupo ou uma classe, sendo os seus integrantes determináveis em razão da existência de uma relação jurídica base que os liga entre si ou com a parte adversa<sup>374</sup>.

Certamente por essa razão, a fim de revelar a dimensão da coletividade atingida pela coisa julgada, optou o legislador por utilizar a expressão *erga omnes* ao tratar da coisa julgada nas ações envolvendo direitos difusos e a expressão *ultra partes* ao fazer referência à autoridade da coisa julgada nas ações versando sobre direitos coletivos, até porque, intuitivamente, *erga omnes* dá a impressão de extensão a todos ou a um grupo maior, enquanto *ultra partes* sugere a abrangência de alguns, de um grupo menor.

Poderia, porém, o legislador, ter utilizado apenas a expressão *erga omnes* ou apenas *ultra partes* para designar ambas as situações, sem que qualquer implicação ocorresse na extensão subjetiva da autoridade da coisa julgada coletiva, uma vez que a coletividade titular do direito continuaria sendo atingida pela coisa julgada, em sua dimensão coletiva, de forma que, em se tratando de direitos difusos, pela própria natureza do direito, a comunidade atingida pela coisa julgada seria de uma maior amplitude e fluidez, enquanto que, versando a ação sobre direitos coletivos, naturalmente, a imutabilidade da coisa julgada atingiria um grupo mais bem delimitado de pessoas.

Trata-se, assim, os termos *erga omnes* e *ultra partes*, de expressões que se equivalem<sup>375</sup>, não havendo qualquer decorrência da diferenciação estabelecida pelo legislador, para os fins estudados nesta dissertação.

Feito esse esclarecimento, que vem corroborar ser exatamente a mesma a disciplina da coisa julgada estabelecida pelo CDC para as ações que versam sobre direitos difusos e as que veiculam direitos coletivos, retorna-se a atenção para as hipóteses previstas nos arts. 103, I e II, e §§1º e 3º. São, basicamente, três as situações contempladas no CDC: o pedido coletivo é julgado improcedente por insuficiência de provas, o pedido é julgado improcedente por outras razões alheias à instrução processual e o pedido coletivo é julgado procedente. Conforme o julgamento se adequa a cada uma dessas situações, diversa será a extensão da coisa julgada, segundo a disciplina estabelecida pelo Código de Defesa do Consumidor. Senão vejamos:

---

<sup>374</sup> Sobre a caracterização e os elementos conceituais dos direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, cf. Capítulo 4, itens 4.2 e 4.3 desta dissertação.

<sup>375</sup> No mesmo sentido, GIDI, Antonio, op. cit., pp. 109-110.

Na hipótese de o pedido de tutela coletiva ser julgado improcedente por insuficiência de provas, não ocorre a formação da coisa julgada material, podendo a ação coletiva ser renovada por qualquer legitimado, desde que fundada em nova prova (art. 103, I e II). Trata-se de iniciativa louvável do legislador brasileiro, na medida em que resguarda o direito metaindividual frente a uma possível negligência do autor coletivo na condução do processo.

Por "qualquer legitimado" deve-se entender, inclusive, aquele que figurou como autor na ação coletiva e viu rejeitado o pedido por ele formulado. Não obstante a existência de opinião em contrário, no sentido de que apenas *outro* legitimado poderia renovar a ação coletiva julgada improcedente por deficiência de instrução<sup>376</sup>, não parece ser essa a melhor interpretação.

Em primeiro lugar, porque o Código de Defesa do Consumidor foi claro ao afirmar que "qualquer legitimado" poderá propor novamente a ação coletiva. Ora, quisesse o legislador restringir a faculdade de promover a renovação do pedido coletivo apenas aos demais legitimados que não tivessem atuado com autor na ação fracassada, teria feito referência a qualquer *outro* legitimado ou expressões que o valessem. Ao falar em "qualquer legitimado", o legislador incluiu o próprio autor do pedido rejeitado por insuficiência de provas, legitimando-o à renovação da ação coletiva<sup>377</sup>. Ademais, essa é a interpretação que melhor se coaduna com a finalidade de máxima proteção aos direitos metaindividuais que norteou toda a concepção da parte processual do Código de Defesa do Consumidor.

Assim, sendo o pedido coletivo julgado improcedente por insuficiência de provas, qualquer legitimado, inclusive o próprio autor da ação coletiva, poderá utilizar-se da faculdade de propor novamente a ação, fundando-a em nova prova.

---

<sup>376</sup> GONÇALVES, Aroldo Plínio, op. cit., pp. 69-71. Para o autor, na hipótese de improcedência por insuficiência de provas, haveria formação da coisa julgada material restrita ao autor e ao réu.

<sup>377</sup> Nesse sentido é que tem-se posicionado a maioria dos juristas que se dedicaram ao estudo da tutela coletiva: NERY JÚNIOR, Nelson: "O processo civil no código de defesa do consumidor" in *Revista de Processo*, n.º 61. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, pp. 24-35, p. 35; GRINOVER, Ada Pellegrini: "'Da coisa julgada no Código de Defesa do Consumidor" in *Revista do Advogado*, n.º 33. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, 1990, pp. 5-15, p. 9; ARRUDA ALVIM, José Manoel de: "Notas sobre a coisa julgada coletiva" in *Revista de Processo*, n.º 88. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, pp. 31-57, p. 35; FERNANDES, Sérgio Ricardo de Arruda, op. cit., p. 111.

Mas, quando se poderia afirmar que o pedido foi rejeitado por insuficiência de provas, de forma a possibilitar sua renovação através de outra ação coletiva? Seria necessário que o juiz assim o dissesse expressamente em sua sentença?

Alguns processualistas de peso, como Arruda Alvim, entendem que, para que a ação coletiva pudesse ser renovada após julgamento de improcedência seria necessário que, ao julgar improcedente o pedido, o juiz declarasse que o fez pela insuficiência do material probatório constante dos autos ou tal conclusão pudesse fluir da fundamentação da sentença<sup>378</sup>.

Esse, porém, não parece ser o entendimento mais acertado. Isso porque, na maioria das vezes, o juiz, no momento em que prolata a sentença, não dispõe de elementos aptos a revelar-lhe a insuficiência da instrução realizada nos autos do processo. A rigor, ele acha que está julgando com base no material probatório existente a respeito da matéria e pode sequer ter consciência de que está considerando improcedente o pedido por não lhe terem sido apresentadas provas outras, seja porque nem a parte as conhecia, seja porque tais provas não existiam na época.

Um exemplo na área de direito ambiental traduz, com exatidão, a situação. Suponha-se que seja proposta, pela associação dos moradores de uma comunidade ribeirinha, ação coletiva contra fábrica que lança dejetos químicos nas margens do rio cujas águas são utilizadas pelos moradores da área, visando à suspensão do despejo do material, à realização de tratamento nas águas do rio e à indenização pelos danos até então causados. No curso do processo, é apurado, por perícia judicial, que o material químico expelido pela fábrica nas águas do rio não tem o condão de causar qualquer lesão à saúde humana ou mesmo de animais. Com base nessa prova, o juiz julga improcedente o pedido, certo de que o fez a partir de cognição exauriente. Anos após o trânsito em julgado da sentença, o desenvolvimento da ciência permite descobrir o alto potencial ofensivo daquele produto. Considerando que a fábrica continue despejando o mesmo material nas águas daquele rio, seria legítimo vedar a

---

<sup>378</sup> ARRUDA ALVIM, José Manoel de: "Notas sobre a coisa julgada coletiva" in *Revista de Processo*, n.º 88. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, pp. 31-57, pp. 32, 34 e 37. Para o autor, se o julgamento de improcedência houvesse de ter sido pronunciado por insuficiência de provas, mas o juiz nada fez constar a respeito em sua sentença, em surgindo nova prova após o trânsito em julgado, seria o caso de se interpor ação rescisória por violação de literal disposição de lei, com fulcro no art. 485, V, do CPC, c/c o art. 103, I, do CDC (Op. cit., p. 34, nota de rodapé n.º 3).

renovação da ação coletiva, com base na nova prova, sob o argumento de que teria se operado a coisa julgada material com relação à matéria?

Responder afirmativamente a esse questionamento implicaria criar infundado obstáculo ao acesso à justiça em matéria de direitos metaindividuais, o que vai na contra mão do movimento que se vem desenvolvendo no direito material e processual universal no sentido de promover, da forma mais ampla possível, a tutela desses novos direitos.

Hugo Nigro Mazzilli, analisando exemplo similar, sugere a necessidade de se mitigar a coisa julgada em matéria ambiental, afirmando que "não há falar em imutabilidade dos efeitos da sentença que condene o homem a conviver eternamente com a degradação de seu *habitat*"<sup>379</sup>.

A questão, porém, encontra solução no próprio texto da lei, na medida em que o art. 103, I do CDC permite que se renove a ação coletiva quando o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas. Basta que se interprete adequadamente esse dispositivo, assim como o similar contido no inciso II do mesmo artigo, não se exigindo menção expressa na sentença de que o pedido fora julgado improcedente por insuficiência de provas. Não deixa de estar julgando por insuficiência de provas o magistrado que, equivocadamente, pensa estar diante de todos os elementos de prova possíveis e disponíveis para a matéria.

Como bem ensina Antonio Gidi, o critério para aferir se a improcedência do pedido coletivo foi ocasionada, ou não, por insuficiência de provas deve ser substancial e não formal, de modo que "sempre que qualquer legitimado propuser a mesma ação coletiva com novo material probatório, demonstrará, *ipso facto*, que a ação coletiva anterior havia sido julgada por instrução insuficiente"<sup>380</sup>.

Entretanto, não basta que a sentença tenha julgado improcedente o pedido por insuficiência de provas para que seja admissível a renovação da ação coletiva. É necessário também que essa segunda ação seja instruída com "nova prova" (art. 103, I e II, do CDC) e, como tal, deve-se entender toda prova que não foi apresentada na ação coletiva fracassada, seja porque a parte não conhecia sua existência, seja porque, conhecendo a prova, omitiu maliciosamente sua exibição, seja ainda porque a prova não existia na época da instrução da

---

<sup>379</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro, op. cit., p. 481.

<sup>380</sup> GIDI, Antonio, op. cit., p. 134.

primeira ação coletiva, sendo também fundamental que essa nova prova seja relevante, tendo o condão de promover alteração no resultado do julgamento<sup>381</sup>.

Entretanto, como adverte Arruda Alvim, não é necessário que essa nova prova assegure, necessariamente, o êxito da ação coletiva, bastando que o juiz se convença dessa possibilidade quando do recebimento da petição inicial, podendo, porém, concluir pela manutenção do primeiro julgamento, após todo o processamento da nova ação<sup>382</sup>.

Ainda com relação à hipótese de o pedido formulado na ação coletiva ser julgado improcedente por insuficiência de provas, uma peculiaridade atinente ao mandado de segurança coletivo merece ressalva. É que, como se sabe, a prova pré-constituída é um dos requisitos de admissibilidade do mandado de segurança, seja ele individual ou coletivo. Assim, em se tratando de mandado de segurança coletivo, a insuficiência de provas acarretará a extinção do processo sem julgamento de mérito, e não a improcedência do pedido, mantendo-se, de qualquer forma, a possibilidade de o *mandamus* ser renovado por qualquer legitimado e pelo próprio impetrante coletivo, a uma porque a sentença terminativa não tem o condão de se revestir da autoridade de coisa julgada e, a duas, porque, nos termos do art. 16 da Lei n.º 1.533/51, o mandado de segurança poderá ser renovado se a sentença denegatória não apreciar o mérito do *writ*.

A segunda situação possível, prevista pelo Código de Defesa do Consumidor para fins de disciplina da extensão da coisa julgada nas ações coletivas que versem sobre direitos difusos e coletivos, é a hipótese de o pedido ser julgado improcedente após suficiente

---

<sup>381</sup> Nesse sentido: GIDI, Antonio, op. cit., p. 136; ARRUDA ALVIM, José Manoel de: "Notas sobre a coisa julgada coletiva" in *Revista de Processo*, n.º 88. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, pp. 31-57, p. 31, nota de rodapé n.º 1. Para chegar ao mesmo resultado, Renato Rocha Braga desenvolve uma construção doutrinária baseada no art. 474 do CPC, que dispõe sobre a chamada eficácia preclusiva da coisa julgada, estabelecendo que, uma vez formada a coisa julgada, reputar-se-ão argüidas e rejeitadas todas as alegações que as partes "poderiam" ter formulado tanto em favor da procedência quanto da improcedência do pedido. *A contrario sensu*, afirma Renato Rocha Braga que não estariam atingidas pela eficácia preclusiva da coisa julgada as alegações e, por conseguinte, as provas que as partes não poderiam ter trazido aos autos, seja porque não existiam, seja porque não eram do conhecimento das partes. Nesse universo é que estaria a "nova prova" de que tratam os incisos I e II do art. 103 do CDC. Ressalva, porém, o autor, que o art. 474 do CPC poderia ser afastado em caso de conluio entre as partes, hipótese em que seria possível a renovação da ação coletiva com base em prova não apresentada na primeira ação, mas que era do conhecimento do autor coletivo (Op. cit., pp. 133-135).

<sup>382</sup> ARRUDA ALVIM, José Manoel de: "Notas sobre a coisa julgada coletiva" in *Revista de Processo*, n.º 88. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, pp. 31-57, p. 35, nota de rodapé n.º 4.

instrução, porque ficou devidamente comprovada a insubsistência fática e/ou jurídica da pretensão deduzida pelo autor coletivo.

Nesse caso, a coisa julgada *erga omnes/ultra partes* de que tratam os incisos I e II do art. 103 do CDC atinge a comunidade ou coletividade titular do direito unicamente em sua dimensão coletiva, através dos legitimados coletivos, que não mais poderão discutir a matéria em sede de ação coletiva, ficando essa via definitivamente fechada. Entretanto, por força do disposto no §1º daquele mesmo dispositivo legal<sup>383</sup>, a coisa julgada formada na ação coletiva, nessa hipótese, não se estenderá às pretensões individuais dos integrantes da comunidade titular do direito coletivo ou difuso, que, não obstante a improcedência do pedido coletivo, poderão discutir novamente a matéria através de ações individuais.

A terceira situação possível é a hipótese de o pedido deduzido através da ação coletiva ser julgado procedente. Aqui, a coisa julgada produzirá efeitos *erga omnes*, em caso de direito difuso, e *ultra partes*, em se tratando de direitos coletivos *stricto sensu*, no sentido real e pleno das expressões, atingindo a comunidade ou coletividade envolvida tanto na dimensão coletiva como na individual, ficando vedada a discussão da matéria, seja através de novas ações coletivas (art. 103, I e II, do CDC), seja por meio de ações individuais (art. 103, §3º, do CDC).

Embora a improcedência do pedido coletivo não tenha o condão de prejudicar as pretensões individuais dos integrantes da coletividade titular do direito difuso ou coletivo, na hipótese de ser julgado procedente o pedido, a coisa julgada formada na ação coletiva atingirá, sim, as pretensões individuais dos integrantes da coletividade envolvida, para beneficiá-los.

É o que decorre, especialmente, da norma contida na segunda parte do §3º do art. 103 do CDC, que permite, em caso de procedência do pedido formulado em ação proposta em defesa de direitos difusos e coletivos, que as vítimas do ato lesivo objeto da ação coletiva promovam a liquidação e posterior execução dos danos individualmente sofridos com base na própria sentença coletiva, sem que seja preciso ajuizarem ação individual de conhecimento.

---

<sup>383</sup> "§1º. Os efeitos da coisa julgada previstos nos incisos I e II não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, grupo, categoria ou classe." (CDC, art. 103, §1º).



Não obstante o §3º do art. 103 refira-se, de forma expressa, apenas aos efeitos da coisa julgada formada na ação civil pública<sup>384</sup>, a norma se aplica a todas as ações coletivas em razão do sistema de integração e complementaridade existente entre o Código de Defesa do Consumidor e a Lei da Ação Civil Pública, em que o art. 90 do CDC invoca a aplicação das disposições da Lei n.º 7.347/85, enquanto o art. 21 desta lei invoca aplicação das normas processuais contidas no Código de Defesa do Consumidor, formando, assim, a LACP e o CDC, o sistema processual geral que rege as ações coletivas brasileiras.

Assim, à guisa de síntese, pode-se dizer que, nas ações coletivas que versam sobre direitos difusos ou coletivos *stricto sensu*, em sendo julgado improcedente o pedido por insuficiência de provas, não se formará a coisa julgada material, podendo a ação coletiva ser renovada por qualquer legitimado, com base em nova prova; na hipótese de o pedido coletivo ser julgado improcedente após instrução suficiente, a coisa julgada atingirá a comunidade titular do direito apenas através dos legitimados coletivos, que não poderão mais discutir a matéria por meio de ações coletivas; e, finalmente, sendo o pedido coletivo julgado procedente, a coisa julgada se estenderá não só aos legitimados coletivos, mas também aos integrantes da coletividade, individualmente considerados, que serão beneficiados em suas pretensões pessoais, podendo liquidá-las e executá-las a partir da sentença coletiva, ocorrendo, nessa última hipótese, a coisa julgada *erga omnes* no sentido pleno da expressão.

Já para as ações coletivas que tenham por objeto a tutela de direitos individuais homogêneos, a disciplina da coisa julgada estabelecida pelo Código de Defesa do Consumidor é, à primeira vista, mais simples, sendo previstas, para fins de extensão da coisa julgada, apenas duas situações, quais sejam, a procedência e a improcedência do pedido.

Nos termos do art. 103, III, do CDC, em se tratando de direitos individuais homogêneos, a sentença proferida na ação coletiva fará coisa julgada *erga omnes* apenas no caso de o pedido ser julgado procedente. Trata-se aqui de coisa julgada *erga omnes* no sentido pleno da expressão, de forma que a imutabilidade do julgado favorável atingirá a coletividade titular do direito em sua dimensão coletiva e se estenderá também para as pretensões individuais, ficando vedada a rediscussão da matéria tanto na via da ação coletiva como

---

<sup>384</sup> "§3º. Os efeitos da coisa julgada de que cuida o art. 16, combinado com o art. 13 da Lei n.º 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." (art. 103, §3º, do CDC).

através de ações individuais, podendo ainda, os integrantes da coletividade, liquidar e executar suas pretensões individuais em face do réu a partir da sentença coletiva (CDC, art. 97).

Em sendo o pedido coletivo julgado improcedente, dispõe o §2º do art. 103 que os interessados que não tiverem participado do processo coletivo, na condição de litisconsortes, poderão propor ação individual visando à satisfação de sua pretensão pessoal. *A contrario sensu*, tem-se que, em caso de improcedência do pedido coletivo, a coisa julgada atingirá os legitimados coletivos, vedando a propositura de nova ação coletiva e os integrantes da coletividade que tenham integrado a relação processual coletiva, aos quais se fecha a via da ação individual. Os integrantes da comunidade que não tiverem intervindo no processo coletivo, não serão atingidos pela coisa julgada formada na ação coletiva, podendo propor ações individuais sobre a mesma matéria.

É que, nas ações coletivas que versam sobre direitos individuais homogêneos, o art. 94 do CDC prevê que seja noticiada a propositura da ação por publicação de edital em órgão oficial e mediante ampla divulgação nos meios de comunicação social, a fim de que os interessados possam, se assim quiserem, intervir no processo coletivo como litisconsortes.

Entretanto, em razão do regime da coisa julgada estabelecido pelo próprio Código de Defesa do Consumidor para essa ação coletiva, especialmente o disposto no §2º do art. 103, não parece haver qualquer vantagem prática para os integrantes da coletividade em intervir no processo coletivo, visto que, em intervindo, serão atingidos pela coisa julgada em caso de improcedência do pedido, hipótese em que não poderão mais discutir a matéria em sede de ações individuais. Optando por não integrar a relação processual coletiva como litisconsortes, os membros da coletividade envolvida terão duas chances de se beneficiar: em sendo o pedido da ação coletiva julgada procedente, serão atingidos pela coisa julgada *erga omnes* favorável (art. 103, III); sendo rejeitado o pedido da ação coletiva, por não integrarem a relação processual, não serão atingidos pela eficácia subjetiva da coisa julgada desfavorável e poderão interpor suas ações individuais, reinaugurando toda a discussão judicial sobre a mesma matéria (art. 103, §2º).

Pelo sistema de extensão da coisa julgada criado pelo CDC, mais interessante é, sem dúvida, para os membros da coletividade envolvida, ao invés de integrar a relação processual coletiva, esperar tranqüilamente o resultado da demanda. Em sendo favorável o

juízo, eles serão beneficiados. Em sendo desfavorável, não serão prejudicados, podendo propor ações individuais sobre o mesmo fato.

Com relação à hipótese de improcedência do pedido por insuficiência de provas na ação coletiva que veicula direitos individuais homogêneos, o Código de Defesa do Consumidor foi omissivo, não disciplinando expressamente a extensão da coisa julgada nessa situação, como fez para os direitos difusos e coletivos *stricto sensu*.

Tal fato levou abalizada doutrina a concluir que teria o Código de Defesa do Consumidor estabelecido uma disciplina mais rígida da coisa julgada para os direitos individuais homogêneos, não possibilitando a renovação da ação coletiva quando a improcedência do pedido decorrer de deficiência na instrução<sup>385</sup>.

Entretanto, não haveria razão para o CDC vedar a possibilidade de renovação da ação coletiva em defesa de direitos individuais homogêneos quando se descobrissem provas que não foram utilizadas na ação primeira e que poderiam alterar o resultado do julgamento, inicialmente proferido no sentido da improcedência do pedido, sobretudo se se considerar que tal faculdade é conferida pelo legislador nas ações coletivas que versam sobre direitos difusos e coletivos *stricto sensu*. Ora, porque permitir a renovação da ação em defesa de direitos difusos e coletivos e não permiti-la quando se tratar de direitos individuais homogêneos?

Para o prof. Arruda Alvim, nesse particular, o legislador teria optado por uma disciplina mais rígida para as ações em defesa de direitos individuais homogêneos em razão da possibilidade de intervenção no processo coletivo, aberta pelo art. 94 do CDC a todos os integrantes da coletividade envolvida. Nas ações coletivas em defesa dos direitos individuais homogêneos, afirma Arruda Alvim, "há uma intimação e 'convite/convocação', o mais amplo possível, para que os interessados compareçam pessoal e diretamente ao litígio, com vistas que possam atuar. Dessa forma, sendo estes os 'senhores' dos fatos e, *em última análise*, do interesse ou do direito, e devendo ser também os maiores interessados em comparecer, não se

---

<sup>385</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini: "Da coisa julgada no Código de Defesa do Consumidor" *in Revista do Advogado*, n.º 33. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, 1990, pp. 5-15, p. 12; MAZZILLI, Hugo Nigro, op. cit., p. 475; ARRUDA ALVIM, José Manoel de: "Notas sobre a coisa julgada coletiva" *in Revista de Processo*, n.º 88. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, pp. 31-57, p. 40; GIDI, Antonio, op. cit., p. 144; BRAGA, Renato Rocha, op. cit., p. 141.

justifica a repetição de 'outra' (na verdade, da mesma) ação civil coletiva, ainda que tenha havido improcedência por insuficiência de prova"<sup>386</sup>.

Não parece, porém, que a possibilidade de intervenção processual facultada aos integrantes da coletividade seja justificativa para se vedar a renovação da ação coletiva quando o pedido foi julgado improcedente por insuficiência de provas, mas, em seguida, tomou-se conhecimento da existência de elementos novos capazes de modificar o resultado da demanda.

A rigor, a possibilidade de participação dos membros da comunidade na ação coletiva, prevista no art. 94 do CDC, seria elemento que, aliado a outros itens de controle, respaldaria a perda da prerrogativa de não serem os integrantes da coletividade prejudicados em sua esfera individual pela sentença de improcedência proferida em ação coletiva após suficiente instrução, determinando-se a extensão *erga omnes* da imutabilidade desse julgamento, na plenitude dessa expressão.

Mas não é disso que se trata nesse momento, pois se está a falar de uma possível proibição de se renovar a ação coletiva cujo pedido foi julgado improcedente por insuficiência de provas, mesmo que se esteja diante de nova prova, não exibida na ação primeira e que poderia alterar o resultado da demanda. Trata-se, aqui, de resguardar o direito metaindividual dos efeitos nefastos de um julgamento que, comprovadamente, fundou-se numa instrução insuficiente, seja por negligência ou mesmo malícia do autor coletivo, seja porque, na época, não se dispunha de conhecimento técnico suficiente sobre a matéria.

Assim, há que se promover uma interpretação teleológica e, ao mesmo tempo, sistêmica, das disposições contidas do art. 103 do CDC, de forma a possibilitar que essa cautela seja adotada também para as ações coletivas em defesa dos direitos individuais homogêneos.

Nesse sentido, deve-se entender que o §2º do art. 103 do CDC cuida da hipótese de improcedência do pedido após suficiente e adequada instrução, caso em que a coisa julgada atingirá os legitimados coletivos e os integrantes da coletividade que tenham participado do processo na condição de litisconsortes.

Na hipótese de o pedido ser julgado improcedente por insuficiência de provas, tendo o CDC sido omissivo com relação às ações coletivas que versam sobre direitos

---

<sup>386</sup> ARRUDA ALVIM, José Manoel de: "Notas sobre a coisa julgada coletiva" in *Revista de Processo*, n.º 88. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, pp. 31-57, p. 41.

individuais homogêneos, deve-se aplicar a tais ações, por analogia<sup>387</sup>, a regra que disciplina situação idêntica em caso de direitos difusos e coletivos, qual seja, a não ocorrência da coisa julgada material, com a conseqüente possibilidade de qualquer legitimado renovar a ação coletiva, desde que fundado em nova prova.

Não há porque se excluir essa possibilidade nas ações coletivas que versem sobre direitos individuais homogêneos. Ao contrário, em se tratando de direitos individuais homogêneos, há razões a mais para se implementar essa cautela, visto que, muitas vezes, embora a dimensão coletiva do dano seja expressiva (tanto que se permite o tratamento processual coletivo de direitos individuais), a lesão individualmente considerada não tem expressão suficiente para estimular o ingresso em juízo através de ação individual, de forma que vedar a via coletiva, na prática, implicaria vedar a única possibilidade real de tutela do direito violado.

Finalmente, fechando a disciplina da coisa julgada nas ações coletivas estabelecida pelo Código de Defesa do Consumidor, o art. 104 trata da hipótese de haver concomitância entre ações coletivas e ações individuais fundadas no mesmo fato lesivo.

Após afastar a ocorrência de litispendência entre a ação coletiva e a ação individual<sup>388</sup>, especificamente com relação à coisa julgada, a segunda parte deste dispositivo dispõe que "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 30 (trinta) dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva".

Com relação a esse dispositivo, há que se esclarecer, de logo, o equívoco ocorrido na remissão feita aos incisos do art. 103. De acordo com a expressão literal do texto

---

<sup>387</sup> Lei de Introdução ao Código Civil, art. 4º.

<sup>388</sup> Para que ocorra litispendência entre duas ações, faz-se necessário haver identidade nos três elementos identificadores da ação, a saber, as partes, o pedido e a causa de pedir. Proposta uma ação coletiva e uma ação individual, ainda que fundadas no mesmo fato lesivo, não haverá litispendência, uma vez que não há identidade de partes (na ação coletiva o autor será um dos legitimados coletivos e, na ação individual, um membro da coletividade, individualmente considerado), de pedido (na ação coletiva o pedido é de prevenção, reparação ou indenização da lesão em sua dimensão coletiva e, na ação individual, busca-se tutelar a lesão em sua dimensão pessoal), nem de causa de pedir (embora aqui a distinção seja mais sutil, especialmente em se tratando de direitos individuais sob tratamento processual coletivo, de um modo geral, pode-se dizer que, na ação coletiva, a pretensão funda-se em direito metaindividual, enquanto na ação individual, não). Para um estudo específico da litispendência em ações coletivas, cf. GIDI, Antônio, op. cit., capítulo VI.

transcrito acima, até hoje não alterado, apenas em se tratando de direitos coletivos (103, II) e individuais homogêneos (103, III), a coisa julgada formada na ação coletiva somente beneficiaria o autor de ação individual se ele promovesse a suspensão do processo individual, ficando excluída dessa regra a coisa julgada formada nas ações propostas em defesa de direitos difusos, ante a ausência de remissão ao inciso I do art. 103.

A doutrina pátria foi uníssona em apontar tal equívoco, não ocorrendo, porém, a mesma uniformidade de pensamento ao propor a solução para o problema. Para alguns, como Rodolfo de Camargo Mancuso<sup>389</sup> e Ada Pellegrini Grinover<sup>390</sup>, a remissão correta seria aos incisos I e II do CDC, de forma que a regra do art. 104 seria aplicável à coisa julgada coletiva formada em matéria de direito difuso e coletivo *stricto sensu*. Outros, porém, como Antonio Gidi<sup>391</sup> e Luiz Guilherme Marinoni<sup>392</sup>, defendem, com mais acerto, que o art. 104 do CDC deveria ter feito remissão aos incisos I, II e III do art. 103, para abranger as ações coletivas em defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Além da necessidade de coerência interna do dispositivo, que, em sua primeira parte, tratando da litispendência, faz remissão expressa ao inciso I, razão jurídica não há para se excluir a remissão a esse inciso na segunda parte do art. 104, excluindo as ações coletivas em defesa de direitos difusos da regra ali estabelecida para a coisa julgada.

Há que se entender, portanto, que o art. 104 do CDC aplica-se a toda e qualquer ação coletiva em defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, devendo-se ler as remissões contidas no art. 104 como fazendo referência aos incisos I, II e III do art. 103 daquele mesmo diploma legal.

Desse modo, havendo concomitância entre ação coletiva que versa sobre direito difuso, coletivo ou individual homogêneo e ação individual oriunda do mesmo ato

---

<sup>389</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo: "Defesa do consumidor: reflexões acerca da eventual concomitância de ações coletivas e individuais" in *Revista dos Tribunais*, v. 676. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, pp. 34-38, p. 36.

<sup>390</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini: "Da coisa julgada no Código de Defesa do Consumidor" in *Revista do Advogado*, n.º 33. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, 1990, pp. 5-15, p. 13. A autora, em publicação posterior, modificou seu entendimento, passando a defender ser correta a remissão feita aos três incisos do art. 103 (*Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, 6ª edição, pp. 829-830).

<sup>391</sup> GIDI, Antonio, op. cit., p. 193.

<sup>392</sup> MARINONI, Luiz Guilherme, op. cit., p. 95.

lesivo, sendo julgado procedente o pedido formulado na ação coletiva, a coisa julgada aí formada não favorecerá o autor individual se esse não requerer a suspensão do processo individual.

Trata-se de uma variação dos sistemas *opt-in/opt-out*, típicos dos países da *common law*, em que os membros da comunidade ou coletividade titular do direito metaindividual são intimados, pessoalmente ou por edital, acerca da propositura da ação coletiva a fim de manifestarem sua vontade em se submeter ou ser excluídos da coisa julgada que ali se formará<sup>393</sup>.

A intenção do legislador brasileiro parece ter sido evitar a formação de coisas julgadas contraditórias em decorrência dos julgamentos da ação coletiva e da ação individual, possibilitando ao demandante individual duas alternativas: a) prosseguir com o processamento da ação individual, hipótese em que ficará excluído dos efeitos da coisa julgada que se formar na ação coletiva, ainda que o pedido coletivo seja julgado procedente; ou b) requerer a suspensão do processo individual até que seja julgada a ação coletiva<sup>394</sup>, caso em que será beneficiado pela autoridade da coisa julgada se a sentença acolher o pedido formulado na ação coletiva, podendo ainda prosseguir com sua ação individual se o pedido coletivo for julgado improcedente, uma vez que, nesse caso, a coisa julgada coletiva não atinge as pretensões individuais.

Entretanto, a partir do momento em que o legislador estabeleceu, na segunda parte do art. 104 do CDC, que, para se beneficiar da coisa julgada formada na ação coletiva, o demandante individual terá que requerer a suspensão da ação individual no prazo de trinta dias a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva, abriu espaço para a ocorrência de contradição prática entre os julgados, na medida em que somente se poderá exigir do demandante individual o requerimento de suspensão do processo por ele movido, como condição para que se beneficie da coisa julgada coletiva, quando lhe for dada ciência

---

<sup>393</sup> No sistema baseado no *right to opt in*, adotado em alguns Estados do Canadá e da Austrália, os integrantes da coletividade só serão atingidos pela coisa julgada se consentirem expressamente. A maioria dos países da *common law*, porém, como os EUA por exemplo, seguem o procedimento baseado no *right to opt out*, em que os membros da comunidade envolvida somente serão excluídos da coisa julgada coletiva, qualquer que seja o resultado do processo, se assim solicitarem expressamente (LEAL, Márcio Flávio Mafra, op. cit., pp. 147; GIDI, Antonio, op. cit., pp. 240-241 e nota de rodapé n.º 548).

<sup>394</sup> Não há prazo para a suspensão da ação individual, devendo perdurar até que seja definitivamente julgada a ação coletiva.

nos autos da ação individual acerca da propositura da demanda coletiva. Não havendo essa notícia formal nos autos da ação individual, no atual sistema do CDC, não se poderá excluir o autor individual dos benefícios da coisa julgada de que se revestir a sentença que acolher o pedido coletivo.

Nesse contexto, caso o pedido da ação individual cujo processamento não foi suspenso seja julgado improcedente, transitando em julgado a sentença, sem que tenha sido comunicado nos autos o ajuizamento da ação coletiva, cujo pedido vem a ser julgado procedente, também se revestindo da autoridade da coisa julgada a sentença coletiva, ocorrerá conflito prático entre os dois julgados, estando o mesmo indivíduo sujeito aos efeitos de dois comandos igualmente imutáveis, sendo um desfavorável e outro favorável.

Analisando esse problema, parte da doutrina tem defendido que deve prevalecer, no caso, a coisa julgada formada na ação individual, não sendo o autor individual beneficiado pela coisa julgada coletiva, podendo, porém, lançar mão da ação rescisória para desconstituir a coisa julgada individual se a situação se enquadrar nas hipóteses do art. 485 do CPC<sup>395</sup>.

Já para Hugo Nigro Mazzilli o autor individual deve ser favorecido pela coisa julgada formada na ação coletiva, mesmo não tendo requerido a suspensão do processo individual, pois, no seu entender, o contrário implicaria violação ao princípio da isonomia, na medida em que todos os membros da coletividade seriam beneficiados pela sentença coletiva, exceto aquele<sup>396</sup>.

Na realidade, não parece haver, no caso, violação ao princípio da isonomia, por tratar-se de situações fáticas diversas, em que aquele membro da coletividade, ao contrário dos demais, interpôs ação individual e não requereu sua suspensão em função da ação coletiva, e isonomia significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na

---

<sup>395</sup> GIDI, Antonio, op. cit., pp. 203 e 204; LEONEL, Ricardo de Barros: *Manual do processo coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pp. 278-281. Para Ricardo de Barros Leonel, a ação rescisória seria fundamentada no inciso V do art. 485 do CPC, por violação de literal disposição de lei, qual seja, o art. 104 do CDC. Na dicção desse autor, teria sido "violado o dispositivo que determina a ciência, na ação individual, quanto ao aforamento da ação coletiva, para viabilização do requerimento de suspensão". Ocorre que o art. 104 do CDC não impõe, seja ao autor coletivo seja ao próprio Judiciário, que se dê ciência nas ações individuais acerca do ajuizamento da ação coletiva, o que torna discutível o cabimento da ação rescisória sob tal fundamento.

<sup>396</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro, op. cit., p. 476.



exata medida de suas desigualdades<sup>397</sup>. Entretanto, não se afigura consentâneo com a norma contida no art. 104 do CDC excluir o autor individual do benefício da coisa julgada coletiva por não ter solicitado a suspensão do processo individual quando não houver prova nos autos de que o mesmo tinha ciência da propositura da ação coletiva.

A possibilidade de julgamentos contraditórios em matéria de direitos metaindividuais, revestidos da mesma autoridade de coisa julgada, somente seria neutralizada através da adoção, no Brasil, de um procedimento em que fosse obrigatório dar-se ciência do ajuizamento da ação coletiva a todos os membros da comunidade envolvida na lide coletiva, quando possível por intimação pessoal, quando não, por editais, acompanhada de uma ampla divulgação nos meios de comunicação. Decorrido determinado prazo, fixado em lei, ficariam excluídos da coisa julgada a se formar na ação coletiva, ainda que viesse a ser julgado procedente o pedido, aqueles cujas ações individuais não tivessem sido suspensas nesse período<sup>398</sup>.

Da forma como se encontra o sistema, permanece o risco de julgados contraditórios.

Assim, por tudo o que se viu sobre a disciplina da coisa julgada nas ações coletivas brasileiras, pode-se concluir que a autoridade da coisa julgada formada em ação coletiva somente terá eficácia realmente *erga omnes*, no sentido pleno dessa expressão, para atingir a esfera individual dos integrantes da coletividade envolvida na lide, quando o pedido for julgado procedente. Sendo julgado improcedente o pedido coletivo, a coisa julgada dita *erga omnes* será limitada aos legitimados coletivos, impedindo a discussão da matéria apenas na via coletiva, podendo ainda não se formar a coisa julgada material caso a improcedência tenha decorrido da insuficiência do material probatório.

Feita, nestes termos, a análise dogmática do regime da coisa julgada estabelecido pelo Código de Defesa do Consumidor para as ações coletivas, passa-se à análise teórico-científica desse sistema, a qual se concentrará, basicamente, no estudo dos limites subjetivos e objetivos do modelo de coisa julgada coletiva em vigor no Brasil.

---

<sup>397</sup> Sobre o conteúdo do princípio da isonomia, vide item 7.4.3.1 desta dissertação.

<sup>398</sup> Para fins de eliminação da possibilidade de julgados contraditórios, some-se a esse procedimento a extensão da coisa julgada às questões de fato e de direito decididas na sentença, do que se tratará no item 7.5 abaixo.

#### **7.4. Limites subjetivos da coisa julgada coletiva. O problema do modelo *secundum eventum litis*.**

##### **7.4.1. Considerações preliminares.**

Como se viu a partir da análise dogmática da disciplina estabelecida pelo Código de Defesa do Consumidor, a coisa julgada formada nas ações coletivas brasileiras tem efeitos *erga omnes*, no sentido pleno da expressão, apenas no caso de o pedido ser julgado procedente, de forma que a imutabilidade da sentença coletiva somente se estende às pretensões individuais dos integrantes da comunidade titular do direito metaindividual para beneficiá-los.

Adotou, assim, o legislador brasileiro, um modelo de coisa julgada *secundum eventum litis* para o processo coletivo.

Há quem afirme que a formação da coisa julgada nas ações coletivas brasileiras não seria *secundum eventum litis*. Segundo esses autores, a coisa julgada coletiva se formaria *pro et contra*, sendo o pedido coletivo julgado procedente ou improcedente. *Secundum eventum litis*, a variar de acordo com o resultado do processo, seria a extensão subjetiva da coisa julgada coletiva, que, no caso de procedência, estende-se a todos os integrantes da coletividade envolvida na lide, beneficiando-os em suas pretensões individuais, e, no caso de improcedência do pedido coletivo, estende-se apenas ao grupo em sua dimensão coletiva, impedindo que os legitimados coletivos proponham novas ações coletivas, mas não interferindo nas pretensões individuais dos membros da coletividade. Como o único caso em que a sentença coletiva não se reveste da autoridade de coisa julgada é a hipótese de o pedido ser julgado improcedente por insuficiência de provas, afirma-se que a formação da coisa julgada nas ações coletivas brasileiras seria *secundum eventum probationis*, sendo *secundum eventum litis* a extensão subjetiva da coisa julgada para a esfera individual dos integrantes da comunidade e não a formação propriamente dita da coisa julgada<sup>399</sup>.

As premissas em que se funda tal pensamento são corretas. De fato, a coisa julgada coletiva não se forma apenas nos casos de procedência do pedido, ocorrendo também na hipótese de improcedência após suficiente instrução. Outrossim, também é certo que o que difere a coisa julgada coletiva nos casos de procedência e improcedência do pedido é a

---

<sup>399</sup> GIDI, Antonio, op. cit., pp. 73, 122, 126 e 127; BRAGA, Renato Rocha, op. cit., pp. 124-126.

extensão da imutabilidade da sentença para a esfera individual dos integrantes da coletividade, que ocorre apenas nos casos de procedência do pedido. O acerto das premissas, porém, não conduz, necessariamente, ao acerto da conclusão, até porque não parece existir diferença de essência entre as expressões *secundum eventum litis* e *secundum eventum probationis* que justifique afirmar ser a formação da coisa julgada coletiva *secundum eventum probationis* e não *secundum eventum litis*. A rigor, *secundum eventum probationis* (segundo o resultado da instrução) é um aspecto do *secundum eventum litis* (segundo o resultado do processo).

Assim, não é correto afirmar-se que o Brasil não adotou um modelo de coisa julgada *secundum eventum litis* para as ações coletivas. Independente de se considerar a formação da coisa julgada ou a sua extensão subjetiva, o fato é que o sistema estabelecido pelo CDC para a coisa julgada coletiva é, essencialmente, um sistema que privilegia o resultado do processo, variando a extensão da imutabilidade da sentença segundo esse resultado, tratando-se, portanto, de um modelo de coisa julgada *secundum eventum litis*, sendo, assim, aliás, que entende a grande maioria do estudiosos da matéria.

Um dos primeiros processualistas, no Brasil, a criticar o sistema da coisa julgada *secundum eventum litis*, em matéria de direitos metaindividuais, foi Barbosa Moreira, que chamou a atenção para a possibilidade de formação de coisas julgadas contraditórias, na medida em que se permite a reabertura da discussão sobre a mesma matéria no caso de improcedência do pedido coletivo<sup>400</sup>.

Analisando a crítica levantada inicialmente por Barbosa Moreira, a professora Ada Pellegrini Grinover contra-argumentou no sentido de que o próprio Código de Defesa do Consumidor teria trazido a solução para o eventual conflito de coisas julgadas que se formasse entre a decisão favorável da demanda coletiva e a desfavorável do processo individual, ao determinar, em seu art. 104, a exclusão, dos efeitos da coisa julgada coletiva, do demandante individual que não requereu a suspensão do processo<sup>401</sup>.

Entretanto, como já se demonstrou nesta dissertação<sup>402</sup>, o art. 104 do CDC não tem o condão de evitar, de forma absoluta, a ocorrência de julgados contraditórios, visto que

---

<sup>400</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos: "A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados 'interesses difusos'" in *Revista de Processo*, n.º 28. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, pp. 7-19, pp. 16-17.

<sup>401</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini: "O novo processo do consumidor" in *Revista de Processo*, n.º 62. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, pp. 141-152, pp. 148-149.

<sup>402</sup> Cf. item 7.3.2 supra.

somente permite que o autor individual seja excluído dos benefícios da coisa julgada formada na ação coletiva quando, cientificado nos autos o ajuizamento do processo coletivo, não requerer a suspensão do processo individual no prazo de trinta dias. Não havendo prova nos autos de que o autor foi informado da propositura da ação coletiva, não seria consentâneo com a dicção do próprio art. 104 do CDC afastar o autor individual da incidência da coisa julgada coletiva favorável, ainda quando desfavorável a coisa julgada formada na ação individual.

A possibilidade de conflito de julgados, não só teórico como prático, é, assim, uma constante no modelo da coisa julgada *secundum eventum litis* adotado para as ações coletivas brasileiras, o que, de logo, revela o aspecto negativo desse sistema na consecução dos escopos sociais e políticos do processo.

Na perspectiva dos escopos sociais e políticos da jurisdição, o processo é concebido como instrumento de pacificação social e de afirmação da autoridade do Estado<sup>403</sup>. Entretanto, na medida em que se permite, não obstante o julgamento da ação coletiva, que membros da coletividade envolvida na lide continuem discutindo a mesma matéria sobre a qual já se pronunciou o Estado-juiz, não se está promovendo a paz social, pois os litígios se perpetuam, nem tão pouco se está afirmando a autoridade do Estado, a qual, indubitavelmente, resta abalada quando da ocorrência de decisões contraditórias nas demandas coletiva e individual.

Nesse sentido, em famosa crítica ao sistema da coisa julgada *secundum eventum litis* adotado pelo CDC, talvez a mais contundente que já se fez no Brasil, José Ignácio Botelho de Mesquita, comentando a hipótese em que a sentença proferida na ação coletiva é favorável ao réu, rejeitando o pedido, caso em que os integrantes da coletividade poderão propor suas ações individuais fundadas no mesmo evento, reinaugurando a discussão sobre a matéria fática e jurídica já decidida na ação coletiva, afirmou que "a autoridade do Poder Judiciário, neste caso, será nenhuma e a sentença não valerá o preço do papel em que tiver sido lançada"<sup>404</sup>.

A possibilidade de julgamentos contraditórios é, assim, um aspecto extremamente negativo da coisa julgada *secundum eventum litis*, uma vez que prejudica a consecução dos escopos sociais e políticos da jurisdição.

---

<sup>403</sup> Cf. Capítulo 2, item 2.1 desta dissertação.

<sup>404</sup> MESQUITA, José Ignácio Botelho de, op. cit., p. 81.

Mas esse não é o único inconveniente do modelo de coisa julgada adotado para as ações coletivas brasileiras. Tal modelo traz ainda outros problemas, quais sejam, a inconsistência teórica que envolve a coisa julgada *secundum eventum litis* e a inobservância de princípio constitucional fundamental. É justamente à demonstração de tais problemas que se dedicam os sub-itens seguintes da presente dissertação.

#### **7.4.1. A antinomia teórica do sistema.**

A opção do legislador brasileiro pelo modelo de coisa julgada *secundum eventum litis*, em que somente se estende a imutabilidade da sentença coletiva às pretensões individuais se o julgado lhes for favorável, tem um nítido fundamento político e sociológico ante a histórica situação de desvantagem econômica e social ostentada pelas coletividades titulares de direitos metaindividuais.

E isso se percebe, inclusive, na lição de alguns estudiosos da matéria, que, ao defenderem a escolha do legislador, deixam transparecer justamente essa justificativa sócio-política. Nesse sentido, ao discorrer sobre a coisa julgada *secundum eventum litis* em recente trabalho sobre processo coletivo, afirma o promotor de justiça paulista Ricardo de Barros Leonel que "considerando-se o descompasso existente na condição real entre os responsáveis pela lesão e os lesados (coletividade), é razoável carrear-se maior ônus àqueles que têm melhores condições de enfrentar as vicissitudes de uma demanda judicial"<sup>405</sup>.

Entretanto, sob o ponto de vista teórico, o modelo da coisa julgada *secundum eventum litis* se revela contraditório com relação aos fundamentos apresentados para a ação coletiva.

Ao fundamentar o modelo processual das ações coletivas, justificando, a nível teórico, sua compatibilidade com a cláusula do devido processo legal, especialmente no que se refere à necessária extensão da coisa julgada à toda a coletividade titular do direito metaindividual, inclusive àqueles membros que não integraram a relação processual coletiva e, portanto, não exerceram pessoalmente o direito de defesa, a doutrina lança mão do conceito de adequada representação, no sentido de que, sendo os direitos da coletividade adequadamente defendidos em juízo pela parte ideológica, não haveria qualquer violação ao

---

<sup>405</sup> LEONEL, Ricardo de Barros, op. cit., p. 265.

princípio do devido processo legal e seus consectários da ampla defesa e do contraditório, vistos agora sob a lente de visão coletiva<sup>406</sup>.

Assim é a lição da professora Ada Pellegrini Grinover: "é justamente na ótica da adequada representação do conjunto de interessados que se podem resolver os problemas constitucionais da informação e do contraditório e de seus reflexos nos limites subjetivos da coisa julgada"<sup>407</sup>.

Na mesma linha segue Antonio Gidi, confirmando a relação entre a adequada representação, a legitimação para a ação coletiva e a extensão da coisa julgada, ao afirmar que "procura-se regular a legitimidade *para que* os interessados tenham seus interesses adequadamente representados em juízo, uma vez que devem ser, de alguma forma, afetados pela imutabilidade do comando da sentença coletiva sem que tenham sido parte no processo coletivo ou sequer ouvidos"<sup>408</sup>.

No mesmo sentido, Ricardo de Barros Leonel: "Há pleno respeito às garantias constitucionais do processo na demanda coletiva. Não obstante o indivíduo não seja formalmente parte, está adequadamente representado por um 'ente exponencial', que é legítimo portador dos seus interesses e daqueles de toda a coletividade, o que legitima a extensão dos efeitos do julgado"<sup>409</sup>.

É, assim, na adequada representação em juízo dos direitos metaindividuais que a doutrina brasileira justifica o modelo processual das ações coletivas, fundamentando, a nível teórico, a extensão da coisa julgada coletiva aos membros da coletividade que não se fizeram pessoalmente presentes no processo. Justamente por isso, o legislador brasileiro foi criterioso ao eleger os legitimados coletivos, atribuindo o poder de ajuizar demandas coletivas não a

---

<sup>406</sup> Sobre o fundamento teórico das ações coletivas e a compatibilidade de seu modelo processual com o devido processo legal, cf. Capítulo 5, item 5.2. desta dissertação.

<sup>407</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini: "Da coisa julgada no Código de Defesa do Consumidor" *in Revista do Advogado*, n.º 33. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, 1990, pp. 5-15, p. 06. O entendimento foi mantido pela autora em publicação posterior ("O novo processo do consumidor" *in Revista de Processo*, n.º 62. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, pp. 141-152, p. 146).

<sup>408</sup> GIDI, Antonio, *op. cit.*, p. 34.

<sup>409</sup> LEONEL, Ricardo de Barros, *op. cit.*, p. 261.

qualquer indivíduo<sup>410</sup>, mas apenas a entidades e órgãos públicos ou privados institucionalmente comprometidos com a defesa de direitos metaindividuais<sup>411</sup>.

Entretanto, quando se percebe que o pedido formulado na ação coletiva pode ser julgado improcedente, o discurso teórico muda completamente, passando a doutrina a argumentar, em favor de uma coisa julgada *secundum eventum litis*, a possibilidade de conluio entre o autor coletivo e o réu, bem como uma possível violação aos constitucionais direitos de ação, contraditório e ampla defesa, enfim ao devido processo legal, que ocorreria na medida em que se estendesse aos indivíduos integrantes da coletividade uma coisa julgada desfavorável aos seus interesses.

Nesse sentido, veja-se o argumento de Ada Pellegrini Grinover: "no juízo de valor que antecedeu à escolha do legislador, verificava-se que a extensão da coisa julgada a terceiros, que não foram pessoalmente parte no contraditório, ofereceria riscos demasiados, calando fundo nas relações intersubjetivas, quando se tratasse de prejudicar direitos individuais, além disso, o esquema brasileiro da legitimação poderia suscitar problemas de constitucionalidade, na indiscriminada extensão subjetiva do julgado, por infringência ao contraditório"<sup>412</sup>.

No mesmo diapasão é a fala de Antônio Gidi, ao afirmar que "primeiramente, é preciso observar que, se déssemos à ação instaurada coletivamente o condão de obstar quaisquer outras ações individuais, através de uma esdrúxula 'legitimidade extraordinária compulsória e absoluta' (algo semelhante à legitimidade extraordinária exclusiva), isso importaria o sacrifício em massa dos direitos individuais de terceiros, o que seria intolerável,

---

<sup>410</sup> Nas *class actions* norte-americanas, qualquer cidadão pode requerer que sua ação individual seja recebida e processada sob a forma coletiva, de modo que a coisa julgada ali formada seja estendida a toda a coletividade. Em contrapartida, a adequada representação é aferida caso a caso pelo juiz (BUENO, Cássio Scarpinella, op. cit., pp. 93, 99-106). No Brasil, o legislador fez uma opção diferente, sendo mais rigoroso na atribuição da legitimidade para a propositura de ações coletivas, num sistema de adequada representação presumida pelo fim institucional das entidades legitimadas, combinado com uma série de controles estabelecidos com o fim de assegurar uma justa defesa dos direitos coletivos *lato sensu* (cf. Capítulo 5, itens 5.2 e 5.3.2). Apenas no caso da ação popular se confere, no Brasil, legitimação coletiva ao cidadão individualmente considerado (Lei n.º 4.717/65, art. 1º).

<sup>411</sup> Lei n.º 7.347/85, art. 5º; Lei n.º 8.078/90, art. 82.

<sup>412</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini: "O novo processo do consumidor" in *Revista de Processo*, n.º 62. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, pp. 141-152, p. 149.

principalmente em face da perspectiva da possibilidade de existência de fraude organizada para prejudicá-los. ... Nem mesmo seria constitucional essa previsão"<sup>413</sup>.

Não é diferente a postura de Ricardo de Barros Leonel, *ipsis litteris*: "Para que seja preservada a esfera individual na eventualidade, v. g., de inadequada representação, de colusão entre as partes com o fim de fraudar a lei, etc., é imprescindível o 'tratamento diferenciado'. Daí a regra da legitimidade concorrente e disjuntiva, bem como a sistemática da coisa julgada"<sup>414</sup>.

É evidente, assim, o paradoxo teórico existente na doutrina pátria. Para justificar o modelo processual das ações coletivas, especialmente a extensão da coisa julgada a pessoas que não integraram a relação processual, sob o pálio do acesso a justiça e da economia processual, propugna-se a necessidade de serem revistos os conceitos tradicionais de origem individualista, dentre eles a cláusula do devido processo legal e seus consectários do contraditório, da ampla defesa e do direito de ação<sup>415</sup>. Mas, quando se constata que, da ação coletiva, pode surgir uma decisão desfavorável, utilizam-se aquelas mesmas garantias processuais, em sua feição puramente individualista, inicialmente repudiada, como argumento em defesa de uma suposta impossibilidade de extensão *erga omnes* da coisa julgada em caso de rejeição do pedido coletivo.

O problema foi, de logo, detectado por José Rogério Cruz e Tucci, que, ao criticar o modelo da coisa julgada *secundum eventum litis*, afirmou que "se o autor é considerado uma parte idônea para defender os direitos de um grupo de consumidores, não me parece razoável que se deva distinguir entre os efeitos positivos e negativos, favoráveis ou desfavoráveis"<sup>416</sup>.

Márcio Flávio Mafra Leal, em obra mais recente, também atentou para a contradição teórica presente no sistema da coisa julgada *secundum eventum litis*, sugerindo que se permita a extensão *erga omnes* da coisa julgada, independentemente do resultado da

---

<sup>413</sup> GIDI, Antonio, op. cit., p. 59.

<sup>414</sup> LEONEL, Ricardo de Barros, op. cit., p. 263.

<sup>415</sup> Nesse sentido, por todos: GRINOVER, Ada Pellegrini: "As garantias constitucionais do processo nas ações coletivas" in *Novas tendências do Direito Processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, 2ª edição, pp. 45-59, p. 48; LEONEL, Ricardo de Barros, op. cit., p. 261.

<sup>416</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e: "Código do Consumidor e processo civil - aspectos polêmicos" in *Revista dos Tribunais*, v. 671. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, pp. 32-39, p. 37.



demanda coletiva, em função da representatividade adequada ou, do contrário, busquem-se outros argumentos para justificar o regime *secundum eventum litis*<sup>417</sup>.

Nítida se afigura, desse modo, a antinomia teórica presente no sistema da coisa julgada adotado para as ações coletivas brasileiras, visto que o adequado representante somente é considerado realmente adequado quando o pedido coletivo é julgado procedente. Em caso de rejeição do pedido, invocam-se o devido processo legal, em sua conformação individualista, e a possibilidade de conluio entre as partes para evitar a extensão da coisa julgada desfavorável, desconsiderando por completo toda a construção teórica outrora desenvolvida para fundamentar, a partir da adequada representação, a própria extensão subjetiva da coisa julgada coletiva.

Ora, como já se verificou na presente dissertação, vistos o devido processo legal e as garantias processuais dele decorrentes com a lente do processo coletivo, em total desapego ao ranço individualista que impregna a concepção original desses princípios, enquanto preceitos que visam à ampla defesa do direito e do bem tutelado e não de pessoas individualmente consideradas, não há qualquer violação à essas garantias constitucionais no modelo processual das ações coletivas, inclusive na extensão subjetiva da coisa julgada a quem não participou pessoalmente da relação processual, na medida em que, através da adequada representação, assegura-se uma justa defesa do direito e do bem tutelado. E se assim é, assim deve ser considerado seja qual for o resultado do processo.

Ademais, com relação à possibilidade de conluio entre as partes, o temor de uma atuação fraudulenta ou mesmo simplesmente negligente por parte do autor coletivo é uma constante em matéria de ações coletivas. E foi justamente por isso que, além de eleger criteriosamente os legitimados à propositura de ações coletivas, o legislador brasileiro criou mecanismos de controle da atuação do autor coletivo, a fim de assegurar uma defesa realmente adequada e justa dos direitos metaindividuais.

Assim, a intervenção do Ministério Público, na condição de *custos legis*, é obrigatória quando esse órgão não figurar como autor da ação coletiva<sup>418</sup>; em caso de desistência ou abandono da ação, o Ministério Público ou outra entidade legitimada assumirá a condução do processo<sup>419</sup>; qualquer legitimado poderá intervir no processo na condição de

---

<sup>417</sup> LEAL, Márcio Flávio Mafra, op. cit., pp. 209-210.

<sup>418</sup> Lei n.º 4.717/65, arts. 6º, § 4º e 7º, I, "a"; Lei n.º 7.347/85, art. 5º, § 1º e CDC, art. 92.

<sup>419</sup> Lei n.º 4.717/65, art. 9º; Lei n.º 7.347/85, art. 5º, § 3º.

litisconsorte<sup>420</sup>; quando o pedido coletivo for julgado improcedente por insuficiência de provas, outra ação coletiva poderá ser proposta com base em novas provas<sup>421</sup>; há um sistema de repressão ao dolo processual, mediante imposição de sanção pecuniária, a atingir, inclusive, as pessoas físicas dos diretores da associação autora<sup>422</sup>, dentre outras medidas.

Além de tudo isso, há a natural presidência do processo pelo juiz, a quem incumbe, além de iniciativa instrutória, também velar pela conduta processual dos litigantes, assumindo uma postura ativa e não mais passiva como se consagrou a atuação do magistrado no processo civil mais antigo.

Nesse contexto, não há espaço para se invocar o risco de uma representação inadequada dos direitos da coletividade como argumento em prol da coisa julgada *secundum eventum litis*.

Tal argumento só vem corroborar a antinomia presente no plano teórico a partir da consagração de um modelo de coisa julgada que varia sua extensão de acordo com o resultado da demanda coletiva.

Esse, porém, não é o único problema teórico apresentado pelo sistema *secundum eventum litis*, pois, como se verá no item seguinte, o modelo de coisa julgada implementado pelo Código de Defesa do Consumidor não guarda observância a princípio constitucional fundamental, qual seja, o princípio da isonomia. Senão vejamos.

#### **7.4.3 O modelo *secundum eventum litis* e o princípio constitucional da igualdade.**

Transportando o sistema da coisa julgada *secundum eventum litis* para a realidade prática das partes envolvidas no processo coletivo, tem-se que, sob a ótica do autor ideológico, se o pedido é julgado procedente, o julgamento favorável, que considerou o réu responsável pelo ato lesivo, não poderá mais ser objeto de discussão judicial, podendo, inclusive, ser utilizado pelos integrantes da coletividade para fins de liquidação e execução dos seus prejuízos individuais, sem que, para tanto, seja necessário proporem ações individuais de conhecimento contra aquele mesmo réu. Se, porém, o pedido coletivo for

---

<sup>420</sup> Lei n.º 4.717/65, art. 6º, § 5º; Lei n.º 7.347/85, art. 5º, § 2º.

<sup>421</sup> Lei n.º 4.717/65, art. 18; Lei n.º 7.347/85, art. 16 e CDC, art. 103, I e II.

<sup>422</sup> Lei n.º 4.717/65, art. 13; Lei n.º 7.347/85, arts. 17 e 18 e CDC, art. 87.

julgado improcedente, reconhecendo-se, após suficiente instrução, a ausência de responsabilidade do réu, o julgamento desfavorável não se estenderá às pretensões individuais dos membros da comunidade titular do direito, de forma que as questões ali decididas poderão voltar a ser debatidas e novamente decididas através de demandas individuais

Visualizando o mesmo sistema, agora sob o ângulo do réu, verifica-se que, se o pedido coletivo for julgado procedente, reconhecendo a responsabilidade do réu pelo ato lesivo, os integrantes da coletividade poderão fazer valer a coisa julgada formada na ação coletiva, liquidando e executando suas pretensões individuais a partir da sentença coletiva, em face do réu, sem que esse possa reabrir a discussão acerca das questões fundamentais do julgamento que lhe foi desfavorável. Se, porém, o pedido coletivo for julgado improcedente, reconhecendo a ausência de responsabilidade do réu pelo ato lesivo, poderá o réu sofrer novas investidas judiciais fundadas no mesmo fato, agora através de demandas individuais ajuizadas pelos membros da comunidade, onde poderão ser novamente discutidas as questões já objeto da decisão favorável ao réu na ação coletiva.

Tem, portanto, o réu, que se submeter à coisa julgada que lhe for desfavorável na ação coletiva, não se atribuindo, entretanto, o mesmo ônus à coletividade titular do direito metaindividual quando o julgamento do pedido coletivo lhe for desfavorável.

Daí se dizer que, em relação ao réu da ação coletiva, a solução *secundum eventum litis* opera sempre em sentido negativo<sup>423</sup>.

É evidente, desse modo, o tratamento diferenciado que o Código de Defesa do Consumidor estabeleceu, em matéria de extensão da coisa julgada coletiva, com relação ao réu e à coletividade titular do direito material objeto da ação coletiva.

Nesse contexto, cumpre analisar a conformidade, ou não, dessa distinção estabelecida pelo CDC com o princípio da igualdade consagrado na Constituição Federal. Para tanto, há que se determinar, num primeiro momento, o conteúdo daquele preceito constitucional e, em seguida, dissecar a estrutura da distinção em tela à luz da isonomia. É o que se fará nos sub-itens seguintes.

---

<sup>423</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e: "Código do Consumidor e processo civil - aspectos polêmicos" in *Revista dos Tribunais*, v. 671. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, pp. 32-39, p. 37.

#### 7.4.3.1. O conteúdo jurídico do princípio da igualdade.

Durante muito tempo, os estudos relacionados aos princípios do direito preocupavam-se, fundamentalmente, com a investigação acerca da origem, da função e da força normativa dos princípios. Nos últimos anos, o eixo da reflexão acadêmica deslocou-se para o problema da relação entre princípio e norma, no sentido de se estabelecer a existência, ou não, de uma essência comum a esses dois institutos<sup>424</sup>.

Nesse sentido, tem-se entendido o princípio como espécie de norma jurídica. A norma seria, assim, o gênero do qual seriam espécies o princípio e a regra<sup>425</sup>.

Mas, no âmbito da norma, como identificar o princípio, distinguindo-o da regra?

José Joaquim Gomes Canotilho aponta cinco critérios que identificam o princípio, permitindo distingui-lo da regra jurídica. São eles: *a) o grau de abstração*, que no princípio seria elevado, caracterizando-se por um conteúdo relativamente vago e indeterminado, enquanto as regras possuiriam um grau reduzido de abstração; *b) grau de determinabilidade na aplicação ao caso concreto*, visto que o princípio, justamente por sua abstração, careceria da mediação concretizadora do operador para incidir no caso concreto, ao passo que as regras seriam de aplicação direta; *c) caráter de fundamentalidade no sistema normativo* ostentado pelo princípio devido à sua posição hierárquica e função estruturante com relação às regras; *d) proximidade da idéia de direito* dos princípios, que seriam *standards* juridicamente vinculantes radicados na idéia de justiça e direito; e, finalmente, *e) natureza normogênica* dos princípios, que atuariam como fundamento de regras, estando na base dessas e constituindo sua verdadeira *ratio*<sup>426</sup>.

Nesse contexto, partindo dos elementos fornecidos pelo constitucionalista português, pode-se dizer que os princípios são normas jurídicas de baixa densidade semântica, de conteúdo eminentemente axiológico, cuja aplicação requer a mediação concretizadora do operador do direito, e que desempenham um papel multifuncional no sistema normativo, sendo, ao mesmo tempo, um instrumento que permite a integração e complementação sistema,

---

<sup>424</sup> Para uma visão detalhada da doutrina clássica e contemporânea sobre a compreensão dos princípios e de sua relação com a norma jurídica, cf. SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da: *Princípio constitucional da igualdade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, pp. 1-29.

<sup>425</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes, op. cit., p. 172.

<sup>426</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes, op. cit., pp. 172-173.

e uma norma de conduta que vincula não só os cidadãos, mas também, e sobretudo, o próprio Estado.

Alguns princípios do direito são alçados à categoria de norma constitucional, tornando-se, assim, princípios constitucionais, dentre os quais encontra-se o princípio da igualdade, expresso nas constituições contemporâneas em geral e considerado princípio jurídico fundamental<sup>427</sup>, na medida em que a noção de igualdade guarda íntima relação com a própria idéia de Justiça, que norteia os sistemas jurídicos como um todo<sup>428</sup>.

A consagração jurídica do princípio da igualdade, na época moderna, remonta às Declarações de Direitos do século dezoito, pós revolução francesa, numa concepção de igualdade influenciada pelos ideais individualistas então predominantes. Trata-se de uma perspectiva formal e negativa da igualdade, que implica a abolição dos privilégios e a nivelção de todos perante a lei, sem que, porém, haja uma preocupação com as desigualdades reais existentes entre os homens, nem tão pouco a exigência de uma atuação do Estado a fim de neutralizar essas desigualdades. Nessa perspectiva, era suficiente que se consagrasse formalmente nas leis a plena igualdade entre os homens<sup>429</sup>.

Entretanto, passou-se a perceber que essa igualdade formal, na realidade, somente mascarava, sem, contudo, solucionar as desigualdades econômicas e sociais que, de fato, existiam entre os homens.

Desenvolveu-se, assim, em paralelo ao surgimento do Estado social<sup>430</sup>, um conceito positivo de igualdade jurídica, a chamada igualdade material, que se caracteriza pela preocupação com as desigualdades reais e pela exigência de uma postura ativa do Estado no sentido de consagrar um tratamento uniforme de todos perante os bens da vida, numa perspectiva real e substancial e não apenas formal<sup>431</sup>.

---

<sup>427</sup> SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da, op. cit., pp. 16-17.

<sup>428</sup> Dentre os filósofos contemporâneos, John Rawls desenvolveu uma concepção política de justiça, enquanto justiça das instituições, conceituada justamente a partir dos princípios da igualdade e da desigualdade (Cf. RAWLS, John: *Liberalismo Político*. México: Fondo de Cultura Económica, 1996, pp. 31, 35, 46-48, 255-258 e 264).

<sup>429</sup> ROCHA, Carmen Lúcia Antunes: *O princípio constitucional da igualdade*. Belo Horizonte: LÊ, 1990, pp. 31, 34-35, 41; GRINOVER, Ada Pellegrini: *Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil*. São Paulo: Bushatsky, 1975, pp. 25-27.

<sup>430</sup> Para uma análise mais detida dos aspectos políticos e filosóficos do Estado liberal e do Estado social, cf. BONAVIDES, Paulo, op. cit..

<sup>431</sup> SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da, op. cit., pp. 36-37.

Cumprido ressaltar que, tanto na perspectiva formal quanto na material, o princípio da igualdade jurídica comporta tratamentos jurídicos desiguais, não significando que todos devam ter, rigorosa e absolutamente, os mesmos direitos. É possível, sob o manto do princípio da igualdade, estabelecer-se tratamentos diferenciados na atribuição de direitos e/ou obrigações, desde que esse tratamento diferenciado seja fundado em desigualdades fáticas e tenha por fim evitar que essas desigualdades comprometam a almejada igualdade real.

É, assim, a igualdade jurídica, uma igualdade proporcional<sup>432</sup>, que impõe tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na proporção de suas desigualdades.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 albergou o princípio da igualdade entre os direitos e garantias fundamentais, consagrando, em seu art. 5º, *caput*, que "todos são iguais perante a lei"<sup>433</sup>, sem distinção de qualquer natureza". Para parte da doutrina, o constituinte pátrio teria instituído um princípio da igualdade em seu sentido estritamente formal<sup>434</sup>.

Não obstante esse tenha sido, durante um bom tempo, o entendimento geral dos doutrinadores, nos trabalhos mais recentes, já se ouvem vozes em sentido contrário, a defender que o princípio da isonomia, em sua perspectiva formal, seria insuficiente à

---

<sup>432</sup> TUCCI, Rogério Lauria & TUCCI, José Rogério Cruz e: *Constituição de 1988 e processo - regramentos e garantias constitucionais do processo*. São Paulo: Saraiva, 1989, pp. 37-38.

<sup>433</sup> A doutrina costuma distinguir as expressões igualdade "perante a lei" e igualdade "na lei", para fins de determinação dos destinatários do princípio da isonomia, de forma que a igualdade "perante a lei" significaria a obrigatoriedade de o aplicador do direito não fazer distinções discriminatórias na aplicação da lei, ao passo que igualdade "na lei" significaria que não só o aplicador do direito mas também o legislador estaria obrigado a respeitar a isonomia, não podendo inserir no texto da lei tratamentos injustificadamente discriminatórios (SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da, op. cit., pp. 42-43). José Afonso da Silva, porém, destaca a inutilidade dessa distinção no direito brasileiro, visto que doutrina e jurisprudência são uniformes em interpretar a igualdade perante a lei, de que trata a Constituição, como uma imposição de tratamento isonômico a ser observado por todos os Poderes do Estado, inclusive o Legislativo (*Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 1992, 8ª edição, pp. 196-197). De fato, esse é o entendimento uniforme da doutrina pátria (Cf., por todos: ROCHA: Carmen Lúcia Antunes, op. cit., pp. 37-39; ROSAS, Roberto, op. cit., p. 38; TUCCI, Rogério Lauria & TUCCI, José Rogério Cruz e: *Constituição de 1988 e processo - regramentos e garantias constitucionais do processo*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 39) e também da jurisprudência, inclusive no âmbito do Supremo Tribunal Federal (Mandado de Injunção n.º 58-1/DF, que teve como relator o Ministro Celso de Mello).

<sup>434</sup> DELGADO, José Augusto: "A supremacia dos princípios nas garantias processuais do cidadão" in *Revista de processo*, n.º 65. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, pp. 89-103, pp. 98-99.

consecução dos objetivos traçados pelo constituinte de 88 para o Estado brasileiro, refletindo de forma incompleta o conteúdo do princípio constitucional da igualdade.

Utilizando a interpretação sistêmica, além do fato de a igualdade estar prevista já no preâmbulo da Constituição, invoca-se, especialmente, o art. 3º da Carta Magna para fundamentar o acolhimento do princípio da igualdade também em sua concepção material. Isso porque o referido art. 3º dispõe serem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, dentre outros, "construir uma sociedade livre, justa e solidária"; "erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais"; e "promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação". Na medida em que a Constituição traça tais objetivos para o Estado brasileiro, utilizando verbos que indicam ação (construir, erradicar, reduzir, promover), está a exigir do poder público uma postura positiva e ativa no sentido de neutralizar as desigualdades fáticas existentes, inclusive através da atribuição de tratamento jurídico diferenciado para as situações desiguais. Daí a presença, na Constituição pátria, de uma igualdade também no sentido material<sup>435</sup>.

Assim, pode-se dizer que, no direito constitucional positivo brasileiro, o conteúdo jurídico do princípio da isonomia, enquanto igualdade formal e também material, compatibiliza-se com a existência de desigualdades de direitos entre os homens, desde que estabelecidas em razão de desigualdades econômicas, sociais e/ou técnicas, e rigorosamente com o fim de evitar que essas desigualdades comprometam a almejada igualdade real.

#### **7.4.3.2. A opção brasileira à luz da isonomia. A inconstitucionalidade do sistema *secundum eventum litis*.**

O princípio da isonomia, enquanto princípio constitucional situado no âmbito dos direitos e garantias fundamentais, no dizer de José Augusto Delgado, "uma das partes mais constitucionais de qualquer Constituição"<sup>436</sup>, deve pautar as atividades do Poder Público qualquer que seja a natureza das relações humanas por ele reguladas.

---

<sup>435</sup> SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da, op. cit., pp. 72-76; ROCHA, Carmen Lúcia Antunes, op. cit., pp. 67-70.

<sup>436</sup> DELGADO, José Augusto, op. cit., p. 94.

Deve, assim, o Estado, por seus Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, observar as imposições inerentes ao princípio da isonomia em todas as esferas de sua atuação, inclusive no âmbito do processo, onde o conteúdo da igualdade adquire uma especial conotação de paridade de armas, a ser assegurada às partes pela lei e pelo juiz a fim de que possam, em igualdade de condições, ter seus direitos defendidos em juízo.

Nesse contexto, considerando que o legislador, ao editar o Código de Defesa do Consumidor, estabeleceu um modelo de coisa julgada para as ações coletivas que confere tratamento jurídico-processual distinto para o réu e para a coletividade titular do direito material objeto da ação, necessário se faz analisar esse sistema processual criado pelo CDC à luz do conteúdo jurídico do princípio da igualdade, a fim de aferir sua conformação constitucional.

O simples fato de o CDC estabelecer um tratamento jurídico distinto entre os dois pólos da relação processual não significa, *de per se*, que a norma que disciplina, nestes termos, a coisa julgada coletiva seja inconstitucional, pois, como se viu, o princípio da isonomia admite, em certas situações, que se estabeleça tratamentos jurídicos diferenciados.

A dificuldade reside em se saber quando é legítima a distinção fixada na lei e quando não o é.

Tendo por objetivo justamente a solução desse problema, Celso Antônio Bandeira de Mello desenvolveu um critério que permite aferir, na prática, a constitucionalidade ou não de tratamentos diferenciados estabelecidos em lei. Inicialmente, alerta o referido jurista sobre o equívoco em que se costuma incidir ao imaginar que o critério fundamental na determinação da conformação ou não de uma norma jurídica com o princípio constitucional da igualdade estaria no traço diferencial por ela eleito para fundamentar a distinção de tratamentos. Costuma-se supor que a violação à isonomia estaria na escolha de determinados fatores diferenciais existentes nas pessoas, como raça, cor, sexo, compleição física, etc. Entretanto, ensina Bandeira de Mello, "não é no traço de diferenciação escolhido que se deve buscar algum desacato ao princípio isonômico", pois "qualquer elemento residente nas coisas, pessoas ou situações pode ser escolhido pela lei como fator discriminatório"<sup>437</sup>.

---

<sup>437</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de: *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Malheiros, 1999, 3ª edição, 6ª tiragem, pp. 15-18.



De acordo com a teoria desenvolvida por Celso Antônio Bandeira de Mello, o ponto nodular para o exame da constitucionalidade de uma regra jurídica à luz do princípio da isonomia reside na existência, ou não, de uma correlação lógica entre o fator erigido em critério de *discrímen* e a discriminação legal efetivamente estabelecida em função dele, de forma que deve haver uma congruência, uma relação lógica entre o elemento de distinção eleito pela lei e a diferenciação de tratamento estabelecida em razão desse mesmo elemento. Tem-se que investigar, ensina o jurista, "se há justificativa racional para, à vista do traço desigualador adotado, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade afirmada"<sup>438</sup>.

Em sentido similar e partindo, inclusive, da semente lançada por Celso Antônio Bandeira de Mello, Fernanda Duarte Lopes Lucas da Silva invoca o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade como parâmetro na aferição da constitucionalidade de leis à luz da isonomia, afirmando que a eleição dos critérios que implicarão tratamento diferenciado deve manter correlação com o fim a ser atingido pela norma, sendo fundamental que haja uma relação de adequação razoável e proporcional entre a distinção estabelecida pela lei e o critério distintivo por ela eleito como fonte do tratamento diferenciado<sup>439</sup>.

Nesse contexto, pode-se afirmar que para que um tratamento diferenciado instituído por lei esteja em consonância com o princípio constitucional da isonomia, faz-se necessária a existência de uma relação de adequação, uma conexão lógica entre o fator de discriminação eleito pela lei e a distinção por ela estabelecida, de forma que a desigualdade jurídica possa ser considerada justificável em vista da desigualdade real existente.

Especificamente com relação ao modelo de coisa julgada adotado pelo CDC para as ações coletivas, verifica-se que o fator de distinção eleito pelo legislador como razão para estabelecer um tratamento processual diferenciado entre a coletividade titular do direito metaindividual e o réu da ação coletiva, criando uma situação jurídico-processual privilegiada para aquela em detrimento desse último, foram as desigualdades econômicas e sociais existentes entre consumidores e fornecedores.

Nesse particular, Ada Pellegrini Grinover, co-autora do anteprojeto que resultou no Código de Defesa do Consumidor, discorrendo sobre as normas processuais

---

<sup>438</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de, op. cit., pp. 37-40.

<sup>439</sup> SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da, op. cit., pp. 84-90. A autora utiliza as expressões razoabilidade e proporcionalidade como sinônimas.

contidas nesse diploma legal, não deixa dúvidas de que a preocupação maior do "legislador", em matéria de direito processual, foi com as desigualdades sociais e econômicas existentes entre consumidor e fornecedor, na medida em que poderiam comprometer o efetivo acesso à justiça por parte dos consumidores, sendo objetivo fundamental da Lei n.º 8.078/90 a facilitação do acesso à justiça para os consumidores, com o fortalecimento de sua posição em juízo, o que, no dizer da própria co-autora do anteprojeto, exigia "um novo enfoque da *par conditio* e do equilíbrio das partes, que não fossem garantidos no plano meramente formal"<sup>440</sup>.

Para boa parte da doutrina pátria, as desigualdades econômicas e sociais existentes entre consumidor e fornecedor justificariam a diversidade de tratamento processual estabelecida em matéria de coisa julgada coletiva, sendo, assim, compatível com o princípio da isonomia o modelo *secundum eventum litis* adotado pelo Código de Defesa do Consumidor<sup>441</sup>.

Nesse sentido, afirma expressamente Antonio Gidi que a situação de "inferioridade" do consumidor passa pela dificuldade de acesso à justiça, justificando, desse modo, o regime jurídico "privilegiado" da coisa julgada nas ações coletivas<sup>442</sup>.

Esse, porém, não parece ser o entendimento mais acertado.

Poder-se-ia dizer que as desigualdades fáticas existentes, em geral, entre consumidor e fornecedor não justificariam o modelo de coisa julgada *secundum eventum litis* adotado para as ações coletivas pelo fato de a disciplina processual das ações coletivas estabelecida no CDC ser aplicável a todas as ações coletivas e não só àquelas que versem sobre direitos do consumidor. Entretanto, tal argumento não teria o condão de conferir ilegitimidade ao modelo de coisa julgada coletiva consagrado pelo legislador brasileiro na medida em que, historicamente, as coletividades titulares dos direitos metaindividuais em geral, assim como os consumidores, sempre ocuparam posições sociais, econômicas e políticas menos favorecidas do que aquelas ocupadas pelas entidades que costumam lesionar ou ameaçar tais direitos. Assim, nesse particular, a situação sócio-econômica dos titulares dos demais direitos coletivos *lato sensu* não é diferente daquela em que costumam se encontrar os titulares de direitos metaindividuais consumeristas.

---

<sup>440</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini: "O novo processo do consumidor" in *Revista de Processo*, n.º 62. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, pp. 141-152, p. 141.

<sup>441</sup> BRAGA, Renato Rocha, op. cit., pp. 129-131; GIDI, Antonio, op. cit., pp. 97-101; ROSÁRIO, José Orlando Ribeiro: *Coisa julgada nas ações coletivas*. São Paulo: LTr, 1999, pp. 50-52.

<sup>442</sup> GIDI, Antonio, op. cit., pp. 100-101.

Embora a situação hoje já não seja a mesma de 50 anos atrás, quando se iniciaram os estudos dos direitos metaindividuais e de seus instrumentos de defesa, sendo visível o crescimento da força política da sociedade civil organizada e das próprias entidades públicas vocacionadas à defesa dos direitos coletivos no mundo contemporâneo, há que se reconhecer a existência, ainda na atualidade, de desigualdades fáticas entre a coletividade titular do direito metaindividual e as pessoas jurídicas que costumam figurar no pólo passivo das ações coletivas, situando-se tais desigualdades, fundamentalmente, no âmbito econômico e técnico.

É inquestionável também que essas desigualdades materiais repercutem na questão do acesso à justiça, possibilitando o surgimento de obstáculos a um efetivo acesso ao Judiciário por parte das coletividades em defesa dos direitos metaindividuais de que são titulares.

Nesse contexto, justifica-se a intervenção do Estado no sentido de neutralizar essas desigualdades reais, inclusive através do estabelecimento de tratamentos jurídico-processuais diferenciados, que se destinem, efetivamente, à eliminação dos óbices ao acesso à justiça criados pelas distinções existentes no mundo fático. Assim, a correlação lógica entre o "fator de discrimen" (*in casu*, as diferenças econômicas e sociais) e a finalidade da norma que estabelece o tratamento diferenciado se configura justamente neste aspecto: a necessidade de eliminar os obstáculos ao acesso à justiça criados pelas desigualdades reais.

Acontece que essa conexão lógica, essa relação de adequação entre o fator diferencial e a distinção estabelecida em lei não se verifica no tratamento processual privilegiado criado pelo sistema da coisa julgada *secundum eventum litis*, pois que o fato de a imutabilidade da sentença coletiva somente se estender às pretensões individuais quando o pedido coletivo for julgado procedente não contribui para eliminar qualquer óbice de acesso à justiça eventualmente criado pelas desigualdades econômicas ou mesmo técnicas existentes entre a coletividade titular do direito metaindividual e o réu da ação coletiva.

As desigualdades fáticas existentes em desfavor das coletividades titulares de direitos metaindividuais justificam que se estabeleçam tratamentos processuais diferenciados em seu favor na medida em que esses tratamentos especiais visem a neutralizar óbices de acesso à justiça por parte daqueles grupos. Somente nesses casos estará presente a indispensável relação de conexão lógica entre o fator de diferenciação e a disciplina discriminante.

É o que ocorre, aliás, em várias normas processuais contidas no próprio Código de Defesa do Consumidor e nas demais leis de regência das ações coletivas, como, por exemplo, a norma que fixa a competência no domicílio do autor<sup>443</sup>, a que determina a isenção do autor coletivo com relação ao adiantamento de custas e demais despesas processuais<sup>444</sup>, a norma que permite a liquidação e execução dos danos individuais a partir da sentença coletiva, dispensando os integrantes da coletividade da propositura de novas ações de conhecimento contra o réu já condenado na ação coletiva<sup>445</sup>; e, fora do âmbito exclusivo das ações coletivas, a norma que prevê a inversão do ônus da prova<sup>446</sup>, dentre outras.

Em todas essas situações, o tratamento processual diferenciado estabelecido em favor do autor ideológico e da coletividade titular do direito metaindividual é razoável e justificável pela finalidade de eliminar possíveis óbices ao acesso à justiça criados pela fragilidade econômica e técnica em que, em geral, encontram-se os titulares de direitos coletivos *lato sensu* (fator de *discrímen*).

Entretanto, na adoção da coisa julgada *secundum eventum litis*, não se verifica essa relação de adequação, visto que o tratamento privilegiado estabelecido em favor da coletividade titular do direito metaindividual, no sentido de eximi-la do ônus de suportar, em sua plenitude, o julgamento da ação coletiva que lhe for desfavorável, nesse particular, não se presta a neutralizar obstáculos ao acesso à justiça por parte daqueles grupos, colocando-os simplesmente numa situação processual mais confortável.

Ausente, assim, a correlação lógica entre o fator de *discrímen* (desigualdades econômicas) e o tratamento processual privilegiado (coisa julgada *secundum eventum litis*), verifica-se que a desigualdade de tratamento em análise não se compatibiliza com o conteúdo jurídico do princípio da isonomia, configurando, ao contrário, violação a esse preceito.

Desse modo, afigura-se inconstitucional o modelo de coisa julgada *secundum eventum litis* adotado pelo Código de Defesa do Consumidor para as ações coletivas brasileiras, visto que estabelece tratamento processual privilegiado em favor da coletividade

---

<sup>443</sup> CDC, art. 101, I.

<sup>444</sup> CDC, art. 87; LACP, art. 18; LAP, art. 10.

<sup>445</sup> CDC, art. 103, § 3º, segunda parte.

<sup>446</sup> CDC, art. 6º, VIII.

titular do direito metaindividual, sem que haja desigualdade fática que, guardando relação de conexão lógica com o tratamento diferenciado estabelecido, justifique-o<sup>447</sup>.

### **7.5. Os limites objetivos da coisa julgada coletiva. A ampliação promovida pelo Código de Defesa do Consumidor.**

O §3º do art. 103 do Código de Defesa do Consumidor prevê que, se o pedido formulado na ação coletiva for julgado procedente, a coisa julgada aí formada beneficiará os integrantes da coletividade que tenham sido individualmente prejudicados pelo ato lesivo, permitindo que eles promovam, a partir da sentença coletiva, a liquidação e execução dos danos individualmente sofridos, sem que seja necessário proporem ações individuais de conhecimento contra o réu.

Na liquidação e posterior execução das pretensões individuais, tomar-se-ão como definitivamente decididas a ocorrência do fato lesivo, a autoria do réu e sua responsabilidade pelos danos decorrentes daquele ato, cabendo aos individualmente prejudicados comprovar tão-somente seu dano individual, o nexo de causalidade e o *quantum* pretendido, limitando-se unicamente a essas questões o objeto da discussão no processo individual, não mais sendo possível qualquer discussão acerca daquelas questões fáticas e jurídicas já decididas no processo coletivo.

Em primeiro lugar, cumpre esclarecer que, não obstante o §3º do art. 103 do CDC faça menção expressa à coisa julgada formada na ação civil pública, a norma nele contida aplica-se a todas as ações coletivas em face da integração existente entre o Código de

---

<sup>447</sup> A inconstitucionalidade do modelo de coisa julgada *secundum eventum litis* adotado para as ações coletivas brasileiras, por violação ao princípio da isonomia, não passou despercebida por José Ignácio Botelho de Mesquita, que a denunciou logo após o início da vigência do CDC (Op. cit., p. 81), como o fez também, em seguida, José Rogério Cruz e Tucci (Op. cit., pp. 36-37). Já Cássio Scarpinella Bueno visualizou uma outra espécie de inconstitucionalidade na coisa julgada *secundum eventum litis*, por violação ao art. 5º, XXXVI da CF, que consagra a inviolabilidade da coisa julgada, tendo afirmado que o réu "terá, como direito público subjetivo (CF, art. 5º, inc. XXXVI), a possibilidade de invocar a coisa julgada (decisão de *improcedência* da ação, portanto) que se formou em processo validamente instaurado (e, assim sendo, movido por representante adequado) em processo que seja, pelo mesmo objeto posteriormente inaugurado, ainda que qualificado individualmente " (Op. cit., pp. 134-135).

Defesa do Consumidor e a Lei da Ação Civil Pública, cujas normas se complementam, formando o sistema processual geral das ações coletivas brasileiras<sup>448</sup>.

Com relação ao conteúdo da norma, para parte da doutrina, esse dispositivo legal teria instituído o aproveitamento, nas ações individuais, do trabalho útil realizado no processo coletivo, através da chamada extensão *in utilibus* da coisa julgada coletiva<sup>449</sup>.

Ada Pellegrini Grinover entende que teria havido uma ampliação, *ope legis*, do objeto do processo coletivo, para incluir nesse objeto e na coisa julgada que aí se formar o reconhecimento do dever de indenizar<sup>450</sup>.

Já Arruda Alvim traz uma interpretação bastante peculiar do dispositivo, afirmando que, por força do art. 103, §3º do CDC, haveria em toda ação coletiva um pedido virtual de indenização por todos os danos causados, inclusive os de natureza individual. Independentemente de pedido expresso nesse sentido, o pleito estaria sempre implícito, e, sendo o pedido coletivo julgado procedente, a condenação conteria, também virtual ou implicitamente, a imposição do dever de indenizar pelos danos individuais decorrentes da lesão coletiva<sup>451</sup>.

Tais posições doutrinárias, porém, parecem querer ocultar o óbvio.

Na realidade, o que se extrai da norma contida na segunda parte do §3º do art. 103, do CDC, é que, nas ações coletivas brasileiras, a coisa julgada não se limita à parte dispositiva da sentença, em que o juiz decide a questão principal da lide, atingindo também a

---

<sup>448</sup> Sobre o sistema processual formado pelo Código de Defesa do Consumidor e pela Lei da Ação Civil Pública e sua aplicação a todas as ações coletivas brasileiras, cf. Capítulo 6, item 6.7 desta dissertação.

<sup>449</sup> Nesse sentido: GIDI, Antônio, op. cit., pp. 156-157; BRAGA, Renato Rocha, op. cit., p. 145; MANCUSO, Rodolfo de Camargo: "Defesa do consumidor: reflexões acerca da eventual concomitância de ações coletivas e individuais" in *Revista dos Tribunais*, v. 676. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, pp. 34-38, p. 37; DIAS, Francisco Barros: "Coisa julgada e execução no processo coletivo" in *Anais da 1ª Jornada de Estudos Judiciários do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal do Rio Grande do Norte*, 1994, pp. 52-74, pp. 60-61.

<sup>450</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini: "Da coisa julgada no Código de Defesa do Consumidor" in *Revista do Advogado*, n.º 33. São Paulo: AASP, 1990, pp. 5-15, p. 12; "O novo processo do consumidor" in *Revista de Processo*, n.º 62. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, pp. 141-152, p. 149. No mesmo sentido, ROSÁRIO, José Orlando Ribeiro, op. cit., p. 56.

<sup>451</sup> ARRUDA ALVIM, José Manoel de: "Notas sobre a coisa julgada coletiva" in *Revista de Processo*, n.º 88. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, pp. 31-57, p. 54.

verdade dos fatos e a decisão das questões jurídicas que constituem antecedente lógico do julgamento principal.

Por estarem as decisões sobre as questões fáticas e jurídicas fundamentais ao desenlace da lide revestidas da autoridade da coisa julgada formada na ação coletiva, é que, nas pretensões individuais fundadas no mesmo evento, pode-se partir direto para a liquidação dos danos individuais, sem necessidade de propositura de ação individual de conhecimento contra o mesmo réu, visto que as questões fáticas e jurídicas que constituiriam antecedente lógico de sua condenação numa eventual ação individual, quais sejam, a ocorrência do fato lesivo, sua autoria e sua responsabilidade pelos danos decorrente de tal ato, já foram decididas no processo coletivo e se encontram acobertadas pela imutabilidade da coisa julgada.

O Código de Defesa do Consumidor, ao disciplinar a coisa julgada nas ações coletivas, promoveu uma ampliação não só nos limites subjetivos como também nos limites objetivos da coisa julgada, considerando os moldes em que foi tradicionalmente concebido tal instituto no processo civil<sup>452</sup>.

Entretanto, por arraigado apego ao princípio dispositivo, que, privilegiando a vontade das partes, define o objeto do processo e do julgamento a partir do pedido deduzido pelo autor, fundamentando, assim, numa concepção eminentemente individualista, os restritos limites objetivos da coisa julgada no processo civil, a doutrina pátria se recusa a aceitar a dimensão objetiva mais ampla consagrada pelo legislador brasileiro para a coisa julgada coletiva, esforçando-se por encontrar outras explicações para a norma contida no art. 103, §3º do CDC, ora justificando-a numa extensão *in utilibus* da coisa julgada, ora numa ampliação

---

<sup>452</sup> Ricardo de Barros Leonel ressalta que o Código de Defesa do Consumidor teria promovido, na realidade, uma restrição nos limites subjetivos e objetivos da coisa julgada coletiva e não uma ampliação, como se costuma dizer, visto que, nas ações coletivas, em razão da natureza indivisível (indivisibilidade material ou processual) dos direitos que se tutela, a coisa julgada seria naturalmente vocacionada a atingir toda a coletividade titular do direito metaindividual, em sua dimensão coletiva e individual. Na medida em que o CDC apenas permite essa extensão da coisa julgada coletiva em sentido benéfico, quando o pedido é julgado procedente, teria restringido a extensão natural, por assim, dizer, da coisa julgada (Op. cit., pp. 270-272, 276 e 277). Sob essa perspectiva, está correto o autor, sendo necessário esclarecer que sempre que, no curso da presente dissertação, fala-se na ampliação que o CDC promoveu nos limites subjetivos e objetivos da coisa julgada coletiva, tal afirmação é feita tomando em consideração a estrutura subjetiva e objetiva da coisa julgada no processo civil, com a intenção de realmente traçar um paralelo do instituto da coisa julgada nas realidades do processo coletivo e do processo individual.

*ope legis* do objeto do processo coletivo, ora ainda afirmando a existência de pedidos e condenações implícitos.

Por vezes é até possível encontrar na doutrina reconhecimentos inconscientes da ampliação dos limites objetivos da coisa julgada coletiva promovida pelo CDC, como ocorre, por exemplo, no seguinte trecho de artigo publicado pela professora Ada Pellegrini Grinover, para quem, como já se viu, a norma em tela teria promovido uma ampliação, *ope legis*, do objeto do processo coletivo: "por economia processual, o Código prevê o aproveitamento da coisa julgada favorável oriunda de ação civil pública, possibilitando às vítimas e seus sucessores ser por ela beneficiados, sem necessidade de processo de conhecimento e de nova sentença condenatória, mas passando-se incontinenti à liquidação e execução da sentença, nos termos do disposto nos arts. 97 a 100 do Código. Como já foi dito, ocorre aqui, além da extensão subjetiva do julgado, a ampliação do objeto do processo 'ope legis', passando a 'causa petendi' a integrar o pedido. Exatamente como ocorre na reparação do dano 'ex delicto', em que o fundamento integra a coisa julgada"<sup>453</sup>.

Ora, se "o fundamento integra a coisa julgada" é porque as decisões contidas na sentença acerca das questões fáticas e jurídicas que constituem antecedente lógico do julgamento final são também revestidas da autoridade de coisa julgada, de forma que os limites objetivos da coisa julgada no processo coletivo têm uma amplitude maior do que se verifica tradicionalmente no processo civil.

Embora a doutrina pátria ainda não tenha reconhecido, foi exatamente isto que fez o legislador ao elaborar a norma contida no art. 103, §3º, segunda parte, do CDC: estender a coisa julgada coletiva às decisões sobre as questões fáticas e jurídicas fundamentais da lide, cuja solução constitui precedente lógico da decisão principal, consagrando, assim, limites objetivos mais amplos para a coisa julgada coletiva, em relação ao que ocorre nas ações individuais.

E agiu bem o legislador brasileiro ao estender a imutabilidade da coisa julgada coletiva aos fundamentos fáticos e jurídicos da sentença que constituem pressuposto lógico do julgamento final. Trata-se de iniciativa elogiável, que representa uma positiva evolução em matéria de tutela jurisdicional dos direitos metaindividuais, na medida em que permite às ações coletivas uma melhor consecução das finalidades a que se propõem, promovendo uma

---

<sup>453</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini: "Da coisa julgada no Código de Defesa do Consumidor" in *Revista do Advogado*, n.º 33. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, 1990, pp. 5-15, p. 12.



maior economia processual e uma menor incidência de julgados contraditórios, visto que não mais se podem discutir, nas ações individuais, pontos fundamentais já decididos no processo coletivo em favor da coletividade titular do direito, o que também se afigura mais compatível com os escopos sociais e políticos do processo, de pacificação social e afirmação da autoridade estatal<sup>454</sup>.

O problema é que, a exemplo do que ocorreu com a disciplina dos limites subjetivos da coisa julgada coletiva, também aqui adotou o legislador um modelo *secundum eventum litis*, visto que a coisa julgada somente revestirá de imutabilidade a decisão sobre as questões fáticas e jurídicas cuja solução constitui precedente lógico do julgamento final se esse julgamento for favorável à coletividade titular do direito metaindividual. Apenas em caso de procedência do pedido coletivo, irá se revestir de imutabilidade a decisão sobre questões fáticas e jurídicas fundamentais da lide coletiva, como o reconhecimento da ocorrência do fato lesivo, da autoria e da responsabilidade do réu, podendo, então, os integrantes da coletividade envolvida, liquidar, a partir desses pressupostos, seus danos individuais sem que seja necessária a propositura de ações individuais de conhecimento, onde essas questões seriam novamente discutidas frente ao réu da ação coletiva.

Entretanto, se o pedido formulado na ação coletiva for julgado improcedente após suficiente instrução, as decisões sobre as questões fáticas e jurídicas que constituíram antecedente lógico do julgamento final não serão atingidas pela autoridade da coisa julgada coletiva, de forma que, não obstante tenha o juiz decidido pela não ocorrência do fato lesivo, pela não autoria do réu ou mesmo pela inexistência de responsabilidade de sua parte, tendo, por essas razões, julgado improcedente o pedido coletivo, todas essas questões poderão ser novamente discutidas em ações de conhecimento propostas pelos integrantes da coletividade que se considerem individualmente prejudicados, visto que, no sistema do CDC, a coisa

---

<sup>454</sup> Willis Santiago Guerra Filho, embora não percebendo a modificação já implementada pelo CDC, mas atento aos benefícios da ampliação dos limites objetivos da coisa julgada, já propôs a extensão desses limites em matéria de direito ambiental, para que o julgado viesse a atingir casos futuros e análogos ("Processo e tutela do meio ambiente na nova ordem constitucional brasileira" in *Revista de Processo*, n.º 68. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, pp. 86-90, 89). Tal proposta, porém, é discutível, visto não se tratar do mesmo evento lesivo, mas tão-somente eventos similares e que, portanto, podem guardar peculiaridades que os distingam, situação em que parece mais apropriado utilizar-se a coisa julgada formada no primeiro caso como simples precedente.

julgada coletiva não se estende às pretensões individuais para prejudicar, mas apenas para beneficiar<sup>455</sup>.

Assim, embora tenha o Código de Defesa do Consumidor dado um importante passo na evolução da tutela jurisdicional coletiva brasileira ao estender a coisa julgada às decisões contidas na sentença sobre as questões fáticas e jurídicas que constituem precedente lógico do julgamento final, fê-lo de forma injustificadamente discriminatória, incidindo, também aqui, em violação ao princípio constitucional da isonomia, sendo aplicáveis à disciplina dos limites objetivos da coisa julgada coletiva tudo o que se disse no item anterior sobre a inconstitucionalidade do sistema *secundum eventum litis*.

## **7.6. Os chamados "limites territoriais" da coisa julgada coletiva.**

Em 1997, o Presidente da República, possivelmente preocupado com as decisões de âmbito nacional concedidas em ações coletivas, muitas delas propostas contra entidades integrantes da Administração Pública e, portanto, contrárias aos seus interesses, editou a Medida Provisória n.º 1.570, de 26 de março, que, após sucessivas reedições, transformou-se na Lei n.º 9.494, de 10 de setembro de 1997.

No intuito de restringir a abrangência da coisa julgada coletiva, impondo-lhe "limites territoriais", o art. 2º da referida lei deu nova redação ao art. 16 da Lei da Ação Civil Pública, acrescentando-lhe a expressão "nos limites da competência territorial do órgão prolator", de forma que o dispositivo passou a ter, desde então, a seguinte redação: "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".

Assim, através da Lei n.º 9.494/97 e da Medida Provisória que a antecedeu, limitou-se, ou pelo menos pretendeu-se limitar, a eficácia da coisa julgada coletiva ao âmbito de competência territorial do órgão jurisdicional que proferir a respectiva sentença. A título de exemplo, suponha-se que uma fábrica de alimentos sediada em Recife utilize matéria-prima estragada na fabricação de um determinado produto, durante todo um mês, e que a produção desse mês tenha sido distribuída nos Estados de Pernambuco, Alagoas, Paraíba e Rio Grande

---

<sup>455</sup> CDC, art. 103, §§ 2º e 3º.

do Norte. Em razão dos danos provocados à saúde de diversos consumidores, o Ministério Público do Estado de Pernambuco propõe, perante uma das varas cíveis da Comarca de Recife, ação civil pública pleiteando a imediata retirada do produto do mercado e a condenação da fábrica ré no pagamento dos danos causados. A sentença que julgasse procedente o pedido, à luz da alteração promovida pela Lei n.º 9.494/97, faria coisa julgada *erga omnes* apenas no Estado de Pernambuco, onde se encontram os "limites da competência territorial do órgão prolator", não obstante o dano/ameaça de dano tenha ocorrido também nos Estados de Alagoas, Paraíba e Rio Grande do Norte, onde também se encontra a coletividade titular do direito metaindividual que se busca tutelar. Nesses Estados, a rigor, o alimento impróprio para o consumo poderia continuar a ser vendido normalmente no mercado.

De logo se percebe o equívoco técnico e o verdadeiro retrocesso promovido pela Lei n.º 9.494/97.

Em primeiro lugar, o referido diploma revela um total desconhecimento por parte do Executivo, que tomou a iniciativa da Medida Provisória, e do Legislativo, que encampou a iniciativa do Presidente da República, com relação aos conceitos técnicos de jurisdição e coisa julgada. Isso porque, sendo a jurisdição função do Estado<sup>456</sup>, seu exercício constitui exercício do poder estatal e, por conseguinte, sendo a sentença e a coisa julgada que sobre ela se forma manifestações desse mesmo poder, seus efeitos não podem sofrer restrições territoriais, visto que o poder soberano do Estado é uno e indivisível, sendo exercido em todo o território nacional.

É por essa razão que, por exemplo, um casal divorciado no Estado do Rio de Janeiro, é divorciado em todo o Brasil, não obstante a competência territorial do juiz que presidiu a ação de divórcio seja limitada ao Estado do Rio de Janeiro, uma vez que a sentença por ele proferida, que decretou a dissolução do vínculo matrimonial, constitui exercício de jurisdição e, portanto, manifestação do poder soberano do Estado, e, como tal, vale e produz efeitos em todo o território nacional.

Na realidade, quem concebeu, elaborou e aprovou a Lei n.º 9.494/97 confundiu competência com limites subjetivos da coisa julgada<sup>457</sup>. A competência, enquanto instrumento

---

<sup>456</sup> Já dizia Chiovenda que "a jurisdição é exclusivamente uma função do Estado, isto é, uma função da soberania do Estado" (CHIOVENDA, Giuseppe: *Instituições de direito processual civil*, v. 2. Trad. por Paolo Capitano. Campinas: Bookseller, 1998, p. 9).

<sup>457</sup> NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria Andrade: op. cit., pp. 1.157 e 1.158.

de distribuição do trabalho entre os diversos órgãos jurisdicionais do país, é que se rege por critérios territoriais. Já os limites subjetivos da coisa julgada são determinados pela relação de direito material deduzida em juízo. São os integrantes dessa relação jurídica que sofrem a autoridade da coisa julgada, independentemente de qualquer elemento territorial.

E é justamente nesse particular que se revela o retrocesso contido na referida "inovação". A titularidade do direito material veiculado através das ações coletivas pertence não a uma pessoa individualmente considerada, mas sim a uma coletividade de pessoas, determinadas ou não, devendo, portanto, a coisa julgada formada na ação coletiva produzir seus efeitos sobre toda essa coletividade titular do direito metaindividual. A própria natureza indivisível do direito (indivisibilidade material ou processual) impõe que se estenda a coisa julgada coletiva a toda a comunidade envolvida no evento lesivo, impondo ainda que essa extensão da coisa julgada se dê de modo uniforme para toda a coletividade. E foi exatamente para possibilitar essa solução uniforme e prática da lide coletiva, através de uma única demanda, que se desenvolveu o modelo processual da ação coletiva, o qual se baseia, fundamentalmente, num regime especial da legitimação e da coisa julgada, de forma a permitir que a ação coletiva cumpra o seu papel.

Acontece que a restrição territorial imposta pela Lei n.º 9.494/97 à coisa julgada coletiva, se realmente aplicada, tem o condão de praticamente esvaziar o modelo processual da ação coletiva, impedindo-a de cumprir, na dimensão necessária, os objetivos a que se propõe o processo coletivo. Isso porque, nos casos em que a lesão ou a ameaça for de âmbito regional ou mesmo nacional, envolvendo uma coletividade que se espalha por vários Estados, como ocorre, por exemplo, com a inserção de cláusula abusiva em contrato-padrão adotado por empresa de seguro-saúde com atuação em vários Estados do país, seria necessário, para solucionar o problema, propor tantas ações coletivas quantos fossem os Estados em que residissem pessoas prejudicadas pelo ato lesivo. Tal situação promove justamente os inconvenientes que se pretendeu evitar com a concepção do modelo processual das ações coletivas, a saber, a multiplicação de demandas judiciais, talvez até pulverizando a tutela coletiva em processos individuais correlatos, com o conseqüente risco dos indesejáveis julgados contraditórios.

Daí o retrocesso que se promoveu em matéria de tutela jurisdicional coletiva através da Lei n.º 9.494/97.

Em determinadas situações, a limitação territorial dos efeitos da coisa julgada prevista na referida lei poderia comprometer a própria eficácia da tutela jurisdicional. No âmbito do direito ambiental, suponha-se a propositura de ação civil pública com o objetivo de promover a interdição do uso de mercúrio em garimpo de ouro realizado ao longo de um rio que atravessa dois Estados, sendo a ação proposta no Estado banhado pelo trecho do rio que se encontra a jusante. Sendo julgado procedente o pedido e determinando-se, por sentença revestida da autoridade de coisa julgada, a proibição da utilização do mercúrio nas atividades de garimpo de ouro, nenhum efeito terá - muito menos *erga omnes* - a coisa julgada aí formada se limitada pela competência territorial do juiz prolator da sentença, visto que a poluição do rio pela utilização do mercúrio continuaria a ocorrer no Estado banhado pelo do rio postado a montante, não atingido pela autoridade da coisa julgada coletiva, e, daí, desceriam as águas inquinadas pelo mercúrio até alcançarem e poluírem o trecho do rio situado a jusante, teoricamente protegido pela coisa julgada coletiva<sup>458</sup>.

Atenta aos equívocos técnicos e aos inconvenientes criados pela "inovação" contida na Lei n.º 9.494/97, a doutrina processual brasileira, em voz praticamente uníssona<sup>459</sup>, cuidou de manifestar seu repúdio ao referido diploma legislativo.

Nesse sentido, afirmou Ada Pellegrini Grinover: "Limitar a abrangência da coisa julgada nas ações civis públicas significa multiplicar demandas, o que, de um lado, contraria toda a filosofia dos processos coletivos, destinados justamente a resolver molecularmente os conflitos de interesses, ao invés de atomizá-los e pulverizá-los; e, de outro lado, contribui para a multiplicação de processos, a sobrecarregarem os tribunais, exigindo múltiplas respostas jurisdicionais quando uma só poderia ser suficiente. No momento em que o sistema brasileiro busca saídas até nos precedentes vinculantes, o menos que se pode dizer do esforço redutivo do Executivo é que vai na contramão da história"<sup>460</sup>.

---

<sup>458</sup> Exemplo extraído da obra de MANCUSO, Rodolfo de Camargo: *Ação civil pública. Em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, 7ª edição, p. 278.

<sup>459</sup> Um dos poucos processualistas a comentar as "inovações" contidas na Medida Provisória n.º 1.570/97, posteriormente convertida na Lei n.º 9.494/97, sem fazer observações de rejeição à intenção do legislador foi Arruda Alvim (ARRUDA ALVIM, José Manoel de: "Ação civil pública" in *Revista de Processo*, n.º 87. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, pp. 149-165, pp. 159-160; "Notas sobre a coisa julgada coletiva" in *Revista de Processo*, n.º 88. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, pp. 31-57, p. 57).

<sup>460</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini: *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, 6ª edição, p. 818.

Rodolfo de Camargo Mancuso, por seu turno, assim se pronunciou: "No presente estágio evolutivo da jurisdição *coletiva* em nosso país, impende compreender que o comando judicial daí derivado precisa atuar de modo uniforme e unitário por toda a extensão e compreensão do interesse metaindividual objetivado na ação, porque de outro modo esse regime processual não se justificaria, nem seria eficaz, e o citado interesse acabaria privado de tutela judicial *em sua dimensão coletiva*, reconvertido e pulverizado em multifárias demandas individuais correlatas"<sup>461</sup>.

Já na dicção de Renato Rocha Braga, "limites territoriais para a *res judicata* são um verdadeiro absurdo. Falar-se em coisa julgada *erga omnes* nessa acepção, não só viola uma série de preceitos constitucionais, como a própria *ratio* das demandas coletivas, distorcendo completamente o que até então o legislador vinha se esforçando para conseguir: ampla defesa de direitos metaindividuais, com igual possibilidade de ressarcimento dos lesados"<sup>462</sup>.

Muitos estudiosos, aliás, têm vislumbrado na Lei n.º 9.494/97 as mais diversas espécies de inconstitucionalidades. Nesse sentido, fala-se em violação ao princípio constitucional da igualdade em decorrência da possibilidade de soluções diversas para problemas oriundos do mesmo evento lesivo<sup>463</sup>; ao direito constitucional à adequada tutela jurisdicional dos direitos metaindividuais<sup>464</sup>; à própria noção de Poder Judiciário independente e nacional (CF, art. 2º)<sup>465</sup>; e, finalmente, vislumbra-se violação aos princípios da proporcionalidade e da reserva constitucional, na medida que se teria restringido, por lei ordinária e sem que houvesse uma função social a justificar, direitos constitucionais como o direito à defesa plena do consumidor (CF, art. 5º, XXXII e art. 170, V), à garantia da coisa julgada (CF, art. 5º, XXXVI), ao devido processo legal (CF, art. 5º, XXXV) e à ampla indenização (CF, art. 5º, V e X)<sup>466</sup>.

---

<sup>461</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo: *Ação civil pública. Em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, 7ª edição, p. 279.

<sup>462</sup> BRAGA, Renato Rocha, op. cit., p. 153.

<sup>463</sup> RAMOS, André de Carvalho: "A abrangência nacional de decisão judicial em ações coletivas: o caso da Lei 9.494/97" in *Revista dos Tribunais*, v. 755. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, pp. 113-120, p. 110; VIGLIAR, José Marcelo Menezes, op. cit., p. 184; LEONEL, Ricardo de Barros, op. cit., p. 284.

<sup>464</sup> MARINONI, Luiz Guilherme, op. cit., p. 97.

<sup>465</sup> BRAGA, Renato Rocha, op. cit., pp. 167-168.

<sup>466</sup> BRAGA, Renato Rocha, op. cit., pp. 161-166; 171-172.

Nesse particular, parece haver um certo excesso por parte da doutrina. Na realidade, a Lei n.º 9.494/97, ao limitar a eficácia da coisa julgada nas ações coletivas, restringiu sobremaneira o potencial desse instrumento processual na promoção da tutela dos direitos metaindividuais, desconsiderando por completo a noção de jurisdição como exercício do poder estatal soberano e nacional. Entretanto, não obstante o retrocesso, os inconvenientes e os equívocos técnicos contidos naquele diploma legal, não houve violação direta a qualquer dispositivo da Carta Magna, capaz de inquirir de inconstitucionalidade a Lei n.º 9.494/97.

Analisando as "inconstitucionalidades" atribuídas por parte da doutrina à Lei n.º 9.494/97, verifica-se que, em verdade, fundam-se em interpretações excessivamente elásticas dos dispositivos constitucionais invocados. A rigor, porém, aquele diploma legal não viola diretamente o texto de qualquer dispositivo da Constituição Federal.

Assim, o que se pode dizer da Lei n.º 9.494/97 é que, ao pretender impor limites territoriais à coisa julgada coletiva, tal diploma incidiu em erro técnico, confundindo os conceitos de jurisdição, competência e limites subjetivos da coisa julgada; além de fragilizar a tutela jurisdicional dos direitos metaindividuais, dando um grande passo na contramão do processo coletivo, representando profundo retrocesso em matéria de tutela jurisdicional coletiva no Brasil<sup>467</sup>.

Entretanto, não obstante as críticas da doutrina pátria, a jurisprudência dos Tribunais Superiores não tem se mostrado sensível aos argumentos contrários à "inovação" contida na Lei 9.494/97.

Antes mesmo da edição da Medida Provisória n.º 1.570/97, que se transformou na malfadada Lei n.º 9.494/97, o Superior Tribunal de Justiça já vinha decidindo em conformidade com a norma que veio a constar de tais diplomas, no sentido de restringir a

---

<sup>467</sup> Interessante notar que, mesmo antes da edição da Medida Provisória n.º 1.570/97, que se transformou na Lei n.º 9.494/97, a doutrina já afirmava, como não poderia deixar de ser, a extensão da coisa julgada a toda a coletividade atingida pelo ato lesivo, ainda que tal extensão implicasse a amplitude interestadual ou mesmo nacional da sentença, posicionando-se em sentido contrário a qualquer pretensão de limitar os efeitos da coisa julgada coletiva por critérios de competência territorial do magistrado. Nesse sentido, tratando de direitos dos aposentados, já disse Kazuo Watanabe que, "se a sentença da primeira demanda coletiva vier a ser favorável ao autor, ou se nela for concedida medida liminar, os inativos de todo o País que se encontrem em idêntica situação, pertencentes à mesma classe ou categoria de pessoas, devem ser igualmente beneficiados, a teor do que dispõe o inc. II do art. 103 do CDC" (WATANABE, Kazuo: "Demandas coletivas e os problemas emergentes da práxis forense" in *Revista de Processo*, n.º 67. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, pp. 15-25, p. 19). No mesmo diapasão, GIDI, Antonio, op. cit., pp. 87-91.

coisa julgada formada em ação civil pública ao âmbito de competência territorial do juiz prolator da sentença. Nesse sentido foi o acórdão proferido no Conflito de Competência n.º 2.428/PA, suscitado por juiz federal da Seção Judiciária do Estado do Pará em face de carta precatória expedida por juiz federal da Seção Judiciária do Estado de Pernambuco para fins de cumprimento, naquele Estado, de decisão liminar por esse deferida em ação civil pública proposta contra a União. O acórdão foi assim ementado: "Conflito de competência. Ação civil contra a União. Em ação civil pública contra a União o MM. Juiz Federal da 7ª Vara de Pernambuco deferiu a liminar e mandou expedir cartas precatórias a todas as seções judiciárias. O MM. Juiz Federal da 4ª Vara da Seção Judiciária do Pará negou-se a cumpri-la e suscitou o conflito. Houve desrespeito ao Código de Processo Civil, art. 460, não podendo prevalecer a liminar para todo o país. Falece ao juiz deprecante jurisdição na seção judiciária do Pará. Não caracterizado o conflito. O juiz federal de Pernambuco manda cumprir sua liminar no âmbito de sua jurisdição. Conflito não conhecido"<sup>468</sup>.

O Superior Tribunal de Justiça, porém, não foi feliz ao proferir o entendimento consagrado no acórdão supra transcrito. Pecou na técnica, pois, ao fundamentar sua conclusão sobre o caso, confundiu jurisdição com competência, visto que, ao contrário do afirmado no referido acórdão, o Juiz Federal da Seção Judiciária de Pernambuco tem competência e não "jurisdição" nos limites territoriais desse Estado, uma vez que a jurisdição, enquanto manifestação do poder soberano do Estado, é una, indivisível e nacional. E pecou ainda, o Colendo STJ, na intenção, por não demonstrar o comprometimento que se espera das mais altas cortes do país com a promoção de uma tutela jurisdicional ampla e efetiva dos novos direitos metaindividuais.

Já sob a vigência da Medida Provisória n.º 1.570/97, que antecedeu a Lei n.º 9.494/97, e tendo por finalidade obter o reconhecimento de sua inconstitucionalidade, tanto com relação ao art. 2º, que impôs limites territoriais à coisa julgada coletiva, quanto com relação aos dispositivos que trataram da concessão de tutela antecipada contra o Poder Público, foi proposta perante o Supremo Tribunal Federal a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1.576-1/DF. O Plenário do Pretório Excelso entendeu que não havia

---

<sup>468</sup> STJ, Conflito de Competência n.º 2.478/PA, Primeira Seção, Relator Ministro Garcia Vieira, julgado em 24/03/1992, publicado no *Diário da Justiça* de 11/05/1992, p. 6.400. No mesmo sentido: STJ, Conflito de Competência n.º 17.137/PE, Primeira Seção, Relator Ministro Ari Pargendler, julgado em 14/08/1996, publicado no *Diário da Justiça* de 02/09/1996, p. 31.017.



relevância suficiente à concessão de liminar para suspender a eficácia da Medida Provisória, na parte em que alterou o art. 16 da LACP, restringindo a eficácia da coisa julgada coletiva<sup>469</sup>. Embora o processo tenha, ao final, sido extinto sem apreciação do mérito, ao indeferir a liminar, o Supremo Tribunal Federal sinalizou que, pelo menos à primeira vista, pareceu-lhe constitucional o dispositivo legal questionado<sup>470</sup>.

Mas o fato de os tribunais superiores não terem ainda se sensibilizado frente aos equívocos técnicos e inconvenientes práticos criados pelo art. 2º da Lei n.º 9.494/97, não significa que se tenha que reconhecer eficácia à disposição restritiva contida em tal norma.

Nesse particular, cumpre lembrar que a Lei da Ação Civil Pública, cujo art. 16 foi alterado pelo diploma legal em comento, não é a única lei a regular a coisa julgada nas ações coletivas. Ao contrário, especificamente em matéria de coisa julgada coletiva, o Código de Defesa do Consumidor, lei posterior àquela, disciplinou o instituto de forma bem mais ampla e minuciosa do que o fizera a Lei da Ação Civil Pública. Desse modo, a disciplina da coisa julgada contida no Código de Defesa do Consumidor, especialmente em seu art. 103, passou a ser aplicada, desde sua edição, a todas as ações coletivas brasileiras, inclusive à ação civil pública, cuja lei de regência invoca expressamente a aplicação das disposições do CDC, deixando clara sua aplicabilidade às ações em defesa dos direitos metaindividuais em geral<sup>471</sup>.

Acontece que a Lei n.º 9.494/97, ao impor os chamados "limites territoriais" à coisa julgada coletiva, fê-lo alterando apenas o art. 16 da LACP, não promovendo qualquer alteração texto do art. 103 do Código de Defesa do Consumidor.

Diante dessa omissão por parte do legislador, duas interpretações são, em princípio, possíveis.

Por um lado, poder-se-ia entender que, pelo fato de o CDC formar, com a Lei da Ação Civil Pública, um sistema complementar e integrado, por força do disposto no art. 90

---

<sup>469</sup> STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1.5761/DF, Relator Ministro Marco Aurélio, pedido liminar decidido em 16/04/1997, publicada no *Diário da Justiça* de 24/04/1997.

<sup>470</sup> Quando da conversão da Medida Provisória n.º 1.570/97 na Lei n.º 9.494/97, foi proposta pelo Presidente da República e pelas Mesas do Senado Federal e da Câmara dos Deputados a Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 4, visando à obtenção do reconhecimento da constitucionalidade de alguns dispositivos da citada lei. Tal ação, porém, não incluiu em seu objeto o reconhecimento da conformidade constitucional do art. 2º da Lei n.º 9.494/97, justamente o dispositivo que estabeleceu os "limites territoriais" da coisa julgada coletiva. Desse modo, ainda não houve posicionamento definitivo do STF sobre a matéria.

<sup>471</sup> LACP, art. 21, acrescentado pelo art. 117 do próprio CDC.

do Código de Defesa do Consumidor, que determina a aplicação das disposições da LACP às ações coletivas ali previstas, mesmo não tendo a Lei n.º 9.494/97 alterado o art. 103 do CDC, a leitura desse artigo, a partir da alteração promovida por essa malsinada lei, deveria ser feita à luz da nova redação atribuída ao art. 16 da LACP, estendendo-se, assim, à coisa julgada formada em todas as ações coletivas os "limites territoriais" de que trata a Lei 9.494/97<sup>472</sup>.

Sob um outro ângulo, porém, pode-se interpretar que, se a Lei n.º 9.494/97 não alterou expressamente a redação do art. 103 do CDC, não se poderia estender a esse dispositivo a alteração implementada exclusivamente no art. 16 da LACP. E, para tanto, não seria cabível invocar o art. 90 do CDC, visto que esse dispositivo prevê a aplicação das normas contidas na Lei da Ação Civil Pública às ações coletivas disciplinadas pelo CDC "naquilo que não contrariar suas disposições". Desse modo, não seria aplicável às ações coletivas reguladas pelo CDC o art. 16 da LACP na medida em que, com a nova redação restritiva da coisa julgada coletiva que lhe foi conferida pela Lei 9.494/97, tal disposição se afigura incompatível com a determinação de ampla e efetiva tutela dos direitos metaindividuais implementada pelo CDC (art. 83), especialmente com a disciplina da coisa julgada coletiva trazida por esse diploma legal.

Essa é, sem dúvida, a interpretação que mais se coaduna com o estágio atual do Direito Processual e do Direito como um todo, visto que se busca hoje aprimorar cada vez mais os instrumentos de defesa dos direitos metaindividuais a fim de promover o acesso à justiça e uma tutela jurisdicional realmente efetiva desses novos direitos.

E uma leitura sistemática do Código de Defesa do Consumidor vem justamente corroborar esse entendimento na medida em que seu art. 93, ao regular a competência para processamento e julgamento das ações coletivas, distingue os casos de dano local, dano regional e dano nacional, determinando que, nessas duas últimas hipóteses, será competente o foro da Capital do Estado ou do Distrito Federal, deixando transparecer, desse modo, que a coisa julgada que aí se formar terá, como, aliás, não poderia deixar de ser, eficácia tão ampla quanto for a extensão do dano. Já o art. 102 do CDC prevê expressamente a possibilidade de

---

<sup>472</sup> Essa posição é adotada por ARRUDA ALVIM, José Manoel de: "Notas sobre a coisa julgada coletiva" *in Revista de Processo*, n.º 88. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, pp. 31-57, p. 57.

propositura de ação coletiva visando à impedir ou obstar a atividade lesiva "em todo o território nacional"<sup>473</sup>.

Assim, não tendo promovido qualquer alteração nas normas do Código de Defesa do Consumidor, que disciplinam a coisa julgada nas ações coletivas em geral, revela-se desprovida de eficácia a "inovação" contida no art. 2º da Lei n.º 9.494/97.

Mesmo com relação à ação civil pública, cuja lei de regência foi expressamente alterada pela Lei n.º 9.494/97, deve se entender como inócua a inovação trazida por tal diploma, visto que o art. 21 da Lei n.º 7.347/85 invoca a aplicação, à ação civil pública, das normas processuais do Código de Defesa do Consumidor. E este, como se viu, não sofreu qualquer alteração em matéria de limites territoriais da coisa julgada coletiva. Logo, não tendo alterado a legislação que realmente disciplina a coisa julgada nas ações coletivas brasileiras, qual seja, o Código de Defesa do Consumidor, o art. 2º da Lei n.º 9.494/97 há de ser interpretado como dispositivo simplesmente inócuo<sup>474</sup>.

Entretanto, confirmado sua intenção em restringir a eficácia da coisa julgada coletiva aos limites territoriais da competência do órgão jurisdicional prolator da sentença, o Poder Executivo editou, em 1999, a Medida Provisória n.º 1.789-1, de 11 de fevereiro, que acrescentou um art. 2ºA à Lei n.º 9.494/97, com o seguinte teor: "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".

Após sucessivas reedições, essa Medida Provisória foi substituída pela de n.º 1.984, de 11/01/2000, que repetiu a norma ainda mais restritiva da coisa julgada coletiva. A

---

<sup>473</sup> CDC, art. 102: "Os legitimados a agir na forma deste Código poderão propor ação visando compelir o Poder Público competente a proibir, em todo o território nacional, a produção, divulgação, distribuição ou venda, ou a determinar alteração na composição, estrutura, fórmula ou acondicionamento de produto, cujo uso ou consumo regular se revele nocivo ou perigoso à saúde pública e à incolumidade pessoal."

<sup>474</sup> Nesse sentido: GRINOVER, Ada Pellegrini: *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, 6ª edição, pp. 818-821; NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria Andrade: op. cit., pp. 1.157 e 1.158; LEONEL, Ricardo de Barros, op. cit., p. 284; RAMOS, André de Carvalho, op. cit., pp. 114, 117 e 119.

restrição foi mantida, *ipsis litteris*, na Medida Provisória n.º 2.180-35, de 24 de agosto de 2001, que se encontra em atualmente vigor<sup>475</sup>.

Aplicam-se a essa segunda restrição todos os comentários que aqui se fez ao originário art. 2º da Lei n.º 9.494/97 em matéria de equívocos técnicos e de entraves ao acesso à justiça e à efetiva tutela dos direitos coletivos *lato sensu*.

Aliás, em sede de obstáculos ao acesso à justiça e à promoção de uma efetiva e adequada tutela jurisdicional dos direitos metaindividuais, os inconvenientes criados por essa segunda alteração legislativa podem ser ainda mais graves na medida em que se pretendeu estabelecer limites territoriais à coisa julgada coletiva a partir não só da competência do magistrado, conjugando-se também, além de um elemento temporal (o momento da propositura da ação coletiva), o critério do domicílio dos integrantes da coletividade titular do direito. Nesse sentido, suponha-se que o indivíduo "X" foi, durante vários anos, empregado de uma fábrica que expõe seu pessoal a condições insalubres de trabalho, sem qualquer tipo de proteção, tendo se aposentado e mudado de cidade poucos dias antes de o sindicato dos trabalhadores ajuizar ação coletiva visando a compelir o empregador a implementar medidas de segurança que neutralizem os riscos da atividade fabril, bem como a indenizar os danos já provocados à saúde dos trabalhadores. Sendo procedente o pedido, seria compatível com a promoção de uma efetiva e ampla tutela dos direitos metaindividuais excluir o ex-empregado "X" dos efeitos da coisa julgada que aí se formar pelo simples fato de não ter, "na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator"<sup>476</sup>

Em matéria de eficácia, porém, não se podem opor a essa Medida Provisória os argumentos aqui levantados em face do art. 2º da Lei n.º 9.494/97, que o inquam de inoperância prática por ter se limitado a alterar o art. 16 da Lei da Ação Civil Pública. Ao contrário do originário art. 2º da Lei n.º 9.494/97, a Medida Provisória n.º 2.180/2001 acrescentou um art. 2ºA à Lei n.º 9.494/97 com redação genérica, que não promove alteração em dispositivos da Lei da Ação Civil Pública ou do Código de Defesa do Consumidor, mas, conforme transcrição acima, refere-se às ações coletivas em geral propostas por associações, determinando que, em tais ações, a sentença coletiva tenha eficácia limitada aos integrantes da

---

<sup>475</sup> A vigência atual da Medida Provisória n.º 2.180-35/2001 deve-se à Emenda Constitucional n.º 32, de 11/09/2001, que, em seu art. 2º, prorrogou a vigência de todas as Medidas Provisórias até então não convertidas em lei, por tempo indeterminado, até que sejam expressamente revogadas por outra Medida Provisória ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional sobre a matéria.

<sup>476</sup> Exemplo adaptado da obra de BRAGA, Renato Rocha, op. cit., pp. 171-172.

coletividade que, na data da propositura da ação, tenham domicílio nos limites territoriais da competência do órgão jurisdicional prolator.

Mas, nem tudo está perdido. É possível afastar-se a aplicação do art. 2ºA da Lei n.º 9.404/97, acrescido pela Medida Provisória n.º 2.180-35/2001, ante a inconstitucionalidade formal presente em tal Medida Provisória, visto que não se vislumbram a urgência e a relevância da matéria exigidas pelo art. 62 da Constituição Federal para a edição de Medidas Provisórias pelo Executivo.

Poucas vezes se viu, no Brasil, tamanhos artificios para limitar direitos reconhecidos aos cidadãos. Urge, assim, que doutrina e jurisprudência afastem a aplicação dos arts. 2º e 2ºA da Lei n.º 9.494/97, para que se possam preservar os avanços já conquistados em matéria de processo coletivo e se continue avançando rumo à promoção de uma tutela jurisdicional realmente efetiva e adequada dos direitos metaindividuais.

### **7.8. A utilização da perspectiva individualista como gênese dos problemas da coisa julgada coletiva no sistema brasileiro.**

Os chamados novos direitos, dentre eles os direitos coletivos *lato sensu*, surgiram, desenvolveram-se e foram juridicamente reconhecidos num contexto político e social totalmente diverso daquele em que nasceram e foram teorizados os direitos individuais tradicionais.

Trata-se de realidades materiais absolutamente diversas. Os direitos metaindividuais, além de direitos que transcendem a subjetividade de um único indivíduo, são direitos que se caracterizam por uma forte conotação política, por sua índole constitucional e pela coflituosidade peculiar que envolvem, não se adequando, os litígios coletivos, ao tradicional conceito de lide enquanto conflito nos moldes "Tício *versus* Caio".

Não foi difícil, assim, perceber a inadequação dos conceitos e princípios do processo civil, de bases eminentemente individualistas, para a promoção da tutela jurisdicional desses novos direitos, sendo incontroversas na doutrina, por um lado, a insuficiência do processo civil dito clássico para uma efetiva tutela dos direitos metaindividuais e, por outro lado, a necessidade de instrumentos processuais adequados às peculiaridades dessa nova realidade.

Foi para atender a essa necessidade que se desenvolveu o modelo processual das ações coletivas, fundado numa concepção especial da legitimidade *ad causam* e da coisa julgada, com vistas a possibilitar que o processo coletivo cumprisse a sua finalidade de promover uma adequada tutela dos direitos metaindividuais, com a solução uniforme dos conflitos coletivos através de uma única demanda, atendendo, assim, aos anseios de economia e efetividade processuais, bem como aos escopos sociais e políticos da jurisdição, no sentido de pacificação social e afirmação da autoridade estatal.

Estudando especificamente o regime da coisa julgada nas ações coletivas brasileiras, verificou-se, no decorrer deste Capítulo, a existência de problemas de inconsistência teórica e de inconstitucionalidade na disciplina da coisa julgada coletiva, especialmente no que se refere aos seus limites subjetivos e objetivos.

Analisando de forma mais atenta os problemas dessa natureza acima detectados, constata-se que eles têm por origem, fundamentalmente, a utilização da perspectiva individualista na interpretação dos problemas processuais da tutela jurisdicional coletiva.

É o que ocorre com a antinomia teórica presente na adoção do sistema da coisa julgada *secundum eventum litis*.

Para justificar o modelo processual da ação coletiva, prega-se a necessidade de se superarem os conceitos individualistas tradicionais, inclusive através de uma releitura das garantias processuais, e se consagra, nessa linha de pensamento, a noção de adequada representação dos direitos metaindividuais em juízo como fator legitimante da extensão subjetiva da coisa julgada coletiva aos integrantes da comunidade que não integraram a relação processual. Mas, quando se percebe que o resultado da ação coletiva pode ser desfavorável à pretensão da classe, o apego às tradições individualistas fala mais alto e, num verdadeiro paradoxo teórico, invocam-se as garantias processuais do devido processo legal, em sua concepção originariamente individualista, para afirmar que os integrantes da coletividade não podem ser prejudicados por julgamento proferido em processo do qual não participaram e no qual, por conseguinte, não exerceram pessoalmente o direito à ampla defesa.

Ora, como já se viu na presente dissertação, visualizando-se a cláusula do devido processo legal sob uma ótica essencialmente coletiva, sem qualquer apego às tradições individualistas, verifica-se não haver violação a esse princípio no modelo processual da ação

coletiva, que permite a extensão da coisa julgada a todos os integrantes da coletividade titular do direito metaindividual, ainda que ausentes na relação processual, visto que, sendo a ação coletiva um processo de natureza objetiva, onde se busca a tutela de determinados bens e da própria ordem jurídica, e não a proteção de situações subjetivas, é suficiente a adequada defesa do direito em juízo para que se cumpram as garantias processuais do contraditório e da ampla defesa, não se fazendo necessária a presença pessoal de todos integrantes da coletividade envolvida.

Entretanto, a leitura desses princípios processuais à luz da perspectiva individualista, que privilegia a proteção das pessoas individualmente consideradas, no enfrentamento da possibilidade de decisão desfavorável na demanda coletiva, foi o que determinou a adoção do modelo de coisa julgada *secundum eventum litis* pelo legislador brasileiro, em evidente antinomia teórica, como se demonstrou no item 7.4.2 deste Capítulo.

Exatamente o mesmo fenômeno se verifica na origem da disciplina inconstitucional, por violação ao princípio da isonomia, estabelecida em matéria de limites subjetivos e objetivos da coisa julgada coletiva, em que, sob o mesmo argumento de preservação do devido processo legal, em sua leitura nitidamente individualista, trata-se desigualmente o réu da ação coletiva e os integrantes da comunidade titular do direito metaindividual, impondo àquele o ônus de suportar a extensão às pretensões individuais da decisão que lhe for desfavorável na ação coletiva, sem que igual ônus seja imposto aos membros da coletividade titular do direito metaindividual quando lhes for desfavorável a sentença coletiva.

Em nome da preservação da esfera subjetiva dos integrantes da coletividade, numa perspectiva tipicamente individualista do processo, optou-se por estabelecer, em matéria de limites subjetivos e objetivos da coisa julgada, um tratamento jurídico-processual díspar entre o réu da ação coletiva e o titular do direito metaindividual, em violação ao princípio constitucional da isonomia.

Especificamente com relação aos limites objetivos da coisa julgada coletiva, constatou-se ainda, no item 7.5 do presente Capítulo, que, não obstante o legislador brasileiro tenha dado um importante passo em matéria de tutela jurisdicional coletiva ao estender a autoridade da coisa julgada às decisões sobre as questões fáticas e jurídicas que constituíram antecedente lógico do julgamento final (embora o tenha feito de forma não isonômica...), a doutrina pátria se recusa a reconhecer esse avanço, esforçando-se por encontrar explicações

outras para a norma que promoveu a ampliação dos limites objetivos da coisa julgada coletiva.

E essa resistência por parte da doutrina deve-se justamente ao apego ao princípio dispositivo, que, privilegiando a vontade das partes, define o objeto do processo e do julgamento a partir do pedido deduzido pelo autor, impondo, assim, numa concepção eminentemente individualista do processo, os restritos limites objetivos da coisa julgada no processo civil.

Mais uma vez, utilizando-se a perspectiva individualista para interpretar conceitos e categorias do processo coletivo, criam-se equívocos que apenas contribuem para obstacular o desenvolvimento científico do pensamento processual coletivo.

Na obra de Antonio Gidi, destinada especialmente ao estudo da coisa julgada coletiva, encontra-se uma espécie de confissão científica quanto à adoção da perspectiva individualista na visualização dos problemas da tutela jurisdicional coletiva. Nesse sentido, não obstante seja um ferrenho defensor do sistema processual coletivo criado pelo Código de Defesa do Consumidor, inclusive do modelo de coisa julgada *secundum eventum litis*, reconheceu Gidi a influência determinante das tradições individualistas nas opções do legislador brasileiro, ao afirmar que: "Em verdade, segundo nos parece, alguns dos fatores que contribuíram decisivamente para a adoção do sistema de ações coletivas, tal qual consignado no CDC, foram o respeito às tradições individualísticas no nosso direito e o fundado receio e a desconfiança por parte do legislador de que a doutrina e a jurisprudência mais retrógradas inviabilizassem a aplicação da parte processual do Código"<sup>477</sup>.

O problema é que, ao utilizar a perspectiva individualista para interpretar e disciplinar situações, conceitos e categorias do processo coletivo, o legislador e a doutrina pátria não só criaram um sistema viciado pela inconsistência teórica e pela inobservância de preceito constitucional fundamental, consoante se viu acima, como também estabeleceram limites que podam o potencial das ações coletivas.

Para que o processo coletivo tivesse seu potencial explorado de forma plena, necessário que se reconhecesse a ampla extensão subjetiva e objetiva da coisa julgada coletiva, independentemente do resultado do processo, fosse o julgamento favorável ou desfavorável à pretensão coletiva.

---

<sup>477</sup> GIDI, Antonio, op. cit., p. 142.



Somente assim se teria um sistema de tutela jurisdicional coletiva que atenderia, em sua plenitude, aos objetivos de pacificação social e afirmação da autoridade estatal através do processo, com a solução uniforme das lides coletivas, o que, inclusive, melhor se compatibilizaria com a natureza objetiva do processo coletivo.

Assim, apesar de o Direito brasileiro dispor de uma das mais avançadas legislações do mundo em matéria de tutela jurisdicional coletiva, ainda há problemas práticos e equívocos teóricos, especialmente em matéria de coisa julgada, devido à insistência em se utilizar uma perspectiva jurídico-processual de bases individualistas na regulamentação, interpretação e aplicação dos institutos, conceitos, categorias e princípios do processo coletivo.

No intuito de eliminar tais problemas e equívocos teóricos, pretende-se, no item seguinte, fazer algumas propostas de alterações legislativas, buscando contribuir para o aperfeiçoamento da disciplina da coisa julgada coletiva no Brasil e para o amadurecimento de uma mentalidade processual realmente coletiva, o que constitui pressuposto para o desenvolvimento de uma teoria própria para o processo coletivo.

### **7.8. Propostas para aperfeiçoamento da coisa julgada coletiva no Brasil.**

A partir do estudo feito na presente dissertação e tendo em vista, sobretudo, os problemas detectados em matéria de coisa julgada coletiva, pretende-se aqui oferecer sugestões de mudanças na atual legislação brasileira sobre processo coletivo.

A primeira e principal alteração que se propõe decorre da antinomia teórica e da inconstitucionalidade que se encontram presentes no modelo de coisa julgada *secundum eventum litis* adotado pela legislação brasileira e tem por objetivo justamente eliminar tais problemas do sistema processual coletivo pátrio.

A proposta consiste, então, na superação desse modelo, com a adoção de uma coisa julgada coletiva que produza efeitos *erga omnes* independentemente do resultado do processo coletivo, ressaltando-se, apenas, a hipótese de improcedência do pedido por insuficiência de provas.

A coisa julgada coletiva teria, assim, uma ampla e isonômica extensão subjetiva e objetiva, alcançando toda a coletividade titular do direito metaindividual, inclusive em suas pretensões individuais, tanto no caso de procedência como na hipótese de rejeição do

pedido coletivo, não mais se permitindo a reabertura da discussão acerca das questões fáticas e jurídicas fundamentais da lide já decididas no processo coletivo, após suficiente instrução, seja através de novas demandas coletivas, seja através de ações individuais fundadas no mesmo evento lesivo.

Argüi-se em desfavor dessa solução o risco de uma representação inadequada do direito metaindividual em juízo, principalmente por conluio entre o autor coletivo e o réu, sendo justamente a preocupação com essa possibilidade o fator determinante do acolhimento, por boa parte da doutrina pátria, do modelo de coisa julgada coletiva *secundum eventum litis* adotado no sistema brasileiro, em que somente se permite a extensão realmente *erga omnes* da coisa julgada coletiva no caso de procedência do pedido, para beneficiar os integrantes da coletividade em sua dimensão coletiva e individual, como se viu no decorrer deste Capítulo.

Ora, o risco de conluio entre as partes existe e vai existir sempre em matéria de tutela coletiva, principalmente porque se trata de direitos de forte conotação política, em que os conflitos, em geral, envolvem interesses de grandes grupos tanto no pólo ativo quanto no pólo passivo.

Entretanto, há de se convir, e a experiência assim tem revelado, que, na maioria dos casos, as ações coletivas são propostas por entidades realmente comprometidas com a defesa do direito lesado ou ameaçado de lesão, constituindo exceção a possibilidade de propositura ou condução fraudulenta de demanda coletiva em razão de conluio do autor coletivo com o réu.

Assim, não pode a lei presumir a intenção fraudulenta por parte do autor coletivo, fundando todo o sistema processual da coisa julgada coletiva numa exceção<sup>478</sup>. Diante da possibilidade de, excepcionalmente, ocorrer o conluio ou mesmo a simples condução negligente da ação coletiva, cabe ao Direito criar um sistema de controles que permita neutralizar os efeitos de qualquer eventual atuação nesse sentido.

E o sistema processual coletivo brasileiro já prevê um conjunto de mecanismos de controle da atuação do autor coletivo, cujo objetivo é justamente proteger a coletividade de uma eventual atuação negligente ou fraudulenta por parte do autor ideológico.

---

<sup>478</sup> Nesse sentido, já afirmou José Marcelo Menezes Vigliar, ao fundamentar a possibilidade de o próprio autor coletivo renovar a ação cujo pedido foi julgado improcedente por insuficiência de provas, que "a legislação não pode partir do pressuposto de que alguém irá objetivar a obtenção de um resultado fraudulento dentro do processo. Fere os princípios gerais do direito tal presunção." (Op. cit., p. 176).

Nesse sentido, a intervenção do Ministério Público, na condição de *custos legis*, é obrigatória quando esse órgão não figurar como autor da ação coletiva, podendo o *parquet* aditar o pedido no interesse da coletividade, bem como tomar a titularidade da ação em caso de desistência ou abandono do processo e até sugerir provas não requeridas pelo autor coletivo, atuando, desse modo, como um verdadeiro fiscal dos interesses da coletividade.

Ao lado da atuação fiscalizadora do Ministério Público, há a natural presidência do processo pelo juiz, a quem incumbe, além da iniciativa instrutória, também velar pela conduta processual dos litigantes, assumindo uma postura ativa e não mais passiva como se consagrou no processo civil mais antigo; havendo também um sistema de repressão ao dolo processual, mediante imposição de sanção pecuniária, a atingir, inclusive, as pessoas físicas dos diretores da associação autora.

Além de tudo isso, reserva-se a faculdade de renovação da ação coletiva com base em nova prova quando o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, eventualmente não exibidas em razão da atuação fraudulenta do autor coletivo, bem como a possibilidade de desconstituição mesma da coisa julgada coletiva mediante interposição de ação rescisória fundada no próprio conluio entre as partes<sup>479</sup>.

Nesse contexto, a solução neutralizadora para a hipótese de conluio entre as partes já se encontra no sistema brasileiro, manifestando-se principalmente na atuação fiscalizadora do Ministério Público e do Juiz e na possibilidade de renovação da ação coletiva com base em nova prova ou mesmo de rescisão da própria coisa julgada coletiva, não havendo, portanto, como se argumentar em desfavor da alteração ora proposta com base na possibilidade de condução fraudulenta da ação coletiva, a uma porque se trata de hipótese excepcional e, a duas, porque já existe no ordenamento pátrio um conjunto de mecanismos voltado à neutralização dessa eventual atuação inadequada do autor coletivo.

Complementando o novo modelo de coisa julgada coletiva que ora se propõe, poderia ainda ser aperfeiçoado o sistema do *opt in/opt out* já previsto no art. 104 do CDC, para melhor disciplinar o problema da concomitância entre ações coletivas e ações individuais, privilegiando a suspensão das ações individuais correlatas e evitando ou, pelo menos, diminuindo sensivelmente o risco de julgados contraditórios, de que se cuidou no item 7.3.2 deste Capítulo.

---

<sup>479</sup> CPC, art. 485, III.

Nesse sentido, propõe-se que seja imposta a obrigação de dar ampla publicidade ao ajuizamento de ações coletivas, a fim de que todos os membros da coletividade envolvida sejam cientificados da propositura da demanda para que possam exercer o direito de optar pelo seguimento das ações individuais já iniciadas ou por suspender o processamento de tais ações até julgamento final da ação coletiva, conferindo-se também ao próprio juiz da ação individual a faculdade de determinar, de ofício, a suspensão do feito até que se ultime a ação coletiva fundada no mesmo evento lesivo, o que, em princípio, seria a alternativa mais recomendável ante a extensão objetiva da coisa julgada coletiva.

A divulgação do ajuizamento da ação coletiva para ciência de todos os membros da coletividade envolvida ocorreria através da combinação de notificações individuais, notificações por editais e publicidade nos meios de comunicação de massa. Quando não fosse possível identificar individualmente os integrantes da classe envolvida, a comunicação ocorreria apenas pelos dois últimos critérios, a saber, divulgação nos meios de comunicação de massa e notificações por editais, identificando-se a coletividade pelas circunstâncias fáticas ou jurídicas que unem os seus integrantes, tais como área geográfica, evento lesivo, etc<sup>480</sup>.

Na hipótese de o processo individual não ser suspenso, seu autor ficaria excluído dos efeitos subjetivos da coisa julgada coletiva fosse ela favorável ou desfavorável.

Sendo suspenso o processo individual e advindo o julgamento da ação coletiva, a extensão subjetiva e objetiva da coisa julgada atingiria a pretensão do autor individual tanto no caso de procedência como de improcedência do pedido coletivo. No caso de procedência do pedido coletivo, o autor individual poderia optar por requerer a extinção do seu processo individual, sem julgamento de mérito, a fim de promover a liquidação/execução de seus danos individuais a partir da sentença coletiva; ou poderia continuar com o processamento da ação individual, hipótese em que a decisão sobre as questões fáticas e jurídicas que constituíram antecedente lógico da sentença coletiva fariam coisa julgada também com relação à demanda individual, onde o magistrado não poderia decidir de modo diverso. Já na hipótese de o

---

<sup>480</sup> Esse sistema de comunicação, combinando critérios de notificação pessoal, notificação por edital e divulgação nos meios de comunicação é adotado na ação popular portuguesa (GRINOVER, Ada Pellegrini: "A ação popular portuguesa: uma análise comparativa" in *Revista de Processo*, n.º 83. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, pp. 164-175, p. 170).

pedido coletivo ter sido julgado improcedente, esse seria também, fatalmente, o destino do processo individual em face da amplitude objetiva da coisa julgada coletiva.

Finalmente, no intuito de viabilizar, na prática, a observância da maior amplitude objetiva da coisa julgada coletiva, seria imposta a obrigação de dar ampla divulgação, através de publicação de editais e dos meios de comunicação social, também por ocasião do trânsito em julgado da sentença coletiva, de forma a possibilitar que a coletividade envolvida e os próprios magistrados que presidem demandas individuais correlatas tomassem conhecimento do resultado da demanda coletiva.

A implementação das propostas aqui formuladas demandaria a alteração legislativa dos arts. 103 e 104 do Código de Defesa do Consumidor, que poderiam passar a ter a seguinte redação:

*Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este Código, propostas em defesa dos interesses ou direitos previstos no parágrafo único do art. 81, I, II e III, a sentença fará coisa julgada erga omnes, estendendo-se a todos os integrantes da comunidade, coletividade, categoria, grupo ou classe envolvida, inclusive em suas pretensões individuais oriundas do mesmo evento, independentemente do resultado do julgamento, 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.*

*§1º. A decisão sobre as questões fáticas e jurídicas que constituírem antecedente lógico da sentença proferida na ação coletiva, especialmente no que se refere à ocorrência do fato, à sua autoria e à responsabilidade do réu, fará coisa julgada, inclusive com relação às ações individuais propostas com base no mesmo evento, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas.*

*§2º. Se o pedido formulado na ação coletiva for julgado procedente, os integrantes da comunidade, coletividade, categoria, grupo ou classe envolvida, que tenham sido individualmente lesados, ou seus sucessores, poderão proceder à liquidação e à execução dos danos pessoalmente sofridos, nos termos dos arts. 96 a 99.*

*§3º. Aplica-se o disposto no parágrafo anterior à sentença penal condenatória.*

*Art. 104. As ações coletivas previstas nos incisos I, II e III do parágrafo único do art. 81 não induzem litispendência para as ações individuais, mas a sua propositura impõe que seja dada notícia aos integrantes da comunidade, coletividade, categoria, grupo ou classe envolvida, a fim de que possam, querendo, requerer a suspensão das ações individuais eventualmente propostas, até julgamento final da ação coletiva.*

*§1º. A comunicação de que trata o caput deste artigo será feita através de notificações individuais, publicação de editais no órgão oficial e em jornais de grande circulação, e mediante ampla divulgação nos meios de comunicação de massa. Quando não for possível identificar os integrantes da comunidade, coletividade, categoria, grupo ou classe envolvida, as notificações individuais serão dispensadas por decisão fundamentada do juiz e, na publicação dos editais e divulgação nos meios de comunicação, deverá ser feita referência ao universo de pessoas potencialmente interessadas, a partir das circunstâncias fáticas ou jurídicas que lhes sejam comuns.*

*§2º. Os efeitos da coisa julgada erga omnes a que alude o caput do artigo 103 não atingirão os autores das ações individuais que não requereram sua suspensão no prazo de 60 (sessenta) dias a contar do recebimento da notificação individual ou da realização do último ato de divulgação da propositura da ação coletiva de que trata o §1º deste artigo.*

*§3º. A suspensão das ações individuais também poderá ser determinada, de ofício, pelo juiz da causa, até que seja definitivamente julgada a ação coletiva.*

*§4º. O trânsito em julgado da sentença proferida em ação coletiva deverá ser divulgado mediante publicação de editais no órgão oficial e em jornais de grande circulação, bem como nos meios de comunicação de massa.*

As alterações e aperfeiçoamentos aqui sugeridos, especialmente a proposta principal de superação do modelo *secundum eventum litis* e adoção de uma coisa julgada coletiva que produza efeitos *erga omnes* independentemente do resultado do processo coletivo, com uma ampla e isonômica extensão subjetiva e objetiva da coisa julgada coletiva, alcançando toda a coletividade titular do direito metaindividual, inclusive em suas pretensões

individuais, tanto no caso de procedência como na hipótese de rejeição do pedido coletivo, apresenta várias vantagens, as quais podem ser assim resumidas:

I) seriam eliminadas a antinomia teórica e a inconstitucionalidade presentes no modelo de coisa julgada *secundum eventum litis*, formando-se um sistema processual coletivo mais consistente sob o ponto de vista teórico e constitucional;

II) privilegiar-se-ia a solução uniforme do conflito coletivo, eliminando ou, pelo menos, diminuindo sobremaneira, a multiplicação de demandas individuais correlatas à ação coletiva e evitando o risco de julgados conflitantes nos planos teórico e prático, tão indesejáveis no mundo jurídico;

III) com a sensível eliminação da pulverização de demandas individuais e a diminuição do risco de julgados contraditórios, melhor se atenderia aos escopos sociais e políticos do processo, no sentido da promoção da paz social e da afirmação da autoridade do Estado.

É o que se propõe no intuito de aperfeiçoar o sistema da coisa julgada coletiva no Brasil.

## 8. CONCLUSÕES

As conclusões a que se chegou no decorrer desta dissertação podem ser assim sintetizadas:

I) A passagem do Estado liberal para o Estado social, característica do Estado Contemporâneo, foi marcada por uma profunda transformação na sociedade política e em suas relações com a sociedade civil, transformação essa que repercutiu diretamente no mundo jurídico, promovendo o surgimento de direitos até então desconhecidos, nascidos a partir de um universo de conflitos totalmente novo, bem como a modificação nos contornos de direitos já tradicionalmente conhecidos. A esses direitos surgidos ou profundamente modificados a partir dessa nova realidade social e política, a doutrina convencionou chamar "novos direitos".

II) Dentre esses novos direitos, situam-se os direitos metaindividuais ou direitos coletivos *lato sensu*. São direitos que ultrapassam a esfera jurídica individual e adentram numa espécie de ordem coletiva, não podendo ser identificados como pertencentes a um único indivíduo, pois, ao contrário, são direitos que interessam, igualmente, a toda uma coletividade de pessoas.

III) Os direitos metaindividuais surgiram, assim, em um contexto social e político absolutamente diverso daquele que deu origem aos direitos civis tradicionais, razão pela qual possuem estrutura e características totalmente diversas daquelas ostentadas por esses direitos. São direitos que guardam íntima relação com a noção de cidadania, direitos de forte conotação política, que, em geral, tutelam bens cuja proteção tem fundamento constitucional, ostentando ainda uma conflituosidade intensa e peculiar, na medida em que o litígio coletivo se caracteriza pela contraposição de interesses de uma coletividade a interesses de um outro grupo. Os conflitos sociais que se encontram na base dos direitos coletivos *lato sensu* não guardam as características do tradicional conflito concebido na fórmula "Tício *versus* Caio", não lhes sendo mais aplicável o próprio conceito de lide, nos moldes em que foi tradicionalmente definida.

IV) O fato de os direitos metaindividuais possuírem estrutura e características próprias, totalmente diversas daquelas ostentadas pelos direitos tradicionalmente conhecidos, repercute profundamente na questão da sua tutela jurisdicional, uma vez que os conceitos, princípios e instrumentos do processo civil foram concebidos para promover a defesa justamente daqueles direitos civis de formato e características clássicas, que têm em sua base



situações jurídicas eminentemente individuais, tendo-se percebido, de logo, a inaptidão desse instrumental para a promoção de uma efetiva e adequada tutela jurisdicional dos direitos coletivos *lato sensu*.

V) Diante da notória inaptidão do processo civil para promover uma adequada e efetiva tutela jurisdicional dos direitos metaindividuais, a posição assumida pela doutrina desde o início das investigações científicas foi no sentido de promover uma adaptação, uma atualização do processo civil à nova realidade coletiva, através de adequações em seus conceitos, princípios e técnicas seculares, mas sempre a partir deles, o que se deve, por um lado, ao fato de os primeiros estudiosos a se depararem com os problemas da tutela jurisdicional coletiva terem sido justamente os cientistas do Direito Processual Civil, donde ser natural que pretendessem resolver esses problemas a partir das estruturas do processo civil; e, por outro lado, à concepção, ainda presente nos dias de hoje, de que o Direito Processual Civil seria dotado de uma certa universalidade ou "transsubstancialidade", estando apto a fornecer, através de seu aparato normativo, conceitual, principiológico e instrumental, solução para as lides oriundas das mais diversas áreas do direito material.

VI) Imbuída da finalidade de adaptar as estruturas do processo civil à nova realidade dos direitos metaindividuais e, assim, conferir a tais direitos uma adequada e efetiva tutela jurisdicional, a inteligência jurídica desenvolveu as chamadas ações coletivas. Trata-se ações vocacionadas à defesa judicial dos direitos metaindividuais, que se caracterizam por um modelo processual formado a partir de um regime especial da legitimação ativa e da coisa julgada, concebido justamente para permitir que as ações coletivas pudessem cumprir sua função jurídica, social e política de promover a solução dos conflitos coletivos de massa com eficiência, o que implica celeridade e uniformidade na solução, que será dada através de um único processo.

VII) Analisando os fundamentos teóricos da ação coletiva e o modelo processual que a caracteriza, verifica-se que a ação coletiva consubstancia um processo de natureza objetiva. Ao contrário do que ocorre no processo civil, o processo de índole coletiva não tem por finalidade tutelar situações individuais, mediante a composição de relações intersubjetivas conflituosas, mas sim possibilitar o efetivo acesso à justiça para a tutela de bens e direitos de natureza constitucional, de forte conotação política e que extrapolam a esfera das relações subjetivadas. O processo coletivo não tutela diretamente pessoas, sendo sua preocupação maior voltada para instituições e bens considerados de especial valor no

ordenamento jurídico, seja por sua própria natureza, seja pela dimensão transindividual da lesão ou ameaça. Trata-se, assim, de um processo objetivo. Por outro lado, as ações coletivas brasileiras, além de consubstanciarem processos de índole objetiva, são também ações de natureza constitucional, que gozam de guarida na Constituição Federal, tratando-se de verdadeiras ações constitucionais.

VIII) A percepção da natureza constitucional das ações coletivas e da índole objetiva do processo por elas instaurado realça a existência de uma diferença fundamental entre as ações coletivas e o processo que constitui objeto de estudo do Direito Processual Civil. Enquanto o processo civil compõe conflitos intersubjetivos de interesses, tutelando pessoas em suas relações eminentemente patrimoniais, as ações coletivas têm natureza constitucional e tutelam bens e direitos de forte conotação política, que guardam íntima relação com a noção de cidadania, e que, em geral, têm também guarida constitucional. Há, assim, um *processo coletivo* fundamentalmente diverso do processo civil.

IX) Por essa razão, não se pode conceber o estudo das ações coletivas e, portanto, da tutela jurisdicional coletiva, no âmbito do Direito Processual Civil. Tratando-se de ações de natureza constitucional, que tutelam novos direitos, de índole coletiva e de fundamento também constitucional, as ações coletivas não devem ser estudadas e interpretadas fora do âmbito do Direito Processual Civil, estando bem mais próximo da natureza desses institutos o novel Direito Processual Constitucional. Mas a inserção das ações coletivas no âmbito do Direito Processual Constitucional, embora represente um grande passo na evolução da tutela jurisdicional coletiva, por si só, não se revela suficiente à solução dos problemas oriundos dessa nova realidade processual. Fundamental se afigura, em paralelo, o desenvolvimento de um *pensamento processual coletivo*, que permita aos estudiosos e operadores do Direito visualizar e conceber o processo de tutela dos direitos coletivos *lato sensu* como um processo totalmente diverso do processo civil e, desapegando-se da perspectiva individualista que norteia os conceitos e fundamentos desse, conceber aquele como um verdadeiro *processo coletivo*, para o qual devem existir conceitos, princípios, categorias e fundamentos próprios, de forma a tornar possível, no futuro, o desenvolvimento de um Direito Processual Coletivo, talvez até independente e autônomo do próprio Direito Processual Constitucional.

X) A falta de percepção dessa natureza fundamentalmente diversa das ações coletivas e a inadequada colocação de seus estudos no âmbito de um "Direito Processual Civil

Adaptado" tem emperrado o desenvolvimento de uma teoria própria das ações coletivas e até mascarado a sua necessidade, insistindo, a doutrina e os operadores do Direito em geral, em solucionar os problemas do processo coletivo a partir de conceitos, normas e princípios do processo civil, sendo justamente essa insistência doutrinária e legislativa na utilização da perspectiva individualista própria do processo civil que se encontra na gênese dos principais problemas teóricos e técnicos da tutela jurisdicional coletiva brasileira.

XI) Um estudo mais detido da coisa julgada coletiva no ordenamento jurídico pátrio vem justamente comprovar a procedência de tal assertiva, visto que, no Brasil, foi para conferir uma especial proteção à situação subjetiva dos indivíduos integrantes da coletividade titular do direito metaindividual - portanto, numa perspectiva nitidamente individualista do processo coletivo - que se adotou um modelo de coisa julgada coletiva *secundum eventum litis*, consagrando uma evidente antinomia teórica no sistema processual coletivo brasileiro e promovendo a presença de inconstitucionalidade nesse mesmo sistema, por violação ao princípio da isonomia. Por outro lado, esse mesmo apego à perspectiva individualista impediu a percepção e reconhecimento, por parte dos estudiosos da matéria, da ampliação já promovida em sede de limites objetivos na disciplina da coisa julgada coletiva, ainda que de forma não isonômica.

XII) Não obstante esses problemas, que revelam ainda ser necessário realizar ajustes legislativos aqui ou ali, especialmente em matéria de coisa julgada, numa visão geral, pode-se afirmar que o Brasil dispõe hoje de instrumentos processuais que possibilitam o acesso à justiça e uma tutela jurisdicional razoavelmente efetiva em matéria de direitos metaindividuais, contando com uma das mais avançadas legislações sobre processo coletivo.

XIII) Na realidade, a grande transformação que se faz necessária em matéria de tutela jurisdicional coletiva no Brasil, a fim de que se tenha um sistema processual adequado, ainda mais efetivo, teoricamente consistente e que bem atenda aos escopos não só jurídicos, mas também sociais e políticos da jurisdição, passa pela mentalidade dos juristas e operadores do Direito em geral. O desafio fundamental, na atual fase da tutela jurisdicional coletiva no Brasil, não é mais criar novos instrumentos processuais ou ritos procedimentais mais modernos, mas sim perceber que se está diante de novos direitos e de ações de natureza constitucional e índole objetiva, que pertencem a uma ordem social, política e, sobretudo, jurídica totalmente diversa daquela para a qual foi concebido o Direito Processual Civil; e desenvolver, a partir dessa percepção, um *pensamento processual coletivo*, que permita

solucionar os problemas da tutela coletiva à luz de conceitos e fundamentos próprios, de forma a possibilitar que se extraia desse novo instrumental toda a carga eficaz possível, a fim de que o processo coletivo realmente atinja a finalidade a que se propõe, qual seja, a solução célere, efetiva e uniforme dos conflitos de massa.

\* \* \* \* \*

## BIBLIOGRAFIA

### 1) ARTIGOS:

ALMEIDA, João Batista de: "Ação civil pública e ação civil coletiva: afinidades e distinções" *in Revista de Direito do Consumidor*, n.º 26. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, pp. 113-118.

\_\_\_\_\_. "A ação civil coletiva para a defesa dos interesses ou direitos individuais homogêneos" *in Revista de Direito do Consumidor*, n.º 34. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, pp. 88-97.

ARRUDA ALVIM, José Manoel de: "Ação Popular" *in Revista de Processo*, n.º 32. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, pp. 163-177.

\_\_\_\_\_. "Anotações sobre as perplexidades e os caminhos do processo civil contemporâneo - sua evolução ao lado do direito material" *in Revista de Processo*, n.º 64. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, pp. 7-23.

\_\_\_\_\_. "Ação civil pública" *in Revista de Processo*, n.º 87. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, pp. 149-165.

\_\_\_\_\_. "Notas sobre a coisa julgada coletiva" *in Revista de Processo*, n.º 88. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, pp. 31-57.

ARRUDA ALVIM, Teresa: "Apontamentos sobre ações coletivas" *in Revista de Processo*, n.º 75. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, pp. 273-283.

ARMELIN, Donaldo: "Tutela jurisdicional diferenciada" *in Revista de Processo*, n.º 65. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, pp. 45-55.

BARBI, Celso Agrícola: "Mandado de segurança na constituição de 1988" in *Revista de Processo*, n.º 57. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, pp. 7-12.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos: "A proteção jurídica dos interesses coletivos" in *Revista Brasileira de Direito Processual*, v. 24. Rio de Janeiro: Forense, 1980, pp. 13-24.

\_\_\_\_\_. "A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados 'interesses difusos'" in *Revista de Processo*, n.º 28. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, pp. 7-19.

\_\_\_\_\_. "Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada" in *Revista Brasileira de Direito Processual*, v. 32. Rio de Janeiro: Forense, 1982, pp. 41-60.

\_\_\_\_\_. "Ações coletivas na Constituição Federal de 1988" in *Revista de Processo*, n.º 61. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, pp. 187-200.

BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcelos e: "A *citizen action* norte-americana e a tutela ambiental" in *Revista de Processo*, n.º 62. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, pp. 61-78.

BUENO, Cássio Scarpinella: "As *class actions* norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta" in *Revista de Processo*, n.º 82. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, pp. 92-151.

BULOS, Uadi Lâmega: "Mandado de segurança coletivo (pela revisão constitucional)" in *Ciência Jurídica*, v. 51. Salvador: Ciência Jurídica, 1993, pp. 255-264.

CAPPELLETTI, Mauro: "Formaciones sociales e intereses de grupo frente a la justicia civil" in *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XI, n.º 31-32, en./ag. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1978, pp. 1-40.

\_\_\_\_\_. "A ideologia no processo civil" (trad. por Athos Gusmão Carneiro) in *Ajuris*, n.º 23. Porto Alegre: Associação dos juizes do Rio Grande do Sul, 1981, pp. 16-33.

CINTRA JÚNIOR, Dyrceu Aguiar Dias: "Interesses metaindividuais: questão de acesso à justiça" in *Revista dos Tribunais*, v. 676. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, pp. 39-47.

DELGADO, José Augusto: "A supremacia dos princípios nas garantias processuais do cidadão" in *Revista de Processo*, n.º 65. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, pp. 89-103.

DIAS, Francisco Barros: "Coisa julgada e execução no processo coletivo" in *Anais da 1ª Jornada de Estudos Judiciários do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal do Rio Grande do Norte*, 1994, pp. 52-74.

DINAMARCO, Cândido Rangel: "O Poder Judiciário e o meio ambiente" in *Revista dos Tribunais*, v. 631. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, pp. 24-28.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado: "As novas necessidades do processo civil e os poderes do juiz" in *Revista de Direito do Consumidor*, n.º 7. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, pp. 30-36.

FERNANDES, Sérgio Ricardo de Arruda: "Breves considerações sobre as ações coletivas contempladas no código de defesa do consumidor" in *Revista Forense*, v. 322. Rio de Janeiro: Forense, 1993, pp. 107-116.

GONÇALVES, Aroldo Plínio: "A coisa julgada no Código de Defesa do Consumidor e o conceito de parte" in *Revista Forense*, v. 331. Rio de Janeiro: Forense, 1995, pp. 65-73.

GRINOVER, Ada Pellegrini: "Novas tendências na tutela jurisdicional dos interesses difusos" in *Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*, n.º 1/2. Uberlândia: Editora da Universidade Federal de Uberlândia, 1984, pp. 1-31.

\_\_\_\_\_. "Da coisa julgada no Código de Defesa do Consumidor" in *Revista do Advogado*, n.º 33. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, 1990, pp. 5-15.

\_\_\_\_\_ . "Mandado de segurança coletivo: legitimação, objeto e coisa julgada" *in Revista de Processo*, n.º 58. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, pp. 75-84.

\_\_\_\_\_ . "O novo processo do consumidor" *in Revista de Processo*, n.º 62. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, pp. 141-152.

\_\_\_\_\_ . "A ação civil pública e a defesa dos interesses individuais homogêneos" *in Revista de Direito do Consumidor*, n.º 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, pp. 206-229.

\_\_\_\_\_ . "A ação popular portuguesa: uma análise comparativa" *in Revista de Processo*, n.º 83. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, pp. 165-175.

\_\_\_\_\_ . "Das *class action for damages* à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade" *in Ação Civil Pública: Lei 7.347/1985 - 15 anos*. Coord. Édís Milaré. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, 2ª edição, pp. 19-39.

GUERRA FILHO, Willis Santiago: "Processo e tutela do meio ambiente na nova ordem constitucional brasileira" *in Revista de Processo*, n.º 68. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, pp. 86-90.

\_\_\_\_\_ . "Sobre a natureza processual da constituição" *in Revista de Processo*, n.º 87. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, pp. 175-185.

LACERDA, Galeno: "As defesas de direito material no novo Código de Processo Civil" *in Revista Forense*, v. 246. Rio de Janeiro: Forense, 1974, pp. 160-166.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo: "Tutela judicial do meio ambiente: reconhecimento da legitimação para agir aos entes naturais?" *in Revista de Processo*, n.º 52. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, pp. 58-70.

\_\_\_\_\_ . "Defesa do consumidor: reflexões acerca da eventual concomitância de ações



coletivas e individuais" in *Revista dos Tribunais*, v. 676. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, pp. 34-38.

MARTINS, Ives Gandra da Silva: "Ação civil pública é veículo imprestável para proteção de direitos individuais indisponíveis" in *Revista dos Tribunais*, v. 707. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, pp. 19-32.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de: "Na ação do consumidor, pode ser inútil a defesa do fornecedor" in *Revista do Advogado*, n.º 33. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, 1990, pp. 80-82.

MILARÉ, Édís: "Tutela jurisdicional do meio ambiente" in *Revista dos Tribunais*, v. 676. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, pp. 48-59.

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

\_\_\_\_\_. "Fundamentos do direito ambiental no Brasil" in *Revista dos Tribunais*, v. 706. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, pp. 7-29.

NERY JUNIOR, Nelson: "A ação civil pública" in *Revista de Processo*, n.º 31. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, pp. 224-232.

\_\_\_\_\_. "O processo civil no código de defesa do consumidor" in *Revista de Processo*, n.º 61. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, pp. 24-35.

RAMOS, André de Carvalho: "A abrangência nacional de decisão judicial em ações coletivas: o caso da Lei 9.494/97" in *Revista dos Tribunais*, v. 755. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, pp. 113-120.

TARUFFO, Michele: "I limiti soggettivi del giudicato e le 'class actions'" in *Rivista di Diritto Processuale*, anno XXIV (II serie), n.º 4. Padova: Cedam, 1969, pp. 609-636.

TUCCI, José Rogério Cruz e: "Código do Consumidor e processo civil - aspectos polêmicos" *in Revista dos Tribunais*, v. 671. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, pp. 32-39.

VIEIRA, Fernando Grella: "A transação na esfera da tutela dos interesses difusos e coletivos: compromisso de ajustamento de conduta" *in Ação Civil Pública: Lei 7.347/1985 - 15 anos*. Coord. Édís Milaré. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, 2ª edição, pp. 262-290.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes: "Ação civil pública ou ação coletiva?" *in Ação Civil Pública: Lei 7.347/1985 - 15 anos*. Coord. Édís Milaré. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, 2ª edição, pp. 441-457.

WATANABE, Kazuo: "Demandas coletivas e os problemas emergentes da práxis forense" *in Revista de Processo*, n.º 67. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, pp. 15-25.

## **2) LIVROS:**

ALMEIDA, João Batista de: *Aspectos controvertidos da ação civil pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BATALHA, Wilson de Souza Campos e RODRIGUES NETTO, Sílvia Marina L. Batalha: *Filosofia jurídica e história do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

BOBBIO, Norberto: *A era dos direitos*. Trad. por Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Campus, 1992, 15ª tiragem.

BRAGA, Renato Rocha: *A coisa julgada nas demandas coletivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

BONAVIDES, Paulo: *Do estado liberal ao estado social*. São Paulo: Malheiros, 2001, 7ª edição.

BRANDÃO, Paulo de Tarso: *Ações constitucionais: novos direitos e acesso à justiça*. Florianópolis: Habitus, 2001.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim: *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 10, tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

CAMPOS, Ronaldo Cunha: *Limites objetivos da coisa julgada*. Rio de Janeiro: Aide, 1988, 2ª edição.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes: *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1992, 5ª edição, 2ª reimpressão.

CAPPELLETTI, Mauro: *Processo e ideologie*. Bologna: Il Mulino, 1969.

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant: *Acesso à justiça*. Trad. por Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

CARNELUTTI, Francesco: *Instituições do processo civil*, v. I. Trad. por Adrián Sotero de Witt Batista. São Paulo: Classic Book, 2000.

CHIOVENDA, Giuseppe: *Instituições de direito processual civil*, v. 1. Trad. por Paolo Capitano. Campinas: Bookseller, 1998.

\_\_\_\_\_. *Instituições de direito processual civil*, v. 2. Trad. por Paolo Capitano. Campinas: Bookseller, 1998.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel: *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 1999, 15ª edição.

DINAMARCO, Cândido Rangel: *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 1999, 7ª edição.

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

GILINSEN, John: *Introdução histórica ao direito*. Trad. por A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988.

GRINOVER, Ada Pellegrini: *Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil*. São Paulo: Bushatsky, 1975.

\_\_\_\_\_. "As garantias constitucionais do processo nas ações coletivas" in *Novas tendências do Direito Processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, 2ª edição.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et alii*: *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, 6ª edição.

GUERRA FILHO, Willis Santiago: *Processo constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos, 2001, 2ª edição.

IHERING, Rudolf von: *A luta pelo direito*. Trad. por J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, 2ª edição.

LAFER, Celso: *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, 4ª reimpressão.

LEAL, Márcio Flávio Mafra: *Ações coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.

LEONEL, Ricardo de Barros: *Manual do processo coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LIEBMAN, Enrico Tullio: *Eficácia e autoridade da sentença*. Trad. por Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Rio de Janeiro: Forense, 1984, 3ª edição.

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

MANCUSO, Rodolfo de Camargo: *Interesses difusos, conceito e legitimação para agir*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, 5ª edição.

\_\_\_\_\_. *Ação popular*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, 4ª edição.

\_\_\_\_\_. *Ação civil pública. Em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, 7ª edição.

MARINONI, Luiz Guilherme: *Novas linhas do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2000, 4ª edição.

MAZZILLI, Hugo Nigro: *A defesa dos interesses difusos em juízo*. São Paulo: Saraiva, 1995, 7ª edição.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de: *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Malheiros, 1999, 3ª edição, 6ª tiragem.

MILARÉ, Édis (Coord.): *Ação Civil Pública: Lei 7.347/1985 - 15 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, 2ª edição.

NERY JUNIOR, Nelson: *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, 2ª edição.

NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria Andrade: *Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, 3ª edição.

OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebiades de: *Teoria jurídica e novos direitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

PACHECO, José da Silva: *O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, 4ª edição.

RAWLS, John: *Liberalismo Político*. México: Fondo de Cultura Económica, 1996.

ROCHA: Carmen Lúcia Antunes: *O princípio constitucional da igualdade*. Belo Horizonte: LÊ, 1990.

ROCHA: José de Moura: "Processo e Constituição" in *Estudos sobre processo civil III*. Recife: Editora Universitária da UFPE, 1995.

ROSÁRIO, José Orlando Ribeiro: *Coisa julgada nas ações coletivas*. São Paulo: LTr, 1999.

ROSAS, Roberto: *Direito Processual Constitucional - princípios constitucionais do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, 3ª edição.

SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da: *Princípio constitucional da igualdade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SILVA, José Afonso da: *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 1992, 8ª edição.

TESHEINER, José Maria: *Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

TUCCI, Rogério Lauria & TUCCI, José Rogério Cruz e: *Constituição de 1988 e processo - regramentos e garantias constitucionais do processo*. São Paulo: Saraiva, 1989.

\_\_\_\_\_. *Devido processo legal e tutela jurisdicional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes: *Tutela jurisdicional coletiva*. São Paulo: Atlas, 2001, 3ª edição.