



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS  
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO  
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

VINÍCIUS MACAMBIRA GUEDES

OS LIMITES SUBJETIVOS DA COISA JULGADA EM SEDE DE AÇÃO  
CIVIL PÚBLICA

SOUSA - PB  
2004

VINÍCIUS MACAMBIRA GUEDES

OS LIMITES SUBJETIVOS DA COISA JULGADA EM SEDE DE AÇÃO  
CIVIL PÚBLICA

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Professor Lúcio Mendes Cavalcante.

SOUSA - PB  
2004

VINÍCIUS MACAMBIRA GUEDES

OS LIMITES SUBJETIVOS DA COISA JULGADA  
EM SEDE DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA

BANCA EXAMINADORA

LÚCIO MENDES CAVALCANTE

Professor Orientador

NARA RÚBIA S. VASCONCELOS

Professora Substituta

RUBASMATE DOS SANTOS DE SOUSA

Professora Substituta

Sousa - PB

dezembro / 2004

## RESUMO

A finalidade deste trabalho é analisar o instituto da coisa julgada, mais precisamente os seus limites subjetivos em sede de Ação Civil Pública, sob a lógica e fundamento dos direitos metaindividuais. A coisa julgada tradicionalmente atinge somente as partes do processo. Em sede de tutela de direitos metaindividuais, por sua natureza, o fenômeno da litispendência, a habilitação do particular em ACP, a forma de legitimação e o instituto da coisa julgada recebem tratamento diferenciado em relação as tradicionais formas do processo individual. A litispendência entre demanda individual e ACP não se configura. A habilitação como assistente se dará na forma do CDC – Código de Defesa do Consumidor. A legitimação em sede deste direitos é autônoma para a condução do processo e substituição processual no tocante aos direitos individuais homogêneos. A coisa julgada é *secundum eventum litis*, em que o motivo da improcedência determina seus efeitos, sempre beneficiando os particulares e jamais prejudicando com um efeito *erga omnes* ou *ultra partes* quem não efetivamente interferiu na cognição do juiz. A lei n.º 9.494 de 1997 modificou o artigo 16 da Lei de Ação Civil Pública ao restringir os limites subjetivos da coisa julgada ao limite da competência territorial do órgão prolator da sentença. Desde o aspecto formal até a afronta a princípios constitucionais poderão ser alegados em face desta lei. A transação é possível em sede de tutela de direitos metaindividuais. Por força de lei, órgãos públicos poderão firmar TAC – Termo de Ajustamento de Conduta. A transação servirá de garantia mínima para a coletividade, não se configurando disposição de direitos da coletividade.

**Palavras-chaves:** Processo Civil coletivo, coisa julgada, limites subjetivos.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	08
CAPÍTULO 1 – A COISA JUGADA NO PROCESSO CIVIL INDIVIDUAL	10
1.1. – Considerações Gerais	10
1.2. – Espécies de Coisa Julgada	11
1.3. – Situações Jurídicas que não fazem Coisa Julgada	12
1.4. – Os Limites Objetivo e Subjetivo da Coisa Julgada	15
CAPÍTULO 2 – DIREITOS METAINDIVIDUAIS	18
2.1 – Considerações Iniciais	18
2.2 – Desenvolvimento Legislativo do Tema	18
2.3 – Direitos Difusos, Direitos Coletivos e Direitos Individuais Homogêneos	20
2.3.1 – Considerações Gerais	20
2.3.2 – Direitos Difusos	21
2.3.3 – Direitos Coletivos	22
2.3.4 – Direitos Individuais Homogêneos	23
2.4 - O Problema da Legitimidade na Tutela dos Direitos Metaindividuais	24
2.5 - Litispendência entre ACP e Ações Individuais	27
2.6 - Habilitação do Particular como Assistente Litisconsorcial	30
CAPÍTULO 3 – LIMITES SUBJETIVOS DA COISA JULGADA EM SEDE DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA	34
3.1 - Desenvolvimento do Tema	34
3.2 – As alterações trazidas pela Lei n.º 9.494 de 1997	40
3.3 – Análise da Coisa Julgada <i>Secundum Eventum Litis</i>	45
3.4 – A Sentença Homologatória da Transação e o Termo de Ajustamento de Conduta	47

CONCLUSÃO \_\_\_\_\_ 52

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS \_\_\_\_\_ 58

Dedico

As meus pais  
Eduardo Jorge César Guedes e  
Geruza Ribeiro Macambira Guedes.

Agradeço

Ao professor Joaquim Alencar  
pelas discussões jurídicas  
e ao professor Lúcio Mendes pela atenção.



## INTRODUÇÃO

Neste trabalho monográfico iremos apresentar: “Os Limites Subjetivos da Coisa Julgada em sede de Ação Civil Pública”.

O conhecimento que vários advogados, juizes e acadêmicos de direito ignoram o tema ou possuem uma leitura superficial do assunto, aliados a possibilidade de beneficiar o enorme contingente de pessoas que não podem se submeter aos entraves que restringem o acesso à jurisdição (taxas processuais, honorários advocatícios, despesas com perícias) nos provocaram ao encontro da literatura do processo civil coletivo.

O fato da maioria das legislações no mundo ocidental terem sido confeccionadas sob a influência do Liberalismo, onde o homem como indivíduo era tido como centro do universo, resultou na produção de todo um corpo legal (tanto de direito material como direito processual) extremamente individualista, divorciado do homem social e de sua responsabilidade perante à sociedade.

A introdução de normas como a Lei de Ação Civil Pública (LACP) e o Código de Defesa do Consumidor (CDC), que permitem que se defendam em juízo, interesses alheios (de toda uma coletividade) em nome próprio, vem de encontro ao aspecto individualista das legislações. Esta ruptura, provoca diversas discussões e interessantes pontos a serem analisados.

Institutos como a legitimação, a litispendência e habilitação como assistente litisconsorcial serão analisados sob os parâmetros não do processo civil ortodoxo, mas dentro da lógica e dos fundamentos que firmam o processo civil coletivo e a natureza dos direitos tutelados por este.

A Coisa Julgada em ACP, foco central deste trabalho, será analisada na ótica do processo coletivo, das características dos direitos metaindividuais e das argumentações que motivaram a construção da estrutura diferenciada deste instituto jurídico em tutela coletiva. Por derradeiro, analisaremos em especial tópico as mudanças introduzidas pela lei n.º 9.494/1997 que limita a eficácia da coisa julgada em sede ACP ao território em que o juiz prolator exerce jurisdição.

Para a investigação deste provocante tema, nos basearemos exclusivamente na leitura da doutrina jurídica pátria e em artigos jurídicos de especialistas do tema.

O presente trabalho está estruturado de maneira que a leitura sucessiva dos capítulos permita uma visão global do tema aqui proposto.

Na primeira parte deste trabalho, analisaremos o instituto Coisa Julgada no processo individual, com seus conceitos, espécies e limites (objetivos e subjetivos).

Na Segunda parte nos deteremos em observar os direitos metaindividuais, desde seu desenvolvimento legislativo passando pelos conceitos, espécies e exemplos. Nos três últimos tópicos desta parte nos ocupamos em analisar: a legitimidade para a defesa de interesses metaindividuais, o fenômeno da litispendência entre ACP e ações individuais e a habilitação de particulares em assistência litisconsorcial na ACP.

Na Última parte do trabalho estudaremos o instituto da coisa julgada em sede ACP: analisando o artigo 16 da LACP, a alteração introduzida pela lei n.º 9.494/1997, a coisa julgada *secundum eventum litis* e a sentença homologatória da transação.

## CAPÍTULO 1 COISA JULGADA NO PROCESSO CIVIL INDIVIDUAL

### 1.1 Considerações Gerais

Ocorrendo um conflito de interesse e não sendo este resolvido pelas próprias partes de maneira que satisfaçam os envolvidos, poderá o caso ser levado à apreciação do Poder Judiciário.

O Judiciário ao finalizar a prestação do serviço jurisdicional aos cidadãos, profere sentença resolvendo o conflito e dando como extinta aquela discussão (com aquelas partes, pedido e causa de pedir).

A coisa julgada seria a *qualidade especial dos efeitos* da sentença emanada de autoridade judicial competente que não mais permite a mutabilidade e a discutibilidade da parte decisória do comando judicial que decide o mérito da lide. Advém esta qualidade: quer porque não há mais possibilidade de reexame da matéria (todos os recursos já foram interpostos ou já não há mais prazo para interposição de recurso tempestivo) ou, ainda, houve renúncia do direito de recorrer pela parte vencida.

É consenso na doutrina jurídica que a coisa julgada não é efeito da sentença, mas qualidade que o pronunciamento judicial adquire em determinado momento. O respeito ao instituto da coisa julgada está consubstanciado na Constituição Federal: artigo 5º, XXXVI, não podendo a lei prejudicá-la. A observação à coisa julgada é um dos

fundamentos do Estado Democrático de Direito, elemento garantidor da segurança jurídica e instrumento de pacificação social.

*Não podemos olvidar que há interesse estatal no fundamento da coisa julgada. O instituto em apreço obstaculariza a repetição de demandas no Judiciário e dá carga de definitividade para as sentenças judiciais.*

## 1.2 Espécies de Coisa Julgada

A doutrina jurídica, classicamente, divide a coisa julgada em duas categorias: formal e material.

A coisa julgada formal também é denominada de preclusão máxima, em razão *da impossibilidade de a decisão ser reformada. Tem esta modalidade de coisa julgada natureza processual, por não haver mais possibilidade de recurso para reforma da decisão judicial ou a preclusão do prazo para sua interposição. Transmite a idéia de fim do processo, tornando indiscutível a decisão naquele processo em que foi proferida (efeito endo-processual).*

A versão material da coisa julgada é condicionada a existência da coisa julgada formal, isto é, só existirá a coisa julgada material existindo a coisa julgada formal. A *coisa julgada formal é pré – requisito para a formação da coisa julgada material. Versa esta modalidade de coisa julgada na impossibilidade de discussão do direito material nela inserido, não podendo ser o direito nela declarado examinado novamente por qualquer órgão do Poder Judiciário. A coisa julgada material somente se forma nas*

sentenças que analisem o mérito das questões. Nesta modalidade de coisa julgada se faz a imutabilidade da sentença *para além dos limites do processo* em que foi proferida a sentença, não se podendo discutir sobre o decidido *em nenhum outro processo* (efeito extra-processual).

### 1.3 Situações Jurídicas que não fazem Coisa Julgada

A doutrina, costumeiramente, ao explicar o instituto da coisa julgada se utiliza do tópico "não fazem coisa julgada", para explicar situações que não são acobertadas pela coisa julgada material, mas apenas pela coisa julgada na espécie formal.

Estas situações que não são beneficiadas pela coisa julgada material são estabelecidas por um dos três motivos: não resolvem de forma direta relação jurídica de direito material; são alvo de política – legislativa; por possuírem a cláusula *rebus sic stantibus* (mesmo estado das coisas), alterada a situação de fato base, poderá ser movida nova ação.

São elas: as razões de decidir; as sentenças processuais; jurisdição voluntária; o processo cautelar; as relações continuativas. Examinaremos cada uma das hipóteses a seguir:

#### a) Razões de Decidir

Prevê o CPC - Código de Processo Civil: art. 469 que as razões de decidir (os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva e a verdade dos fatos) além da questão prejudicial decidida incidentalmente no processo *não estarão acobertadas pela coisa julgada*. Esta disposição abre possibilidade de decisões incongruentes pelo Poder Judiciário na apreciação de casos concretos. Somente a parte decisória da sentença (que é uma das três partes que compõe este ato judicial, as outras são o relatório e a fundamentação), na qual o juiz decide efetivamente a lide, julgando procedente ou improcedente a pretensão deduzida em juízo é que será acobertada pela autoridade da coisa julgada material.

É importante destacar, que, se, a parte desejar o "alargamento" da coisa julgada *para as questões incidentes ao processo deverá interpor ação declaratória incidental* (CPC: art. 5º) em que a decisão é proferida de forma principal (*principaliter*), caso contrário a coisa julgada ficará restrita somente ao decisório da sentença de mérito.

#### b) Sentenças Processuais

Sentenças processuais são aquelas que extinguem o processo sem julgamento do mérito. O CPC trata das sentenças que extinguem o processo sem julgamento do mérito em seu artigo 267. As sentenças que não decidem o mérito nada resolvem sobre

as relações jurídicas e, portanto, não podendo “dispor” da estabilidade e da imutabilidade inerentes à *res iudicata* (coisa julgada).

#### c) Jurisdição Voluntária

Por expressa determinação legal (CPC: art. 1.111) não faz coisa julgada (material, somente formal) as decisões proferidas em sede de jurisdição voluntária. Em consequência, não cabe ação rescisória em jurisdição voluntária. Destaca a doutrina que o fato de isto acontecer não quer dizer, que o provimento jurisdicional concedido em jurisdição voluntária poderá ser alterado a qualquer tempo e imotivamente. Ao contrário, o provimento concedido só poderá sofrer modificação caso ocorra alteração fática que autorizem o pleito ora pretendido.

#### d) Processo Cautelar

Pela natureza do processo cautelar, que existe para proteger a eficácia do processo e por não resolver relações jurídicas, as sentenças proferidas em sede de processo cautelar não são de mérito e não fazem coisa julgada material. Como no item anterior, *havendo alteração dos fatos, que justifique, poderá o provimento cautelar ser renovado.*

#### e) Relações Continuativas

Relações Continuativas são as de trato sucessivo e que se prolongam no tempo. A relação alimentícia é o exemplo mais tradicional citado pela doutrina deste tipo de relações. O CPC trata do tema em seu artigo 471.

*No entanto, no que pese a opinião de boa parte da doutrina, entendemos como Nelson Nery e Rosa Maria de Andrade Nery (2003) que a ação de alimentos possui em sua essência a cláusula *rebus sic stantibus* (mesmo estado das coisas), ainda que taxativa manifestação do artigo 15 da Lei n.º 5.478/1968 ao afirmar que não transita em julgado a decisão judicial sobre alimentos.*

Na verdade, a sentença proferida em sede de alimentos transita em julgado, e, posteriormente, tem seus efeitos qualificados pela coisa julgada material, se “*beneficiando das qualidades*” da imutabilidade e indiscutibilidade. *Acontece que, em virtude cláusula *rebus sic stantibus*, modificada a situação de fato, poderá ser promovida nova ação (revisão ou exoneração) que possuirá causa de pedir diferente da anteriormente ajuizada.*

#### 1.4 Os Limites Objetivos e Subjetivos da Coisa Julgada

Os limites objetivos da coisa julgada dizem respeito a parte constante no decisório da sentença de mérito.



Já os limites subjetivos dizem respeito às pessoas por ela atingidas. No processo civil individual (CPC: art. 472, primeira parte), restringe-se as partes do processo, não podendo beneficiar ou prejudicar terceiros (terceiros juridicamente interessados). No processo civil coletivo, os limites subjetivos da coisa julgada têm tratamento diferenciado pela natureza e características do direito tutelado e pela forma de legitimação para estar em juízo estabelecida.

O substituído processual é atingido pelos efeitos da coisa julgada material produzida no processo em face do substituto. Por particularidades que envolve as ações coletivas, recebe tratamento diferenciado na tutela dos direitos metaindividuais. Esta regra, no entanto, para Nelson Nery e Rosa Maria de Andrade Nery (2003), que defendem a tese da *legitimação autônoma para a condução do processo* (para os direitos difusos e coletivos) acredita que os contornos diferenciados para os efeitos da coisa julgada no caso de substituição processual só existe na tutela dos direitos individuais homogêneos, em que se substitui pessoas certas e determinadas.

O assistente litisconsorcial é tratado como parte do processo em que é produzida coisa julgada material e como parte, é atingido pelos efeitos da coisa julgada material produzida. *Assistente litisconsorcial é aquele que poderia ter sido litisconsorte unitário* (facultativo) desde o início da relação processual. Trata-se no caso em destaque de exceção ao CPC: art. 472 em que sofrerá os efeitos da *res iudicata* aquele que poderá não ter agido no processo, mas é titular do direito material discutido na lide. As hipóteses de assistência litisconsorcial são aquelas de litisconsórcio facultativo – unitário.

A dinâmica atual da sociedade contemporânea provoca forte interligação entre as relações de direito material, atingindo em diversas ocasiões, com a *eficácia natural*

das sentenças judiciais, terceiros que não participaram do processo. Em outro plano, os *efeitos da sentença*, são em regra, restritos as partes do processo, não podendo afetar *terceiros estranhos a relação jurídica processual*.

Todos sem distinção são afetados pela eficácia das sentenças judiciais. Nas palavras de MARINONI e ARENHART (2004, P.676): "Eficácia é a potencialidade, a virtualidade, que é atribuída a sentença, para produzir efeitos". Efeitos é a realização concreta das eficácias e coisa julgada, como visto anteriormente é uma qualidade que torna imutável o efeito declaratório da sentença.

De acordo com a doutrina tradicional, os terceiros (estranhos ao processo) podem ser de três categorias distintas: *terceiros indiferentes*; *terceiros interessados praticamente* (interesse de fato); *terceiros juridicamente interessados*. Esta última categoria não poderá sofrer prejuízos decorrentes da autoridade da coisa julgada (CPC: art. 472), porque a possível imutabilidade do efeito declaratório da sentença provocaria prejuízo a um interesse jurídico, violando os princípios do contraditório e do devido processo legal (CF: art. 5º, LIV, LV).

A lei estabelece mecanismos para o terceiro (estranho ao processo no início) possa *intervir na lide e influir no teor das decisões que poderá atingi-lo na órbita de seus interesses jurídicos*. Um exemplo é a possibilidade deste terceiro utilizar-se do instituto da oposição, previsto no CPC: artigos 56 ao 61 (que é facultativo, possuindo natureza de ação judicial em litisconsórcio passivo necessário), ou se preferir poderá o indivíduo, esperar o desfecho do processo e ajuizar ação contra o vencedor da demanda, sem que contra ele seja imposto a autoridade da coisa julgada.

## CAPÍTULO 2 DIREITOS METAINDIVIDUAIS

### 2.1 Considerações Iniciais

Após falar do instituto da coisa julgada no processo civil ortodoxo em que os limites subjetivos restringem-se as partes do processo, passaremos a tecer comentários sobre a exceção a tal regra, ou seja, a coisa julgada com efeito *erga omnes* (contra todos).

Sem dúvida é uma ruptura ao princípio tradicional do direito em que os efeitos da *res iudicata* atinge exclusivamente as partes do processo. É também um avanço legal e sobretudo da ciência processualística a figura da coisa julgada *erga omnes* na defesa dos direitos metaindividuais que por possuírem natureza distinta dos direitos individuais (são indivisíveis, em regra) reclamam por um tratamento diferenciado do instituto da coisa julgada em relação a estabelecida ao processo individual.

### 2.2 Desenvolvimento Legislativo do Tema

Este avanço, no entanto, não é recente, nos remota a Lei de Ação Popular (Lei n.º 4717/1965). Até então, no cenário normativo brasileiro vigorava em total plenitude o tradicional princípio da coisa julgada *inter partes* (entre as partes).

À Lei de Ação Popular, cuja maior crítica é referente ao esquema de legitimação estabelecido, seguiu-se a Lei da Ação Civil Pública (Lei n.º 7.347/85: art. 16) e finalmente o revolucionário CDC – Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/90: art. 103 e 104).

O CDC engendrou uma série de inovações de alto teor técnico que aprimoraram a defesa em juízo dos interesse metaindividuais. Prevê o estatuto do consumidor a eficácia *erga omnes* e a *ultra partes utilibus* nas ações coletivas. Possibilitou também a propositura concomitantes de ação individual e coletiva, sem no entanto, induzirem litispendência. Outro benefício ao direito processual coletivo foi a consagração da possibilidade de um indivíduo que teve seu pedido indeferido em juízo sem o trânsito em julgado de sua sentença ser beneficiado por decisão proferida em sede de ação coletiva. Lembramos que o CDC e LACP estabelecem por força do artigo CDC: art. 89 (vetado) e do LACP: art. 21 (acrescentado pela lei n.º 8.078/1990) verdadeira interação, união, entre os dois diplomas legais.

Por fim, o legislador não manteve o padrão técnico – legislativo que demonstrou ao esculpir o CDC, quando da conversão em lei (Lei n.º 9.494/1997) da medida provisória n.º 1.570/1997. Diversas imperfeições e confusão de conceitos contidas na redação desta norma demonstra o desconhecimento por parte de seus autores da tutela em juízo dos direitos metaindividuais e por conseguinte do processo civil coletivo. Retornaremos a este assunto mais adiante, com a devida atenção que o tema merece.

## 2.3 Direitos Difusos, Direitos Coletivos e Direitos Individuais

### 2.3.1 Considerações Gerais

Antes de adentrarmos efetivamente no tema central de nosso trabalho, necessário se faz tecer algumas considerações sobre os direitos metaindividuais e como são tratados no tocante a legitimação para estar em juízo.

*Os direitos metaindividuais são aqueles em que interessam a uma coletividade. Não é direito público, de interesse do Estado e também não é direito privado, de interesse do indivíduo particularizado. Se encontra no meio destes dois conceitos, não se enquadrando em direito privado, mas não chegando também a ser um direito público.*

A maior ou a menor atenção legislativa na tutela dos direitos sociais decorreram do momento histórico. Em determinados momentos, os direitos individuais foram "soberanos" privilegiando as leis a defesa de direitos individualmente considerados. Em outros tempos, o social foi o foco central da preocupação parlamentar ao consagrar por exemplo leis trabalhistas e previdenciárias.

A atual Carta da República de 1988 consagra a instituição do Estado Democrático de Direito em nosso país. A consagração deste *status* exige a defesa de direitos que ultrapassam a órbita individualmente considerada, abrangendo direitos indivisíveis, pertencentes não a um pessoa determinada, mas a uma coletividade não divisível ou determinada a um grupo, classe ou categoria.

Em nosso cenário normativo esses direitos metaindividuais são os direitos difusos, direitos coletivos e os individuais homogêneos que recebem este adjetivo “homogêneos” por nascerem de uma situação de fato comum e para poderem ser tutelados pela via coletiva.

A seguir trataremos de cada espécie de direito metaindividual tutelado em nosso ordenamento jurídico; antes, no entanto, para uma assimilação mais eficiente, ousamos pedir emprestado o utilíssimo quadro sinótico desenvolvido por MAZZILLI (2004, P.55):

<b>INTERESSES</b>	<b>GRUPO</b>	<b>DIVISIBILIDADE</b>	<b>ORIGEM</b>
▪ Difusos	Indeterminável	Indivisível	Situação de fato
▪ Coletivos	Determinável	Indivisível	Relação jurídica
▪ Individuais Homogêneos	Determinável	Divisível	Situação de fato

### 2.3.2 Direitos Difusos

Esta espécie de direito metaindividual foi alvo de conceituação pelo legislador do estatuto do consumidor, como sendo os direitos transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato (CDC: art. 81, parágrafo único, I).

Pela indeterminação subjetiva, os direitos difusos são, para a maioria da doutrina, tutelados em juízo por substituição processual, espécie de legitimação *extraordinária*, ou para alguns como os processualistas Nelson Nery e Rosa Maria de Andrade Nery (2003) por *legitimação autônoma para a condução do processo*, espécie de legitimação ordinária. É autônoma, segundo estes autores, porque totalmente independente do direito material discutido em juízo. Como os direitos difusos não tem titulares determinados, a lei escolhe alguém ou algumas entidades para que os defendam em juízo.

Em resumo e para fácil assimilação, os direitos difusos são: indivisíveis, de *sujeito indeterminado e pertencente a toda a coletividade*.

São exemplos de direitos difusos enumerados pela doutrina especializada: o direito ao meio ambiente , o direito à saúde pública e o direito à cultura.

### 2.3.3 Direitos Coletivos

O CDC conceitua os direitos coletivos como sendo os direitos transindividuais de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria, ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica – base (CDC: art. 81, *parágrafo único, II*).

Direitos Coletivos, segundo MAZZILLI (2004, P.52) são os “interesses transindividuais indivisíveis de um grupo determinado ou determinável de pessoas, reunidas por uma relação jurídica básica comum”.

Os titulares de tais direitos são os membros de uma categoria, classe ou grupo determinado ou determinável, possuindo natureza indivisível (por não fracionáveis), sendo necessária ligação entre si ou com a parte contrária por relação jurídica base preexistente à lesão ou à ameaça à lesão do direito.

A mesma discussão doutrinária existe no tocante a legitimação para estar em juízo (extraordinária, na modalidade substituição processual ou ordinária na versão autônoma para a condução do processo).

Necessário termos em mente que os direitos coletivos são aqueles: de natureza indivisível; com sujeito determinado, representado por grupo, categoria ou classe e ligados entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica – base.

O direito dos índios ao seu território, o direito de uma classe de trabalhadores a um ambiente de trabalho sadio e o direito dos consumidores à informação adequada, são tradicionalmente, os exemplos mais citados quando se trata de direitos coletivos.

#### 2.3.4 Direitos Individuais Homogêneos

O CDC em seu artigo 81, III define os direitos individuais homogêneos como sendo os assim entendidos, decorrentes de origem comum.

São características principais: a divisibilidade do objeto de interesse (qualquer cidadão poderá ingressar individualmente em juízo para pleiteá-lo) , o grupo titular do direito material discutido é determinado ou determinável e sua origem se dá em situação de fato comum.



São direitos individuais em sua essência, recebendo o qualificativo de homogêneo por ficção jurídica para poderem também ser tutelados por processo coletivo.

*A defesa em juízo destes direitos se procede por substituição processual (espécie de legitimação extraordinária), não ocorrendo nesta modalidade de direito metaindividual, celeuma na doutrina sobre a forma de legitimação para estar em juízo.*

Estudiosos dos direitos metaindividuais, fazem importantes considerações sobre os direitos individuais homogêneos: Para Zavascki, (apud Grantham, 2003) a defesa dos direitos individuais homogêneos trata-se de tutela coletiva de direitos e não de direitos coletivos. Segundo Moreira, (apud Grantham, 2003), esta espécie de direito *metaindividual: "são direitos subjetivos individuais e acidentalmente coletivos"* .

Suficiente termos em mente que esta espécie de direito metaindividual possui as seguintes características: são nitidamente individuais, com sujeito determinado e unitário e se originam em uma situação de fato comum.

Exemplo tradicional de direito individual homogêneo é a ação coletiva contra a exação tributária tida como inconstitucional ou o direito à indenização de consumidores que adquiriram produtos que possuíam quantidade menor da demonstrada na embalagem.

#### 2.4 O Problema da Legitimidade na tutela dos direitos metaindividuais.

No processo civil individual ou ortodoxo a regra é que o titular do direito material coincida com a legitimidade para estar em juízo (legitimação ordinária). No processo

civil coletivo, para boa parte da doutrina nacional, em que o direito material discutido tem como principal característica a indivisibilidade (em regra) e a indeterminação de titular (no tocante aos direitos difusos), não prevalece a modalidade da legitimação ordinária e sim a extraordinária. Este tipo de legitimação consiste na não coincidência do titular do direito material apreciado em juízo com o legitimado para estar no processo como parte. A legitimação extraordinária, é exceção e só é permitida por expressa autorização da lei.

Na defesa dos direitos metaindividuais em sede de ACP ocorre, para boa parte dos processualistas, a substituição processual, espécie do fenômeno da legitimação extraordinária. *Substituição processual* é o fenômeno pelo qual alguém, em casos expressos por lei, atua em juízo em nome próprio em defesa de interesse alheio (CPC: art. 6º). O titular do direito de ação (autor ou réu) recebe o nome de substituto processual e o titular do direito material defendido em juízo pelo substituto é denominado de substituído processual. A utilização da legitimação extraordinária, anteriormente apenas se via na defesa de direitos individuais, em casos taxativamente expressos em lei. Só com o advento das ações coletivas é que houve sua ampliação.

É importante ter em mente esta diferença entre a legitimação ordinária e extraordinária. A diferença provoca resultados no mundo prático e tem extrema relevância no tocante aos limites subjetivos da coisa julgada em tutela coletiva. No processo civil individual, o substituído, que não foi parte no processo e também de forma indireta o substituto sujeitam-se aos efeitos da coisa julgada material. No processo coletivo o sistema adotado é outro, especialmente pelo conteúdo do direito material discutido (não pertencendo a um único indivíduo assim considerado) e para

evitar conluio entre as partes, que prejudicaria cidadãos que teriam seus direitos tolhidos judicialmente por substitutos processuais “descuidados”.

Nelson Nery e Rosa Maria de Andrade Nery (2003) possuem entendimento diverso sobre a *legitimação para a tutela de direitos metaindividuais em juízo*. Os doutos processualistas defendem a tese que para a tutela dos direitos difusos e coletivos (em sentido estrito) ocorre a *legitimação autônoma para a condução do processo* e não a substituição processual. O casal de processualistas funda sua posição na doutrina alemã em que só poderá ocorrer o fenômeno da substituição processual quando o substituto substituir pessoa certa e determinada, defendendo em nome próprio interesse alheio. Essa substituição por pessoa certa e determinada, segundo o douto casal, não ocorre quando da tutela de direitos difusos e coletivos, que se caracterizam pela não divisibilidade. Segundo os autores não se pode substituir a coletividade ou pessoas indeterminadas; somente na tutela dos direitos individuais homogêneos é que ocorre a substituição processual, por estes direitos serem individuais, pertencendo a pessoas determinadas e só por ficção jurídica tratados como coletivos para poderem ser apreciados em conjunto.

Apesar de minoritária, nos afiliamos ao posicionamento destes doutrinadores. Consideramos que o argumento, de apenas poder ocorrer substituição processual quando se substitui pessoa certa e determinada (o que só ocorre na defesa de direitos individuais homogêneos) fulminante. Não ocorrerá a substituição processual na tutela dos direitos difusos e coletivos por serem estes direitos indivisíveis (o que não ocorre com os direitos “acidentalmente coletivos” que são divisíveis e individuais em sua essência) não se podendo substituir processualmente sujeitos indeterminados, direito

indivisível ou substituir uma coletividade. Ocorrerá neste caso, hipótese de legitimação ordinária, da espécie autônoma para a condução do processo.

Ainda sobre o tópico da legitimidade em sede de tutela de direitos metaindividuais, afastada a discórdia entre legitimação extraordinária e autônoma para a condução do processo, é harmonioso na doutrina que a legitimação é concorrente e disjuntiva. Concorrente porque todos possuem legitimidade (LACP: art. 5º) para propor isoladamente a ação coletiva e disjuntiva porque nenhum dos legitimados terá legitimação exclusiva para a defesa em juízo dos direitos metaindividuais. Uma vez proposta a ação coletiva por um dos legitimados não poderá nenhum outro propor ação *coletiva sobre o mesmo pedido e causa de pedir, sob pena de litispendência entre as ações coletivas*. Lembramos a possibilidade dos demais co-legitimados se consorciarem (litisconsórcio inicial, ativo, unitário e facultativo) após iniciada a demanda coletiva (LACP: art. 5º, § 2º).

## 2.5 Litispendência entre Ação Civil Pública e ações individuais

Firmada seu fundamento na economia processual e na possibilidade de julgamento conflitantes, o que acarretaria em desprestígio à justiça, o instituto da litispendência visa impedir o processamento perante o Judiciário de duas causas *idênticas concomitantemente (aquelas que possuem as mesmas partes, o mesmo pedido e a mesma causa de pedir)*. A litispendência só se forma com a citação válida

(CPC: art. 219), que é o momento em que é formado o tripé do processo (autor, réu e juiz).

A litispendência é pressuposto processual negativo ao lado da coisa julgada, impedindo o julgamento do mérito da questão (CPC: art. 267, V c/c 301, § 3º).

As ações coletivas (que versem sobre as três modalidades de direitos metaindividuais) não induzem litispendência com as ações individuais (CDC: art. 104). Importante destacar que vozes autorizadas entendem que houve um equívoco do legislador ao redigir o art. 104 do CDC e não incluir como ação coletiva que não induz litispendência com as ações individuais, as que versam sobre direitos individuais homogêneos.

Outra falha do legislador ocorre na segunda remissão feita no artigo 104 do CDC ao estabelecer que os efeitos *erga omnes* e *ultra partes*, que alude os incisos II e III do artigo 103 apenas se operam aos que requererem a suspensão das suas ações individuais em um prazo de 30 dias a contar da ciência do ajuizamento da ação coletiva.

MARINONI e ARENHART (2004, P. 816) possuem posicionamento claro sobre o tema:

Há, evidentemente, na redação do dispositivo, nítido equívoco nas remissões feitas aos incisos do parágrafo único do art. 81 e aos incisos do art. 103. Não obstante grande parcela da doutrina entenda que a remissão correta estaria contemplando apenas os incisos II e III do parágrafo único do artigo 81 (e por conseqüência, os incisos II e III do artigo 103), parece adequado compreender que a remissão abrange os três incisos do artigo 103, valendo, portanto os efeitos ali descritos, para todas as espécies de ações coletivas.

Sobre estes nítidos pecados técnicos na redação do CDC: art. 104 a festejada professora GRINOVER, (apud. Grantham,2003) uma das autoras do anteprojeto de elaboração do CDC, reconhece também a falha de redação, concordando com os autores paranaenses .

A opção escolhida pelo legislador foi correta. Não poderá mesmo haver litispendência entre demanda coletiva e individual, até por que os pedidos são distintos. O pedido da ação coletiva é mais amplo, por se tratar de direito indivisível enquanto na ação individual o pedido versa apenas a ressarcimento pessoal.

Caso o ordenamento não tivesse optado por esta técnica (a não indução de litispendência entre demanda coletiva e individual) ocorreria o que GRANTHAM (2003) descreve:

Desse modo, concluiríamos que o réu na ação coletiva, o qual também figura como requerido na demanda individual poderia alegar, *preliminarmente em sua contestação, a ocorrência de duas ações idênticas, requerendo a extinção sem julgamento de mérito de uma delas.*

Neste caso ocorreria nítido desprestígio da tutela coletiva além de manifesta "brecha legal" para réus contumazes escapassem do processo coletivo.

É consenso na doutrina pátria que haverá litispendência *entre duas ações coletivas, quando forem idênticas apenas o pedido e a causa de pedir.* Neste caso, é necessário que a espécie de direito metaindividual discutido seja o mesmo, além da citação válida. A igualdade de partes não é incluída na configuração da litispendência

de duas ações coletivas pelo fato de o legitimado para propor a ação é distinto dos indivíduos que possam ter sofridos individualmente lesões. Sobre o assunto MARINONI e ARENHART (2004 P. 821), assim se manifestam:

O sujeito material do processo, portanto, permanece sendo o mesmo, ainda que distintos os legitimados formais para a ação. As ações são, por isso, iguais, havendo litispendência desde que sejam uniformes as causa de pedir e o pedido.

## 2.6 Habilitação do particular como assistente Litisconsorcial em sede de Ação Civil Pública

A possibilidade de habilitação do particular no modo de assistência litisconsorcial em ACP - Ação Civil Pública é tema de extrema relevância e diretamente conexo com o assunto analisado neste trabalho. Assistente litisconsorcial para NERY JÚNIOR e NERY Rosa (2003, P.425): “É aquele que poderia ter sido litisconsorte desde o início da demanda”. A doutrina afirma não se tratar, nestes casos, de litisconsorte (por que ingresso na ACP já em curso e não podem, por não terem legitimidade, alterar a causa de pedir e o pedido) e sim de assistência litisconsorcial, por não ser o indivíduo co – legitimado para propor ACP.

A habilitação do particular em demanda coletiva deverá ocorrer antes do trânsito em julgado da sentença do processo individual por ventura iniciado e sempre até 30 dias após a notificação nos autos do início da demanda coletiva (CDC: art. 104). Sua

relevância se opera em sede de limites subjetivos da coisa julgada e nos efeitos da sentença proferida em sede de ação coletiva.

A necessidade de possuir o particular ação a título individual, posteriormente suspensa como pré – requisito para poder se habilitar em demanda coletiva é de pouca técnica e se encontra em desarmonia com o princípio da economia processual. Deveria a legislação ter permitido a habilitação de quaisquer indivíduos, mesmo aqueles que não possuíssem ações individuais já interpostas.

Como veremos a seguir, se o indivíduo habilitar-se em demanda coletiva será considerado como parte, podendo arrolar testemunhas, requerer perícias, recorrer e *estará exposto diretamente aos efeitos da sentença proferida na demanda coletiva*, inclusive em caso de improcedência por motivo diverso da deficiência do corpo probatório (não se beneficiando da coisa julgada *secundum eventum litis*).

No entanto, mesmo sendo considerado parte, não poderá dar continuidade na ACP em caso de desistência do legitimado ativo, por não possuir o direito de ação, que é delegado apenas aos arrolados na LACP: art. 5º e CDC: art. 82.

Ao possuir como objeto, a ação coletiva, direito difuso *não* existirá, em regra, a possibilidade de o indivíduo habilitar-se em assistência litisconsorcial em ação coletiva que verse sobre esta modalidade de direito metaindividual. Por serem estes direitos pertencentes a um grupo indeterminado de sujeitos e não passíveis de divisão, por conseqüência lógica, não poderá o particular propor ação individual para tutelar direito que por ventura considere seu e também, por não possuir legitimação para a defesa desta espécie de direito em juízo. (LACP: art. 5º).



MAZZILLI (2004, P. 296) destaca com toda propriedade, que a intervenção de indivíduos em demanda coletiva que trate de direitos difusos como assistente *litisconsorcial* é possível quando:

[...] a hipótese em que o cidadão poderia fazer idêntico pedido por meio de ação popular; e na hipótese em que o indivíduo, lesado pelo mesmo dano que se discute na ação coletiva, pretenda beneficiar-se *in utilibus* do julgamento do processo coletivo, e, após ter requerido a suspensão de seu processo individual, habilita-se como assistente *litisconsorcial* no processo coletivo.

Concordamos com o autor paulista. Um mesmo dano poderá dar fundamento a interposição de demandas coletivas e individuais, somado a isto uma sentença proferida em sede de processo individual pode irradiar sua eficácia (não seus efeitos) a terceiros, beneficiando não só o autor da demanda, mas também os seus vizinhos por exemplo.

Suponhamos que em demanda coletiva que versava sobre a não construção de um aterro sanitário em determinado bairro, tenha sido julgada improcedente. Com base no CDC: art. 103, §1º e Código Civil: art. 1.277, o senhor X propõe uma ação individual visando a não construção do aterro em seu bairro, e obtém a procedência de seu pedido. A não construção do aterro sanitário no bairro onde reside o senhor X, não irá apenas beneficiá-lo, mas também todos os seus vizinhos. Trata-se neste caso, de eficácia coletiva da sentença que atinge a todos indistintamente e de possível dano (a construção de aterro sanitário) que foi causa de pedir tanto na demanda coletiva como na ação individual.

Ao tratar a demanda coletiva de direitos coletivos (*em sentido estrito*), poderá ocorrer a habilitação do particular na ação coletiva, desde que tenha proposto ação a

título individual para *exigir para si*, direito que também pertence a outras pessoas (integrantes de um grupo, categoria ou classe) e não somente a ele como cidadão. Esta possibilidade decorre da própria definição desta espécie de direito. Apesar de serem direitos metaindividuais, possuem titulares determinados, podendo ser exigidos pelo particular em processo individual. Como dito anteriormente, ao habilitar-se, o particular estará se sujeitando a *res iudicata* proferida na ação coletiva, como parte fosse. Podemos afirmar, que nestes casos, para o habilitado ocorrerá o tradicional efeito *inter partes*, já que será considerado "parte" no processo coletivo, se sujeitando inclusive a improcedência por fundamento diverso da insuficiência do corpo probatório.

No tocante as ações coletivas que versem sobre direitos individuais homogêneos (acidentalmente coletivos) a possibilidade de assistência litisconsorcial é manifesta pela própria natureza deste tipo de direito que é essencialmente individual e só qualificado como coletivo para poderem ser apreciados em bloco. O CDC: art. 94 estabelece esta possibilidade de maneira clara e objetiva, sem deixar dúvidas sobre sua aplicação e eficácia. Como nos direitos coletivos o particular que se habilitar em demanda coletiva que trate de direito individual homogêneo será considerado parte e se sujeitará aos efeitos da sentença ali proferida.

## CAPÍTULO 3 LIMITES SUBJETIVOS DA COISA JULGADA EM SEDE DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA

### 3.1 Desenvolvimento do Tema

O CDC – Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/1990) trata em seus artigos 103 e 104 dos efeitos da coisa julgada na tutela de direitos metaindividuais, prevendo uma ruptura ao tradicional efeito *inter partes* previsto no direito processual *ortodoxo*. Existe uma verdadeira interação entre o CDC e a Lei da ACP (lei n.º 7.347/195), CDC: art. 89 (vetado) e LACP: art. 21. Por isso a matéria da coisa julgada em sede de tutela coletiva é a determinada pelo CDC nos artigos 103 e 104. Por serem direitos indivisíveis (em regra) e possuírem características particulares, a autoridade da *res iudicata* nos direitos ora apreciados irão gerar efeitos *erga omnes* (contra todos) possuindo tratamento diverso do estabelecido no processo individual.

O artigo 103 do CDC menciona determinado efeito subjetivo para a coisa julgada de acordo com a espécie de direito metaindividual objeto da demanda coletiva.

Versando a ação civil pública sobre *direitos difusos* (onde não há o fenômeno da litispendência com as ações individuais) e (não é possível, salvo as duas hipóteses anteriormente mencionadas a habilitação do particular como assistente litisconsorcial), prevê o CDC efeitos *erga omnes* (contra todos) em caso de procedência e improcedência.

No caso de procedência, todos os particulares serão beneficiados, operando o efeito *erga omnes* em sua plenitude. Os particulares não precisaram passar pela fase cognitiva, apenas necessitarão liquidar a sentença coletiva e posteriormente executá-la.

Caso a ação coletiva que trata de direito difuso seja julgada improcedente por insuficiência do corpo probatório, poderá esta ação "ser renova" por qualquer dos legitimados (inclusive o que impetrou anteriormente) baseada no mesmo fato, desde que sobrevenha prova nova. Neste caso, haverá apenas a formação da coisa julgada formal. O legislador aqui reconhece que a "representação" poderá não ser eficaz a gerar a cognição exauriente. Não podendo, por isso, ter o direito que possa pertencer a uma coletividade não ser reconhecido por que foi "representado" por legitimado negligente ou incompetente.

Sendo julgada improcedente (por motivo diverso que não a deficiência de provas) o efeito *erga omnes* estabelecido, apenas atinge ou fica restrito aos entes e as pessoas legitimadas ativas para a interposição da ação coletiva e não a coletividade como um todo (coisa julgada *secundum eventum litis*, sempre *in utilibus*).

Os lesados individualmente considerados, só serão atingidos pela coisa julgada em caso de procedência da ação coletiva. A improcedência somente se opera perante os demais legitimados, ocorrendo coisa julgada *pro omnes*. Sendo julgada a demanda coletiva improcedente (que não a deficiência de provas) poderá os indivíduos proporem ações a título individual a fim de reparação ao dano, que por ventura tenham, particularmente sofrido.

Versando a ação coletiva sobre *direitos coletivos* (em sentido estrito) os efeitos da coisa julgada serão em regra *ultra partes* (além das partes) limitadamente para o grupo, categoria ou classe. Em caso de procedência da ação coletiva, os particulares

integrantes do grupo, categoria ou classe serão beneficiados, não necessitando interpor ação para reconhecer seu direito, bastando apenas que liquide e execute o título judicial.

A ressalva da improcedência pela insuficiência de provas foi repetida (o efeito *ultra partes*, neste caso não se opera), assim como a possibilidade de renovação da demanda, no caso de prova nova, por qualquer dos legitimados. Nesta hipótese só ocorrerá a formação da coisa julgada formal.

Na defesa dos direitos coletivos *há possibilidade de habilitação como assistente litisconsorcial*, por isso precisamos analisar alguns situações importantes: O indivíduo que tenha proposto ação a título individual para exigir para si, direito ou reparação de danos sofridos em sua órbita particular poderá requerer a suspensão da ação promovida, habilitando – se ou não na ação coletiva; Se habilitar-se será afetado pelos efeitos da coisa julgada (procedente ou improcedente), se expondo ao tradicional efeito *inter partes*; Não habilitando-se na demanda coletiva só sofrerá os efeitos da coisa julgada em caso de procedência, sendo improcedente a demanda coletiva poderá dando continuidade a sua ação, ver seu direito reconhecido judicialmente ou ser ressarcido dos danos que por ventura tenha sofrido.

Em sede de tutela de direitos coletivos (em sentido restrito) ocorre a mesma engenharia projetada aos direitos difusos. Caso a demanda coletiva seja julgada improcedente por motivo diverso da insuficiência do corpo probatório o efeito *ultra partes* somente operará ou ficará mitigado aos legitimados ativos para a ação coletiva e não para os interessados individuais que foram “representados” na ação coletiva. Mais uma vez se verifica a coisa julgada *pro omnes*. Esta engenharia, caso não fosse adotada, feriria os princípios constitucionais do devido processo legal e do contraditório

(CF: art. 5º LIV e LV). Apesar de estabelecer um certo desequilíbrio entre as partes, por ter o réu a possibilidade de se defender duas vezes sobre o mesmo fato, é algo necessário e de extremo conhecimento técnico.

Sendo objeto da ação coletiva *direitos individuais homogêneos*, em caso de procedência os efeitos da coisa julgada será *erga omnes*, beneficiando todas as vítimas e seus sucessores. Considera a doutrina dominante que aqui estaria uma espécie da coisa julgada *secundum eventum litis*, denominada coisa julgada *in utilibus*.

Como nos demais direitos metaindividuais, em caso de procedência, os particulares estarão “dispensados” de interpor ação judicial que reconheça seu direito, *bastando apenas que liquide a sentença e posteriormente a execute*.

Tratando a ACP de direitos individuais homogêneos, *não poderá a ação ser renovada quando a improcedência vier fundamentada pela deficiência do corpo probatório*. Esta opção legislativa faz sentido. Por serem estes direitos, apenas acidentalmente coletivos, podendo livremente serem defendidos judicialmente por seus titulares, não há necessidade jurídica ou de caráter técnico - processual para a abertura desta possibilidade de renovação da demanda.

*A improcedência por motivo diverso da deficiência do corpo de provas, não possuirá efeito erga omnes*. Como dito anteriormente, como são direitos na sua essência individuais, se a demanda coletiva for julgada improcedente, nada impede que particulares interponham ações individuais para tutela de seus direitos, que neste caso, poderão ser até melhor “representadas” podendo ter desfecho diverso daquele declarado na demanda coletiva.

Como nos direitos coletivos (em sentido estrito) *é possível a habilitação como assistente litisconsorcial na tutela dos direitos individuais homogêneos*. No tocante ao

fenômeno da litispendência, por entendimento doutrinário, demonstrado anteriormente, deve-se entender que as ações coletivas que versem sobre direito individual homogêneo não induzem litispendência com ações individuais (houve um equívoco na redação do CDC: art. 104).

Não havendo ação a título individual em andamento, o particular será beneficiado pelo efeito *erga omnes* da coisa julgada na demanda coletiva em caso de procedência. Sendo improcedente (por fundamento diverso da deficiência de provas) não será o particular atingido pelo efeito da *res iudicata*, podendo propor posteriormente ação individual para reparação de possível dano sofrido.

Havendo ação individual e o particular tendo requerido a suspensão de sua demanda no tempo hábil (30 dias da notificação nos autos da ação coletiva) e sendo aceita sua habilitação como assistente litisconsorcial estará sujeito aos efeitos da demanda como parte, independente de procedência ou improcedência.

Havendo ação individual, mas não habilitando-se como litisconsorte os efeitos da coisa julgada só será transmitida a ele se for para beneficiá-lo, em caso de improcedência deverá seguir com sua demanda individual.

Existindo a ação individual e não requerendo a suspensão do feito, abdica-se dos efeitos da coisa julgada, não sendo nem beneficiado e nem prejudicado, devendo prosseguir sua ação até o provimento final.

Sobre o conceito prova nova MARINONI e ARENHART (2004, P.815), assim se manifestam:

A noção de prova nova, como utilizadas em outros campos do direito processual civil, não cinge à prova surgida após a conclusão do processo anterior. Na verdade, pode ser utilizada qualquer prova, ainda

que já existente e conhecida (mas não utilizada por má-fé ou por falta de preparo, não importa). Desde que presente essa prova nova, qualquer legitimado – mesmo aquele que propôs a primeira ação – pode intentar novamente a ação coletiva.

Para o ambiente de improcedência por deficiência do corpo probatório em ações coletivas, de maneira diversa dos autores paranaenses, Braga (apud Grantham,2003): *"Prova nova é todo elemento probatório que não pôde ser produzido na instrução anterior, seja por impossibilidade física ou por falta de conhecimento pela parte de sua existência"*.

Possuímos posicionamento que prova nova é aquela que estava a parte, na relação jurídica processual anterior, impossibilitada de se utilizar deste meio de convencimento, por razões físicas que tornavam impossível o acesso a elas. A não utilização da prova na primeira relação processual por despreparo ou má – fé e seu posterior aproveitamento em nova demanda, fere em nosso entendimento, o princípio da segurança jurídica nas relações jurídico – processuais.

A possibilidade de renovação da demanda ao Poder Judiciário sobre o mesmo fato (com mesmo pedido e mesma causa de pedir) é de fundamental relevância e prova um avanço do legislador ao tratar a tutela dos direitos metaindividuais (em sentido estrito, já que não há esta possibilidade no tocante a ações coletivas que versem sobre direitos individuais homogêneos).

Sobre este avanço, os doutrinadores MARINONI e ARENHART (2004, P.814) possuem um posicionamento que, julgo interessante trazer para o contexto deste trabalho:



Quando o legislador afirma que a mesma ação coletiva pode ser proposta com base em prova nova, há ruptura com o princípio (que é uma ficção necessária) de que a plenitude do contraditório é bastante para fazer surgir a cognição exauriente. Há em outras palavras, expressa aceitação das hipóteses de que a participação do legitimado (art. 82) no processo pode não ser capaz de fazer surgir a cognição exauriente, e de que essa deficiente participação não pode prejudicar a comunidade ou a coletividade.

### 3.2 As alterações trazidas pela Lei n.º 9.494/1997

A lei n.º 9.494/1997 nasceu da medida provisória n.º 1.570-4 vindo na contra mão da tutela dos direitos metaindividuais. A mal sucedida lei nasceu falha já em seu aspecto formal, quando veio ao mundo jurídico pela excepcionalíssima via da medida provisória em situação que não preenchia o requisitos para sua formação, ou seja, os requisitos da urgência e relevância (CF: art. 62). Ademais vários são os argumentos encontrados pela doutrina pátria para a não aplicação da nefasta e mal sucedida lei. A referida lei alterou o artigo 16 da LACP, que neste momento possui a seguinte redação:

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

Este dispositivo de lamentável redação veio na marcha ré da tutela de direitos metaindividuais e contém forte elemento político na sua confecção. O poder Executivo antes desta lei estava sendo "incomodado" em suas políticas governamentais pelas demandas coletivas. Exemplo tradicional foi a suspensão de leilões na fase de "ouro" das privatizações.

A seguir, enumero e comento os vários argumentos produzidos pela doutrina nacional que são contundentes em afirmar a inconstitucionalidade e até a própria ineficácia da mal sucedida lei n.º 9.494/1997.

Primeiramente ao alterar o artigo 16 da LACP o legislador demonstrou de maneira expressa não conhecer a reciprocidade e a interação existente entre o CDC e a LACP. A alteração, ainda que um retrocesso na tutela dos direitos metaindividuais, deveria ter ocorrido no CDC e não na lei de Ação Civil Pública.

Doutos da ciência processual, entre eles o casal Nelson Nery e Rosa Maria de Andrade Nery (2003), defendem a tese que a lei 9.494/1997 alterou o que não mais estava em vigor. Segundo os autores, ao tratar de maneira completa e detidamente o instituto da coisa julgada em demandas coletivas, o artigo 16 da LACP foi revogado de maneira implícita pelo CDC (Lei de Introdução ao Código Civil: art. 2º, §1º). Como dito anteriormente, caberia ao legislador alterar o CDC e não o artigo 16 da LACP.

Confunde o legislador jurisdição e competência (qual órgão do Poder Judiciário está investido de jurisdição para apreciar a causa) com os limites da coisa julgada. O critério territorial serve apenas para a determinação do juiz competente e nunca para limitar o alcance dos limites subjetivos da coisa julgada. Além disso, a competência em sede de ACP é absoluta, por ser estabelecida pelo critério funcional (LACP: art. 2º) e não relativa, sob o fundamento territorial, como trata a matéria o LACP: art. 16.

Além dos argumentos já analisados, outros existem, que observam a atual redação do artigo 16 da LACP com os princípios constitucionais consagrados na Carta de 1988.

Com a limitação territorial dos efeitos da sentença proferida em sede de ação coletiva criaríamos uma classe distinta de lesados, pelo mesmo fato, ocorrendo grave violação ao princípio da isonomia (CF: art. 5º, *caput*).

Pela natureza peculiar dos direitos metaindividuais, que em regra são indivisíveis, a limitação dos efeitos da coisa julgada conforme preceitua a lei n.º 9.494/1997, resultará em tratar classe de pessoas em idêntica situação jurídica de maneira diversa, afrontando o princípio constitucional da isonomia. O tratamento diversificado se baseará apenas e tão somente em critério geográfico e não na lesividade do direito e sua indivisibilidade.

Sobre este argumento MARINONI e ARENHART (2004, P. 819) com propriedade, assim se posicionam:

Em especial, considerando-se que os direitos difusos, são por sua própria natureza, *transindividuais* outorgar limites a coisa julgada ou aos efeitos da sentença seria, inquestionavelmente, dar a um só direito a possibilidade de dois tratamentos diferentes.

Esse posicionamento é ratificado por SOUZA MOTAURI (2003, P.201):

Em outras palavras, admitir-se a constitucionalidade do dispositivo em comento implicaria permitir-se que pessoas que possuam exatamente a

mesma situação jurídica venham a ser tratados desigualmente – o que sabe a disparate.

Se analisarmos que os efeitos da sentença se restringirão para a área territorial em que o órgão prolator exerce jurisdição, para uma completa defesa de direitos metaindividuais que alcancem regiões, vários Estados da nação ou todo o país, será *necessário interpor uma ação coletiva em cada comarca, cerceando o acesso à justiça e ferindo o princípio da inafastabilidade da jurisdição (CF: art. 5º, XXXV ) e a própria eficácia da jurisdição coletiva. Bem observa este problema SOUZA (2003) e assim se posiciona:*

*Em sendo aplicada a referida lei, várias ações fragmentadas e com similar objeto seriam impetradas em juízos diversos, quando na verdade, apenas uma seria necessária e apta a empregar a celeridade, eficácia e economia almejadas pelo moderno processo civil.*

Necessário termos em mente que além das falhas do legislador já comentadas, ao redigir o artigo 16 da LACP, foi cometido um erro “primário” da ciência do direito: confundir direito material com direito processual.

A lei 9.494/1994 provocou uma desarticulação do direito material (caracterizado e estabelecido no parágrafo único do artigo 81 do CDC). O direito material jamais poderá sofrer restrições pela via processual, por possuírem contornos próprios e por ser a via processual mero instrumento para a efetividade do direito material. Sobre o tema, Moraes, (apud Souza, 2003) possui o seguinte ponto de vista: “A extensão do

juulgado será comandada pelo direito material, cuja realidade em si é suficiente para o delineamento dos limites subjetivos e objetivos da *res iudicata*".

Por fim, a lei n.º 9.494/1997 estabelece um conflito entre o parágrafo único do art. 2º da LACP e o artigo 16 da mesma lei (ambos alterados por ela). O parágrafo único do artigo 2º da LACP determina que ocorrerá prevenção do juízo, isto quer dizer, que deverá ocorrer a reunião de processos e julgamento único, de demandas coletivas conexas. Lembramos que conexas são as ações que possuem a mesma causa de pedir e o mesmo objeto, mas pedidos diversos. Visa o dispositivo impedir a multiplicação de ações civis públicas conexas perante juízos diferentes e a possibilidade de sentenças logicamente conflitantes. Interessante observar, que o julgamento do juízo preventivo terá seus efeitos irradiados para todas as comarcas em que o dano tenha se materializado, em flagrante confronto com a recente redação dada ao artigo 16 da LACP.

Para um desfecho digno, trago ao corpo deste trabalho, o posicionamento de Mancuso, (apud Souza, 2003) sobre o tema:

De sorte que a questão de saber quais as pessoas atingidas por essa 'autoridade da coisa julgada' deve ser tratada sob a rubrica dos limites subjetivos desse instituto processual dito 'coisa julgada' e não, nos parece, sob a óptica de categorias outras, como a jurisdição, a competência, a organização judiciária. Aqueles limites...no âmbito das ações de tipo coletivo - justamente porque aí se lida com indeterminação de sujeitos e com indivisibilidade do objeto - o critério deve ser outro, porque impende atentar para a projeção social do próprio interesse metaindividual. Tudo assim refluí para que a resposta judiciária, no âmbito da jurisdição coletiva, desde que proferida de juiz competente, deve ter eficácia até onde se revele a incidência do interesse objetivado, e por modo a se estender a todos os sujeitos concernentes, e isso, mesmo em face do caráter unitário desse tipo de interesse, a exigir uniformidade do pronunciamento judicial.

### 3.3 Análise da Coisa Julgada *Secuncum Eventum Litis*

A coisa julgada *secundum eventum litis*, nasceu da necessidade de um tratamento diferenciado deste instituto em sede de direitos metaindividuais. Não se pode conceber que institutos que foram produzidos para o processo individual tenham aplicação idêntica em processo que envolve direitos em regra indivisíveis. As regras do processo civil foram “fabricadas” para serem eficazes em processos que envolvessem direitos disponíveis e divisíveis, com manifesto toque individualista. Esta era a mentalidade das codificações traçadas sob as luzes do Iluminismo.

Nesta espécie de coisa julgada (*secundum eventum litis*) em que a motivação da improcedência da sentença indica a ocorrência ou não da imutabilidade de seus efeitos) sofreu e ainda provoca repúdio jurídico de alguns estudiosos da ciência do direito. Os argumentos são bem articulados, mas pecam em tentarem atribuir pensamentos ou “princípios” do processo civil individual em sede de tutela coletiva.

Imputam alguns estudiosos que a coisa julgada *secundum eventum litis* feriria o princípio da isonomia - com forte desequilíbrio entre as partes e abriria a possibilidade de sentenças contraditórias. Além de considerarem inaceitável a possibilidade de “renovação da demanda” quando a sentença de improcedência vier fundamentada na deficiência do corpo probatório.

A possibilidade de “repetição” da demanda coletiva quando a improcedência se der por insuficiência do corpo probante se verifica desde a Lei de Ação Popular e se fundamenta no reconhecimento do legislador de que a modalidade de legitimação estabelecida em sede de ACP poderá ser incapaz de produzir a cognição exauriente e

pelo justo receio de que a atividade de um legitimado ativo negligente poderia provocar um dano efetivo e real aos particulares, que teriam seus direitos impedidos *judicialmente por um processo que não tiveram a oportunidade de interferir na cognição feita pelo juiz.*

O argumento de que poderá acontecer sentenças contraditórias é desprovido de fundamento jurídico. Ele não se manifesta por que quando a improcedência da sentença em sede de ACP (por motivo diverso da insuficiência do corpo de provas), seus efeitos só afetarão o autor e os demais legitimados ativos. Não atingirá os particulares, que poderão interpor ações individuais, que são demandas diversa da *coletiva.*

A questão do desequilíbrio entre as partes é reconhecida por uma das autoras do anteprojeto do CDC, a professora Grinover (apud Dawalibi, 2001) mas se trata de um desequilíbrio apenas *em termos de chances* e não no aspecto jurídico. Argumenta a autora que entre as opções disponíveis, a escolhida foi a única juridicamente séria e constitucional.

O desequilíbrio estaria no fato de o réu coletivo ter que defender-se duas vezes *pelo mesmo fato (uma vez na demanda coletiva e outra, possivelmente, na demanda individual).* A autora argumenta que melhor foi adotar esta técnica que outra que atribuísse efeitos *erga omnes* em plenitude aos particulares, que poderiam ter seus direitos impedidos de serem reclamados, por um processo em que não foi parte mas apenas superficialmente “representado” judicialmente. Somado a isto existe a possibilidade de conduta artilosa entre o autor (que age em defesa de interesse alheio) e o réu, que poderiam facilmente “produzir” uma coisa julgada com efeitos *erga omnes, oponível a todos, prejudicando a coletividade.*

Argumenta a doutrina pátria que caso adotasse esta última “opção” os prejuízos aos particulares seriam reais e concretos, enquanto pelo “esquema” escolhido os efeitos que atingem o réu não são concretos, já que quando da liquidação da sentença coletiva e da posterior execução, o particular deverá provar a existência do dano em sua esfera individual, o nexo causal e seu montante, em contraditório com o réu, que terá oportunidade para desenvolver ampla defesa.

O reconhecimento da possibilidade de falhas na “representação” processual (podendo provocar possíveis prejuízos a coletividade), causadas pelo legitimado para a demanda coletiva (quando da insuficiência do corpo probatório) estabelecendo a possibilidade de renovação da demanda e a aplicação *erga omnes* dos efeitos da sentença restrito apenas aos legitimados ativos em caso de improcedência (por motivo diverso da deficiência das provas) é sem dúvida o reconhecimento da necessidade de um tratamento todo especial ao processo coletivo, além da ruptura a “princípios” e dogmas tradicionais do processo civil individual.

### 3.4 A Sentença Homologatória da Transação e o Termo de Ajustamento Conduta

É necessário confessar que a princípio transação e direitos metaindividuais parecem não serem compatíveis. As particularidades que envolvem este tipo de direito não nos permite pensar em transação, quer judicial ou extrajudicial, por esta envolver em sua essência a disponibilidade de direitos e a renúncia recíproca entre as partes. Não se pode renunciar o que não pertence exclusivamente a uma pessoa.



Porém a própria legislação (LACP: art. 5º, §6º), a jurisprudência e a doutrina especializada tem entendido ser possível a transação em sede de direitos coletivos.

Sabemos, pelo dissertado anteriormente, que o legitimado para estar em juízo na tutela dos direitos coletivos são órgãos ou entidades que são escolhidos por lei, para a defesa de direitos que não são só patrimônio de uma pessoa particularizada, mas de toda uma coletividade. Por isso, os legitimados (CDC: art. 82 e LACP: art. 5º) não possuem a possibilidade de dispor destes direitos. Existe apenas a possibilidade de disponibilidade do processo, mas nunca do conteúdo material dele, isto é, do direito material controvertido.

A LACP: art. 5º, §6º admite a possibilidade de os órgãos públicos legitimados poderem tomar ajustamento de conduta com o interessado. Estabelece a lei eficácia de título executivo extrajudicial ao termo firmado entre as partes.

No entanto, existe uma discussão doutrinária acerca da eficácia do LACP: art. 5º, §6º, que foi introduzido por força do CDC: art. 113. Interessante observar que o CDC: art. 82, §3º que versava a possibilidade de transação em sede de direitos coletivos do consumidor foi vetado pelo Presidente da República no ato que promulgou o CDC. Por falha da acessoria jurídica, o Presidente vetou apenas o CDC: art. 82, §3º e não CDC: art. 113 que trata do mesmo assunto, mas pela reciprocidade que envolve a LACP e o CDC, tem até maior amplitude, envolvendo não apenas as relações jurídicas que envolvam o consumidor, mas todas as espécies de direitos metaindividuais.

Analisando a matéria o STJ – Superior Tribunal de Justiça (no Recurso Especial n.º 222.582-MG, 2ª T. STJ, j. 12-03-2002, v. u., rel. Min. Milton Moreira, DJU, 29-04-2002, p.166.) e os principais doutos da matéria entendem que o CDC: art. 113 foi

promulgado, podendo haver ajustamento de conduta com eficácia de título executivo extrajudicial entre um dos co-legitimados (órgão público) e o possível réu da ACP.

*Entendem os estudiosos da matéria que apenas o Ministério Público, a União, os Estados, os Municípios, Distrito Federal, órgãos públicos ainda que sem personalidade jurídica (desde que destinados a defesa de direitos de metaindividuais), fundações públicas e autarquias poderão firmar termo de ajustamento de conduta com o interessado. Esta limitação, segundo entendimento doutrinário, se funda no princípio que os demais legitimados não são órgãos públicos de acordo com o prisma adotado pela lei. Ficaria de fora da possibilidade de firma o TAC - Termo de Ajustamento de Conduta: os sindicatos, as associações civis, as fundações privadas, empresas públicas e sociedades de economia mista. Estas duas últimas, estariam impossibilitadas por, apesar de terem natureza pública, são entidades de direito privado e o fato de atuarem no mercado financeiro poderiam provocar manifesta desigualdade na ordem jurídica, neste ramo de atividade.*

O TAC possui natureza jurídica de título executivo extrajudicial, só podendo ser firmado por órgão público legitimado a propor ACP e não necessitando ser homologado pelo Judiciário (CPC: art. 585, VII). O órgão público ao firmar o TAC nada se compromete e nada se obriga, apenas implicitamente "renuncia" a possibilidade de interpor ACP, já que possui título extrajudicial em que o interessado se compromete em adequar sua conduta as cominações ali estabelecidas e ao ordenamento jurídico. O órgão público que firma o TAC tem o dever de fiscalizar o cumprimento do pacto em face do interessado. Pode o Ministério Público executar o TAC firmado por outro órgão público que não empreendeu esforços na fiscalização e na posterior execução do termo.

A transação poderá também ser formalizada no bojo da ACP. Terá, neste caso, natureza jurídica de título executivo judicial, extinguindo o processo com julgamento do mérito CPC: art. 269, III. A transação judicial poderá ocorrer também na fase recursal.

*Em caso de discordância de um ou mais legitimados em relação ao TAC pactuado entre um outro legitimado e o causador do dano, poderão os legitimados proporem ACP reivindicando obrigação não constante no TAC.*

Alguns doutrinadores destacam a possibilidade da interposição de ação anulatória em face do termo de ajustamento, mas pela indisponibilidade do direito material e a legitimação concorrente e disjuntiva em sede de ACP, melhor solução é a interposição direta de ACP pedindo direito não previsto ou pactuado no texto do *comprometimento*.

Como afirma MAZZILLI (2004, P. 355) o TAC constrói “uma garantia mínima a coletividade e não um limite máximo de responsabilidade”. O que foi pactuado e formado entre as partes em sede TAC é o mínimo que foi garantido a coletividade, possíveis omissões do termo de ajustamento poderão livremente serem reivindicados pelos demais legitimados perante o Poder Judiciário.

Quando o ajustamento de conduta ocorrer durante o trâmite da ACP, tendo por *objeto questões controvertidas e discutidas em juízo e querendo as partes verem extinta a relação jurídica processual*, necessária será a homologação judicial, com sentença de mérito (CPC: art. 269, III).

Esta sentença de mérito terá efeitos *erga omnes* ou *ultra partes*, conforme o caso, por se tratar de tutela de direitos coletivos. Os efeitos *erga omnes* ou *ultra partes* porém ficarão adstritos as obrigações constantes no acordo homologado judicialmente e não sobre todo o objeto do processo (que versa sobre direitos indisponíveis, que não

podem ser alvo de renúncia). No processo individual, diferentemente do processo coletivo, a transação abrange todo o objeto do processo, por serem os direitos ali tratados disponíveis.

## CONCLUSÃO

Pela extensão do assunto e as inúmeras divergências que provoca, o tema que analisamos não se exaure nesta pesquisa. Fica aqui, apenas nosso parecer e nossa investigação, que esperamos ser credora em relação a nobre obrigação que provocou a construção deste trabalho.

Como pressuposto necessário para a compreensão do tema, começamos nossa apresentação com a coisa julgada no processo individual. Naquele ponto analisamos seu conceito, fundamento, necessidade e espécies. Nos preocupamos também com as situações jurídicas que são declaradas pela doutrina como que “não fazem coisa julgada”. Neste tópico falamos das relações continuativas e do clássico exemplo da lei de alimentos, que por possuir implicitamente a cláusula *rebus sic stantibus*, modificada a situação de fato, enseja o ajuizamento de nova ação, com causa de pedir diversa da anterior ação alimentícia proposta.

Prosseguindo, adentramos no objeto da Ação Civil Pública – ACP: os direitos metaindividuais. Fizemos considerações iniciais advertindo desde logo a exceção ao tradicional efeito *inter partes*. Por serem, em regra, indivisíveis e de sujeitos não particularizados a coisa julgada em sede de tutela de direitos metaindividuais abrangem todos aqueles que tiveram os direitos ali tutelados feridos.

Nos preocupamos com a conceituação dos direitos metaindividuais dando enfoque a definição legal destes direitos estabelecido pelo Código de Defesa do Consumidor – CDC. Enumeramos os elementos caracterizadores de cada espécie de

direito e ao final, exemplificamos . Neste ponto já advertíamos de antemão da divergência doutrinária no tocante a forma de legitimação destes direitos em juízo.

Na última parte do segundo capítulo deste trabalho voltamos nossa atenção a três pontos que possuem íntima relação com os efeitos da coisa julgada em sede de ACP. São eles: o problema da legitimidade da tutela dos direitos metaindividuais, a litispendência entre ações individuais e ACP e a problemática da habilitação de particular como assistente litisconsorcial.

O problema da legitimação na defesa em juízo de direitos metaindividuais é altamente conflitante e de considerável riqueza técnica. Discordando da maioria da doutrina e sendo partidário de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, nos afiliamos ao posicionamento de que a substituição processual (espécie de legitimação extraordinária, somente permitida nos casos expressamente previstos em lei) somente poderá ocorrer quando se tratar da defesa de direitos individuais homogêneos. Por serem na sua essência individuais, de sujeito determinável e divisíveis (o que não ocorre com as outras duas espécies de direitos metaindividuais) a substituição processual se estabelece. Nesta modalidade de direitos transindividuais se substitui pessoas certas e determinadas. Não nós parece juridicamente aceitável, apesar das respeitáveis vozes em contrário, poder ocorrer substituição processual em modalidades de direitos indivisíveis e de sujeitos indeterminável ou determinável a grupos, classes ou categorias.

Pelo nosso entendimento e da maioria dos doutrinadores não é possível a existência do fenômeno da litispendência entre ACP e demandas individuais. O pedido da demanda coletiva é mais amplo e abrangente do que o formulado em ação individual. Se por ventura pudesse ocorrer a litispendência neste caso, o réu "cliente" de

demandas coletivas facilmente se safaria das garras do processo coletivo, alegando em contestação a existência de outra ação com mesmo pedido e mesma causa de pedir, requerendo a extinção da ação semelhante sem julgamento do mérito. Isto tudo acarretaria um manifesto desprestígio ao processo coletivo, o que definitivamente não quis o legislador do CDC.

O entendimento dos efeitos subjetivos da coisa julgada em sede de ACP requer o conhecimento das conseqüências de uma possível habilitação como assistente litisconsorcial de particular no processo coletivo. A habilitação do particular em ACP necessita, por força de lei, ser feito antes do trânsito em julgado da demanda individual e até 30 (trinta) da notificação nos autos da ação coletiva.

Em regra, somente em Ações Civas Públicas que versarem sobre direitos coletivos e individuais homogêneos é que poderá ocorrer a habilitação de particular. Salvo as hipóteses acenadas por Hugo Nigro Mazzilli no tocante aos direitos difusos, quando em demanda individual puder ser formulado o mesmo dano e a mesma causa de pedir da ACP e na hipótese do cidadão poder fazer idêntico pedido por meio de ação popular.

Por serem direitos pertencentes a sujeitos determinados (os direitos coletivos e os individuais homogêneos), o que não ocorre com os direitos difusos, particulares poderão interpor demanda individual que discuta estes direitos e por conseguinte, quando proposta ACP, poderão suspender suas demandas e se quiserem, habilitar-se na ACP. Ao habilitar-se, será tratado com parte, podendo arrolar testemunhas, requerer perícias e recorrer, se sujeitando aos efeitos tradicionais da coisa julgada.

Os Limites Subjetivos da Coisa Julgada em sede ACP foi tratado propriamente na última parte do trabalho. Depois de discutir a coisa julgada em

processo individual, conceituar e exemplificar os direitos metaindividuais e tratar de pontos que influenciam diretamente na determinação subjetiva da coisa julgada, fomos ao ponto central deste trabalho acadêmico.

*Como não poderia deixar de ocorrer, a natureza dos direitos tratados em ACP influenciam os efeitos subjetivos da coisa julgada. Direitos, em regra, indivisíveis e que pertencem não a uma pessoa particularizada, mas a cidadãos, que a princípio são indeterminados (no caso dos direitos difusos) ou determinado a grupos, classes ou categorias não poderia ter os efeitos da subjetivos da coisa julgada restrito às partes do processo.*

De acordo com a espécie de direito metaindividual, a lei do consumidor (que estabelece reciprocidade com a Lei de Ação Civil Pública, por meio do CDC: art. 89 – vetado - e LACP: art. 21) estabeleceu coisa julgada com efeitos *erga omnes* ou *ultra partes*.

As inovações trazidas pelo CDC ao processo coletivo, no tocante: a) a possibilidade de renovação da demanda quando a improcedência da ACP for motivada por insuficiência do corpo probatório, demonstrando a possibilidade de falha nessa “representação” e na possível inoportunidade da cognição exauriente e; b) a restrição dos efeitos *erga omnes* e *ultra partes*, em caso de improcedência (por motivo diverso da insuficiência de provas – CDC: art. 103, §3º) somente as partes do processo coletivo e aos demais co – legitimados, salvaguardando os particulares, é um avanço, uma ruptura aos ditames das regras individualistas do processo ortodoxo, se configurando nos contornos da coisa julgada *secundum eventum litis* (em que a motivação da improcedência da sentença indica a ocorrência ou não da imutabilidade de seus efeitos).



Todo este avanço legislativo no entanto, por incomodar alguns chefes Poder Executivo que tiveram suas ações governamentais discutidas em juízo por meio de ACP, motivaram a edição de medidas provisórias e da posterior promulgação da lei n.º 9.494 de 1997 que restringe de maneira ineficaz e inconstitucional os efeitos da coisa julgada em sede de ACP ao limite da competência territorial do órgão prolator.

Vários foram os pecados legais cometidos pelo legislador de 1997 ao promulgar a referida lei. Pugnamos, como se observou na leitura do texto, pela inconstitucionalidade desta lei. Dos vários argumentos que dissertamos, três são bastante contundentes.

*Primeiramente a lei em tela, ao modificar a Lei de Ação Civil Pública alterou o que não existia mais, deveria, por mais anacrônica que fosse ter modificado o CDC, por ter este alterado implicitamente a LACP (Lei de Introdução ao Código Civil: artigo 2º, §1º).*

Tratará, a lei em tela, pessoas que estão na mesma situação jurídica e possuem o mesmo direito de forma diversa. Por estarem, por exemplo em áreas geográficas diferentes, apesar de terem o mesmo direito, somente a interposição simultânea de duas demandas coletivas com julgados de conteúdo idênticos, poderá beneficiar estas pessoas.

Derradeiramente, quem determina os efeitos do julgado jamais será o direito processual (art. 16 da LACP), isto é encargo do direito material. Aquele é mero instrumento deste. Os efeitos do julgado irá até onde a situação jurídica de direito material se apresentar. A tentativa de limitar os efeitos subjetivos da coisa julgada, como pretende esta lei, em sede de ACP é uma marcha ré na defesa dos direitos metaindividuais, além de se caracterizar tecnicamente imperfeita por desconhecer a

essência do processo coletivo, a natureza dos direitos metaindividuais e de ferir princípios constitucionais como o da isonomia (CF: art. 5º, caput).

Observamos nas últimas páginas deste trabalho a sentença homologatória da *transação e TAC – Termo de Ajustamento de Conduta em sede de ACP*. Em nossa observação verificamos que apenas os órgãos públicos legitimados a propor ACP podem firmar TAC. Não há renúncia ou disposição de direitos da coletividade quando da formalização do TAC e este instrumento corresponde apenas a uma “garantia mínima da coletividade”. Havendo algum direito não acobertado pelo TAC poderá qualquer outro legitimado propor ACP visando reconhecer este direito. Se firmado em juízo, a transação terá natureza de título executivo judicial e os efeitos *erga omnes* ou *ultra partes* envolverão apenas os pontos firmados no termo de transação e não todo o objeto do processo, por serem os direitos tutelados em ACP indisponíveis.

Por fim, nos afiliamos aos que defendem a necessidade de criação de um estatuto processual coletivo para regular de forma harmônica, sistemática e especializada o procedimento das demandas coletivas. A adaptação, mesmo que cuidadosa e criteriosa de institutos do processo civil individual será sempre insatisfatória ao processo coletivo. A natureza dos direitos são diversas (os direitos coletivos são indisponíveis), a legitimação para estar em juízo é diferente e a coisa julgada tem contornos próprios. Aliado a isto, o ambiente histórico em que as normas do processo individual foram confeccionadas não pactuam com a defesa de interesses alheios em nome próprio. Os tempos são outros, cada vez mais e até por razões de economia processual, de prestígio à Jurisdição, de distribuir justiça aos que não tem acesso a ela, as demandas coletivas que discutem direitos que transbordam as fronteiras do individual necessitam urgentemente de um caderno adjetivo próprio.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL, *Constituição Federal, código civil, código de processo civil*, organizador Yussef Sail Cahali; obra coletiva de autoria da Revista dos Tribunais, com a coordenação de Giselle de Melo Braga Tapai. 5. Ed. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

DAWALIBI, Marcelo. Limites Subjetivos da Coisa Julgada em ação civil pública, na coletânea *Ação Civil Pública: Lei n.º 7.347/1985 – 15 anos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

GRANTHAM, Silvia Resmini. *Os limites subjetivos da coisa julgada nas demandas coletivas*. Jus Navigandi, Teresina, a. 7, n. 66, jun. 2003. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4186>>

MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 3ª edição. Rev. atual. e ampl., da 2. Ed. atual e ampl. do livro *Manual do processo de conhecimento: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MAZZILLI, Hugo Nigró. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 17ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado: e legislação extravagante: atualizado até 7 de janeiro de 2003*. 7 ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

SOUZA, Kívia Roberta Ramos de. *Análise do instituto da coisa julgada e das repercussões trazidas pela Lei nº 9.494/97 nas ações coletivas*. Jus Navigandi, Teresina, a. 7, n. 66, jun. 2003. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4117>>.

SOUZA, Motauri de Ciocchetti de. *Ação Civil Pública – Competência e Efeitos da Coisa Julgada*. 1ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.