

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO – PUC/SP
THAMIRES DE OLIVEIRA LODUCA

A COISA JULGADA NO PROCESSO COLETIVO EM FACE DO NOVO CÓDIGO DE
PROCESSO CIVIL

SÃO PAULO
2019

THAMIRES DE OLIVEIRA LODUCA

A COISA JULGADA NO PROCESSO COLETIVO EM FACE DO NOVO CÓDIGO DE
PROCESSO CIVIL

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de ESPECIALISTA em Direito Processual Civil, sob a orientação da Profa. Dra. Patricia Miranda Pizzol.

SÃO PAULO
2019

BANCA EXAMINADORA

Profa. Dra. Patricia Miranda Pizzol – Orientadora

Prof. Examinador (2)

Prof. Examinador (3)

AGRADECIMENTOS

Antes de mais nada, agradeço a Deus por todas as possibilidades de perseguir os meus sonhos e objetivos, dentre os quais se encontra a obtenção do título de especialista em processo civil pela PUC/SP.

Aos meus pais, Nilza e Gilberto e ao meu irmão, Lucas, por todo o apoio incondicional e necessário para que eu concluísse meus estudos. Sem vocês nada seria possível.

Ao meu namorado, Duarte, pela parceria e compreensão nos momentos em que precisei me ausentar para pesquisar e escrever este trabalho.

À minha orientadora, Professora Doutora Patrícia Miranda Pizzol, por todos os debates e orientações que fizeram com que esse trabalho fosse possível.

RESUMO

A coisa julgada é regulamentada, de forma geral, pelo Código de Processo Civil. Lei processual geral que contém normas abstratas acerca do processo civil individual. Contudo, existe um denominado gênero de ação, chamado de ação coletiva, no qual as disposições do Código de Processo Civil não são aplicadas como regra, mas sim como exceção e especificamente quando o conjunto de regras existentes silenciam sobre determinada situação. Esse conjunto de regras é denominado microssistema de tutelas coletivas e é formado pelo Código de Defesa do Consumidor, Lei da Ação Civil Pública, Lei do Mandado de Segurança, Lei da Ação Popular, entre outras normas que regulamentem a proteção em juízo de direitos e interesses transindividuais. A coisa julgada é um dos institutos regulamentados pelo microssistema de processo coletivo que possui regime distinto daquele instituído de forma geral pelo Código de Processo Civil. Contudo, considerando que o Código de Processo Civil pode ser aplicado subsidiariamente ao microssistema de tutelas coletivas, é certo que as inovações trazidas com relação ao regime de tutela provisória e uniformização dos precedentes são refletidas nas ações que tratam da defesa dos interesses transindividuais em juízo. O presente trabalho busca analisar os efeitos dessas mudanças no regime da coisa julgada das sentenças e decisões produzidas em sede daquelas demandas.

Palavras chaves: Direito Processual. Coisa Julgada. Processo Coletivo. Código de Processo Civil de 2015. Microssistema de Tutela Coletiva.

ABSTRACT

The res judicata is generally regulated by the Code of Civil Procedure. General procedural law containing abstract norms concerning individual civil proceedings. However, there is a so-called action class, called collective action, in which the provisions of the Code of Civil Procedure are not applied as a rule, but rather as an exception and specifically when the existing set of rules are silent on a given situation. This set of rules is called the collective protection microsystem and is formed by the Consumer Protection Code, Public Civil Action Law, Writ of Mandamus Law, Popular Action Law, among other rules that regulate the protection of rights and interests. transindividuals. The res judicata is one of the institutes regulated by the collective process microsystem that has a regime different from that generally instituted by the Code of Civil Procedure. However, considering that the Code of Civil Procedure can be applied subsidiarily to the collective protection microsystem, it is certain that the innovations brought with respect to the regime of provisional protection and uniformity of precedents are reflected in the actions that deal with the defense of transindividual interests in court. This paper aims to analyze the effects of these changes in the system of res judicata of judgments and decisions produced in the context of those demands.

Keywords: Procedural Law. Thing judged. Collective process. Civil Procedure Code 2015. Collective Guardianship Microsystem.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
CAPÍTULO 1 – CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE COISA JULGADA	10
1.1. CONCEITO	10
1.2. LIMITES OBJETIVOS.....	14
1.3. LIMITES SUBJETIVOS	17
1.4. A IMPORTÂNCIA DA COISA JULGADA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	19
CAPÍTULO 2 – MICROSSISTEMA DO PROCESSO COLETIVO	21
2.1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA TUTELA DE DIREITOS DIFUSOS, COLETIVOS E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS NO DIREITO BRASILEIRO	21
2.2. DIREITOS E INTERESSES TUTELADOS PELAS AÇÕES COLETIVAS.....	25
A) DIREITOS OU INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS.....	25
B) DIREITOS DIFUSOS.....	26
C) DIREITOS COLETIVOS.....	27
D) DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS	28
CAPÍTULO 3 - CONCEITO E ESPÉCIES DE AÇÕES COLETIVAS	31
3.1. AÇÃO CIVIL PÚBLICA – LEI FEDERAL N. 7.347/1985 E CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	31
3.2. AÇÃO POPULAR.....	36
3.3. MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO	42
3.4. LEGITIMIDADE	45
3.5. COMPETÊNCIA	50
CAPÍTULO 4 - COISA JULGADA NO PROCESSO COLETIVO	52
4.1. O REGIME DA COISA JULGADA COLETIVA SEGUNDO O ARTIGO 103 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	52
4.2. TRANSPORTE <i>IN UTILIBUS</i> DA COISA JULGADA COLETIVA	56
4.2. LIMITES TERRITORIAIS DA COISA JULGADA COLETIVA.....	59
4.3. COISA JULGADA NA AÇÃO POPULAR.....	63
4.4. COISA JULGADA NO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO	65
4.5. ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA PROVISÓRIA E A FORMAÇÃO DA COISA JULGADA NO PROCESSO COLETIVO	66
4.6. COISA JULGADA COLETIVA E O SISTEMA DE PRECEDENTES DO NOVO CPC.....	70
CONCLUSÃO	75
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	80

INTRODUÇÃO

O direito processual é um dos ramos do direito público regido por normas constitucionais e infraconstitucionais. Dentre os institutos previstos pelo direito processual, que tem como função a regulamentação das relações entre partes e estado que buscam a pacificação de uma pretensão resistida, está a *coisa julgada*.

O artigo 5º, inciso XXXVI da Constituição Federal determina como um dos direitos fundamentais que a lei constitucionalmente editada *não prejudicará o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada*. A Lei de Introdução às normas do direito brasileiro repete os dizeres constitucionais sobre a proteção dada à coisa julgada em face de novos comandos normativos. O artigo 6º, §3º entende que seria coisa julgada *a decisão judicial de que já não caiba recurso*. Contudo, conforme será demonstrado no decorrer do presente trabalho, essa já não é a definição de coisa julgada estabelecida pela doutrina e jurisprudência.

Nos termos do artigo 502 do Código de Processo Civil em vigor (Lei Federal n.º 13.105/2015) considera-se *coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso*. Nas palavras de Nelson Nery Júnior, a coisa julgada material é um instrumento de pacificação social. O artigo 506 também do Código de Processo Civil estabelece que a sentença faz coisa julgada entre as partes e não tem o condão de prejudicar terceiros.

Ocorre que, conforme dito alhures, o direito processual é regulamentado pela Constituição Federal e por normas, infraconstitucionais dentre as quais está o Código de Processo Civil. Todavia, o Código de Processo Civil não é a única legislação que regulamenta o direito processual, havendo diversos textos legais aplicáveis há diversas situações sociais. Entre elas está a regulamentação da defesa dos direitos e interesses transindividuais em juízo.

Diversas normas, tais como a Lei da Ação Civil Pública (Lei Federal n. 7.347/1985), o Código de Defesa do Consumidor (Lei Federal n. 8.090/1990), a Lei da Ação Popular (Lei Federal n. 4.717/1965), a Lei do Mandado de Segurança (Lei Federal n. 12.016/2009) entre outras, estabelecem normas específicas sobre legitimidade, procedimento e, o objeto deste trabalho, a *coisa julgada*. A integração entre essas normas forma o denominado microsistema da tutela coletiva, o que

permite a integração entre os diplomas para que a busca pela efetividade dos direitos transindividuais seja plenamente eficaz.

Dentre as leis acima citadas, destaca-se que o artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor confere disciplina à coisa julgada diversa daquela conferida de modo geral pelo Código de Processo Civil, pois, mitiga os limites subjetivos da coisa julgada estabelecido pelo artigo 506 do Código de Processo Civil. De acordo com referido artigo 103, a coisa julgada que recai sobre decisões proferidas em processo coletivo será *erga omnes*, quando o processo versar sobre direito difuso ou individual homogêneo, e *ultra partes*, limitada ao grupo, categoria ou classe. Em qualquer dos casos, não se formará a coisa julgada material nos termos estabelecidos pelo artigo 103, se a ação coletiva for julgada por insuficiência probatória.

A regulamentação específica da coisa julgada proferida em ações de cunho coletivo também é artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública (Lei Federal n. 7.347/1985) no artigo 18 da Lei da Ação Popular (Lei Federal n. 4.717/1965) e, tal qual como na Código de Defesa do Consumidor, ampliam os limites subjetivos da coisa julgada proferida nas ações que tutelam os direitos específicos regulamentados pelo *microsistema do processo coletivo*.

A existência de um regime jurídico diferenciado para a coisa julgada proferida em processos de cunho coletivo é matéria pacificada. Contudo, diversas questões tais como a aplicabilidade da coisa julgada coletiva em processos individuais ainda é objeto de discussão tanto na doutrina como na jurisprudência.

Além do mais, algumas inovações na legislação processual civil, tais como a estabilização da tutela provisória cautelar antecedente e a uniformização de precedentes jurisprudenciais, possuem aplicabilidade ao microsistema das ações coletivas, dado que conforme prelecionam os artigos 90 do Código de Defesa do Consumidor e 19 da Lei da Ação Civil Pública, o Código de Processo Civil é aplicado de forma subsidiária ao microsistema do processo coletivo.

Assim, além de analisar questões polêmicas que ainda rondam o regime da coisa julgada conferido ao processo coletivo, o objeto do presente trabalho foi analisar a formação da coisa julgada proferida em processo coletivo no âmbito de decisões que possam ser estabilizadas, tal qual a decisão da tutela provisória proferida em caráter antecedente, bem como nos precedentes vinculantes estabelecidos pelo artigo 927 do Código de Processo Civil.

CAPÍTULO 1 – CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE COISA JULGADA

1.1. CONCEITO

De acordo com o artigo 502 do Código de Processo Civil *denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso*. O conceito adotado pelo atual Código de Processo Civil, buscou inspiração na teoria de Enrico Tullio Liebman¹, segundo o qual a coisa julgada não seria um efeito, mas sim uma qualidade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito. Explica o mestre italiano que a *res iudicata* é uma qualidade, pois, não se pode confundir a indiscutibilidade de um julgamento com o efeito produzido por este mesmo julgamento.

Nesse mesmo sentido Cássio Scarpinella Bueno² defende que a coisa julgada, sendo uma qualidade, não pode ser confundida com os efeitos ou comando das decisões jurisdicionais e que o art. 502 preserva *a relação entre a ausência (não interposição) ou esgotamento dos recursos cabíveis de decisões de mérito fundadas em cognição exauriente*. Ainda sobre ser a coisa julgada considerada uma qualidade das decisões judiciais e não um efeito de acordo com a teoria do processualista civil italiano, Humberto Theodoro Júnior³ leciona que:

A *res iudicata*, por sua vez, apresenta-se como uma qualidade da sentença, assumida em determinado momento processual. Não é efeito da sentença, mas a qualidade dela representada pela “imutabilidade” do julgado e de seus efeitos, depois que não seja mais possível impugná-los por meio de recurso.

Sobre o conceito de coisa julgada adotado importante frisar também que toda sentença – seja declaratória, condenatória ou constitutiva – contém um comando que traz a resolução da lide trazida em juízo, da pretensão resistida havida entre as partes. Assim, nas palavras de Liebman, a coisa julgada pode ser definida como *a imutabilidade do comando emergente de uma sentença*, sendo, destarte, *“uma qualidade, mais intensa e mais profunda, que reveste o ato também em seu conteúdo e torna assim imutáveis, além do ato em sua existência formal, os efeitos, quaisquer que sejam, do próprio ato”*.

¹ LIEBMAN, Enrico Tullio. Eficácia e autoridade da sentença. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

² BUENO, Cássio Scarpinella. Manual de Direito Processual Civil. São Paulo: Saraiva, 2017.

³ Jr., T., Humberto. Curso de Direito Processual Civil - Vol. I, Rio de Janeiro: Forense, 2019.

A coisa julgada material veio definida nos artigos 502 e 503 da legislação processual e, como o próprio ordenamento consagra, é a qualidade que tem o condão de tornar imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso, seja pelo decurso do tempo ou pela inexistência de recurso cabível. Todavia, é forçoso reconhecer que quando verificada a coisa julgada não há o acréscimo de novo efeito à sentença, mas sim de um reforço que torna o que era discutível e modificável, *imutável e indiscutível*.

A decisão que transita em julgado e, portanto, recebe a qualidade de coisa julgada é imutável, pois, não pode ser desfeita ou alterada. E é indiscutível na medida que se faz impossível, na mesma relação processual, questionar o que já foi decidido e transitou materialmente em julgado.

Essas duas características da coisa julgada material são analisadas extraprocessualmente, ou seja, para fora do processo e com vistas a estabilizar as relações de direito material tais quais resolvidas perante o mesmo juízo ou qualquer outro.

A coisa julgada material é instrumento de pacificação social, nas palavras de Nelson Nery Júnior⁴ e por isso⁵:

Surge por força de uma necessidade prática: evitar a perpetuação dos litígios. Ou seja, a justificativa do surgimento da coisa julgada é política, não jurídica. Em determinado momento é necessário colocar um fim, um ponto final, às discussões a respeito de determinado conflito. Assim, o grande objetivo da coisa julgada é a estabilidade das relações sociais, a segurança jurídica. (...).

Já a coisa julgada formal é entendida como a imutabilidade da decisão endoprocessual. Assim, a denominada coisa julgada formal nada mais é do que a impossibilidade de impugnação da decisão judicial não mais sujeita a recurso. Ou seja, a coisa julgada formal nada mais é do que o trânsito em julgado da decisão de mérito. Diz-se que a coisa julgada formal se aproxima da preclusão, já que no caso de sentença de mérito, tende a ser identificada como o fim da fase cognitiva do processo.

⁴ NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios do Processo na Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

⁵ GAJARDONI, Fernando Fonseca, DELLORE, Luiz, ROQUE, Andre Vasconcelos, OLIVEIRA Jr., Zulmar Duarte. Processo de Conhecimento e Cumprimento de Sentença-Comentários ao CPC de 2015-Vol. 2, 2ª edição.

Parte da doutrina entende que a diferença entre a coisa julgada material e a coisa julgada formal reside no grau de incidência de um mesmo fenômeno. Ambas decorrem da impossibilidade de recorrer de uma decisão de mérito já proferida, seja ela parcial ou total. Como a coisa julgada formal opera-se “dentro” do processo em que foi proferida esgota-se, naquela relação processual e para aquele pedido decidido em cognição exauriente, a função jurisdicional do Estado exercida pelo Poder Judiciário. Assim, a operação da coisa julgada formal impede que numa mesma relação processual o juiz profira nova julgamento e que as partes renovem a discussão da lide. Contudo, a coisa julgada formal não tem o condão de impedir que o objeto do julgamento volte a ser discutido em outro processo. Já a coisa julgada material, *revelando a lei das partes, produz seus efeitos no mesmo processo ou em qualquer outro, vedando o reexame da res in iudicium deducta, por já definitivamente apreciada e julgada*⁶.

Outra distinção importante a ser feita sobre a coisa julgada material e formal é que a coisa julgada formal se forma tanto em sentenças terminativas (artigo 485 do Código de Processo Civil) quanto em sentenças que apreciam o mérito da causa (artigo 487 do Código de Processo Civil). Isto porque a coisa julgada material pressupõe uma análise do mérito da lide posta em juízo, o que não ocorre quando a sentença extingue o feito sem a análise do mérito.

Os efeitos da sentença terminativa são sentidos apenas nos limites do processo, formando a coisa julgada formal. Tanto é assim que o artigo 486 do Código de Processo Civil estabelece expressamente que *o pronunciamento judicial que não resolve o mérito não obsta a que a parte proponha de novo a ação*. Todavia, está ressalvada a aplicação do caput do artigo 486 do Código de Processo Civil nas hipóteses de:

Art. 486. O pronunciamento judicial que não resolve o mérito não obsta a que a parte proponha de novo a ação.

§ 1º No caso de extinção em razão de litispendência e nos casos dos incisos I, IV, VI e VII do art. 485, a propositura da nova ação depende da correção do vício que levou à sentença sem resolução do mérito.

§ 2º A petição inicial, todavia, não será despachada sem a prova do pagamento ou do depósito das custas e dos honorários de advogado.

⁶ Jr., T., Humberto. Curso de Direito Processual Civil - Vol. I, Rio de Janeiro: Forense, 2019.

§ 3º Se o autor der causa, por 3 (três) vezes, a sentença fundada em abandono da causa, não poderá propor nova ação contra o réu com o mesmo objeto, ficando-lhe ressalvada, entretanto, a possibilidade de alegar em defesa o seu direito.

Caso a correção do vício estabelecida no artigo 486 do Código de Processo Civil obste a propositura de nova demanda, caso, por exemplo, o magistrado entenda que nova prova apresentada não tenha o condão de ensejar a repositura de demanda anteriormente extinta sem julgamento do mérito, o parágrafo 2º do artigo 966 do Código de Processo Civil permite o ajuizamento de ação rescisória contra decisão que não seja de mérito e que impeça: (i) nova propositura da demanda e (ii) admissibilidade do recurso correspondente.

Não há, assim, nos termos do artigo 503 do Código de Processo Civil, força de lei sobre a decisão que não analise o mérito, sendo possível a repositura da mesma ação, sanado o vício que impediu o seu prosseguimento.

Feita a distinção entre as classificações da coisa julgada adotadas no processo civil brasileiro, cumpre analisar quais decisões podem obter a qualidade de coisa julgada no ordenamento jurídico brasileiro. Conforme explicitado e dito acima, nos exatos termos do artigo 502 do Código de Processo Civil, a coisa julgada opera-se decisão de mérito que não mais estiver sujeita a recurso.

De acordo com o art. 203 do Código de Processo Civil os pronunciamentos judiciais consistirão em *sentenças, decisões interlocutórias e despachos*. O parágrafo primeiro do mesmo artigo conceitua sentença como sendo *o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 e 487, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução*, ressalvadas as disposições expressas dos procedimentos judiciais. As decisões interlocutórias são todos os pronunciamentos judiciais de natureza decisória que não se enquadrem na descrição do parágrafo primeiro do art. 203. Os despachos, por fim, são *todos os demais pronunciamentos do juiz praticados no processo, de ofício ou a requerimento da parte*.

Dessas espécies de pronunciamentos judiciais, a doutrina entende que a coisa julgada ou *res iudicata* somente se forma quando houver enfrentamento do mérito da causa posta em juízo, isso porque, conforme dito por Rennan Thamay⁷ *decisões*

⁷ THAMAY, Rennan Faria Krüger. A coisa julgada no direito processual civil brasileiro. Doutrinas Essenciais - Novo Processo Civil | vol. 5/2018 | Revista de Processo | vol. 269/2017 | p. 151 - 196 | Jul / 2017 DTR\2017\1816

processuais realmente não têm o condão de adquirir a qualidade de coisa julgada, já que apenas transitam em julgado.

1.2. LIMITES OBJETIVOS

O artigo 503 do Código de Processo Civil preleciona que a decisão de mérito, total ou parcial, *tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida*. De acordo com Humberto Theodoro Júnior *questões são os pontos controvertidos envolvendo os fatos e as regras jurídicas debatidas entre as partes*. Ou seja, a coisa julgada material produzirá efeitos sobre a matéria decidida nos limites da lide, tal qual preleciona o artigo 141⁸ do Código de Processo Civil que limita o poder de decidir do juízo aos limites do(s) pedido(s) elaborado(s) pelo autor, com exceção das matérias que a lei permita decidir *ex officio*.

Nas palavras de Cássio Scarpinella Bueno⁹ *por limites objetivos da coisa julgada deve ser entendido o que fica imunizado de ulteriores discussões, tornando-se imutável*.

É importante salientar que com o advento do instituto do julgamento antecipado parcial de mérito há a possibilidade de julgamento de parte dos pedidos formulados na demanda antes do julgamento dos demais, desde que: (i) incontroverso; (ii) estiver em condições de imediato julgamento nos termos do artigo 355¹⁰ do Código de Processo Civil. Além do julgamento antecipado parcial de mérito, outras questões que forem decididas ao longo do processo, e que não estiverem sujeitas ao artigo 1.009, §1º, do Código de Processo Civil, também possuem a qualidade de coisa julgada material.

Sobre a possibilidade de decisões proferidas antes da sentença de mérito transitarem em julgado, explica Humberto Theodoro Júnior¹¹:

⁸ O juiz decidirá o mérito nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte

⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil : volume 2 : procedimento comum, processos nos Tribunais e recursos. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

¹⁰ Art. 355. O juiz julgará antecipadamente o pedido, proferindo sentença com resolução de mérito, quando:

I - não houver necessidade de produção de outras provas;

II - o réu for revel, ocorrer o efeito previsto no art. 344 e não houver requerimento de prova, na forma do art. 349

¹¹ Júnior., Teodoro Humberto. Curso de Direito Processual Civil - Vol. I, Rio de Janeiro: Forense, 2019.

O provimento jurisdicional versará sobre as questões trazidas a julgamento in concreto e sobre a solução que lhe for dada recairá a coisa julgada material (art. 503). Isto não impede que as questões formadoras do objeto do processo sejam decididas e formem a *res iudicata* em momentos processuais diferentes. Nem sempre haverá uma sentença única, embora essa seja a regra geral.

Para que um pronunciamento judicial tenha, após o trânsito em julgado, a qualidade de coisa julgada é necessário que naquele pronunciamento exista questão *expressamente decidida*. Por isso:

Ressalte-se que, diante da sistemática adotada pelo art. 503, que limita objetivamente a coisa julgada às questões expressamente decididas, a sentença *citra petita* não pode gerar efeitos acerca dos pedidos que não chegou a apreciar. Com efeito, para que haja coisa julgada, é indispensável “que exista pedido e, sobre ele, decisão”, razão pela qual “a parte que não foi decidida – e que, portanto, caracteriza a existência de julgamento *infra petita* –, poderá ser objeto de nova ação judicial para que a pretensão que não fora decidida o seja agora”.³⁵⁴ Em tal hipótese não incide a regra da eficácia preclusiva da coisa julgada material (art. 508) pela simples razão de que sobre a questão omitida nenhuma repercussão terá a decisão dada a outro pedido distinto e autônomo formulado pelo autor.

Além das questões trazidas pelas partes no processo, o artigo 503, §1º do Código de Processo Civil estabelece que a força de lei atribuída à decisão que julgar total ou parcialmente o mérito aplica-se à resolução de questão prejudicial, decidida expressa e incidentemente no processo. Todavia, o mesmo artigo estabelece como requisitos para o reconhecimento da coisa julgada material sobre a decisão das questões prejudiciais: (i) a necessidade da resolução da questão prejudicial para o julgamento do mérito; (ii) a existência de prévio e efetivo contraditório, não se aplicando no caso da revelia; (iii) o juízo tiver competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal.

Com efeito, questões prejudiciais são “afirmações controvertidas cuja resolução interfere na resolução de outras afirmações controvertidas dela dependentes”¹². O Código de Processo Civil de 2015 inovou acerca do trânsito em julgado das questões prejudiciais. O Código de Processo Civil de 1973¹³ preconizava que não havia trânsito em julgado sobre questões prejudiciais, a não ser que o réu em contestação ou o autor em réplica apresentassem a denominada *ação declaratória*

¹² BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil : volume 2 : procedimento comum, processos nos Tribunais e recursos. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

¹³ Artigos 5º, 325 ; 469, III, e 470 do Código de Processo Civil de 1973.

incidental. Sem tal iniciativa pela parte, a questão prejudicial seria conhecida e resolvida pelo magistrado, mas *não seria decidida* e, por isso, incapaz de transitar em julgado.

O artigo 503 do atual Código de Processo Civil acabou com a obrigatoriedade de interposição de ação declaratória incidental para a incidência da coisa julgada sobre a decisão que resolver as questões prejudiciais. Além dos requisitos indicados nos incisos do parágrafo primeiro do artigo 503, o parágrafo segundo do mesmo artigo apresenta um requisito negativo para formação da coisa julgada sobre a decisão da questão prejudicial que não se formará *se no processo houver restrições probatórias ou limitações à cognição que impeçam o aprofundamento da análise da questão prejudicial*.

Importante salientar que a decisão da questão prejudicial não é um contrassenso ao disposto nos incisos do artigo 504, segundo os quais não fazem coisa julgada material: (i) os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença; e (ii) a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença. Isso porque, presentes os requisitos dos parágrafos 1º e 2º do artigo 503, “a questão prejudicial deverá ser resolvida na parte dispositiva da sentença, independente de pedido expresso. Ter-se-á, aí, a inclusão dessa questão no objeto do processo por força de lei.”¹⁴.

Cássio Scarpinella Bueno difere desse entendimento. Para o autor, por não haver qualquer exigência formal para o trânsito em julgado da decisão sobre a questão prejudicial, basta que o magistrado identifique que está tratando de questão prejudicial no relatório de sua decisão, decidindo expressamente sobre a ocorrência ou não dos pressupostos que autorizam a formação da coisa julgada.¹⁵

Por fim, cumpre notar a proibição trazida pelo artigo 508. Nos termos do referido artigo, *transitada em julgado a decisão de mérito, considerar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e as defesas que a parte poderia opor tanto ao acolhimento quanto à rejeição do pedido*. Trata-se do denominado “princípio do deduzido e do dedutível” ou da “eficácia preclusiva da coisa julgada”. Ou seja, após o trânsito em julgado da decisão de mérito proferida nos limites das questões trazidas pelas partes, nenhum outro argumento que seria capaz de infirmar as conclusões adotadas pelo julgador poderão ser apresentados em busca de resultado diverso.

¹⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. O Novo Processo Civil Brasileiro. São Paulo: Atlas, 2019. Página 304.

¹⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil : volume 2 : procedimento comum, processos nos Tribunais e recursos. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

1.3. LIMITES SUBJETIVOS

Se os limites objetivos da coisa julgada podem ser considerados como sendo *o que fica imunizado de ulteriores discussões, tornando-se imutável*, os limites subjetivos da coisa julgada referem-se a *quem* a qualidade da coisa julgada poderá ser oposta.

Nos termos do artigo 506 do Código de Processo Civil, *a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros*. Antes de analisar os limites subjetivos do emprego dos efeitos da qualidade de coisa julgada atribuída às sentenças e decisões de mérito, cumpre analisar os conceitos de *parte* e *terceiros* contrapostos no dispositivo em estudo.

“É parte todo aquele pede ou face de quem se pede tutela jurisdicional. São terceiros por exclusão todos aqueles que não são parte.”¹⁶ Para que alguém adquira a qualidade de parte, é necessário que seja autor de uma demanda judicial ou seja demandado através de ação devidamente ajuizada. Toda pessoa que for estranha a determinada relação jurídica, é considerada terceiro e, assim sendo, não pode ser prejudicado pelo o que decidido em processo judicial alheio.

O Código de Processo Civil de 1973, com relação aos limites subjetivos da coisa julgada, estabelecia que *a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros*. O atual Código de Processo Civil retirou do texto legal a expressão *não beneficiando*, restando idêntica a proibição de que os efeitos da coisa julgada prejudiquem terceiros.

Ainda que não seja expresso, a retirada do comando negativo de benefício do texto legal possibilita a interpretação, *a contrário sensu*, de que a coisa julgada material pode vir a beneficiar terceiros. Entretanto, essa interpretação não é pacífica na doutrina e na jurisprudência. Alguns autores, como Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery, defendem que a exclusão da referência à proibição de a

¹⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil : volume 2 : procedimento comum, processos nos Tribunais e recursos. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

sentença fazer coisa julgada em benefício de terceiros não alterou a interpretação que deve ser dada a este dispositivo. Nas suas palavras¹⁷:

(...) O dispositivo ainda é bastante claro no sentido de que a sentença faz coisa julgada apenas entre as partes entre as quais é dada. Não faria o menor sentido pretender-se, portanto, que este dispositivo estaria a admitir hipóteses de relativização da coisa julgada ou de extensão subjetiva dos seus efeitos.

Outra parte da doutrina, representada neste trabalho por Cássio Scarpinella Bueno e Alexandre Freitas Câmara entendem que o artigo deve ser interpretado em sua literalidade. A retirada da expressão proibitiva possibilita o transporte *in utilibus* da coisa julgada. “Como o terceiro será *beneficiado* pela coisa julgada (não podendo ser prejudicado), não há razão para questionar a opção feita pelo Código de Processo Civil na perspectiva constitucional.”¹⁸.

Corroborando com o posicionamento de parte da doutrina que entende pela possibilidade de que a coisa julgada beneficie de terceiros destacamos o artigo 274¹⁹ do Código Civil que teve nova redação atribuída pelo Código de Processo Civil para constar expressamente que o julgamento favorável a um dos credores solidários atinja os demais, sem prejuízo de exceção pessoal que o devedor tenha direito de invocar em relação a qualquer deles.

O transporte *in utilibus* da coisa julgada em processo individuais, poderá se dar, por exemplo, em demanda com elementos idênticos, porém partes distintas. A demanda que ainda não foi julgada, o juízo poderá utilizar de sentença transitada em julgado em favor de uma das partes para motivar a decisão.

Ao nosso ver, o entendimento acima esposado está correto. Isso porque, ainda que o magistrado não esteja vinculado à decisão proferido por outro juiz em processo diverso, é certo que utilizando os mesmos contornos, poderá se alcançar decisões mais igualitárias e cada vez mais se aproximar da segurança jurídica.

¹⁷ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

¹⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil : volume 2 : procedimento comum, processos nos Tribunais e recursos. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

¹⁹ Art. 274. O julgamento contrário a um dos credores solidários não atinge os demais, mas o julgamento favorável aproveita-lhes, sem prejuízo de exceção pessoal que o devedor tenha direito de invocar em relação a qualquer deles.

Outro ponto que merece destaque sobre os limites subjetivos da coisa julgada diz respeito às decisões de mérito e sentenças proferidas em ações coletivas. Ainda que este tema seja explorado de forma mais aprofundada no Capítulo 4 do presente trabalho, já se faz obrigatório consignar que a coisa julgada formada no processo coletivo não se subsume aos limites traçados pelo artigo 506 do Código de Processo Civil.

Por fim, é imperioso destacar que embora terceiros não possam ser prejudicados pela coisa julgada, os mesmos também não podem ignorá-la. A despeito do quanto estabelece o artigo 506, não se pode dizer que a sentença só prevalece ou somente vale entre as partes, uma vez que a sentença existe e vale para todos. “O que ocorre é que apenas a imutabilidade e a indiscutibilidade da sentença não podem prejudicar estranhos ao processo em que foi proferida a decisão transitada em julgado.”²⁰.

1.4. A IMPORTÂNCIA DA COISA JULGADA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Nos termos do artigo 1º da Constituição Federal de 1988; *A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito*. Isso significa que além de ser constituído por leis formais, o estado brasileiro tem como base o regime democrático, o qual garante, em alguma medida, a participação popular na política, nas escolhas e na elaboração das leis formais que tornam o estado democrático de direito.

A coisa julgada tem proteção constitucional e *status* de direito fundamental, pois, o artigo 5º, inciso XXXVI, inserido no título que trata dos direitos e garantias fundamentais, estabelece que *a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada*. Assim, com a característica de direito e garantia fundamental, a coisa julgada não poderá ser alterada por lei infraconstitucional e nem mesmo pelo poder constituinte derivado, através de emenda à Constituição, pois, o

²⁰ Júnior., Teodoro Humberto. Curso de Direito Processual Civil - Vol. I, Rio de Janeiro: Forense, 2019.

artigo 60, §4, IV define os direitos e garantias individuais como *cláusula pétrea*. Estabelece-se, assim, o caráter de intangibilidade da coisa julgada.

Nas palavras de Nelson Nery Júnior²¹, no Poder Judiciário a manifestação do estado democrático de direito ocorre através da coisa julgada. Isso porque a doutrina mundial tende a reconhecer a coisa julgada como elemento de existência do estado democrático de direito.

Dessa forma, a coisa julgada não deve ser reconhecida como um mero instituto de direito processual civil. A própria proteção constitucional dada pelo artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal rechaça essa possibilidade. Vista com a magnitude constitucional que lhe é própria e como elemento formador do estado democrático de direito através da manifestação do poder judiciário não pode a coisa julgada ser relativizada a bel prazer. É necessário que estejam presentes os requisitos para mitigação da coisa julgada através dos institutos constitucionais e legais previstos.

São previstos no ordenamento jurídico brasileiro e em *numerus clausus*: ação rescisória, revisão criminal e coisa julgada *secundum eventum litis*. Não se pode cogitar que a coisa julgada seja revista fora desses institutos e por obra do juiz (*ope judicis*) em ação ajuizada contra a coisa julgada que não seja ação rescisória ou a revisão criminal.

A proteção constitucional da coisa julgada também deve ser vista como efetivação do princípio da *segurança jurídica*, que também é previsto no artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal de 1988. Esse princípio garante que nova norma não retroagirá para atingir atos processuais já consolidados, entre eles a coisa julgada. A segurança jurídica, como o próprio nome diz, tem o condão de trazer segurança para as relações sociais reguladas pelo Estado Democrático de Direito, de modo a garantir que o provimento jurisdicional dado pelo estado e estabilizado através da coisa julgada seja protegido de eventuais modificações legislativas.

Portanto, sendo a coisa julgada uma garantia constitucional antes de ser um instituto processual, atentar contra a coisa julgada formada em processo regular é atentar contra a Constituição Federal e contra o Estado Democrático de Direito.

²¹ NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

CAPÍTULO 2 – MICROSSISTEMA DO PROCESSO COLETIVO

2.1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA TUTELA DE DIREITOS DIFUSOS, COLETIVOS E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS NO DIREITO BRASILEIRO

A primeira notícia que se tem de uma norma que tutelasse a judicialização de direitos metaindividuais no Brasil foi através da Lei Federal n. 1.134 de 14 de junho de 1950 que “faculta representação perante as autoridades administrativas e a justiça ordinária dos associados de classes que especifica.”. O artigo 1º da lei em comento, que ainda está em vigor, dispõe que:

Às associações de classes existentes na data da publicação desta Lei, sem nenhum caráter político, fundadas nos termos do Código Civil e enquadradas nos dispositivos constitucionais, que congreguem funcionários ou empregados de empresas industriais da União, administradas ou não por ela, dos Estados, dos Municípios e de entidades autárquicas, de modo geral, é facultada a representação coletiva ou individual de seus associados, perante as autoridades administrativas e a justiça ordinária.

A representação coletiva ou individual perante as autoridades administrativas e a então chamada justiça ordinária permitida pela Lei n. 1.134/1950 representou uma inovação no processo civil nitidamente individual.

Na década de 1970, a Lei n. 6.513 de 20 de dezembro de 1977 alterou a redação dada ao artigo 1º, parágrafo primeiro, da Lei da Ação Popular (Lei Federal n. 4.717/1965) para definir *patrimônio público* como sendo “os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico. Nas palavras de Teori Albino Zavascki, através desta atualização legislativa viabilizou-se a tutela desses interesses de natureza difusa pela ação popular²². Em 1981 a Lei Federal n. 6.938 de 31 de agosto de 1981, também conhecida como Política Nacional do Meio Ambiente conferiu legitimidade ao Ministério Público para defender o meio ambiente.

Porém, o maior impacto na regulamentação do processo civil na esfera de defesa dos direitos e interesses que transcendem o individual veio com o advento da

²² ZAVASCKI, Teori Albino. Processo Coletivo – Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

Lei da Ação Civil Pública. Idealizada por uma comissão formada por Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, Kazuo Watanabe e Waldemar Mariz de Oliveira Júnior, o anteprojeto da norma foi redigido pela comissão a convite do Desembargador José Alberto Weiss de Andrade após o encerramento de um seminário sobre o tema em 1982. Em 1983 o anteprojeto foi aprovado pela Associação Paulista de Magistrados. Apresentado no I Congresso Nacional de Direito Processual Civil, José Carlos Barbosa Moreira sugeriu os primeiros aprimoramentos ao anteprojeto.

Já em 1984 o anteprojeto foi apresentado ao Congresso Nacional por meio do projeto de lei n. 3.034/84 (Projeto Bierrenbach). Em seguida membros do Ministério Público fizeram alterações no projeto original e apresentaram, por meio do Ministro Abi-Ackel, foi apresentado novo projeto que aprovado resultou na Lei Federal n. 7.345/1985, popularmente conhecida como Lei da Ação Civil Pública.²³

A criação da Lei da Ação Civil Pública representou importante marco na tutela de direitos e interesses difusos e coletivos, pois, preencheu a lacuna legislativa presente no direito pátrio até então, que só dispunha da Lei da Ação Popular para tutelar esses direitos. Para Teori Albino Zavascki, mais do que disciplinar um novo procedimento, a Lei da Ação Civil Pública²⁴:

Inaugurou um “autêntico subsistema de processo, voltado para a tutela de uma também original espécie de direito material: a dos direitos transindividuais, caracterizados por se situarem em domínio jurídico não de uma pessoa ou de determinadas pessoas, mas sim de uma coletividade.

Em 1988, com a promulgação da nova ordem constitucional, passou a se garantir com a tutela do direito material diversos direitos de natureza transindividual, entre eles o direito ao meio ambiente (artigo 225 da Constituição Federal de 1988), à manutenção do patrimônio cultural (artigo 216 da Constituição Federal de 1988), à preservação da probidade administrativa (art. 37, §4º da Constituição Federal de 1988) e à proteção ao consumidor (art. 5º, XXXII da Constituição Federal de 1988). A tutela processual dos direitos transindividuais também foi objeto de alargamento no âmbito constitucional. O rol de direitos tutelados pela ação popular passou a incluir

²³ DINAMARCO, Pedro. Ação Civil Pública. São Paulo: Editora Saraiva, 2001. Pág. 38.

²⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. Processo Coletivo – Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

expressamente a moralidade administrativa, o meio ambiente, patrimônio histórico e cultural (artigo 5º, LXXIII). Ao Ministério Público foi conferida legitimidade para instaurar inquérito civil e ajuizar ação civil pública destinados a tutelar qualquer espécie de direitos e interesses difusos e coletivos (artigo 129, III).

Após o advento da Constituição Federal de 1988, as duas primeiras normas infraconstitucionais a tratar de direitos transindividuais foram as Leis n. 7.853/1989 e n. 7.913/1989, que tratavam sobre a proteção individual e coletiva de pessoas portadoras de deficiência e sobre a ação civil pública de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários, respectivamente.

Em 11 de setembro de 1990 foi aprovado o Código de Defesa do Consumidor - CDC (Lei Federal n. 8.078/1990). Além de regulamentar matéria específica acerca da proteção ao consumidor, o Código de Defesa do Consumidor trouxe mudanças substanciais no trato do processo coletivo. Os Capítulos I e II do Título III que preencheu lacunas legislativa existentes como, por exemplo, a conceituação legal dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, a legitimação concorrente para defesa desses interesses etc.

Importante ressaltar que o artigo 21 da Lei da Ação Civil Pública garante a aplicação dos dispositivos do Código de Defesa do Consumidor em qualquer ação civil pública. O artigo 90 do Código de Defesa do Consumidor também prevê que se aplicam às ações referentes àquela legislação especial, as disposições do Código de Processo Civil e também as normas contidas na Lei da Ação Civil Pública.

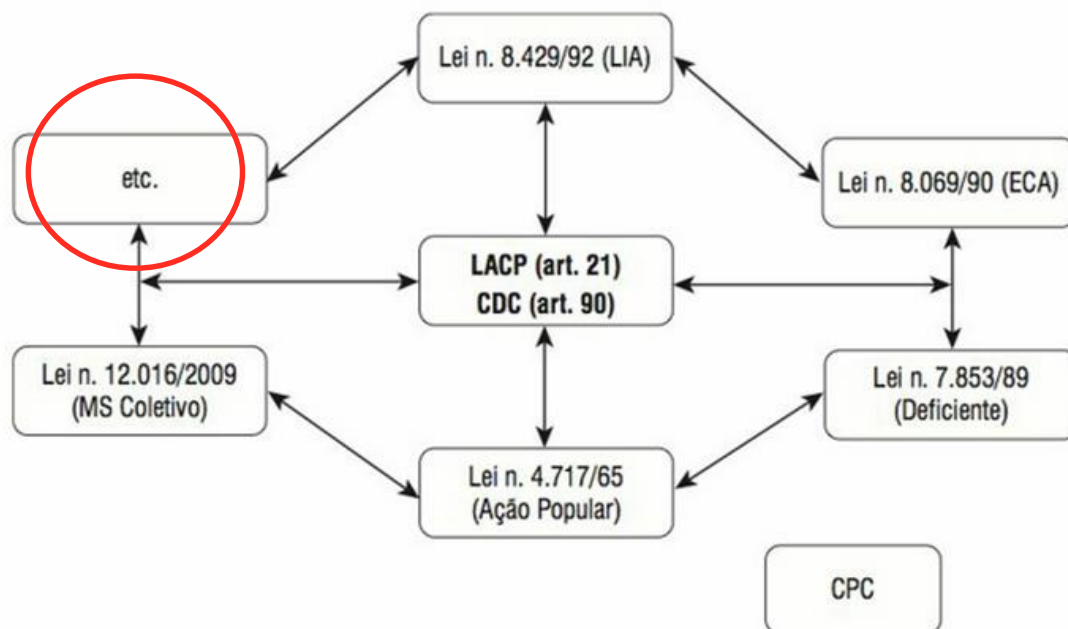
Nessa oportunidade, vê-se que a interação entre as duas leis federais teve o condão de criar o denominado “microssistema de ações coletivas”. Ainda que a interação legal seja específica entre o Código de Defesa do consumidor e a Lei da Ação Civil Pública, é certo que diversos diplomas legais também fazem parte do microssistema do processo coletivo. Nesse sentido, voto proferido pelo Ministro Luiz Fux, quando integrava o Superior Tribunal de Justiça²⁵:

A lei de improbidade administrativa, juntamente com a lei de ação civil pública, da ação popular, do mandado de segurança coletivo, do Código de Defesa do Consumidor e do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Idoso, compõem um microssistema de tutela dos interesses transindividuais e sob esse enfoque interdisciplinar interpenetram-se e subsidiam-se [...].

²⁵ STJ – REsp n. 510.150/MA, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 17-2-2004.

Assim, além da Lei da Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor, pode-se dizer que integram o microsistema da tutela coletiva as legislações referentes à Habitação e Urbanismo (Estatuto da Cidade – Lei n. 10.257/2001 e Parcelamento do Solo – Lei n. 6.766/79); ao Meio Ambiente (Código Florestal – Lei n. 12.651/2012; Estações Ecológicas e Áreas de Proteção Ambiental – Lei n. 6.902/81; Lei da Política Nacional do Meio Ambiente – Lei n. 6.938/81; lei que institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza – Lei n. 9.985/2000; Proteção do Bioma Mata Atlântica – Lei n. 11.428/2006; Política Nacional de Biossegurança PNB – Lei n. 11.105/2005 etc.); aos Portadores de Deficiência (Política nacional da pessoa com deficiência – Lei n. 7.853/89; Prioridade de atendimento – Lei n. 10.048/2000; Promoção da acessibilidade – Lei n. 10.098/2000; Direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais – Lei n. 10.216/2001 etc.); à Saúde (Lei Orgânica do SUS – Lei n. 8.080/90); à proteção do Patrimônio Público (Lei de Improbidade Administrativa - Lei n. 8.429/92; Lei de Licitações e Contratos Administrativos – Lei n. 8.666/93), entre outras.

Veja-se abaixo, quadro resumo elaborado por Fernando Gajardoni²⁶ que tem o condão de explicitar a integração do microsistema processual coletivo:



²⁶ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Direitos difusos e coletivos I (teoria geral do processo coletivo). São Paulo: Saraiva, 2012.

Por fim, importante destacar que embora o Código de Processo Civil de 2015, embora seja omissivo no tocante a regulamentação das ações de cunho coletivo, regulamentou não a defesa de interesses e direitos tutelados pelas ações coletivas propriamente ditas, mas sim “a tentativa de vincular juízes inferiores às decisões dos tribunais, e o incidente de resolução de demandas repetitivas”²⁷.

2.2. DIREITOS E INTERESSES TUTELADOS PELAS AÇÕES COLETIVAS

A) DIREITOS OU INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS

Os direitos ou interesses transindividuais constituem-se uma categoria situada “numa posição intermediária entre o interesse público e o interesse privado.”²⁸. Pode-se dizer que são transindividuais os interesses que extrapolam o âmbito individual de cada um, mas ainda assim não possuem as características para constituir o interesse público propriamente dito.

De acordo com o artigo 81, parágrafo único, incisos I e II do Código de Defesa do Consumidor, são transindividuais os *interesses ou direitos difusos* e os *interesses ou direitos coletivos*, cuja definição e características serão estudadas a seguir. Sob o aspecto processual do instituto, Hugo Nigro Mazzili entende que o caracteriza os interesses transindividuais é:

A circunstância que a ordem jurídica reconhece a necessidade de que o acesso individual dos lesados à Justiça seja substituído por um acesso coletivo, de modo que a solução obtida no processo coletivo não apenas deve ser apta a evitar decisões contraditórias como, ainda, deve conduzir uma solução mais eficiente da lide, porque o processo coletivo é exercido em proveito de um grupo lesado.

Ainda que os interesses ou direitos individuais homogêneos não tenham a transindividualidade como uma de suas características, é certo que também pertencem a esse grupo, pois, embora os indivíduos atingidos sejam determináveis e o objeto do interesse seja divisível, a origem da lesão ou conflito é comum.

Por fim, com relação à nomenclatura “é comum vermos na doutrina, na jurisprudência e até nas leis referências tanto a interesses difusos como a direitos

²⁷ MAZZILI, Hugo Nigro. A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo. São Paulo: Saraiva, 2016.

²⁸ MAZZILI, Hugo Nigro. A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo. São Paulo: Saraiva, 2016.

difusos”²⁹, coletivos e individuais homogêneos. Essa duplicidade de terminologias pode dificultar a interpretação sobre interesses e direitos. Por isso, cumpre aclarar que “interesse é gênero; direito subjetivo é apenas o interesse protegido pelo ordenamento jurídico.”. Assim, toda tutela judicial é uma tutela de interesses que podem ou não ser reconhecidos como direitos. Para serem reconhecidos como direitos pelo Poder Judiciário, é necessário que os interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos sejam garantidos pelo ordenamento jurídico.

B) DIREITOS DIFUSOS

De acordo com o artigo 81, parágrafo único, inciso I do Código de Defesa do Consumidor são interesses ou direito difusos os transindividuais, “de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato.”. As pessoas titulares dos interesses ou direitos difusos são indetermináveis e a ligação entre elas é uma situação fática, inexistindo uma relação jurídica base entre os titulares. Assim dispõe Hugo Nigro Mazzili: “o liame ou nexos causal que agrega o grupo está essencialmente concentrado numa situação de fato compartilhada de forma indivisível, por um grupo indeterminável.”.

A primeira característica dessa categoria de direito ou interesse é propriamente a transindividualidade da tal titularidade. Para Teori Albino Zavascki “é direito que não pertence à administração pública e nem a indivíduos particularmente determinados.”³⁰. A coletividade, representada por sujeitos indetermináveis, é titular do direito difuso. Em razão dessa indeterminabilidade, o legislador houve por bem conferir legitimidade extraordinária a certas entidades.

O segundo aspecto dos direitos difusos é a indivisibilidade do objeto. Ou seja, o bem tutelado não pode ser fracionado em parcelas aos seus titulares (indetermináveis). “Dessa forma, havendo uma violação ao direito difuso, todos suportarão por igual tal violação, o mesmo ocorrendo com a tutela jurisdicional, que, uma vez obtida, aproveitará a todos, indistintamente.”.

²⁹ MAZZILI, Hugo Nigro. A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo. São Paulo: Saraiva, 2016.

³⁰ ZAVASCKI, Teori Albino. Processo Coletivo – Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

Um dos exemplos mais corriqueiros na doutrina e, talvez aquela que ostente o maior caráter difuso, é o direito ao meio ambiente equilibrado previsto no artigo 225 da Constituição Federal. Além dele, o direito à saúde, compreendido pelo artigo 6º da Constituição Federal. Essa categoria de direito, nas palavras de Pedro da Silva Dinamarco, “não pertence a uma pessoa determinável, tampouco pode ser desmembrado entre os integrantes da coletividade.”³¹. A circunstância de fato que une os titulares consiste na prática de um único fato lesivo em detrimento do direito daquele grupo.

c) DIREITOS COLETIVOS

São considerados direitos ou interesses coletivos os *transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base* (artigo 81, parágrafo único, II do Código de Defesa do Consumidor).

Da mesma forma que os direitos difusos, aqui o objeto também é indivisível. Assim, “todos os sujeitos que compõem o titular do direito – grupo, classe ou categoria de pessoas – suportam uniformemente todos os efeitos que atinjam o direito material.”³².

Ocorre que, ao contrário dos direitos difusos, neste caso há possibilidade de determinação dos titulares do direito coletivo em razão de uma relação jurídica base pré-existente que une esse conjunto de indivíduos. Sendo os titulares parte de um grupo, categoria ou classe de pessoas é certo que o sujeito apesar de inicialmente indeterminados, são determináveis. Para Kazuo Watanabe³³:

Essa relação jurídica base é a preexistente à lesão ou ameaça de lesão do interesse ou direito do grupo, categoria ou classe de pessoas. Não a relação jurídica nascida da própria lesão ou da ameaça de lesão. Os interesses ou direitos dos contribuintes, por exemplo, do imposto de renda constituem um bom exemplo. Entre o fisco e os contribuintes já existe uma relação jurídica base, de modo que, à adoção de alguma medida ilegal ou abusiva, será perfeitamente factível a determinação das pessoas atingidas pela medida. Não se

³¹ DINAMARCO, Pedro. Ação Civil Pública. São Paulo: Editora Saraiva, 2001. Pág. 38.

³² TARTUCE, Flávio, NEVES, Daniel Assumpção. Manual de Direito do Consumidor - Volume Único, 7ª edição. São Paulo: JusPodivm, 2019.

³³ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Código de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto. Rio de Janeiro: Grupo Gen, 2018.

pode confundir essa relação jurídica base preexistente com a relação jurídica originária da lesão ou ameaça de lesão.

Entretanto, não há necessidade de que uma organização dos titulares dos interesses ou direitos. Essa organização somente se fará necessária na hipótese de direitos coletivos em sentido estrito, ou seja, pertencentes a um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si em razão de uma relação jurídica base. Caso o direito coletivo advenha de um fato praticado pela parte contrária, a representação se faz dispensável.

Isso porque, por serem de natureza indivisível, afasta-se a necessidade de harmonização formal através de entidade representativa, pois, sendo de natureza coletiva os direitos tutelados passam a formar uma só unidade, tornando-se viável e preferível a proteção de forma única.

Assim, conclui-se que os direitos coletivos ainda são considerados de natureza transindividual e indivisível, mas diferenciam-se dos direitos difusos pela possibilidade de determinação dos titulares em razão da existência de relação jurídica base entre eles que torna possível essa determinação. São exemplos de direitos coletivos: a segurança do serviço de transporte público de passageiros prestado pelas empresas de ônibus; a qualidade oferecida pela escola dos serviços educacionais por ela prestados etc.³⁴

D) DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

O Código de Defesa do Consumidor entende por direitos ou interesses individuais homogêneos aqueles *decorrentes de origem comum*. Diferentemente dos direitos difusos e coletivos, os direitos individuais homogêneos “são aqueles de grupo, categoria ou classe de pessoas determinadas ou determináveis, que compartilhem prejuízos divisíveis de origem comum.”³⁵.

Por sua vez, a Lei do Mandado de Segurança (artigo 21, parágrafo único, II da Lei Federal n. 12.016/2009) compreende os direitos individuais homogêneos como

³⁴ <https://www.migalhas.com.br/ABCdoCDC/92,MI128109,31047-As+acoes+coletivas+e+as+definicoes+de+direitos+difusos+coletivos+e> consulta feita em 25.08.2019 às 10:27.

³⁵ MAZZILI, Hugo Nigro. A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo. São Paulo: Saraiva, 2016. Página 56.

os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante do mandado de segurança.

Aqui o traço de transindividualidade é a origem comum do direito. Porém, a origem comum não significa que os direitos tutelados devem ser idênticos. A homogeneidade está na origem da lesão e não na “expressão individual do dano” que pode ser variável entre os atingidos.

Importante trazer à baila exemplo dado por Hugo Nigro Mazzili³⁶ ao explicar a desnecessidade de unidade para que determinado direito ou interesse seja classificado como direito individual homogêneo:

Como exemplo de interesses individuais homogêneos, suponhamos, os compradores de veículos produzidos com o mesmo defeito de série. Sem dúvida, há uma relação jurídica comum subjacente entre esses consumidores, mas o que os liga no prejuízo sofrido não é a relação jurídica entre si (diversamente, pois, do que ocorreria quando se tratasse de interesses coletivos, como numa ação civil pública que visasse combater uma cláusula abusiva num contrato de adesão), mas sim é antes o fato de que compraram carros do mesmo lote produzido com o defeito em série (interesses individuais homogêneos). Neste caso, cada integrante do grupo terá direito divisível à reparação devida. Assim, o consumidor que adquiriu dois carros terá indenização dobrada em relação ao que adquiriu um só.

Ressalta-se que a multiplicidade de lesões individuais pode ou não gerar interesses individuais homogêneos. Para que várias lesões sejam assim consideradas se faz necessário que a origem seja comum, decorrendo da mesma relação jurídica ou das mesmas condições de fato.

Conforme ensina Ada Pellegrini Grinover³⁷, a origem como pode ser de fato ou de direito, próxima ou remota. Próxima será a origem comum quando um fato ou direito interfira diretamente na esfera jurídica das vítimas, como no caso de uma queda de avião, por exemplo. Do outro lado, a origem comum será remota quando condições pessoais ou uso inadequado de determinado produto potencialmente nocivo, *v.g.*, causar danos à saúde dos consumidores.

Quanto mais remota for a origem comum, maiores chances de os direitos serem caracterizados como heterogêneos e não como homogêneos. Classificados como

³⁶ MAZZILI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. São Paulo: Saraiva, 2016.

³⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. Rio de Janeiro: Grupo Gen, 2018.

heterogêneos, não há que se falar em tutela coletiva, ainda que a origem seja comum e que haja multiplicidade de casos análogos.

Chegar-se-ia, por esse caminho, à conclusão de que a prevalência das questões comuns sobre as individuais, que é condição de admissibilidade no sistema das “class actions for damages” norte-americanas, também o seria no ordenamento brasileiro, que só possibilita a tutela coletiva dos direitos individuais quando estes forem homogêneos. Prevalecendo as questões individuais sobre as comuns, os direitos individuais seriam heterogêneos e o pedido de tutela coletiva se tornaria inadequada e inútil.³⁸

Ainda que no direito brasileiro não exista, expressamente, uma norma que declare a superioridade das ações coletivas em face de ações individuais, é possível transportar interpretação positiva da *commom law* para o direito brasileiro. Sobre o tema, Ada Pellegrini Grinover³⁹:

Em tese, a prevalência da dimensão coletiva sobre a individual poderia ser útil para aferir, do ponto de vista prático, se efetivamente os direitos individuais são, ou não, homogêneos. Inexistindo a prevalência dos aspectos coletivos, os direitos seriam heterogêneos, ainda que tivessem origem comum. Provavelmente, poder-se-ia afirmar, em linha de princípio, que essa origem comum (ou causa) seria remota e não próxima. A adotar-se esse critério, dever-se-ia concluir que, não se tratando de direitos homogêneos, a tutela coletiva não poderia ser admitida, por falta de possibilidade jurídica do pedido. Chegar-se-ia, por esse caminho, à conclusão de que a prevalência das questões comuns sobre as individuais, que é condição de admissibilidade no sistema das “class actions for damages” norte-americanas, também o seria no ordenamento brasileiro, que só possibilita a tutela coletiva dos direitos individuais quando estes forem homogêneos. Prevalecendo as questões individuais sobre as comuns, os direitos individuais seriam heterogêneos e o pedido de tutela coletiva se tornaria inadequada e inútil. O requisito da superioridade da tutela coletiva, em relação à individual, em termos de justiça e eficácia da decisão, pode ser abordado, no Direito brasileiro, sob dois aspectos: o do interesse de agir e o da efetividade do processo. Mas, antes, é preciso observar que, ao invés de exigir a superioridade (própria de um ordenamento que ainda prefere a tutela processual individual à coletiva), no sistema brasileiro se falaria, mais propriamente, em necessidade de eficácia da tutela coletiva.(...) Não é difícil, assim, estabelecer a possível correlação da exigência de superioridade da ação de classe, em relação a outros meios de solução dos litígios (própria da “common law”), com o interesse-utilidade e o interesse-adequação do “civil law”. Se o provimento jurisdicional resultante da ação civil pública em defesa de direitos individuais homogêneos não fosse tão eficaz quanto aquele que derivaria de ações individuais, a ação coletiva não se demonstraria útil à tutela dos referidos interesses. E, ademais, não se caracterizaria como a via adequada à sua proteção.

³⁸ *Op. Cit.*

³⁹ *Op. Cit.*

Dessa forma, entendemos que ainda que não haja previsão expressa no texto legal que classifique a tutela coletiva o como superior à tutela individual, estando caracterizada a homogeneidade do interesse ou direito tutelado a ação coletiva é preferível à ação individual. Isso porque, a sentença condenatória genérica poderá ser executada, cabendo ao indivíduo provar, ao se habilitar, o dano pessoal e o nexo de causalidade entre este e o dano geral reconhecido pela sentença, além de quantificar os prejuízos ou circunstâncias de situações diversas.

Por fim, é importante destacar que ainda que se entenda que a ação coletiva prevaleça sobre as ações individuais, é importante salientar que a propositura de ação coletiva por um dos legitimados não induz litispendência das ações individuais (artigo 104 do Código de Defesa do Consumidor). Contudo, os efeitos da coisa julgada não serão aproveitados para o autor individual que não requerer a suspensão do seu respectivo processo no prazo de 30 (trinta) dias a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva.

CAPÍTULO 3 - CONCEITO E ESPÉCIES DE AÇÕES COLETIVAS

3.1. AÇÃO CIVIL PÚBLICA – LEI FEDERAL N. 7.347/1985 E CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Sob o ponto de vista doutrinário, a ação civil pública é denominada “a ação de objeto não penal proposta pelo Ministério Público.”. Todavia, a Lei Federal n. 7.347/1985 passou a usar a expressão ação civil pública para referir-se à ação proposta pelos legitimados descritos no rol do artigo 5º do referido diploma legal, entre os quais figuram, além do Ministério Público, outros órgãos públicos e associações privadas constituídas de acordo com os requisitos estabelecidos nas alíneas ‘a’ e ‘b’ do inciso V do mesmo artigo.

Considerando a intitulação dada pela doutrina pátria para a ação civil pública, poderia entender-se que os demais legitimados pelo artigo 5º da Lei da Ação Civil Pública propõem ação coletiva. Nesse sentido, Hugo Nigro Mazzili⁴⁰:

Se ela estiver sendo movida pelo Ministério Público, o mais correto, sob o prisma doutrinário, será chama-la de *ação civil pública*. Mas se

⁴⁰ MAZZILI, Hugo Nigro. A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo. São Paulo: Saraiva, 2016.

tiver sido proposta por associações civis, mais correto será denominá-la de ação coletiva. Sob o enfoque puramente legal, será ação civil pública qualquer ação movida com base na Lei 7.347/1985, para a defesa de interesses transindividuais ainda que o autor seja uma associação civil, ou ente estatal, o Ministério Público ou qualquer outro colegitimado; será ação coletiva qualquer ação fundada nos arts. 81 e s. do CDC, que verse a defesa de interesses transindividuais.

Entendemos que essa distinção na denominação trata-se de mero formalismo, pois, tendo em vista o microssistema das ações coletivas formado pela Lei da Ação Civil Pública e pelo Código de Defesa do Consumidor não há diferença no procedimento das ações coletivas regidas pelos referidos diplomas legais.

Ainda no tocante à legitimidade para propositura da ação civil pública, importante salientar que há integração entre a Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor. Segundo a Lei da Ação Civil Pública têm legitimidade ativa para propor ação civil pública: (i) o Ministério Público; (ii) a Defensoria Pública; (iii) a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; (iv) a autarquia, empresa pública ou sociedade de economia mista e (v) a associação que,, concomitantemente, esteja constituída há pelo menos um ano nos termos da lei civil, e inclua, entre suas finalidade institucionais a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente e ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

O Código de Defesa do Consumidor acrescenta a esse rol “as entidades e órgãos da administração pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica especificamente destinados à defesa de dos interesses e direitos protegidos por esse Código.”.

Essa pluralidade de legitimados ativos para propor ação civil pública, ou ação coletiva para parte da doutrina, atribui caráter concorrente e disjuntivo para o ajuizamento de ação civil pública. Isso porque cada um dos colegitimados pode ajuizar a ação em litisconsórcio com um ou mais de um colegitimado ou isoladamente. Nesse sentido, Hugo Nigro Mazzili entende que a legitimação: “é concorrente, porque qualquer dos colegitimados do art. 5º da LACP ou do art. 82 do CDC pode agir em defesa de interesses transindividuais; é disjuntiva porque não precisam comparecer

em litisconsórcio.”⁴¹. Sobre a legitimidade ativa, explicaremos melhor a natureza no capítulo 3.

Sobre o objeto da ação civil pública, do artigo 1º e incisos da Lei da Ação Civil Pública depreende-se que são tutelados pela ação civil pública os direitos referentes: (i) ao meio ambiente; (ii) ao consumidor; (iii) a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; (iv) a qualquer outro interesse difuso ou coletivo⁴²; (v) a infração da ordem econômica; (vi) à ordem urbanística; (vii) à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos e (viii) ao patrimônio público social.

Percebe-se que o rol de direitos tutelados não é exaustivo, contudo, no parágrafo único do mesmo artigo o legislador teve o cuidado de explicitar quais matérias não são podem ser objeto de apreciação do poder judiciário pela via da ação civil pública. São elas as “pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados.”.

Essa limitação ao objeto da ação civil pública é um tanto quanto polêmica. Isso porque pode-se entender que a vedação proposta por medida provisória, sem os requisitos de relevância e urgência previstos no artigo 62 da Constituição Federal, constitui uma blindagem ao Poder Público contra possíveis investidas contra os cofres públicos através de ação coletiva que vise a cobrança de determinado tributo ou contribuição sindical considerada inconstitucional. Essa limitação legal ao objeto da ação civil pública represente, ao nosso ver, impedimento de solução de temas que são afetos à via coletiva, podendo gerar decisões conflitantes e consequente insegurança jurídica. Nesse mesmo sentido, Gregório Assagra de Almeida⁴³:

Todavia, por força constitucional, não se pode limitar o objeto material da ação civil pública (art. 129, III, em sua combinação com o art. 5º, XXXV, da CF). Portanto, o parágrafo único do art. 1º da LACP, inserido pela malsinada MedProv 2.180-35/2001, é flagrantemente inconstitucional, formal e materialmente. É formalmente inconstitucional porque não se vislumbra relevância e urgência para sua edição; e é materialmente inconstitucional porque limita o direito

⁴¹ MAZZILI, Hugo Nigro. A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo. São Paulo: Saraiva, 2016.

⁴² De rigor ressaltar que o inciso IV do artigo 1º da Lei da Ação Civil Pública foi inserido através do artigo 110 do Código de Defesa do Consumidor, que alterou a Lei da Ação Civil Pública para permitir que fosse objeto desta ação qualquer violação à interesse difuso ou coletivo.

⁴³ ALMEIDA, Gregório Assagra de. Objeto material da ação civil pública: algumas questões polêmicas. In: MILARÉ, Édis (Org.). A Ação Civil Pública Após 30 Anos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 321-345.

constitucional a uma tutela jurisdicional coletiva adequada (art. 5º, XXXV da CF) e ofende literal e frontalmente o princípio constitucional da não taxatividade do objeto material da ação civil pública (art. 129, III, da CF).

Importante salientar que o Superior Tribunal de Justiça interpreta esse dispositivo pela sua plena eficácia, vedando a propositura de ação civil pública que verse sobre matéria tributária pelo Ministério Público⁴⁴. Contudo, com relação à matéria previdenciária vem sido admitidas ações civis públicas que versem sobre benefícios, já que a vedação é expressa a contribuições previdenciárias⁴⁵. Destaca-se, porém, que essa posição não é unânime e que há julgados⁴⁶ em sentido contrário.

Da análise das matérias passíveis de serem tuteladas via ação civil pública, percebe-se que, com o seu advento houve “um rompimento” de um sistema processual atomizado, implementando-se uma nova forma de interferência das decisões do poder judiciário na vida da população. Nas palavras de Édis Milaré⁴⁷: “uma resposta processual de massa a uma sociedade de massa.”.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a ação civil pública alcançou o *status* de garantia constitucional, pois, expressamente prevista no artigo 129, inciso III do texto da carta magna. Ressalte-se que a ação civil pública, constitucionalmente prevista, é uma garantia constitucional *processual específica*. Isso porque, as garantias constitucionais gerais são os princípios constitucionais do processo (devido processo legal, contraditório, ampla defesa e etc) e aplicam-se a teoria geral do processo. Já na condição de garantia constitucional processual específica, a ação civil pública constitui uma das espécies do gênero das ações coletivas constitucionais.

Ainda sob o aspecto constitucional é importante salientar que a ação civil pública também possui natureza de garantia constitucional fundamental, na medida em que seu objeto material é composto por direitos e interesses coletivos amplamente considerados, inseridos no plano constitucional brasileiro como direitos fundamentais.

⁴⁴ EResp 771.460/DF, 1a Seção, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 15-10-2007; Resp 850.718/DF, 1a T., Rel. Min. Luiz Fux, DJ 10-9-2007; EResp 753.901/DF, 1a Seção, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 6-8-2007; EResp 665.773/DF, Rel. Min. Denise Arruda, DJe 7-4-2008.

⁴⁵ (STJ, Resp 946.533/PR, 6a T., Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 10-5-2011; Resp 1.142.630/PR, 5a T., Rel. Min. Laurita Vaz, j. 7-12-2010)

⁴⁶ (STJ, Resp 396.081/RS, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 2-9-2008; Resp 404.656/RS, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 17-12-2002)

⁴⁷ MILARÉ, Édis et al (Coord.). Ação Civil Pública Após 30 Anos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

Assim, a ação civil pública tem aplicabilidade imediata e não pode ser restritivamente interpretada.

Nesse sentido, registre-se entendimento de Gregório Assagra de Almeida⁴⁸:

É de se registrar que o rol de direitos e garantias constitucionais fundamentais é meramente exemplificativo, conforme se abstrai de cláusula constitucional aberta – princípio constitucional da não taxatividade dos direitos e garantias constitucionais fundamentais – estatuída no §2º, do art. 5º, da CF/1988, cuja redação tem o seguinte teor: ‘os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem os outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais que a República Federativa do Brasil seja parte.

Ainda que não exista vedação à sua interpretação em razão da natureza constitucional da espécie de ação coletiva, duas questões polêmicas permeiam a doutrina e a jurisprudência dos tribunais pátrios, quais sejam: (i) a possibilidade de controle difuso de constitucionalidade em sede de ação civil pública e (ii) a implantação de políticas públicas e enfrentamento do mérito dos atos administrativos levados ao conhecimento do Poder Judiciário através da ação civil pública.

Com relação ao controle de constitucionalidade em sede de ação civil pública, importante destacar que poderá a constitucionalidade de determinada lei ser questionada através da ação civil pública somente de forma incidental, ou seja, como causa de pedir e não como pedido da ação civil pública.

Isso porque, como sabido, para declaração de inconstitucionalidade há previsão na constituição federal da ação direta de inconstitucionalidade, cujo o objeto, em breve síntese, é a declaração abstrata da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, com a conseqüente retirada da lei declarada inconstitucional do mundo jurídico. A competência para julgar ação direta de inconstitucionalidade, a depender o poder legislativo que criou a norma, é do Supremo Tribunal Federal, ou, dos Tribunais Regionais Federais ou Tribunais de Justiça dos Estados. Sobre o assunto, Gregório Assagra de Almeida⁴⁹:

No caso da ação civil pública, a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo é discutida *incidenter tantum*, na causa de pedir, e será apreciada pelo juiz competente na fundamentação da decisão. Assim, a inconstitucionalidade na ação civil pública não é objeto de decisão e não produz os mesmos efeitos decorrentes da coisa julgada no

⁴⁸ ALMEIDA, Gregório Assagra de. Objeto material da ação civil pública: algumas questões polêmicas. In: MILARÉ, Édis (Org.). A Ação Civil Pública Após 30 Anos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 321-345.

⁴⁹ *Op. Cit.*

controle concentrado de constitucionalidade. E mais: o pedido formulado em sede de ação civil pública não objetiva a declaração da inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo do poder público impugnado, mas a tutela poderá, v.g., ser um pedido condenatório de obrigação de dar quantia ou de obrigação de fazer ou não fazer.

Diante dessas peculiaridades, a apreciação de questões que envolvam a declaração incidental de inconstitucionalidade de determinada norma nem sempre é vista com bons olhos pela doutrina. Por outro lado, nenhum juiz é obrigado a observar lei que, em sua concepção, é inconstitucional. Nesse sentido o Supremo Tribunal Federal, tem admitido o controle incidental e difuso de constitucionalidade em sede de ação civil pública⁵⁰.

Já no que diz respeito à implantação de políticas públicas, a melhor doutrina entende que é possível, desde que se tratem de políticas públicas específicas, socialmente necessárias e constitucionalmente exigidas. Sendo o Ministério Público responsável pelo zelo ao efeito respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância aos direitos assegurados constitucionalmente e como a ação civil pública é o instrumento jurídico processual apto a defender qualquer interesse difuso e coletivo, é plenamente viável o requerimento de implantação de políticas públicas nas condições acima especificadas.

Contudo, essa medida deverá ser tomada de forma cautelosa, para se evitar invasão do Poder Judiciário nas competências do Poder Legislativo e Executivo. O mesmo se diz com relação ao enfrentamento do mérito dos atos administrativos levados ao conhecimento do Poder Judiciário através da ação civil pública.

Embora não haja previsão constitucional para que o Poder Judiciário, através do juiz de direito, avalie a razoabilidade e oportunidade do agir do administrador, há necessidade de observar com cautela se o *decisium* proferido não invade a competência do Poder Executivo.

3.2. AÇÃO POPULAR

A ação popular foi inicialmente regulamentada pela Lei Federal n. 4.717 de 29 de junho de 1965, a qual permanece válida até hoje. Além disso, possui previsão

⁵⁰ Reclamação n. 1.733-8-SP, rel. Min. Celso de Mello, j. 24.11.2000 e Reclamação n. 664/RJ, REL. Min. Ellen Gracie, j. 22.05.2002.

expressa na Constituição Federal de 1988 nos termos do artigo 5º, inciso LXXIII. Pode-se dizer que a ação popular é um instrumento jurídico estudado por vários ramos do direito e por isso seu conceito e natureza jurídica variam de acordo com a visão aplicada.

Para o direito constitucional, a ação popular é uma garantia constitucional, ao lado do mandado de segurança, *habeas corpus*, *habeas data* e do mandado de injunção. Já aqueles que estudam direito administrativo, entendem que a ação popular seria um instrumento constitucional de controle popular da lesividade ou legalidade dos atos em geral. Nesse sentido, e de certo modo, a ação popular serve como uma forma de controle da administração pública pelo povo – por intermédio do poder judiciário – aproximando-se do referendo, plebiscito e projeto de lei de iniciativa popular. Sob o enfoque do processo civil a ação popular é um procedimento especial cível previsto em legislação extravagante.

Diferentemente da ação civil pública, a ação popular possui objeto tutelável mais restrito. Nos termos do artigo 5º, inciso LXXIII da Constituição Federal e do artigo 1º da Lei Federal n. 4.717/1965 a ação popular presta-se à tutelar os seguintes bens e direitos difusos: (i) patrimônio público; (ii) moralidade administrativa; (iii) meio ambiente e (iv) patrimônio histórico-cultural.

Contudo, não é qualquer violação aos bens e direitos difusos acima descritos que enseja o cabimento de ação popular. A ação popular é cabível contra atos do poder público que padecem de ilegalidade e que acarretem lesividade aos bens e direitos difusos descritos no *caput* do artigo 1º da Lei Federal n. 4.717/1965.

Frise-se que a ação popular é cabível contra atos administrativos, ou seja, atos comissivos ou omissivos, atuais ou eminentes, emanados pela administração pública no exercício de sua competência. Via de regra, não cabe ação popular contra atos de particulares. Mas como toda regra tem sua exceção, é cabível ação popular contra atos de particulares em que se verifique lesividade ao meio ambiente. No entendimento de Fernando Gajardoni⁵¹ se trata de uma espécie de ação civil pública ambiental anômala, pois, ao contrário do regramento previsto pela Lei da Ação Civil Pública e pelo Código de Defesa do Consumidor, nestes casos o legitimado ativo é o cidadão.

⁵¹ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Direitos difusos e coletivos II (ações coletivas em espécie: ação civil pública, ação popular e mandado de segurança coletivo). São Paulo: Saraiva, 2012.

Também não cabe, em regra, ação popular contra *atos tipicamente legislativos*, uma vez que a lei é um comando abstrato e genérico. Contudo, excetuam-se dessa regra as leis que possuem efeitos concretos, tais como aquelas que criam municípios, ou desapropriam áreas de proteção ambiental. Isso porque não havendo necessidade de ato administrativo posterior para lhes dar eficácia o controle da lesividade ou legalidade pode ser feito via ação popular.

A ilegalidade do ato administrativo atacado pela ação popular é definida pelo artigo 2º da Lei Federal n. 4.717/1965. Assim, são considerados ilegais para efeito de ação popular os atos administrativos em geral que incorram em: (i) incompetência; (ii) vício de forma; (iii) ilegalidade do objeto; (iv) inexistência de motivos e (v) desvio da finalidade. De acordo com o artigo 3º, da mesma lei, esse rol é meramente exemplificativo. Importante salientar que não pode o Poder Judiciário imiscuir-se nas funções da Administração Pública e analisar a conveniência e oportunidade do ato emanado discricionariamente, quando a lei autoriza o agente a assim agir.

Já a lesividade do ato, para que seja configurada, deverá ser interpretada de acordo com o caso concreto. O artigo 4º da Lei n. 4.717/1965 elenca casos em que se presume a ocorrência de prejuízo, sendo cabível a ação popular em que aquelas situações restem configuradas.

Por fim, no tocante à legitimidade importante salientar que ainda que acima tenha se falado em cidadão, a Lei traz alguns requisitos para a legitimidade ativa do autor da ação popular. Com efeito, nas palavras de Fernando Gajardoni:

O entendimento dominante – à luz do art. 1º, §3º, da Lei n. 4.717/65 – é no sentido de vincular a cidadania ao gozo dos direitos políticos. Isto é, o cidadão, para fins de ação popular é o indivíduo que tem capacidade de votar (direitos políticos ativos) e de ser votado (direitos políticos inativos). Há, contudo, autorizadas vocês na doutrina no sentido de que a cidade seria exercida por qualquer pessoa residente e domiciliada no Brasil, o que alargaria bastante a legitimidade ativa da ação popular.

Importante salientar que aos estrangeiros naturalizados ou portugueses equiparados é conferida a titularidade de direitos políticos. Por isso, é factível dizer que estrangeiros possam nessas condições propor ação popular. Da análise fria da letra da lei entende-se que o estrangeiro que seja residente no Brasil, mas que não tenha sido naturalizado, não tem legitimidade para propor ação popular.

Ocorre que, essa concepção tradicional acerca da legitimidade ativa do estrangeiro vem sendo discutida e corretamente rechaçada. Segundo Celso Antonio

Pacheco Fiorillo, Marcelo Abelha Rodrigues e Rosa Maria Andrade Nery⁵² em análise ao artigo 1º, parágrafo 3º, da Lei 4.717/1965 com as normas do artigo 5º, caput, e inciso LXXIII, e do artigo 225, caput, da Constituição Federal:

(...) O legislador constituinte não desejou restringir a legitimidade para a propositura da ação popular, pois não há nenhum dispositivo constitucional que determine que o conceito de cidadão seja delimitado ou restrito. Bem pelo contrário, são as melhores regras de interpretação e hermenêutica que determinam que as garantias e princípios fundamentais dos indivíduos, tal qual é a ação popular, sejam extensivamente interpretados. Destarte, ao se garantir a todos (rectius = povo) o direito a um meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado, essencial à vida com qualidade (direito fundamental à vida), desejou-se que brasileiros e estrangeiros residentes no País, eleitores ou não, enfim, todos aqueles que são passíveis de sofrer os danos e lesões ao meio ambiente, estivessem dotados de armas e instrumentos contra a degradação dos bens e valores ambientais. A ação popular é um desses instrumentos.

Ainda que esse posicionamento não tenha sido fixado em sede de recurso especial repetitivo, súmula vinculante ou outro instituto fixador de entendimento definido pelo artigo 927 do Código de Processo Civil, é certo que o estrangeiro residente no Brasil deverá ser considerado parte legítima para a ação popular na defesa contra atos lesivos.

No tocante às pessoas jurídicas, justamente por não exercer direitos políticos, não tem legitimidade para propor ação popular, mesmo que de natureza ambiental. É o que se extrai da Súmula 365 do Supremo Tribunal Federal.

Com relação à legitimidade do Ministério Público para a ação popular é importante consignar que foi firmado o entendimento⁵³ de que, sendo o Ministério Público, o guardião da tutela dos interesses transindividuais nos termos do artigo 129, III, da Constituição Federal, poderia propor toda e qualquer demanda que vise à defesa dos interesses difusos e coletivos, sob o ângulo material (perdas e danos) ou imateria (lesão à moralidade). Assim, poderia o Ministério Público, em tese propor ação popular. Contudo, considerando que o objeto da ação popular não é tão extenso quanto o da ação civil pública, por exemplo,

Há certa peculiaridade também com relação à legitimidade passiva da ação popular, pois, sendo, em sua maioria proposta contra ato administrativo somente o poder público poderia figurar no polo passivo da demanda popular, via de regra.

⁵² FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; RODRIGUES, Marcelo Abelha; NERY, Rosa Maria Andrade. *Direito processual ambiental brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 223-225.

⁵³ STJ, Resp 700.206/MG e Resp 637.322/RR, 1ª T., Rel. Min. Luiz Fuz, j. 9.3.2010 e 24.11.2004.

Assim, ao artigo 6º da Lei n. 4.717/1965 coube indicar que podem ser réus em ação popular: (i) pessoas jurídicas de direito público ou privado; (ii) autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, ou que, por omissas, tiverem dado oportunidade à lesão e; (iii) os beneficiários direto do ato. De suma importância esclarecer que a pessoa jurídica de direito privado, nesse caso, é custeada ou subvencionada ao poder público.

Importante reiterar que a ação popular faz parte do microsistema processual coletivo estabelecido pelas normas que tratam de interesses e direitos transindividuais (artigo 21 da Lei da Ação Civil Pública combinado com artigo 90 do Código de Defesa do Consumidor) é certo que havendo o silêncio da lei com relação a determinada situação, aplica-se uma das leis correlatas, pois, a aplicação das leis não é subsidiária e sim integrativa.

Assim, considerando que em tese os objetos da ação popular e da ação civil pública possuem certa identidade, mas que o polo passivo e o polo ativo de cada uma das demandas são legalmente diferentes, seria possível falar em litispendência entre ação popular e ação civil pública? Entende-se que sim. Para que se configure identidade entre duas ações que compõem o microsistema de processo coletivo são suficientes a coincidência entre os pleitos jurisdicionais almejados e os fundamentos de fato e de direito, não sendo necessária identidade subjetiva ativa e não sendo necessária a utilização do mesmo instrumento coletivo.

Nessa hipótese, verificada a identidade entre ação popular e ação civil pública, a segunda demanda proposta deverá ser extinta, caso o mérito da primeira já tenha sido analisado. Não há que se falar em extinção caso a ação coletiva ajuizada primeiro tenha sido julgada improcedente por insuficiência de provas e que a nova ação tenha sido ajuizada mediante a apresentação de novas provas.

Contudo, há quem defenda que não há necessidade de identidade rigorosa dos pedidos e causas de pedir formulados em ações coletivas, sendo possível a flexibilização do artigo 319 do Código de Processo Civil, “à análise da coincidência dos fatos jurídicos alegados e dos pedidos formulados, para fins de aferição da coisa

julgada e da litispendência.”⁵⁴. Representando parte da doutrina, Antonio do Passo Cabral⁵⁵:

Pensamos que devemos imaginar, para as ações coletivas, um critério diverso para a caracterização do conteúdo da causa de pedir, fugindo dos paradigmas das teorias da substanciação e individualização. (...) No atual estágio da legislação brasileira, somente podemos imaginar duas opções no campo da tutela coletiva: assumir que, diante das peculiaridades do processo coletivo, devemos aplicar a teoria da individualização (com os riscos de contrariar a letra do art. 282 do CPC, pelo que pensamos ser alternativa não adequada); ou atenuar a teoria da substanciação nas ações coletivas, permitindo, criteriosamente, narrativas genéricas e menos detalhadas em relação aos fatos, assegurando mecanismos para compensar esse déficit narrativo inicial.”.

Nessa linha, bastaria a identidade entre a relação jurídica substancial de duas demandas coletivas para que fosse configurada a identidade de causas, não sendo necessária a análise minuciosa dos fatos e fundamentos jurídicos de cada uma das demandas⁵⁶.

Em sentido contrário e defendido por esse trabalho, decidiu o STJ⁵⁷:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA E AÇÃO POPULAR. LITISPENDÊNCIA ENTRE AÇÕES COLETIVAS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA E AÇÃO POPULAR. ADMISSIBILIDADE. AUTORES ATUAM COMO SUBSTITUTOS PROCESSUAIS DOS TITULARES MATERIAIS DO DIREITO COLETIVO LATO SENSU TUTELADO. COLETIVIDADE DOS MUNICÍPIOS DE CARPINA.

1. Na hipótese dos autos, incontroversa a existência de identidade de pedido e de causa de pedir, não só porque reconhecida pelo acórdão recorrido, mas também porque tal identidade é expressamente admitida pelo próprio recorrente, que somente se insurge contra o reconhecimento da litispendência, por entender que esse pressuposto processual negativo exigiria também a identidade de partes processuais.

2. Outrossim, a tese do recorrente não prospera, pois contrária à doutrina e jurisprudência consolidada do STJ, consoante a qual nas ações coletivas, para efeito de aferição de litispendência, a identidade de partes deverá ser apreciada sob a ótica dos beneficiários dos efeitos da sentença, e não apenas pelo simples exame das partes que figuram no polo ativo da demanda, ainda que se trate de litispendência entre ações coletivas com procedimentos diversos, como a Ação Civil

⁵⁴ ALVIM, Arruda. Coisa julgada nas ações coletivas e identidade de causas entre a ação civil pública e ação popular. In: MILARÉ, Édís. A Ação Civil Pública Após 30 Anos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 105-124.

⁵⁵ CABRAL, Antonio do Passo. A causa de pedir nas ações coletivas. In: DIDIER JUNIOR, Fredie; MOUTA, José Henrique. Tutela Jurisdicional Coletiva. São Paulo: Juspodivm, 2009. p. 70.

⁵⁶ TUCCI, José Rogério Cruz e. A causa petendi no processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

⁵⁷ AgRg no REsp 1505359/PE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/11/2016, DJe 30/11/2016

Pública (procedimento regulado pela Lei 7.347/1985; Ação Popular (procedimento regulado pela Lei 4.717/1965); pelo Mandado de Segurança (procedimento regulado pela Lei 12.016/2009); pela Ação de Improbidade Administrativa (procedimento regulado pela Lei 8.429/1992), etc. (REsp 427.140/RO, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, Rel. p/ Acórdão Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 20/05/2003, DJ 25/08/2003, p. 263; REsp 1168391/SC, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/05/2010, DJe 31/05/2010; REsp 925.278/RJ, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 19/06/2008, DJe 08/09/2008;

Portanto, entende-se que é plenamente possível a identidade de causas entre ação civil pública e ação popular e demais tutelas coletivas.

3.3. MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO

O mandado de segurança coletivo foi inicialmente previsto pela Constituição Federal de 1988, nos termos do artigo 5º, LXX, e até o advento da Lei Federal n. 12.016/2009, sua regulamentação se dava através da antiga lei do mandado de segurança e da própria Constituição. O artigo constitucional traz a seguinte previsão:

LXX - 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;

Com o advento da Lei Federal n. 12.016/2009 passou-se a regradar de forma expressa o objeto, bem como a legitimidade, competência e coisa julgada formada no mandado de segurança coletivo.

Com efeito, nos termos do artigo 21 da Lei Federal n. 12.016/2009 o mandado de segurança coletivo poderá ser impetrado em razão de violação ou eminência de violação a direito líquido e certo coletivos ou individuais homogêneos. Reproduzindo a disposição do artigo 81, parágrafo único, incisos II e III do Código de Defesa do Consumidor, a Lei Federal n. 12.016/2009 classificou os direitos coletivos e individuais homogêneos como sendo *transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica e os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante,*

respectivamente. Nota-se que a lei foi silente com relação aos direitos e interesses difusos. Nesse sentido, Hely Lopes Meirelles⁵⁸:

Na realidade, embora haja referência no artigo à “defesa dos interesses dos seus membros”, entendemos que somente cabe o mandado de segurança coletivo quando existe direito líquido e certo da totalidade ou de parte dos associados, e no interesse dos mesmos é que a entidade, como substituto processual, poderá impetrar a segurança, não se admitindo, pois, a utilização do mandado de segurança coletivo para defesa de interesses difusos que deverão ser protegidos pela ação civil pública.

O entendimento acima, de Hely Lopes Meirelles, justifica-se em razão do silêncio da lei com relação a possibilidade de proteção de interesses difusos via mandado de segurança coletivo. Percebe-se que o legislador afastou a possibilidade de impetração do mandado de segurança coletivo de modo genérico, estabelecendo-se verdadeira pertinência temática para tutelar os interesses legítimos, líquidos e certos dos integrantes da pessoa jurídica autora.

O rol taxativo e bem mais restrito do que os legitimados estabelecidos para ajuizamento da ação civil pública, justifica-se em razão da natureza dos interesses ou direitos tutelados. O interesse ou direito coletivo, embora indivisível, pertence a um grupo, categoria ou classe de pessoas que são determinadas ou determináveis. Já o interesse ou direito individual homogêneo tem o objeto divisível e o que une os titulares é a origem comum. Portanto, o objeto tutelável torna-se muito mais restrito do que aquele tutelável por ação civil pública.

Nesse sentido, tanto do texto constitucional como da Lei Federal. 23.016/2019, verifica-se que foi conferida legitimidade ativa para impetração de mandado de segurança coletivo: (i) aos partidos políticos com representação no congresso nacional; (ii) à organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.

No que diz respeito aos partidos políticos, importante destacar que nos termos do artigo 1º da Lei n. 9.096/95 considera-se partido político a associação sem fins

⁵⁸ MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. Mandado de Segurança e Ações Constitucionais. Rio de Janeiro: Malheiros, 2009.

lucrativos, que tem como finalidade garantir o regime democrático e o sistema representativo, além de tutelar os direitos fundamentais. Para que seja regularmente constituído, deve estar registrado no Tribunal Superior Eleitoral (artigo 17, §2º da Constituição Federal).

Antes do advento da Lei do Mandado de Segurança (Lei Federal n. 12.016/2009) prevalecia o entendimento que a impetração de mandado de segurança coletivo por partido político não se limitava à defesa dos direitos e interesses dos seus filiados, pois, não havia essa limitação expressa na Constituição.

Assim, prevalecia o entendimento na doutrina de que o partido político, em sede de mandado de segurança coletivo, funcionava como verdadeiro guardião do direito objetivo, não havendo limitação temática nenhuma à impetração, mas apenas no tocante à necessidade de ter ao menos um representante no Congresso Nacional (Câmara ou Senado).⁵⁹

Contudo, o Superior Tribunal de Justiça, antes mesmo da Lei do Mandado de Segurança, passou a firmar entendimento no sentido de que a violação ou ameaça de violação à direito líquido e certo tutelada por mandado de segurança coletivo impetrado por partido político deveria guardar correspondência com os valores tutelados pelo partido político impetrante. Com isso, os partidos políticos somente poderiam impetrar mandado de segurança “em temas relacionados aos direitos e garantias fundamentais e sistema representativo de governo, assuntos intimamente relacionados aos valores para os quais foram criadas as agremiações políticas.”.

Com a promulgação da Lei Federal n. 12.016/2009 firmou-se o entendimento restritivo acerca da legitimidade ativa dos partidos políticos, o que no entendimento de Fernando Gajardoni “extirpa-se a possibilidade de os direitos fundamentais serem tutelados genericamente pelos partidos políticos”⁶⁰, especificamente pela letra do artigo 21 que limite a defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes.

No que diz respeito às organizações sindicais, entidades de classe ou associações, a regulamentação do mandado de segurança coletivo consolidou o entendimento de que o direito líquido e certo defendido deve ser correspondente aquele dos membros ou associados, na forma dos estatutos, mas desde que pertinentes à suas finalidades.

⁵⁹ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Direitos difusos e coletivos II (ações coletivas em espécie: ação civil pública, ação popular e mandado de segurança coletivo). São Paulo: Saraiva, 2012. Pág. 129.

⁶⁰ *Op. cit*

Ou seja, o objeto do writ não precisa estar diretamente atrelado ao objetivo institucional da entidade. Basta que tenha relação com o móvel organizacional e pronto: os direitos dos filiados podem ser defendidos pelo mandado de segurança coletivo. Assim, embora não se afaste a pertinência temática – como era sustentado por alguns, sob o fundamento de que o direito a ser tutelado era dos associados, independentemente dos fins da entidade -, admite-se que o mandado de segurança coletivo se preste para tutela de direitos que não sejam próprios, característicos da categoria.⁶¹

Desta forma, entende-se que quanto mais amplo for o objeto social da entidade ou associação, mais amplo também será a legitimidade ativa para impetração do mandado de segurança coletivo. Importante salientar que o mandado de segurança coletivo, especificamente, não depende de autorização especial dos membros da categoria. Também é importante mencionar que apenas parte dos interesses dos membros dos sindicatos, associações e entidades de classe pode ser defendida por mandado de segurança coletivo, nos termos da Súmula 630 do Supremo Tribunal Federal e do artigo 21 da Lei do Mandado de Segurança.

Por fim, no que se refere à legitimidade passiva não há qualquer peculiaridade com relação ao mandado de segurança individual. As peculiaridades com relação à coisa julgada serão analisadas em capítulo próprio.

3.4. LEGITIMIDADE

Nos termos do artigo 17 do Código de Processo Civil, “para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade”. Por interesse de agir, entende-se a necessidade de se estar em juízo para busca de determinada utilidade. Sua verificação é aferida no plano do direito material, a através da afirmação do direito feito por aquele que postula em juízo.

A legitimidade *ad causam*, por sua vez, consiste em requisito da ação para o pronunciamento sobre o mérito do pedido. Arruda Alvim⁶² define legitimidade *ad causam* como sendo:

A atribuição, pela lei ou pelo sistema, do direito de ação ao autor, possível titular ativo de uma dada relação ou situação jurídica, bem como a sujeição do réu aos efeitos jurídico-processuais e materiais da

⁶¹ *Op cit.*

⁶² ALVIM, Arruda. Manual de direito processual civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. Pág. 162.

sentença. Normalmente, no sistema do Código, a legitimação para a causa é do possível titular do direito material (art. 18 do CPC/2015).

Diz-se que é parte legítima para pleitear direito em juízo o titular do direito lesado ou na iminência de sofrer lesão, pois, conforme preleciona o artigo 18 do Código de Processo Civil, “ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico.”.

A primeira parte do *caput* do artigo 18 da lei processual trata da chamada legitimidade *ordinária*, segundo a qual “aquele que se afirmar titular do direito material tem legitimidade para discutir essa titularidade em juízo”. Já a segunda parte do mesmo artigo confere a denominada legitimação *extraordinária*, atribuindo a possibilidade de outrem pleitear em nome próprio, direito alheio.

Contudo, no que se refere às ações coletivas não há que se falar nos conceitos de legitimidade ordinária e extraordinária atribuídos ao trato individual do processo civil. Sobre esse ponto, Rodolfo Camargo Mancuso⁶³ tece importante observação:

A dicotomia legitimação ordinária e extraordinária (ou substituição processual) faz sentido no plano jurisdicional singular, onde opera o sistema de correspondência entre titularidade do direito e poder de agir (partes em sentido material e processual), mas já não assim no plano coletivo, onde a situação legitimante deriva do binômio relevância social do interesse-representação adequada do portador judicial.

Com relação à tutela coletiva de direitos, é importante notar que existem três correntes sobre a natureza jurídica da legitimidade ativa para o processo coletivo brasileiro. A primeira corrente, mais tradicional, entende que os legitimados para propor ação civil pública exercem o regime de substituição processual, pois, pleiteiam em nome próprio direito sobre o qual não é titular. Com a ressalva sobre a tutela de direitos difusos e coletivos *strictu sensu*. Assim não há que se falar em legitimação ativa ordinária que trata o artigo 18 do Código de Processo Civil no âmbito da ação civil pública. O regime de natureza extraordinária do parágrafo único do artigo 18 do Código de Processo Civil será excepcional para as ações civis públicas, enquanto o regime extraordinário – ou de substituição processual – será o comum.

Já a segunda corrente entende ser ordinária a legitimidade ativa para o processo coletivo, pois, o legitimado ajuíza a ação não somente para defender interesses alheios. Haveria coincidência de parcela da titularidade do direito material.

⁶³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. Pág. 408.

Por fim, a terceira corrente defende que a legitimidade ativa para a tutela de direitos e interesses coletivos seria *autônoma para a condução do processo*. Segundo os defensores desse entendimento, a legitimação seria própria das ações coletivas em razão dos direitos e interesses metaindividuais tutelados não se aplicando o modelo de legitimação do processo individual (legitimação ordinária e extraordinária).

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery⁶⁴ adotam expressão transportada do direito alemão para classificar a legitimação daqueles entes que melhor representa a situação qual seja, a denominada legitimação autônoma para o processo. Nas palavras dos mencionados autores:

Para a defesa em juízo de direitos difusos ou coletivos (v. definição do CDC 81 par. ún. I e II), a lei legitimou várias entidades (CF 129, III; CDC 82; LACP 5o), que têm, assim, legitimação autônoma para a condução do processo (*selbständige Prozesßführungsbefugnis*). Quanto à legitimação dessas entidades, por meio de ação coletiva, para a defesa de direitos individuais homogêneos (v. definição no CDC 81, par. ún. III), ocorre na forma de substituição processual, porque há defesa em nome próprio de direito alheio”.

Com relação à legitimidade para a tutela dos interesses e direitos individuais homogêneos pode-se dizer, em certa medida, que há certa proximidade com a substituição processual. Contudo, deve estar resguardada a regra constante do art. 103, §2º do Código de Defesa do Consumidor que autoriza aos interessados que não tenham intervido no processo coletivo, em caso de improcedência da demanda, a propositura de ações individuais. Todavia, não se trata especificamente de substituição processual tal qual no processo civil individual, pois, há regras distintas com relação à coisa julgada que serão melhor exploradas em capítulo próprio.

Conforme adiantado no item ‘a’, a Lei da Ação Civil dispõe em seu artigo 5º que são legitimados a propor ação civil pública: (i) o Ministério Público; (ii) a Defensoria Pública; (iii) a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; (iv) a autarquia, empresa pública ou sociedade de economia mista e (v) a associação que, concomitantemente, esteja constituída há pelo menos um ano nos termos da lei civil, e inclua, entre suas finalidade institucionais a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente e ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos

direitos de grupos étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

O Código de Defesa do Consumidor acrescenta a esse rol “as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código;”. Ou seja, órgãos públicos com finalidade específica destinada à proteção de interesses individuais poderá propor ação para resguardá-los, desde que autorizados por lei ou pela autoridade administrativa competente.

A legitimidade ativa da Defensoria Pública é questionada por alguns, pois, ao propor ação civil pública em defesa de interesses ou direitos difusos, por exemplo, estaria atuando no interesse de um indeterminado número de pessoas, dentre as quais existirão pessoas não necessitadas. Acabaria, assim, a Defensoria Pública agindo fora dos seus limites constitucionais e invadindo a competência do Ministério Público.

Contudo, não pactuamos com esse entendimento. Isso porque a limitação à legitimidade ativa da Defensoria Pública levaria ao esvaziamento do processo coletivo, na medida em que a Defensoria Pública teria que agir em nome de cada indivíduo considerado. Sobre o tema é importante trazer à baila ensinamento de Hugo Nigro Mazzili⁶⁵:

Assim sendo, não cremos seja acertado o entendimento restritivo a propósito das atribuições da Defensoria Pública, porque negaríamos os próprios fundamentos do processo coletivo se pudesse ela defender um único necessitado, ou até todos eles, desde que o fizesse um a um, mas não pudesse defender a todos, de uma só vez, num único processo coletivo. Todas as razões que levaram a Constituição e as leis a instituir o processo coletivo (possibilitar economia processual com a substituição processual do grupo lesado, evitar decisões contraditórias, assegurar efetivo acesso à Justiça etc.) – todas elas estariam frustradas se por absurdo lhe negássemos a possibilidade de atuar na defesa global de todo o grupo necessitado, obrigando-a à defesa de cada integrante do grupo assim considerado. Não nos impressiona o argumento de que, assim, a Defensoria Pública estaria a invadir atribuições do *parquet* na promoção da ação civil pública não lhe sejam exclusivas, seja porque, embora tenha ele atribuições inconfundíveis com as da Defensoria Pública, existem áreas de superposição entre ambos, como também existem entre Ministério Público e Procuradoria do Estado, sem que com isso cada qual perca sua identidade.

⁶⁵ MAZZILI, Hugo Nigro. A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo. São Paulo: Saraiva, 2016. P. 372.

Para colocar um fim na discussão, pelo menos por hora, o Supremo Tribunal Federal fixou tese sobre o tema nos seguintes dizeres: “a Defensoria Pública tem legitimidade para propositura de ação civil pública em ordem a promover a tutela judicial de direitos difusos e coletivos de que sejam titulares, em tese, pessoas necessitadas.”⁶⁶. Assim, ainda que uma sentença de procedência de ação civil pública de matéria ambiental proposta pela Defensoria Pública produza coisa julgada *erga omnes*, a Defensoria Pública somente poderá ingressar com o cumprimento de sentença em favor dos necessitados individualmente considerados.

Por fim, com relação às associações civis a Lei instituiu dois requisitos para que seja reconhecida a sua legitimidade ativa, quais sejam: (i) constituição há pelo menos um ano, nos termos da lei civil e (ii) inclusão, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Antes de mais nada é forçoso reconhecer que o rol estabelecido pela letra b, do artigo 5º da Lei da Ação Civil Pública não é taxativo “à vista da interpretação sistemática da lei, que admite a utilização da ação civil pública para a defesa de quaisquer interesses difusos e coletivos (art. 1º, IV) e não apenas daqueles mencionados na letra b do inc. V do art. 5º.”⁶⁷

Estabelece o artigo 5º, inciso XXI da Constituição Federal que “as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente”. Contudo o artigo 82, IV, do Código de Defesa do Consumidor dispensa, expressamente, a autorização assemblear caso as associações constituídas pelo prazo previsto possuam a previsão institucional dos direitos e interesses protegidos pelo Código. Mitigado está, portanto, a autorização nesses casos.

Contudo, importante questão deve ser trazida ao debate. Estando autorizada a propor ação em defesa dos direitos e interesses dos seus membros, poderia a associação civil defender interesses e direitos transindividuais que ultrapassem os de seus associados? Entendemos que sim. Não há nenhum impedimento legal que obste

⁶⁶ RGRE n. 733.433-MG, STF Pleno, j. 04.11.15, rel. Min. Dias Toffóli.

⁶⁷ MAZZILI, Hugo Nigro. A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo. São Paulo: Saraiva, 2016. P. 389.

a propositura de ação civil pública que ultrapasse os direitos dos associados, desde que em consonância com os fins institucionais.

Sobre o tema, transcrevemos abaixo o entendimento de Hugo Nigro Mazzili⁶⁸ com o qual concordamos:

Quando uma associação defende interesses difusos ou coletivos, reconhece-se facilmente possa buscar proveito em favor de todo o grupo lesado, e até quem dela não seja associado. Isso é inevitável, dado o caráter indivisível dos interesses difusos e coletivos. Assim, se uma associação de defesa do meio ambiente ou do consumidor ajuíza ação civil pública ou coletiva para zelar pela qualidade do ar que respiramos, ou para combater propaganda enganosa divulgada pela televisão, a eventual procedência beneficiará não apenas seus associados (...) E, mesmo quando ajuíze ação coletiva para anular cláusula em contrato de adesão, pode estar a beneficiar outras pessoas que se encontram na mesma condição.

O mesmo se diz com relação aos direitos e interesses individuais homogêneos. Como o artigo 103, III do Código de Defesa do Consumidor estabelece que a coisa julgada proferida em ação que trate de direitos e interesses individuais homogêneos será *erga omnes* para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores é certo que nada impede que pessoas que não façam parte da associação autora se beneficiem da sentença favorável proferida. Mais uma vez o requisito para que se reconheça a legitimidade ativa da associação autora é a pré-constituição temporal mínima e finalidade institucional compatível com o interesse tutelado.

3.5. COMPETÊNCIA

A competência delimita aptidão do órgão jurisdicional para a aplicação da jurisdição no caso concreto. Ao contrário da jurisdição, a competência será conferida a determinado órgão do poder judiciário através de norma constitucional e/ou infraconstitucional que lhe indique como o juízo natural da demanda.

Quatro critérios legais são utilizados para definição de competência para conhecimento de demandas. São eles: o critério funcional, o critério material, o critério valorativo e o critério territorial. Diz-se que o critério funcional é de competência absoluta, ou seja, sua inobservância acarreta nulidade ao processo presidido pelo juízo incompetente. Já os critérios valorativo e material, prorrogam a competência do

⁶⁸ MAZZILI, Hugo Nigro. A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo. São Paulo: Saraiva, 2016. P. 386.

juízo caso a nulidade não seja arguida pela parte, exceto se uma dessas competências for ditada pela lei como absoluta.

O Código de Processo Civil estabelece como regra geral para o processo individual que será competente o foro do domicílio do réu nas demandas em que versem sobre direito pessoal ou direito real sobre bens móveis (artigo 46). Excetuando-se da regra geral, os artigos 47 a 53 estabelecem as regras de competência para algumas demandas específicas, como ações que versem sobre direitos reais imobiliários e etc.

Para as ações coletivas, a Lei da Ação Civil Pública (artigo 2º, *caput*) e o Código de Defesa do Consumidor (artigo 93) estabeleceram como regra geral que o foro do local onde ocorrer o dano aos interesses e direitos tutelados por essas leis terá competência funcional para processar e julgar a causa. Ou seja, o artigo 2º da Lei Federal n. 7.347/1985 estabeleceu a competência absoluta para o julgamento da ação civil pública. Importante, porém, fazer menção ao inciso II do artigo 93 do Código de Defesa do Consumidor que trata do dano em extensão nacional ou regional. Referido artigo estabelece a competência do foro da capital do estado ou do Distrito Federal para processar e julgar as causas em que os danos sejam de âmbito nacional ou regional. Também é de rigor mencionar que essa regra é afastada caso verifique-se a competência da justiça federal, nos termos do artigo 109 da Constituição Federal.

O parágrafo segundo do artigo 2º da Lei Federal n. 7.347/1985 também afasta a incidência das regras de prevenção estabelecida para os processos individuais no julgamento da ação civil pública. De acordo com referido artigo *a propositura da ação prevenirá a jurisdição do juízo para todas as ações posteriormente intentadas que possuam a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto*. Sobre o tema, assinala Cássio Scarpinella Bueno⁶⁹:

O critério constante do precitado dispositivo é tanto mais importante, como sói ocorrer em se tratando de prevenção, quando há, para uma mesma “ação civil pública”, mais de um juízo competente. Apesar da aplicação do art. 93 do Código do Consumidor à hipótese, como destacado acima, importa destacar que para identificação do juízo prevento não tem aplicação o regime do Código de Processo Civil, mas, diferentemente, o ora examinado porque, além de ser regra específica, é também mais recente.

A plena aplicabilidade do dispositivo em exame, contudo, pressupõe a existência de um Cadastro que catalogue todas as “ações civis

⁶⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil : volume 2 : procedimento comum, processos nos Tribunais e recursos. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

públicas” ou, mais amplamente, todas as “ações coletivas” no Brasil. Cadastro similar, que cataloga os condenados, pessoas físicas ou jurídicas, pela prática de atos de improbidade administrativa, já existe para a Lei n. 8.429/1992. Ele é regulamentado pela Resolução n. 44/2007 do Conselho Nacional de Justiça com modificações posteriores (v. n. 12 do Capítulo 5 da Parte I).

A Lei da Ação Popular também estabelece competência específica para o processamento da causa. Segundo dispõe o artigo 5º:

“Conforme a origem do ato impugnado, é competente para conhecer da ação, processá-la e julgá-la o juiz que, de acordo com a organização judiciária de cada Estado, o for para as causas que interessem à União, ao Distrito Federal, ao Estado ou ao Município.”

Por fim, para o mandado de segurança coletivo, estabelece-se a mesma regra de competência para o mandado de segurança individual.

CAPÍTULO 4 - COISA JULGADA NO PROCESSO COLETIVO

4.1. O REGIME DA COISA JULGADA COLETIVA SEGUNDO O ARTIGO 103 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Conforme adiantado, a coisa julgada das ações que versem sobre interesses e direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos terá tratamento diferente daquelas em que se busque a proteção ou a reparação à interesse ou direito individual. O Código de Defesa do Consumidor, na mesma linha, definiu os limites da coisa julgada da coisa julgada de acordo com o tipo de interesse ou direito que a ação intentada busca tutelar.

Para os interesses ou direitos difusos, o artigo 103, I do Código de Defesa do Consumidor estabelece que a coisa julgada que recai sobre a sentença será “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 prova nova”. Ou seja, em se tratando de interesse ou direito em que não se possa identificar a quem a sentença ou decisão beneficiará, a coisa julgada produzirá efeitos a todos. Nesse caso, é importante ressaltar que conforme dispõe o parágrafo primeiro do artigo 103, os efeitos da coisa julgada jamais prejudicarão os interesses individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe.

Ainda no que diz respeito aos efeitos da coisa julgada formada no processo coletivo que verse sobre direito ou interesse difuso, Hugo Nigro Mazzili⁷⁰ faz importante reconhecimento:

Desde que tenha havido correspondente pedido inicial, a sentença de procedência também beneficiará os lesados individuais (interesses individuais homogêneos), no que diz respeito ao reconhecimento da existência de lesão coletiva e ao dever de indenizar os lesados individuais (é o chamado *transporte* da coisa julgada, cf. CDC, art. 103, §3º).

Imagine-se que foi reconhecida em sentença proferida em ação civil pública a responsabilidade de determinada empresa pela prática de atos que resultaram na contaminação de água subterrânea de uma região. A sentença, reconhecendo a materialidade do evento e afirmando a responsabilidade indenizatória da empresa ré, formará coisa julgada que ultrapassará as partes formais do processo e beneficiará a vítima do evento e seus sucessores, cabendo a estes provar o nexo de causalidade entre o evento danoso reconhecido na sentença coletiva e o seu dano individual. É o que diz o artigo 104 do Código de Defesa do Consumidor.

Já no tocante às ações que buscam tutelar direitos ou interesses coletivos, a coisa julgada produzirá efeitos “ultra partes, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas” (artigo 103, II do Código de Defesa do Consumidor). A limitação *ultra partes* estabelecida pelo Código de Defesa do Consumidor não significa que a coisa julgada proferida em determinado processo produzirá efeitos somente sobre autor e réu. Isso porque, considerando que o autor da ação coletiva é um dos legitimados indicados pela lei, os efeitos da coisa julgada recairão sobre o grupo, categoria ou classe que aquele legitimado representa.

Contudo, é importante destacar que para beneficiar-se da coisa julgada formada em ação coletiva *strictu sensu*, o autor individual que tiver proposto ação própria com o mesmo objeto, deverá ter requerido a suspensão do processo individual oportunamente. Tratando-se de mandado de segurança coletivo, é preciso que o interessado desista da sua demanda individual. Tal qual se dá na tutela de interesses e direitos difusos, o indivíduo não sofrerá efeitos prejudiciais por eventual improcedência da ação coletiva.

⁷⁰ MAZZILI, Hugo Nigro. A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo. São Paulo: Saraiva, 2016. P. 672.

Mais uma vez, em se tratando de mandado de segurança coletivo, a desistência da demanda individual poderá representar riscos de prejuízo ao tutelado individualmente considerado. Isso porque, tendo em vista que o 22, §1º da Lei do Mandado de Segurança determina a desistência do mandado de segurança individual para que o particular seja eventualmente alcançado pelos efeitos da coisa julgada formada em mandado de segurança coletivo, caso a segurança coletiva venha a ser denegada, é certo que o indivíduo será prejudicado.

Isso porque, o prazo decadencial para impetrar mandado de segurança é de 120 (cento e vinte) dias contados da ciência, pelo interessado do ato impugnado. É certo que até o julgamento final do mandado de segurança coletivo, já terá decorrido o prazo instituído por lei, ficando, assim, o indivíduo prejudicado pela sentença de improcedência proferida em mandado de segurança coletivo.

Por fim, a coisa julgada proferida em ações cujo objeto seja a tutela de interesses ou direitos individuais homogêneos, a sentença proferida fará coisa julgada “erga omnes, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores”. Aqui, para beneficiar-se da sentença proferida em ação coletiva, o particular também deverá requerer a suspensão do seu processo. Conforme se passará a demonstrar no item 4.2, a extensão dos efeitos da sentença coletiva ao particular ocorre *in utilibus* nos casos de procedência, dentro dos limites do pedido individual. No caso de improcedência do pedido, os indivíduos que não atuaram como assistentes litisconsorciais poderão propor suas demandas individuais.

As expressões *erga omnes* e *ultra partes*, embora não sejam distintas se consideradas isoladamente, possuem diferentes significados no tocante à coisa julgada coletiva. Isso porque, da análise do artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor e seus incisos, depreende-se que o legislador tratou os efeitos das expressões de forma diferente. Ao estabelecer que a coisa julgada formada no processo coletivo será *erga omnes*, o legislador demonstrou que “quis alcançar imutabilidade do *decisium* em relação a todo o grupo social”⁷¹. E no tocante à coisa julgada *ultra partes*, deixou-se claro que os efeitos ultrapassarão as partes do processo, mas, não atingirá toda a coletividade, estando limitada ao grupo, classe ou categoria das pessoas atingidas.

⁷¹ MAZZILI, Hugo Nigro. A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo. São Paulo: Saraiva, 2016. P. 675.

Da análise do artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor também é possível depreender que a coisa julgada proferida no âmbito da ação civil coletiva poderá ser *secundum eventum litis* ou *secundum eventum probationes*. Em tradução livre, *secundum eventum litis* significa que a qualidade da coisa julgada se formará apenas se o resultado da demanda se der de acordo com a previsão legal. Já a coisa julgada *secundum eventum probationis* configura-se de acordo com as provas produzidas no processo.

O inciso III do artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor trata da hipótese de coisa julgada *secundum eventum litis*, pois, “só alcançará as pretensões das vítimas e sucessores (*erga omnes e ultra partes*) nos casos de procedência do pedido formulado na ação coletiva (não de improcedência).”.

Ainda a coisa julgada proferida nas hipóteses do artigo 103, I e II do Código de Defesa do Consumidor e do artigo 16 da Lei Federal n. 7.347/1985 será *secundum eventum probationis*, pois, a coisa julgada não se formará sobre a sentença de improcedência que obteve esse resultado em função da insuficiência do conjunto probatório formado nos autos do processo. Assim, o titular da ação coletiva poderá propor nova ação sob o mesmo fundamento daquela julgada improcedente, desde que fundada em nova prova. Nesse sentido, Fernando Fonseca Gajardoni⁷²:

Nos casos em que o sistema estabelece a coisa julgada *secundum eventum probationis* (art. 103, I e II do CPC e art. 16 da LACP), a repropositura a demanda previamente desacolhida depende da existência de uma preliminar de cabimento na nova ação com indicação específica da prova nova. Esta prova nova, ademais, deve ser suficiente para mudar o resultado do primitivo processo (não bastando as mesmas provas dantes apresentadas, com pedido de reavaliação). O conceito de prova nova, para os fins de repropositura da ação coletiva, é distinto do conceito análogo existente na ação rescisória (art. 485, VII, do CPC). Aqui o conceito de prova nova é relacionado à existência de uma prova não apresentada na primitiva ação e suficiente para mudar o resultado final do processo.

Caso a improcedência se dê por qualquer motivo que não a deficiência do conjunto probatório formado nos autos, será formada a coisa julgada material impedindo-se a propositura de nova ação coletiva idêntica àquela que foi

⁷² GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Direitos difusos e coletivos I (teoria geral do processo coletivo). São Paulo: Saraiva, 2012.

improcedente em razão do convencimento do magistrado formado pelas provas produzidas nos autos.

Importante fazer a ressalva de que a coisa julgada formada sobre sentença proferida em processo que verse sobre a tutela de interesses e direitos individuais homogêneos não será *secundum eventum probationis* já que houve silêncio do legislador com relação a essa hipótese, ao contrário do quanto previsto para os direitos e interesses difusos e coletivos.

4.2. TRANSPORTE *IN UTILIBUS* DA COISA JULGADA COLETIVA

Diz-se que a coisa julgada no processo coletivo também é *in utilibus*, isso porque pode ser transportada para o plano individual. Ou seja, “os efeitos da sentença proferida em processo coletivo, como regram só se imutabilizam quando beneficiarem individualmente as vítimas e sucessores, nunca os prejudicando (art. 103 e parágrafos do CDC).”⁷³

Assim, uma vez julgada procedente a ação coletiva, os eventuais direitos individuais dos integrantes da coletividade, grupo, categoria ou classe, decorrentes (difusos) ou tutelados diretamente na ação coletiva (coletivos e individuais homogêneos) poderão ser reclamados pela via liquidatória/executiva (art. 97 e ss do CDC), aproveitando-se do teor da sentença coletiva genérica prolatada.

Todavia, para que o particular se beneficie dos efeitos da sentença sobre a qual foi formada a coisa julgada coletiva, se faz necessário o preenchimento de requisito previsto no artigo 104 do Código de Defesa do Consumidor.

Segundo o referido artigo, os efeitos da coisa julgada proferida em ação coletiva “não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva.”. Não sendo adotada a providência determinada pela lei na ação individual, a coisa julgada proferida sobre sentença coletiva não poderá ser aproveitada

O artigo 104 do Código de Defesa do Consumidor confere uma faculdade ao autor da ação individual, que pode ou não optar por requerer a suspensão da sua ação para, posteriormente, aproveitar-se de benefício advindo da procedência da ação coletiva.

⁷³ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Direitos difusos e coletivos I (teoria geral do processo coletivo). São Paulo: Saraiva, 2012.

Porém, em 2009, o STJ passou a autorizar que o juiz, independente da vontade do autor individual, suspendesse *ex officio* a ação individual até que houvesse pronunciamento judicial na ação coletiva que buscasse tutelar o mesmo direito ou interesse⁷⁴.

Trata-se da denominada suspensão judicial. À época o motivo pelo qual o STJ acabou criando pela via judicial essa nova figura processual foi

(...) Fruto de uma interpretação sistemática das regras processuais sobre recursos repetitivos, com invocação analógica do art. 543-C do CPC. Afinal, não adiantaria em nada dar seguimento à ação individual de objeto correspondente à ação coletiva em 1º e 2º graus, para que, quando ela chegasse à fase de recurso especial, o STJ determinasse o sobrestamento do feito para aguardar o julgamento da macrolide (no caso, a ação coletiva para a tutela dos individuais homogêneos).⁷⁵

Com efeito, nos parece que a criação, pelo STJ, do instituto da suspensão do processo individual configura usurpação de competência do poder legislativo, pois, criou-se via construção jurisprudencial um modelo de suspensão judicial diverso daquele previsto em lei.

Uma opção existente, mas talvez não tão vantajosa, caso a parte atingida pelos efeitos da suspensão judicial sinta-se prejudicada, poderá invocar o artigo 94 do Código de Defesa do Consumidor, o qual autoriza que “os interessados possam intervir no processo como litisconsortes, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social por parte dos órgãos de defesa do consumidor.”. Assim, para efetivamente contribuir na demanda coletiva, o individual poderá requerer seu ingresso como litisconsorte ativo.

Porém, é importante salientar que essa opção poderá ser mais prejudicial ao particular do que a suspensão de ofício do processo individual. Isso porque, tendo o particular atuado como litisconsorte de demanda coletiva julgada improcedente fica afastada a possibilidade de ajuizar ação particular na defesa de seu direito individual.

Também é de rigor destacar que a atuação do particular como litisconsorte ativo na ação coletiva somente se dá em casos em ações em que se busque a tutela de direitos e interesses individuais homogêneos, na medida em que somente nestes casos é que se pode falar em pretensão individual concorrente com pretensão formulada em ação civil pública.

⁷⁴ RESp 1.110.549/rs, rel. Min Sidnei Beneti, j. 28/10/2009

⁷⁵ *Op. Cit.*

Nas ações em que se pretenda a tutela de interesses difusos e coletivos *strictu sensu* não há que se falar em ingresso do particular como litisconsorte no polo ativo da demanda, uma vez que as leis que regulamentam o processo coletivo são específicas com relação à legitimidade ativa para proteção judicial de tais direitos. Isso porque, nesse tipo de demanda o que está em debate não é interesse ou direito do particular, mas sim o bem coletivamente considerado. Assim caso haja intervenção do particular em ação coletiva que verse sobre direito ou interesse individual homogêneo, a coisa julgada formada nesse processo será *pro et contra* para esse indivíduo – e não *in utilibus*, pois, foi parte no processo.

Optando o particular pela suspensão da sua ação individual, ou tendo sido a mesma determinada pelo juízo, o particular (ou seus sucessores) poderá, de forma individual, proceder à liquidação e à execução da sentença coletiva, nos termos dos artigos 96 a 99 do Código de Defesa do Consumidor. Ou seja, de modo a atingir a finalidade precípua do processo coletivo, o particular individualmente considerado poderá executar a sentença proferida em ação coletiva individualmente, nos limites do dano individual. O mesmo se diz com relação a sentença penal condenatória, que poderá ser executada pelos particulares (artigo 103, §3º e 4º do Código de Defesa do Consumidor).

Sobre o transporte *in utilibus* da coisa julgada coletiva e a liquidação da sentença coletiva pelo indivíduo particularmente considerado, explica Fernando Gajardoni⁷⁶:

A satisfação do direito do indivíduo (ou sucessores), nestes casos de transporte *in utilibus* de sentença proferida em sede de direitos difusos e coletivos, fica condicionada a prévio processo de liquidação individual dos danos. De liquidação este processo só tem o nome. Na verdade, não se apura apenas o quantum debeatur (valor do dano), mas, também, a própria existência do dano individual e o nexo de causalidade entre ele e a conduta praticada pelo condenado na sentença coletiva. Pensamos na esteira de prestigiosa doutrina que, em realidade, o que ocorre na espécie é um processo anômalo de fixação de danos decorrentes do evento constado na ação coletiva, ora nominado, à míngua de outra expressão melhor, como habilitação ou liquidação imprópria.

⁷⁶ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Direitos difusos e coletivos I (teoria geral do processo coletivo). São Paulo: Saraiva, 2012. Pág. 146-147.

4.2. LIMITES TERRITORIAIS DA COISA JULGADA COLETIVA

Antes da promulgação do Código de Defesa do Consumidor, e até mesmo da Constituição Federal de 1988, o artigo 16 da Lei Federal n. 7.347/1985 era o responsável por regulamentar os limites subjetivos da imutabilidade dos efeitos da coisa julgada proferida em ação civil pública.

Inspirado no modelo da ação popular, especificamente no artigo 18 da Lei Federal n. 4.717/1965, o artigo 16 da Lei Federal n. 7.347/1985 dispunha a seguinte redação:

A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, exceto se a ação for julgada improcedente por deficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

Com esta redação, a Lei da Ação Civil Pública “mitigou a coisa julgada nas ações civis públicas e coletivas, de acordo com o resultado do processo (*secundum eventum litis*).”⁷⁷ Todavia, em 1997 a redação original do artigo 16 da Lei Federal n. 7.347/1985 foi alterada pelo artigo 2º da Lei n. 9.494/1997 passando a vigorar com o seguinte texto:

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.

Da simples leitura do artigo, verifica-se que foi imposta uma limitação ao alcance da coisa julgada proferida em ação civil pública para que a coisa julgada fique restrita aos limites territoriais da competência do juiz prolator da decisão.

Antes de se analisar os deméritos que a alteração trouxe tanto para o microsistema do processo coletivo, como para a aplicabilidade do dispositivo legal no cotidiano e nos casos concretos, é de rigor salientar que a referida alteração não decorreu de lei *em sentido estrito*. Ou seja, não foi obra do Congresso Nacional e nem decorreu de projeto regular do Poder Executivo. Mas sim de conversão em lei da Medida Provisória n. 1.570/1997, que sem analisar as consequências práticas dessa alteração, modificou um sistema vigente desde 1985 e 1990. Para Hugo Nigro Mazzili⁷⁸ a forma de alteração da redação original do artigo 16 da Lei da Ação Civil

⁷⁷ MAZZILI, Hugo Nigro. A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo. São Paulo: Saraiva, 2016. P. 668.

⁷⁸ MAZZILI, Hugo Nigro. A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo. São Paulo: Saraiva, 2016. P. 669.

Pública “ desantendia claramente o pressuposto constitucional da urgência, em matéria que deveria ser afeta ao processo coletivo ordinário e não à excepcionalidade da medida provisória.”.

Feita essa observação, com a qual concorda o presente trabalho, passamos a analisar as consequências da nova redação do artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública.

Com efeito, verifica-se que o legislador além de romper “por completo o espírito do processo coletivo, de tutelar molecularmente o conflito e ampliar a abrangência da decisão para beneficiar todos os interessados”⁷⁹, também confundiu conceitos de coisa julgada e competência territorial, os quais não se confundem.

Na alteração procedida em 1997 ao art. 16 da LACP, o legislador confundiu limites da coisa julgada (a imutabilidade erga omnes da sentença, ou seja, seus limites subjetivos atinentes às pessoas atingidas pela imutabilidade) com competência territorial que nada tem a ver com imutabilidade da sentença, dentro ou fora da competência do juiz prolator, até porque, na ação civil pública a competência sequer é territorial e sim funcional.⁸⁰

A interseção que se pode fazer entre a coisa julgada e a competência se dá na medida em que a coisa julgada, ou em melhores palavras, a decisão de mérito transitada em julgado poderá ser rescindida, na forma do artigo 966 do Código de Processo Civil, quando for proferida por juízo absolutamente incompetente (artigo 966, inciso II, do Código de Processo Civil). Mais do que isso, não há no ordenamento jurídico brasileiro qualquer limitação que a coisa julgada possa sofrer em razão da competência territorial, não havendo qualquer redação obscura que enseje a interpretação incorreta de tais conceitos.

Até porque decisões, em sentido *lato*, proferida por juízes de direito de qualquer comarca ou subseção judiciária tem efeito em todo território nacional como um ato do poder público. Não há que se cogitar limitação territorial no processo coletivo, quando no processo individual os efeitos das decisões proferidas pelo Poder Judiciário têm alcance nacional e até mesmo internacional, enquanto decisão de soberania do Estado.

Não bastasse a confusão entre conceitos, a alteração procedida pelo artigo 2º da Lei n. 9.494/1997 ao artigo 16 da Lei Federal n. 7.347/1985 é absolutamente ineficaz ao nosso ver, pois, não alcançou o Código de Defesa do Consumidor. Como dito alhures, a Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor formam

⁷⁹ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Direitos Difusos e Coletivos I – Teoria Geral do Processo Coletivo. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 72.

⁸⁰ MAZZILI, Hugo Nigro. A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo. São Paulo: Saraiva, 2016. P. 670.

um sistema integrado em matéria de ações civis públicas e coletivas (artigo 21 da Lei Federal n. 7.347/1985 c/c artigo 90 do Código de Defesa do Consumidor). Os dispositivos de ambos os diplomas legais se completam e se interpenetram. No tocante à coisa julgada, o Código de Defesa do Consumidor é muito mais completo e deve prevalecer sobre o da Lei da Ação Civil Pública.

Conforme explicado anteriormente, em matéria de processo coletivo, o Código de Defesa do Consumidor estabelece que é competente para processar e julgar, excepcionando-se a competência da Justiça Federal, a justiça local: (i) da comarca do lugar do dano, quando este for de âmbito local ou; (ii) da capital do Estado ou do Distrito Federal, quando o dano for de âmbito nacional ou regional. Não há no texto de lei qualquer limitação territorial relacionada à competência do órgão prolator. Essa regra não se aplica somente em casos que busquem a tutela de interesses ou direitos individuais homogêneos, mas também à defesa de qualquer interesse transindividual.

Logo, considerando que o Código de Defesa do Consumidor disciplina adequadamente a coisa julgada e que há expressa integração entre esse diploma e a Lei da Ação Civil Pública, podemos entender que o Código de Defesa do Consumidor rege não somente os processos coletivos que versem sobre a tutela de direitos relacionados às relações de consumo, mas também qualquer processo que busque a tutela de interesses e direitos transindividuais.

Sobre o tema, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça em sede de julgamento de recurso repetitivo, afetado aos temas 480 e 481, mitigou a aplicação do artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública, conforme a ementa do acórdão do Recurso Especial n. 1.243.887/PR⁸¹ abaixo reproduzida (grifou-se):

DIREITO PROCESSUAL. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (ART. 543-C, CPC). DIREITOS METAINDIVIDUAIS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. APADECO X BANESTADO. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. EXECUÇÃO/LIQUIDAÇÃO INDIVIDUAL. FORO COMPETENTE. ALCANCE OBJETIVO E SUBJETIVO DOS EFEITOS DA SENTENÇA COLETIVA. LIMITAÇÃO TERRITORIAL. IMPROPRIEDADE. REVISÃO JURISPRUDENCIAL. LIMITAÇÃO AOS ASSOCIADOS. INVIABILIDADE. OFENSA À COISA JULGADA.

1. Para efeitos do art. 543-C do CPC: 1.1. A liquidação e a execução individual de sentença genérica proferida em ação civil coletiva pode ser ajuizada no foro do domicílio do beneficiário, porquanto os efeitos e a **eficácia da sentença não estão circunscritos a lindes geográficos, mas aos limites objetivos e subjetivos do que foi decidido, levando-se em conta, para tanto, sempre a extensão do**

⁸¹ REsp 1243887/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, CORTE ESPECIAL, julgado em 19/10/2011, DJe 12/12/2011, grifo nosso.

dano e a qualidade dos interesses metaindividuais postos em juízo (arts. 468, 472 e 474, CPC e 93 e 103, CDC).

1.2. A sentença genérica proferida na ação civil coletiva ajuizada pela Apadeco, que condenou o Banestado ao pagamento dos chamados expurgos inflacionários sobre cadernetas de poupança, dispôs que seus efeitos alcançariam todos os poupadores da instituição financeira do Estado do Paraná. Por isso descabe a alteração do seu alcance em sede de liquidação/execução individual, sob pena de vulneração da coisa julgada. Assim, não se aplica ao caso a limitação contida no art. 2º-A, caput, da Lei n. 9.494/97.

2. Ressalva de fundamentação do Ministro Teori Albino Zavascki.

3. Recurso especial parcialmente conhecido e não provido.

Embora o Superior Tribunal de Justiça tenha optado pela inaplicabilidade do artigo 16 da Lei Federal n. 7.347/1985, o Supremo Tribunal Federal tende a ir na contramão desse posicionamento.

Em decisão monocrática proferida em 03/09/2018 nos autos do Recurso Extraordinário n. 1.101.937/S, o Ministro Alexandre de Moraes deu provimento ao recurso, interposto em ação originariamente ligada ao direito do consumidor para anular decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça que afastou a aplicação do artigo 16 da Lei Federal n. 7.347/1985. Segundo entendeu o Ministro, ao adotar tal posicionamento, o Superior Tribunal de Justiça incorreu em violação aos entendimentos dispostos no Recurso Extraordinário n. 612.043-RG/PR (tema 499) e teria desrespeitado, também, o entendimento fixado na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1576. Referida decisão monocrática foi objeto de agravo interno ainda pendente de julgamento quando da finalização do presente trabalho.

Apesar de ainda não existir posicionamento final do Supremo Tribunal Federal, é certo que está em risco o posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça que protege um dos precípuos objetivos das ações coletivas, qual seja a obtenção de decisões estáveis sobre matérias que versem sobre direitos transindividuais. Ao nosso ver, escorreito o entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, pois, ainda que indispensável a competência seja indispensável para o desenvolvimento válido e regular do processo, em matéria de coisa julgada não há que se falar em limitação territorial pela competência, pois, a decisão imutável que representa vontade do Estado já é válida, de pleno direito em sede de ação individual e coletiva, em todo o território nacional.

4.3. COISA JULGADA NA AÇÃO POPULAR

Conforme já explicitado no capítulo 3 acima, a ação popular é instrumento processual que busca a anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público, o qual é definido como sendo os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico (artigo 1º, §1º da Lei n. 4.717/1965). E foi a ação popular que inaugurou a chamada *coisa julgada erga omnes* no direito brasileiro com a redação dada ao artigo 18 da Lei n. 4.717/1965:

A sentença terá eficácia de coisa julgada oponível "erga omnes", exceto no caso de haver sido a ação julgada improcedente por deficiência de prova; neste caso, qualquer cidadão poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

Da leitura do artigo é possível depreender três situações: (i) a sentença de procedência da ação popular; (ii) a sentença de improcedência da ação popular, por falta de fundamento e (iii) a sentença de improcedência por falta de provas. Nos casos de procedência e de improcedência por deficiência na fundamentação, não se admite a propositura de outra ação com a mesma fundamentação e objeto, ainda que ajuizada por outro autor popular, pois, nesses casos “a sentença decide a questão de mérito e, quando definitiva, tem eficácia de coisa julgada, oponível erga omnes.”⁸². Sendo a ação popular julgada improcedente por deficiência do conjunto probatório, será possível a propositura de nova ação popular, inclusive pelo mesmo autor, desde que juntada nova prova.

Nas palavras de Hely Lopes Meirelles⁸³ a redação do artigo 18 da Lei da Ação Popular:

Significa apenas que o julgamento de deficiência da prova é que se tornou coisa julgada, tanto que, se não forem indicadas novas provas, o réu poderá pedir a declaração de carência da ação, arguindo a impossibilidade de propor-se outra demanda com o mesmo fundamento e as mesmas provas.

Tal qual na ação civil pública, entendemos que caso a ação popular seja reiteradamente julgada improcedente por falta de prova e havendo um erro de julgamento no tocante ao conjunto probatório produzido nos autos da ação popular, o cidadão legitimado para a defesa do patrimônio público contra atos lesivos poderá

⁸² MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. Mandado de Segurança e Ações Constitucionais. São Paulo: Malheiros, 2009.

⁸³ *Op. Cit.*

intentar ação rescisória com fundamento no artigo 966, incisos VII e VIII do Código de Processo Civil⁸⁴.

Também é possível depreender que a redação original do artigo 16 da Lei n. 7.347/1985 inspirou-se no modelo adotado pela ação popular. A nova redação do artigo 16 da Lei n. 7.347/1985 trouxe substancial alteração ao regime da coisa julgada na ação civil pública, o que, corretamente não foi reproduzido na ação popular. Portanto, mais um motivo que justifica a correta mitigação da aplicação do artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública, a nosso ver.

Embora o legitimado ativo para propor ação popular seja distinto das demais ações coletivas, principalmente da ação civil pública, não há que se negar que os objetos de ambos os modelos de ações coletivas são parecidos e assim, poderá haver identidade entre as duas demandas gerando pressuposto processual negativo da litispendência.

Nas palavras de Arruda Alvim⁸⁵:

Nessa linha, para muitos, a identidade de causas estaria configurada desde que duas ações coletivas versassem a mesma relação jurídica substancial (v.g., um determinado desastre ambiental ou mesmo, como no caso em tela, a impugnação de determinada contratação), não sendo necessário descer a minúcias na análise de cada um dos fatos e fundamentos jurídicos alegados em cada uma delas. Ainda que não se acolha tal posicionamento, é possível que o confronto entre os fatos jurídicos deduzidos e decididos numa ação popular com os fatos jurídicos alegados em ação civil pública posteriormente proposta resulte em coincidência suficiente para estabelecer a identidade de causas, sem que haja necessidade de relativização dos preceitos do direito processual individual.

Assim, havendo identidade entre ação popular e ação civil pública verificada pela semelhança entre pedidos formulados e a igualdade nos fatos jurídicos que amparam as pretensões, duas medidas se impõem: (i) a proibição de propositura de outra ação coletiva com as mesmas pretensões e (ii) a vedação de em segunda ação coletiva, “deduzir pretensão ou defesa que tenha solução logicamente subordinada à solução da causa.”⁸⁶. Dessa forma, verificando-se a identidade entre ação popular e ação civil pública, por exemplo, é de rigor a extinção da segunda demanda proposta, caso o mérito da demanda ajuizada em primeiro já tenha sido analisado.

⁸⁴ Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:
VII - obtiver o autor, posteriormente ao trânsito em julgado, prova nova cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;
VIII - for fundada em erro de fato verificável do exame dos autos.

⁸⁵ MILARÉ, Édís et al (Coord.). Ação Civil Pública Após 30 Anos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

⁸⁶ *Op. Cit.* 42

Portanto, é de se ver que a coisa julgada na ação popular poderá trazer consequências para outras ações coletivas e vice-versa.

4.4. COISA JULGADA NO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO

A coisa julgada adotada para o mandado de segurança coletivo, estabelecida pelo artigo 22 da Lei n. 12.016/2009, rompe com o modelo de coisa julgada estabelecido pelos artigos 103 e 104 do Código de Defesa do Consumidor, até então estudados. Com efeito, dispõe do artigo 22 da Lei n. 12.016/2009 que “no mandado de segurança coletivo, a sentença fará coisa julgada limitadamente aos membros do grupo ou categoria substituídos pelo impetrante.”.

Diferentemente do Código de Defesa do Consumidor, a Lei do Mandado de Segurança, para efeitos de coisa julgada *secundum eventum litis*, não diferenciou os interesses e direitos coletivos *strictu sensu* dos direitos e interesses individuais homogêneos. Ambos foram submetidos ao regime da coisa julgada *ultrapartes*, pois, somente integrantes da entidade autora – jamais terceiros - serão beneficiados pela coisa julgada do mandado de segurança coletivo impetrado.

Além do mais, no que concerne ao transporte *in utilibus* da coisa julgada, diferentemente do regime das demais ações coletivas, para se beneficiar da sentença transitada em julgado proferida no mandado de segurança coletivo, o impetrante individual deverá desistir do seu *writ* no prazo de trinta dias contados da ciência comprovada da impetração do *writ* coletivos (artigo 22, parágrafo único). Importante salientar, porém, que o mandado de segurança coletivo não induz a litispendência para ações individuais.

A obrigatoriedade de desistência do mandado de segurança individual, não foi a melhor opção adotada pelo legislador. Isso porque, considerando que o mandado de segurança coletivo não induz a litispendência do *writ* individual, caso o *writ* coletivo seja denegado, nada impede que o impetrante individual impetre novo mandado de segurança na busca de tutela de seu direito líquido e certo. Contudo, caso tenha passado cento e vinte dias o autor individual terá decaído do direito de propor mandado de segurança.

Além do mais, é importante notar que ainda que o artigo 22 seja omissivo, o regime da coisa julgada do mandado de segurança coletivo deve ser o *secundum eventum probationis*, uma vez que “autoriza novas impetrações coletivas, ao menos

no âmbito do mandado de segurança coletivo para tutela dos interesses coletivos *strictu sensu*, quando o primitivo mandado de segurança coletivo tiver sido desacolhido por falta de prova pré constituída.”⁸⁷.

4.5. ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA PROVISÓRIA E A FORMAÇÃO DA COISA JULGADA NO PROCESSO COLETIVO

O Código de Processo Civil de 2015 inovou substancialmente em matéria de tutelas provisórias, especialmente quanto à tutela antecipada requerida em caráter antecedente prevista no artigo 303 e seguintes da Lei n. 13.105/2015. Com efeito, o artigo 303 do Código de Processo Civil estabelece que:

Nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo.

O artigo supracitado regulamenta os casos em que o perigo de perda do direito tutelado é tão evidente, que não há a possibilidade de aguardar o provimento jurisdicional proferido em cognição exauriente. Apesar dessa modalidade de tutela antecipada assemelhar-se com a tutela cautelar, prevista no Código de Processo Civil de 1973, trata-se de instituto cirurgicamente diverso, pois, nesse caso o próprio provimento pleiteado é adiantado, determinando-se o aditamento da petição inicial sob pena de extinção do processo sem julgamento do mérito.

Mas, a nosso ver, a principal inovação trazida pelo Código de Processo Civil de 2015 foi a previsão da estabilização da tutela provisória de urgência antecipada antecedente. Nos termos do artigo 304 do Código de Processo Civil, “a tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso.”. No caso, sendo a tutela antecipada de urgência antecedente concedida em primeira instância caberá agravo de instrumento (artigo 1.015, I do Código de Processo Civil). Já se for concedida por Tribunal, abre-se duas possibilidades. Se for dada através de decisão monocrática, caberá agravo interno (artigo 1.021 do Código de Processo Civil), já se for proferida através de decisão colegiada, caberá recurso especial ou extraordinário (artigo 1.029 do Código de Processo Civil), a depender do caso.

⁸⁷ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Direitos Difusos e Coletivos I – Teoria Geral do Processo Coletivo. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 84.

Cumpra salientar que, independente da instância na qual for concedida, caberá embargos de declaração (artigo 1.022 do Código de Processo Civil) contra a decisão que conceder a tutela antecipada de urgência antecedente. Considerando que embargos de declaração é um tipo de recurso (artigo 994, inciso IV do Código de Processo Civil), sua oposição tem o condão de interromper a estabilização dos efeitos da tutela concedida, nos termos do *caput* do artigo 304 do Código de Processo Civil. Contudo, ressalva-se que o conteúdo dos embargos de declaração deve manifestar “inconformismo do réu com relação àquela decisão, e não apenas o intuito de seu esclarecimento, complementação ou integração para fins de adequado cumprimento.”⁸⁸.

A pergunta que recai sobre os efeitos do artigo 304 é se seria possível interpretá-lo de forma ampliativa para que qualquer conduta do réu que manifeste inconformismo com a decisão proferida tenha o condão de afastar a estabilização da tutela provisória. A resposta parece ser positiva. Nas palavras de Cássio Scarpinella Bueno⁸⁹:

Qualquer manifestação expressa do réu em sentido contrário à tutela provisória antecipada em seu desfavor deve ser compreendida no sentido de inviabilizar a incidência do art. 304. (...) Destarte, desde que o réu, de alguma forma, manifeste-se contra a decisão que concedeu a tutela provisória, o processo, que começou na perspectiva de se limitar à petição inicial facilitada pelo *caput* do art. 303 (...) prosseguirá para que o magistrado, em amplo contraditório, aprofunde sua cognição e profira oportunamente decisão sobre a tutela final, apta a transitar, como se costuma afirmar, materialmente em julgado. A hipótese, faço questão de esclarecer, não tem o condão de infirmar a tutela antecipada já concedida. Ela, apenas, evita a sua estabilização.

Concedida a tutela provisória, o autor deverá, no prazo de 15 dias ou em outro estabelecido pelo juízo, emendar a petição inicial (artigo 303, §1º, inciso I do Código de Processo Civil) sob pena de extinção do processo sem julgamento do mérito. Assim, após a emenda da inicial e a citação do réu para o comparecimento em audiência de conciliação ou contestar, caso o réu não manifeste irrisignação contra a decisão que conferiu a tutela antecipada, ela estabilizará nos termos do artigo 304 do Código de Processo Civil.

Ocorrendo a estabilização, o processo será extinto e a tutela antecipada conservará seus efeitos enquanto não revista, reformada ou invalidada por decisão de mérito proferida em processo ajuizado pela parte prejudicada pelos efeitos da

⁸⁸ BUENO, Cássio Scarpinella. Manual de Direito Processual Civil. São Paulo: Saraiva, 2016. P. 311.

⁸⁹ *Op. Cit.* 45

decisão. Esse direito de rever a decisão decai após dois anos da ciência da decisão que extinguiu o processo, nos termos do §1º do artigo 304 do Processo Civil. Importante ressaltar, contudo, que o prazo estabelecido pelo §5º do artigo 304 “não afeta o direito de os interessados questionarem juízo as razões pelas quais foi concedida a tutela antecipada e/ou consequências derivadas de sua concessão, isto é, o direito sobre o qual versou a tutela antecipada estabilizada.”⁹⁰.

Por fim, cumpre destacar que o §6º do artigo 304 do Código de Processo Civil estabeleceu que “a decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revir, reformar ou invalidar, proferida em ação ajuizada por uma das partes, nos termos do § 2º deste artigo.”. Assim, considerando que sobre a decisão estabilizada não recai a coisa julgada, nada impede que passados os dois anos para revisão da tutela, a parte prejudicada ajuíze novo processo com as mesmas partes e causa de pedir, com pedido idêntico aos dos autos.

Feitas as considerações gerais sobre o regime da estabilização da tutela antecipada de urgência antecedente, vejamos sua aplicação ao microsistema de ações coletivas. Conforme artigo 14 da Lei da Ação Civil Pública e artigo 90 do Código de Defesa do Consumidor, as disposições do Código de Processo Civil são aplicáveis às normas do processo coletivo, quando cabíveis. As normas acerca das tutelas provisórias estão entre as normas aplicáveis, pois, nos termos do artigo 4º da Lei da Ação Civil Pública e artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor, “sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, citado o réu.”.

Assim, são plenamente aplicáveis as disposições do Código de Processo Civil acerca da tutela provisória e, conseqüentemente, da tutela antecipada e urgência em caráter antecedente. Sobre o tema, leciona Marcelo Buzaglo Dantas⁹¹:

O tema é de indiscutível aplicação à prática ação civil pública ambiental. Com efeito não é raro que, em questões desta natureza levadas a juízo, entregue a prestação jurisdicional antecipada, ainda que parcialmente, o autor com ela se satisfaça, não necessitando do prosseguimento do feito para que atinja a sentença de mérito com acolhimento do pedido de tutela final.

⁹⁰ *Op. Cit.* 45

⁹¹ DANTAS, Marcelo Buzaglo *in* Ação Civil Pública Após 30 Anos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

Assim, é certo que não há qualquer vedação à aplicação do artigo 303 e seguintes do Código de Processo Civil ao microsistema das ações coletivas:

Sem dúvida é possível tutela antecipada em ação civil pública ou coletiva, como previsto no artigo 4º da LACP, posto aí se faça equivocada menção à ação cautelar. Não bastasse a regra genérica dos arts. 303-4 do CPC, ainda temos que o §3º do art. 84 do CDC permite que o juiz conceda a tutela liminarmente ou após justificação prévia; ora, esta regra não vale para as ações coletivas do CDC mas estende-se a todo o sistema das ações civis públicas, por força do art. 21 da LACP.⁹²

Sendo deferida, por exemplo, a tutela antecipada em caráter antecedente no bojo de uma ação civil pública e não sendo manejada contra essa decisão o recurso competente, essa tutela será estabilizada conforme preconiza o Código de Processo Civil.

Contudo, essa mesma decisão ainda que estabilizada não formará coisa julgada, uma vez que a lei geral que prevê que essa modalidade de estabilização não forma coisa julgada. Mas se tratando de processo coletivo, pode-se entender que os efeitos da decisão estabilizada deverão assemelhar-se com os efeitos da coisa julgada estabelecidos pelo artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor. Pela inaplicabilidade da estabilização ao processo coletivo, a opinião de Heitor Vitor Mendonça Sica⁹³:

Isso porque a técnica da estabilização pressupõe a possibilidade de que o réu do processo primitivo, contra o qual foi proferida e estabilizada a decisão antecipatória, possa aforar uma nova demanda contra o autor, pedindo a revisão da decisão. Ou seja, há uma inversão dos polos nos dois processos. Para que tal fenômeno ocorresse no âmbito da tutela dos interesses transindividuais, seria necessário admitir a ação coletiva passiva – em que os legitimados enunciados pelos arts. 5º da Lei 7.437/1985 e 82 do CDC – se tornassem réus, o que não parece encontrar respaldo no microsistema de tutela coletiva.

Todavia, em que pese a opinião acima destacada, entendemos que os efeitos da decisão estabilizada serão “modulados” de acordo com o tipo de interesse ou direito que for tutelado pela ação coletiva. Por exemplo, em se tratando de uma ação civil pública que busque a tutela difusa do meio ambiente, a coletividade como titular desse interesse difuso sofrerá os efeitos da tutela como um todo, ainda que só o réu possa ajuizar outra demanda com o intuito específico de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada.

⁹² MAZZILI, Hugo Nigro. A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo. São Paulo: Saraiva, 2016. P. 293.

⁹³ <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/192/edicao-1/tutela-antecipada-antecedente:-estabilizacao> acesso em 25.set.2019

4.6. COISA JULGADA COLETIVA E O SISTEMA DE PRECEDENTES DO NOVO CPC

Outra polêmica inovação trazida ao direito brasileiro com a promulgação do Código de Processo Civil de 2015 foi o sistema de precedentes estabelecido pelos artigos 926 e seguintes do diploma processual. Com efeito, dispõe o *caput* do artigo 926 do Código de Processo Civil que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.”.

Para isso, o artigo 927 estabeleceu que os juízes e tribunais observarão: (i) as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; (ii) os enunciados de súmula vinculante; (iii) os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; (iv) os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; e (v) a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Essa nova disposição sobre a necessidade de observação pelos juízes e desembargadores das decisões indicadas no artigo 927 como precedentes supostamente vinculantes vem causando desconforto em sede doutrinária. Nesse sentido, dispõe Hugo Nigro Mazzili⁹⁴:

(...) Tornar obrigatória toda jurisprudência dos tribunais superiores é algo que, entre nós, excede a autorização constitucional para as decisões jurisprudenciais; dar-lhes força de lei a Constituição só o fez por absoluta exceção – apenas nas súmulas vinculantes e nas decisões em ações diretas declaratórias de constitucionalidade ou inconstitucionalidade, e assim mesmo essa tarefa só cabe à Suprema Corte (arts. 102, §2º, e 103-A da Constituição, com as emendas respectivas). (...) Faltam ao Poder Judiciário brasileiro, mercê dos critérios de investidura de seus integrantes, tradição e legitimidade democrática para dizer a lei de forma abstrata e genérica, atividade que equivaleria a legislar. No Brasil, os magistrados não têm investidura eletiva, e não seria democrático conferir ao poder judiciário a tarefa de estabelecer normas jurídicas gerais e abstratas, que é própria do legislador eleito – ainda mais cerceando a independência dos juízes nas comarcas, que não raro é maior do que a dos juízes nos mais altos tribunais.

Esse desconforto com o disposto é justificável, pois, sua não observância sujeita o magistrado à reclamação ajuizada perante o Tribunal competente. Além da

⁹⁴ MAZZILI, Hugo Nigro. A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo. São Paulo: Saraiva, 2016. P. 152-153.

previsão constitucional de vinculação das decisões judiciais ser restrita às decisões em sede de controle de constitucionalidade proferidas pelo Supremo Tribunal Federal (artigo 102, §2º da Constituição Federal), parece que o artigo 927 do Código de Processo Civil buscou inspiração no sistema da *commom law* para tornar a jurisprudência previsível, estável e segura. Contudo, apesar de busca por decisões que não sejam conflitantes seja um ideal, não há, no Brasil, a tradição de seguir precedentes.

Além do mais, Hugo Nigro Mazzili entende que o Código de Processo Civil de 2015 limitou o livre convencimento dos magistrados, tendo em vista que só se admitiria divergir do precedente em duas situações: se demonstrada sua distinção do caso concreto ou se verificar-se a superação do entendimento que se pretende adotar.

Para Arruda Alvim, não há limitação ao convencimento judicial:

Em não havendo essa disciplina – como é o caso de nossos dias – isso não significa que a causa ou os processos deixem de ser decididos como entendem os Tribunais e os Tribunais Superiores. Só que isto ocorrerá ao longo do tempo com percalços, criando situações sociais altamente indesejáveis.⁹⁵

Na contramão do entendimento de que os artigos 926 e 927 afrontariam à Constituição Federal e o princípio da legalidade, Humberto Theodoro Júnior⁹⁶, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery⁹⁷:

Argumenta-se que só a lei pode obrigar a todos, genérica e abstratamente (CF, art. 5º, II). Acontece que nenhum princípio, nem mesmo constitucional, é absoluto, e, necessariamente, todo princípio tem que coexistir e harmonizar-se com os demais que incidem sobre o mesmo fato. Na espécie, não se pode cogitar apenas do princípio da legalidade, mesmo porque o sistema jurisprudencial em causa foi instituído por lei, e, ainda, porque vários outros princípios, também constitucionais, justificam a uniformização vinculativa dos precedentes jurisdicionais. Se alguma colisão puder ser detectada entre eles, a solução jamais será dada à supervalorização do princípio da legalidade ou de qualquer outro isoladamente. Esse conflito, apenas aparente, resolve-se, na técnica constitucional, pelo critério hermenêutico da proporcionalidade, o qual, na espécie, aponta, razoavelmente, para a prevalência da garantia constitucional da segurança jurídica, da igualdade de todos perante a lei, da duração razoável do processo, bem como na necessidade lógica de unidade e coerência do ordenamento jurídico.

O objetivo almejado pelo CPC927, para ser efetivo, necessita de autorização prévia da CF. Como não houve modificação na CF para

⁹⁵ Júnior., Teodoro Humberto. Curso de Direito Processual Civil - Vol. I, Rio de Janeiro: Forense, 2019.

⁹⁶ Jr., T., Humberto. Curso de Direito Processual Civil - Vol. I, Rio de Janeiro: Forense, 2019.

⁹⁷ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

propiciar ao Judiciário legislar, como não se obedeceu ao devido processo, não se pode afirmar a legitimidade desse instituto previsto no texto comentado. Existem alguns projetos de emenda constitucional em tramitação no congresso nacional com o objetivo de instruírem sumula vinculante no âmbito do STJ e do TST, bem como para adotar a sumula impeditiva de recurso (PEC 358/05), ainda sem votação no parlamento. Portanto, saber que é necessário alterar-se a Constituição para criar-se decisão vinculante todos sabem. Optou-se, aqui, pelo caminho mais fácil, mas inconstitucional.

Ao nosso ver, apesar do Código de Processo Civil estabelecer à jurisprudência um prestígio de fonte de direito, as disposições não podem limitar o livre convencimento judicial. Isso porque, ainda que o fim da norma seja louvável – evitar julgamentos contraditórios e obtenção de julgamento de mérito em prazo razoável – não se pode engessar o convencimento do magistrado através de entendimentos adotados em casos diversos, cuja solução em muitas vezes distinguem-se daquele sob a sua jurisdição.

Feita essa ressalva, indaga-se quais reflexos dessa novidade no processo coletivo e na formação da coisa julgada coletiva.

Apesar de não constar no texto da lei processual geral qualquer regulamentação sobre processo coletivo, é certo sua aplicabilidade ao microsistema do processo coletivo conforme explicado alhures. Assim, havendo sobre a matéria discutida na ação coletiva entendimento formado através de acórdãos proferidos em incidente de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos, esses precedentes deverão ser levados em consideração no caso concreto, a não ser que seja feito o *distinguish* entre o precedente e o caso em julgamento.

Contudo, sendo os precedentes adotados como *motivos* para formação do convencimento do magistrado sob a demanda coletiva, não há se falar em formação de coisa julgada coletiva. Isso porque, nos termos do artigo 504, inciso I do Código de Processo Civil, os motivos ainda que determinantes para o alcance da parte dispositiva da sentença, não fazem coisa julgada.

Ainda com relação ao incidente de resolução de demandas repetitivas e o julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos importante destacar que há quem entenda⁹⁸ que esses institutos “integram o sistema de tutela coletiva de direitos”, pois, permitiria a aplicação da mesma tese jurídica a casos similares,

⁹⁸ <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/133528/129536/>. – consulta realizada em 20.08.2019 às 08:08

aproximando-se dos interesses e direitos individuais homogêneos. Nessa linha, segue abaixo entendimento dos professores Fredie Didier Jr. E Hermes Zaneti Jr.⁹⁹:

No Direito Brasileiro, as situações jurídicas coletivas podem ser tuteladas por dois tipos de instrumento: as ações coletivas e o julgamento de casos repetitivos (art. 928 do CPC 2015), como tipo de incidente em processos que tramitam em tribunais. Ambos os instrumentos podem ser considerados “processos coletivos”, nos termos defendidos neste ensaio, pois têm por objeto a solução de uma situação jurídica coletiva – titularizada por grupo/coletividade/comunidade.

Apesar de respeitar o entendimento acima apontado, entende-se no presente trabalho que a técnica de julgamento estabelecida pelo artigo 928 não se confunde com as ações do microsistema do processo coletivo. Isso porque, nas ações coletivas a situação transindividual jurídica em si é o objeto litigioso, enquanto no julgamento dos casos repetitivos o objeto litigioso pode ou não ser transindividual e conseqüentemente, coletivo. Nesse sentido, expõe Gustavo Silva Alves¹⁰⁰:

As ações coletivas tratam de direitos coletivos, sejam eles difusos, coletivos strictu sensu ou individuais homogêneos (art. 81, parágrafo único, CDC). Busca-se por meio de um processo com cognição ampla e exauriente, a tutela de direitos que pertencem a grupo de pessoas indeterminadas, determináveis e determinadas. Trata-se, assim, de procedimento jurisdicional que visa à resolução de uma determinada situação jurídica coletiva da qual é titular um grupo de pessoas, ou seja, soluciona-se uma controvérsia eminentemente de direito subjetivo, que envolve a tutela de um ou mais direitos coletivos. Por outro lado, o julgamento de casos repetitivos tem como objeto questões de direito, sejam elas de direito material ou processual (art. 928, par. único, CPC). Assim, para que seja possível a instauração de um IRDR ou de uma REER, ao menos uma mesma questão de direito deve existir e se repetir em várias demandas.

Além do mais, as ações coletivas somente poderão ser propostas pelos legitimados previstos no artigo 5º da Lei da Ação Civil Pública e no artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor. Já a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas, por exemplo, poderá se dar de ofício pelo juiz, ou a requerimento das partes, do Ministério Público, ou da Defensoria Pública.

Contudo, ainda que tais institutos tenham as suas diferenças, não se pode dizer que se distinguem em sua totalidade. Isso porque, da análise dos dispositivos em

⁹⁹ DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. Ações coletivas e o incidente de julgamento de casos repetitivos - espécies de processo coletivo no Direito Brasileiro: aproximações e distinções. Revista de Processo, São Paulo, v. 256, n. 7, p.209-218, jun. 2016.

¹⁰⁰ ALVES, Gustavo Silva. Ações coletivas e julgamento de casos repetitivos: zonas de atuação e convergência entre os objetos a partir da prejudicialidade de uma questão de Direito. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 293, n. 32053, p.251-274, jul. 2019.

conjunto depreende-se “os principais valores em jogo são a isonomia, a segurança jurídica e a celeridade, que pode ser também traduzida por eficiência processual.”¹⁰¹. Assim, a finalidade precípua dos institutos em estudo é a mesma, havendo, inclusive, aspectos técnicos semelhantes. No tocante às regras de julgamento, tanto nas ações coletivas como nas ações individuais há a previsão de suspensão das ações individuais que versem sobre o mesmo tema, para evitar decisões conflitantes.

No tocante à coisa julgada coletiva ou à vinculação das decisões proferidas nos julgamentos do incidente de resolução de demandas repetitivas e no recurso especial/extraordinário repetitivos, há de se considerar que na coisa julgada formada sobre sentença proferida em ação coletiva, há resguardo do direito do particular individualmente considerado pois, sendo a extensão subjetiva da coisa julgada *secundum eventum litis*, não há vinculação da coletividade ao resultado negativo de uma ação coletiva. Já a decisão transitada em julgado proferida em sede de incidente de resolução de demandas repetitivas formará coisa julgada em cada um dos processos que tramita individualmente, independente da positividade do resultado para o jurisdicionado, aplicando-se a tese jurídica definida. Nas palavras de Hermes Zaneti Junior:

Haverá coisa julgada material, tanto para beneficiar quanto para prejudicar o titular do direito individual, quando do julgamento dos casos suspensos com a aplicação da tese firmada sobre a questão debatida no incidente ou no recurso repetitivo. O regime da coisa julgada individual se aplica normalmente após a aplicação da tese.

Por fim, é imperioso destacar que o processo de liquidação ou cumprimento de uma sentença coletiva e da tese firmada em incidente de resolução de demanda repetitiva também é distinto. Nos termos do artigo 97 do Código de Defesa do Consumidor, o particular, munido título judicial que se formou sobre a sentença coletiva, poderá ingressar com o competente cumprimento de sentença, no qual caberá demonstrar o nexo de causalidade entre o dano cuja responsabilidade foi apurada em sede de ação civil pública e o seu caso concreto. Ainda, em sede de ação coletiva poderá o magistrado, de acordo com os poderes do artigo 139 do Código de Processo Civil determinar o cumprimento nos próprios autos da ação coletiva, ocasião em que o particular nem ao menos precisará distribuir cumprimento de sentença.

¹⁰¹ ZANETI JUNIOR, Hermes. Os casos repetitivos no Brasil: notas sobre a agregação de litígios, o processo coletivo e os precedentes vinculantes no CPC/2015. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, São Paulo, v. 7, n. 16184, p.225-246, jun. 2018. Semestral.

Já para o incidente de resolução de demandas repetitivas, a tese jurídica firmada será aplicada nos termos do artigo 985 do Código de Processo Civil¹⁰² sob pena de reclamação. Caso o processo em que se aplicaria a tese ainda não tenha sido ajuizado, a aplicação da tese formada no incidente de resolução de demandas repetitivas ainda será objeto de cognição pelo juízo.

CONCLUSÃO

Conforme visto ao longo do presente trabalho, o regime da coisa julgada estabelecido para as ações coletivas, especificamente pelo artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor, é diverso daquele estabelecido para a coisa julgada formada em processos individuais, tal qual tutela o Código de Processo Civil.

Isso se justifica, principalmente, pelas peculiaridades dos direitos e interesses tutelados pelas ações coletivas. Conforme se depreende do artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor, a ação será coletiva quando tratar de interesses ou direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos. Entende-se por interesse ou direito difuso “os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”; por interesse ou direito coletivo “os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;”; e por fim, por interesses ou direitos individuais homogêneos, aqueles decorrentes de origem comum.

A principal diferença entre os regimes jurídicos para a coisa julgada coletiva e a coisa julgada individual reside no fato de que a autoridade da coisa julgada material proferida em processo civil individual atinge somente aquele que tenha sido parte na lide (artigo 506 do Código de Processo Civil). Considerando que as ações coletivas tutelam direitos e interesses transindividuais, a conclusão lógica é de que a limitação subjetiva da coisa julgada estabelecida pelo processo civil geral seja mitigada. Essa mitigação permite que os titulares indetermináveis (direitos e interesses difusos e

¹⁰² Art. 985. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada:

I - a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região

II - aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal, salvo revisão na forma do art. 986 .

coletivos) ou determináveis (direitos e interesses individuais homogêneos) do direito ou interesse pleiteado em ação coletiva, sofram os efeitos positivos da decisão que resolva a lide coletiva.

Tendo em vista que existem diversas espécies de ações coletivas, tuteladas por leis distintas, mas que se correlacionam entre si, e que não há no direito brasileiro a codificação dessas normas em um único “Código de Processo Coletivo”, o artigo 90 do Código de Defesa do Consumidor em conjunto com o artigo 21 da Lei de Ação Civil Pública teve o condão de criar o denominado “microssistema de tutela coletiva” ou “microssistema do processo coletivo”. O microssistema da tutela coletiva permite a integração entre os diversos diplomas que tutelam diferentes espécies de ações coletivas para que a busca pela efetividade dos direitos transindividuais seja plenamente eficaz e efetiva.

Embora a coisa julgada que recaia sobre decisão proferida em cada espécie de processo coletivo possua sua peculiaridade, é certo que as disposições do Código de Processo Civil que não forem contrárias aos dispositivos específicos serão aplicáveis às ações coletivas, conforme previsão expressa do artigo 90 do Código de Defesa do Consumidor e do artigo 19 da Lei da Ação Civil Pública. Portanto, é certo que as inovações previstas pelo Código de Processo Civil de 2015 também são aplicáveis ao processo coletivo, no que couber.

Assim, considerando que o objeto de estudo do presente trabalho foram as peculiaridades da coisa julgada do processo coletivo em face de algumas das alterações implementadas com o advento do Código de Processo Civil de 2015, cumpre analisar as questões que podem trazer reflexos na formação da coisa julgada em ações coletivas.

O artigo 503, §1º do Código de Processo Civil de 2015 inovou no sentido de autorizar a formação de coisa julgada sobre decisão que resolve questão prejudicial, decidida expressa e incidentemente no processo, sem a necessidade de distribuição de ação declaratória incidental para a solução de questões prejudiciais. Todavia, o mesmo artigo estabelece como requisitos para a formação da coisa julgada material sobre a decisão que resolve questões prejudiciais: (i) a necessidade da resolução da questão prejudicial para o julgamento do mérito; (ii) a existência de prévio e efetivo contraditório, não se aplicando no caso da revelia e; (iii) a competência do julgador em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal.

Conforme visto, é possível defender que este artigo é plenamente aplicável às ações coletivas, porém, deverá ser feita uma análise acerca da questão prejudicial decidida. Um dos mais corriqueiros exemplos se dá relação ao pedido de declaração de inconstitucionalidade de lei infraconstitucional em sede de ação civil pública. Poderá a constitucionalidade de determinada norma ser questionada através da ação civil pública desde que de forma incidental, ou seja, como causa de pedir e não como pedido principal da ação civil pública.

Isso porque, como sabido, para declaração inconstitucionalidade há previsão na Constituição Federal da ação direta de inconstitucionalidade, cujo o objeto, em breve síntese, é a declaração abstrata da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, com a consequente retirada da lei declarada inconstitucional do mundo jurídico. A competência para julgar ação direta de inconstitucionalidade, a depender o poder legislativo que criou a norma, é do Supremo Tribunal Federal, ou, dos Tribunais Regionais Federais ou Tribunais de Justiça dos Estados. Ausente, portanto, a competência do juízo em razão da matéria, conforme determina o inciso III do parágrafo 1º do artigo 503. Assim, não há que se falar em sede de ação coletiva a formação de coisa julgada sobre a questão prejudicial que afasta a aplicabilidade de determinada lei no caso concreto para julgar os pedidos formulados em sede de ação civil pública, por exemplo.

Outra das mais polêmicas alterações foi a previsão de estabilização da decisão que defere a tutela provisória de urgência antecipada antecedente. Nos termos do artigo 304 do Código de Processo Civil, “a tutela antecipada, concedida nos termos do artigo 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso.”. Contudo, conforme demonstrado, não há que se confundir a estabilização da decisão com a formação de coisa julgada, pois, o próprio artigo 304, §6º do Código de Processo Civil estabelece de forma expressa que a decisão estabilizada não fará coisa julgada.

Mas, ainda que não faça coisa julgada, caso essa modalidade de tutela provisória de urgência seja proferida em ação coletiva é certo que os limites subjetivos dos efeitos da decisão deverão se dar de acordo com os dizeres do artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor, especificamente no que diz ao alcance *erga omnes* ou *ultra partes*. Assim, não ficarão os efeitos da decisão estabilizada limitados às partes formais do processo. A coletividade titular do direito transindividual posto em

juízo por um dos legitimados estabelecidos por lei, será atingida pelas benesses da decisão que antecipar a tutela coletiva pretendida em caráter antecedente.

Outro ponto que merece destaque foi a implementação do sistema de precedentes judiciais estabelecido pelos artigos 926 e seguintes do Código de Processo Civil, dentre os quais destacamos o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e o Recurso Especial e Extraordinário Repetitivo (artigo 928 do Código de Processo Civil).

Os institutos previstos pelo artigo 928 do Código de Processo Civil assemelham-se com as ações coletivas, pois possuem algumas finalidades e princípios idênticos, mas com elas não se confundem. Isso porque, ainda que tanto nas ações coletivas como na resolução de demandas repetitivas se busque a isonomia, a segurança jurídica e a celeridade processual, nas ações coletivas a situação transindividual jurídica em si é o objeto litigioso, enquanto no julgamento dos casos repetitivos o objeto litigioso pode ou não ser transindividual e conseqüentemente, coletivo.

Nesses termos, nada impede que uma mesma situação jurídica possa ensejar a propositura de ação coletiva e de incidente de julgamento de demandas repetitivas. Contudo, existindo a hipótese de ajuizamento de ambos os institutos é preciso analisar a melhor técnica para tutela do direito coletivo em juízo.

E ao nosso ver, é preciso priorizar o julgamento da ação coletiva, pois, em se tratando de diploma específico para a defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos em juízo conduzido por legitimado competente para tanto, a formação da coisa julgada se dará nos moldes previstos pelo artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor e resguardará o interesse do particular. Ou seja, no julgamento das ações coletivas, os direitos individuais somente serão atingidos positivamente, pois, a extensão subjetiva da coisa julgada somente será *secundum eventum litis* para beneficiar os titulares dos direitos individuais em caso de procedência.

Outra benesse da coisa julgada formada na ação coletiva em detrimento da tese fixada no incidente de resolução de demanda repetitiva, por exemplo, consiste na possibilidade de o individual liquidar desde logo o título judicial ou, a depender do comando da sentença, nem ao menos precisar distribuir cumprimento de sentença.

Já no caso das ações individuais atingidas pelo julgamento do incidente de resolução de demanda repetitiva, se formará a coisa julgada seja para beneficiar ou para prejudicar o particular após a aplicação da tese jurídica geral fixada. O regime da

coisa julgada se dará normalmente nos termos do artigo 502 e seguintes do Código de Processo Civil. Além do mais, a forma de desconstituição do precedente se dá através de novo procedimento repetitivo, enquanto a coisa julgada coletiva está sujeita à ação rescisória e *actio nullitatis* tal qual no procedimento individual.

Portanto, ainda que se entenda que o incidente de resolução de demandas repetitivas e o julgamento de recurso especial e extraordinário repetitivos façam parte do modelo brasileiro de processo coletivo e que tenham por objetivo otimizar o grande número de processos submetidos ao poder judiciário, entendemos que, em se tratando de direito difuso, coletivo *strictu sensu*, ou individual homogêneo a melhor técnica quando necessária a judicialização de dano – efetivo ou potencial – será a ação coletiva.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. Objeto material da ação civil pública: algumas questões polêmicas. In: MILARÉ, Édis (Org.). **A Ação Civil Pública Após 30 Anos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 321-345.

ALMEIDA, Ursula Ribeiro de. Tutela de Urgência no Direito Ambiental. São Paulo: Editora Atlas. 2015.

ALVES, Gustavo Silva. Ações coletivas e julgamento de casos repetitivos: zonas de atuação e convergência entre os objetos a partir da prejudicialidade de uma questão de Direito. Revista de Processo, São Paulo, v. 293, p.251-274, jul. 2019.

ALVIM, Arruda. Coisa julgada nas ações coletivas e identidade de causas entre a ação civil pública e ação popular. In: MILARÉ, Édis. **A Ação Civil Pública Após 30 Anos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. Manual de direito processual civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

BUENO, Cassio Scarpinella. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. Volume 2. São Paulo: Editora Saraiva. 2019.

_____. Manual de Direito Processual Civil. São Paulo: Editora Saraiva. 2017.

CABRAL, Antonio de Passos. Coisa julgada e preclusões dinâmicas. São Paulo: Editora Jus Podium. 2018.

CABRAL, Antonio do Passo. A causa de pedir nas ações coletivas. In: DIDIER JUNIOR, Fredie; MOUTA, José Henrique. Tutela Jurisdicional Coletiva. São Paulo: Juspodivm, 2009.

CÂMARA, Alexandre Freitas. O Novo Processo Civil Brasileiro. São Paulo: Atlas, 2019. Página 304.

DIDIER JUNIOR., Fredie e CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil – Volume II, 14ª edição. Salvador: Juspodium, 2019.

DIDIER JUNIOR., Fredie e CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil – Volume IV, 14ª edição. Salvador: Juspodium, 2019.

DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. Ações coletivas e o incidente de julgamento de casos repetitivos - espécies de processo coletivo no Direito Brasileiro: aproximações e distinções. Revista de Processo, São Paulo, v. 256, n. 7, p.209-2018, jun. 2016

DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil - Volume II, 4ª edição - São Paulo: Malheiros, 2004.

DINAMARCO, Pedro. Ação Civil Pública. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; RODRIGUES, Marcelo Abelha; NERY, Rosa Maria Andrade. Direito processual ambiental brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 223-225.

GAJARDONI, Fernando Fonseca, DELLORE, Luiz, ROQUE, Andre Vasconcelos, OLIVEIRA Jr., Zulmar Duarte. Processo de Conhecimento e Cumprimento de Sentença-Comentários ao CPC de 2015. Vol. 2. . São Paulo: Método, 2019.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Direitos difusos e coletivos I (teoria geral do processo coletivo). São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Direitos difusos e coletivos II (ações coletivas em espécie: ação civil pública, ação popular e mandado de segurança coletivo). São Paulo: Saraiva, 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Código de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto. Rio de Janeiro: Grupo Gen, 2018.

LEONEL, Ricardo de Barros. Manual do Processo Coletivo. São Paulo: Editora Malheiros. 2017.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Eficácia e autoridade da sentença. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo. São Paulo: Editora Saraiva. 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. Mandado de Segurança e Ações Constitucionais. Rio de Janeiro: Malheiros, 2009.

MILARÉ, Édís (coord.). Ação Civil Pública após 30 anos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MOREIRA, José Carlos Barbosa, Comentários ao Código de Processo Civil, volume V, 13ª edição – Rio de Janeiro: Forense, 2006.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Processo Coletivo. São Paulo: Editora Jus Podium. 2016.

NERY JUNIOR, Nelson, Princípios do Processo na Constituição Federal. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2016.

NERY JUNIOR, Nelson e NERY Rosa Maria Andrade, Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante, 13ª ed., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2016.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. Processo civil ambiental. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2016.

TARTUCE, Flávio, NEVES, Daniel Assumpção. Manual de Direito do Consumidor - Volume Único, 7ª edição. São Paulo: JusPodivm, 2019.

THAMAY, Rennan Faria Krüger. A coisa julgada no direito processual civil brasileiro. Doutrinas Essenciais - Novo Processo Civil. Revista de Processo. Vol. 5/2018. p. 151 – 196.

THEODORO JÚNIOR, Humberto, Curso de Direito Processual Civil – Volume I, 48ª edição – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

TUCCI, José Rogério Cruz e. A causa petendi no processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

WAMBIER e TALAMINI, Luiz Rodrigues e Eduardo, Teoria geral do processo e do processo de conhecimento, vol. 1, 13ª ed., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2013.

ZANETI JUNIOR, Hermes. Os casos repetitivos no Brasil: notas sobre a agregação de litígios, o processo coletivo e os precedentes vinculantes no CPC/2015. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, São Paulo, v. 7, n. 16184, p.225-246, jun. 2018. Semestral.

ZAVASCKI, Teori Albino. Processo Coletivo – Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.