

A coisa julgada no anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos

Debora Fernandes de Souza Melo

Introdução

O Código de Processo Civil Brasileiro possui uma visão individualista, não atendendo às demandas de massa da sociedade moderna, em que também se reconhecem os direitos coletivos lato sensu. Existem leis esparsas sobre o assunto.

Em nosso direito processual, o indivíduo era concebido como unidade detentora de direitos (subjctivos), levando ao individualismo processual como forma de sua tutela. Em suma, o direito de ação era compreendido como propriedade individual e privada. Tal concepção perpassa tanto a ideia do direito de ação como também da coisa julgada, cujos efeitos não poderiam ultrapassar a pessoa do litigante direto. Para este direito processual civil individual vigoram algumas regras básicas que são postas em xeque com a ampliação da tutela coletiva, alteradas pelo direito processual coletivo moderno, que passou a admitir a tutela de interesses transindividuais, de grupos (não apenas indivíduos) por órgãos representativos, assegurando discriminações positivas que objetivam a efetividade do acesso à justiça, redefinindo os limites da coisa julgada e ampliando o papel ativo do juiz na condução do processo.

Algumas justificativas têm sido tradicionalmente apresentadas para explicar as mencionadas transformações: necessidade de racionalização do processo judicial (a tutela coletiva dos interesses nasce, em grande medida, devido à necessidade de implementar fórmulas mais econômicas e céleres para resolver conflitos e proceder à prestação jurisdicional), advento da massificação da sociedade e o surgimento de um novo tipo de demanda de interesses de natureza grupal ou coletivas e a existência de uma nova natureza do direito social - a experiência jurídica contemporânea. A crise do direito liberal e o advento do direito social teriam emprestado uma nova racionalidade e natureza aos novos direitos, com impactos na consolidação dos direitos transindividuais.

O presente estudo utilizou o método bibliográfico e tem por objetivo tornar mais conhecido o instrumento da tutela coletiva, extremamente importante como forma de defender os direitos da sociedade moderna. Como a trajetória nacional em torno das ações coletivas foi marcada por avanços e retrocessos, o presente trabalho tem por escopo demonstrar que o direito processual coletivo precisa ocupar espaço mais central no ordenamento jurídico.

Mais especificamente, o estudo em tela almeja analisar a coisa julgada nas ações coletivas, traçando um panorama de como é hoje em dia e de como o anteprojeto trata esse instituto, já que a razão dos efeitos da coisa julgada relaciona-se muito com os próprios direitos tutelados.

Assim, no primeiro capítulo tratou-se de como e por que os direitos transindividuais e individuais homogêneos surgiram, ou melhor, foram reconhecidos, demonstrando-se o significado e alcance de cada uma das categorias, bem como expondo o funcionamento do atual sistema legal para sua proteção.

Em seguida, discutiu-se, no capítulo dois, acerca dos direitos fundamentais processuais como forma de se efetivar os direitos que são objeto do trabalho.

Por fim, após se ter obtido um panorama do sistema de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos e o modo através do processo para torná-los efetivos em caso de violação ou para se evitar sua violação, passou-se ao terceiro capítulo, o qual tratou da coisa julgada nas ações coletivas, fazendo-se um paralelo e comparando-se o que ocorre no sistema atual e como está previsto esse instituto no Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos.

1. Dos Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos

De início, vale observar que, no que tange às relações jurídicas, dois movimentos podem ser vistos quanto à evolução da sociedade: novos enfoques atribuídos a direitos tradicionais e novos direitos propriamente ditos, nascidos em razão de novas relações sociais.

Quanto ao processo, Dinamarco esclarece que a doutrina internacional indica a existência de três "ondas de renovação" do direito processual: a primeira, voltada à assistência jurídica dos necessitados; a segunda, à abrangência da tutela dos interesses transindividuais; e a última, ao aperfeiçoamento técnico dos mecanismos internos do processo [01]. E nesse sentido, o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos parece buscar atender, quase que com completa satisfação, a todas essas "ondas".

A seguir, serão abordados os principais pontos acerca desses direitos ou interesses tidos por transindividuais e individuais homogêneos.

1.1. Histórico

Hodiernamente, verifica-se o reconhecimento de direitos, tratados como de "terceira geração" [02]. Esses direitos, ditos de "solidariedade" caracterizam-se por sua transindividualidade, isto é, não pertencem a um indivíduo isoladamente considerado, mas a toda a coletividade.

Além dessa "categoria de direitos", percebeu-se que na sociedade moderna, muito comum ocorrerem conflitos de massa, diante de certas atividades que podem trazer prejuízo aos interesses de um grande número de indivíduos.

A teoria das liberdades públicas compôs uma nova "geração" de direitos fundamentais. Aos direitos clássicos de primeira geração, representados pelas liberdades negativas próprias do Estado liberal (e assim com o correspondente dever de abstenção por parte do poder público); aos direitos de segunda geração, de caráter econômico-social, caracterizados por liberdades positivas com o correlato dever do Estado a uma obrigação de dar, fazer ou prestar, acrescentou-se o reconhecimento dos direitos de terceira geração, representados pelos direitos de solidariedade, decorrentes dos interesses sociais.

Todavia não é suficiente apenas o reconhecimento desses direitos: mister que o sistema jurídico os tutelasse adequadamente, assegurando seu efetivo gozo, se forma a assegurar concretamente as novas conquistas da cidadania. E como cabe ao direito processual atuar praticamente os direitos ameaçados ou violados, a renovação fez-se sobretudo no plano do processo.

De um modelo processual individualista, o processo transformou-se em coletivo, seja buscando inspiração no sistema das class actions da common law, seja estruturando novas técnicas, mais aderentes à realidade social e política subjacente.

Como dito, o processo civil sofreu modificações, de modo a atender as finalidades desses direitos. Essa é a grande preocupação dos processualistas atuais: uma adequada tutela, através de um "processo civil coletivo", com princípios, institutos e instrumentos próprios.

A doutrina brasileira reconheceu que o sistema processual coletivo é um conjunto formado por vetores centrais [03]: a Lei de Ação Civil Pública e o Código do Consumidor, cujas normas processuais interagem e complementam-se mutuamente. Esse sistema ainda conta com outros diplomas (ex. Lei 7.913/89, relativa à defesa dos investidores do mercado de valores mobiliários; a Lei 7.853/89, relacionada à defesa das pessoas portadoras de deficiências; a Lei 8.069/90 – famoso ECA etc.), que colhem subsídios nos dois textos principais mencionados.

Com toda uma vasta legislação sem adequada sistematização processual, vem o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivo, em que é aberto um canal de maior flexibilidade, permitindo que a sentença e, com isso, a tutela efetiva dos direitos coletivos (lato sensu) aproxime-se o mais próximo possível da realidade da crise de direito material.

1.1.1 Sistema Atual Legal de Proteção dos Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos

O direito contemporâneo demonstra a necessidade de uma tutela diferenciada para os direitos coletivos. Em todo o mundo se viu essa renovação.

As denominadas "ações coletivas" nasceram com base nas class action do direito medieval inglês e foram desenvolvidas no direito norte-americano do século XIX [04].

No Brasil, importantes legislações foram elaboradas. O primeiro diploma que surgiu foi a Lei 4.717/65 - Lei da Ação Popular (LAP) -, com vistas à proteção do patrimônio público. Contudo essa lei possui algumas desvantagens: sua legitimação restringe-se ao cidadão, além de não cobrir o amplo âmbito de incidência da tutela dos interesses difusos, vez que seu exercício ainda permanece subordinado a uma ilegalidade proveniente da conduta comissiva ou omissiva do poder público, enquanto a ameaça ou violação dos interesses difusos frequentemente provém de ações privadas.

Esse inconveniente, porém, foi superado com a Lei nº 7.347/85 - Lei da Ação Civil Pública (LACP), que inicialmente tutelava o meio ambiente, consumidor, bens e direitos de valor estético, artístico, histórico, turístico e paisagístico, passando também a proteger, com alterações introduzidas em seu art. 1º, qualquer interesse difuso ou coletivo, inclusive por infração da ordem econômica e da economia popular.

Veio então a Constituição de 1988, alargando o âmbito da ação popular e sublinhando em vários dispositivos a autoridade dos direitos coletivos (lato sensu): elevou a nível constitucional a defesa de todos os interesses difusos e coletivos, criou o mandado de segurança coletivo, com a legitimação dos partidos políticos, dos sindicatos e das associações legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano (art.5º, LXX); e ainda destacando a função dos sindicatos para a defesa dos direitos e interesses coletivos e individuais da categoria (art.8º, III), conferiu legitimação ao Ministério Público para promover a ação civil pública e privilegiando a defesa do consumidor, referiu-se à representação judicial e extrajudicial das entidades associativas para a defesa de seus próprios membros (art.5º, XXI); salientou a legitimação ativa dos índios e de suas comunidades e organizações para a defesa de seus interesses ou direitos (art.232).

Formando um sistema integrado, veio o Código de Defesa do Consumidor – Lei nº 8.078/90 (CDC), ampliando o âmbito de incidência da lei da ação civil pública, ao determinar sua aplicação a todos os interesses difusos e coletivos e criando uma nova categoria de direitos ou interesses, individuais por natureza e tradicionalmente tratados apenas a título pessoal, mas conduzíveis coletivamente perante a justiça civil, em função da origem comum, que foram denominados direitos individuais homogêneos. Seu artigo 90 determina a aplicação às ações ajuizadas com base nesse Código as regras pertinentes relativas à Lei 7.347/85 e ao Código de Ritos. Por outro lado, o artigo 21 da Lei da Ação Civil Pública afirma que são aplicáveis às sanções nela previstas as disposições processuais do CDC.

O sistema de proteção dos direitos transindividuais é integrado por leis esparsas, como por exemplo, a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92), a Lei de Abuso do Poder Econômico (Lei nº 8.884/94), o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), etc.

O caminho legislativo que se percorreu não foi sempre de avanços [05].

Em 2004, no horizonte dos países ibero-americanos, surgiu um marco para o direito processual coletivo: o Código Modelo de Processos Coletivos do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual constituído com base na legislação brasileira – com modificações e inovações – e com a participação de quatro professores brasileiros [06]. Esse código passou a ser uma importante fonte de inspiração para diversos países, inclusive para o Brasil.

Com isso, no âmbito do Programa de Pós-Graduação da USP, Ada Pellegrini elaborou uma primeira versão do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. Foram oferecidas sugestões – muitas aceitas e incorporadas ao anteprojeto – pelo grupo reunido em torno das disciplinas Direito Processual Coletivo e Tutela dos Interesses Coletivos, respectivamente, nos Programas de Pós-Graduação *stricto sensu* das Faculdades de Direito da UERJ e da Unesa [07].

Após vários debates, as sugestões foram examinadas por professores e pós-graduandos da turma de 2006 da disciplina Processos Coletivos da Faculdade de Direito da USP e diversas delas foram incorporadas ao Anteprojeto, reapresentado ao Ministério da Justiça, como versão final, de dezembro de 2006 [08].

O mencionado anteprojeto está estruturado em cinquenta e quatro artigos, reunidos em seis capítulos: I- Das demandas coletivas; II- Da ação coletiva ativa (seção I: Disposições gerais; seção II: Da ação coletiva para a defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos); III- Da ação coletiva passiva originária; IV- Do mandado de segurança coletivo; V- Das ações populares (seção I: Da ação popular constitucional; seção II: Ação de improbidade administrativa); VI- Disposições finais.

1.2 Definição das categorias

No ordenamento jurídico brasileiro, a lei trata de definir os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos no artigo 81, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor.

Na dicção do inciso I, parágrafo único do mencionado artigo 81, direitos ou interesses difusos são aqueles "transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato".

Os coletivos (*stricto sensu*), conforme inciso II do mesmo dispositivo, são os direitos "transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base".

Os dois primeiros apresentam, em comum, a transindividualidade - isto é, não pertencem a um indivíduo determinado, não podendo ser isolados diante de um único sujeito [09] - e a indivisibilidade do objeto, ou seja, "a fruição do bem, por parte de um membro da coletividade, implica necessariamente sua fruição por parte de todos, assim como sua negação para um representa a negação para todos" [10]. Não se pode, por tal razão, entender que esses direitos sejam confundidos com a somatória dos direitos individuais de cada membro da coletividade [11]. Diante disso, a solução do conflito deve ser, por natureza, a mesma para toda a coletividade.

Observe-se que a primordial diferença entre esses direitos decorre do fato de que, conquanto os direitos difusos façam parte de pessoas indeterminadas espalhadas na sociedade e que por circunstâncias fáticas estão ligadas entre si, os direitos coletivos em sentido estrito têm como titular grupo, categoria ou classe de pessoas que estão ligadas entre si ou com o infrator (ou infrator em potencial) do direito por uma relação jurídica base, ou seja, há a existência de um agrupamento identificável, como titular do interesse [12].

No sistema do Código de Defesa do Consumidor, a distinção que se faz entre os interesses difusos dos coletivos é diante do elemento subjetivo. Isso porque nos primeiros não há qualquer vínculo jurídico que ligue os membros do grupo entre si ou com a parte contrária, sendo certo que os titulares dos interesses difusos são indeterminados e indetermináveis, unidos apenas por circunstâncias de fato. Já nos interesses coletivos tem-se um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas por uma relação jurídica-base instituída entre elas (por exemplo, os membros de uma associação) ou com a parte contrária.

Por outro lado, os direitos interesses individuais homogêneos são direitos individuais, imputáveis a pessoas específicas [13]. Todavia, por se tratar de direitos individuais iguais admitem proteção coletiva. Nesse sentido, Teori Abino Zavascki:

"Direito coletivo é direito transindividual (=sem titular determinado) e indivisível. Pode ser difuso ou coletivo stricto sensu. Já os direitos individuais homogêneos são, na verdade, simplesmente direitos subjetivos individuais. A qualificação de homogêneos não desvirtua essa sua natureza, mas simplesmente os relaciona a outros direitos individuais assemelhados, permitindo a defesa coletiva de todos eles. 'Coletivo', na expressão 'direito coletivo' é qualificativo de 'direito' e por certo nada tem a ver com os meios de tutela. Já quando se fala em 'defesa coletiva' o que se está qualificando é o modo de tutelar o direito, o instrumento de sua defesa". [14]

No mesmo sentido, Luiz Guilherme Marinoni:

"Frise-se que a 'ação coletiva' é o veículo por meio do qual é viabilizada a tutela de direitos definidos pelo legislador (no art. 81 do CDC) como i) difusos, ii) coletivos e iii) individuais homogêneos. Como já foi dito, tais direitos podem ter qualquer natureza, muito embora sua proteção esteja prevista, em parte, no Código de Defesa do Consumidor" [15].

São por esses motivos que Barbosa Moreira asseverou que os interesses difusos e coletivos são ontologicamente coletivos, ao passo que os interesses individuais homogêneos se mostram como coletivos apenas acidentalmente.

Nos interesses individuais homogêneos, cada membro do grupo é titular de direitos subjetivos clássicos, divisíveis por natureza. Por tal razão, cada um pode levar a juízo a sua demanda individualmente. No processo coletivo, a solução não será necessariamente igual para todos, uma vez que cada qual pode ver sua demanda acolhida ou rejeitada por circunstâncias pessoais. Cuida-se aqui de um conjunto de interesses que podem ser tratados coletivamente, recomendando-se, contudo a proteção coletiva a fim de evitar decisões

conflitantes e com otimização da prestação jurisdicional do Estado. Se fosse o caso de litisconsórcio, seria o litisconsórcio comum e facultativo.

Assim, em que pese os direitos individuais homogêneos não serem definidos como direitos transindividuais (por óbvio), são dignos de um procedimento diferenciado, já que podem ser lesados nas relações de massa. São delineados a partir do artigo 91, do CDC.

Consoante Sérgio Cruz Arenhart:

"De fato, as lesões a esses direitos dificilmente são sentidas isoladamente por algumas pessoas determinadas – ou, ao menos, o dano experimentado por cada uma é irrisório e jamais justificaria seu interesse em propor alguma demanda perante o Judiciário -, dificultando a apresentação de um apenas desses sujeitos para defender o interesse. Em outros casos, não se pode deixar de imaginar, como obstáculo à tutela jurídica integral, a possibilidade de que a guarda desses interesses em juízo se apresente inviável, haja vista a opressão do pólo contrário, em face da debilidade dos indivíduos lesados, que, isoladamente, não se vêem em condições de proteger seus direitos e não têm, de outro lado, organização suficiente para demandar de forma coletiva" [16].

A definição dos direitos ou interesses difusos, coletivos (stricto sensu) e individuais homogêneos está disposta no artigo 4^a do anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, nos incisos I, II e III, repetindo a redação do artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor.

No que toca aos direitos individuais homogêneos, Emerson Garcia e Robson Renault Godinho (MP/RJ) sugerem, no artigo 26 do anteprojeto, a supressão da parte final do dispositivo, que seria encerrado com a expressão "origem comum", para permitir que interesses individuais homogêneos coexistam com direitos difusos ou decorram de situações difusas [17].

Esses membros do Ministério Público aconselham também o acréscimo de mais um parágrafo, a fim de minimizar controvérsias doutrinárias: "Para a caracterização dos direitos individuais homogêneos, são irrelevantes a patrimonialidade ou a disponibilidade do bem jurídico".

Mostram-se interessantes tais colocações, na medida em que há autores que defendem a ausência de competência do Ministério Público para propor ações, cujo objeto seja algum direito dessa espécie.

2. Da instrumentalidade do processo: das ações coletivas e dos direitos em pauta

A importante relação entre o direito processual e o direito material há muito já é alentada por Mauro Capeletti, para quem o direito material representaria a primeira

influência ideológica no âmbito da legislação processual [18]. O processo civil sempre demonstrou uma tendência para a consecução dos fins almejados pelo direito material, ou seja, as regras processuais são criadas para atender às peculiaridades da situação jurídica material a ser deduzida em juízo.

Assim, a inquestionável autonomia do direito processual não quer dizer que seja indiferente ao direito material; ao revés, possuem uma interligação, já que se integram na tarefa de "criação de normas jurídicas (gerais ou individuais, abstratas ou concretas)" [19].

Hermes Zaneti Jr. ensina, com base na teoria circular dos planos [20]:

(...) o processo precisa, como instrumento que é, estar adequado ao direito material que pretende servir. Nessa ótica, os princípios da adequação e da instrumentalidade se completam (...). Vale ressaltar a tendência atual do direito processual comparado que demonstra uma crescente preocupação dos ordenamentos internos em valorizar a adequação para garantir maior efetividade e economia processual, por exemplo, possibilitando a alteração da demanda em seu curso (...)" [21]

No mesmo sentido, o professor Fredie Didier:

"As regras processuais são criadas para atender às características/peculiaridades da situação jurídica substancial a ser deduzida no ato postulatório.(...)"

A inquestionável autonomia do Direito Processual não pressupõe a sua neutralidade em relação ao Direito Material. Ao contrário, há entre eles um vínculo indiscutível, eis que se integram na tarefa de criação das normas jurídicas (gerais ou individuais, abstratas ou concretas)" [22].

Dessa forma, os direitos ditos coletivo dependem de tutela a eles adequada, para que sejam efetivados, em caso de violação. E o processo deve obedecer às peculiaridades do direito substancial, em cumprimento à própria Constituição.

Assim entende Eduardo Henrique Raymundo von Adamovich:

"Se ao feitio dos direitos tutelados na ordem material correspondem as peculiaridades da tutela processual que se espraiam por vários institutos nesta ordem, constatação que, no processo coletivo, bem explica a extensão e a feição dita quase-legislativa dos provimentos jurisdicionais nele, não se pode descuidar de que é no processo que muitos direitos se constroem, modificam ou conservam, assim como no terreno do direito material.

Em verdade, talvez hoje se perceba melhor a antiga confusão entre ação e direito material, na medida em que o processo é também um ambiente em que estes se criam, modificam, conservam ou extinguem. Partindo-se da concepção muito cara a Wach ou Chiovenda da pretensão e sabendo-se que a interseção entre direito material e ação é maior do que se costumava supor no século passado, é bom ver também que muitas vezes eles existem ou se supõem existir no plano material sob formas singulares, sem qualquer correspondência legal direta, trazendo para o juízo a tarefa de enquadrá-los no ordenamento

para depois devolvê-los consertados à vida, em vez de imaginar-se, muito ao gosto de uma visão positivista estrita, que os direitos existem no plano material prontos e acabados, cabendo ao Poder Judiciário apenas resolver as crises que sobre eles recaem" [23].

Importa observar que a tutela dos interesses difusos e coletivos não se explica somente pela necessidade de racionalização do processo, aumento da celeridade e economia processual. Tampouco essa tutela surge devido à existência de novos direitos e sujeitos de direito. Contudo, a sua evolução, hoje, segundo expressa Ronaldo Porto Macedo Jr. [24], é definida também em razão da existência de uma nova natureza do direito social (polêmica, política, desprovida de uma medida de justiça universal e, a priori, contraditória, diretamente vinculada ao desempenho de políticas públicas etc.). Uma dimensão importante da tutela desses interesses é que ela tornou-se um dos campos privilegiados para a disputa pelo direito social, de modo que, invocando os princípios e a referência à justiça social, aplica-se regras de julgamento na solução dos casos concretos em demandas coletivas.

Nesse diapasão, o processo civil deve prestar respeito a certos princípios, como forma de lograr a efetivação dos direitos em pauta.

2.1 Princípios processuais: verdadeiros direitos fundamentais processuais com escopo de efetivação dos direitos discutidos

Não se busca aqui esgotar todos os princípios de índole processual, mas apenas tecer breves comentários acerca dos mesmos com o escopo de demonstrar que o Anteprojeto de Processos Coletivos possui o objetivo de atender a essas determinações do Poder Constituinte Originário.

2.1.1. Processo e Direitos Fundamentais

Com o neoconstitucionalismo criando uma nova percepção da Constituição e de sua função na interpretação jurídica, tem-se que tal norma fundamental fixa os vetores interpretativos da ordem jurídica. É dizer, a Constituição, com toda a sua força normativa, explícita ou implicitamente, firma os valores, os princípios e as regras a serem seguidos não só quando da aplicação das normas, seja pelo administrador ou pelo juiz, no caso concreto, mas também quando de sua elaboração pelo legislador.

Nesse contexto, a Constituição deve ser entendida como o ponto de partida para a interpretação de todo o ordenamento jurídico, assumindo um papel basilar na construção do neoprocessualismo. Este é um estudo e aplicação do direito processual a partir das premissas teóricas e metodológicas do mencionado neoconstitucionalismo, como a força normativa da Constituição, o desenvolvimento da teoria dos direitos fundamentais e o desenvolvimento da jurisdição constitucional.

Com o fenômeno da constitucionalização dos direitos, as leis infraconstitucionais e os Códigos deixaram de estar no centro do sistema jurídico, dando lugar às normas constitucionais que contemplam direitos e garantias fundamentais. Dessa forma, se uma lei se encontra antagônica à Constituição, diante de sua supremacia, aquela não deve ser aplicada, premissa essa já assentada historicamente no caso *Marbury v. Madison*, julgado

em 1803, que deu início à denominada judicial review [25]. Ou, ainda, a fim de evitar sua declaração de inconstitucionalidade, é possível, atualmente, que o juiz se utilize das técnicas de hermenêutica constitucional, adotando, por exemplo, a interpretação conforme.

Não se pode olvidar, ademais, a tese de que as Constituições são normas jurídicas fundamentais e supremas, devendo sempre prevalecer, com todas as interpretações efetuadas a partir de suas normas.

Nesse diapasão, em sendo consagrados pela Constituição princípios de direito processual, os mesmos devem ser concretizados, já que são normas e direitos fundamentais. E o processo é um importante instrumento de concretização da Constituição, devendo estar de acordo com os direitos fundamentais em sua dimensão objetiva e estar preparado para proteger sua dimensão subjetiva.

Direitos fundamentais na dimensão objetiva são normas que consagram valores que orientam a produção legislativa. Valores esses havidos por fundamentais, que devem estruturar todo o ordenamento jurídico. É nesse sentido que ocorre a eficácia irradiante dos direitos fundamentais, que faz surgir a tese da interpretação de acordo com os mesmos.

Segundo Marinoni, os direitos fundamentais fornecem impulsos e diretrizes para a aplicação e interpretação do direito infraconstitucional, considerando-se sua condição de direito objetivo. "O valor contido na norma de direito fundamental, revelado de modo objetivo, espraia-se necessariamente sobre a compreensão e a atuação do ordenamento jurídico." [26]

Assim, a norma de direito fundamental, ao instituir valor e, desse modo, influir sobre a vida social e política, regula o modo de ser das relações, não apenas entre os sujeitos privados e o Estado, bem como as relações entre os particulares, o que se convencionou chamar "eficácia horizontal dos direitos fundamentais".

Já a dimensão subjetiva preconiza que os direitos fundamentais são direitos, isso é, direitos subjetivados nos indivíduos e na comunidade, que podem ser exigidos judicialmente.

Dessa forma, o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva pode ser retirado do art. 5º, XXXV, do texto constitucional, como entendem, a título de exemplo, o professor Marinoni e Eduardo Cambi, ou do princípio do devido processo legal, conforme posição de Fredie Didier.

2.1.2 Do direito fundamental ao devido processo legal

A cláusula do devido processo legal tem seu surgimento em 1215, com a Magna Carta (due process of law) e encontra-se atualmente expresso em nossa Constituição de 1988, em seu art. 5º, LIV, sendo uma cláusula geral, aberta, cujo conteúdo se vai preenchendo ao longo do tempo.

Conforme Paulo Henrique dos Santos Lucon:

"...percebe-se que hoje, o importante não é delimitá-lo com uma precisão cartesiana (que não é própria da ciência jurídica, muito menos do direito positivo), mas é saber que o devido processo legal influi decisivamente na vida das pessoas e nos seus direitos." [27]

Assim, de forma sucinta, sem pretender esgotar o conceito do princípio em tela, processo, em seu sentido amplo, é meio de criação do direito estatal ou não estatal, ou seja, é qualquer modo de produção do direito. "Legal" é a tradução da palavra law, o que significa em conformidade com o Direito, que por óbvio, inclui a Constituição.

Processo devido é aquele efetivo, tempestivo e adequado, sendo certo que tais características ganharam autonomia como princípios: princípio da efetividade, da duração razoável do processo e da adequação, que se relacionam entre si.

No que toca à razoável duração do processo, com previsão no art. 5º, LXXVIII, CR e no Pacto de São José da Costa Rica, importa salientar que é uma garantia, não necessariamente a um processo rápido, mas à duração do processo de acordo com o uso racional do tempo processual. É um direito a um processo sem dilações indevidas, sendo também direitos fundamentais os meios que garantam essa razoável duração (arts. 195 e 555, §§ 2º e 3º, do CPC, etc.).

A tutela antecipatória baseada em abuso do direito de defesa ou em incontroversa parcela da demanda é um bom exemplo de tratamento racional ao tempo do processo.

Na Europa, a duração razoável já existe desde o Tratado de Roma, existindo quatro critérios para aferi-la: comportamento do juiz, comportamento das partes, complexidade da causa e estrutura do Juízo.

Quanto ao princípio da adequação, devem-se observar três critérios: adequação objetiva, isto é, o processo deve ser adequado ao tipo de direito material que por ele será tutelado (as peculiaridades de cada direito exigem tratamento adequado), adequação subjetiva, ou seja, em relação aos sujeitos que vão participar do processo (idosos, Fazenda Pública, etc.) e adequação teleológica, na qual o processo tem que ser adequado a seus fins.

A doutrina ainda divide a adequação em dois momentos: adequação legislativa, em que o legislador deve criar leis adequadas, com observância desses três critérios e adequação jurisdicional (também chamada de princípio da adaptabilidade do procedimento ou da elasticidade do procedimento ou, ainda, como se denomina em Portugal, princípio da adequação formal), aquela realizada pelo juiz no caso concreto, criando a norma jurídica individualizada (a jurisdição possui caráter criativo).

Como é possível perceber, o devido processo legal é um gerador de princípios, pois, em sendo aberto, é quase sempre possível se dizer que um princípio é dele decorrente.

O devido processo legal possui duas dimensões: uma processual, também denominada de formal ou procedimental e outra substancial (substantive due process of law). A primeira envolve o conjunto de garantias mínimas de natureza formal para o exercício da

jurisdição (ex. juiz natural, contraditório, motivação, etc.), ao passo que a segunda diz respeito ao princípio da proporcionalidade.

2.1.3 Do direito fundamental à efetiva tutela jurisdicional e princípio da adequação

Segundo Marinoni, o direito fundamental à efetividade é o mais importante dos direitos fundamentais, visto que é ele que garante a efetivação de todos os outros. Para esse autor. "o direito à sentença deve ser visto como direito ao provimento e aos meios executivos capazes de dar efetividade ao direito substancial, o que significa o direito à efetividade em sentido estrito."

Nesse sentido, a tutela coletiva de direitos coletivos ou individuais homogêneos busca concretizar o direito fundamental em análise, uma vez que através de mecanismo especial (princípio da adequação), tem-se por escopo satisfazer direitos de natureza diversa da individual, que possui o tratamento tradicional pelo Código de Ritos.

Princípio da efetividade é aquele que impõe que os direitos reconhecidos sejam realizados, implementados, efetivados, não bastando seu mero reconhecimento.

Tal princípio encontra-se consagrado no art. 5º, XXXV, da Lei Fundamental, ou seja, tal norma garante a todos o direito a uma prestação jurisdicional efetiva, sendo o mais importante dos direitos, vez que é o direito a fazer valer os próprios direitos.

O direito à prestação jurisdicional efetiva é decorrência da existência dos direitos, já que, em regra, não se admite a autotutela.

Desse modo, o direito à tutela jurisdicional não pode se limitar ao direito de igual acesso ao procedimento estabelecido ou ao conceito tradicional de acesso à justiça, como ensina o professor Marinoni. Não é suficiente que todos tenham iguais oportunidades de acesso aos procedimentos e aos advogados, mas que efetivamente tenham a possibilidade de argumentação e produção de provas (o que também significa contraditório em seu aspecto substancial).

Observe-se que o princípio da efetividade possui estreita relação com outros princípios fundamentais processuais. Tem-se como exemplo a diferenciação de procedimentos (princípio da adequação em sua dimensão objetiva), que se encontra em consonância com o direito à tutela jurisdicional efetiva. Outro exemplo é o já mencionado aspecto jurisdicional da adequação, tendo o juiz o poder-dever de "mesmo e principalmente no silêncio da lei, determinar as medidas que se revelem necessárias para melhor atender aos direitos fundamentais envolvidos na causa, a ele submetida" [28], haja vista que a ausência de técnica processual adequada para certo caso em conflito é omissão atentatória ao direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional.

Ressalte-se que o direito à tutela jurisdicional efetiva reúne o direito à técnica processual adequada, o direito de participar por meio de procedimento adequado e o direito à resposta jurisdicional. É dizer, existe direito devido pelo Estado-legislador à edição de normas de direito material de proteção, bem como de normas de direito instituidoras de

técnicas processuais capazes de proporcionar efetiva proteção (direito fundamental em sua dimensão objetiva). Mas o Estado-juiz também possui dever de proteção que se realiza quando ele profere sua decisão a respeito dos direitos fundamentais em sua dimensão subjetiva. Como assevera o professor Marinoni:

"O direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva incide sobre o legislador e o juiz, ou seja, sobre a estruturação legal do processo e sobre a conformação dessa estrutura pela jurisdição. (...) A obrigação de compreender as normas processuais a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional e, assim, considerando as várias necessidades do direito substancial, dá ao juiz o poder-dever de encontrar a técnica processual idônea à proteção (ou à tutela) do direito material." [29]

A efetiva tutela jurisdicional é um aspecto da dignidade da pessoa humana, visto que, se o sistema confere direitos, esse mesmo sistema tem que conferir instrumentos para efetivá-los.

Nesse contexto, percebemos o Anteprojeto de Processos Coletivos, que, em seu artigo 3º determina que para a defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos são admissíveis todas as espécies de ações e provimentos capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela, inclusive os previstos no Código de Processo Civil e em leis especiais [30].

Ademais, a análise da causa de pedir e do pedido no anteprojeto mostra-se interessante. Eles serão, diferentemente do que ocorre no processo civil individual (art. 264, caput e parágrafo único, do CPC), interpretados extensivamente, de acordo com o bem jurídico a ser protegido, e podendo ser alterados até a prolação da sentença, desde que o requerimento seja realizado de boa-fé e não represente prejuízo injustificado à parte contrária.

Pode-se entender que esse é um aspecto do princípio da adequação. Importa lembrar que a doutrina visualiza esse princípio em dois momentos: no legislativo, como informador da produção das leis de procedimento e o processual, que permite ao juiz, diante do caso concreto, amoldar o procedimento de forma que melhor o adapte às peculiaridades da causa [31]. Nesse contexto, extremamente importante que o legislador atente para a natureza e para as particularidades do objeto do processo, uma vez que "um procedimento inadequado ao direito material pode importar verdadeira negação da tutela jurisdicional" [32].

Nessa esteira, a ideia de se ter elaborado um Anteprojeto de Processos Coletivos coaduna-se com os princípios da adequação e da efetividade da tutela jurisdicional, haja vista tomar em consideração a natureza dos direitos em jogo. É dizer, um Código de Processos Coletivos garante uma tutela adequada à realidade de direito material.

Como ensina Marinoni quanto à adequação como imposição do direito fundamental à efetividade:

"A compreensão desse direito depende da adequação da técnica processual a partir das necessidades do direito material. Se a efetividade requer a adequação e a adequação deve trazer a efetividade, o certo é que os dois conceitos podem ser decompostos para melhor explicar a necessidade de adequação da técnica às diferentes situações de direito substancial." [33]

Um dos critérios objetivos de que se vale o legislador para adequar a tutela jurisdicional pelo procedimento é a natureza do direito material, impondo uma tutela mais efetiva, a exemplo do anteprojeto do Código de Processos Coletivos.

Novamente, Emerson Garcia e Robson Renault Godinho (MP/RJ) afirmam ser conveniente a reprodução do 84 do CDC ou do art. 461 do CPC, reforçando o compromisso com a tutela específica. [34]

Como já dito com relação ao princípio da adequação (no momento legislativo), o art. 5º, caput, também é exemplo de busca da efetividade ao prever que a causa de pedir e o pedido serão interpretados extensivamente, em conformidade com o bem jurídico a ser protegido. Esse dispositivo confirma a tese de que o art. 293 do CPC é incompatível com a proteção dos interesses e direitos massificados.

Deveras, o texto do Anteprojeto apresentado ao Ministério da Justiça representa um esforço de reunir, sistematizar e melhorar as regras brasileiras sobre processos coletivos, hoje existentes em leis esparsas, de modo a harmonizá-las e a conferir tratamento que se coaduna com a importância jurídica, social e política dos interesses e direitos transindividuais e individuais homogêneos, com vistas a sua aplicação mais límpida e correta, à superação dos obstáculos que surgem na prática legislativa e judiciária e à inovação na técnica processual, de forma a extrair a maior efetividade possível de relevantes instrumentos constitucionais de direito processual.

Assim é que o art. 8º prevê a comunicação pelo juiz ao Ministério Público e outros legitimados sobre processos repetitivos, a fim de que proponham, em sendo o caso, ação coletiva. Esse dispositivo confirma a tese de que a ação coletiva é de interesse social quando ajuizada para evitar a proliferação de ações individuais repetitivas.

O art. 10 determina que o juiz deverá dar prioridade no processamento do processo coletivo, servindo-se preferencialmente dos meios eletrônicos, demonstrando que a tutela dos interesses sociais, presentes nas ações coletivas, deve ser priorizada quanto ao seu processamento.

Esses exemplos convergem com os objetivos que devem inspirar a elaboração do Código Brasileiro de Processos Coletivos trazidos por Aluisio Gonçalves de Castro Mendes [35]:

"a) ampliação do acesso à Justiça, de modo que os interesses da coletividade, como o meio ambiente, não fiquem relegados ao esquecimento; ou que causas de valor individual menos significantes, mas reunidas representam vultuosas quantias, como os direitos dos consumidores, possam ser apreciados pelo Judiciário; b) que as ações coletivas

representem, de fato, economia judicial e processual, diminuindo, assim, o número de demandas ajuizadas, originárias de fatos comuns e que acabam provocando acúmulo de processos, demora na tramitação e perda na qualidade da prestação jurisdicional: ao invés de milhões ou milhares de ações, sonhamos com o tempo em que conflitos multitudinários, como o ocorrido em torno dos expurgos do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), possam ser resolvidos mediante uma única demanda e um único processo; c) com isso, as ações coletivas poderão oferecer, também, maior segurança para a sociedade, na medida em que estaremos evitando a prolação de decisões contraditórias em processos individuais, em benefício da preservação do próprio princípio da igualdade: o processo, sendo coletivo, servirá como instrumento de garantia da isonomia e não como fonte de desigualdades; e d) que as ações coletivas possam ser instrumento efetivo para o equilíbrio das partes no processo, atenuando as desigualdades e combatendo as injustiças praticadas no Brasil". [36]

Com efeito, outro exemplo do anteprojeto que tem por escopo esses objetivos tem relação com a legitimidade.

Para a tutela jurisdicional dos novos direitos (difusos, coletivos e individuais homogêneos), o legislador atual brasileiro escolheu a via da legitimação concorrente e autônoma, atribuindo a titularidade da ação ao Ministério Público, a outras entidades públicas e às associações pré-constituídas nos termos da lei civil e em funcionamento há pelo menos um ano – art. 82 -, mas com a possibilidade da dispensa do requisito da pré-constituição, ope judicis, quando se verifique um preponderante interesse social demonstrado pelas dimensões ou características do dano, ou pela relevância do bem jurídico protegido (parágrafo 1º). O cidadão não é legitimado às ações coletivas (mas continua sendo-o para a ação popular, nos termos da Constituição e da lei), entendendo-se que o portador em juízo dos interesses coletivos (lato sensu) supre, por natureza, às deficiências organizacionais dos titulares individualmente considerados, permitindo o acesso à justiça de amplos segmentos da população.

Observe-se que no anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, o artigo 20 estipula uma legitimação muito mais ampla da que ocorre hoje. São legitimados concorrentemente à ação coletiva ativa [37]:

I) qualquer pessoa física, para a defesa dos interesses ou direitos difusos, desde que o juiz reconheça sua representatividade adequada;

II) o membro do grupo, categoria ou classe, para a defesa dos interesses ou direitos coletivos, e individuais homogêneos, desde que o juiz reconheça sua representatividade adequada;

III) o Ministério Público, para a defesa dos interesses ou direitos difusos e coletivos, bem como dos individuais homogêneos de interesse social;

IV) a Defensoria Pública, para a defesa dos interesses ou direitos difusos e coletivos, quando a coletividade ou os membros do grupo, categoria ou classe forem necessitados do ponto de vista organizacional, e dos individuais homogêneos, quando os membros do grupo, categoria ou classe forem, ao menos em parte, hipossuficientes;

V) as pessoas jurídicas de direito público interno, para a defesa dos interesses ou direitos difusos e, quando relacionados com suas funções, dos coletivos e individuais homogêneos;

VI) as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, bem como os órgãos do Poder Legislativo, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos transindividuais e individuais homogêneos;

VII) as entidades sindicais e de fiscalização do exercício das profissões, restritas as primeiras à defesa dos interesses e direitos ligados à categoria;

VIII) os partidos políticos com representação no Congresso Nacional, nas Assembleias Legislativas ou nas Câmaras Municipais, conforme o âmbito do objeto da demanda, para a defesa de direitos e interesses ligados a seus fins institucionais;

IX) as associações civis e as fundações de direito privado legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano (cujo requisito poderá ser dispensado pelo juiz), que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, dispensadas a autorização assemblear ou pessoal e a apresentação do rol nominal dos associados ou membros.

Na defesa dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, qualquer legitimado deverá demonstrar a existência do interesse social e, quando se tratar de direitos coletivos e individuais homogêneos, a coincidência entre os interesses do grupo, categoria ou classe e o objeto da demanda;

Em caso de inexistência do requisito da representatividade adequada, o juiz notificará o Ministério Público e, na medida do possível, outros legitimados, a fim de que, querendo, assumam a titularidade da ação.

Os membros do Ministério Público poderão ajuizar a ação coletiva perante a Justiça federal ou estadual, independentemente da pertinência ao Ministério Público da União, do Distrito Federal ou dos Estados, e, quando se tratar da competência da Capital do Estado ou do Distrito Federal, independentemente de seu âmbito territorial de atuação.

Será admitido o litisconsórcio facultativo entre os legitimados, inclusive entre os Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e dos Estados.

Assim, Emerson Garcia e Robson Renault Godinho, como representantes do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, sugerem permissão para que a pessoa física também possa defender direitos individuais homogêneos. Defendem também, no inciso terceiro, substituir "interesse" por "dimensão" e acrescentar, ao final do dispositivo, "ou quando a tutela coletiva mostrar-se relevante", a fim de otimizar a legitimidade do Ministério Público para a defesa dos direitos individuais homogêneos [38].

O inciso quarto prevê a legitimidade da Defensoria Pública, mas, segundo os referidos promotores de justiça, essa legitimidade deve ser balizada por seu perfil constitucional, que limita sua atuação à defesa dos necessitados. Dessa forma, sugerem a seguinte redação: "a Defensoria Pública, para a defesa dos interesses ou direitos coletivos e individuais homogêneos, na forma do artigo 134 da Constituição da República". Consequentemente, sugerimos que no art. 32 inclua-se a expressão "e, em caso de necessitados", antes de "defensorias públicas", o que também deveria constar do art. 40.

No inciso sétimo, os promotores preferem a extensão da restrição às entidades de fiscalização e substituição de "à categoria" por "a suas finalidades institucionais".

Quanto ao parágrafo quarto, acreditam ser melhor acrescentar-se a expressão "ou dimensão", após "características" e antes "do dano", na forma do artigo 82, §1º, do Código do Consumidor.

Por fim, a sugestão do Ministério Público no tocante ao parágrafo quinto é o acréscimo, em sua parte final, "inclusive entre os Ministérios Públicos", a fim de evitar discussões sobre essa possibilidade, em razão da revogação de dispositivos do Código do Consumidor e da Lei da Ação Civil Pública.

Resta observar, ainda, mas não com o intuito de esgotar o tema - o que seria impossível nessas breves linhas, não sendo, ademais, o escopo do presente trabalho – uma questão extremamente interessante do anteprojeto. A competência territorial, constante do artigo 22.

Na mesma linha de sugestões realizadas pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, através de seus ilustres representantes, Emerson Garcia e Robson Renault Godinho [39], entendem que a iniciativa de concentração da competência nas capitais não nos parece adequada. Não vislumbramos razão para esse monopólio da competência, já que os danos podem tocar mais de uma localidade, sem que haja qualquer relação com a capital. Exemplos: dano que atinja quatro comarcas do norte do Estado de Minas Gerais, que ficam a mais de mil quilômetros de Belo Horizonte. Nada justifica que não seja utilizada a regra da prevenção e que se desloque a competência para a capital do Estado.

No que se refere à concentração da competência no Distrito Federal, críticas semelhantes podem ser formuladas. Qual a ratio de se fixar tal competência no caso de danos que envolvam, por exemplo, os Estados da região norte do país? Ou os da região sudeste? Também não se justifica a concentração nas hipóteses de dano de âmbito nacional, sob pena de se transferir toda a atribuição para o Ministério Público do Distrito Federal e suprimir a atribuição dos Promotores Naturais.

Justifica-se a concentração dos processos, mas não o monopólio da competência, razão pela qual sugerimos a adoção ampla do critério da prevenção. Sugere-se a supressão dos incisos III e V. O inciso II passaria a ter a seguinte redação: "de qualquer das comarcas ou seções judiciárias, quando o dano for regional, aplicando-se no caso as regras de prevenção". O inciso IV (que passaria a ser o III) teria a seguinte redação: "de uma das

capitais do Estado ou do Distrito Federal, quando os danos tocarem mais de uma unidade federativa ou tiverem âmbito nacional, aplicando-se no caso as regras de prevenção".

Quanto ao parágrafo primeiro, afirmam que o dispositivo dá eficácia definitiva ao descrito na petição inicial. Para evitar inconvenientes daí decorrentes, como tratamentos distintos a hipóteses submetidas ao mesmo fato, por equívoco da inicial, sugere-se a substituição de "indicada na petição inicial da demanda" por "sua real extensão". Já no parágrafo segundo, sugere-se a exclusão da parte final do dispositivo, que se encerraria com "foro competente". Imagina-se, ainda, um novo parágrafo: em razão de célebre divergência jurisprudencial, sugere-se a elaboração de parágrafo que resolva a questão do julgamento de matéria federal em local em que inexista seção federal, sugerindo-se a seguinte redação: "Caso o local do dano não seja sede de Seção Judiciária Federal, nas hipóteses que seriam de sua competência, será competente para o julgamento da causa o juiz estadual sediado na comarca".

Capítulo 3. Da coisa julgada nas ações coletivas e no anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos

A temática da coisa julgada na ações coletivas é uma das mais complexas e polêmicas de todo o exame da "tutela coletiva".

3.1. Breves considerações acerca da coisa julgada

Como cediço, a coisa julgada é a indiscutibilidade do conteúdo de determinada decisão judicial, tornando a norma individualizada contida na decisão estável, ou seja, a parte dispositiva da decisão.

A doutrina divide a coisa julgada em material e formal. Esta é a indiscutibilidade da decisão no processo em que foi proferida (endoprocessual); aquela é a mencionada indiscutibilidade no processo em que a decisão foi proferida e em outros processos, que seria a verdadeira coisa julgada.

Para que a decisão faça coisa julgada (material), alguns pressupostos são exigidos: que a decisão seja jurisdicional, de mérito e fundada em cognição exauriente, além da necessidade de existir "coisa julgada formal".

Quanto ao regime jurídico da coisa julgada material, tem-se que ela possui limites objetivos – questões principaliter tantum – e subjetivos – trata-se de saber quem está submetido à autoridade da coisa julgada. Nesse aspecto, a coisa julgada pode operar-se inter partes, ultra partes ou erga omnes.

A primeira é a regra geral em nosso ordenamento, consagrada no artigo 472, do CPC, sendo as duas últimas exceções.

A coisa julgada ultra partes é aquela que atinge também determinados terceiros e não apenas as partes do processo, podendo ocorrer em diversas hipóteses, dentre as quais, nas ações coletivas como se verá adiante.

Já a coisa julgada erga omnes é aquela que atinge a todos os jurisdicionados, tendo feito ou não parte do processo. Nas ações coletivas é o que ocorre quando se tutela direitos difusos ou individuais homogêneos [40].

No que toca ao modo de produção, há três tipos de coisa julgada: a) coisa julgada pro et contra – forma-se independentemente do teor da decisão judicial, sendo a regra geral; b) coisa julgada secundum eventum litis – só é formada quando a demanda é julgada procedente; e c) secundum eventum probationis – só é formada em caso de esgotamento de provas.

Na coisa julgada secundum eventum litis, se a ação for julgada improcedente, ela poderá ser reproposta, pois a decisão ali proferida não produzirá coisa julgada material. Segundo afirma Fredie Didier Jr., este regime não é bem visto pela doutrina, pois trata as partes de forma desigual, colocando o réu em posição flagrante de desvantagem [41].

Por outro lado, a coisa julgada secundum eventum probationis acontece se a demanda for julgada procedente, que é sempre com esgotamento de prova, ou improcedente com suficiência de provas. A decisão judicial só produzirá coisa julgada se forem exauridos todos os meios de prova. Se a decisão proferida no processo julgar a demanda improcedente por insuficiência de provas, não formará coisa julgada. No regime geral (pro et contra), a improcedência por falta de provas torna-se indiscutível pela coisa julgada. Como exemplos dessa espécie de formação de coisa julgada, há os artigos 103, I e III, CDC, 18, Lei nº 4717/65, 16, Lei nº 1.533/51.

A coisa julgada ainda produz efeitos i) negativo, quando impede que a questão principal já definitivamente decidida seja novamente julgada como questão principal em outro processo; ii) positivo, que é o efeito que impõe a observância da coisa julgada quando ela é utilizada como fundamento do pedido (causa de pedir); e iii) eficácia preclusiva da coisa julgada, que ocorre por precluir toda possibilidade de rediscussão de todos os argumentos ("alegações e defesas", nos termos do artigo 474, do CPC) que poderiam ter sido suscitados, mas não foram.

3.2 Coisa julgada nas ações coletivas: sistema atual

A disciplina da coisa julgada nas ações coletivas no direito brasileiro hoje é dada pelos arts. 103 e 104 do CDC para os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Isso porque, como já dito ao longo do presente, em razão do artigo 21 da Lei da Ação Civil Pública, há uma verdadeira simbiose entre esses dois diplomas legais, perfazendo, junto com legislações esparsas, o micro sistema de tutela coletiva.

O artigo 103 disciplina, de forma diversa e de acordo com a espécie de direito coletivo (lato sensu), a coisa julgada.

Relembre-se, apenas, que em se tratando de sentença terminativa na ação coletiva, não se aplica artigo acima mencionado, já que só se pode falar em coisa julgada (material) em face de sentenças definitivas.

Quanto à coisa julgada para os direitos difusos, não poderia ter outro efeito senão erga omnes, uma vez que, se o direito pertence a todos, a solução da lide sobre ele (que é transindividual e indivisível) só pode abranger a todos [42]. Aqui ocorre, fugindo à regra geral, a coisa julgada secundum eventum probationis, a depender do sucesso da prova, pois se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento.

Já no que tange aos direitos coletivos (stricto sensu) do artigo 103, II, do CDC, a coisa julgada se opera ultra partes - ressalvada a hipótese de improcedência por insuficiência de provas - isto é, para além das partes do processo, de forma a atingir todo o grupo, categoria ou classe a quem pertence o direito discutido [43].

Tanto a coisa julgada na ação que tutela direitos difusos, como na que protege direitos coletivos em sentido estrito, será secundum eventum litis, posto que se opera apenas diante das circunstâncias da causa.

No concernente à coisa julgada relativa às ações que tutelam direitos individuais homogêneos - que não são direitos transindividuais; ao revés, têm sujeito determinado e unitário -, a situação é diferente. A sentença que julga esse tipo de ação coletiva examina pretensões individuais, sendo a coisa julgada, nos termos do artigo 103, III, do CDC, erga omnes, somente no caso de procedência da ação, de modo a beneficiar todos os sujeitos titulares dos direitos individuais postulados, bem como seus sucessores. Vê-se aqui nova modalidade de coisa julgada secundum eventum litis, tendo em vista que só operada quando a sentença for de procedência. No caso de improcedência, a coisa julgada não será erga omnes.

O regime da coisa julgada nas ações coletivas ainda possui uma inovação: o transporte da coisa julgada in utilibus para as ações individuais que versem sobre o tema, diante do artigo 104, do CDC. Esse dispositivo possui o intuito de tornar viável o ajuizamento da ação individual, ainda quando pendente ação coletiva para a tutela de direito difuso, coletivo ou individual homogêneo e, ainda de deixar evidente que a tutela coletiva não irá trazer benefícios para aquele que não requerer a suspensão do processo individual no prazo de trinta dias após obter a ciência do ajuizamento da ação coletiva.

Por fim, vale suscitar inconstitucionalidade do artigo 16 da Lei nº 7.347/85. Sua atual redação, dada pela Lei nº 9.494/97 assim dispõe:

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

Segundo Marinoni, houve, em relação às ações coletivas que não dizem respeito a relações de consumo – uma vez que estas seriam especificamente regidas pelo CDC, que não tem nenhuma previsão nesse sentido -, tentativa de limitação dos efeitos da sentença - já que limitar a abrangência da coisa julgada seria impossível, descaracterizando o próprio instituto. Nesse sentido:

"Os efeitos concretos da decisão (que se operam no mundo real) operam-se em sentidos imprevisíveis e não podem ser contidos pela vontade do legislador. Assim como uma pessoa divorciada não pode ser divorciada apenas na cidade onde foi prolatada a sentença de seu divórcio (passando a ser casada em outros municípios), uma sentença proferida em ação coletiva não pode ter seus efeitos limitados a certa porção do território nacional. Os efeitos da sentença operam onde devem operar, e não onde o queira que eles se verifiquem" [44].

Não se pode olvidar a característica marcante dos direitos coletivos lato sensu (já discutidos no presente trabalho), fato que reforça a conclusão de que outorgar limites à coisa julgada ou aos efeitos da sentença seria, indubitavelmente, conferir a um só direito a possibilidade de dois tratamentos diferenciados, em que pese tal regra ser aplicada pelos tribunais.

3.3 Coisa julgada nas ações coletivas: Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos

Nas ações coletivas de que trata o anteprojeto, a coisa julgada encontra-se disciplinada em seu artigo 13.

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

Tratando-se de interesses ou direitos individuais homogêneos, em caso de improcedência do pedido, os interessados poderão propor ação a título individual.

Os efeitos da coisa julgada nas ações em defesa de interesses ou direitos difusos ou coletivos não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos artigos 34 e 35 do anteprojeto, aplicando-se, inclusive, essa lógica à sentença penal condenatória.

Mesmo na hipótese de sentença de improcedência, fundada nas provas produzidas, qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento, no prazo de 2 (dois) anos contados do conhecimento geral de descoberta de prova nova, superveniente, que não poderia ser produzida no processo, desde que idônea, por si só, para mudar seu resultado. Essa faculdade, nas mesmas condições, fica assegurada ao demandado da ação coletiva julgada procedente.

Por derradeiro, importa dar relevo ao fato de que o art. 13, § 4º, do anteprojeto prevê que a competência territorial do órgão julgador não representará limitação para a coisa julgada erga omnes, o que confirma a tese de que a criticada alteração levada a efeito no art. 16 da Lei de Ação Civil Pública pela Lei 9.494/97 é flagrantemente inconstitucional, desprovida de qualquer razoabilidade, como visto no tópico anterior.

Nesse diapasão, andou bem o anteprojeto ao destacar a impossibilidade de limitação à coisa julgada erga omnes, produto da própria natureza dos interesses e direitos em jogo.

4. Conclusão

Em uma sociedade de massa, como é a nossa, os mesmos problemas ocorridos com algumas pessoas são compartilhados por outras, posto que são oriundos de uma só origem ou decorrem do fato que os interesses não podem ser titulados exclusivamente por um indivíduo, pois pertencem a toda a coletividade. Para lidar com esses conflitos, necessária é uma tutela que se mostre adequada a proteger tais interesses, de modo a permitir que a sociedade, e não mais o indivíduo possa buscar essa defesa. Esse é um dos motivos pelo qual se pode falar em direito fundamental à tutela jurisdicional, que é aquele que possibilita a efetivação dos demais direitos fundamentais.

Desse modo, como visto ao longo do estudo, é possível enxergar uma relação de integração, interdependência entre direito processual e direito material (mais um princípio interligado ao da efetividade: princípio da instrumentalidade), ou seja, o processo serve ao direito material e é servido por ele, devendo se estruturar tecnicamente de modo a possibilitar a prestação das formas de tutela asseveradas pelo direito material.

É nesse sentido que o processo se mostra um grande aliado à concretização dos direitos transindividuais e individuais homogêneos.

Assim, a modernização do sistema processual coletivo decorrerá da adoção, em caso de aprovação do anteprojeto, de diretrizes que se afastam de opções tradicionais do processo civil individual, levando-se em conta a especificidade do processo coletivo e ajustando-o às peculiaridades decorrentes da própria essência dos interesses e direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Em outras palavras, através, não apenas do processo, mas de uma tutela jurisdicional efetiva, adequada ao tipo de direito (difuso, coletivo ou individual homogêneo), consegue-se concretizar a força normativa da Constituição, protegendo-se os direitos e garantias fundamentais inerentes à pessoa humana.

Bibliografia

ARENHART, Sérgio Cruz. Perfis da Tutela Inibitória Coletiva – Temas Atuais de Direito Processual Civil – v. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional, 8ª ed., São Paulo: Malheiros, 1999.

CAMARGO, Marcelo Novelino (org.). Leituras Complementares de Direito Constitucional – Direitos Fundamentais. 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2007.

Cançado Trindade, Antônio Augusto. A Proteção Internacional dos Direitos Humanos: Fundamentos Jurídicos e Instrumentos Básicos. São Paulo: Saraiva, 1991.

CAPPELLETTI, Mauro. A ideologia no processo civil. Tradução: Athos Gusmão Carneiro. AJURIS, ano VIII, n. 23.

DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual, vol.1 – Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. 11ª ed., rev., ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2009.

DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual, vol.2 – Teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 4ª ed., rev., ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2009.

DIDIER JR., Fredie e ZANETI JR., Hermes. Curso de Direito Processual, vol. IV. 4ª ed. rev., ampl e atual. Salvador: Jus Podivm, 2009.

DIDIER JR., Fredie (org.). Leituras Complementares de Processo Civil. 5ª ed. rev e ampl. Salvador: Jus Podivm, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Nova Era do Processo Civil. São Paulo: Malheiros, 2004.

GIDI, Antonio. Coisa Julgada e litispendência em ações coletivas. São Paulo: Saraiva, 1995.

GRINOVER, Ada Pellegrini, MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro e WATANABE, Kazuo (coord.). Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos. Material da 8ª aula da disciplina Processo Civil: Grandes Transformações, ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Processual: Grandes Transformações – UNISUL/REDE LFG.

_____. Direito Processual Coletivo. Material da 8ª aula da Disciplina Processo Civil: Grandes Transformações, ministrada no Curso de Especialização TeleVirtual de Direito Processual: Grandes Transformações – UNISUL - REDE LFG.

LEONEL, Ricardo de Barros. Causa de pedir e pedido nos processos coletivos: uma nova equação para a estabilização da demanda, in Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MACEDO JR., Ronaldo Porto. Ação civil pública, o direito social e os princípios. Material da 8ª aula da Disciplina Processo Civil: Grandes Transformações, ministrada no Curso de Especialização TeleVirtual de Direito Processual: Grandes Transformações – UNISUL - REDE LFG.

MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. Manual do Processo de Conhecimento. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica Processual e Tutela dos Direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MELO, Debora Fernandes de Souza. Breves considerações acerca do direito à tutela jurisdicional efetiva. Disponível em <http://www.lfg.com.br> 18 junho. 2008. Acesso em 30.11.2008.

ZAVASCKI, Teori Albino. Processo Coletivo - Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

Notas

DINAMARCO, Candido Rangel. Nova Era do Processo Civil. São Paulo: Malheiros, 2004.

Alguns autores preferem utilizar a nomenclatura "dimensões" dos direitos fundamentais, sob o argumento de que uma geração não substitui a outra, já que todas coexistem. Nesse sentido, Cançado Trindade (in A Proteção Internacional dos Direitos Humanos: Fundamentos Jurídicos e Instrumentos Básicos. São Paulo: Saraiva) entende que enquanto em relação aos seres humanos se verifica a sucessão generacional, em relação aos direitos desenvolve-se um processo de cumulação, uma vez que os direitos sobrevivem aos seus criadores e acabam por coexistir com novas regras que surjam no futuro. Igualmente, Paulo Bonavides sugere a substituição do termo "geração" pelo vocábulo "dimensão" caso aquele venha a induzir apenas sucessão cronológica e, portanto, suposta caducidade dos direitos das gerações antecedentes, com o quê não concorda (in Curso de Direito Constitucional, 8ª ed., São Paulo: Malheiros).

A par dessa discussão, a classificação mais comumente encontrada é a que identifica três categorias de direitos: a) a primeira geração tem como correspondentes os direitos civis

e políticos, aqueles direitos essencialmente de autonomia e de defesa, sobretudo, em relação ao Estado, surgindo com as revoluções burguesas dos séculos XVII e XVIII, frutos do Liberalismo e se sua formulação pelo Iluminismo de base racional – por essas características, muitas vezes os direitos originados neste período são também denominados individuais; b) os direitos de segunda geração, surgidos em decorrência da deplorável situação da população pobre das cidades industrializadas da Europa Ocidental, traduzem-se em direitos de participação que requerem políticas públicas - são os direitos sociais, econômicos e culturais; c) à terceira geração correspondem os direitos coletivos e difusos (direito ao meio ambiente, à paz social, à autodeterminação dos povos, etc.). Para Paulo Bonavides, ainda haveria uma quarta "geração" de direitos, os quais se referem ao direito à democracia, à informação e ao pluralismo (Idem).

É o conhecido "sistema integrado de tutela dos interesses metaindividuais".

Segundo Ada Pellegrini Grinover, as "class action do sistema norte-americano, baseada na equity, pressupõe a existência de um número elevado de titulares de posições individuais de vantagem no plano substancial, possibilitando o tratamento processual unitário e simultâneo de todas elas, por intermédio da presença, em juízo, de um único expoente da classe. Encontrando seus antecedentes no Bill of Peace do século XVII, o instrumento, antes excepcional, acabou aos poucos adquirindo papel que hoje é visto pela doutrina como central no ordenamento dos Estados Unidos da América, ampliado como foi, de início com contornos imprecisos, até ser disciplinado pelas Federal Rules of Civil Procedure de 1938. A Rule 23 fixou as seguintes regras fundamentais: a) a class action seria admissível quando impossível reunir todos os integrantes da class; b) caberia ao juiz o controle sobre a adequada representatividade; c) também ao juiz competiria a aferição da existência da comunhão de interesses entre os membros da class. É das regras processuais de 1938 a tentativa de sistematização do grau da comunhão de interesses, donde resulta uma classificação das class actions em true, hybrid e spurious, conforme a natureza dos direitos objeto da controvérsia (joint, common ou secondary, ou ainda several), com diversas conseqüências processuais. É certo que as dificuldades práticas quanto à exata configuração de uma ou outra categoria de class actions, com tratamento processual próprio, induziria os especialistas norte-americanos (Advisory Committee on Civil Rules) a modificarem a disciplina da matéria nas Federal Rules de 1966; mas é certo também que a distinção operada pelas normas anteriores permaneceriano espírito do sistema americano, cujas class actions continuam abrigo quer a defesa de interesses coletivos indivisivelmente considerados, quer a tutela de direitos individuais divisíveis, conjuntamente tratados por sua origem comum: para estes últimos, fala a doutrina em "casos em que os membros da class são titulares de direitos diversos e distintos, mas dependentes de uma única questão de fato ou de direito, pedindo-se para todos eles um provimento jurisdicional de conteúdo idêntico".

Em outras palavras, as Federal Rules de 1966 (Rule no. 23) não mais contêm a tripartição anterior, passando a definir as class actions de maneira geral e unitária, com o acréscimo de requisitos atinentes à admissibilidade da ação. A regra 23 das Federal Rules de 1966, que tem caráter pragmáticos e funcional, contém quatro considerações prévias (pré-requisitos) e estabelece três categorias de class actions, sendo duas obrigatórias (mandatory) e uma não obrigatória (not mandatory), cada uma com seus próprios requisitos. As considerações prévias fixam os pré-requisitos para qualquer ação de classe, da seguinte maneira: (a) "Pré-requisitos para a ação de classe: Um ou mais membros de

uma classe podem processar ou ser processados como partes, representando todos, apenas se (1) a classe é tão numerosa que a reunião de todos os membros é impraticável, (2) há questões de direito ou de fato comuns à classe, (3) as demandas ou exceções das partes representativas são típicas das demandas ou exceções da classe e (4) as partes representativas protegerão justa e adequadamente os interesses da classe." Trata-se dos requisitos vestibulares (threshold requirements). Seguem, na alínea (b), os requisitos para o prosseguimento da ação de classe, que na verdade criam três categorias de ações: (b) "Prosseguimento da ação de classe: Uma ação pode prosseguir como ação de classe quando forem satisfeitos os pré-requisitos da subdivisão (a) e ainda: (1) o prosseguimento de ações separadas por ou contra membros individuais da classe poderia criar o risco de: (A) julgamentos inconsistentes ou contraditórios em relação a membros individuais da classe que estabeleceriam padrões de conduta incompatíveis para a parte que se opõe à classe; (B) julgamentos em relação aos membros individuais da classe que seriam dispositivos, do ponto de vista prático, dos interesses de outros membros que não são parte no julgamento ou que impediram ou prejudicariam, substancialmente, sua capacidade de defender seus interesses; ou (2) a parte que se opõe à classe agiu ou recusou-se a agir em parâmetros aplicáveis à classe em geral, sendo adequada, desta forma, a condenação na obrigação de fazer ou não fazer (injunction) ou a correspondente sentença declaratória com relação à classe como um todo; ou (3) o juiz decide que os aspectos de direito ou de fato comuns aos membros da classe prevalecem sobre quaisquer questões que afetam apenas membros individuais e que a ação de classe é superior a outros métodos disponíveis para o justo e eficaz julgamento da controvérsia. Os assuntos pertinentes aos fundamentos de fato (findings) da sentença incluem: (A) o interesse dos membros da classe em controlar individualmente a demanda ou a exceção em ações separadas; (B) a amplitude e a natureza de qualquer litígio relativo à controvérsia já iniciada, por ou contra membros da classe; (C) a vantagem ou desvantagem de concentrar as causas num determinado tribunal; (D) as dificuldades que provavelmente serão encontradas na gestão de uma ação de classe" (grifo nosso). Aqui vale uma advertência: o inc. (b1), (A) e (B), assim como o inc. (b2) cuidam da ação de classe obrigatória (mandatory) que, na nomenclatura brasileira, corresponde às ações em defesa de interesses difusos e coletivos. Não é destas que vamos nos ocupar aqui, mas vale a pena observar que o inc. b-1-A significa que, se não fosse ajuizada a ação de classe, a classe dos réus ficaria prejudicada, enquanto o inc. b-1-B indica que a ausência da ação de classe prejudicaria os reclamantes. Por sua vez, n. 2 contempla, também em caráter de ação de classe obrigatória, os casos de obrigações de fazer ou não fazer (injunction) ou de sentenças declaratórias, ainda na categoria que corresponde, no Brasil, às ações em defesa de interesses difusos e coletivos. Mas é no inc. (b3) que vamos encontrar o regime jurídico da "class action for damages", que não é obrigatória (not mandatory), porquanto admite o opt out, correspondendo à ação brasileira em defesa de interesses individuais homogêneos, exatamente na espécie reparatória dos danos individualmente sofridos. Referido inc. (b3), aplicável especificamente à damage class action", não existia nas regras federais de 1938, podendo ser considerado a grande novidade das Federal Rules de 1966. De acordo com essa regra, as "class action for damages" (observados os pré-requisitos da alínea (a) devem obedecer a dois requisitos adicionais: 1 – a prevalência das questões de direito e de fato comuns sobre as questões de direito ou de fato individuais; 2- a superioridade da tutela coletiva sobre a individual, em termos de justiça e eficácia da sentença. Destes dois requisitos, enunciados no inc. (b-3), decorrem as especificações seguintes (b-3 A usque D), que representam indicadores a serem tomados em conta para a

aferição da prevalência e da superioridade. O espírito geral da regra está informado pelo princípio do acesso à justiça, que no sistema norte-americano se desdobra em duas vertentes: a de facilitar tratamento processual de causas pulverizadas, que seriam individualmente muito pequenas, e a de obter a maior eficácia possível das decisões judiciais. E, ainda, mantém-se aderente aos objetivos de resguardar a economia de tempo, esforços e despesas e de assegurar a uniformidade das decisões. O requisito da prevalência dos aspectos comuns sobre os individuais indica que, sem isso, haveria desintegração dos elementos individuais; e o da superioridade leva em conta a necessidade de se evitar o tratamento de ação de classe nos casos em que ela possa acarretar dificuldades insuperáveis, aferindo-se a vantagem, no caso concreto, de não se fragmentarem as decisões".

A exemplo de alguns insucessos, tem-se o parágrafo único do art. 1º da Lei da Ação Civil Pública, com a redação dada pela MP 2.180-35, de 2001, que estabeleceu o descabimento de ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados. Outro exemplo é a infeliz redação do artigo 16 do mesmo diploma legal.

Ada Pellegrini Grinover, Kazuo watanabe, Antonio Gidi e Aluisio Gonçalves de Castro. Exposição de Motivos do anteprojeto em análise.

Ob.cit.

Exposição de Motivos do Anteprojeto.

Utiliza-se, a título de ilustração, o exemplo dado por Marinoni (Ob.cit.): "Compare-se, para bem se entender a distinção, o direito à imagem e o direito ao meio ambiente sadio: conquanto se possa dizer que o direito à imagem é universal, porque todos os sujeitos o possuem, é fácil identificar, em cada pessoa, seu próprio direito (legitimando-se, por isso mesmo, cada titular a propor ações para a tutela de seu específico interesse). Já o direito ao meio ambiente (direito difuso), porque pertencente a toda a coletividade, de forma diluída, não admite que ninguém, isoladamente, seja considerado como seu titular (ou mesmo de parcela determinada dele)".

GRINOVER, Ada Pellegrini. Significado Social, Político e Jurídico da Tutela dos Interesses Difusos.

Com isso, absurdo aceitar a redação do artigo 16 da LACP, posto que limita a tutela oferecida a esses direitos a certos parâmetros territoriais, ofendendo a própria essência do direito, como também assevera o mestre Marinoni (ob cit.).

Novamente, empresta-se de exemplo de Marinoni (ob.cit): "São exemplos de direitos difusos: o meio ambiente, o direito à saúde pública ou o direito à cultura. Por outro lado, podem ser considerados como direitos coletivos, porque indivisíveis, mas pertencentes a um grupo determinado: o direito de certa classe de trabalhadores a um ambiente sadio de trabalho, o direito dos índios ao seu território, ou o direito dos consumidores à informação adequada".

A exemplo do direito de contribuintes impugnando exação tributária tida por inconstitucional ou do consumidores a serem indenizados da quantidade a menor de produto informada em embalagem.

ZAVASCKI, Teori Albino. Processo Coletivo - Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

Ob.cit.

ARENHART, Sérgio Cruz. Perfis da Tutela Inibitória Coletiva – Temas Atuais de Direito Processual Civil – v. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

Associação Nacional do Ministério Público do Consumidor: Disponível em: http://www.mpcon.org.br/site/portal/jurisprudencias_detalhe.asp?campo=2551

CAPPELLETTI, Mauro. A ideologia no processo civil. Tradução: Athos Gusmão Carneiro. AJURIS, ano VIII, n. 23.

DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual, vol.1 – Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. 11ª ed., rev., ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2009.

"Nesse sentido, o processo, na sua perspectiva constitucional, abarcando o conceito de princípios, regras e postulados, deve atuar para a realização dos direitos fundamentais e não pode ficar restrito, manietado, por uma pré-compreensão do direito. Continuarão existindo dois planos distintos, direito processual e direito material, porém a aceitação desta divisão não implica torná-los estanques, antes imbricá-los pelo 'nexo de finalidade' que une o instrumento ao objeto sobre o qual labora. Da mesma maneira que a música produzida pelo instrumento de quem lê a partitura se torna viva, o direito objetivo, interpretado ao processo, reproduz no ordenamento jurídico um novo direito. Tal é a teoria circular dos planos" (ZANETI JR. Hermes., ob.cit).

A Teoria circular dos planos (direito material e direito processual), in Leituras Complementares de Processo Civil. Fredie Didier Jr. (org.) 5ª ed. Salvador: JusPodivm, 2007.

DIDIER JR., Fredie.

VON ADAMOVICH, Eduardo Henrique Raymundo. A justiça geométrica e o Anteprojeto de Código de Processos Coletivos: elementos para uma justificativa histórico-filosófica, ou por uma visão atual do alcance e da função criadora da jurisdição coletiva, in Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. Ada Pellegrini Grinover, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, Kazuo Watanabe (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MACEDO JR., Ronaldo Porto. Ação civil pública, o direito social e os princípios. Material da 8ª aula da Disciplina Processo Civil: Grandes Transformações, ministrada no Curso de Especialização TeleVirtual de Direito Processual: Grandes Transformações – UNISUL - REDE LFG.

CAMARGO, Marcelo Novelino (org.). Leituras Complementares de Constitucional: Controle de Constitucionalidade. JusPodivm, 2007.

MARINONI, Luis Guilherme. O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. <http://www.professormarinoni.com.br/principal/pub/anexos/2007081011372022.pdf>.

JR. Fredie Didier (org.). Leituras complementares de processo civil. 5ª ed. JusPodivm, 2007.

MARINONI, Luis Guilherme. O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais.

<http://www.professormarinoni.com.br/principal/pub/anexos/2007081011372022.pdf>

MARINONI, Luis Guilherme. A legitimidade da atuação do juiz a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.

http://www.professormarinoni.com.br/principal/pub/anexos/20080320041013A_legitimidade_da_atuacao_do_juiz.pdf

Com vistas à efetividade, os parágrafos primeiro e segundo do mencionado artigo 3º do anteprojeto:

"§ 1º. O juiz, instaurado o contraditório, poderá desconsiderar a pessoa jurídica, nas hipóteses previstas no art. 50 Código Civil e no art. 4º da Lei 9.605/98.

§ 2º. Para a tutela dos interesses e direitos previstos nas alíneas II e III do art. 4º (interesses ou direitos coletivos e individuais homogêneos, respectivamente) e observada a disponibilidade do bem jurídico protegido, as partes poderão estipular convenção de arbitragem, a qual se regerá pelas disposições do Código de Processo Civil e da Lei 9.307, de 23 de setembro de 1966."

Vide artigo de CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA: O Formalismo-valorativo no confronto com o Formalismo excessivo, in Leituras Complementares de Processo Civil.

DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. Salvador: JusPodivm, 2009, vol.1.

MARINONI, Luiz Guilherme. Novas linhas do processo civil.

Associação Nacional do Ministério Público do Consumidor: Disponível em: http://www.mpcon.org.br/site/portal/jurisprudencias_detalhe.asp?campo=2551

Professor-doutor da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ e da Universidade Estácio de Sá – UNESA – orientador do grupo de mestrandos que formulou sugestões ao anteprojeto.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. O anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos: visão geral e pontos sensíveis, in GRINOVER, Ada Pellegrini, MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro e WATANABE, Kazuo (coord.). Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007

Já na ação coletiva passiva, ou seja, nas ações contra o grupo, categoria ou classe, mesmo sem personalidade jurídica, qualquer representante adequado (artigo 20, I, "a", "b" e "c", do anteprojeto) poderá propô-las, quando se trate de tutela de interesses ou direitos difusos e coletivos (artigo 4º, incisos I e II, do anteprojeto) e a tutela se revista de interesse social. O Ministério Público e os órgãos públicos legitimados à ação coletiva ativa (art. 20, incisos III, IV, V e VI e VII do anteprojeto) não poderão ser considerados representantes adequados da coletividade, ressalvadas as entidades sindicais.

Associação Nacional do Ministério Público do Consumidor: Disponível em: http://www.mpcon.org.br/site/portal/jurisprudencias_detalhe.asp?campo=2551

Associação Nacional do Ministério Público do Consumidor: Disponível em: http://www.mpcon.org.br/site/portal/jurisprudencias_detalhe.asp?campo=2551

A coisa julgada ultra partes e erga omnes não ocorrem somente nas ações coletivas, havendo outros casos. Todavia, por não ser o objeto do estudo, não se estenderá aqui nessa parte.

Observe-se apenas que há quem não diferencie esses dois tipos de coisa julgada, como é o caso de Antonio Gidi (Coisa Julgada e litispendência em ações coletivas, São Paulo: Saraiva, 1995), para quem uma coisa julgada nunca submete todos em todos os lugares; só alguns terceiros que mantivessem algum vínculo com a causa.

DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual, vol.2 – Teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 4ª ed., rev., ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2009.

Vale trazer aqui observação feita por Marinoni, segundo o qual : "para quem não tem legitimidade para propor a ação – no caso, por se tratar de direito transindividual, nenhuma pessoa física poderia fazê-lo, mas apenas os legitimados contemplados em lei, por expressa determinação legal (art. 82 do CDC e art. 5º da Lei 7.347/85) -, a imutabilidade da decisão não decorre da coisa julgada, mas sim, apenas, da impossibilidade concreta de discutir judicialmente a questão, por falta de legitimidade para agir" (Manual...ob.cit.).

Novamente, vale trazer elucidação de Marinoni: "a mesma objeção pode ser oposta: não é, na verdade, a coisa julgada que se estende para além das partes no processo. Na verdade, é o efeito direto da sentença que opera em relação aos titulares do direito de maneira imutável, pela singela circunstância de que eles não detêm legitimidade ad causam para discuti-la" (Idem).

MARINONI, Luiz Guilherme. Manual...ob.cit.

Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13388>

Acesso em: 25/08/2009