

O DIREITO PROCESSUAL CIVIL CONTEMPORÂNEO E A NECESSIDADE DE (RE)DIMENSIONAR O INSTITUTO DA COISA JULGADA

Jaqueline Mielke Silva*

Resumo: A coisa julgada é um dos temas de grande relevância no âmbito do direito processual civil contemporâneo. De um lado, há o problema da segurança jurídica – com a redução do número de demandas – e de outro, a proteção de direitos fundamentais. A problemática da redução de demandas, leva à discussão da matéria limites subjetivos da coisa julgada nas ações coletivas. O presente ensaio, tem por escopo traçar alguns aspectos gerais destes dois grandes temas: a segurança jurídica e a relativização da coisa julgada e também os limites subjetivos da coisa julgada nas ações coletivas.

1 A Segurança jurídica e a relativização da coisa julgada

A natureza da coisa julgada é um dos temas que mais preocupa os processualistas. As modernas teorias a esse respeito podem ser divididas em substanciais e processuais,¹ conforme se afirma que a coisa julgada influi direta e ime-

* Professora pesquisadora da Faculdade Meridional – IMED. Professora de diversos cursos de pós-graduação *lato sensu*. Professora da AJURIS, Escola Superior do Ministério Público (FMP), Escola Superior da Magistratura Federal (ESMAFE), Fundação Escola Superior da Magistratura do Trabalho (FEMARGS). Advogada sócia do Escritório Mielke & Lucena Advogados.

¹ Segundo Allorio, essa antítese é o reflexo de outra, mais profunda, na qual se confrontam maneiras opostas de explicar o telos processual: (a) se ele é entendido como meio de atuação do Direito, e então é levado a propugnar uma doutrina processual da coisa julgada, ou (b) se se reporta a destinação do processo à composição da lide ou qualquer outra realidade extraprocessual, haver-se-á de defender uma posição alinhada com a doutrina processual (ALLORIO, Enrico. *La cosa giudicata rispetto ai terzi*. Milano: Giuffrè, 1935).

diatamente sobre a situação substancial preexistente, criando novas relações jurídicas materiais, ou, então, ao contrário, que ela apenas cria um vínculo para o juiz de todo processo futuro.²

Segundo Willis Santiago Guerra Filho,³

[...] teorias processuais e substanciais sobre a coisa julgada são igualmente compatíveis, posto que cada uma apontaria para aspectos distintos do fenômeno, que teria uma dimensão de direito processual, configurada na coisa julgada formal, e também outra, de direito substancial, a coisa julgada material.

Sem qualquer dúvida, Enrico Tullio Liebman é o autor de uma das lições sobre coisa julgada que mais adquiriram aceitação por parte de vasto setor da doutrina italiana e brasileira. Segundo ele, coisa julgada é uma qualidade – a qualidade de imutabilidade! – que se agrega ao comando da sentença e a seus efeitos.⁴ Com essa idéia, Enrico Tullio Liebman refuta a concepção dominante na doutrina germânica, que identifica coisa julgada com os efeitos da sentença, quando esta não está mais sujeita a impugnações, efeito esse que seria o declaratório.⁵

O direito positivo brasileiro, segundo o autor do anteprojeto, Alfredo Buzaid, na exposição de motivos, teria adotado o conceito de coisa julgada proposto por Enrico Tullio Liebman, embora o art. 467 do referido diploma legal estabeleça que coisa julgada é um efeito, ou, “a eficácia que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”.⁶

Segundo Willis Santiago Guerra Filho,⁷

[...] definir a essência da coisa julgada como uma qualidade, de imutabilidade ou estabilidade, na esteira de Liebman, é incidir em grave erro filosófico, confundindo realidades diametralmente opostas, inconciliáveis, já que a qualidade dos entes, seus atributos, por definição, é exatamente o que lhes é acidental, e, logo, que não pertence à sua essência ou natureza. Isso não significa dizer que é errôneo considerar a coisa julgada como uma qualidade da sentença: incorreto é apenas identificar a sua natureza. Por isso é que não resta outra alternativa senão reconhecer estar-se diante de uma questão que foi hipostasiada, de

² Neste sentido: GUERRA FILHO, Willis Santiago. *A filosofia do direito: aplicada ao direito processual e à teoria da constituição*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 65.

³ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *A filosofia do direito: aplicada ao direito processual e à teoria da constituição*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 65.

⁴ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença*. 2. ed. Traduzido por Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

⁵ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *A filosofia do direito: aplicada ao direito processual e à teoria da constituição*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 66.

⁶ Na concepção de Ovídio Araújo Baptista da Silva (In: *Sentença e coisa julgada*. 2. ed. Porto Alegre: SAFE, 1988, p. 98), coisa julgada é uma qualidade que se agrega ao efeito declaratório da sentença, tornando-o imutável.

⁷ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *A filosofia do direito: aplicada ao direito processual e à teoria da constituição*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 68.

um falso problema, que nos leva a procurar em vão por um fundamento concreto, uma substância, onde não há, uma vez que o referencial semântico da coisa julgada é outro signo lingüístico, a sentença. Essa sim é dotada de um referente palpável, que é o ato do órgão judicial de pronunciá-la. Utilizando o moderno aparato conceitual fornecido pela semiótica, pode-se dizer que a coisa julgada é um signo com função de organizar o discurso comunicativo no direito processual, o que a coloca em uma dimensão puramente sintática, em que os signos se relacionam apenas entre si. Como o próprio processo também se situa nesse plano formal, tem-se que o instituto em tela é tipicamente processual, prestando-se para atender à função de organizar semanticamente a matéria jurídica, tendo em vista sua aplicação, que, afinal, é a do processo.

Pelo exposto, observa-se que a coisa julgada não possui um conteúdo substancial, ao contrário da sentença. A sentença representa não só o ato em que direito material e processual se fundem em uma unidade, para alcançar o objetivo de todo ordenamento, mas também, é expressão do momento em que se opera a passagem do direito de resolver os problemas jurídicos, tal como eles se dão na realidade, distintos de como são prefigurados, ideal e abstratamente, nas normas jurídicas.

Nesse contexto, a coisa julgada aparece como artifício ou mecanismo de que se vale o ordenamento jurídico para implementar o convencimento e a certeza sobre a existência ou não de um direito ou qualquer outra situação jurídica, exercendo assim um papel ideológico de legitimação desse mesmo ordenamento e de garantia de sua manutenção, ao tornar incontrovertido, em princípio, o resultado da função cognitiva do processo.⁸ Trata-se, portanto, de um conceito operativo, indissociável daquele outro a que se reporta o de sentença.⁹

Giuseppe Chiovenda¹⁰ já advertia que coisa julgada não tem nada em si de necessária e absoluta, visto que se pode encontrar sistemas jurídicos onde ela simplesmente não existe. Willis Santiago Guerra Filho¹¹ refere que, na atualidade, na família jurídica anglo-saxônica, regida pela *common law*, se desconhece o instituto tal como ele aparece em sistemas jurídicos como o nosso, já que o julgado tanto pode ser atacado em um mesmo processo, após seu pronunciamento, mediante ‘moções’ (*motion for a rehearing, motion to set aside a verdict etc.*), como também em outro processo, pelo *collateral attack*. Todavia, isso não implica em nenhum prejuízo ou inferiorização para a justiça norte-americana ou inglesa, que, na verdade, sob certos aspectos, até é mais eficiente que a nossa, dos países da família romano-germânica.

⁸ Neste sentido: MANDRIOLI, Crisanto. *Corso di diritto processuale civile*. Torino: Giappichelli, 1978. v. 1, p. 17-21.

⁹ Neste sentido: GUERRA FILHO, Willis Santiago. *A filosofia do direito: aplicada ao direito processual e à teoria da constituição*, p. 68.

¹⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. *Pincipi di diritto processuale civile*. Nápoles: Jovena, 1965, § 78, p. 706-707.

¹¹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *A filosofia do direito: aplicada ao direito processual e à teoria da constituição*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 70.

No direito brasileiro, a coisa julgada tem sido amplamente questionada. Alguns autores afirmam que, nas demandas que versarem sobre direitos indisponíveis – a ação de investigação de paternidade é uma delas! – o instituto da coisa julgada deve ser revisto. No caso específico da investigação de paternidade, muitos casos foram dados por encerrados em uma época quando sequer existia o DNA (exame que chega a um resultado bastante aproximado da paternidade) ou mesmo, quando as partes não dispunham de recursos financeiros para custeá-lo. José Augusto Delgado¹² é um desses autores que questionam a coisa julgada:

O avanço das relações econômicas, a intensa litigiosidade do cidadão com o Estado e como o seu semelhante, o crescimento da corrupção, a instabilidade das instituições e a necessidade de se fazer cumprir o império de um Estado de Direito centrado no cumprimento da Constituição que o rege e das leis com ela compatíveis, a necessidade de um atuar ético por todas as instituições políticas, jurídicas, financeiras e sociais, tudo isso submetido ao controle do Poder Judiciário, quando convocado para solucionar conflitos daí decorrentes, são fatores que têm feito surgir uma grande preocupação, na atualidade, com o fenômeno produzido por sentenças injustas, por decisões que violam o círculo da moralidade e os limites da legalidade, que afrontam os princípios da Carta Magna e que teimam em desconhecer o estado natural das coisas e das relações entre os homens. A sublimação dada pela doutrina à coisa julgada, em face dos fenômenos instáveis supra citados, não pode espelhar a força absoluta que lhe tem sido dada, sob o único argumento que há de se fazer valer o império da segurança jurídica. Há de se ter como certo que a segurança jurídica deve ser imposta. Contudo, esta segurança jurídica cede quando princípios de maior hierarquia postos no ordenamento jurídico são violados pela sentença, por, acima de todo esse aparato de estabilidade jurídica, ser necessário prevalecer o sentimento do justo e da confiabilidade nas instituições. A sentença não pode expressar comando acima das regras postas na Constituição, nem violentar os caminhos da natureza, quando, por exemplo, determinando que alguém seja filho de outrem, quando a ciência demonstra que não o é. Será que a sentença, mesmo transitada em julgado, tem valor maior que a regra científica? É dado ao juiz esse 'poder' absoluto de contrariar a própria ciência? A resposta, com certeza é de cunho negativo. A sentença trânsita em julgado, em época alguma, pode, por exemplo, ser considerada definitiva e produtora de efeitos concretos, quando determinar, com base exclusivamente em provas testemunhais e documentais, que alguém é filho de determinada pessoa e, posteriormente, exame de DNA comprove o contrário.

Cândido Rangel Dinamarco¹³ concorda com o entendimento supra explicitado:

Um óbvio predicado essencial à tutela jurisdicional que a doutrina moderna alcandora e realça, é o da justiça das decisões. Essa preocupação não é apenas minha: a doutrina e os tribunais começam a despertar

¹² DELGADO, José Augusto. Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais. In: Nascimento, Carlos Valder (Coord.). *Coisa julgada inconstitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 77-121.

¹³ DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material. In: Nascimento, Carlos Valder (Coord.). *Coisa julgada inconstitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 33-76.

para a necessidade de repensar a garantia constitucional e o instituto técnico-processual da coisa julgada, na consciência de que não é legítimo eternizar injustiças a pretexto de evitar a eternização de incertezas.¹⁴

É certo que a proteção aos direitos fundamentais é de vital importância no âmbito de qualquer sistema jurídico. Em contrapartida, o valor segurança também é relevante. Muitos dos defensores da tese da flexibilização da coisa julgada utilizam a proteção dos direitos fundamentais como “bandeira”, mas acabam flexibilizando o instituto também em outras circunstâncias onde não estão em jogo tais categorias de direitos. Não é demasiado salientar que a tese da flexibilização foi deduzida pela primeira vez em favor da Fazenda Pública! Decididamente, não foi para a tutela de direitos fundamentais!

Ovídio Araújo Baptista da Silva¹⁵ é um dos críticos à idéia abrangente de relativização da coisa julgada. Segundo o autor,

Neste quadro cultural, não deve se surpreender que a instituição da coisa julgada, tida como sagrada na ‘primeira modernidade’, entre em declínio. O fenômeno obedece à lei que tem presidido o mundo moderno. Não deixa, porém, de ser curioso que o ataque à coisa julgada provenha da própria modernidade, levando em conta que a instituição fora concebida para atender à exigência primordial de segurança jurídica, condição básica para o desenvolvimento econômico, aspiração também moderna. A coisa julgada, exageradamente abrangente, foi a âncora jurídica que possibilitou a construção do ‘mundo industrial’. Afinal, cabe perguntar, estaremos ainda vivendo a fase terminal da modernidade; ou, tendo-a ultrapassado, estaremos no pico de uma crise paradigmática, sem saber para onde vamos.

Prossegue o autor, afirmando:

Suponho desnecessário sustentar que a “injustiça da sentença” nunca foi e, a meu ver, jamais poderá ser, fundamento para afastar o império da coisa julgada. De todos os argumentos concebidos pela doutrina, através dos séculos, para sustentar a necessidade de que os litígios não se eternizem, parece-me que o mais consistente reside, justamente, na eventualidade de que a própria sentença que houver reformado a anterior, sob o pressuposto de conter injustiça, venha a ser mais uma vez questionada como injusta; e

¹⁴ Também Maria Berenice Dias possui o mesmo entendimento: “Tais interesses, por evidente, se sobrepõem ao instituto da coisa julgada, que não tem assento constitucional, não se podendo impedir o livre acesso à justiça para o reconhecimento da filiação face à temporária impossibilidade probatória ou, até, à negligência em subsidiar a formação de um juízo de certeza para o julgamento. Desse modo, impõe-se repensar a solução que vem sendo adotada ante ausência de probação nas ações de investigação de paternidade. Descabe um juízo de improcedência do pedido, a cristalizar, como coisa julgada, a inexistência do estado de filiação. O que se verificou foi falta de pressuposto ao que impõe a extinção do processo nos precisos termos do inc. IV, do art. 267 do CPC. Tal solução, que, tecnicamente, é uma sentença terminativa, viabiliza a possibilidade de qualquer das partes retornar ao Judiciário, munida de melhores e mais seguras provas, para identificação da verdade no estabelecimento do vínculo mais caro ao ser humano.” (Dias, Maria Berenice. *Investigação de paternidade: prova e ausência de coisa julgada material*. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese, n. 1, p. 18-21, abr./maio/jun. 1999).

¹⁵ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Coisa julgada relativa?* In: *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito*. Mestrado e doutorado. São Leopoldo: EdUnisinos, 2003. p. 363-378.

assim ad aeternum, sabido, como é, que a justiça, não sendo um valor absoluto, pode variar, não apenas no tempo, mas entre pessoas ligadas a diferentes crenças políticas, morais e religiosas, numa sociedade democrática que se vangloria de ser tolerante e “pluralista” quanto a valores.

Para resumir: entendo que a asserção feita pelo Ministro Delgado de que os efeitos da coisa julgada

devem prestar homenagem absoluta aos princípios da moralidade, da razoabilidade, da proporcionalidade e do justo [...] exerce, inevitavelmente, um efeito exterminador da coisa julgada! Além disso, o que seria uma ‘grave’ injustiça, capaz de autorizar que a coisa julgada não fosse observada? Embora o ilustre magistrado, ao que me é dado compreender, preconize a eliminação da coisa julgada em casos excepcionais, a verdade é que, aceitando suas premissas, parece-me que nada mais restará do instituto. Afinal, que sentença não poderia ser acusada de “injusta”; e qual a injustiça que não poderia ser tida como “grave” ou “séria”? E como seria possível atribuir a uma sentença a qualificadora de “absurdamente lesiva” ao Estado, como sugere Dinamarco? A coisa julgada resistiria às sentenças “lesivas”, mas não às que fossem “absurdamente” lesivas? Como medir a lesividade, digamos ‘normal’, provocada pela sentença, para diferenciá-la da “absurdamente” lesiva?

Sem qualquer dúvida, a questão merece reforma legislativa urgente, de modo a coibir abusos ou teses jurídicas que comprometem toda a segurança jurídica do sistema. É certo que o instituto da coisa julgada deve se adequar ao nosso tempo. Todavia, o valor segurança também deve ser preservado.

Parece-nos que esse (re)dimensionamento da coisa julgada deva ser realizado nas demandas que tutelam direitos fundamentais. Neste aspecto, a adoção do critério de *juízo secundum eventum litis*, na hipótese de julgamento de improcedência por insuficiência de provas, parece que traz maior efetividade à realização de direitos.

Não é demasiado salientar que tal critério já é utilizado nas demandas de natureza coletiva, que tutelam, em sua grande maioria, direitos fundamentais de terceira dimensão.¹⁶ Por que não adotá-lo, também, nas ações individuais que tutelam direitos fundamentais?

Não nos parece razoável apenas o aumento do prazo para o ajuizamento da ação rescisória, eis que teríamos sacrificados inúmeros direitos fundamentais, objeto de demandas ajuizadas anos e anos atrás – como, por exemplo, as ações de investigação de paternidade, nas quais inexistia o exame de DNA.

Não se pode fechar os olhos para mudanças ocorridas na genética, que geram reflexos incontestáveis no âmbito não apenas do direito de família, mas também em institutos do direito processual civil.

¹⁶ Vide artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública e 103 do Código de Defesa do Consumidor.

2 **Uma adequada proteção jurisdicional aos interesses transindividuais: os limites subjetivos da coisa julgada nas ações coletivas, desatrelados da competência territorial do órgão prolator da decisão**

Os limites subjetivos da coisa julgada nas ações coletivas são outro grande problema que o direito processual civil moderno atualmente enfrenta. Os interesses transindividuais,¹⁷ fruto das modificações ocorridas no modelo liberal/individualista de Estado¹⁸ necessitam de um tratamento adequado à sua natureza. Com a superação desse modelo, através do Estado Social e Democrático de Direito,¹⁹ houve uma verdadeira revolução em termos de categorias, direitos e de meios de proteção aos mesmos.²⁰

Tais direitos,²¹ além de evidentemente escaparem à tradição liberal/individualista, colocam-se como indispensáveis à sobrevivência contemporânea²².

¹⁷ A doutrina nacional procura definir interesse como sendo o que ‘interliga uma pessoa a um bem de vida em virtude de um determinado valor que esse bem possa representar para aquela pessoa’. Pode-se dizer que é um laço de união entre um bem da vida e alguém com seu titular. Cf. MANCUSO, Rodolfo Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 13.

¹⁸ No seu nascedouro, o Estado de Direito emerge aliado ao conteúdo do próprio liberalismo. Assim, os liames jurídicos do Estado têm relação direta com a concreção do ideário liberal no que diz respeito ao princípio da legalidade (submissão do poder estatal à lei, divisão de poderes e garantia de direitos individuais).

¹⁹ Segundo Manuel García Pelayo, “en términos generales, el Estado social significa históricamente el intento de adaptación del Estado tradicional (por el que entendemos en este caso el Estado Liberal burgués) a las condiciones sociales de la civilización industrial y posindustrial con sus nuevos y complejos problemas, pero también con sus grandes posibilidades técnicas, económicas y organizativas para enfrentarlos”. In: *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. 2. ed. Madrid: Alianza Universidad, 1996, p. 14-15.

²⁰ A consagração dos direitos sociais não é uma descoberta do século XX, na exata medida em que as Declarações de Direitos da Revolução Francesa já estabeleciam obrigações positivas do Estado nos domínios do ensino e da assistência social, o que viria a ser aprofundado nas constituições do século XIX.

²¹ Cf. Mauro Cappelletti refere, ao tratar do assunto, “que no campo jurídico o Estado Social incorporou novos direitos das mais variadas ordens, “direitos sociais dos pobres, os direitos sociais dos trabalhadores, os direitos sociais das crianças e dos velhos, das mulheres, dos consumidores, do meio ambiente, etc.”. In: Acesso à justiça. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 1, separata n. 18, p. 8-14, 1985, p. 9.

²² Francois Ost cita algumas características que afastam para sempre a projeção contraditória entre direito subjetivo e interesse: “A. O interesse, estando na base dos principais conceitos jurídicos, mesmo na de direito subjetivo, tem, assim, um caráter onipresente, aparecendo, desta forma, para além das pretensões asseguradas pela ordem jurídica; B. Paralelamente a esta onipresença e, talvez em consequência mesmo desta presença constante, a noção de interesse se caracteriza por uma imprecisão no seu significado, o que implica uma recorrente confusão e, mesmo, identificação entre interesse e direito; C. De outro lado, o interesse adquire, como noção funcional ou operatória, uma leveza (*souplesse*) que contrasta com a rigidez própria do direito subjetivo. Assim é que, à

Trata-se de direitos que atingem toda a coletividade; referem-se a categorias inteiras de indivíduos e exigem uma intervenção ativa, não somente uma negação, um impedimento de violação – exigem uma atividade. Contrariamente a um direito excludente, negativo e repressivo, com feição liberal, tem-se um direito comunitário, positivo, promocional, de cunho transformador.²³

O ponto central da questão deixa de ser o individual, passando a ser predominantemente o coletivo (*lato sensu*). A socialização e a comunitarização dos interesses têm papel fundamental.²⁴

Assim, observa-se que os interesses transindividuais (coletivos, em sentido estrito + difusos) escapam da dimensão privada do modelo jurídico liberal e se caracterizam por uma amplitude não apenas jurídica, em sentido estrito, mas também socioeconômica, tendo em vista que importam muitas vezes no desapego, afastamento e/ou negação dos postulados liberais tradicionalmente aceitos como meios de sanabilidade das controvérsias. Portanto, a variabilidade e complexidade dessas questões coletivas fazem com que caminhos distintos para sua resolução devam ser adotados. A resolução dos conflitos coletivos reclama a negação dos postulados do modelo liberal/individualista/racionalista.

Por outro lado, a fase moderna é marcada pela ascensão do individualismo radical e a diminuição da importância dos grupos na estrutura social e no sistema jurídico. A concepção de autonomia do indivíduo frente à comunidade a que pertence e a idéia de direito subjetivo passam a exigir um título e uma

titularidade exclusivista do direito subjetivo se contrapõe a titularidade difusa, indeterminada ou coletiva dos interesses; da mesma forma, os interesses estão vinculados a valores novos especificados, apontando para objetivos abertos, ampliados; D. Por fim, o interesse incorpora um traço subversivo, apontando novos atores, novos objetos, bem como implica uma relativização de direitos tradicionais – o caso da propriedade que vê agregada a noção de função social, assumindo um interesse difuso da coletividade – é exemplar. A preferência pela utilização do termo direito apenas para o âmbito dos interesses juridicamente protegidos que têm sua titularidade ligada ao indivíduo aponta para os vínculos que se estabelecem entre a noção de direito e sua projeção como direito individual, uma tradição vinculada ao liberalismo. Assim, direito seria aquele fato juridicamente definido para o qual temos uma titularidade e um sujeito definidos, além de um objeto perfeitamente delimitado, ou seja, identifica-se com a noção de direito subjetivo. Há, entre direito e interesse, uma vinculação na qual à preponderância daquele se reflete uma negação deste. Ou seja: a hegemonia do direito subjetivo implica a desqualificação do interesse como portador de alguma relevância jurídica”. Ver: OST, François. *Entre droit et non droit: l'intérêt – Essai sur le fonctions qu'exerce la notion d'intérêt en droit privé*. Bruxelles: Facultés Universitaires Saint-Louis, 1990. p. 106-107.

²³ Cf. MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *Do direito social aos interesses transindividuais: o estado e o direito na ordem contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. p. 96.

²⁴ Lênio Streck afirma que “o Estado Democrático de Direito representa, assim, a vontade constitucional de realização do Estado Social. É nesse sentido que ele é um plus normativo em relação ao direito promovedor-intervencionista próprio do Estado Social de Direito. Registre-se que os direitos coletivos, transindividuais, por exemplo, surgem no plano normativo, como consequência ou fazendo parte da própria crise do Estado Providência”. In: *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 37.

teoria que fundamente a possibilidade de que o autor represente os demais indivíduos ausentes da relação processual. Nesse contexto, a legitimação, para ser parte, foi circunscrevendo-se a pessoas físicas e pessoas jurídicas, consideradas as únicas unidades reconhecidas para litigar em juízo. Assim, as entidades que não se enquadrassem nesse conceito de pessoa possuíam existência problemática.

Na sociedade contemporânea, surge uma outra entidade, também sem personalidade jurídica, que dificilmente pode se configurar em uma pessoa para efeito de representação processual ou extraprocessual. Tal entidade coletiva é formada por indivíduos inseridos em grupos, classes e categorias, identificados em razão da pertinência de uma raça, origem, gênero sexual, nível cultural e de emprego, do consumo de determinado produto, de pertencer a determinada faixa etária, entre outras formas contingenciais e, às vezes, efêmeras de agrupamento.

Muitos desses grupos circunstanciais, freqüentemente, estão na sociedade contemporânea em situação de desvantagem ou, então, são lhes atribuídos direitos que necessitam de implementação e concretização, sem que haja um representante naturalmente designado para isso. Nesse sentido, é imperativo que a sociedade contemporânea crie instrumentos jurídicos de representação desses grupos circunstanciais em juízo e que a decisão final vincule todo o segmento representado.

Os novos direitos materiais aludidos são os chamados direitos difusos, que não são postuláveis – na maioria das vezes – a título individual. Dessa circunstância, advém a necessidade de formulação de uma estrutura representativa da ação coletiva de forma a possibilitar ao Estado apreciar e julgar os direitos de indivíduos enquanto integrantes de um segmento social sistematicamente lesado por estruturas opressoras e flagrantemente injustas, de difícil combate com os instrumentos do direito processual civil tradicional.

É certo que já dispomos de instrumentos processuais de proteção dos interesses transindividuais. O artigo 16 de Lei da ação Civil Pública, que estabelece os limites subjetivos da coisa julgada nas ações coletivas é um desses instrumentos. O jurista Antônio Gidi,²⁵ ao tratar do tema, refere:

Desde a promulgação da LACP, em 1985, não faltou quem quisesse ver no erga omnes a que se refere o texto da lei uma limitação intransponível em face dos limites territoriais em que cada tribunal exerce a sua 'jurisdição'. Assim, como a 'jurisdição' das Justiças Estaduais ou dos Juízes Federais é limitada no âmbito territorial de apenas um Estado, a sentença coletiva acaso proferida teria sua eficácia circunscrita aos limites territoriais do respectivo Estado.

²⁵ In: *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 86.

Quem primeiro se preocupou, em nosso país, com a compatibilização da coisa julgada erga omnes com o princípio federativo foi Galeno Lacerda, afirmando que uma decisão em ação civil pública proferida em um determinado Estado da Federação brasileira não poderia ser imposta a outros Estados. Propõe, assim (mas não exclusivamente por esse motivo), a criação de uma Corte Constitucional que poderia imprimir à coisa julgada, se necessário, eficácia sobre todo o território nacional, ou parte dele, mediante o reexame necessário.

Na mesma linha de pensamento segue Rodolfo de Camargo Mancuso, mas sustentando de forma inusitada que, conquanto o art. 16 da Lei 7.347/85 preveja a extensão erga omnes do julgado, sabe-se que essa extensão deve conformar-se aos lindes existentes em nosso sistema processual, em matéria de limites subjetivos [...] da coisa julgada [...].

Não é demasiado referir, que o direito brasileiro não adotou o modelo seguido no direito norte-americano de controle da adequada representatividade no âmbito das ações coletivas, razão pela qual viu-se o legislador obrigado a adotar outra alternativa de modo a evitar a vinculação de toda a população brasileira, na hipótese de uma demanda ser mal conduzida por um dos legitimados, que foi a restrição dos limites subjetivos da coisa julgada à competência territorial do julgador a quo.

Ao comparar o sistema americano com o brasileiro, leciona novamente Antônio Gidi:²⁶

1. De acordo com a posição dominante no Brasil, não há controle judicial da adequação do representante nas ações coletivas. Essa era a posição, por exemplo, de Ada Pellegrini Grinover e é a de Pedro Dinamarco. Nelson Nery Jr e Arruda Alvim vão além e dizem que o juiz está proibido de avaliar a adequação do representante. Portanto, segundo a doutrina majoritária brasileira, basta que o representante do grupo, seja um dos entes legitimados pelo art. 82 do Código de Defesa do Consumidor (ou art. 5º da Lei da Ação Civil Pública), para que possa livremente representar os interesses do grupo em juízo.

Assim, por mais clara que seja a incompetência ou a negligência do representante do grupo durante o desenrolar do processo coletivo, o juiz está obrigado a aceitar a situação passivamente e a proferir sentença contrária aos legítimos interesses do grupo. Imaginemos que uma pequena e desaparelhada associação proponha uma ação contra poderosa multinacional em um litígio complexo e de profundo impacto social. Durante o processo, o juiz percebe que o advogado da associação é incompetente ou não está demonstrando interesse pelo processo ou pelo grupo, ou que a associação não tem dinheiro suficiente nem para financiar as perícias necessárias, nem para contratar um bom advogado. Imaginemos, também, uma associação que conduza o processo em seu interesse próprio, seja esse interesse de natureza econômica.

Não há nada de errado em que pequenas associações proponham ações coletivas importantes. Todavia, não se pode permitir que uma ação coletiva seja proposta por associação manifestamente incapaz de tutelar adequadamente os interesses do grupo no processo, seja por incompetência, por falta de interesse real no litígio, por inexistência de interesses conflitantes, parcialidade ou mesmo má-fé. Na prática, o representante pode conduzir o processo de maneira inadequada para a tutela dos interesses do grupo (ou parcela do grupo), ou simplesmente perder a causa propositadamente.

²⁶ In: *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*: as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 129.

Entretanto, o artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública, que estabelece a coisa julgada *secundum eventum litis*, restrita à competência territorial do magistrado que proferiu a decisão²⁷ – revela-se inadequado à tutela de referidos interesses. , circunstância essa implica na necessidade de recuperação do discurso hermenêutico construtivo, como forma de garantir uma aplicação justa do texto legal.

Assim, imperiosa seria a adoção da coisa julgada nas ações coletivas de forma ampla e não restrita, tal como prevista no artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública, por uma simples razão: a relevância dos interesses tutelados por este texto legislativo. Trata-se de direitos fundamentais de terceira dimensão (ou geração para outros).

Todavia, enquanto não alterado esse diploma legal, cabe ao intérprete estabelecer o diálogo entre o Direito Processual Civil e o mundo da vida. No tocante a este aspecto, parece-nos que a nova redação do parágrafo único do artigo 2º da Lei da Ação Civil Pública, introduzida pela Medida Provisória 2.180-35/2001 – possibilita-nos uma interpretação abrangente dos limites subjetivos da coisa julgada nas ações coletivas:

Art. 2º. As ações previstas nesta Lei serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa.

Parágrafo único. *A propositura da ação prevenirá a jurisdição do juízo para todas as ações posteriormente intentadas que possuam mesma causa de pedir ou mesmo objeto.*

²⁷ Neste sentido, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça: “EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EFICÁCIA. LIMITES. JURISDIÇÃO DO ÓRGÃO PROLATOR. 1 – Consoante entendimento consignado nesta Corte, a sentença proferida em *ação civil pública* fará *coisa julgada* erga omnes nos limites da competência do órgão prolator da decisão, nos termos do art. 16 da Lei n. 7.347/85, alterado pela Lei n. 9.494/97. Precedentes. 2 – Embargos de divergência acolhidos”. (EREsp. 411529, Rel. Min. Fernando Gonçalves, 2ª Seção, 10.03.10) “PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTRATOS BANCÁRIOS. SENTENÇA CIVIL. EFEITOS ERGA OMNES. LIMITES. COMPETÊNCIA TERRITORIAL DO ÓRGÃO JULGADOR. PRECEDENTES DO STJ. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA. 1. De acordo com a jurisprudência firmada na Corte Especial do STJ, a sentença na *ação civil pública* faz *coisa julgada* erga omnes nos limites da competência territorial do órgão prolator, segundo dicção do art. 16 da Lei n. 7.347/85, alterado pela Lei n. 9.494/97. 2. Decisão mantida por seus próprios fundamentos. 3. Agravo regimental desprovido”. (AgRg no REsp 573868, Rel. Min. João Otávio Noronha, 4ª Turma, 26.10.09) “EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EFICÁCIA. LIMITES. JURISDIÇÃO DO ÓRGÃO PROLATOR. 1 – Consoante entendimento consignado nesta Corte, a sentença proferida em *ação civil pública* fará *coisa julgada* erga omnes nos limites da competência do órgão prolator da decisão, nos termos do art. 16 da Lei n. 7.347/85, alterado pela Lei n. 9.494/97. Precedentes. 2 – Embargos de divergência acolhidos”. (EREsp 399357, Rel. Min. Fernando Gonçalves, 2ª Seção, 14.12.09)”.

É evidente que, se o próprio legislador previu a prevenção para o julgamento de demandas conexas, abriu a possibilidade de que os limites subjetivos da coisa julgada extravasem à competência do magistrado que tiver proferido a decisão! O parágrafo único do artigo 2º acabou por excepcionar o critério restritivo do artigo 16 da LACP.

A Corte Especial²⁸ do Superior Tribunal de Justiça, recentemente, entendeu que a interpretação literal do art. 16 da LACP esvazia a utilidade prática da ação coletiva “porque, cuidando-se de dano de escala nacional ou regional, a ação somente pode ser proposta na capital dos Estados ou no Distrito Federal (art. 93, inciso II). Assim, a prosperar a tese do recorrente, o efeito *erga omnes* próprio da sentença estaria restrito às capitais, excluindo todos os demais potencialmente beneficiários da decisão”.

Segundo o Rel. Luís Felipe Salomão, “o art. 16 da LACP baralha conceitos heterogêneos – como coisa julgada e competência territorial – e induz a interpretação, para os mais apressados, no sentido de que os “efeitos” ou a “eficácia” da sentença podem ser limitados territorialmente, quando se sabe, a mais não poder, que a coisa julgada – a despeito da técnica do art. 467 do CPC – não é um “efeito” ou “eficácia” da sentença, mas qualidade que a ela se agrega de modo a torná-la ‘imutável e indiscutível’”.

Prossegue o relator do acórdão:

É certo também que a competência territorial limita o exercício da jurisdição e não os efeitos ou a eficácia da sentença, os quais, como é do conhecimento comum, correlacionam-se com os “limites da lide e das questões decididas” (art. 468, CPC) e com as que o poderiam ter sido (art. 474, CPC) – *tantum judicatum, quantum disputatum vel disputari debebat*.

A apontada limitação territorial dos efeitos da sentença não ocorre nem no processo singular, e também, com mais razão, não pode ocorrer no processo coletivo, sob pena de desnaturação desse salutar mecanismo de solução plural das lides.

A prosperar tese contrária, um contrato declarado nulo pela justiça estadual de São Paulo, por exemplo, poderia ser considerado válido no Paraná; a sentença que determina a reintegração de posse de um imóvel que se estende a território de mais de uma unidade federativa (art. 107, CPC) não teria eficácia em relação à parte dele; ou uma sentença de divórcio proferida em Brasília poderia não valer para o judiciário mineiro, de modo que ali as partes pudessem ser consideradas ainda casadas, soluções todas elas teratológicas.

A questão principal, portanto, é de alcance objetivo (“o que” se decidiu) e subjetivo (em relação “a quem” se decidiu), mas não de competência territorial.

Pode-se afirmar, com propriedade, que determinada sentença atinge ou não esses ou aqueles sujeitos (alcance subjetivo), ou que atinge ou não essa ou aquela questão fático-jurídica (alcance objetivo), mas é errôneo cogitar-se de sentença cujos efeitos não são verificados, a depender do território analisado.

[...]

²⁸ Recurso Especial 1.243.887, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 19.10.2011.

A antiga jurisprudência do STJ, segundo a qual a “eficácia erga omnes circunscreve-se aos limites da jurisdição do tribunal competente para julgar o recurso ordinário” (REsp 293.407/SP, Quarta Turma, confirmado nos EREsp n. 293.407/SP, Corte Especial), em hora mais que ansiada pela sociedade e pela comunidade jurídica, deve ser revista para atender ao real e legítimo propósito das ações coletivas, que é viabilizar um comando judicial célere – em atenção à extensão do interesse metaindividual na lide.

Caso contrário, “esse diferenciado regime processual não se justificaria, nem seria eficaz, e o citado interesse acabaria privado de tutela judicial em sua dimensão coletiva, reconvertido em multifárias demandas individuais” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo, Op. cit., p. 325) “atomizando” as lides na contramão do moderno processo de “molecularização” das demandas.

Com efeito, como se disse anteriormente, por força do art. 21 da Lei n. 7.347/05, do Capítulo II do Título III do CDC e a Lei das Ações Cíveis Públicas formam, em conjunto, um microsistema próprio do processo coletivo, seja qual for a sua natureza, consumerista, ambiental ou administrativa.

Assim, com o propósito também de contornar a impropriedade técnico-processual cometida pelo art. 16 da LACP, a questão relativa ao alcance da sentença proferida em ações coletivas deve ser equacionada de modo a harmonizar os vários dispositivos aplicáveis ao tema.

Nessa linha, o alcance da sentença proferida em ação civil pública deve levar em consideração o que dispõe o Código de Defesa do Consumidor acerca da extensão do dano e da qualidade dos interesses metaindividuais postos em juízo.

O norte, portanto, deve ser o que dispõem os arts. 93 e 103 do CDC.

Finalmente, embora haja doutrina e precedentes que, para contornar o art. 16 da LACP, aduzam que o dispositivo somente possui operância quando se tratar de direitos difusos ou coletivos em sentido estrito, sendo inaplicável a direitos individuais homogêneos, o fato é que – para os direitos difusos e coletivos em sentido estrito – é que está a maior dificuldade de aplicação da norma, porquanto supõem, por definição, titulares indeterminados ou indetermináveis, ligados por circunstâncias de fato, sendo imprópria a cisão dos efeitos da sentença, em razão de alegada limitação territorial.

Esse é, por exemplo, o magistério de Teori Albino Zavascki, citado por Mancuso, para quem, no caso de direitos difusos e coletivos *stricto sensu*:

[...] não há como cindir territorialmente a qualidade da sentença ou da relação jurídica nela certificada. Observe-se que, tratando-se de direitos transindividuais, a relação jurídica litigiosa, embora com pluralidade indeterminada de sujeitos no pólo ativo, é única e indivisível). Como tal, a limitação territorial da coisa julgada é, na prática, ineficaz em relação a ela. Não se pode circunscrever territorialmente (circunstância do mundo físico) o juízo de certeza sobre a existência ou a inexistência ou o mundo de ser de relação jurídica (que é fenômeno do mundo dos pensamentos). (Apud. MANCUSO, Rodolfo de Camargo, Op. cit., p. 320)

A conclusão da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça vai ao encontro com os argumentos sustentados na presente pesquisa de modo a serem ampliados os limites subjetivos da coisa julgada no âmbito da ação civil pública.

Referências

- ALLORIO, Enrico. *La cosa giudicata rispetto ai terzi*. Milano: Giuffrè, 1935.
- CAPELLETTI, Mauro. Acesso à Justiça. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 1, separata n. 18, p. 8-14, 1985.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Principi di diritto processuale civile*. Nápoles: Jovena, 1965.
- DELGADO, José Augusto. Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais. In: Nascimento, Carlos Valder (Coord.). *Coisa julgada inconstitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.
- DIAS, Maria Berenice. Investigação de paternidade: prova e ausência de coisa julgada material. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, Síntese, n. 1, p. 18-21, abr./maio/jun. 1999.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material. In: Nascimento, Carlos Valder (Coord.). *Coisa julgada inconstitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.
- GIDI, Antônio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- _____. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *A filosofia do direito: aplicada ao direito processual e à teoria da constituição*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença*. 2. ed. Traduzido por Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- MANCUSO, Rodolfo Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997
- MANDRIOLI, Crisanto. *Corso di diritto processuale civile*. Torino: Giappichelli, 1978. v. 1
- MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *Do direito social aos interesses transindividuais: o estado e o direito na ordem contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.
- OST, François. *Entre droit et non droit: l'intérêt – essai sur le fonctions qu'exerce la notion d'intérêt en droit privé*. Bruxelles: Facultés Universitaires Saint-Louis, 1990.
- PELAYO, Manuel García. *Las transformaciones del estado contemporáneo*. 2. ed. Madrid: Alianza Universidad, 1996.
- SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Coisa julgada relativa? In: *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito*. Mestrado e Doutorado. São Leopoldo: EdUnisinos, 2003. p. 363-378
- _____. *Sentença e coisa julgada*. 2. ed. Porto Alegre: SAFE, 1988.
- STRECK, Lênio. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.