

UNIVERSIDADE DE RIBEIRÃO PRETO

FLÁVIA TRINDADE DO VAL

**A COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL
E A TEORIA DA RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA NAS
AÇÕES COLETIVAS**

RIBEIRÃO PRETO

2009

FLÁVIA TRINDADE DO VAL

**A COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL
E A TEORIA DA RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA NAS
AÇÕES COLETIVAS**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Ribeirão Preto, como exigência parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito, sob orientação da Profa. Dra. Rita de Cássia Corrêa de Vasconcelos.

RIBEIRÃO PRETO

2009

Val, Flávia Trindade do

A coisa julgada inconstitucional e a teoria da relativização da coisa julgada nas ações coletivas / Flávia Trindade do Val. --
Ribeirão Preto: UNAERP/ Faculdade de Direito, 2009.

152 f.; 31 cm.

Orientadora: Rita de Cássia Corrêa de Vasconcelos

Dissertação (mestrado) – UNAERP, Faculdade de Direito,
Mestrado em Direito, 2009.

1. Direitos fundamentais. 2. Ação coletiva. 3. Coisa julgada.
4. Inconstitucionalidade. 5. Relativização. 6. Ponderação de
princípios. 7. Direitos coletivos, cidadania e função social -
Dissertação. I. Vasconcelos, Rita de Cássia Corrêa de. II.
Universidade de Ribeirão Preto, Faculdade de Direito, Mestrado
em Direito. III. Título

FLÁVIA TRINDADE DO VAL

A COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL E A TEORIA DA RELATIVIZAÇÃO DA
COISA JULGADA NAS AÇÕES COLETIVAS

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Ribeirão Preto, Área de Concentração em Direitos Coletivos, Cidadania e Função Social, sob orientação da Profa. Dra. Rita de Cássia Corrêa de Vasconcelos.

Aprovado pela Comissão Examinadora em ____/____/____

Prof.(a) Dr.(a)
Orientador (a)

Prof.(a) Dr.(a)

Prof.(a) Dr.(a)

Ao meu amor, André, por estar sempre ao meu lado com todo seu carinho, dedicação e serenidade.

Ao meu pai por fazer com que eu acredite que eu posso ser tudo o que ele acredita que eu já sou.

A minha mãe por ser sempre um exemplo e ter me apresentado para algumas das portas que me levaram as minhas maiores realizações pessoais e profissionais.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha orientadora Profa. Dra. Rita de Cássia Corrêa de Vasconcelos por toda a dedicação, amizade e disponibilidade ao longo desta pesquisa.

Aos professores Dr. Juventino de Castro Aguado e Dr. Lucas de Souza Lehfeld pelas grandes contribuições dadas durante a minha qualificação e pelas belas palavras de incentivo e reconhecimento, que certamente jamais serão esquecidas.

Ao Prof. Dr. Luiz Rodrigues Wambier porque há momentos na vida em que é preciso escolher entre dois caminhos e ele escolheu estar e permanecer ao nosso lado.

Aos meus colegas de Mestrado pelos inúmeros momentos de alegria em meio aos estudos, em especial a Daniele Marchi Nagai e Daniela Balan Camelo da Costa, cujas amizades levarei para o resto da vida.

VAL, Flávia Trindade do. **A Coisa Julgada Inconstitucional e a Teoria da Relativização da Coisa Julgada nas Ações Coletivas**. 152 p. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Ribeirão Preto, Ribeirão Preto.

RESUMO

O desenvolvimento dos direitos humanos em todas as suas dimensões vem deixando marcas profundas na realidade social mundial e, por conseguinte, na forma de pensar o direito. A coletivização dos direitos com a massificação das relações jurídicas é um fenômeno decorrente desse aprimoramento, de modo que o processo civil vem sofrendo grandes mudanças para conseguir atender aos anseios da realização da justiça real ou material e não de apenas uma justiça formal. Com isso institutos tradicionais da legislação processualista vêm sofrendo enormes alterações, como é o caso da coisa julgada, que para efeitos de tutela coletiva de direitos ou tutela de direitos coletivos teve que ser completamente repensada, abandonando-se as concepções clássicas do processo civil tradicional individual. Problemas típicos do processo individual como a coisa julgada inconstitucional também alcançam o processo coletivo. Todavia, pela forma como são distribuídos os efeitos da coisa julgada nestas ações, manter este instituto absoluto e inflexível pode trazer prejuízos incomensuráveis à sociedade. Acrescente-se ainda a esta realidade o fato do processo coletivo ser um fenômeno relativamente recente no direito processual nacional, de modo que várias falhas são encontradas ainda no microssistema que o regulamenta, as quais podem levar a sentenças coletivas contrárias à Constituição Federal. Em decorrência dessas considerações através da nova hermenêutica constitucional e da ponderação de princípios, tendo como fundamento a proporcionalidade ou razoabilidade, dignidade da pessoa humana e moralidade, necessariamente a coisa julgada que ofende a direito coletivo fundamental deverá ser mitigada visando-se a real garantia dos direitos transindividuais e a efetividade das sentenças emanadas do processo civil coletivo.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Ação Coletiva. Coisa Julgada. Inconstitucionalidade. Relativização. Ponderação de Princípios.

VAL, Flávia Trindade do. **The Thing deemed unconstitutional and the Theory of relativization of res judicata in collective actions.** 152 p. 2009. Dissertation (Master in Law) - University of Ribeirão Preto, Ribeirão Preto.

ABSTRACT

The development of human rights in all their dimensions has been leaving deep scars in world-wide social reality and, consequently, in the manner of thinking the law. Collectivization of rights with the massification of juridical relationships is a phenomenon deriving from this upgrading, so that the civil action has been suffering deep changes to be able to respond to the aspirations of accomplishment of the real or material justice and not only of a formal justice. With this, traditional institutions of the procedure legislation have been suffering huge changes, as in the case of *res judicata*, which for the purpose of collective rights guardianship or collective guardianship of rights had to be completely rethought, discarding the classic conceptions of traditional individual civil action. Typical problems of the individual process as the unconstitutional *res judicata* also reach the collective action. However, in the manner in which the effects of *res judicata* are distributed in these actions, maintaining this absolute and inflexible institute may cause society incommensurable damage. Added to this reality is the fact that, collective action is a relatively recent phenomenon in the national procedural law, so that several failures are still found in the microsystem that regulates it, which may lead to collective sentences contrary to Federal Constitution. As a result of these considerations through the new constitutional hermeneutics and the pondering of principles, having as basis the proportionality or reasonability, human person dignity and morality, necessarily the *res judicata* which insults basic collective law will have to be mitigated aiming at an actual guarantee of the transindividual rights and the effectivity of the sentences emanating from the collective civil action.

Key-words: Fundamental Rights. Class Action. *Res Judicata*. Unconstitutionality. Relativization. Pondering of principles.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
I ORIGEM DOS DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS E A EVOLUÇÃO DA SUA TUTELA	14
1.1 DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS	14
1.2 A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS	17
1.2.1 Primeira Dimensão	18
1.2.2 Segunda Dimensão	19
1.2.3 Terceira Dimensão	20
1.3 A NATUREZA JURÍDICA E CONCEITUAÇÃO DE INTERESSES METAINDIVIDUAIS	21
1.3.1 Interesses Difusos	24
1.3.2 Interesses Coletivos <i>Stricto Sensu</i>	25
1.3.3 Interesses Individuais Homogêneos	26
1.4 A RELAÇÃO ENTRE INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS, DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS	27
1.4.1 A Constituição Federal de 1988 e a Proteção dos Direitos Fundamentais Transindividuais	28
1.5 INSTRUMENTOS PROCESSUAIS DE TUTELA DOS INTERESSES COLETIVOS.....	30
II A SEGURANÇA JURÍDICA E A COISA JULGADA	35
2.1 A GARANTIA CONSTITUCIONAL DA SEGURANÇA JURÍDICA	35
2.2 INSTRUMENTOS PROCESSUAIS DE PROTEÇÃO - O DIREITO ADQUIRIDO E O ATO JURÍDICO PERFEITO	37
2.3 INSTRUMENTOS PROCESSUAIS DE PROTEÇÃO - A COISA JULGADA	38
2.3.1 Fundamentos da Coisa Julgada	38
2.3.2 A Doutrina Italiana	40
2.3.2.1 As contribuições de Chiovenda	40
2.3.2.2 As contribuições de Liebman	42
2.4 PREVISÕES LEGISLATIVAS ACERCA DA COISA JULGADA NO PROCESSO CIVIL INDIVIDUAL BRASILEIRO	
2.4.1 Coisa Julgada Formal e Material	44
2.4.2 Limites Objetivos da Coisa Julgada Individual	46

2.4.3 Limites Subjetivos da Coisa Julgada Individual	47
2.5 EFICÁCIA DA SENTENÇA E COISA JULGADA	50
2.5.1 Eficácia da Sentença antes do Trânsito em Julgado	51
2.5.2 Eficácia da Sentença depois do Trânsito em Julgado	52
2.6 A COISA JULGADA COLETIVA	54
2.6.1 Evolução Legislativa – Lei de Ação Popular e Lei de Ação Civil Pública	54
2.6.2 Evolução legislativa – O Código de Defesa do Consumidor	55
2.6.3 Limites Subjetivos da Coisa Julgada no Sistema Processual Coletivo	56
2.6.4 O Art. 16 da LACP alterado pela Lei n. 9.494/97	58
2.7 A REFORMA DA COISA JULGADA	66

III A COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL E SUA DESCONSIDERAÇÃO OU RELATIVIZAÇÃO

3.1 COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL E OS MOMENTOS DE SEU SURGIMENTO	69
3.1.1 Sentença que Emerge Inconstitucional	70
3.1.2. Sentença de Inconstitucionalidade Ulterior em Decorrência de Ação Declaratória de (In)Constitucionalidade	70
3.1.3 Sentença Inconstitucional em Decorrência de Prova ou Fato Ulterior que assim a Caracterize	71
3.2 EFEITOS DAS SENTENÇAS INCONSTITUCIONAIS E RESCINDIBILIDADE	71
3.2.1 Sentença que Emerge Inconstitucional	71
3.2.1.1 Requisitos de existência do processo e condições da ação	71
3.2.1.2 Requisitos de validade do processo	74
3.2.2 Sentença de Inconstitucionalidade Ulterior em Decorrência de Ação Declaratória de (In)Constitucionalidade	75
3.2.3 Sentença Inconstitucional em Decorrência de Prova ou Fato Ulterior que assim a Caracterize	79
3.3 COISA JULGADA: RELATIVIZAÇÃO E DESCONSIDERAÇÃO	80
3.4 PARADIGMAS NO DIREITO BRASILEIRO	81
3.4.1 As Ações de Investigação de Paternidade	82
3.4.2 As Ações de Desapropriação de Terras na Serra do Mar e em Áreas Ambientais Protegidas	
3.5 DEFENSORES DA DESCONSIDERAÇÃO DA COISA JULGADA	85
3.6 COMBATENTES DA DESCONSIDERAÇÃO DA COISA JULGADA	90

3.7 DESCONSIDERAÇÃO DA COISA JULGADA NAS AÇÕES COLETIVAS	94
3.7.1 Sentenças Coletivas Inconstitucionais e seus Efeitos	94
3.7.2 Problemática Decorrente da Regulamentação das Ações Coletivas	98
3.7.2.1 A não representação adequada em Ações Cíveis Públicas	99
3.7.2.2 A não representação adequada em Ações Populares e a produção de provas	103
3.7.2.3 A questão da divulgação das ações coletivas para possibilitar a suspensão das ações individuais, cujos titulares pretendam ser alcançados pelo seu resultado.....	107
3.7.2.4 Desenvolvimento científico e prova nova	110
3.7.2.5 Sentença de improcedência tendo como base provas dos autos X sentenças de improcedência por falta de provas	112
IV A HERMENÊUTICA JURÍDICA E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO FUNDAMENTOS DA RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA COLETIVA	115
4.1 A EVOLUÇÃO DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL	115
4.2. A HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	118
4.3 A COLISÃO ENTRE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS	120
4.3.1 Proporcionalidade e Razoabilidade	124
4.3.2 Moralidade	129
4.3.3 Dignidade da Pessoa Humana	135
CONCLUSÃO	141
REFERÊNCIAS	148

INTRODUÇÃO

Analisando-se a evolução do direito a partir do século XVII até os dias atuais é possível fazer uma breve síntese da ampliação dos direitos humanos positivados, os quais vieram motivar a criação de um novo procedimento processual para a tutela de direitos da humanidade diverso do processo civil tradicional individual.

Dessa forma, o direito processual civil teve que ser adequado para possibilitar a defesa dos direitos de natureza transindividuais, criando-se um microsistema processual próprio com princípios diversos dos que orientam o processo civil individual.

Por conseguinte as sentenças coletivas terão um regime de coisa julgada e a disciplina de seus efeitos completamente diversos do existente nas demandas individuais, não ficando adstrito às partes da demanda, sobressaindo para além dos entes que atuaram no processo, atingindo pessoas que sequer tinham conhecimento da propositura da ação.

Em decorrência disso a coisa julgada decorrente de uma sentença proferida em ação coletiva poderá trazer vários benefícios para a sociedade, todavia em contrapartida, o revés também se faz verdadeiro. Sendo a sentença negativa, inúmeros prejuízos poderão alcançar a coletividade e não apenas as partes da demanda.

É o caso da coisa julgada inconstitucional fenômeno jurídico que vem sendo amplamente debatido na doutrina nacional.

A despeito da coisa julgada não ser instituto absoluto e inflexível, havendo na lei previsão expressa que permite sua mitigação desde que preenchidos os requisitos legais e que a situação analisada situe-se dentro do rol de hipóteses elencados no Código de Processo Civil, a princípio não haverá espaço para qualquer interpretação extensiva.

Haverá, portanto, um determinado momento que não mais será possível sua desconsideração, caso os instrumentos legais não tenham sido utilizados dentro dos prazos pelas partes interessadas, perpetuando-se a decisão com o trânsito em julgado em definitivo.

Ocorre que em se tratando de ações coletivas essa questão mostra-se mais complexa, pois, em regra, as partes demandantes não serão os efetivos titulares do interesse material tutelado. A despeito disso os efeitos da sentença não ficarão adstritos às partes processuais atingindo a sociedade (interesses difusos) ou coletividade representada (interesses coletivos *stricto sensu*) ou ainda, os indivíduos que sejam efetivamente titulares do direito (interesses individuais homogêneos).

Nesses casos, portanto, a coisa julgada, instrumento garantidor da segurança jurídica, irá se contrapor a interesses de toda sociedade e não a um mero interesse individual como é

verificado em ações individuais. Identifica-se o conflito entre interesse público e interesse coletivo e não entre o público e o individual. Sendo que não raras vezes estar-se-á diante de interesses coletivos que são direitos fundamentais como, por exemplo, em ações que versem sobre meio ambiente, patrimônio público, dano ao erário, dentre outros, o que torna a questão mais tormentosa.

A problemática do presente estudo, portanto, reside na identificação da contraposição de dois interesses eminentemente públicos: o direito fundamental à segurança jurídica, tutelado pelo instrumento processual da coisa julgada, e outros direitos constitucionais também fundamentais, tutelados de maneira coletiva, tais como o meio ambiente, consumidor, patrimônio público, patrimônio cultural e moralidade administrativa.

Questiona-se, portanto, se as sentenças coletivas marcadas pela ofensa a princípios e garantias constitucionais deverão prevalecer visando a preservação da segurança jurídica representada pelo instituto da coisa julgada material, ou será possível desconsiderar (relativizar) os efeitos da coisa julgada nessas hipóteses tendo como fundamento a nova hermenêutica constitucional e princípios constitucionais.

Através do estudo da teoria da relativização da coisa julgada, efetuando abordagem das doutrinas que lhe são favoráveis e contrárias, em conjugação com as disposições sobre os interesses coletivos buscar-se-á solução ao mencionado conflito entre princípios constitucionais com o objetivo de preservar o direito coletivo e garantir a efetividade de sua tutela.

A finalidade do estudo é demonstrar a possibilidade da relativização da coisa julgada formada em determinadas ações coletivas devido à necessidade da efetiva tutela desses interesses em virtude de versarem sobre interesse público primário impedindo-se a consolidação de coisa julgada inconstitucional.

A escolha do presente tema decorre da necessidade de se desprender dos conceitos clássicos do processo civil, em decorrência do surgimento de uma disciplina processual nova, cujos legitimados ativos se caracterizam por representar grupos sociais e não mais interesses individuais específicos, qual seja o processo civil coletivo.

O surgimento de novos paradigmas leva à necessidade de nova adaptação das teorias processualistas de acordo com a relevância do bem jurídico tutelado, visando a efetiva instrumentalidade e funcionalidade do instrumento processual.

O processo deve ser visto com instrumento para a realização e alcance do direito material, não podendo significar entrave para que se consiga atingir a finalidade a qual ele serve, ainda mais quando os interesses em jogo apresentam natureza coletiva.

Em casos específicos da tutela coletiva, constata-se que há interesses sociais relevantes em discussão, que deverão prevalecer frente à autoridade da coisa julgada e ao princípio da segurança jurídica.

Para se alcançar a solução para a problemática enfrentada, a metodologia adotada foi baseada no método de abordagem dedutivo, partindo da análise das previsões legais acerca da coisa julgada no processo individual e no processo coletivo, o posicionamento da doutrina acerca da coisa julgada inconstitucional e da teoria da relativização da coisa julgada. Analisando o instituto da coisa julgada nas ações coletivas e outros dispositivos das leis processuais coletivas, identificou-se falhas que podem levar a sentenças coletivas inconstitucionais e casos nos quais será imprescindível a aplicação da teoria da relativização da coisa julgada, evitando-se o perecimento dos direitos transindividuais e a falta de efetividade do sistema processual coletivo.

Adotou-se, ainda, o método procedimental axiológico, através de uma análise da evolução da Hermenêutica Constitucional da Modernidade para a Pós-Modernidade, na qual prevalece a ponderação de princípios constitucionais sem a existência de uma hierarquia pré-fixada entre os princípios, visando uma análise dos valores constitucionalmente assegurados em cada caso concreto como fator de garantia e realização dos direitos fundamentais transindividuais.

I ORIGEM DOS DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS E A EVOLUÇÃO DA SUA TUTELA

Para se adentrar no estudo dos direitos coletivos necessário passar pela análise do surgimento dos direitos humanos, tendo em vista que a sua evolução foi crucial para a modificação do caráter individualista que permeava o mundo jurídico para uma visão transindividual do direito.

Antes disso, mister se faz uma breve explanação acerca das expressões direitos humanos e direitos fundamentais, pois, não raras vezes, são utilizadas como sinônimos de maneira equivocada.

1.1 DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Verifica-se que na categoria direitos humanos apresentam-se inúmeros direitos de naturezas diversas, sendo que todos esses direitos apresentam um ponto fulcral em comum. O fato de todos estarem voltados para o atingimento e a manutenção da dignidade da pessoa humana.

Essa dignidade que aparece no ordenamento jurídico pátrio no inciso III do artigo inaugural da Constituição Federal de 1988, como fundamento da República Federativa do Brasil, que veio positivar as previsões contidas na própria Declaração Universal dos Direitos Humanos, quando considera ainda no seu preâmbulo que “o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”, bem como quando prevê no artigo 1º que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos”.

Direitos humanos, usando das lições de Fábio Konder Comparato, são aqueles inerentes ao ser humano que têm como fundamento o próprio homem “considerado em sua dignidade substancial de pessoa, diante da qual as especificações individuais e grupais são sempre secundárias”¹.

Completa ainda o mesmo autor, citando a presença de cinco características necessárias para definir o ser humano, “a liberdade como fonte de vida ética, a autoconsciência, a sociabilidade, a historicidade e a unicidade existencial do ser humano”².

¹ COMPARATO, Fábio Konder. *Fundamento dos direitos humanos*. Disponível em: <<http://www.iea.usp.br/iea/artigos/comparatofundamento.pdf>>. Acesso em 01 ago. 2008, p. 10 e 11.

² Idem, *ibidem*, p. 22.

De acordo com essas características o ser humano será identificado como aquele ser único dotado de vontade e de autonomia para criar padrões de conduta; que possui consciência da sua vida e da sua mortalidade; que precisa do convívio social para desenvolver suas virtudes e sua cultura; de ser que está em interminável mutação já que sua atuação não se encerra jamais estando em constante e perpétua evolução ao longo dos anos de sua vida e; por fim, aquele ser único e insubstituível por qualquer outro, eis que possui características únicas, exclusivas que não são repetidas nos outros indivíduos.

Tais características é que identificam o fundamento dos direitos humanos no próprio ser homem, diferenciando-o dos outros seres vivos e das coisas, pela presença da dignidade da pessoa humana.

Ingo Wolfgang Sarlet ao falar sobre dignidade da pessoa humana a conceitua como:

(...) a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.³

A dignidade da pessoa humana está diretamente ligada à garantia dos direitos fundamentais, sejam eles individuais, sociais ou transindividuais, bem como do mínimo existencial necessário para que o ser humano possa sobreviver com dignidade, o qual pode ser identificado na garantia pelo Estado de uma renda mínima aos cidadãos, saúde, educação, moradia, acesso à justiça, um meio ambiente saudável e equilibrado, dentre outros.

Sem esses elementos não se pode afirmar, efetivamente, que qualquer homem tenha condições de exercer sua liberdade, pois ela está imbricada à presença da dignidade da pessoa humana, daí a importância da presença desse princípio positivado não só na Constituição Federal de 1988, como também na Declaração Universal dos Direitos do Homem e demais cartas internacionais destinadas aos países que pretendem ser chamados de democráticos.

Os direitos do homem ou direitos humanos, ou ainda direitos fundamentais do homem, têm a função de garantir que esse princípio da dignidade humana seja assegurado a todos os homens de maneira universal, fazendo com que ele apresente, efetivamente, um diferencial existencial quando comparado com o restante dos seres vivos.

³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito Constitucional Brasileiro*. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/05.16.08.06.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2008, p. 06.

Ingo Wolfgang Sarlet destaca que a expressão direitos do homem estaria ligada aos direitos naturais referentes ao ser humano ainda não positivados, enquanto que as expressões direitos humanos e direitos fundamentais referem-se aos direitos que já foram positivados, seja na Constituição Federal de cada Estado, seja na esfera internacional, reconhecidos através de tratados e acordos internacionais⁴. Não se pretende entrar nos meandros da diferenciação mais profunda desses conceitos, por não se tratar do tema fulcral do presente estudo, portanto, adotar-se-á esse sentido daqui em diante.

Com relação aos direitos fundamentais verifica-se que eles apresentam uma conceituação de conteúdo formal e outra de conteúdo material.

De conteúdo formal no que diz respeito a sua positivação, isto é, são fundamentais os direitos positivados como tais na Constituição e que apresentam a característica de impossibilidade de serem modificados pelas vias ordinárias ou até mesmo da total impossibilidade de modificação, como ocorre com as cláusulas pétreas previstas no art. 60, § 4º, da Constituição Federal de 1988. São direitos de tamanha magnitude que o Poder Constituinte conferiu a eles uma proteção especial, uma garantia específica que os diferencia dos demais direitos previstos no ordenamento jurídico.

De conteúdo material, conforme citado por Gilmar Ferreira Mendes, pois seria atribuído a cada Estado conteúdo de direito fundamental diferente, pois será fundamental aquilo que determinada Constituição consagrou como tal, de acordo com a ideologia adotada por cada um.

Nesse sentido:

Em que pese sejam ambos os termos ('direitos humanos' e 'direitos fundamentais') comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo 'direitos fundamentais' se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão 'direitos humanos' guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).⁵

Seguindo ainda as lições do autor acima citado, na verdade verifica-se que a diferença primordial que será encontrada entre o direito humano e o fundamental está na sua

⁴ Idem, ibidem, p. 36.

⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 35 e 36.

efetividade e maior ou menor eficácia. Isso porque, quando a norma encontra-se positivada na Constituição Federal, o Poder Judiciário terá um instrumento legal para impor a garantia ou defesa do direito humano fundamental, pois previsto na legislação constitucional. Ao passo que a existência de direito humano reconhecido internacionalmente e não positivado no ordenamento jurídico fará com que, a princípio, não tenha auto-aplicabilidade do seu *mandamus*, dificultando sua defesa.

Os direitos fundamentais ainda não estão adstritos ao conteúdo de direitos humanos, podendo conter outras normas que não as previstas nos tratados internacionais de direitos humanos, mas que estejam de acordo com a ideologia e a cultura do país que o previu como fundamental.

As expressões, embora não sejam idênticas, não são antagônicas nem tampouco se excluem, eis que estando os direitos humanos positivados na Constituição Federal passarão a constituir direitos fundamentais também.

O que irá diferenciar os direitos humanos não positivados constitucionalmente dos direitos humanos fundamentais é que estes apresentarão os seguintes caracteres:

- a) Historicidade: são históricos como qualquer direito. Nasceram, modificam-se e desaparecem;
- b) Inalienabilidade: são direitos intransferíveis, inegociáveis, porque não são de conteúdo econômico-patrimonial. Se a ordem constitucional os confere a todos, deles não se pode desfazer, porque são indisponíveis;
- c) Imprescritibilidade: (...) em relação a eles não se verificam requisitos que importem em sua prescrição. Vale dizer, nunca deixam de ser exigíveis (...) Se são sempre exercíveis e exercidos, não há intercorrência temporal de não exercício que fundamente a perda da exigibilidade pela prescrição;
- d) Irrenunciabilidade: não se renunciam direitos fundamentais (...).⁶

Destarte a hierarquia constitucional desses direitos os coloca como direitos quase absolutos que deverão ser preservados a qualquer custo, pois são instrumentos garantidores da dignidade da pessoa humana.

1.2 A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

A doutrina ao explicar os direitos humanos, adota classificação de acordo com o desenvolvimento histórico e o momento de seu surgimento, dividindo-os, a princípio, em três gerações ou dimensões, quais sejam direitos humanos de primeira, segunda e terceira dimensão. Essa divisão apenas representa as fases de seu reconhecimento e não que uma

⁶ SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 179 e 180.

geração suplantou a outra, pois ambas as dimensões dos direitos humanos convivem no direito internacional cercada de garantias legais. Há doutrinadores que reconhecem ainda a existência de mais duas gerações de direitos humanos. Como é o caso do jurista Paulo Bonavides que vislumbra nos direitos à democracia, informação e ao pluralismo a quarta geração dos direitos humanos e no direito a paz a quinta geração transladada da terceira⁷.

Em razão do tema proposto no presente trabalho, ater-se-á ao estudo das três dimensões clássicas dos direitos humanos, com a finalidade de identificar na terceira dimensão os direitos transindividuais que acabaram por dar origem a uma nova forma de instrumentalizar e pensar o processo civil.

1.2.1 Primeira Dimensão

Os direitos humanos de primeira geração são aqueles que dizem respeito ao princípio da liberdade e que contemplam as liberdades clássicas, os direitos civis e políticos. São os direitos individuais fundamentais decorrentes das revoluções liberais dos séculos XVII e XVIII, positivados através de documentos históricos, como *Bill of Rights* elaborado pelo parlamento inglês em 1689, visando limitar o poder dos reis da Inglaterra; a Constituição Federal Americana elaborada após sua independência em 1787, que sofreu 10 emendas para contemplar o *Bill of Rights*, o qual assegurava a liberdade de religião, de imprensa, a proteção contra o exército permanente e o julgamento pelo júri, em decorrência da forte influência dos acontecimentos na Europa e; por fim, a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão elaborada na França pós-Revolução Francesa em 1789.

Com esse desenvolvimento histórico, “se inverte a tradicional relação entre Estado e indivíduo e se reconhece que o indivíduo tem, primeiro direitos, e, depois, deveres perante o Estado, e que os direitos que o Estado tem em relação ao indivíduo se ordenam ao objetivo de melhor cuidar das necessidades dos cidadãos”⁸, contradizendo a visão que vigorava até então, segundo a qual o cidadão deveria servir ao Estado e submeter-se aos mandos e desmandos do monarca representante daquele Estado.

Teori Albino Zavaski, ao abordar esse momento histórico, destaca que “quebrou-se a espinha dorsal do Estado Absolutista e de suas cinzas se modelou o Estado Liberal, não intervencionista, garantidor das liberdades individuais com escassa margem de atuação nas

⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 570 e 579 e ss.

⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 233.

relações sociais”⁹. Isso porque, rompeu-se com o poder absoluto da monarquia, passando a vigorar um regime de Estado não intervencionista que não interferia no desenvolvimento da vida social, pois com o reconhecimento desses direitos o que se fixou foi uma obrigação de não fazer por parte do Estado, obrigação que consistia em não interferir nas relações entre os indivíduos. É a essência do Estado Liberal.

Nos dizeres de Paulo Bonavides os direitos humanos de primeira dimensão “traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”¹⁰.

1.2.2 Segunda Dimensão

Já os direitos humanos de segunda dimensão surgem em outro momento histórico e social posterior aos direitos humanos individuais de liberdade. Esses direitos vêm como resposta ao desenvolvimento do capitalismo e ao surgimento de um proletariado que não tinha acesso às liberdades anteriormente positivadas, as quais acabaram apenas por beneficiar a burguesia, acarretando a criação de uma ideologia socialista, incentivada pelo movimento dos operários.

Essa ideologia defendida pela classe operária fez com que o mundo jurídico se atentasse para os direitos sociais, econômicos e culturais, no início do século XX, os quais se identificam com uma igualdade mais acentuada, que pretende sair da característica apenas formal alcançada com os direitos humanos de primeira dimensão. Com a positivação desses direitos, o que se pretendia alcançar era a diminuição da desigualdade social que acabou se acentuando no século anterior.

Nessa fase histórica do reconhecimento dos direitos humanos que possuem como finalidade concretizar efetivamente a igualdade entre os homens, merecem ser destacadas “a doutrina social da igreja, as filosofias igualitárias e humanistas, a Constituição Mexicana de 1917 e a Alemã de 1919”¹¹, acarretando o surgimento de um novo modelo de Estado, denominado *welfare state*, que abandona a concepção individualista e liberal, passando a

⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. Direitos Fundamentais de Terceira Geração. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, n. 15, 1998, p. 227 – 232.

¹⁰ BONAVIDES, Paulo. Op. Cit., p. 564.

¹¹ GRAVONSKI, Alexandre Amaral. Das origens ao futuro da Lei de Ação Civil Pública: o desafio de garantir o acesso à justiça com efetividade. In: DIDIER JR, Freddie (Org.) *Relativização da Coisa Julgada: enfoque crítico*. Salvador: JusPODIVM, 2006, p. 21.

intervir na vida da sociedade, a fim de conseguir proporcionar a igualdade entre seus membros.

Importante destacar que esses direitos, diversamente dos de primeira dimensão, “não mais correspondem a uma prestação de abstenção do Estado, mas que o obrigam a prestações positivas” tendo como objetivo “estabelecer uma liberdade real e igual para todos, mediante a ação corretiva dos Poderes Públicos”¹².

De um Estado completamente alheio às relações individuais, caracterizado pelo liberalismo do século XVIII, passa-se a um Estado intervencionista que tem o dever de promover o direito à saúde, educação, moradia, o direito dos trabalhadores, a seguridade social, visando garantir a dignidade da pessoa humana.

1.2.3 Terceira Dimensão

O Estado não foi muito eficiente na concretização dos direitos de segunda dimensão e, mais uma vez, a evolução econômica e industrial mostrou a necessidade de novas alterações no sistema jurídico então vigente. As ameaças à sobrevivência da própria humanidade durante o período de Guerra Fria e da corrida nuclear, o aumento populacional, a busca por uma industrialização desenfreada, o aumento da sociedade de consumo, acarretaram uma maior destruição do meio ambiente e a perpetuação da miséria em países de chamados de “terceiro mundo”, trazendo uma nova evolução nos direitos humanos.

O tratamento dos direitos humanos de maneira meta-individual não se mostrou mais adequado para solução dos problemas sociais que passaram a atingir o mundo de maneira global. Os direitos humanos de terceira dimensão, pautados nos princípios de solidariedade e fraternidade, vieram positivar o direito a um mundo pacífico, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, à preservação do patrimônio natural e cultural da humanidade, direitos esses essencialmente coletivos.

A ampliação da gama de direitos humanos, com a previsão de direitos que podem transcender a figura do indivíduo para alcançar a transindividualidade, modificou a forma tradicional de se pensar o direito.

“Os chamados direitos de terceira dimensão peculiarizaram-se pela titularidade difusa ou coletiva, uma vez que são concebidos para a proteção não do homem isoladamente, mas de coletividades, de grupos”¹³, passando-se, portanto, de uma titularidade material desses

¹² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 233.

¹³ Idem, ibidem, p. 234.

direitos de maneira diversa da que até então vigorava, a qual era identificada na figura de um indivíduo, para uma titularidade de uma categoria ou de pessoas indeterminadas.

No Brasil, com a entrada em vigência de diplomas legais como a Constituição Federal de 1988, a Lei de Ação Popular, Lei de Ação Civil Pública, e mais recentemente, o Código de Defesa do Consumidor, novos direitos passaram a ser vistos de maneira coletiva, extrapolando o âmbito dos direitos humanos que deram origem a essa característica de transindividualidade.

1.3 A NATUREZA JURÍDICA E CONCEITUAÇÃO DE INTERESSES METAINDIVIDUAIS

Para definir a natureza jurídica dos direitos coletivos, necessário ater-se à titularidade desses direitos. Tal titularidade será identificada de acordo com o interesse que se pretende tutelar com a previsão de determinado direito.

Conforme expressado acima, os direitos coletivos irão se caracterizar pela presença da transindividualidade na titularidade do interesse por ele tutelado. Isto é, os direitos coletivos rompem com a visão tradicional acerca da natureza jurídica dos interesses jurídicos, segundo a qual a titularidade dos direitos ora se apresentava como de interesse privado ou individual, em contraposição aos interesses públicos e sociais.

Pela doutrina clássica do direito o interesse público existe em contraposição ao interesse privado. Será público o interesse quando disser respeito à coletividade, ao interesse de todos, cabendo ao Estado eleger e decidir qual é o interesse da sociedade. Normalmente o interesse público irá representar o interesse da maioria da sociedade, entretanto, a doutrina prevê a sua divisão em interesse público primário e secundário, em razão de algumas divergências entre o interesse público efetivo e o interesse dos representantes do Poder Público, os quais têm o dever de resguardá-los.

Destarte, a necessidade de diferenciação de interesse público primário do secundário surgiu pois em muitos momentos o Estado, a despeito de agir em nome do interesse público, acaba por tomar decisões que ao final prejudicam a coletividade. Dessa forma, verifica-se que, não raramente, o interesse dos homens eleitos para governar o país acaba colidindo com o real interesse da sociedade que os elegeram.

Sendo assim, conforme citado por Mazzili, o jurista italiano Renato Alessi fez por bem distinguir o interesse público entre primário e secundário, sendo o primeiro aquele

interesse efetivamente da sociedade e da coletividade, e o interesse secundário, a interpretação dada pelos órgãos da administração do que seria o interesse coletivo¹⁴.

Pode-se com isso afirmar que o interesse público primário é o interesse social efetivamente, enquanto o secundário não passaria do âmbito do interesse dos representantes do poder público, das pessoas físicas que irão compor as pessoas jurídicas de direito público da administração direta e indireta.

Em contraposição ao interesse público, seja ele primário ou secundário, tem-se o interesse privado, que é dos indivíduos assim considerados, nas suas relações com o Estado e com os demais indivíduos que compõem a sociedade.

Inserida na concepção do interesse privado há que se mencionar o interesse individual que é o interesse específico de uma determinada pessoa ou de um grupo ou categoria podendo, em regra, somente ela pleitear isoladamente sua tutela (ou através de representação processual). Em contraposição ao interesse individual, tem-se o interesse social que é aquele que sai da esfera do indivíduo representando o interesse de uma coletividade indeterminada.

O que irá definir se um determinado direito é de interesse individual ou social é se sua titularidade sai da esfera do indivíduo para a esfera da coletividade, em razão da finalidade representada naquele interesse. Será individual quando sua titularidade for individualizada ou, em sendo exercida por um grupo, seja esse grupo representante processual dos indivíduos que dele fazem parte. Nesse último caso, ter-se-á uma tutela conjunta dos interesses individuais somados, mas na essência estar-se-á falando em interesse individual e não social, pois não interessa à sociedade e sim a um conjunto de indivíduos determinados.

O fato de se exercer um direito individual de maneira coletiva também não tem o condão de alterar a sua natureza individual, eis que é a finalidade envolvida que determinará a natureza do interesse.

O interesse será social quando a finalidade dele disser respeito à sociedade como um todo, “é aquele que consulta à maioria da sociedade civil: o interesse que reflete o que a sociedade entende por ‘bem comum’(...)”¹⁵.

Em uma ação coletiva que tenha como objeto a cessação de atividade nociva ao meio ambiente é possível observar esse interesse social, já que no art. 225 da Constituição Federal encontra-se previsto que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado,

¹⁴ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 47.

¹⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos. Conceito e legitimação para agir*. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2004, p. 29.

bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida (...)”. Apesar disso, poderá estar presente também o interesse de determinado indivíduo que possa estar sendo atingido diretamente pela poluição.

Imagine-se a hipótese do Ministério Público ajuizar uma Ação Civil Pública em razão da ocorrência de queimadas para preparo do solo, com o objetivo de cessar a atividade e, determinado vizinho que teve sua propriedade atingida por esta queimada causando-lhe prejuízos, também ajuizar uma demanda visando a reparação do dano individualmente sofrido por ele, e que não apresenta a princípio finalidade social. O mesmo fato jurídico origina um interesse estritamente individual, que no caso, é a reparação do prejuízo material sofrido pelo vizinho; e um interesse coletivo que é a não ocorrência de poluição visando a preservação do meio ambiente. O que diferencia um e outro é a finalidade que se objetiva no exercício das demandas.

Ressalte-se ainda que um determinado direito o qual esteja compreendido na esfera de interesses individuais, devido à sua importância, poderá apresentar também relevância social. Tal relevância acontece quando for de interesse da sociedade ou da maioria de seus componentes a solução de determinado litígio ou a tutela de um direito.

Conforme destaca Rodolfo de Camargo Mancuso “o fato do interesse ser exercido por via individual ou coletiva não altera sua essência. A natureza de um interesse advém da ‘finalidade’ à qual ele está afetado, e não da forma escolhida para o seu exercício”¹⁶.

Corroborando tal assertiva, necessário destacar a famosa expressão de Teori Albino Zavascki, qual seja “tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos”, a qual tem a finalidade de alertar para a necessidade de se diferenciar direitos coletivos de tutela coletiva de direitos tipicamente individuais. Destaca o autor que “é preciso, pois, que não se confunda defesa de direitos coletivos com defesa coletiva de direitos (individuais)”¹⁷.

Destarte, o fato de um interesse individual ser tutelado através de ação coletiva não irá mudar sua essência quando individual. Nem tampouco qualquer tipo de interesse individual poderá ser tutelado de maneira coletiva, cabendo apenas em alguns casos específicos, conforme será demonstrado a seguir.

A importância da identificação desses tipos de interesse, bem como a distinção do interesse privado, do público primário e do secundário, quando se trata do estudo de ações coletivas, reside na necessidade de se promover a defesa do interesse coletivo efetivo e de se

¹⁶ Idem, *ibidem*, p. 28.

¹⁷ ZAVASKI, Teori Albino. *Processo coletivo. Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 41.

verificar o alcance das decisões nessas demandas. Quem serão as pessoas atingidas por essas decisões. Isto é, as ações coletivas apresentam como objetivos: a garantia dos interesses públicos primários visando o benefício efetivo da coletividade, devendo combater interesses públicos secundários que estejam em contraposição àqueles interesses; garantir interesses privados individuais, que devido à sua relevância social, devem ser tratados de maneira coletiva e; por fim, mas não de menor relevância, os interesses difusos, de efetiva titularidade da coletividade, efetivamente transindividuais.

Para tanto o ordenamento jurídico brasileiro primeiramente através da Lei de Ação Popular e da Lei de Ação Civil Pública, posteriormente através da Constituição Federal de 1988 e, mais recentemente através do Código de Defesa do Consumidor, tratou de conceituar os interesses citados no parágrafo anterior e de regulamentar a forma de sua tutela pelo Poder Judiciário.

1.3.1 Interesses Difusos

Seguindo a ordenação efetuada pelo Código de Defesa do Consumidor verifica-se que esta lei prevê primeiramente os interesses difusos, depois os coletivos *stricto sensu* e, por último, os interesses individuais homogêneos.

Entende-se por interesses difusos, conforme o artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), “os transindividuais, de natureza indivisível de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”.

Ao analisar-se uma determinada situação jurídica necessário ater-se a três critérios que irão determinar qual interesse estará em discussão. O primeiro critério, quanto ao aspecto subjetivo, o qual corresponde à possibilidade de se determinar ou não os indivíduos titulares do interesse. Os outros dois critérios referem-se ao aspecto objetivo, quanto à natureza divisível ou não do bem jurídico, e à existência ou não de uma situação de fato que seja uma relação jurídica base ou de origem comum.

Os interesses serão difusos quando as pessoas titulares deles estiverem ligadas por uma mesma situação de fato, for difícil ou praticamente impossível de ser individualizada essa situação uma a uma sendo, portanto, impossível a determinação do objeto cabível a cada indivíduo.

Como exemplo de interesses difusos tem-se litígios que envolvam questões ambientais, pois de acordo com a Constituição Federal, artigo 225, *caput*, “todos têm direito a ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia

qualidade de vida (...)”. Esse interesse não será público, nem tampouco privado, pois seu titular será a coletividade, que é um número indeterminado de pessoas ligadas apenas por uma situação fática que poderá ser um fato causador de poluição.

Pode-se citar ainda como interesse difuso uma questão ligada à lesão ao erário público. Por mais que o interesse do administrador devesse ser o interesse da coletividade, é notório que, não raras vezes, há esse desvio de interesse, daí ter-se falado acima em diferença entre interesse público primário e secundário.

Sendo assim, havendo a prevalência do interesse secundário (do representante público) em detrimento do interesse público primário (interesse efetivamente coletivo), quem estará sendo lesada é a coletividade, e essa coletividade é que terá titularidade do bem lesado e não um determinado indivíduo isoladamente, pois não é possível determinar qual prejuízo cada cidadão individualmente sofre em uma situação de lesão ao erário público.

1.3.2 Interesses Coletivos *Stricto Sensu*

Os interesses coletivos *stricto sensu* de acordo com o art. 81 do Código de Defesa do Consumidor, são “os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”.

Com relação a esses interesses, o que irá caracterizá-los é a existência de diversas pessoas titulares, todavia, serão grupos ou categorias, portanto, determináveis. Seus titulares estão ligados entre si por uma relação jurídica base, relação esta que pode ser entre os próprios titulares ou entre eles e a parte contrária.

Conforme leciona Kazuo Watanabe, “a relação jurídica base que nos interessa, na fixação dos conceitos em estudo, é aquela da qual é derivado o interesse tutelado, portanto interesse que guarda relação mais imediata e próxima com a lesão ou ameaça de lesão”¹⁸.

Observe-se que essa relação jurídica deve estar relacionada ao interesse que está sendo objeto de tutela, isto é, a simples relação jurídica entre o grupo não irá implicar em interesse coletivo se ele não derivar dela. Por exemplo, a lesão ao meio ambiente também poderá caracterizar interesse coletivo *stricto sensu* além do difuso, quando em um derramamento de óleo em determinada praia houver uma cooperativa de pescadores lesada. Haverá, além do interesse difuso, o interesse coletivo representado por esse grupo.

¹⁸ WATANABE, Kazuo. (et al.), *Código de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*, 7 ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 743.

Verifica-se que não é possível se fixar previamente de maneira abstrata se determinado direito caracteriza-se como de interesse coletivo *stricto senso* ou difuso, pois necessário analisar o caso concreto, eis que de um único fato jurídico poderá derivar qualquer interesse coletivo em sentido lato.

1.3.3 Interesses Individuais Homogêneos

De acordo também com o Código de Defesa do Consumidor os interesses individuais homogêneos são “os decorrentes de origem comum”.

Os interesses individuais homogêneos, apesar da natureza transindividual, apresentam como titulares pessoas determinadas e natureza divisível. Identifica-se perfeitamente o interesse de cada titular de maneira independente e autônoma, sendo que a ligação entre eles existirá, apenas e tão somente, pelo fato do interesse decorrer de origem comum. A única ligação, portanto, que haverá entre os titulares desse interesse é sua origem, que faz com seja possível sua defesa em juízo de maneira conjunta através de Ação Civil Pública e/ou separada de acordo com as normas tradicionais e clássicas de processo civil individual.

Essa transindividualidade que se vislumbra nos interesses individuais homogêneos na verdade não é real, apenas fictícia, pois na verdade são interesses efetivamente individuais que serão tratados de maneira coletiva, a princípio visando apenas a facilitação da sua tutela, evitando-se a mobilização de inúmeros membros do Poder Judiciário para decisão de ações extremamente homogêneas, concentrando-se tudo em uma única ação coletiva evitando-se ainda, decisões controversas. Mas, na essência, são os mesmos interesses individuais tutelados através de ações individuais tradicionais.

Conforme analisado até aqui, os interesses coletivos surgiram da evolução histórica e de fatos sociais, de modo que não mais se tornou possível manter a proteção única e exclusiva de interesses individuais no modelo tradicional, identificando-se uma gama de direitos que caracterizam-se pela sua titularidade social, pela titularidade transindividual que ultrapassa a figura de um único indivíduo ou de um determinado grupo.

Assim, identifica-se no quadro dos direitos humanos além dos direitos de primeira e segunda dimensão, quais sejam os direitos individuais e sociais, os direitos de terceira dimensão que se caracterizam por sua metaindividualidade, os quais são objeto desse estudo.

Analisando-se a Declaração Universal dos Direitos do Homem é possível constatar que os direitos humanos individuais (de primeira dimensão) estão previstos basicamente nos

artigos 1º a 21, enquanto os direitos humanos sociais (de segunda dimensão) estariam descritos nos arts. 22 a 27 e os direitos humanos coletivos (de terceira dimensão) estariam nos arts. 28 a 30.

Todavia, importante destacar mais uma vez, que mesmo os direitos classificados a princípio como individuais ou sociais poderão ser tratados de maneira transindividual dependendo da forma como ocorra ameaça ou ofensa a eles. Pois, conforme descrito anteriormente, um mesmo fato poderá acarretar diferentes tipos de ofensa, despertando interesses de diversas naturezas, sendo que essa natureza será determinada pela finalidade da tutela almejada.

1.4 A RELAÇÃO ENTRE INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS, DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Da análise efetuada até este tópico foi possível verificar que a evolução histórica dos direitos humanos fez com que surgisse uma terceira categoria de direitos. Tais direitos se caracterizam não pelo individualismo ou pelo socialismo, mas sim pela transindividualidade, ou seja, pela impossibilidade de determinação das pessoas efetivamente titulares desses direitos, já que dizem respeito a uma espécie de direitos que transpõem a figura de um único indivíduo, pois é representado pela coletividade unida e indissolúvel.

Ao se falar em direitos humanos de terceira dimensão não se encontrará um único ser humano ou um grupo específico de homens, mas sim a própria humanidade ou uma coletividade de pessoas indeterminadas como detentora do interesse na sua garantia e defesa, ligadas por uma situação de fato ou por uma relação jurídica originária (respectivamente difusos e coletivos *stricto sensu*).

Por ficção jurídica, conforme visto na definição dos interesses individuais homogêneos, em que pese a divisibilidade e a titularidade determinada do direito, haverá um tratamento coletivo para benefício da comunidade quando presente uma homogeneidade no trato desses direitos, visando decisões equânimes e não contraditórias.

No início deste capítulo já foram diferenciados os direitos humanos dos direitos fundamentais, podendo se aferir daquela análise de que nem todo direito humano será direito fundamental, nem tampouco todo direito fundamental será humano. Mas uma coisa é certa, todo direito humano positivado constitucionalmente será direito fundamental e, portanto, assegurado por todas as garantias constitucionais a ele inerentes.

Em se tratando de um Estado Democrático de Direito como o Brasil, e da leitura breve da sua Constituição, verifica-se que os direitos fundamentais assegurados por ela têm como finalidade a proteção dos direitos humanos de primeira (individuais), segunda (sociais) e terceira dimensão (transindividuais).

1.4.1 A Constituição Federal de 1988 e a Proteção dos Direitos Fundamentais Transindividuais

Quando se fala em direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro, fatalmente é necessário efetuar uma análise pormenorizada da Constituição Federal no *Título II - Dos direitos e garantias fundamentais*, que é subdividido em capítulos nos quais encontram-se disposições sobre direitos individuais e coletivos (art. 5º), direitos sociais (art.6º à 11), nacionalidade (art. 12 à 13), direitos políticos (art. 14 à16) e partidos políticos (art.17).

Nesses artigos é possível verificar que além deles declararem os direitos fundamentais de maneira explícita, apresentam formas de proteção a esses direitos que têm a função de assegurá-los de qualquer ameaça ou lesão. São as garantias constitucionais que, nos dizeres de Paulo Bonavides, podem ser conceituadas como “uma garantia que disciplina e tutela o exercício dos direitos fundamentais, ao mesmo passo que rege, com proteção adequada, nos limites da Constituição, o funcionamento de todas as instituições existentes no Estado”¹⁹.

Como garantias constitucionais da defesa dos direitos transindividuais elencados nesses dispositivos tem-se todas as disposições sobre o devido processo legal, além dos remédios constitucionais voltados especificamente para a tutela de direitos coletivos que são o Mandado de Segurança Coletivo, a Ação Popular Constitucional e até mesmo o Mandado de Injunção.

Ressalte-se, outrossim, que em outros dispositivos constitucionais, mais adiante, é possível localizar outros direitos fundamentais apesar de não estar expresso na sua menção tal qualificação.

Como por exemplo, no *caput* do art. 37, a descrição dos princípios que regem a Administração Pública, na forma de organização do Estado fixando as funções do Poder Legislativo, Executivo e Judiciário, no detalhamento dos direitos sociais no *Título VIII – Da Ordem Social* destacando-se as previsões do art. 225 acerca da proteção do meio ambiente,

¹⁹ BONAVIDES, Paulo. Op. Cit., p. 537.

direitos estes que apesar de não estarem categoricamente descritos como direitos fundamentais apresentam essas características por serem a positivação constitucional de direitos humanos internacionalmente reconhecidos e ratificados pelo Brasil através da assinatura de tratados internacionais.

A despeito do art. 60, § 4º, proibir expressamente apenas a impossibilidade de se abolir através de Emenda Constitucional “os direitos e garantias constitucionais individuais”, não é possível interpretar que tal previsão autorizaria emendas que lesem direitos e garantias sociais e coletivas que também se caracterizam como direitos fundamentais, só que de segunda e terceira dimensão, e não de primeira. Isso porque, através de uma construção hermenêutica é possível verificar que a exclusão de direitos sociais e coletivos reconhecidos em tratados de direitos humanos internacionais, atinge diretamente a esfera do indivíduo lesando-o individualmente. Os direitos transindividuais, em que pese serem de esfera coletiva, quando são ameaçados e ofendidos além de gerarem prejuízos na esfera social atingem a pessoa de cada indivíduo componente daquele todo, só que os danos auferidos não poderão ser determinados e individualizados, mas há efetiva e verdadeiramente violação de direitos fundamentais do indivíduo.

No caso do meio ambiente, por exemplo, caso fosse suprimida a previsão constitucional do art. 225, que fixa que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida (...)”, o direito individual que estaria em jogo seria o direito a vida descrito no *caput* do art. 5º da Constituição Federal. Direito à vida inerente à raça humana e a todos os indivíduos que isoladamente a compõem.

A exclusão dos princípios da publicidade e legalidade, que regem a Administração Pública, violaria os princípios da legalidade previsto no art. 5º, II e o direito de petição do inciso XXXIV.

Isso significa que para verificar quais são os direitos fundamentais não basta analisar apenas a Constituição Federal no seu art. 5º, mas sim fazer uma análise dos seus demais dispositivos de maneira sistemática, pois eles estão presentes ao longo de todo o texto constitucional, muitas vezes de maneira implícita.

Apesar de se verificar que o art. 60, § 4º, apenas fala diretamente dos direitos e garantias fundamentais individuais, os direitos sociais e coletivos estarão protegidos também, pois a princípio suas exclusões representariam ofensa direta aos direitos fundamentais de primeira dimensão.

Além das garantias constitucionais qualificadas funcionando como instrumento de garantia dos direitos coletivos ou direitos humanos de terceira dimensão previstas no art. 60, § 4º, que são garantias que visam criar uma obrigação de não fazer ao legislador constituinte constituído, já que “privam o titular do poder de reforma constitucional da faculdade de emendar a Constituição para alterar cláusulas que o texto da lei maior rodeou de uma proteção máxima de intangibilidade (...)”²⁰, tem-se também as garantias constitucionais relativas ao processo representadas pelos princípios da segurança jurídica, do juízo natural, do contraditório e do devido processo legal previstos no art. 5º da Constituição Federal²¹.

A Constituição Federal prevê também instrumentos processuais destinados à defesa de direitos transindividuais. Esses instrumentos são divididos em ações coletivas especiais e ações coletivas simples. As primeiras são representadas por ações constitucionais tais como a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão e a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, que não são objetos do presente estudo. Já as segundas são representadas pela Ação Popular Constitucional, Mandado de Segurança Coletivo e Ação Civil Pública que serão regidas pelas normas constitucionais e legislação infra-constitucional.

Não é possível falar-se em tutela dos direitos coletivos começando-se pela análise da Constituição Federal, eis que a Carta Magna nacional remonta de 1988, ou seja, data posterior ao surgimento dos instrumentos processuais de tutela coletiva no direito pátrio.

Para tanto necessário uma análise histórica cronológica das Constituições Federais que precederam a de 1988 e das legislações processuais pioneiras na defesa desses direitos e que, posteriormente, foram incluídas e recepcionadas pelo texto constitucional atual.

1.5 INSTRUMENTOS PROCESSUAIS DE TUTELA DOS INTERESSES COLETIVOS

Para proporcionar a efetiva tutela dos interesses coletivos mudanças foram introduzidas ao processo civil tradicional, criando-se um microsistema de processo civil coletivo com características peculiares que o diferenciam do processo civil individual.

²⁰ Idem, ibidem, p. 548.

²¹ CF/1988 – art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada; (...) LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente; LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos(...).

O fim da dicotomia existente entre interesse público e privado com o surgimento de uma terceira categoria de interesse denominada coletivo, fez com que as normas do processo individual tivessem que ser adequadas, pois se mostraram incompatíveis com essa nova modalidade de direito e, portanto, inapropriadas para conferir a ele uma efetiva segurança.

É possível afirmar que o surgimento do processo coletivo no Brasil teve quatro marcantes momentos históricos para sua consolidação. A Constituição Federal de 1946 juntamente com a entrada em vigor da Lei 4.717/65, a chamada Lei de Ação Popular. A entrada em vigência da Lei 7.347/85, Lei de Ação Civil Pública. A promulgação da Constituição Federal de 1988 e, por fim a instituição do Código de Defesa do Consumidor através da Lei 8.078/90.

A Constituição Federal de 1934 foi a primeira Carta Magna Republicana brasileira a prever uma ação com traços coletivos através do instituto da Ação Popular previsto no capítulo destinado à proteção *dos direitos e garantias individuais*, no art. 113, o qual previa que:

A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...) 38) Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios.

Na Constituição de 1937 sequer o instituto foi previsto, já que efetivamente com o início do Estado Novo e com uma nova ordem constitucional que dava poderes quase que absolutos a Getúlio Vargas não faria sentido um instituto de alto conteúdo democrático como a Ação Popular. Sendo assim, devido ao efêmero tempo de duração da Constituição anterior e por falta de regulamentação nos quatro anos de sua vigência, a Ação Popular não chegou a ser utilizada.

Posteriormente, com a entrada em vigência da Constituição de 1946, no artigo 141, § 38²², novamente foi prevista a Ação Popular, a qual foi consolidada através da Lei n. 4.717/65.

Na Constituição Federal de 1967, no *Capítulo IV – Dos direitos e das garantias dos indivíduos* – a Ação Popular novamente foi prevista no seu art. 150 que dispunha:

A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e

²² CF/1946 – art. 141, § 38 – Qualquer cidadão é parte legítima para pleitear a anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados, dos Municípios, das entidades autárquicas e das sociedades de economia mista.

à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 31 – Qualquer cidadão será parte legítima para propor ação popular que vise anular atos lesivos ao patrimônio de entidades públicas.

Verifica-se que a Ação Popular foi o primeiro instrumento processual hábil a tutelar direito de cunho essencialmente difuso, que no caso era apenas o patrimônio público. Todavia, a legitimidade da Ação Popular restringia-se apenas ao cidadão o que dificultava a sua disseminação.

Posteriormente à Constituição de 1967, uma nova ação coletiva veio a ser contemplada pelo ordenamento jurídico brasileiro através da entrada em vigência da Lei de Ação Civil Pública, Lei n. 7.347/85, lei está que representou um grande avanço na tutela de direitos transindividuais.

Diversamente da Ação Popular que conferia ao cidadão a legitimação ativa para sua propositura, este instrumento processual apresentava como legitimados o Ministério Público, a União, Estados e Municípios, bem como autarquias, empresas públicas, fundações, sociedades de economia mistas ou associações constituídas há pelo menos um ano. A previsão de legitimados diversos, principalmente o Ministério Público, é que veio disseminar a tutela dos direitos transindividuais, pois anteriormente, por ficar essa tutela apenas a cargo do cidadão, o uso da Ação Popular não foi tão difundido quanto o foi da Ação Civil Pública com a atuação ampla dos membros do *parquet*.

Com relação ao objeto da ação limitava-se apenas a responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor e a bens de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, em decorrência do rol taxativo previsto no seu art. 1º.

Nesse momento histórico do direito pátrio vislumbrou-se efetivamente o rompimento da tradição do processo civil clássico individual criando-se uma efetiva tutela processual coletiva, com finalidade de defesa dos direitos transindividuais, direitos esses limitados aos elencados na lei.

O marco maior nessa evolução veio com a Constituição Federal de 1988. Como salientado por Gregório Assagra de Almeida²³, ela rompeu com a taxatividade do objeto da tutela através da Ação Civil Pública por meio do artigo 129, III e §1º²⁴, o que foi ratificado

²³ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro. Um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 265.

²⁴ CF/1988 – Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: (...) III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos. § 1º A legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei.

com a entrada em vigência do Código de Defesa do Consumidor, com a expressa ampliação dos direitos tutelados de maneira coletiva.

Destaque-se, outrossim, que também na Constituição Federal de 1988 houve a ampliação do objeto da ação popular prevendo além da anulação de ato lesivo ao patrimônio público, como constava na redação original da Lei de Ação Popular e no texto da Constituição Federal de 1967, sua propositura contra ato lesivo a “entidade de que o Estado participa, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural (...)”²⁵.

No Código de Defesa do Consumidor o que é possível verificar é que pela primeira vez foi fixado um conceito legal do que são os interesses transindividuais, ampliou-se ainda o objeto das ações coletivas através das alterações incluídas na Lei de Ação Civil Pública por força do art. 110²⁶ do CDC e conseqüentemente criou-se um verdadeiro microssistema de direito processual coletivo, integrando as legislações esparsas que disciplinavam as diversas ações coletivas existentes, com as previsões da Constituição Federal de 1988, através dos artigos 81 a 104, bem como dos artigos previstos nas disposições transitórias da lei que alteraram a sistemática processual da Lei de Ação Civil Pública.

Dentre os artigos processuais que disciplinam a tutela dos direitos coletivos previstos no CDC, merece especial destaque, por ser o tema central do presente trabalho, o art. 110 o qual trata do regime da coisa julgada nas ações coletivas, fixando a normatização dos efeitos da sentença coletiva de acordo com o tipo de interesse tutelado (individuais homogêneos, coletivos *stricto sensu* e difusos).

Verifica-se da análise efetuada até o presente momento que o processo coletivo nasce como um ramo autônomo ao processo individual que terá normatização própria rompendo com as normas processualistas clássicas em muitos momentos, sob pena de não se garantir uma efetiva tutela dos direitos transindividuais.

Nesse sentido Gregório Assagra de Almeida destaca que:

(...) as condições da ação, especialmente a legitimidade e o interesse, os pressupostos processuais, mais precisamente em relação à citação e a inexistência de litispendência e coisa julgada, bem como a coisa julgada coletiva em si, não possuem a mesma identidade de sentido nos campos do

²⁵ CF/1988 - Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

²⁶ CDC - Art. 110. Acrescente-se o seguinte inciso IV ao art. 1º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985: "**IV** - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo".

direito processual clássico e do *direito processual coletivo*.²⁷ (Destaque do autor)

Para uma melhor compreensão dessas peculiaridades do processo coletivo que o diferencia e separa do processo individual, a doutrina divide o ramo processo coletivo em duas espécies de acordo com o objeto da ação, conforme visto anteriormente.

O processo coletivo especial que terá como objeto a tutela de interesses coletivos, mas tutela esta que será exercida através do controle concentrado de constitucionalidade através de ações como a Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade e Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Nessas ações a análise da demanda coletiva se dá de maneira objetiva já que é feita análise da constitucionalidade ou não de lei ou ato normativo federal, não se analisando um direito subjetivo em concreto.

A segunda espécie é o processo coletivo comum, o qual tutela subjetivamente demandas que versam sobre interesses coletivos no caso concreto. Os instrumentos processuais para esta tutela serão: a Ação Popular, a Ação Civil Pública, a Ação de Improbidade Administrativa dentre outras ações coletivas previstas na legislação constitucional e infraconstitucional, já que o CDC no art. 83 destaca que “para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código *são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela*” (destaque nosso).

Verifica-se que o desenvolvimento histórico percorrido pelo processo civil consolidou a criação de um novo ramo de direito processual denominado processo coletivo. Esse novo ramo processual é caracterizado por apresentar um microsistema próprio pautado na Constituição Federal de 1988, bem como na legislação infraconstitucional da qual se destaca a Lei de Ação Popular, a Lei de Ação Civil Pública, o Código de Defesa do Consumidor e, subsidiariamente, o Código de Processo Civil.

Sendo assim constata-se que, não raras vezes, é necessário ao intérprete e ao legislador adaptar os princípios processuais clássicos à dinâmica da defesa dos interesses transindividuais, pois estes rompem com conceitos tradicionais aos quais o mundo jurídico estava habituado sem, contudo, que isso represente ofensa à Constituição Federal e ao Estado Democrático de Direito. Tal modificação se mostra extremamente evidente no que tange às questões sobre limites subjetivos da sentença coletiva e regime da coisa julgada no processo coletivo, ambos instrumentos que visam assegurar o princípio da segurança jurídica.

²⁷ ALMEIDA, Gregório Assagra de. Op. Cit., p. 137/138.

II A SEGURANÇA JURÍDICA E A COISA JULGADA

2.1 A GARANTIA CONSTITUCIONAL DA SEGURANÇA JURÍDICA

A Constituição Federal, no seu art. 5º *caput*, prevê dentre outros direitos fundamentais o direito à segurança ao determinar que:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade nos termos seguintes.

O direito à segurança está, portanto, caracterizado como direito humano e fundamental, pois além de estar contemplado na Declaração Universal dos Direitos do Homem, está expresso na Constituição Federal de 1988 e, conforme ensina Ingo Wolfgang Sarlet, “constitui um valor fundamental de todo e qualquer Estado que tenha a pretensão de merecer o título de Estado de Direito”²⁸.

Pode ser caracterizado ainda como garantia individual, social e coletiva. As duas primeiras garantias quando diz respeito à segurança pessoal de cada indivíduo de forma que ele possa ter assegurado seu direito à vida, a integridade física, a liberdade em geral, bem como quando diz respeito à obrigação de fazer do Estado para que esses direitos sejam assegurados aos cidadãos através de políticas de segurança social e pública. Garantia coletiva concernente à segurança subjetiva assegurada através da legalidade e da segurança das relações jurídicas de maneira geral, visando a ordem social e a organização do sistema jurídico.

No presente capítulo abordar-se-á o direito fundamental à segurança relativo apenas e exclusivamente às relações que possuem relevância para o mundo jurídico, qual seja a segurança jurídica.

Em que pese a Constituição Federal, no art. 5º, trazer inúmeros dispositivos nos seus incisos que visam a proteção da segurança jurídica tais como o princípio da legalidade, da anterioridade da lei penal, do devido processo legal, contraditório, ampla defesa, dentre outros, em razão do tema eleito para o presente estudo, concentrar-se-á no dispositivo constante do art. 5º, XXXVI, no qual o legislador dotou o princípio da segurança jurídica de

²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito Constitucional Brasileiro*. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/05.16.08.06.pdf>>. Acesso em 15 jul. 2008, p. 2.

alguns instrumentos processuais aptos a promover a sua proteção preconizando que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

O doutrinador Araken de Assis destaca que o dispositivo constitucional apresenta três aspectos: o primeiro que se dirige ao legislador, “ante à explícita menção inicial à figura da ‘lei’”; em segundo lugar com relação ao bem jurídico tutelado consistente na segurança jurídica e, por fim, a necessidade de lei infra-constitucional definir o objeto tutelado por esta garantia²⁹.

Trata-se da segurança jurídica que existirá em contraposição ao valor justiça que se visa atingir com a subsunção de litígios à apreciação do Poder Judiciário e que terá o condão de dotar as decisões proferidas pelos magistrados de estabilidade e imutabilidade, bem como de dotar fatos realizados no passado também de um determinado grau de certeza, frente ao surgimento de novas leis.

Conforme ensinamentos de Gilmar Ferreira Mendes:

Não raro, a aplicação das novas leis às relações já estabelecidas suscita infundáveis polêmicas. De um lado a idéia central de segurança jurídica, uma das expressões máximas do Estado de Direito; de outro, a possibilidade e necessidade de mudança.³⁰

Visando o alcance da harmonia e da paz social muitas vezes o valor justiça pode ser relegado pelo sistema jurídico que se impõe, pois o que se objetiva é não prolongar os litígios judiciais indefinidamente, nem tampouco permitir uma infinita retroatividade das leis fruto da evolução do direito com relação a fatos encerrados no passado, a fim de que os indivíduos e a coletividade mantenham a confiança no sistema jurídico, ao qual estão submetidos.

Nesse sentido a segurança jurídica pode ser definida como “conjunto de condições que tornam possíveis às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das conseqüências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida”³¹.

Verifica-se que esse princípio tem a finalidade de assegurar aos indivíduos que não sejam surpreendidos por fatos novos que não estejam previamente definidos na lei, assegurando a perpetuação de fatos ocorridos e concretizados no passado e garantindo-se um prévio conhecimento das regras as quais estarão submetidos também no futuro para garantir o conhecimento de todos os efeitos que elas são capazes de gerar.

²⁹ ASSIS, Araken de. Eficácia da coisa julgada inconstitucional. In: DIDIER JR, Freddie (Org.) *Relativização da Coisa Julgada: enfoque crítico*. Salvador: JusPODIVM, 2006, p. 31.

³⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 457.

³¹ SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 13 edição. Malheiros: São Paulo, 1997, p. 412.

A Constituição Federal, apesar de enumerar os instrumentos de proteção à segurança jurídica no inciso XXXVI do art. 5º, deixou a cargo da legislação ordinária a função de disciplinar e conceituar esses três instrumentos, tarefa esta que foi cumprida pela Lei de Introdução ao Código Civil complementada pelo Código de Processo Civil.

Todavia, importante destacar que “de qualquer sorte, é certo que, a despeito dessa formal tripartição, o conceito central é o de direito adquirido, nele estando contemplados de alguma forma tanto a idéia de ato jurídico perfeito como a de coisa julgada”³², esta última objeto central do presente trabalho.

Justamente por essa presença da essência da teoria da coisa julgada e do ato jurídico perfeito na definição do próprio direito adquirido, faz-se necessária uma breve dilação acerca desses institutos antes de se concentrar no estudo da coisa julgada.

2.2 INSTRUMENTOS PROCESSUAIS DE PROTEÇÃO - O DIREITO ADQUIRIDO E O ATO JURÍDICO PERFEITO

A Lei de Introdução ao Código Civil, no seu artigo 6º, § 2º, destaca que “consideram adquiridos os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha prefixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem”.

José Afonso da Silva destaca a dificuldade de conceituação de direito adquirido pela doutrina pátria e socorrendo-se dos ensinamentos de Gabba apresenta os elementos que o caracterizam, quais sejam: “1) ter sido produzido por um fato idôneo para a sua produção; 2) ter sido incorporado definitivamente ao patrimônio do titular”³³.

Nelson Nery Júnior o define como “direitos de que seu titular ou alguém por ele possa exercer, como aqueles cujo começo de exercício tenha termo prefixado, condição preestabelecida; inalterável ao arbítrio de outrem”³⁴.

O direito adquirido irá proteger o direito subjetivo do sujeito frente à incidência de lei nova prevalecendo a possibilidade de exercício de acordo com a lei anterior que constituiu o direito ao sujeito. Nas palavras de José Afonso da Silva, “a lei nova não se aplica a situação subjetiva constituída sob o império da lei anterior.”³⁵

³² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. Cit, p. 461.

³³ SILVA, José Afonso. Op. Cit., p. 413.

³⁴ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.132.

³⁵ SILVA, José Afonso. Op. Cit., p. 413.

Há que se ressaltar, contudo, que o sujeito tem que ter incorporado o direito ao seu patrimônio mesmo que não o tenha exercido, não bastando a presença de mero interesse jurídico para ser contemplado por essa proteção constitucional.³⁶

O ato jurídico perfeito vem regulamentado na Lei de Introdução ao Código Civil, artigo 6º, § 1º que o define como “o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou.” Conforme se depreende da leitura do parágrafo anterior, se o direito adquirido é protegido contra a lei nova que entra em vigência, o mesmo se terá com relação àquele direito que já foi exercido e consumado que é o ato jurídico perfeito.

José Afonso da Silva apresenta a diferenciação do direito adquirido do ato jurídico perfeito ao afirmar que aquele emana diretamente da lei enquanto este é negócio fundado em lei.

Na verdade enquanto o direito adquirido tem a expectativa de ser incorporado ao patrimônio do titular, eis que o fato que o gerou se consolidou, no ato jurídico perfeito essa consolidação já se incorporou ao patrimônio do titular, pois o titular na verdade já exerceu o direito que lhe foi atribuído.

Destarte, o diferencial principal entre o ato jurídico perfeito e o direito adquirido está no efetivo exercício do direito e na mera expectativa de exercê-lo quando ainda não foi incorporado definitivamente ao patrimônio do seu titular.

2.3 INSTRUMENTOS PROCESSUAIS DE PROTEÇÃO - A COISA JULGADA

2.3.1 Fundamentos da Coisa Julgada

A doutrina fixa duas modalidades de fundamentos que justificam o instituto da coisa julgada. Uma de cunho jurídico e outra de cunho político.

A primeira, apresentada nas lições de Moacir Amaral dos Santos³⁷, apresenta maior complexidade. Em sua obra discorre sobre as várias teorias que visam fundamentar a coisa julgada. Analisando-se essas teorias, a despeito de uma se basear na presunção da verdade contida na sentença, outra na eficácia da declaração contida na sentença, outra na sentença como meio de extinção da obrigação jurisdicional, constata-se que todas apresentam um traço

³⁶ Importante destacar ainda, conforme leciona José Afonso da Silva, “não é rara a afirmativa de que não há direito adquirido em face da lei de ordem pública ou de direito público. A generalização não é correta nesses termos. O que se diz com boa razão é não ocorre direito adquirido contra o interesse coletivo, porque aquele é manifestação de interesse particular que não pode prevalecer sobre o interesse geral. A constituição não faz distinção”. (SILVA, José Afonso. Op. Cit., p. 414.)

³⁷ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 45.

comum, de instituto de “criação do homem para facilitar e ordenar a vida em sociedade”, motivo pelo qual “deve ser entendida como meio para obtenção de fins, e não como fim em si mesmo”³⁸.

O fundamento de cunho político baseia-se na idéia de que um determinado litígio não pode permanecer em discussão infinitamente sem que seja possível definir a situação jurídica entre as partes. A finalidade principal do processo é o alcance da justiça para isso as decisões são passíveis de recursos, mas isso não deve perdurar indefinidamente, sob pena de se violar a segurança das relações³⁹.

Conforme leciona ainda Moacir Amaral dos Santos:

A procura da justiça, entretanto, não pode ser indefinida, mas deve ter um limite, por uma exigência de ordem pública, qual seja a estabilidade dos direitos, que inexistiria se não houvesse um termo além do qual a sentença se tornasse imutável⁴⁰.

Em busca da certeza do direito e da segurança jurídica das relações a coisa julgada material se torna indispensável para a manutenção da harmonia social.

Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina⁴¹ explicam que o princípio da segurança jurídica é base do Estado Democrático de Direito desenvolvendo-se em torno dos valores estabilidade e previsibilidade. Uma vez ausentes esses elementos argumentam citando Arruda Alvim que o Direito “se constituiria de certa forma mesmo, até em fator de insegurança”, sendo esta, portanto, a finalidade da coisa julgada.

Nesse sentido discorre também Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

Entre o *justo absoluto*, utópico, e o *justo possível*, realizável, o sistema constitucional brasileiro, a exemplo do que ocorre na maioria dos sistemas democráticos ocidentais, optou pelo segundo (*justo possível*), que também se consubstancia na segurança jurídica da coisa julgada material.⁴²

Sendo assim, pela manutenção desta estabilidade das relações jurídicas haverá determinado momento que não mais se atentará para a justiça ou não da decisão, mas apenas para a segurança das decisões proferidas pelo Judiciário.

³⁸ GIDI, Antônio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 5.

³⁹ Na lição de Celso Neves citado por Luiz Manoel Gomes Júnior o objetivo do instituto da coisa julgada é, antes de qualquer outro, do ponto de vista prático, *evitar a eternização das demandas*, pois deve haver determinado momento em que as relações jurídicas ganhem uma estabilidade. (GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. *Curso de direito processual civil coletivo*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 188).

⁴⁰ SANTOS, Moacyr Amaral. Op. Cit., p. 45.

⁴¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. Relativização da coisa julgada. In: DIDIER JR, Freddie (Org.) *Relativização da Coisa Julgada: enfoque crítico*. Salvador: JusPODIVM, 2006, p. 342.

⁴² NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 680.

Entende-se, contudo, que tal caminho não deve ser tomado em todas as circunstâncias, ainda mais quando se trate de direitos humanos essenciais e direitos fundamentais como, por exemplo, os de terceira dimensão tutelados através do processo coletivo abordados no primeiro capítulo.

Para fundamentar esse posicionamento mister se faz um aprofundado estudo do instituto da coisa julgada, sendo que suas origens serão buscadas na doutrina italiana para a compreensão de sua essência, antes de se analisar as previsões legislativas no processo civil individual e no processo civil coletivo.

2.3.2 A Doutrina Italiana

Devido a enorme influência que os autores Giuseppe Chiovenda e Enrico Túlio Liebman tiveram sobre o Código Buzaid, alguns comentários acerca das suas doutrinas mostram-se essenciais para a compreensão do fenômeno da coisa julgada no processo civil individual brasileiro.

2.3.2.1 As contribuições de Chiovenda

Da leitura dos estudos acerca da doutrina de Chiovenda verifica-se que conceituou coisa julgada como a “indiscutibilidade da existência da vontade concreta da lei afirmada” sendo que “a sentença é a afirmação da vontade do Estado, garantindo a uma pessoa um bem da vida”.

Nesse diapasão diz que a ação é o poder de atuação da lei através dos órgãos judiciais, a jurisdição a atribuição desse poder ao Estado, a sentença a concretização da vontade desse Estado e a coisa julgada será a qualidade que vai atribuir a essa sentença as características de indiscutibilidade e estabilidade. Sendo assim:

(...) deve ser una, por força do instituto da preclusão, tendo como consequência que, fluídos seus prazos de impugnação, ela torna-se definitiva, indiscutível e obrigatória para o juiz em qualquer processo futuro. Esclarecendo-se que a sentença não pode prejudicar terceiros estranhos à demanda, mas todos são obrigados à reconhecê-la em relação às partes.⁴³

O doutrinador italiano destaca, portanto, que para se operar a coisa julgada imprescindível que tenha havido a preclusão de todas as questões passíveis de serem

⁴³ LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.). *O ciclo técnico da coisa julgada: de Chiovenda a Fazzalari*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 17.

discutidas na ação, qual seja, para a ocorrência da coisa julgada material necessário que tenha havido a coisa julgada formal. Entretanto sua concepção acerca da coisa julgada formal e material sofreu algumas modificações no direito processual moderno.

Nesse sentido:

O autor leciona que a coisa julgada contém a preclusão de todas as questões futuras, aproximando-se muito suas lições da atual redação do art. 474 do Código de Processo Civil, não incidindo sobre os fatos, neste ponto seus ensinamentos foram acolhidos pelo Código de Processo Civil Brasileiro, em seu art. 469, inciso II.⁴⁴

Frise-se que o art. 474 destaca que “passada em julgada a sentença de mérito, reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas, que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido” verificando-se, portanto, que conforme as lições de Chiovenda o legislador processual adotou o sistema da preclusão através da coisa julgada, mas com uma pequena diferença entre os institutos, já que a material opera-se para além do processo e a formal está limitada ao processo e as suas partes.

Outra diferenciação é que enquanto a primeira “consiste na indiscutibilidade da existência da vontade concreta da lei afirmada” a segunda vai consistir na “preclusão das impugnações”.⁴⁵

A definição de coisa julgada encontra-se prevista no art. 6º, § 3º, da Lei de Introdução ao Código Civil que a conceitua como “a decisão judicial de que não caiba mais recurso” e no art. 467 do Código de Processo Civil definida como “a eficácia que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”. Para a ocorrência da coisa julgada material indispensável que tenha havido, nas lições de Chiovenda, a ocorrência da coisa julgada formal. Destarte, a coisa julgada material somente estará apta a se formar depois que a sentença judicial não for mais possível de ser impugnada dentro daquele processo. Somente com a preclusão das impugnações é que a autoridade da coisa julgada material estará apta a se concretizar.

No art. 469, II, encontra-se a seguinte redação “Não fazem coisa julgada: (...) a verdade dos fatos, estabelecidas como fundamento da sentença”. Isso significa que o Código contempla com os efeitos da coisa julgada apenas a vontade do Estado manifestada no comando da sentença não abrangendo os fatos que o levaram a tal conclusão.

Como a sentença é dividida em três partes: relatório, fundamentação e dispositivo, o Código de Processo Civil, inspirado nas lições de Chiovenda, fixou que somente a parte

⁴⁴ Idem, ibidem, p. 16.

⁴⁵ Idem, ibidem, p. 17.

dispositiva é que está sob o manto da autoridade da coisa julgada, excluindo-se o relatório e a fundamentação, nos quais se encontram os fatos que levaram à decisão judicial.

Além disso, importante ressaltar que Chiovenda destacou também em suas lições que a coisa julgada somente teria seus efeitos realizados entre as partes da demanda processual, sendo que apesar disso “o efeito é externado fora do processo, forçando o reconhecimento de todos, quanto à sua existência, sujeitando-se à imutabilidade e à exeqüibilidade”, esclarecendo que, em regra, seus efeitos não poderão alcançar terceiros alheios ao litígio.⁴⁶

Nesse sentido o Código de Processo Civil, no art. 472, destaca “a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros”. São os chamados limites subjetivos da coisa julgada válidos para o processo civil individual.

2.3.2.2 As contribuições de Liebman

Em Enrico Túlio Liebman, discípulo de Chiovenda, houve uma continuidade no desenvolvimento das teorias sobre coisa julgada diferenciando-se, contudo do seu mestre na constitucionalização do processo e se distanciando daquela concepção chiovendiana na qual o processo seria apenas um meio de exercício da jurisdição.

A partir das reflexões *liebmanianas* surge a possibilidade de se realizar uma leitura principiológica e científica (epistemológica) da Constituição e do processo (...) propiciando uma melhor compreensão e uma apurada hermenêutica do Processo Constitucional e do Direito Processual Constitucional, sendo impossível conceber o processo excluído da matriz constitucional.⁴⁷

Isso por si só já é um grande marco no desenvolvimento das teorias processualistas, mas Liebman trouxe contribuições ainda mais importantes.

Teceu críticas ao pensamento de Chiovenda por associar na coisa julgada o efeito da sentença o qual consistiria na afirmação de uma vontade concreta da lei e à relação da coisa julgada com a declaração emitida pelo juiz.⁴⁸

Tal posicionamento adotado por Chiovenda não era partilhado por Liebman justamente devido a diversidade de efeitos passíveis de serem gerados pelas sentenças destacando que:

⁴⁶ Idem, ibidem, p. 18.

⁴⁷ Idem, ibidem, p. 76.

⁴⁸ LIEBMAN, Enrico Túlio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 20.

Indicando na coisa julgada um efeito da sentença e distinguindo-lhe o eventual efeito constitutivo ou condenatório, exclui ela da autoridade do julgado estes últimos efeitos e os torna independentes desta, o que quer dizer que a despoja daquela característica intangibilidade de que a lei quis munirlos quando conferiu a autoridade da coisa julgada indistintamente a todas as sentenças que decidem a demanda.⁴⁹

Liebman defendia, portanto, que a coisa julgada não seria apenas um efeito da sentença, pois se assim o fosse ela apenas poderia alcançar as sentenças declaratórias excluindo as sentenças condenatórias e constitutivas, pois teria exatamente o efeito da declaração efetuada pelo magistrado.

Sendo assim, forçoso aceitar que a autoridade da coisa julgada irá atingir as sentenças sejam elas de conteúdo declaratório, constitutivo ou condenatório, pois o que a lei objetiva é dar eficácia ao ato do juiz.

Impossível, portanto, confundir a coisa julgada com o efeito da sentença, pois caso contrário seria esse apenas relativo a sentenças de conteúdo declaratório o que não é o objetivo legal, o que forçaria a dividir as partes das sentenças constitutivas e condenatórias para sujeitá-las a regimes diversos a medida que se identificasse o que está ou não sob efeito da coisa julgada.

A coisa julgada em Liebman será a qualidade conferida aos efeitos da sentença capaz de dotá-los de imutabilidade, intangibilidade ou imodificabilidade, visando o estabelecimento da segurança jurídica, impossibilitando que as demandas se prolonguem indefinidamente no tempo.

Analisando-se, contudo, a definição legal conferida pelo Código de Processo Civil verifica-se que o legislador a definiu como a “eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença”, conceituando-a, portanto, como efeito da sentença, o que nos dizeres de Liebman cria grande dificuldade de interpretação, pois “a autoridade da coisa julgada não é o efeito da sentença, mas uma qualidade, um modo de ser e de manifestar-se dos seus efeitos, quaisquer que sejam, vários e diversos, consoante as diferentes categorias das sentenças”⁵⁰.

Os efeitos da sentença dependerão da natureza do pedido que é efetuado no início da demanda, de modo que poderão ser declaratórios, constitutivos e condenatórios, sendo que a qualidade que esses efeitos irão gerar será definida pela autoridade da coisa julgada proferida naquela sentença.

Sendo assim, dependendo da natureza do efeito proferido na sentença, que decorrerá do direito subjetivo tutelado, a coisa julgada se apresentará de forma diversa e não apenas

⁴⁹ Idem, ibidem, p. 23.

⁵⁰ Idem, ibidem, p. 6.

como um mero efeito declaratório e a qualidade decorrente da autoridade da coisa julgada, qual seja a imutabilidade, agirá de forma diferente dependendo da sentença que se apresente.

2.4 PREVISÕES LEGISLATIVAS ACERCA DA COISA JULGADA NO PROCESSO CIVIL INDIVIDUAL BRASILEIRO

2.4.1 Coisa Julgada Formal e Material

Conforme exposto acima a Lei de Introdução ao Código Civil, no seu artigo 6º, §3º, apresenta a definição da coisa julgada ao fixar que “chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial que já não caiba recurso.”

Outro diploma legal que conceitua o instituto da coisa julgada é o Código de Processo Civil, no artigo 467, que prescreve “denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”.

Da análise das previsões legais verifica-se que a despeito do Código de Processo Civil ter se inspirado na doutrina de Liebman, conforme se depreende da leitura da sua exposição de motivos, no art. 467 manteve uma imprecisão na conceituação da coisa julgada material já que, conforme mencionado acima, “Liebman formula a percepção de coisa julgada como predicado da sentença, uma qualidade de que resulta sua imutabilidade”⁵¹ e não como o efeito da sentença, ficando a definição atual mais semelhante com a conferida por Chiovenda, a qual foi amplamente criticada por Liebman.

A coisa julgada a princípio torna as sentenças judiciais imutáveis e, portanto, impossível de serem modificadas ainda que haja a superveniência de uma nova lei, visando dotar as relações jurídicas de certa estabilidade, evitando-se que os litígios se prolonguem infinitamente no tempo, cessando a atividade jurisdicional do estado.

Moacir Amaral dos Santos leciona que:

(...) chegará um momento em que não são mais admissíveis quaisquer recursos, ou porque não foram utilizados, nos respectivos prazos, ou porque não caibam ou não haja mais recursos a serem interpostos. Não mais suscetível de reforma por meio de recursos, a *sentença transitada em julgado*, tornando-se firme, isto é *imutável* dentro do processo.⁵²

⁵¹ LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.). Op. Cit., p. 82 e 83.

⁵² SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 42.

Todavia, a imutabilidade das sentenças judiciais e seus efeitos ocorrem de forma intrínseca no processo e/ou de forma extrínseca, o que irá dividir o instituto da coisa julgada em duas espécies, coisa julgada formal e material acompanhando as lições de Chiovenda e Liebman.

A coisa julgada formal refere-se à imutabilidade dos efeitos da sentença transitada em julgada dentro do processo em que foi proferida. Isso significa que uma vez não cabendo mais qualquer recurso contra a sentença judicial a questão não poderá mais ser discutida no âmbito daquele processo em que foi proferido.

Nesse sentido Moacir Amaral dos Santos define a coisa julgada formal como “o fenômeno da imutabilidade da sentença pela preclusão dos prazos para recurso”, esclarecendo que ela ocorrerá “porque a sentença não poderá ser reformada por meios de recursos, seja porque dela não caibam mais recursos, seja porque estes não foram interpostos no prazo, ou porque do recurso se desistiu ou do interposto se renunciou”⁵³ redundado, portanto, na imutabilidade da sentença dentro do processo.

A coisa julgada material, diversamente da formal, gera os efeitos da imutabilidade da sentença para fora do processo em que foi prolatada.

A vontade da lei, que se contém no comando emergente da sentença, e que corresponde à expressão da vontade do Estado de regular concreta e definitivamente o caso decidido, tornou-se indiscutível, imutável, no mesmo ou em outro processo.⁵⁴

Destarte, a questão que foi objeto do litígio não poderá ser rediscutida, a princípio, não apenas no mesmo processo (coisa julgada formal), mas também em outro processo ou perante outro juiz.

Antônio Gidi, visando a facilitação do entendimento da diferenciação da coisa julgada formal da material, simplifica sua definição lecionando que:

(...) ambos os fenômenos são uma espécie de preclusão comum, como outra qualquer (gerada pelo simples fato da preclusão dos recursos ou dos prazos dos recursos) e que a coisa julgada material ocorre sempre que a lide (o mérito, que em geral, se reporta ao direito substancial ou material) seja julgada.⁵⁵

Não estão suscetíveis aos efeitos da coisa julgada, a princípio, todos os demais atos decisórios que não sejam sentenças definitivas ou de mérito, quais sejam, sentenças

⁵³ Idem, ibidem, p. 43.

⁵⁴ Idem, ibidem, p.44.

⁵⁵ GIDI, Antônio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 2005, p.10.

terminativas, sentenças em processos de jurisdição voluntária, em processos cautelares, decisões interlocutórias e despachos de mero expediente.

Usou-se a expressão “a princípio” acima, pois como bem aponta Luiz Manoel Gomes Júnior⁵⁶, ainda que haja sentença que não de mérito, para possibilitar a repositura da ação, deverá a parte sanar o vício que levou à sua extinção no caso das sentenças terminativas. Portanto, não poderá ser intentada novamente da exata maneira como da primeira vez senão estará fadada a ser extinta mais uma vez, em decorrência da impossibilidade do magistrado reexaminar as questões decididas anteriormente.

Como adverte Nelson Nery Júnior, importante frisar que “a coisa julgada formal, não é objeto da garantia constitucional”, abrangendo este dispositivo legal “a coisa julgada material (*auctoritas rei iudicatae*), entendida como a qualidade que torna imutável e indiscutível o comando que emerge da sentença de mérito não mais sujeita a recurso ordinário e extraordinário, nem à remessa necessária”⁵⁷.

A coisa julgada material terá a finalidade de concretizar o princípio da segurança das relações jurídicas fixando, depois de transcorrido determinado lapso temporal e findo os recursos processuais e a possibilidade de rescisória, a impossibilidade de se continuar a discutir o objeto da lide.

2.4.2 Limites Objetivos da Coisa Julgada Individual

O Código de Processo Civil inspirado nas lições dos doutrinadores italianos prescreveu nos artigos 468 a 471 os limites objetivos aos efeitos da coisa julgada material.

Tais limites determinam qual é o alcance dos efeitos da autoridade da coisa julgada no que diz respeito ao objeto da decisão do magistrado, eis que a sentença não será completamente atingida por esses efeitos.

O primeiro limite estabelecido encontra-se no art. 468 e diz respeito “ao limite de lide e das questões decididas”. Conforme exposto no item anterior, todas as sentenças de mérito sejam elas totais ou parciais são passíveis de gerar coisa julgada, mas é indispensável que tenha havido manifestação expressa do magistrado com relação a todas as questões para que o efeito se projete.

⁵⁶ “Extinta determinada demanda, ainda que sem análise do mérito, será inviável a repositura sem que o vício que levou à emissão da decisão de extinção tenha sido corrigido, o que se traduz em um efeito da coisa julgada, ou seja, impossibilidade de ajuizamento de demanda já analisada.” (GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. *Curso de direito processual civil coletivo*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.189).

⁵⁷ NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 133.

Isso significa que questões não decididas não são atingidas pelos efeitos da coisa julgada, sendo que conforme lições de Nelson Nery Junior, “a parte da lide não decidida pode ser objeto de embargos de declaração para que seja suprimida a omissão”, caso isso não ocorra “a coisa julgada se projeta somente para a parte da lide efetivamente decidida na sentença”⁵⁸.

Importante que todos os pedidos da demanda sejam apreciados pelo magistrado sob pena de restar uma lacuna na sentença. Entretanto, há de se ressaltar que justamente pelo fato da sentença não apreciar determinado objeto da lide e de não sofrer com os efeitos da coisa julgada, tais omissões poderão ser objeto de outra demanda, eis que com relação a elas não terá acontecido o fenômeno da coisa julgada material.

No artigo 469 do CPC o legislador define exatamente quais elementos da sentença serão atingidos pela autoridade da coisa julgada excluindo a motivação, bem como os fatos utilizados como fundamento da sentença e as questões prejudiciais decididas no processo.

Com relação aos fatos e fundamentos verifica-se que se trata de influência direta da doutrina defendida por Chiovenda, a qual determina que os efeitos da sentença estão adstritos à parte dispositiva da sentença.

O art. 470 prevê a possibilidade de a questão prejudicial ser atingida pela coisa julgada quando a parte assim o requerer e o juiz for competente para seu julgamento e estiver diretamente relacionada com o objeto do litígio. Dessa forma através dessa declaratória incidental evita-se que fiquem se repetindo as demandas, contemplando-se a economia processual e a estabilidade das relações.

Finalizando as previsões sobre os limites objetivos, o art. 471 fixa as exceções quando o magistrado poderá rediscutir questões decididas relativas à mesma lide, quais sejam: questões referentes à relações continuativas em que haja fatos supervenientes que alterem seu estado inicial e em outros casos previstos em lei.

2.4.3 Limites Subjetivos da Coisa Julgada Individual

Com relação aos limites subjetivos da coisa julgada individual, tal tema foi tratado no art. 472 do Código de Processo Civil ao fixar que “a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros (...)”.

⁵⁸ NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 700.

Para se entender quem são as partes da ação é necessário ater-se ao conceito de legitimação e as disposições do art. 6º do diploma processual civil.

A legitimação é a qualidade do sujeito que é titular do interesse a ser tutelado e que o possibilita agir na defesa do seu interesse. Decorre da qualidade para agir que é uma das condições para o ajuizamento da ação. Será ordinária quando o próprio titular do interesse agir em nome próprio na sua defesa, isto é quando os sujeitos do direito material forem os mesmos do direito processual.

De acordo com o artigo 6º do Código de Processo Civil, “ninguém poderá pleitear em nome próprio direito alheio, salvo quando autorizado por lei”, prevalecendo a legitimação ordinária.

Isso significa que a coisa julgada, em se tratando de legitimação ordinária deverá atingir àqueles que figuraram como partes no processo judicial transitado em julgado, é a chamada coisa julgada *inter omnes* que se opõe ao sistema de coisa julgada previsto no processo coletivo o qual, conforme será abordado a seguir, será *erga omnes*.

Havendo legitimação ordinária fica mais simples de identificar em regra as pessoas atingidas pelos efeitos da coisa julgada, eis que as partes do processo se identificam com os próprios titulares do direito material discutido na demanda.

Todavia, haverá situações processuais que revelam que a previsão contida no artigo 472 não deve ser interpretada de maneira absoluta e isolada dos demais dispositivos do sistema processual vigente. Isso porque haverá no processo civil a legitimação extraordinária, a assistência processual e terceiros interessados no deslinde da demanda que poderão ser atingidos, ainda que indiretamente, pela coisa julgada decorrente da sentença, representando exceção à assertiva do art. 472.

A legitimação extraordinária acontecerá quando não houver a coincidência entre os sujeitos da relação material e da relação processual. Nesse caso o sujeito da relação processual estará litigando em nome próprio, mas visando defesa de direito de terceiro. Estará na verdade litigando visando interesse alheio.

A legitimação extraordinária permitirá que pessoa diversa do titular do direito em litígio intervenha como parte no processo. Isso somente poderá ocorrer nos casos expressamente previstos na legislação processual, conforme dispositivo legal acima transcrito.

O instituto da substituição processual é uma espécie de legitimação extraordinária. Segundo Moacir Amaral dos Santos:

(...) dá se a figura da substituição processual quando alguém está legitimado para litigar em juízo, em nome próprio, como autor ou réu, na defesa de

direito alheio. Quem litiga, como autor ou réu, é o substituto processual; fá-lo em nome próprio, na defesa de outrem, que é o substituído.⁵⁹

Para diferenciar a legitimação ordinária da extraordinária, deve-se ater aos sujeitos da relação material e da relação processual. Havendo coincidência entre eles será ordinária, quando não houver será extraordinária. Com relação à substituição processual, por ser espécie da legitimação extraordinária, dever-se-á atentar para o fato da parte estar agindo em nome próprio, o que significa que os efeitos da procedência ou improcedência da ação atingem o substituído, isto é, os efeitos da coisa julgada não ficam restritos ao substituto processual atingindo diretamente aquele que se fez substituir.

Conforme Nelson Nery Júnior destaca em comentários sobre o artigo 472:

(...) a sentença de mérito produz efeitos de coisa julgada material atingindo o substituído que não foi parte no processo e também, indiretamente, o substituto processual (Arruda Alvim, *Trat.*, I, 517; Teixeira, *CPCA*, 6º, p. 8) Isto porque o direito material discutido em juízo, sobre o qual se formou a autoridade da coisa julgada, é do substituído (que é diretamente interessado) e está sendo defendido pelo substituto.⁶⁰

Além dessa possibilidade é possível ainda que os efeitos da sentença transitada em julgado atinjam terceiros interessados. Explica o mesmo autor que:

(...) estes serão atingidos reflexamente pela coisa julgada material. É o caso, v.g. daquele que adquire o direito ou o objeto litigioso, pois mesmo que não ingresse no processo como sucessor do alienante, fica sujeito aos efeitos da coisa julgada (CPC 42, par. 3º).⁶¹

Outra hipótese dos efeitos subjetivos da coisa julgada que acabam por refletir além das partes do processo será o caso da assistência processual, sendo que em se tratando de assistência litisconsorcial, que trata do litisconsórcio facultativo unitário, “ainda que não intervenha no processo, a esfera jurídica daquele que poderia ter sido assistente litisconsorcial será inexoravelmente atingida pela sentença produzida entre as partes”⁶². Mesmo sem sua intervenção efetiva, pelo fato do direito ser unitário não será possível eximir-se dos efeitos da decisão em que se discutiu esse direito.

⁵⁹ SANTOS, Moacir Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. V.3. São Paulo: Saraiva, 1997.

⁶⁰ NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Op. Cit.*, 2007, p. 707.

⁶¹ Idem, *ibidem*, p. 707.

⁶² Idem, *ibidem*, p. 272.

Já em se tratando de assistência simples o assistente não poderá discutir a justiça da decisão depois de transitado em julgado, conforme art. 55, a não ser que se trate de alguma das hipóteses previstas no inciso desse artigo⁶³.

Verifica-se, portanto, que em se falando de processo individual a regra que prevalece é dos efeitos da sentença estarem adstritos às partes do processo, aos titulares do direito material pleiteado substituídos formalmente no processo, aos terceiros interessados e aos assistentes processuais.

2.5 EFICÁCIA DA SENTENÇA E COISA JULGADA

Antes de se falar em eficácia da sentença e coisa julgada, faz-se necessário destacar que anteriormente às recentes reformas do Código de Processo Civil preponderava na doutrina o conceito de sentença estritamente ligado a sua finalidade, segundo o qual sentença era o ato emanado pelo juiz capaz de colocar fim ao processo independentemente dele por fim à lide discutida nele.

Com as recentes reformas do Código de Processo Civil tal definição sofreu profundas alterações principalmente pelo fim da dicotomia entre processo de conhecimento e processo de execução que perdurava até então.

A partir do momento que se termina com a autonomia entre processo de conhecimento e execução, fazendo com que haja um sincretismo processual. O que antes era caracterizado como rito processual diferente passa a ser tratado como mera fase de uma mesma relação processual, sendo assim o conceito antigo de sentença passou a ser inadequado para essa nova característica.

A nova definição decorrente das recentes reformas do Código de Processo Civil prevista no art. 162, § 1º, determina que “sentença é o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta Lei”.

Da leitura desses artigos verifica-se que na definição do art. 267⁶⁴ haverá a extinção do processo sem resolução do mérito mantendo-se, a princípio, a conceituação que vigorava

⁶³ CPC – Art. 55. Transitada em julgado a sentença, na causa em que interveio o assistente, este não poderá em processo posterior, discutir a justiça da decisão, salvo se alegar e provar que: I – pelo estado em que recebera o processo, ou pelas declarações e atos do assistido, fora impedido de produzir provas suscetíveis de influir na sentença; II – desconhecia a existência de alegações ou de provas, de que o assistido, por dolo ou culpa, não se valeu.

⁶⁴ CPC - Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: I - quando o juiz indeferir a petição inicial; II - quando ficar parado durante mais de 1 (um) ano por negligência das partes; III - quando, por não promover os atos e diligências que lhe competir, o autor abandonar a causa por mais de 30 (trinta) dias; IV - quando se verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo; V -

antes da reforma. Enquanto nas hipóteses previstas no art. 269⁶⁵ fala-se em resolução do mérito o que não implicará no fim do processo, pois as sentenças colocam fim apenas a uma fase processual, no caso a de conhecimento, independentemente delas colocarem fim ou não ao processo. Diversamente do que ocorria antes da reforma, já que a relação jurídica continuará através da fase de cumprimento de sentença ou de liquidação, quando for necessária.

Nelson Nery Júnior destaca em comentários ao art. 162 que:

(...) sentença é o pronunciamento do juiz que contém uma das matérias do CPC 267 ou 269 e que, ao mesmo tempo, extingue o processo ou a fase de conhecimento no primeiro grau de jurisdição.⁶⁶

Portanto, a sentença pode ou não por fim a processo quando houver extinção sem julgamento de mérito ou, havendo julgamento do mérito, por exemplo, quando tratar-se de ação meramente declaratória em que não há atos de cumprimento ou de liquidação. Todavia, em se tratando de ação condenatória, constitutiva ou executória *lato senso* em que sejam necessários atos de liquidação, cumprimento e execução, ela apenas encerrará a fase de conhecimento dando continuidade às fases de liquidação, cumprimento e execução no mesmo processo, e não de maneira autônoma como ocorria anteriormente, visando a efetivação do direito emanado dela.

Nesse sentido Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina definem que “a função da sentença passa a ser não apenas declarar, em sentido amplo, a existência do direito, mas também de determinar a realização de atos materiais tendentes à realização do direito declarado”⁶⁷.

2.5.1 Eficácia da Sentença antes do Trânsito em Julgado

Mesmo anteriormente ao momento em que a sentença adquire a qualidade da autoridade da coisa julgada ela já poderá ter eficácia. É o que ocorre, por exemplo, nos casos

quando o juiz acolher a alegação de perempção, litispendência ou de coisa julgada; VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual; VII - pela convenção de arbitragem; VIII - quando o autor desistir da ação; IX - quando a ação for considerada intransmissível por disposição legal; X - quando ocorrer confusão entre autor e réu; XI - nos demais casos prescritos neste Código.

⁶⁵ CPC - Art. 269. Haverá resolução de mérito: I - quando o juiz acolher ou rejeitar o pedido do autor; II - quando o réu reconhecer a procedência do pedido; III - quando as partes transigirem; IV - quando o juiz pronunciar a decadência ou a prescrição; V - quando o autor renunciar ao direito sobre que se funda a ação.

⁶⁶ NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Op. Cit., 2007, p. 428.

⁶⁷ WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil 2*. São Paulo: RT, 2006, p. 34.

de execução provisória, conforme previsões dos arts. 273, 466, parágrafo único, III, 520 (segunda parte), 521, e 587 do CPC.

No primeiro artigo⁶⁸ o Código fala da antecipação dos efeitos da tutela permitindo que o juiz, antes mesmo de por fim a demanda e de proferir sentença definitiva, inicie a execução antecipando-se os efeitos da sentença, quando verificado “fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação”, ou “caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu”. No segundo⁶⁹ ao enunciar a hipoteca judiciária em execução provisória da sentença. No terceiro artigo⁷⁰ impondo o recebimento da apelação no efeito devolutivo nas hipóteses elencadas no seu inciso e no quarto artigo⁷¹ ao prever a possibilidade do recebimento da Apelação somente no efeito devolutivo, possibilitando ao apelado promover a execução provisória através da extração da carta de sentença. Por fim, no último artigo citado⁷², ao diferenciar expressamente a execução definitiva da execução provisória decorrente de sentença de improcedência dos embargos de executado, cuja apelação tenha sido recebida com efeito suspensivo.

Tal constatação corrobora ainda mais a doutrina de Liebman no sentido da necessária diferenciação entre efeitos da sentença e coisa julgada, já que independentemente da sentença estar maculada pela autoridade conferida pela coisa julgada que a torna imutável, ela já é passível de gerar os efeitos que dela se espera.

2.5.2 Eficácia da Sentença depois do Trânsito em Julgado

⁶⁸ CPC - Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

⁶⁹ CPC - Art. 466. A sentença que condenar o réu no pagamento de uma prestação, consistente em dinheiro ou em coisa, valerá como título constitutivo de hipoteca judiciária, cuja inscrição será ordenada pelo juiz na forma prescrita na Lei de Registros Públicos. Parágrafo único. A sentença condenatória produz a hipoteca judiciária: I - embora a condenação seja genérica; II - pendente arresto de bens do devedor; III - ainda quando o credor possa promover a execução provisória da sentença.

⁷⁰ CPC - Art. 520. A apelação será recebida em seu efeito devolutivo e suspensivo. Será, no entanto, recebida só no efeito devolutivo, quando interposta de sentença que: I - homologar a divisão ou a demarcação; II - condenar à prestação de alimentos; IV - decidir o processo cautelar; V - rejeitar liminarmente embargos à execução ou julgá-los improcedentes; VI - julgar procedente o pedido de instituição de arbitragem. VII - confirmar a antecipação dos efeitos da tutela;

⁷¹ CPC - Art. 521. Recebida a apelação em ambos os efeitos, o juiz não poderá inovar no processo; recebida só no efeito devolutivo, o apelado poderá promover, desde logo, a execução provisória da sentença, extraindo a respectiva carta.

⁷² CPC - Art. 587. É definitiva a execução fundada em título extrajudicial; é provisória enquanto pendente apelação da sentença de improcedência dos embargos do executado, quando recebidos com efeito suspensivo (art. 739).

A eficácia da sentença decorrente do trânsito em julgado ocorrerá quando não for mais possível a interposição de qualquer recurso contra a decisão emanada do poder soberano do Estado representado pelo Poder Judiciário.

José Rogério Cruz e Tucci dispõe que:

Essa condição que passa a caracterizar o provimento judicial que decide a lide, transcende as fronteiras do processo e atinge a vida das pessoas, determinando rigorosa intangibilidade das situações jurídicas declaradas ou criadas, de modo que, perante o direito positivo nada poderá ser feito por elas próprias, nem por outro juiz, nem pelo próprio legislador, que venha a contrariar o que restou soberanamente decidido.⁷³

Verifica-se que essa condição faz com que haja uma sincronia entre os efeitos da coisa julgada e sua imutabilidade, o que muitas vezes leva o intérprete do direito a confundir um instituto com o outro, contrariando as lições de Liebman. Equívoco esse que gera dificuldades no processo individual e que será ainda mais prejudicial quando se está diante de um processo coletivo justamente pela abrangência desses comandos judiciais.

Atualmente pode-se dizer que, a situação em que há correspondência entre o momento em que a sentença judicial passa a gerar efeitos com o momento do seu trânsito em julgado, não é a mais comum de ser vista nos procedimentos judiciais.

Isso porque houve uma grande popularização do instituto da antecipação da tutela, que não abrange apenas e tão somente ações condenatórias, podendo alcançar ainda ações constitutivas e até mesmo declaratórias, dependendo do litígio em análise; bem como das diversas hipóteses legais em que se permite a execução provisória do direito reconhecido em sentença, visando evitar-se o perecimento desses direitos em decorrência da excessiva demora em se alcançar o tão almejado trânsito em julgado da sentença.

O ideal, contudo, seria que os efeitos somente fossem gerados quando a decisão se tornasse definitiva, que o processo tivesse um tempo de duração compatível e que não houvesse risco de perecimento dos direitos reconhecidos em sentença. Entretanto, não é essa a realidade enfrentada pelo Poder Judiciário brasileiro, de maneira que as partes se vêem obrigadas a adotar os mecanismos de tutela jurisdicional diferenciada para se proteger, o que pode gerar uma certa instabilidade nas relações jurídicas, já que muitas vezes ao término do processo direitos parcialmente reconhecidos anteriormente, poderão ser revistos pelo magistrado.

⁷³ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 187.

2.6 A COISA JULGADA COLETIVA

2.6.1 Evolução Legislativa – Lei de Ação Popular e Lei de Ação Civil Pública

A Lei de Ação Popular foi o diploma legal que primeiro veio disciplinar o instituto da coisa julgada na tutela de direitos coletivos. Em seu artigo 18 prevê que:

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

A Lei de Ação Civil Pública, posteriormente à Lei de Ação Popular, trouxe no artigo 16 disposição muito semelhante: “a sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, hipóteses em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova”,⁷⁴.

Da interpretação desses artigos conclui-se que o limite subjetivo da coisa julgada no regime da Ação Popular e da Ação Civil Pública sempre teria efeito *erga omnes*, quando se tratasse de sentença de procedência. Em se tratando de sentença de improcedência, não ocorreria o efeito *erga omnes*, apenas no caso da sentença fundamentar-se em ausência de provas, hipótese em que os demais co-legitimados poderiam ajuizar nova demanda sobre o mesmo litígio. Havendo improcedência com base em outros fundamentos a eficácia da sentença atingiria todos os legitimados, fazendo coisa julgada, de modo que todos ficariam impedidos de rediscutir a matéria em outra demanda.

Dessa constatação é possível a conclusão de que para se analisar o efeito da coisa julgada em sede de ação coletiva caberia apenas e tão somente analisar o resultado da ação (*secundum eventus litis*).

Isso porque na Ação Popular o objeto da demanda será, conforme o *caput*, do artigo 1º, da Lei de Ação Popular, “a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, entidades autárquicas, de sociedade de economia mista (...)”. Caracterizando, portanto, a modalidade de interesse

⁷⁴ Posteriormente à entrada em vigência do CDC, a Lei 9.494/97 alterou a redação do artigo 16 da LACP, criando um suposto limite territorial da coisa julgada. Segundo esse artigo “a sentença fará coisa julgada ‘*erga omnes*’ nos limites da competência territorial”, o que representaria restrição dos efeitos da sentença ao limite territorial de competência do órgão prolator. Percebe-se que o legislador confundiu os limites da coisa julgada com a competência territorial, contudo a doutrina e a jurisprudência, já pacificaram o entendimento de que tal alteração incidiu apenas na LACP não atingindo o CDC e, que em razão da conjugação das normas do CDC à LACP, tal dispositivo restou ineficaz. Tal dispositivo será abordado mais à frente.

difuso, pois diz respeito a toda a coletividade lesada pelo mau uso do patrimônio público que veio definido na redação dada pela Lei 6.513/77, no parágrafo 1º, do artigo 1º, da Lei de Ação Popular⁷⁵.

Na Lei de Ação Civil Pública em sua redação original a mesma somente poderia ser intentada para defesa de interesses difusos e coletivos relativos ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Destarte, anteriormente à entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor, prevalecia o entendimento de que o objeto da Ação Civil Pública estaria restrito à defesa de interesses difusos e coletivos *stricto sensu* elencados no artigo 1º, o que não trazia maior dificuldade para o estudo da coisa julgada, pois os efeitos gerados pela sentença seriam verificados *secundum eventus litis*, bastando para tanto analisar-se o resultado da ação independentemente da pretensão de direito material nela deduzida.

2.6.2 Evolução Legislativa - O Código de Defesa do Consumidor

Com a entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor houve uma significativa ampliação do rol de interesses tutelados pela Lei de Ação Civil Pública.

O art. 110 do Código de Defesa do Consumidor acrescentou o inciso IV ao artigo 1º da Lei de Ação Civil Pública, que prevê a possibilidade desta ser utilizada para tutelar “qualquer outro interesse difuso ou coletivo”.

Com a nova redação do artigo 21 da Lei de Ação Civil Pública, também decorrente da vigência do Código de Defesa do Consumidor, ficou expressamente determinado que “aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais no que for cabível, os dispositivos do Título III da Lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor”.

Tal dispositivo representou a ampliação quanto aos tipos de ação a serem propostas, pois interpretado em consonância com o artigo 83 do Código de Defesa do Consumidor que prevê a possibilidade de se intentar “todas as espécies de ações capazes de propiciar a sua adequada e efetiva tutela”.

Além disso, a despeito de no artigo 1º da Lei de Ação Civil Pública vir previsto apenas as ações de defesa de interesses difusos e coletivos, o artigo 21 acima mencionado ampliou a aplicação da Ação Civil Pública para a defesa dos interesses individuais. “Esses

⁷⁵ LAP - Art.1º, par 1º. Consideram-se patrimônio público para os fins referidos neste artigo, os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico.

direitos individuais, desde que homogêneos, podem ser tutelados pela ação civil pública, como, por exemplo, os direitos trabalhistas não abrangidos nos dissídios coletivos⁷⁶”.

Constata-se, portanto, que houve uma completa interação entre os dois diplomas legais favorecendo a defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos em benefício da coletividade. Em razão do Código de Defesa do Consumidor consistir em diploma processual mais completo que a Lei de Ação Civil Pública seu sistema é que irá disciplinar os efeitos da coisa julgada em todos os processos coletivos em defesa de qualquer interesse metaindividual.

Dessa previsão ampla do rol de interesses protegidos, a análise da coisa julgada *secundum eventus litis* passou a não ser suficiente justamente pela diferenciação entre as três modalidades de interesses tutelados, sendo também necessário que se atenha ao objeto de direito material tutelado para análise dos efeitos da sentença.

2.6.3 Limites Subjetivos da Coisa Julgada no Sistema Processual Coletivo

Os artigos 103 e 104 do Código de Defesa do Consumidor⁷⁷ é que disciplinam os efeitos e os limites subjetivos da coisa julgada nas Ações Coletivas.

Por se tratar de modalidade de ação que diz respeito a interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos⁷⁸, a identificação do tipo de interesse tutelado, isto é do direito

⁷⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. [et al]. *Código de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto* 7 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 917.

⁷⁷CDC - Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada: I - erga omnes, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81; II - ultra partes, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81; III - erga omnes, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81. § 1º Os efeitos da coisa julgada previstos nos incisos I e II não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe. § 2º Na hipótese prevista no inciso III, em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual. § 3º Os efeitos da coisa julgada de que cuida o art. 16, combinado com o art. 13 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos arts. 96 a 99. § 4º Aplica-se o disposto no parágrafo anterior à sentença penal condenatória.

CDC - Art. 104. As ações coletivas, previstas nos incisos I e II e do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada erga omnes ou ultra partes a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva.

⁷⁸ Interesses difusos são aqueles cujos titulares são pessoas indetermináveis ou de difícil determinação. Nos interesses coletivos os titulares são grupos ou categorias de pessoas ligadas por uma relação jurídica prévia. Nos interesses individuais homogêneos os titulares são determináveis, ligando-se por circunstâncias de fato de origem comum.

material será indispensável para verificarmos os efeitos da sentença e a quem ela irá atingir. Isso porque as ações coletivas, em regra, caracterizam-se pela não coincidência entre o titular do direito pleiteado com o titular do direito de ação, pois o sujeito estará litigando em nome próprio direito alheio, visando direito de terceiro que não estará no pólo ativo da lide.

Devido a essa não coincidência entre o sujeito do direito material e processual indispensável um regime próprio de coisa julgada referente a tutela de direitos coletivos.

Sendo assim, o Código de Defesa do Consumidor fixa que se a sentença proferida tiver como objeto interesses difusos apresentará efeito *erga omnes*, a menos que seja sentença de improcedência por insuficiência de provas, quando o efeito será *ultra partes*, de modo que os demais co-legitimados poderão repropor a ação com base em novas provas. Havendo, contudo, improcedência por outro motivo terá eficácia *erga omnes*, de modo que nenhum dos co-legitimados poderá repropor a ação.

Com relação à tutela de interesses coletivos a sentença de procedência sempre fará coisa julgada *ultra partes* limitando-se ao grupo ou categoria de classe que está sendo representado no pólo ativo da demanda. Havendo a improcedência por insuficiência de provas, assim como nos interesses difusos, não impedirá a propositura de nova demanda com base em novas provas. Fundando a improcedência em outro motivo atingirá as partes da ação. Todavia, se o membro da categoria representada tiver ajuizado ação individual deverá requerer sua suspensão para poder se beneficiar da ação coletiva.

Em ambos os casos (interesse difuso e coletivo), contudo, por força do parágrafo 1º do artigo 103, os interesses individuais e dos membros da entidade, categoria ou grupo de pessoas não poderão ser prejudicados.

Por fim, com relação aos interesses individuais homogêneos a sentença somente terá eficácia *erga omnes* se julgada procedente. Em caso de improcedência seja por qualquer fundamento não terá efeito *erga omnes*. Conforme leciona Hugo Nigro Mazzilli, o legislador teria sido mais preciso se tivesse falado em eficácia *ultra partes* “porque a defesa de interesses individuais homogêneos abrange apenas os integrantes do grupo classe ou categoria de pessoas lesadas (as vítimas ou seus sucessores), do mesmo modo que ocorreria na defesa dos interesses coletivos, em sentido estrito.”⁷⁹

A eficácia *erga omnes* ou *ultra partes* é que irá determinar a ocorrência ou não da coisa julgada material, pois a expressão *erga omnes* significa que os efeitos da sentença ultrapassam as partes do processo em que o litígio foi discutido operando-se, portanto, a coisa

⁷⁹ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 19 ed. São Paulo: Saraiva: 2006, p. 504.

julgada material para além das partes da ação diversamente do que ocorre na eficácia *ultra partes*.

Importante frisar ainda, que é necessário ater-se ao pedido e ao requerimento constante da ação quando se tratar de tutela de interesse de titulares determináveis, para que seja possível verificar o verdadeiro alcance da sentença, a fim de se constatar quem está efetivamente representado pelo sujeito ativo da ação.

Nesse sentido Nelson Nery argumenta que “o efeito *erga omnes* da coisa julgada, decorrente e sentença proferida em ACP, inibe a repositura da mesma ação pelo autor ou por qualquer outro co-legitimado ao ajuizamento das ações coletivas, deixando a salvo apenas os particulares em suas relações intersubjetivas”⁸⁰, dessa forma o particular lesado continua podendo ajuizar sua demanda individual não sendo prejudicado pelo efeito da sentença coletiva.

Importante ressaltar ainda que, com a disposição do Código de Defesa do Consumidor, contida no artigo 103, par. 3º, conforme observado pelo mesmo autor, “permitiu que a coisa julgada originada da sentença de procedência da ação coletiva beneficiasse o particular prejudicado para o fim de obter a reparação de seu dano individual”⁸¹. Para isso o particular deverá requerer a individualização do prejuízo sofrido por ele com base no *mandamus* da ação coletiva através de procedimento individual de liquidação da sentença, não sendo necessária a rediscussão da matéria que foi objeto de condenação genérica.

2.6.4 O Art. 16 da LACP alterado pela Lei n. 9.494/97

A despeito do micro sistema criado pelo Código de Defesa do Consumidor ter disciplinado o regime da coisa julgada em matéria coletiva, distinguindo-o de acordo com a natureza do bem jurídico tutelado, em 1997 por força da Medida Provisória de n. 1570, convertida na Lei 9.494/97, o Poder Executivo inseriu um dispositivo no ordenamento jurídico coletivo, visando modificação na disciplina da coisa julgada e dos seus efeitos através da redação do seu art. 2º⁸². Posteriormente, através da Medida Provisória n. 2.180-35 de 2001,

⁸⁰ NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Op. Cit., 2006, p. 514.

⁸¹ Idem, ibidem, p. 514.

⁸² Lei n. 9.494/91 – Art. 2º O [art. 16 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985](#), passa a vigorar com a seguinte redação: “Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

foi inserida outra mudança através do art. 2º-A⁸³. Em ambas as previsões constatam-se que a finalidade do Executivo foi de limitar, subjetivamente, o alcance dos efeitos da sentença coletiva.

Tais ocorrências foram e continuam sendo extremamente criticadas pela doutrina, não só pelo fato de decorrer de medida provisória disciplinando questão processual, o que por si só já revelaria a inconstitucionalidade dos dispositivos, mas também pela falta de técnica legislativa na redação dos mesmos.

O primeiro argumento é trazido à baila pelo doutrinador Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery os quais destacam que a redação original do art. 16 foi revogada tacitamente com a entrada em vigência do Código de Defesa do Consumidor em 1990. Isso porque na codificação consumeirista houve a introdução de um novo regime de coisa julgada instituído pelo seu art. 103, regime este aplicado a todo e qualquer interesse transindividual. Defendem os autores que “assim, quando editada a Lei 9.494/97, não mais vigorava o LACP 16, de modo que ela não poderia ter alterado o que já não existia”⁸⁴. Portanto, deveria prevalecer o regime da coisa julgada disciplinado no Código de Defesa do Consumidor e não o que está previsto na Lei de Ação Civil Pública.

A despeito de ter sido ajuizada, perante o Supremo Tribunal Federal, Ação Declaratória de Inconstitucionalidade contra a MP 1570/97 (ADIn 1576-1) que deu origem a Lei 9.494/97, em razão do indeferimento da medida liminar e da conversão da mesma em lei, a ADIn foi julgada prejudicada não tendo havido decisão de mérito acerca da constitucionalidade do dispositivo. Sendo assim, para todos efeitos, o dispositivo é constitucional e encontra-se, portanto, vigente.

Além dos argumentos quanto a forma de entrada da nova redação do art. 16 da Lei de Ação Civil Pública no ordenamento jurídico, a doutrina destaca a contrariedade das previsões constantes no art. 2º e 2º - A da Lei 9.494/97, com os princípios processuais coletivos e as dificuldades que essa limitação territorial gera para a análise dos efeitos da sentença coletiva.

Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. mencionam que:

(...) tais dispositivos são irrazoáveis, pois impõem exigências absurdas, bem como permitem o ajuizamento simultâneo de tantas ações civis públicas quantas sejam as unidades territoriais em que se divida a respectiva justiça, mesmo que sejam demandas iguais, envolvendo sujeitos em igualdade de

⁸³ Lei n. 9.494/91 – Art. 2º-A. A sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator. ([Incluído pela Medida provisória nº 2.180-35, de 2001](#))

⁸⁴ NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Op. Cit., 2006, p. 515.

condições, com a possibilidade teórica de decisões diferentes em cada uma delas.⁸⁵

Continuando, tais processualistas citam posicionamento manifestado pelo doutrinador Nelson Nery Jr. durante arguição oral do concurso da Profa. Teresa Arruda Alvim Wambier para tornar-se livre-docente na PUC/SP, segundo o qual:

(...) os dispositivos acima levariam a uma situação inusitada: a sentença brasileira pode produzir efeito em qualquer lugar do planeta, desde que submetida ao procedimento de homologação perante o tribunal estrangeiro competente; do mesmo modo, uma sentença estrangeira pode produzir efeito em todo território nacional, desde que submetida ao procedimento de homologação perante o STJ. No entanto, uma sentença brasileira coletiva somente poderia produzir efeitos nos limites territoriais do juízo prolator. Trata-se de absurdo sem precedentes. Seria o caso de submeter essa sentença ao STJ, para que ela pudesse produzir efeitos em todo território nacional?⁸⁶

Várias são as hipóteses de conflitos de ordem prática que a limitação territorial da eficácia subjetiva da coisa julgada pode gerar. Todavia, apesar dos inúmeros exemplos que podem ser citados para ilustrar a situação de conflito prático que a redação do art. 16 da LACP e art. 2º-A da Lei nº 9.494/97 impuseram aos limites subjetivos da coisa julgada e à eficácia das sentenças coletivas, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido da aplicação desses dispositivos. Tanto da nova redação do art. 16, introduzida por força do art. 2º da Lei 9.494/97, quanto do art. 2º-A, o qual fixa a limitação dos efeitos da sentença apenas aos associados de entidade associativa.

Apenas para ilustrar tal informação vejamos, no âmbito do STJ, que no acórdão proferido no REsp. 838.978/MG, do qual foi Relator o Ministro Francisco Falcão, no qual se discutia fornecimento de medicamentos a portadores de doença destacou-se que “na ação civil pública, a teor do art. 16 da Lei nº 7.347/85, o provimento jurisdicional deve-se limitar à abrangência do órgão prolator”.

Em outro acórdão proferido no REsp n. 625.996/SC, de relatoria do mesmo Ministro manteve-se o mesmo entendimento, de que:

(...) o comando sentencial da ação civil pública restringiu sua eficácia subjetiva aos contribuintes domiciliados no Estado do Paraná, sendo inviável, sob pena de ofensa ao princípio da coisa julgada, a sua extensão a contribuintes domiciliados em Santa Catarina, como é o caso dos autores, que não possuem, portanto, título executivo.

⁸⁵ DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETTI JÚNIOR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo*. Vol. 4. Salvador: Edições Podivm, 2007, p. 144.

⁸⁶ Idem, *ibidem*, p. 147.

O mesmo entendimento é encontrado no REsp 665.947/SC, no voto de relatoria do Ministro José Delgado, em que se discutia a questão do empréstimo compulsório de combustíveis no Paraná, decidindo-se que “a abrangência da ação de execução se restringe a pessoas domiciliadas no Estado do Paraná, caso contrário geraria violação ao art. 2º-A da Lei nº 9.494/97(...)”.

Verifica-se que na Quarta Turma o entendimento que prevalecia é da aplicação do art. 16 da LACP para causas também que versam sobre relação de consumo, mesmo sendo interesses individuais homogêneos (REsp n. 253.589/SP⁸⁷ e no REsp n. 293.407/SP⁸⁸).

Em voto proferido pelo Ministro Ruy Rosado ele destacou que:

(...) há duas situações: ou se reconhece que a competência é de Brasília para a decisão ter eficácia nacional, ou se reconhece a competência do tribunal do estado ou da região, mas com eficácia no âmbito da sua jurisdição. No Recurso Especial nº 253.589, decidiu-se nesse último sentido, que me parece mais razoável: "A eficácia *erga omnes* circunscreve-se aos limites da jurisdição do Tribunal competente para julgar o recurso ordinário.

Já o ministro Barros Monteiro, no voto proferido no primeiro recurso (REsp n. 253.589/SP), seguiu a orientação do Relator, sendo que no segundo (REsp n. 293.407/SP) modificou seu posicionamento restando vencido, defendendo no seu voto que interesses individuais homogêneos são tutelados pelo Código de Defesa do Consumidor e não pela Lei de Ação Civil Pública, no que diz respeito à coisa julgada e que o art. 16 não se aplicaria as demandas consumeirista e, caso se entendesse pela aplicação dele, que estaria restrita apenas a interesses difusos e coletivos *stricto sensu*.

Resta evidenciado, portanto, que o art. 16 desde sua entrada no ordenamento jurídico com a redação conferida pela Lei 9.494/97, vem sendo amplamente aplicado pelos Tribunais Superiores independentemente da natureza do interesse tutelado, apesar de todas as manifestações da doutrina em discordância com esse posicionamento.

⁸⁷ AÇÃO CIVIL PÚBLICA. Caderneta de poupança. Relação de consumo. Código de Defesa do Consumidor. Legitimidade do IDEC. Cabimento da ação. Correção monetária. Janeiro/89. Eficácia erga omnes. Limite. - A relação que se estabelece entre o depositante das cadernetas de poupança e o banco é de consumo, e a ela se aplica o CDC. - Cabe ação civil pública para a defesa do direito individual homogêneo.- O IDEC tem legitimidade para promover a ação. - A eficácia erga omnes circunscreve-se aos limites da jurisdição do tribunal competente para julgar o recurso ordinário. - A correção monetária do saldo de poupança em janeiro/89 deve ser calculada pelo índice de 42,72%. - Recurso conhecido em parte e parcialmente provido. (STJ - REsp 253589/SP, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgado em 16.08.2001, DJ 18.03.2002 p. 255)

⁸⁸ AÇÃO CIVIL PÚBLICA. Eficácia erga omnes. Limite. A eficácia erga omnes circunscreve-se aos limites da jurisdição do tribunal competente para julgar o recurso ordinário. Recurso conhecido e provido. (STJ - REsp 293.407/SP, Rel. Ministro BARROS Monteiro, Rel. P/ Acórdão Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgado em 22.10.2002, DJ 07.04.2003 p. 290).

Recentemente a Ministra Nancy Andrighi no voto proferido no REsp n. 411.529-SP, no qual se discutiu a incidência do art. 16 da Lei de Ação Civil Pública às relações de consumo ela baseou-se em três premissas básicas para decidir que a eficácia do acórdão recorrido estende-se a todos os consumidores clientes da mesma instituição financeira que se encontrem na situação por ela prevista no território nacional, o que significa que ela concluiu pela não aplicabilidade do art. 16 da Lei de Ação Civil Pública a Ações Cíveis Públicas que tutelem direitos consumeristas e, principalmente se forem interesses individuais homogêneos.

Destaque-se que todo o conflito gerado pela introdução da nova redação do art. 16 da Lei de Ação Civil Pública no ordenamento processual coletivo reside na completa falta de técnica legislativa, eis que resta claro que o legislador confundiu coisa julgada com eficácia da sentença, tentando criar um regramento com base em critérios de competência territorial.

Isso porque a intenção do legislador foi a de criar, na verdade, uma limitação a extensão da eficácia subjetiva das sentenças coletivas através da imposição de uma restrição territorial ligada a competência jurisdicional do órgão prolator.

Resta explícito, efetivamente, que o legislador confundiu-se na redação do artigo, misturando o conceito de coisa julgada e seus efeitos com a extensão subjetiva dos efeitos da sentença, maculando a doutrina defendida por Liebman em sua obra *Eficácia e Autoridade da Sentença e Outros Escritos sobre a Coisa Julgada* da qual já se discorreu quando abordando a coisa julgada individual.

Conforme ressalta Antônio Gidi⁸⁹, quando da redação do art. 103 do Código de Defesa do Consumidor, foi possível detectar que essa imprecisão encontrada no Código de Processo Civil também atingiu a disciplina da coisa julgada nas ações coletivas. Tanto que doutrinadores como Vicente Grecco Filho e Rodolfo de Camargo Mancuso defendiam que “o art. 103 do CDC disciplina apenas a extensão dos efeitos da sentença a terceiros; não disciplina a imutabilidade desses efeitos, não disciplina a coisa julgada”, posição esta que foi amplamente criticada pelo Professor Gidi, pois defende que ela diz respeito à coisa julgada.

Destaca o autor citado que:

(...) a sentença sofre, efetivamente uma limitação: está restrita àquela porção do conflito de interesses que é levada ao conhecimento do Estado-juiz pelo autor; é limitada, pois pela lide, trazida ao processo através do pedido. Dentro do que foi pedido, dentro dos rígidos limites da lide, os efeitos da sentença não sofrem limitação de qualquer natureza. Fora dos limites da lide, traçados pelo pedido (*extra* ou *ultra petita*) não pode sequer haver sentença.⁹⁰

⁸⁹ GIDI, Antônio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 104

⁹⁰ Idem, *ibidem*, p. 105.

Em contrapartida, continua o autor, “a coisa julgada (autoridade da sentença) (...) é que precisa ser rigorosamente limitada, tanto objetivamente (CPC, art.s 468 e 469) como subjetivamente (CPC, art. 472 , e CDC, art. 103)”⁹¹.

Dessa análise o que se verifica é que tanto no art. 103 do Código de Defesa do Consumidor, quanto no art. 16 da Lei de Ação Civil Pública, o que se está disciplinando são os efeitos da coisa julgada, ou seja, o alcance subjetivo da qualidade que torna o comando emergente da sentença imutável e impossível de ser rediscutido, quer seja no mesmo processo, quer seja em nova demanda judicial.

Enquanto no processo individual tal imutabilidade fica, em regra, restrita às partes do processo, na ação coletiva, em decorrência da titularidade coletiva dos direitos transindividuais, há uma disciplina diferenciada que se atem a natureza do interesse tutelado não se tratando, portanto, de efeito da sentença, mas sim da autoridade emanada desta sentença através da coisa julgada.

De modo que sendo direitos transindividuais efetivos havendo procedência ou improcedência da ação, que não fundada em insuficiência de provas, terá efeitos *erga omnes* atingindo a todos os legitimados a propositura da demanda coletiva; enquanto que sendo direitos acidentalmente transindividuais, ou seja, interesses individuais homogêneos, havendo procedência da demanda terá efeitos *erga omnes* atingindo a todos as vítimas e seus sucessores. Não se trata de efeito da sentença, mas sim da autoridade emanada desta sentença através da coisa julgada.

A despeito da intenção do legislador de limitar os efeitos da sentença, na verdade disciplinou a coisa julgada já que os efeitos da sentença decorrerão do objeto da ação constante no pedido da petição inicial e da natureza desse objeto.

Ora, se a ação versar sobre interesses transindividuais puros (difusos ou coletivos *stricto sensu*) não será um comando legal que terá a capacidade para conferir a limitação da extensão subjetiva dos efeitos da sentença ao território da jurisdição do órgão prolator, pois o objeto da demanda não é passível de ser fracionado atingindo toda a coletividade, independentemente da localização territorial em que ela se encontre.

Já em se tratando de interesses individuais homogêneos, ou seja, interesses acidentalmente transindividuais, o alcance da extensão subjetiva da demanda estará adstrito apenas e unicamente ao pedido constante da petição inicial, eis que nesse caso tais interesses são na realidade individuais, passíveis de serem fracionados entre seus titulares que são

⁹¹ Idem, ibidem, p. 105.

plenamente identificáveis, sendo apenas tratados de maneira coletiva visando a economia processual e evitar-se decisões contraditórias devido aos pontos em comum que caracterizam essa homogeneidade.

Sendo assim, entende-se que se o pedido formulado for de abrangência nacional, eis que se verifique, por exemplo, que se trata de um dano que atingiu diversos indivíduos no território nacional, ater-se-á apenas e tão somente aos critérios de competência previstos no art. 93 para definição de qual o foro competente. Proferida a decisão, a eficácia da sentença atingirá todas as pessoas que foram lesadas independentemente delas estarem domiciliadas no território jurisdicional do órgão prolator.

Conforme leciona Ada Pellegrini Grinover:

(...) a determinação da competência territorial – ou distribuição das causas entre órgãos do mesmo tipo – faz-se pelo critério do local onde ocorreu ou deva ocorrer o dano. (...) O legislador guiou-se abertamente pelo critério do local do resultado que vai coincidir em muitos casos, com o do domicílio das vítimas e da sede dos entes e pessoas legitimadas.⁹²

Destaque-se, outrossim, que a jurisdição do foro da capital do Estado ou do Distrito Federal não se aplica a todo o estado, mas apenas e tão somente ao território das capitais, o que demonstra ainda mais o absurdo das previsões do art. 16 que tornaria inócua a regra de competência do art. 93 do Código de Defesa do Consumidor, já que faria com que em cada local onde o dano tivesse ocorrido fosse necessária a propositura de uma demanda coletiva, pois caso contrário somente os prejudicados das capitais teriam seu direito realizado.

Destaca o Ministro Teori Zavascki ao comentar o art. 16 que:

(...) considerando que a coisa julgada não altera o conteúdo da sentença, nem compromete a sua eficácia, o eventual limitador territorial importaria, na prática, a produção de uma estranha sentença, com duas qualidades: seria válida, eficaz e imutável em determinado território, mas seria válida, eficaz e mutável fora desse território⁹³.

Verifica-se, portanto, que objetivando criar um limitador absurdo à extensão subjetiva da eficácia da sentença o legislador equivocadamente socorreu-se de um critério típico de competência jurisdicional que é completamente incompatível com o sistema processual vigente.

Liebman destaca que:

⁹² GRINOVER, Ada Pellegrini...[et al]. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 807.

⁹³ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo*. Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 81.

(...) desde que receba a sentença a sua eficácia do poder soberano da autoridade em cujo nome é pronunciada, da qualidade pública e estatal do órgão que a prolata (visto que já se logrou a plena consciência da sua verdade), seria de todo inexplicável que valesse ela só para um e não para todos como formulação da vontade do Estado no caso concreto⁹⁴.

Isso significa dizer que se os critérios de competência territorial foram respeitados quando do ajuizamento da demanda, atendendo-se as normas processuais, sendo competente o órgão prolator, a extensão subjetiva da eficácia da sentença será determinada pela natureza do interesse transindividual tutelado, pelo pedido emanado na ação judicial e pelo conteúdo da sentença proferida. Pouco importa qual seja o órgão jurisdicional que profira a decisão, desde que atendidos os critério da competência jurisdicional, pois a decisão proferida por qualquer que for o juiz emanou do Judiciário tendo eficácia no limite do seu pedido.

Nesse sentido, a despeito do posicionamento do Superior Tribunal de Justiça quase que unânime no sentido de, em regra, conferir aplicabilidade ao art. 16, ou apenas não dar essa aplicabilidade para questões consumeiristas como a do acórdão proferido no REsp n. 411.529, é possível localizar julgado isolado do Tribunal Regional Federal da 4ª Região que apresenta posicionamento mais consoante com as críticas doutrinárias, no qual se decidiu que:

(...) a nova redação dada pela Lei nº 9.494/97 ao art. 16 da Lei nº 7.347/85, muito embora não padeça de mangra de inconstitucionalidade, é de tal impropriedade técnica que a doutrina mais autorizada vem asseverando sua inocuidade, de modo que os efeitos da medida liminar não podem ficar contidos apenas na circunscrição territorial do órgão prolator da decisão⁹⁵.

Infelizmente, contudo, esse não é o posicionamento que vem prevalecendo nos demais tribunais, conforme análise retro efetuada. De modo que a impropriedade do art. 16, a despeito, de ter sido atenuada no acórdão da Ministra Nancy Andrighi excluindo seu âmbito de incidência para as relações consumeiristas, ou pelo menos para aquelas de interesse individual homogêneo, continua sendo aplicada indistintamente nas demais demandas transindividuais e, principalmente nas demandas difusas e coletivas *stricto sensu*, a despeito da indivisibilidade do seu objeto.

⁹⁴ LIEBMAN, Enrico Túlio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p 123.

⁹⁵ EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEI. 7347/85. ART. 16. AMPLITUDE DOS EFEITOS DA SENTENÇA. - A nova redação dada pela Lei nº 9.494/97 ao art. 16 da Lei nº 7.347/85, muito embora não padeça de mangra de inconstitucionalidade, é de tal impropriedade técnica que a doutrina mais autorizada vem asseverando sua inocuidade, de modo que os efeitos da medida liminar não podem ficar contidos apenas na circunscrição territorial do órgão prolator da decisão (TRF4, EDAC nº 478166-PR, Terceira Turma, julgamento em 16/03/2004, DJU de 23/06/2004, Relatora Juíza Silvia Goraieb, decisão por maioria, vencida a relatora).

A exclusão da incidência do art. 16 das ações de interesses individuais homogêneos talvez não fosse necessária devido à divisibilidade do objeto dessas demandas. Ressalte-se que da mesma forma ações individuais de objeto praticamente idênticos são distribuídas perante juízes com posicionamentos diversos, criando decisões contraditórias e isso, por si só, não é o bastante para tachá-las de injustas ou ilegais.

Entretanto, quando o legislador optou por fazer a tutela coletiva de interesses essencialmente individuais devido à sua homogeneidade, o que de fato ele objetivou evitar foi essa possibilidade de contradição, incumbindo um juízo específico do julgamento de uma única demanda que atingisse a todos os interessados, tendo em vista princípios de celeridade, economia processual e igualdade de acesso à jurisdição para facilitação da defesa desses interesses em juízo.

Não faz o menor sentido, portanto, excluir a possibilidade de diminuição da quantidade de ações com base no critério dos limites territoriais da jurisdição, sob pena de as disposições processuais sobre interesses individuais homogêneos tornarem-se inócuas.

O que parece mais grave e inaceitável é, de fato, pretender a aplicação do art. 16 para os interesses essencialmente transindividuais, indivisíveis e de titularidade indeterminada, pois compromete a própria natureza deles maculando a eficiência do sistema processual coletivo brasileiro, de modo que se entende que as sentenças que restrinjam o seu limite ao do território do órgão julgador estão afrontando a legislação ordinária federal e à própria Constituição Federal.

2.7 A REFORMA DA COISA JULGADA

Em regra, quando operada a coisa julgada material, impossível a rediscussão da lide em decorrência da qualidade do efeito da imutabilidade da sentença transitada em julgada tanto no processo civil individual, quanto no processo civil coletivo.

Ocorre, contudo, que a própria legislação processual civil prevê algumas hipóteses que constituem exceção a regra acima mencionada, nas quais ainda que transitada em julgada a sentença, se faz possível sua desconstituição.

Barbosa Moreira, em artigo intitulado *Considerações sobre a chamada 'relativização' da coisa julgada material*, cita que:

(...) o direito positivo brasileiro conhece remédios processuais idôneos para desconstituir sentenças transitadas em julgado, nalgumas hipóteses em atenção à gravidade de *errores in iudicando*: assim, v.g., na da ação

rescisória *ex. art. 485*, no VI (sentença fundada em falsa prova). Os embargos à execução podem, excepcionalmente, levar à destruição de sentença transitada em julgado: é o que sucede no caso do art. 741, no. I.⁹⁶

Verifica-se que os artigos 485⁹⁷ e seguintes do Código de Processo Civil, os quais regulamentam o cabimento da Ação Rescisória, bem como os artigos 741⁹⁸ e 745⁹⁹, que disciplinam a interposição de Embargos à Execução, constituem meios legais passíveis de gerar a desconstituição da coisa julgada material da sentença já transitada em julgado.

Destarte, a coisa julgada não é instituto absoluto e inflexível havendo na lei previsão expressa que permite sua mitigação desde que, a princípio, sejam preenchidos os requisitos legais e que a situação analisada situe-se dentro do rol de hipóteses elencados no Código de Processo Civil, não havendo espaço para interpretação extensiva.

Importante frisar, contudo, que essa possibilidade de desconstituição nas hipóteses acima citadas não perduram eternamente. No caso de Ação Rescisória a parte interessada deverá propor a ação visando desconstituir a sentença no prazo decadencial de 2 (dois) anos contados da data em que ela transitou em julgado, conforme artigo 495¹⁰⁰ do CPC. Com relação aos Embargos à Execução deverá ser observado o prazo constante no artigo 738¹⁰¹ do CPC.

⁹⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material. In: DIDIER JR, Freddie (Org.) *Relativização da Coisa Julgada: enfoque crítico*. Salvador: JusPODIVM, 2006, p. 215.

⁹⁷ CPC – Art. 485 - A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: I - se verificar que foi dada por prevaricação, concussão ou corrupção do juiz; II - proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente; III - resultar de dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida, ou de colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei; IV - ofender a coisa julgada; V - violar literal disposição de lei; VI - se fundar em prova, cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou seja provada na própria ação rescisória; VII - depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável; VIII - houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença; IX - fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa;

⁹⁸ CPC – Art. 741 - Na execução contra a Fazenda Pública, os embargos só poderão versar sobre: I – falta ou nulidade da citação, se o processo correu à revelia; II - inexigibilidade do título; III - ilegitimidade das partes; IV - cumulação indevida de execuções; V – excesso de execução; VI – qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que superveniente à sentença; VII - incompetência do juízo da execução, bem como suspeição ou impedimento do juiz. Parágrafo único. Para efeito do disposto no inciso II do caput deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal.

⁹⁹ CPC - Art. 745. Nos embargos, poderá o executado alegar: I - nulidade da execução, por não ser executivo o título apresentado; II - penhora incorreta ou avaliação errônea; III - excesso de execução ou cumulação indevida de execuções; IV - retenção por benfeitorias necessárias ou úteis, nos casos de título para entrega de coisa certa (art. 621); V - qualquer matéria que lhe seria lícito deduzir como defesa em processo de conhecimento.

¹⁰⁰ CPC - Art. 495 - O direito de propor ação rescisória se extingue em 2 (dois) anos, contados do trânsito em julgado da decisão.

¹⁰¹ CPC - Art. 738 - Os embargos serão oferecidos no prazo de 15 (quinze) dias, contados da data da juntada aos autos do mandado de citação.

Analisando o microsistema processual civil coletivo, compreendido pelo Código de Defesa do Consumidor e legislações especiais sobre ações coletivas, verifica-se que não há qualquer disciplina com relação à reforma da sentença transitada em julgado, de modo que se aplicam as mesmas disposições contidas no processo civil individual tradicional.

Destarte haverá, a princípio, a impossibilidade total e absoluta de se modificar a sentença transitada em julgada finda todas as oportunidades recursais, de rescisória e de impugnação previstas no diploma processual civil, seja em ações individuais ou coletivas.

III A COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL E SUA DESCONSIDERAÇÃO OU RELATIVIZAÇÃO

3.1 COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL E OS MOMENTOS DE SEU SURGIMENTO

O termo coisa julgada inconstitucional foi adotado pela doutrina para significar aquela sentença que está maculada pela afronta a dispositivo constitucional.

Sendo assim, conforme destaca José Carlos Barbosa Moreira:

(...) salvo engano, o que se concebe seja incompatível com a Constituição é a sentença (*lato sensu*): nela própria, e não na sua imutabilidade (ou na de seus efeitos, ou na de uma e de outros), é que poderá descobrir contrariedade a alguma norma constitucional.¹⁰²

Na verdade, portanto, não se trata da inconstitucionalidade da coisa julgada, mas sim da sentença atingida pela autoridade da coisa julgada, que a princípio tornaria imutável esse defeito que contradiz a Constituição Federal.

Para tanto necessário analisar em quais hipóteses a sentença está efetivamente apta a fazer coisa julgada. Pois para se relativizar o efeito da autoridade da coisa julgada necessário que a sentença tenha efetivamente sofrido a incidência desse efeito, de modo que será necessário ater-se ao momento em que o defeito da inconstitucionalidade atinge tal sentença e qual a essência do vício que pode ter levado a afronta ao dispositivo constitucional.

Quando se fala em coisa julgada inconstitucional e se observa a análise desse fenômeno pela doutrina e pelos Tribunais Superiores, verifica-se que é necessário analisá-lo sob três ângulos.

O primeiro seria da sentença transitada em julgada que já nasce com algum vício que faça com que ela viole dispositivo constitucional; o segundo decorrente da declaração da (in)constitucionalidade de determinada lei pelo controle concentrado de constitucionalidade, que possa levar a inconstitucionalidade ulterior do comando emanado da sentença judicial transitada em julgado e; o terceiro que diga respeito a fatos supervenientes ou provas novas que surjam posteriormente à prolação da sentença.

Tal diferenciação é de extrema importância, pois os efeitos emanados destas sentenças serão completamente diversos, de modo que os remédios processuais a serem adotados para sua correção também serão diferenciados, não se podendo falar

¹⁰² MOREIRA, José Carlos Barbosa. Op. Cit., p. 200.

indiscriminadamente para ambos os casos na necessidade da aplicação da teoria da relativização da coisa julgada como será visto a seguir.

3.1.1 Sentença que Emerge Inconstitucional

Nessa hipótese é possível analisar três aspectos de irregularidade da sentença proferida, que podem levar a sua inconstitucionalidade.

José Miguel Garcia Medina e Teresa Arruda Alvim Wambier destacam as “sentenças inconstitucionais porque acolhem pedidos inconstitucionais (...)”¹⁰³(grifo dos autores), “sentenças em que se fizeram incidir princípios que não deveriam ter incidido, ou em que se afastaram princípios à luz dos quais deveria a lide ter sido julgada”¹⁰⁴ e hipóteses de sentença em que se façam ausentes “pressupostos processuais de existência: jurisdição, petição inicial e citação” ou em que haja vícios intrínsecos à própria sentença.

Nesse sentido destaca também Cláudio Sinoé Ardenghy dos Santos em sua obra *A coisa julgada relativa e os vícios transtemporais*, na qual aborda vícios que transcendem os prazos de ação rescisória vícios estes que podem levar “a sentença nula por falta de requisito formal na sua formação”¹⁰⁵, sejam vícios extrínsecos ou intrínsecos e “sentenças inoperantes por impossibilidade fática de sua realização”¹⁰⁶.

Conforme será visto adiante, o que irá diferenciar a opinião dos autores é a questão dos efeitos dessa sentença, já que alguns sequer reconhecem a ocorrência do trânsito em julgado e outros admitem a ocorrência, mas a não convalidação dos vícios graves.

3.1.2. Sentença de Inconstitucionalidade Ulterior, em Decorrência de Ação Declaratória de (In)Constitucionalidade

Essa hipótese ocorrerá quando depois de proferida a sentença, o Supremo Tribunal Federal declarar constitucional ou inconstitucional lei que serviu de fundamento para a prolação da sentença já transitada em julgada.

Sendo assim, no momento em que a sentença foi prolatada ela não se encontra eivada por qualquer vício formal ou material. Todavia, posteriormente ao seu trânsito em julgado a

¹⁰³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. Relativização da coisa julgada. In: DIDIER JR, Freddie (Org.). Op. Cit., p. 343.

¹⁰⁴ Idem, ibidem, 348.

¹⁰⁵ SANTOS, Cláudio Sinoé Ardenghy dos. *A coisa julgada relativa e os vícios transtemporais*. Porto Alegre: Cidadela Editorial, 2004, p. 53.

¹⁰⁶ Idem, ibidem, p. 56.

legislação na qual se fundamentou tal sentença, em razão de questionamento perante o Supremo Tribunal Federal através do controle concentrado de constitucionalidade, passa a ser declarada inconstitucional.

3.1.3 Sentença Inconstitucional em Decorrência de Prova ou Fato Ulterior que assim a Caracterize

Nessa hipótese o que se pretende analisar são as sentenças que se tornam inconstitucionais em decorrência de fato superveniente ou de uma prova nova que não era possível ser conhecida no momento em que a sentença foi prolatada.

Trata-se de hipóteses na qual o comando que emergiu da sentença passa a colidir com a realidade fática que se revelou posteriormente à sua prolação, de modo que a verdade declarada na decisão judicial mostra-se completamente avessa à verdade real verificada no mundo fático.

3.2 EFEITOS DAS SENTENÇAS INCONSTITUCIONAIS E RESCINDIBILIDADE

3.2.1 Sentença que Emerge Inconstitucional

Ao analisar a sentença que nasce inconstitucional por violação expressa da norma Constitucional ou de seus princípios, questiona-se se tal decisão judicial é atingida ou não pela autoridade da coisa julgada, isto é, se toda e qualquer sentença tem a aptidão para fazer coisa julgada material?

Já foi analisado no segundo capítulo que apenas as sentenças de mérito estão aptas a fazer coisa julgada material e, por óbvio verifica-se que além de estar diante de uma sentença de mérito é necessário que o processo tenha se desenvolvido regularmente, ou seja, que tenha transcorrido observando-se os requisitos de existência e validade.

3.2.1.1 Requisitos de existência do processo e condições da ação

Analisando-se as disposições processuais verifica-se que o legislador prevê como requisitos de existência do processo: a) a demanda, formulada através da petição inicial, b) a jurisdição, que é a propositura da demanda perante órgão do estado investido formalmente da competência jurisdicional e, por fim, c) a citação, para formação da relação autor-réu – juiz.

São ainda essenciais para a existência do processo a presença das condições da ação: a) possibilidade jurídica do pedido; b) legitimidade da parte e c) interesse processual.

Ausente estes requisitos verifica-se que o processo será tido como inexistente. Em conseqüência, ainda que haja sentença de mérito proferida, tal sentença será também inexistente de modo que sequer terá possibilidade de sofrer os efeitos os quais emanam naturalmente da coisa julgada, já que ela depende da existência de um processo regular.

O mesmo valerá para os requisitos de existência da sentença judicial sejam eles intrínsecos e extrínsecos, sendo que havendo causas extrínsecas e intrínsecas de inexistência jurídica de sentença esse *decisium* não estaria apto a fazer coisa julgada, pois seria “um arremedo de sentença”.¹⁰⁷

Eduardo Talamini frisa ainda que:

A sentença juridicamente inexistente, na condição de ‘não-ato’, não comporta saneamento ou convalidação. Não é apta à formação da coisa julgada e, portanto, não fica acobertada por tal autoridade, podendo ser combatida independentemente da ação rescisória.¹⁰⁸

Para tanto a parte interessada poderá valer-se de uma Ação Declaratória de Inexistência do Ato Jurisdicional independentemente do prazo previsto na Ação Rescisória, já que não faz sentido em se rescindir algo que sequer existiu.

Ressalte-se, contudo, que essa ação declaratória não seria na verdade um instrumento necessário, já que a princípio o processo seria inexistente, mas sim um instrumento útil, pois a aparência do processo seria de que teve seu trâmite regular, sendo relevante a manifestação do Judiciário em sentido contrário, a fim de possibilitar desconstituir os efeitos que o processo está apto a gerar, inclusive o efeito da coisa julgada material¹⁰⁹.

Verifica-se que tais vícios dizem respeito à forma como o processo foi desenvolvido e não ao conteúdo de direito material em si constante da sentença.

Com relação ao conteúdo da sentença Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina destacam ainda que as sentenças que acolhem pedidos inconstitucionais “são sentenças (estas sim!) que não transitam em julgado por que foram proferidas em processos

¹⁰⁷ Apontam exemplificando, causas extrínsecas de inexistência de sentença: aquela proferida *ultra petita* e quando verificada ausência de jurisdição. Como causas intrínsecas: ausência de parte dispositiva, interesse do autor e demais condições de ação. (WAMBIER, Op. Cit., p. 353 e 354).

¹⁰⁸ TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 280.

¹⁰⁹ Entende-se ainda que tal declaração poderia ser feita através de outros instrumentos processuais como embargos à execução, mandado de segurança, ou ainda na preliminar de ação que pretende-se rediscutir a lide objetivando afastar o efeito da coisa julgada da sentença.

instaurados por meio de mero exercício de direito de petição (e não de direito de ação!) já que não havia possibilidade jurídica do pedido”¹¹⁰.

Ausente, portanto, uma condição da ação seria a sentença inexistente também, em razão do acatamento de pedido inconstitucional. Entretanto, importante destacar que não se pode confundir a impossibilidade material do pedido que levaria a improcedência da demanda com a impossibilidade jurídica do pedido, que deveria levar a sua extinção sem julgamento do mérito.

Isso porque na primeira existe uma previsão abstrata no ordenamento do direito pleiteado pelo autor da demanda, não havendo qualquer vedação legal com relação a ele, entretanto o titular da demanda não tem o direito subjetivo em litígio, o que levaria a improcedência. Enquanto que na segunda hipótese significa afirmar que nem no plano abstrato se faz possível a tutela desse direito, pois completamente contrário às previsões do ordenamento jurídico. Sendo assim, importante destacar que a inconstitucionalidade do pedido deverá versar sobre seu conteúdo abstrato e não apenas com relação ao conteúdo concreto pleiteado por determinado autor que corresponderia ao mérito da demanda.

Destaque-se que no caso da sentença ser inconstitucional por deixar de acatar pedido constitucional, não haveria a característica de inexistência da ação e da conseqüente sentença, pois presente as condições da ação já que houve a possibilidade jurídica do pedido, entretanto o pedido não foi acolhido, ainda que em afronta a Constituição Federal, em benefício do réu.

Os autores acima citados afirmam ainda que o artigo 485, inc. V do Código de Processo Civil não poderia ser interpretado de modo que só seja cabível a rescisória em caso de ofensa a letra da lei em sentido estrito, pois entendem que a expressão ‘letra da lei’ abrange os princípios de direito também. Argumentam ainda que a ofensa a princípios é muito mais perigosa do que a ofensa ao dispositivo legal, concluindo que “o desrespeito a princípios deve entender-se hoje como alcançado pelo art. 485, inc. V, do Código de Processo Civil”.

Importante destacar que quando esses autores falam em ofensa a princípios, tal afirmação deve abranger apenas os princípios de direito que não sejam constitucionalmente garantidos, caso contrário haverá contradição no raciocínio por eles formulado. Já que havendo ofensa a princípios constitucionais no pedido da demanda reconhecido por sentença, haveria ausência de condição de ação e, portanto, sendo a sentença inexistente ela não teria aptidão para transitar em julgado.

¹¹⁰ WAMBIER, op. cit., p. 343.

3.2.1.2 Requisitos de validade do processo

Estão previstos ainda no processo civil brasileiro os requisitos de validade do processo conhecidos como pressupostos positivos (ou intrínsecos) e pressupostos negativos (ou extrínsecos)¹¹¹, requisitos essenciais para que o processo esteja apto a gerar seus efeitos.

Com relação aos pressupostos de validade acima citados verifica-se que:

(...) são requisitos ligados à nulidade absoluta insanável, reconhecível a qualquer tempo no processo. A nulidade absoluta deve ser declarada de ofício pelo juízo, independe de provocação das partes, e não comporta convalidação. A nulidade absoluta impede a produção dos efeitos legais do ato jurídico processual, por ausência de observância de algum de seus requisitos essenciais, contaminando todos os atos subsequentes, sendo que sua regularização impõe o retorno do procedimento ao ponto em que surgiu a nulidade.¹¹²

Entretanto, a presença de tais vícios não implica na inexistência da relação processual, conforme verificado na ausência dos elementos de existência do processo e das condições de ação. Destarte:

(...) nessas hipóteses, é possível haver sentença de mérito, vindo a ser acobertada pela coisa julgada material, a qual poderá ser objeto de ação rescisória, com fundamento no art. 485, V, do CPC (e no tocante ao órgão jurisdicional, com fundamento específico do inciso II do mesmo preceito legal). Escoado o prazo para propositura da ação rescisória, ou julgada essa improcedente, surgirá a *coisa soberanamente julgada*.¹¹³

Corroborando tal entendimento, cita-se mais uma vez o doutrinador Eduardo Talamini, o qual defende que “as invalidades processuais por mais graves que sejam, não impedem a formação da coisa julgada e se tornam mesmo irrelevantes depois de exaurida a possibilidade de emprego do remédio típico para a desconstituição da sentença transitado em

¹¹¹ “Os pressupostos positivos (ou intrínsecos) devem estar presentes na relação jurídica processual, são eles: *capacidade de ser parte, capacidade para estar em juízo, capacidade postulatória, petição inicial regular, citação válida, competência do juízo, e imparcialidade do juízo*. Já os pressupostos negativos (ou extrínsecos) constituem aquelas circunstâncias que não podem estar presentes em uma dada relação processual. Assim, para que a relação jurídica processual seja válida, os pressupostos negativos devem estar ausentes, e consistem eles em *litispendência, coisa julgada, perempção e compromisso arbitral*”. (PEDRA, Adriana Sant’Anna. *Processo e pressupostos processuais*. Disponível em: <http://www.escola.agu.gov.br/revista/Ano_VII_setembro_2007/ProcessoePressupostos_AdrianoPedra.pdf>.

Acesso em: 02 jan. 2009, p. 12).

¹¹² Idem, ibidem, p. 17.

¹¹³ NETTO, Nelson Rodrigues. *Nota sobre a coisa julgada no processo individual e no processo coletivo*. Disponível em: <http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1002&context=nelson_rodrigues_netto>. Acesso em: 02 jan. 2009, p. 11.

julgado”¹¹⁴. São vícios rescisórios e que irão, portanto, precluir com o término do prazo para a propositura da rescisória.

Daí a importância em se diferenciar as sentenças nulas das sentenças inexistentes. As primeiras são inválidas, mas estão aptas a gerar os efeitos decorrentes do seu trânsito em julgado estando sujeitas aos prazos decadenciais previstos na legislação processual. Enquanto que as segundas podem ser declaradas inexistentes a qualquer tempo.

Destarte, verificada que a sentença encontra-se ceifada por vícios que dizem respeito aos requisitos de existência do processo e de condição da ação, constata-se que ela não estará apta a fazer coisa julgada, já que inexistente a relação processual, também inexistente a sentença que pretende findá-la, cabendo a parte valer-se de ação declaratória para reconhecer a sua inexistência, pois a ação rescisória não poderá rescindir algo que sequer existiu.

A problemática surge, no entanto, do fato de não ser tão facilmente auferível na prática quanto na teoria, quando se está diante de uma sentença inexistente e de uma sentença nula, ainda mais quando se discute a inconstitucionalidade da sentença.

Ora, se fosse possível verificar sem dificuldades quando uma sentença é inexistente e se pudesse afirmar que toda sentença inconstitucional é inexistente, a coisa julgada sequer se consolidaria e a doutrina não estaria se debruçando sobre a possibilidade de relativização da coisa julgada nesses casos.

Os problemas que se verificam decorrem das seguintes constatações:

a) a sentença inexistente contém a aparência de ter transitado em julgado, de modo que a propositura de qualquer medida visando sua desconstituição pode ser imediatamente afastada pelo Magistrado com fundamento na coisa julgada;

b) enquanto que a sentença nula está sujeita aos prazos decadenciais o que afastaria também a possibilidade de rediscussão da matéria.

c) sentenças de conteúdo material inconstitucional podem não ser caracterizadas como nulas ou inexistentes, pois formalmente podem ter seguido todo o trâmite regular do processo em observância a todos os requisitos de existência e validade.

Daí a importância dos estudos em torno da relativização da coisa julgada.

3.2.2 Sentença de Inconstitucionalidade Ulterior, em Decorrência de Ação Declaratória de (In)Constitucionalidade

¹¹⁴ TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 280.

Nessa hipótese a sentença emerge constitucional. Entretanto, devido à provocação do Supremo Tribunal Federal através do controle concentrado de constitucionalidade, ocorre a declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo que serviu de fundamento legal para tal decisão.

Nesse caso terá ocorrido o trânsito em julgado efetivo da sentença quando da sua prolação, sendo que somente posteriormente a legislação na qual ela se fundamentou seria extirpada do ordenamento jurídico em decorrência da declaração de sua inconstitucionalidade.

A Lei n. 9.868/1999 é que cuidou de disciplinar o processo que versa sobre Ação Direta de Inconstitucionalidade e Ação Declaratória de Constitucionalidade, sendo que prevê expressamente qual o tratamento deverá ser dado pelo Supremo Tribunal Federal para as situações consolidadas no passado através das leis que foram posteriormente declaradas inconstitucionais, seja pela procedência de uma ADIn ou pela improcedência de uma ADeCon.

Prevê o art. 27 que:

Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Em regra, o que prevalece com relação aos efeitos da sentença proferida em ADIn e ADeCon é que ela terá eficácia *erga omnes* e alcance *ex tunc*. Isso significa afirmar que toda a coletividade será atingida pelos efeitos dessa decisão e que ela retroage atingindo a lei ou o ato normativo desde o momento da sua criação, apagando-se todos os efeitos gerados por ela, até o momento da pronúncia da sua inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal.

Destarte, a coisa julgada, que porventura tenha atingido determinada sentença que se fundamentou em lei posteriormente declarada inconstitucional, deixará de gerar seus efeitos como se nunca tivesse ocorrido, o que autorizaria a rediscussão do litígio que a princípio havia se consolidado.

Manifestam-se Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina sobre a declaração de inconstitucionalidade no sentido de que “ocorrendo essa declaração, tem-se que a lei rigorosamente nunca teria integrado o sistema jurídico positivo, pois que colidente com a Lei Maior”¹¹⁵.

¹¹⁵WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. Op. Cit., p. 343.

O legislador, entretanto, cria uma exceção a essa previsão que deverá ser utilizada em casos extremos, daí a exigência de *quorum* qualificado para que seja possível conferir efeito *ex nunc* à declaração de inconstitucionalidade, isto é, fazer com que o efeito da decisão valha a partir do momento em que ela foi proferida ou a partir de outro termo inicial que não o nascimento da lei. Termo este a ser fixado pelos Ministros do Supremo, quando houver motivação que justifique tal adoção.

Verifica-se, portanto, que o legislador ao prever essa possibilidade demonstra que o instituto da coisa julgada e seus efeitos não estão acima das previsões e princípios constitucionais, tanto que admitiu a retroatividade do comando judicial ao qual constata que determinada lei não atendeu aos anseios da Constituição Federal.

Os mesmo autores ainda destacam que:

(...) declarada inconstitucional a norma jurídica, e tendo a decisão efeito *ex tunc*, pensamos dever-se considerar como se tal lei nunca tivesse existido. Na verdade, o ordenamento jurídico positivo só “aceita” normas compatíveis com a Constituição Federal. Se só em momento posterior à entrada em vigor da lei é que se percebeu que havia incompatibilidade entre esta e a Constituição Federal, a decisão que a reconhece declara que a lei rigorosamente nunca integrou o sistema normativo positivado a não ser aparentemente.¹¹⁶

Sendo assim a “inexistência” do fundamento daquela sentença também deverá ser suprida com manifestação do judiciário nesse sentido, através do ajuizamento de medida judicial que reconheça a não existência da sentença. Medida esta que também não deverá ser confundida com a Ação Rescisória não se sujeitando ao prazo decadencial de 02 (dois) anos, já que, repita-se, é impossível rescindir algo que não existe, no caso a sentença desprovida de fundamento legal.

Corroborando as previsões da Constituição Federal, a Lei 11.232/2005, deu a seguinte redação ao parágrafo 1º, do art. 475-L, que dispõe sobre a impugnação ao cumprimento da sentença, e ao parágrafo único do art. 741 do CPC, que dispõe sobre os embargos a execução contra a Fazenda Pública com fundamento na inexigibilidade do título:

Para efeito do disposto no inciso II do caput deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal.

¹¹⁶ Idem, ibidem, p. 344.

Trata-se da consolidação da soberania da Constituição Federal sob instituto por ela regulada que é a coisa julgada e, conforme destacou o Ministro Teori Albino Zavascki no voto do REsp n. 720953/SC, tal dispositivo “buscando harmonizar a garantia da coisa julgada com o primado da Constituição, veio apenas agregar ao sistema um mecanismo processual com eficácia rescisória de certas sentenças inconstitucionais”. Continua ainda o Ministro no mesmo voto dizendo que para sua aplicação necessário ater-se as seguintes considerações:

(a) a de que ele não tem aplicação universal a todas as sentenças inconstitucionais, restringindo-se às fundadas num vício específico de inconstitucionalidade; e (b) a de que esse vício específico tem como nota característica a de ter sido reconhecido em precedente do STF¹¹⁷.

Mister destacar ainda que na doutrina há posições antagônicas sobre a aplicação desse dispositivo, sendo que defendendo sua inconstitucionalidade tem-se o casal Nelson Nery e Rosa Maria de Andrade Nery¹¹⁸ e em defesa da constitucionalidade dele o doutrinador Humberto Theodoro Júnior¹¹⁹. Todavia essa última posição é que vigora nos tribunais superiores.

Gilmar Ferreira Mendes destaca que:

Com a adoção do novo modelo normativo, ampliou-se a possibilidade de impugnação dos atos concretos inconstitucionais, especialmente das sentenças ou decisões judiciais fundadas em leis inconstitucionais ou em interpretação tida por incompatível com a Constituição.¹²⁰

Destarte, a impugnação ao cumprimento da sentença e os embargos à execução terão a finalidade de reconhecer a inexistência da sentença que ensejou o título judicial com

¹¹⁷ STJ - REsp 720953/SC, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 28/06/2005, DJ 22/08/2005 p. 142.

¹¹⁸ O casal Nelson Nery e Rosa Nery defende que “título judicial é sentença transitada em julgado, acobertada pela autoridade da coisa julgada. Esse título judicial goza de proteção constitucional, que emana diretamente do Estado Democrático de Direito (CF 1º *caput*), além de possuir dimensão de garantia constitucional fundamental (CF 5º XXXVI). Decisão *posterior*, ainda que do STF, não poderá atingir a coisa julgada que já havia sido formado e dado origem àquele título executivo judicial” (NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Op. Cit., 2007, p. 1086).

¹¹⁹ Em sentido contrário Humberto Theodoro Júnior defende que “A ação direta junto ao STF jamais foi a única via para evitar os inconvenientes da inconstitucionalidade. No sistema de controle difuso vigente no Brasil, todo o juiz ao decidir qualquer processo se vê investido no poder de controlar a constitucionalidade da norma ou ato cujo cumprimento se postula em juízo. No bojo dos embargos à execução, portanto, o juiz, mesmo sem prévio pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, está credenciado a recusar execução à sentença que contraria preceito constitucional, ainda que o trânsito em julgado já se tenha verificado” (THEODORO JR., Humberto. *A reforma do processo de execução e o problema da coisa julgada inconstitucional*, Revista Brasileira de Estudos Políticos, 89, jan.-jun. 2004, Belo Horizonte (MG), p. 94/95).

¹²⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. Coisa julgada inconstitucional: considerações sobre a declaração de nulidade da lei e as mudanças introduzidas pela Lei n. 11.232/2005. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (Org). *Coisa julgada inconstitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 102.

fundamento em lei reconhecidamente inconstitucional, afastando os efeitos da coisa julgada que estariam em vigor.

Trata-se, portanto, do mesmo problema enfrentado quando diante de uma sentença judicial aparentemente regular e sob os efeitos da coisa julgada, mas que possui algum vício que coloca em dúvida a própria existência da sentença ou então, mais grave ainda, de todo o processo que a antecedeu.

Ora, se é possível anular os efeitos de um ato proveniente de um processo legislativo democrático que atendeu todos os trâmites procedimentais da Constituição Federal, não se entende o porquê de tanto receio em tomar as mesmas medidas quando diante de sentenças que já nascem inconstitucionais, mas que pela aparência de regularidade estão sob a falsa proteção de uma coisa julgada, sob o argumento de se manter a segurança jurídica das relações.

3.2.3 Sentença Inconstitucional em Decorrência de Prova ou Fato Ulterior que assim a Caracterize

Nessa hipótese trata-se de sentença a qual devido ao surgimento de uma causa superveniente (que não a declaração de (in)constitucionalidade de lei ou ato normativo), faça com que ela se revele inconstitucional.

De maneira semelhante ao descrito acima, na hipótese aqui aventada a sentença sofrerá os efeitos da coisa julgada materializando sua imutabilidade. Entretanto, seja pelo surgimento de algum fato ou prova nova, tal decisão mostra-se inconstitucional *a posteriore*.

Destaque-se que, conforme analisado no capítulo segundo, o Código de Processo Civil prevê no inciso VI do art. 485 que será cabível a rescisória quando “depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável”. Todavia, tal hipótese está limitada pelo prazo decadencial de 02 anos, o qual pode ser extremamente exíguo.

Com relação a modificação da situação fática, o Código de Processo Civil prevê a possibilidade de revisão dos processos, apenas e tão somente, decorrentes de relação continuativa.

Nesse sentido prevê o art. 471:

Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo: I - se, tratando-se de relação jurídica continuativa, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito; caso em que poderá a parte

pedir a revisão do que foi estatuído na sentença; II - nos demais casos prescritos em lei.

Na verdade nessa hipótese, conforme ensinamentos de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, haveria a ocorrência da coisa julgada material, entretanto a decisão não extingue a relação por ela regulada pois:

Essa sentença traz ínsita a cláusula *rebus sic stantibus*, de sorte que, modificadas as situações fáticas ou jurídicas sobre as quais se formou a anterior coisa julgada material, tem-se uma *nova* ação, isto é, com nova causa de pedir próxima (fundamentação de fato) ou nova causa de pedir remota (fundamentos de direito).¹²¹

Defendem os autores, portanto, que seria ajuizada nova ação tendo como fundamento novos elementos fáticos e jurídicos, de modo que não seria possível alegar a ocorrência da coisa julgada, nem se trata de hipótese em que a coisa julgada estivesse sendo desconsiderada pelo fato de ser ação diversa.

Visto por esse ângulo constata-se que a princípio a sentença de inconstitucionalidade ulterior não poderia ser questionada, consolidando-se no mundo jurídico com a finalidade de preservação da segurança jurídica, de modo que somente na doutrina e na jurisprudência é que será possível encontrar solução para esses casos através da tão comentada teoria da relativização da coisa julgada.

3.3 COISA JULGADA: RELATIVIZAÇÃO E DESCONSIDERAÇÃO

Antes de se adentrar na análise da doutrina e jurisprudência acerca da relativização da coisa julgada, mister ater-se à denominação utilizada pelos doutrinadores para identificar tal teoria.

Analisando o substantivo relativização para se chegar ao seu significado, necessário atentar-se ao adjetivo que lhe origina, qual seja 'relativo'.

No Dicionário Michaelis encontram-se várias definições para o vocábulo, sendo que aquela que melhor se aplica para o uso dado na denominação da teoria seria “que não pode ser afirmado sem reserva; que não é absoluto”¹²². A expressão 'relativização da coisa julgada' definiria a não atribuição de caráter absoluto a este instituto, a existência de exceções aos seus fundamentos principais.

¹²¹ NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 704.

¹²² Michaelis. Moderno Dicionário da Língua Portuguesa. Disponível em: <<http://www2.uol.com.br/michaelis/>>. Acesso em: 19 abr. 2009.

José Carlos Barbosa Moreira ao abordar esse tema inicia seu trabalho comentando essa dificuldade semântica na conceituação da teoria, pois “quando se afirma que algo deve ser ‘relativizado’, logicamente se dá a entender que se está enxergando nesse algo um *absoluto*: não faz sentido que se pretenda ‘relativizar’ o que já é relativo”¹²³.

Destaca que a coisa julgada material no ordenamento jurídico brasileiro não apresenta esse caráter absoluto, tanto que a própria legislação infra-constitucional prevê hipóteses em que ela pode ser desconsiderada, como consta do elenco contido no artigo 485 do Código de Processo Civil, no qual fixa as hipóteses de cabimento de Ação Rescisória, as quais já foram abordadas no capítulo anterior.

Da definição do termo relativização, bem como das observações efetuadas por Barbosa Moreira, conjugadas com a análise das doutrinas sobre a relativização da coisa julgada, conforme será visto a seguir, conclui-se que na verdade os autores ao disporem sobre a relativização da coisa julgada na verdade estão falando da sua desconsideração, visto que ela não é absoluta. Haveria casos em que se consideraria que a coisa julgada não tivesse sequer ocorrido no mundo jurídico sendo, portanto, desconsiderada e não ‘relativizada’.

Nesse sentido ressalta Nelson Nery Júnior que “na verdade, pretende-se desconsiderar a coisa julgada, como se ela não tivesse existido, utilizando-se do eufemismo da ‘relativização’”¹²⁴. No mesmo sentido Luiz Guilherme Marinoni¹²⁵ afirma que a “relativização da coisa julgada material, pode, na verdade, conduzir à sua ‘desconsideração’”.

Essas considerações demonstram que a teoria da relativização da coisa julgada não é algo novo no nosso ordenamento jurídico brasileiro, pois há hipóteses expressas na lei, nas quais se desconsidera expressamente esse valor.

A novidade que se traz a baila pelos defensores da teoria, conforme será visto adiante, na verdade diz respeito à extensão dessa relativização para casos os quais, aparentemente, não estão previstos na legislação, tendo como fundamento princípios constitucionais que, supostamente, encontram-se hierarquicamente superiores ao valor segurança jurídica protegido pela coisa julgada.

3.4 PARADIGMAS NO DIREITO BRASILEIRO

¹²³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material. In: DIDIER JR, Freddie (Org.) *Relativização da Coisa Julgada: enfoque crítico*. Salvador: JusPODIVM, 2006, p. 199.

¹²⁴ NERY JR, Nelson. A polêmica sobre a relativização (desconsideração) da coisa julgada e o estado democrático de direito. In: DIDIER JR, Freddie (Org.). *Op. Cit.*, 2006, p. 257.

¹²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. O princípio da segurança dos atos jurisdicionais (A questão da relativização da coisa julgada material). In: DIDIER JR, Freddie (Org.). *Op. Cit.*, 2006, p. 232.

3.4.1 As Ações de Investigação de Paternidade

A doutrina tem feito amplo debate acerca da possibilidade da relativização da coisa julgada material. O debate ganhou força a partir da aplicação do entendimento de que em ações que disponham sobre direitos fundamentais tal relativização far-se-ia possível, nos moldes como vem sendo aplicado na jurisprudência em Ações de Investigação de Paternidade.

Conforme consta de artigo escrito pelo autor Cristiano Chaves de Farias¹²⁶, a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, conduzida pelo voto do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira proferiu decisão, em 28 de junho de 2.001, admitindo a relativização da coisa julgada em processo que rediscutia a paternidade de criança.

Esta decisão formou um paradigma no direito brasileiro, pois a relação de paternidade já havia sido discutida em ação anterior, julgada improcedente, com base nas provas produzidas nos autos (não por falta de provas), cuja sentença havia transitado em julgado, após confirmação pelo Tribunal de Justiça do Paraná, no ano de 1985.

Nova ação foi proposta tendo as mesmas partes e o mesmo pedido em 1997, sendo que o Tribunal de Justiça do Paraná entendeu ser impossível seu processamento em decorrência da coisa julgada material operada, o que levou a propositura de Recurso Especial perante o STJ, culminando com a decisão mencionada.

Nesta decisão o Ministro Relator Sálvio de Figueiredo Teixeira destaca em seu voto que:

Todo o progresso da ciência jurídica, em matéria de prova, está na substituição da verdade ficta pela verdade real. A coisa julgada, portanto, em se tratando de ações de estado, como no caso de investigação de paternidade, deve ser interpretada 'modus in rebus'. Nessas ações a coisa julgada vem sendo mitigada sob o fundamento de que valores mais relevantes não devem ser preteridos frente a formalidades processuais. (...) o fetichismo das normas legais, em atrito com a evolução social e científica, não pode prevalecer a ponto de levar o Judiciário a manietar-se, mantendo-se impotente em face de uma realidade mais palpitante, à qual o novo Direito prestigiado pelo constituinte de 1988, busca adequar-se.¹²⁷

¹²⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de. Um alento ao futuro: novo tratamento da coisa julgada nas ações relativas à filiação. In: DIDIER JR, Freddie (Org.). Op. Cit., 2006, p. 55.

¹²⁷ Processo Civil. Investigação de Paternidade. Repetição de ação anteriormente ajuizada, que teve seu pedido julgado improcedente por falta de provas. Coisa julgada. Mitigação. Doutrina. Precedentes. Direito de Família. Evolução. Recurso acolhido. (STJ – Resp. nº 226.436/PR, 4ª Turma, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 4.2.2002.)

Citando ainda precedente em Recurso Especial do qual também foi relator no qual afirmava que “deve-se ensejar a produção de provas sempre que ela se apresentar imprescindível à boa realização da justiça”¹²⁸.

Destaque-se que em tal caso não houve qualquer vício formal processual que pudesse dar ensejo a inexistência da sentença ou do processo, conforme hipótese analisada anteriormente. Houve sim o regular processamento da ação com seu julgamento de improcedência pelo fato da ciência não ter há época técnicas científicas suficientes para comprovar a paternidade da criança e os meios disponíveis terem se mostrado contrários a ela.

Destarte, a inconstitucionalidade da sentença manifestou-se posteriormente ao trânsito em julgado e ao prazo decadencial de 02 anos para o ajuizamento de ação rescisória, quando o exame de DNA passou a possibilitar a identificação da paternidade numa certeza próxima dos 100%. A partir do conhecimento do resultado do exame de DNA que comprovou a paternidade não reconhecida em sentença, a manutenção do comando jurisdicional em decorrência da imutabilidade proveniente da coisa julgada representou afronta ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e a direito personalíssimo que é o de toda pessoa conhecer suas origens.

Tal posicionamento na jurisprudência brasileira fez com que fosse contrariada a noção de que o processo civil é permeado pelo princípio da verdade formal, quando diga respeito a ações cujo objeto seja indisponível, pois o que prevalece para os defensores da teoria da relativização da coisa julgada é a busca pela verdade real, evitando-se que injustiças sejam perpetuadas.

Barbosa Moreira cita que o Superior Tribunal de Justiça, nesse caso:

Limitou-se a enquadrar a espécie na lei processual, mediante a flexibilização, perfeitamente razoável, do conceito de ‘documento novo’. Soube conciliar – e faz jus, por isso, a todos os louvores – uma alegada exigência de justiça com o respeito ao ordenamento positivo.¹²⁹

Entretanto, não se concorda com essa afirmação, já que se fosse uma simples flexibilização do conceito pré-existente, a ação não poderia ter sido julgada, visto que proposta posteriormente ao prazo legal da rescisória.

Apesar de os tribunais terem pacificado a questão da relativização da coisa julgada em sede de Investigação de Paternidade, conforme se depreende da análise dos julgados do STJ a esse respeito, a doutrina e a jurisprudência ainda não estão uníssonas no que diz

¹²⁸ STJ – Resp. nº 4.987/RJ, 4ª Turma, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 28.10.91

¹²⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Op. Cit., p. 215.

respeito à extensão dessa relativização a outros objetos de ações, ainda que versem sobre direitos fundamentais.

3.4.2 As Ações de Desapropriação de Terras na Serra do Mar e em Áreas Ambientais Protegidas

Outro caso amplamente discutido na jurisprudência acerca da possibilidade ou não de relativização da coisa julgada diz respeito às questões que envolvem indenização por desapropriação de propriedades situadas dentro do Parque da Serra do Mar, no Estado de São Paulo, e em outras áreas de proteção ambiental.

Tratam-se de casos onde os proprietários de terras que sofreram desapropriação estão sendo beneficiados por valores extremamente altos e desproporcionais ao real valor da terra, gerando enriquecimento sem causa em detrimento do patrimônio público e dos princípios da moralidade e razoabilidade.

Ilmar Galvão, durante o II Seminário de Direito Ambiental Imobiliário, realizado pela Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, trouxe os seguintes números para ilustrar essa situação. Afirmou que em São Paulo “cerca de 1,6% das ações da espécie é responsável por nada mais nada menos que 55,7% do montante dos precatórios pendentes”¹³⁰.

Caso semelhante a estes foi julgado pelo Superior Tribunal de Justiça no REsp n. 602.636/MA¹³¹ do qual foi relator o Ministro José Delgado, no qual se discutiu a contraposição dos princípios da coisa julgada e da justa indenização.

¹³⁰ GALVÃO, Ilmar. *II Seminário de direito ambiental imobiliário*. 2 ed. São Paulo, 1999, São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, 2000, p.149.

¹³¹ ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO. FASE EXECUTÓRIA. DETERMINAÇÃO DE NOVA AVALIAÇÃO. FIXAÇÃO DA TERRA NUA INCLUINDO A COBERTURA FLORÍSTICA. ART. 12 DA LEI 8.629/93. 1. Recurso especial intentado contra acórdão, exarado em agravo de instrumento, que reformou decisão monocrática designadora de nova perícia na área objeto da ação expropriatória, em fase de execução, por entender que o juiz de primeiro grau elevou premissa fática equivocada quanto aos cálculos, para chegar à conclusão adotada. 2. A desapropriação, como ato de intervenção estatal na propriedade privada, é a forma mais drástica de manifestação do poder de império, sendo imprescindível a presença da justa indenização como pressuposto de admissibilidade do ato expropriatório. 3. Posicionamento do Relator: filiação à corrente que entende ser impossível a res judicata, só pelo fundamento de impor segurança jurídica, sobrepor-se aos princípios da moralidade pública e da razoabilidade nas obrigações indenizatórias assumidas pelo Estado. Esse pensamento não nega a proteção do direito subjetivo de qualquer uma das partes, pelo contrário, a sua preservação apresenta-se devidamente fortalecida quando a decisão operante da coisa julgada vivifica sem qualquer ataque a princípios maiores constitucionais e que se refletem na proteção da cidadania. 4. Há razoabilidade em ato judicial de determinação de nova perícia técnica no intuito de se aferir, com maior segurança, o valor real no mercado imobiliário da área em litígio sem prejudicar qualquer das partes envolvidas. Resguarda-se, nesse atuar, maior proximidade com a garantia constitucional da justa indenização, seja pela proteção ao direito de propriedade, seja pela preservação do patrimônio público. 5. Inobstante em decisão anterior já transitada em julgado se haja definido o valor da indenização, é diante das peculiaridades do caso concreto que se pode estudar a necessidade da realização de nova avaliação. 6. Reforma do acórdão que afastou

Ressalte-se que nesse voto proferido pelo Ministro, ele destacou ser “imprescindível a presença da justa indenização como pressuposto de admissibilidade do ato expropriatório” e ainda “que impossível a *res judicata*, só pelo fundamento de impor segurança jurídica, sobrepor-se aos princípios da moralidade pública e da razoabilidade nas obrigações indenizatórias assumidas pelo Estado.”

Sendo assim o princípio da coisa julgada, ou o valor segurança jurídica protegido por este princípio, não pode ser analisado de maneira absoluta prevalecendo indiscriminadamente frente ao princípio do justo valor. O magistrado nessas circunstâncias deverá efetuar um juízo de valor elegendo qual valor deverá prevalecer em cada caso que se encontra sob sua análise.

Nesse sentido o Ministro José Augusto Delgado manifestou-se no II Seminário de Direito Ambiental Imobiliário ao concluir que:

(...) a sentença transitada em julgado pode ser revista, além do prazo para rescisória, quando a injustiça nela contida for de alcance que afronte a estrutura do regime democrático por conter apologia da quebra da moralidade, da legalidade, do respeito à Constituição Federal e às regras da natureza.¹³²

Ressalta ainda o mesmo autor finalizando suas considerações sobre a coisa julgada que:

A busca da fixação de novos princípios a regê-la só tem sentido se for voltada a fazer imperar a moralidade, a legalidade e a certeza do justo nas decisões judiciais. (...) Nunca há de ser admitido, como culto constante à democracia e aos valores que ela apregoa, ser a coisa julgada utilizada para a prática de estelionatos pelas vias processuais, desconhecendo-se os princípios éticos presentes em qualquer tipo de relação.

Constata-se, portanto, que tendo como base alguns casos pontuais, a teoria da relativização da coisa julgada foi se aprimorando, tendo na figura do Ministro José Augusto Delgado um dos seus maiores defensores, sendo que por suas mãos, o Superior Tribunal de Justiça passou a dar atenção especial a sua aplicação.

3.5 DEFENSORES DA DESCONSIDERAÇÃO DA COISA JULGADA

Cândido Rangel Dinamarco capitaneia a corrente doutrinária favorável à tese da relativização da coisa julgada. Em artigo publicado na Revista da Procuradoria Geral do

a designação de nova perícia. 7. Recurso especial provido. (STJ - REsp 602.636/MA, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 06.05.2004, DJ 14.06.2004 p. 178)

¹³² DELGADO, José Augusto. Op. Cit., p. 221.

Estado de São Paulo, intitulado *Relativizar a coisa julgada material*, apresenta as premissas de sua teoria e a opinião de outros doutrinadores que o acompanham.

Dinamarco parte da premissa de que:

Nenhum princípio constitui um objetivo em si mesmo e todos eles, em seu conjunto, devem valer como meios de melhor proporcionar um sistema processual justo, capaz de efetivar a promessa constitucional de acesso à justiça (entendida esta como obtenção de soluções justas – acesso à ordem jurídica justa). Como garantia-síntese do sistema, essa promessa é um indispensável ponto de partida para a correta compreensão global do conjunto de garantias constitucionais do processo civil, com a consciência de que os princípios existem para servir à justiça e ao homem, não para serem servidos como fetiches da ordem processual.¹³³

Partindo deste fundamento o autor conclui que havendo conflito entre a coisa julgada inconstitucional e outros bens de igual ou superior valor a ela e devido à necessidade de coexistência pacífica entre esses diversos bens, seria cabível a relativização da coisa julgada, a fim de se equilibrar o valor justiça com o valor segurança jurídica. Afirma, portanto, que a coisa julgada não deve ser levada longe demais, pois o processo é meio para a realização da justiça¹³⁴.

Humberto Theodoro Júnior trata do assunto da relativização em artigo sobre a coisa julgada inconstitucional, fixando que:

1. O vício da inconstitucionalidade gera a invalidade do ato público, seja legislativo, executivo ou judiciário;
2. A coisa julgada não pode servir de empecilho ao reconhecimento da invalidade da sentença proferida em contrariedade à Constituição Federal;
3. Em se tratando de sentença nula de pleno direito, o reconhecimento do vício de inconstitucionalidade pode se dar a qualquer tempo e em qualquer procedimento, por ser insanável (...)
4. Não há que se objetar que a dispensa dos prazos decadenciais e

¹³³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Relativizar a coisa julgada material*. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. São Paulo: Centro de Estudos, n. 55/56. janeiro/dezembro: 2001, p. 2.

¹³⁴ Cândido Rangel Dinamarco propõe a sistematização da relativização da coisa julgada com base nos seguintes fundamentos: “i - o princípio da *razoabilidade* e da *proporcionalidade* como condicionantes da imunização dos julgados pela autoridade da coisa julgada material; ii - a *moralidade administrativa* como valor constitucionalmente proclamado e cuja efetivação é óbice a essa autoridade em relação a julgados absurdamente lesivos ao Estado; iii - o imperativo constitucional do *justo valor* das indenizações em desapropriação imobiliária, o qual tanto é transgredido quando o ente público é chamado a pagar mais, como quando ele é autorizado a pagar menos que o correto; iv - o zelo pela *cidadania e direitos do homem*, também residente na Constituição Federal, como impedimento à perenização de decisões inaceitáveis em detrimento dos particulares; v - a *fraude e o erro grosseiro* como fatores que, contaminando o resultado do processo, autorizam a revisão da coisa julgada; vi - a garantia constitucional do *meio-ambiente ecologicamente equilibrado*, que não deve ficar desconsiderada mesmo na presença de sentença passada em julgado; vii - a garantia constitucional do *acesso à ordem jurídica justa*, que repele a perenização de julgados aberrantemente discrepantes dos ditames da justiça e da equidade; viii - o *caráter excepcional* da disposição a flexibilizar a autoridade da coisa julgada, sem o qual o sistema processual perderia utilidade e confiabilidade, mercê da insegurança que isso geraria.” (Idem, ibidem, p. 11)

prescricionais à espécie poderia comprometer o princípio da segurança jurídica. Para contornar o inconveniente em questão, nos casos em que se manifeste relevante interesse na preservação da segurança, bastará recorrer ao salutar princípio constitucional da razoabilidade e da proporcionalidade. Ou seja, o Tribunal, ao declarar a inconstitucionalidade do ato judicial, poderá fazê-lo com eficácia *ex nunc* (...).¹³⁵

Verifica-se que ele defende o princípio da Supremacia da Constituição Federal frente ao Princípio da Segurança Jurídica¹³⁶ que é objeto de proteção através do instituto da coisa julgada material, não admitindo que sentenças inconstitucionais possam ser executadas. Afasta o caráter absoluto da coisa julgada destacando que havendo afronta a preceito constitucional aquela deverá sucumbir, a fim de não se permitir que sentenças as quais contenham vícios muito graves, que ensejem nulidade, gerem efeitos no mundo jurídico.

Teori Albino Zavascki¹³⁷ defende a teoria da relativização da coisa julgada admitindo algumas hipóteses nas quais a supremacia da Constituição leva conseqüentemente à inexecução de sentenças tidas por inconstitucionais. O posicionamento adotado por Zavascki restringe a possibilidade dessa inexecução à existência de precedente do STF, ficando essas sentenças sujeitas à rescisão por via de impugnação ou embargos, não sendo necessária a adoção da via rescisória.

Nesse sentido cita julgado do Supremo Tribunal Federal que discorre sobre a coisa julgada inconstitucional do qual foi relator, no qual se destaca que:

Na interpretação do art, 485, V, do Código de Processo Civil, que prevê a rescisão da sentença que ‘violou literal disposição de lei’, a jurisprudência do STJ e do STF sempre foi no sentido de que não é toda e qualquer violação à lei que pode comprometer a coisa julgada, dando ensejo à ação rescisória, mas apenas aquela especialmente qualificada. Ocorre, porém, que a lei constitucional não é uma lei qualquer, mas a lei fundamental do sistema, na qual todas as demais assentam suas bases de validade e de legitimidade, e cuja guarda é a missão do órgão máximo do Poder Judiciário, o Supremo Tribunal Federal (CF, art. 102). Por essa razão, a jurisprudência do STF emprega tratamento diferenciado à violação da lei comum em relação à da norma constitucional, deixando de aplicar, relativamente a esta, o enunciado de sua Súmula 343¹³⁸, à consideração de que, em matéria constitucional, não

¹³⁵ THEODORO JR, Humberto. O tormentoso problema da inconstitucionalidade da sentença passado em julgado. In: DIDIER JR, Freddie (Org.) *Relativização da Coisa Julgada: enfoque crítico*. Salvador: JusPODIVM, 2006, p. 192.

¹³⁶ Humberto Theodoro Júnior destaca que “é do recurso ao *princípio da proporcionalidade* de que se encontra solução para conflitos de ordem constitucional como o que se trava entre o princípio da segurança (ou da intangibilidade da *coisa julgada*) e o princípio da supremacia da Constituição (princípio da constitucionalidade ou princípio de justiça em seu grau máximo)”. (Idem, *ibidem*, p 186).

¹³⁷ ZAVASKI, Teori Albino. Inexigibilidade de sentenças inconstitucionais. In: DIDIER JR, Freddie (Org.). Op. Cit., 2006, p. 336.

¹³⁸ STF – Súmula 343. Não cabe ação rescisória por ofensa a literal dispositivo de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais.

há que se cogitar de interpretação apenas razoável, mas sim de interpretação juridicamente correta.¹³⁹

Destaca ainda o autor que “pouco importa, para efeito de inexigibilidade da sentença exequianda, a época em que o precedente do STF em sentido contrário foi editado, se antes ou depois do trânsito em julgado”, bem como se esse precedente “tenha sido tomado em controle concentrado ou difuso, ou que, nesse último caso, haja resolução do Senado suspendendo a execução da norma”¹⁴⁰, pois na lei não há nada nesse sentido, sendo que foi clara a intenção do legislador de aproximar o controle concentrado do difuso visando a prevalência da Constituição Federal.

Defende o autor que a existência do precedente do Supremo Tribunal Federal, independentemente da forma como ele foi exarado, seja no controle concentrado via ADIn ou ADeCon, seja através do controle difuso através da análise de caso concreto que chegue para seu julgamento (nesse caso, mesmo que não haja homologação pelo Senado), é imperioso não se permitir que decisões contrárias a esses enunciados continuem a prevalecer em ofensa à Constituição Federal, sob o argumento de se preservar a coisa julgada.

Se o Supremo Tribunal Federal é de fato o guardião da Constituição Federal suas decisões têm que gerar efeitos tais, os quais permitam que as situações fáticas ocorridas dentro do judiciário violadoras da Constituição Federal sejam passíveis de serem sanadas e quando não possível, anuladas e excluídas do mundo jurídico. O Poder Judiciário não pode ter na coisa julgada arma de concretização de inconstitucionalidades deixando essas sentenças irregulares e absurdas ficarem protegidas sob o pesado e confortável manto da coisa julgada.

O Ministro José Augusto Delgado ao discorrer sobre o tema ressalta ser “inconcebível em face dessas idéias vigorantes no Estado Democrático de Direito, a continuidade do pensamento de que a coisa julgada é intangível, mesmo quando constituída em evidente confronto com postulados, princípios e regras da Constituição Federal”¹⁴¹, frisando ainda que “nenhum órgão do Estado, situe-se ele no Poder Judiciário, ou no Poder Executivo, ou no Poder Legislativo, está imune, sob qualquer pretexto, à força da Constituição”¹⁴².

¹³⁹ STJ – REsp nº 479.909, 1ª Turma, rel. Ministro Teori Albino Zavaski, DJ 23.8.2004.

¹⁴⁰ ZAVASKI, Teori Albino. Op. Cit., p. 337.

¹⁴¹ DELGADO, José Augusto. Reflexões contemporâneas sobre a flexibilização, revisão e relativização da coisa julgada quando a sentença fere postulados e princípios explícitos e implícitos da Constituição Federal. Manifestações doutrinárias. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (Org). *Coisa julgada inconstitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 107.

¹⁴² Idem, ibidem, p. 108.

A coisa julgada é meio de garantia processual e não deve valer em si mesmo e sim com o objetivo de garantir a estabilidade e a segurança jurídica das relações, desde que elas estejam de acordo com os ditames da Constituição Federal.

Alexandre Freitas Câmara fala dos bens sujeitos à proteção do Direito Constitucional Processual, dividindo essa inconstitucionalidade em orgânica, formal ou material. Destaca a ocorrência da primeira quando “provier de órgão jurisdicional distinto daquele a quem a Constituição da República tenha investido de jurisdição para a causa”, a segunda quando a sentença for produzida sem observância das formalidades constitucionalmente estabelecidas para essa espécie normativa” e, por último, a material “quando a decisão judicial contrariar o conteúdo normativo da Constituição da República”. Admite, portanto, o autor que “transitada em julgada esta, deve-se admitir que seja desconsiderada a coisa julgada” a qualquer tempo¹⁴³.

Deixa, contudo, ressalvado que tal ocorrência deve ser de caráter excepcional e não deve se tornar regra no sistema de processo brasileiro.

Da análise desse posicionamento é possível concluir que o princípio da supremacia da norma constitucional se sobrepõe ao princípio da coisa julgada, não havendo que se permitir a perpetuação de inconstitucionalidade, frente à preservação da coisa julgada. A adoção de posicionamento diverso levaria então à equivocada conclusão de que o CPC quando regulamentou a própria Ação Rescisória seria inconstitucional, pois a permissão da adoção desse tipo de ação representaria afronta à coisa julgada.

Os autores analisados acima consideram que a sentença que contém vício muito grave ou que afronta a Constituição Federal, sequer fará coisa julgada ou em fazendo, devido à gravidade da inconstitucionalidade nela contida, não deverá gerar o efeito da imutabilidade próprio da coisa julgada material, pois será possível de ser desconsiderada desconstituindo-se esses efeitos.

Pode-se concluir que, a despeito de cada autor tomar como base fundamentos diversos (ora a coisa julgada é inexistente, ora lhe é negada a imutabilidade, ora a sentença é nula), todos os argumentos trazidos têm em comum a supremacia da Constituição Federal frente ao princípio da coisa julgada. Havendo, portanto choque entre princípios constitucionais fundamentais e o princípio da coisa julgada, aqueles deverão prevalecer, pois a coisa julgada não é absoluta ficando enfraquecida frente aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade, legalidade, moralidade e justiça.

¹⁴³ CÂMARA, Alexandre Freitas. Bens sujeitos à proteção do Direito Constitucional Processual. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (Org). Op. Cit., p. 296.

3.6 COMBATENTES DA DESCONSIDERAÇÃO DA COISA JULGADA

Pode-se identificar na doutrina de Nelson Nery Júnior, Luis Guilherme Marinoni e José Carlos Barbosa Moreira, dentre outros, os principais argumentos contrários à tese de relativização ou desconsideração da coisa julgada material.

Partir-se-á nessa análise do posicionamento adotado por Nelson Nery Júnior¹⁴⁴, pois dos argumentos trazidos por ele no artigo *A polêmica sobre a relativização (desconsideração) da coisa julgada* é possível constatar que sua posição contrária à teoria é a mais radical dentre os demais autores estudados no presente trabalho.

Nelson Nery aborda a relevância da coisa julgada material e sua finalidade no processo, qual seja de gerar “a imodificabilidade, a intangibilidade da pretensão de direito material que foi deduzida no processo”, destacando que em decorrência de se tratar de instrumento de “pacificação social” não é dado as partes a possibilidade de se rediscutir a lide, seja nos mesmos autos, seja em processo autônomo, com repositura da mesma lide. Isso porque a vontade das partes é substituída, quando encerrada a jurisdição, pela vontade do Estado através da atividade jurisdicional.

Coloca a coisa julgada material como fundamento do Estado Democrático de Direito afirmando que parece ser menos grave o risco político de haver sentença injusta ou inconstitucional do que o risco da insegurança jurídica.

Resumindo seu posicionamento afirma que “a coisa julgada material tem força criadora, tornando imutável e indiscutível a matéria por ela acobertada, independentemente da *constitucionalidade, legalidade ou justiça* do conteúdo intrínseco dessa mesma sentença”¹⁴⁵.

Finaliza concluindo que o sistema brasileiro não permite qualquer relativização da coisa julgada material, admitindo-se apenas e tão somente nos casos expressamente regulamentados na lei e que, quanto a casos específicos como o da investigação de paternidade, necessário efetuar modificação nos dispositivos legais, não admitindo qualquer desconsideração da coisa julgada sem expressa previsão legal.

Mister destacar novamente que Nelson Nery Júnior entende pela inconstitucionalidade do Parágrafo 1º do art. 475-L, que dispõe sobre a impugnação ao cumprimento da sentença, e do parágrafo único do art. 741, que dispõe sobre os embargos a

¹⁴⁴ NERY JR, Nelson. A polêmica sobre a relativização (desconsideração) da coisa julgada e o estado democrático de direito. In: DIDIER JR, Freddie (Org.). Op. Cit., 2006, p. 253.

¹⁴⁵ Frise-se que Nelson Nery traz elemento histórico para justificar seu posicionamento, ao abordar a atuação de Adolf Hitler na Alemanha nazista, quando criou a Lei para Intervenção do Ministério Público no processo civil, “dando poderes ao *parquet* para dizer se a sentença seria justa ou não, se atendia aos fundamentos do Reich alemão e aos anseios do povo alemão” (Idem, *ibidem*, p. 260).

execução contra a Fazenda Pública com fundamento na inexigibilidade do título, ambos do Código de Processo Civil, conforme abordado anteriormente.

Desse posicionamento pode-se concluir que a despeito do doutrinador argumentar a admissão da relativização da coisa julgada material apenas nos casos expressamente regulamentados na lei, na verdade ele não aceita a mitigação da coisa julgada em hipótese alguma. Já que no caso dos mencionados artigos, ele os classificou como inconstitucionais, deveria dar esse adjetivo também ao artigo do Código de Processo Civil que regulamenta o cabimento da Ação Rescisória, pois ela desconsidera a coisa julgada e permite a rediscussão da ação entre as mesmas partes e com o mesmo objeto. Ora, se nem na legislação processual será possível prever qualquer dispositivo que permita a relativização da coisa julgada, verifica-se que na verdade ele está contrário à evolução do direito, defendendo a manutenção do processo civil no estado em que ele se encontra atualmente, independentemente das necessidades sociais.

Daí se constatar o extremo radicalismo da sua posição que coloca a coisa julgada acima de todos os valores constitucionalmente assegurados.

Luiz Guilherme Marinoni também se mostra plenamente contrário à possibilidade de se relativizar a coisa julgada material ressaltando a importância desta sob o argumento de que de “nada adianta falar em direito de acesso à justiça sem dar ao cidadão o direito de ver o seu conflito solucionado definitivamente”¹⁴⁶.

Afasta o doutrinador na sua análise, todas as possibilidades de relativização da coisa julgada que não expressamente previstas na lei, não admitindo nenhuma interpretação dos dispositivos legais que levem a uma aplicação da lei diversa, seja pela invocação dos princípios da legalidade, instrumentalidade e proporcionalidade, seja pela invocação do valor justiça, criticando inclusive os defensores da teoria, por não explicitarem em sua doutrina o que vem a ser o valor justiça que justifique sua contraposição ao valor segurança jurídica.

Todavia questiona-se se o cidadão quer simplesmente ver a lide tendo fim ou se o que ele objetiva é alcançar a realização dos direitos constitucionalmente assegurados? O processo tem um fim em si mesmo ou a realização do direito material é o fim do processo?

Entende-se que o exercício da jurisdição não se justifica em si mesmo, mas sim na possibilidade de se alcançar a justiça. E justiça deve ser compreendida como a concretização dos princípios e valores constitucionalmente assegurados.

¹⁴⁶MARINONI, Luiz Guilherme. O princípio da segurança dos atos jurisdicionais (A questão da relativização da coisa julgada material. In: DIDIER JR, Freddie (Org.). Op. Cit., 2006, p. 231.

José Carlos Barbosa Moreira defende posicionamento contrário à relativização argumentando que “o interesse na preservação da *res iudicata* ultrapassa, contudo o círculo das pessoas envolvidas”¹⁴⁷, pois a Segurança Jurídica apresenta um duplo interesse, da sociedade representada pelos jurisdicionados e do próprio Estado, coletividade. Daqueles, pois “a estabilidade das decisões é condição essencial para que possam os jurisdicionados confiar na seriedade e na eficiência do funcionamento da máquina judicial. Deste, pois “ao próprio Estado interessa que suas decisões jurisdicionais se armem de solidez”. A garantia constitucional da coisa julgada (CF, art., 5º, XXXVI) destina-se às partes do processo, aos terceiros sujeitos a ela e à coletividade.

Entende que para a análise da questão, necessário partir-se de dois caminhos. Aquele consistente em “negar a própria existência da coisa julgada material”, segundo o qual a coisa julgada não se formaria em algumas situações, não adquirindo a sentença imutabilidade, a despeito de ocorrida a preclusão de todas as vias recursais necessárias para novo exame da questão (opinião adotada por Teresa Arruda Alvim Wambier, José Miguel Garcia Medina e Cândido Rangel Dinamarco); e o segundo caminho consistente “em reconhecer a existência da coisa julgada material, mas entender que é possível ‘negar imutabilidade à sentença’ em razão do vício grave que a inquina”, isto é “entender que ‘a coisa julgada é suscetível de ser desconsiderada”, pois a inconstitucionalidade a tornaria nula (opinião adotada por Humberto Theodoro Júnior e Teori Albino Zavaski).

A partir desses caminhos fixa as seguintes críticas à adoção da relativização da coisa julgada. Com relação ao primeiro, argumenta o autor que a negação da existência da coisa julgada afasta a possibilidade de aplicação do art. 485, *caput*, do Código de Processo Civil, pois este limita a aplicação da Ação Rescisória à “sentença de mérito, transitada em julgado”, corroborando essa posição com entendimento uníssono da doutrina e jurisprudência que atesta que tal expressão significa “sentença revestida de autoridade de coisa julgada material”¹⁴⁸, dessa forma não seria possível desconstituir a coisa julgada.

Conforme visto anteriormente, entretanto, não seria necessário o ajuizamento de rescisória e sequer haveria necessidade propriamente dita de ajuizamento de qualquer ação contra sentença considerada inexistente, devido à gravidade do vício que a macula. Todavia, seria útil a adoção de medida judicial visando declarar sua inexistência e a conseqüente

¹⁴⁷MOREIRA, José Carlos Barbosa. Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material. In: DIDIER JR, Freddie (Org.). Op. Cit., 2006, p. 199.

¹⁴⁸ Destaque-se, contudo que a despeito desse entendimento prevalecer, há quem entenda de forma diversa. O próprio Barbosa Moreira traz à baila a opinião de Pontes de Miranda, segundo a qual o artigo mencionado faria menção à coisa julgada formal e não a coisa julgada material. Desta análise conclui-se que não ficaria inviabilizada a adoção da Ação Rescisória, ainda que se considerasse a não ocorrência da coisa julgada material.

desconstituição da coisa julgada, pois caso contrário a aparência de regularidade faria com que ela continuasse a gerar os efeitos próprios da sentença que transitou em julgado. Os instrumentos para tanto seriam os próprios embargos à execução ou até mesmo uma ação declaratória em que se requer o reconhecimento da inexistência da sentença, ou ainda uma preliminar na nova ação proposta com o mesmo objeto.

Com relação ao segundo caminho, qual seja da existência da coisa julgada negando-se a imutabilidade da sentença, afirma que surgem problemas com a aplicação dos arts. 471 e 474. Na aplicação do art. 471, a dificuldade surge, pois a relativização não se encaixaria nas hipóteses ali previstas¹⁴⁹, sendo taxativo o rol elencado. Concernente à aplicação do art. 474, devido a “eficácia preclusiva da coisa julgada material”¹⁵⁰ que impediria o reexame das questões já suscitadas e até mesmo aquelas que não o foram ou que eventualmente tenham escapado da apreciação do juiz. Nesse caso, uma vez configurada a coisa julgada material, a menos que se encaixe em casos específicos com expressa previsão legal, não há que se efetuar qualquer indagação “simplesmente porque ela torna juridicamente irrelevante a indagação sobre falso e verdadeiro, quadrado e redondo, branco e preto”.

Posição está com a qual não se pode concordar, pois conforme relatado acima, o processo não é um fim em si mesmo e sim meio, método de obtenção da realização do direito material, visando a pacificação social. Se o processo não está apto a atingir esses objetivos e substitui o direito material em grau de relevância, significa que nosso sistema e a jurisdição deixaram de ter sentido, pois não alcançam o objetivo almejado pelos homens.

Outra questão que suscita o autor, diz respeito ao órgão judicial que irá efetuar reexame da questão, pois na maioria dos casos existirá acórdão proferido após a sentença de primeiro grau.

Dessa forma, não poderá o órgão de primeira instância reexaminar a matéria decidida por órgão hierarquicamente superior, entendendo que o exame teria que ser efetuado por tribunal superior, seja o STJ ou STF, o que implica em violação das disposições taxativas contidas nos artigos 102, I e 105, I da Constituição Federal. Isso, portanto, somente seria possível se reconhecesse a nulidade da sentença o que, na opinião de Barbosa Moreira, afastaria a possibilidade da rescisória.

¹⁴⁹CPC - Art. 471. Nenhum juiz decidirá novamente, as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo: I – se, tratando-se de relação jurídica continuativa, sobreveio modificação do estado de fato ou de direito, caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença; II – nos demais casos prescritos em lei.

¹⁵⁰ CPC - Art. 474. Passada em julgado a sentença de mérito, reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas, que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido.

A despeito de o autor manifestar-se ao longo do seu estudo majoritariamente contrário à relativização da coisa julgada, o posicionamento adotado por ele comporta algumas exceções.

Acredita o autor que em casos como os da Investigação de Paternidade decorrente de descoberta científica passível de modificar o julgado, poder-se-ia rediscutir a questão, mas com propositura de Ação Rescisória com base no art. 485, VII do CPC, devendo o laudo pericial baseado na descoberta científica ser interpretado como prova nova. Cita nesse sentido REsp n. 300.084 no qual o STJ fixou o entendimento de que “o laudo de exame de DNA, mesmo posterior ao exercício da ação de investigação de paternidade, considera-se ‘documento novo’ para aparelhar ação rescisória”¹⁵¹.

Ocorre que tal interpretação não estaria apta a solucionar a questão do lapso temporal para propositura da Ação Rescisória que é de dois anos contados do trânsito em julgado da sentença, sugerindo que dever-se-ia modificar a disciplina para que o termo inicial para a Rescisória fosse o dia em que o interessado obtém o laudo e não a data do trânsito.

Verifica-se, portanto, que ele também considera a necessidade de haver reflexão sobre o tema e de, eventualmente, haver modificação nas previsões processuais.

Vistas estas doutrinas contrárias à tese da relativização ou desconsideração da coisa julgada constata-se que todos sempre invocam o interesse coletivo na manutenção da segurança jurídica de modo que não se justificaria a continuidade das demandas, ainda que se tratasse de ofensa a direito individual essencial ou fundamental assegurado constitucionalmente.

Entendem os autores contrários à possibilidade se desconsiderar a coisa julgada, que entre o interesse do indivíduo lesado pela sentença inconstitucional que transitou em julgado e o interesse coletivo na preservação da segurança jurídica e na estabilidade das relações, aquele deverá prevalecer.

Todavia, conforme será visto a seguir, quando diante de sentenças proferidas em ações coletivas, talvez tal assertiva não possa ser considerada verdadeira.

3.7 DESCONSIDERAÇÃO DA COISA JULGADA NAS AÇÕES COLETIVAS

3.7.1 Sentenças Coletivas Inconstitucionais e seus Efeitos

¹⁵¹ STJ – REsp nº 300.084/GO, 3ª Turma, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 6.9.2004.

Quando se está diante de um processo judicial que versa sobre direitos coletivos, verifica-se que a questão da inconstitucionalidade da sentença transitada em julgado pode ser muito mais prejudicial do que a observada em sentenças judiciais que versem sobre direitos individuais.

Conforme visto no capítulo anterior, o regime dos efeitos da coisa julgada no processo coletivo apresenta um tratamento completamente diferenciado do tratamento dado aos efeitos da coisa julgada no processo civil individual.

Enquanto neste a eficácia da sentença fica limitada em regra, apenas às partes da relação processual, ou seja, eficácia *inter partes*, em se tratando de processo coletivo tal eficácia será *erga omnes* em caso de procedência da demanda e, em caso de improcedência, exceto nas hipóteses em que não tenha como fundamento a falta de provas. Portanto, o alcance de uma sentença que padece de vício de inconstitucionalidade não atingirá apenas um indivíduo isoladamente, mas toda uma coletividade de pessoas.

Hugo Nigro Mazzilli destaca que por versarem as Ações Coletivas em regra sobre interesses de natureza transindividual, alguns deles se inserem na “categoria dos direitos fundamentais da humanidade, como é o caso do meio ambiente”¹⁵².

Conforme abordado no primeiro capítulo:

Ao se falar em direitos humanos de terceira dimensão não se encontrará um único ser humano ou um grupo específico de homens, mas sim a própria humanidade ou uma coletividade de pessoas indeterminadas como detentora do interesse na sua garantia e defesa, ligadas por uma situação de fato ou por uma relação jurídica originária (respectivamente difusos e coletivos *stricto sensu*).

Uma sentença inconstitucional proferida em uma ação coletiva que esteja amparada de maneira absoluta pelos efeitos da coisa julgada, poderá representar, portanto, violação a direitos humanos fundamentais de uma infinidade de pessoas.

Devido a importância dos direitos tutelados nas ações coletivas, foi criado um regime especial da coisa julgada pelo próprio legislador. Nesse sistema que é regulamentado pelo artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor, artigo 16 da Lei de Ação Civil Pública e artigo 18 da Lei de Ação Popular, as sentenças de improcedência por insuficiência de provas não são atingidas pela coisa julgada material, podendo qualquer legitimado para a propositura das ações coletivas repropô-las.

Entretanto, nos demais casos a coisa julgada irá se operar gerando efeitos que alcançarão uma infinidade de pessoas, dependendo do objeto daquela demanda, isto é, se

¹⁵²MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 514.

difuso, coletivo ou individual homogêneo. Certo é que os efeitos da coisa julgada no processo coletivo são muito mais amplos que aqueles decorrentes do processo individual, portanto, sentenças inexistentes, nulas ou inconstitucionais, dependendo do conceito que se adote, gerarão prejuízos muito superiores, pois não estarão restritos às partes do processo.

Hugo Nigro Mazzilli apresenta exemplo concernente a questão ambiental, a fim de ressaltar seu posicionamento favorável à relativização, qual seja:

Uma ação civil pública pode hoje resultar em improcedência, por falta de provas, mas porque o juiz, desconsiderando a perícia, erroneamente entendeu que o resíduo emitido pela chaminé da fábrica do réu não é poluente; antes conclui a sentença, o resíduo é saudável ou pelo menos é inócuo para o homem. Formada a coisa julgada com eficácia *erga omnes*, e vencida a oportunidade da rescisória, será que a humanidade ficará eternamente condenada a suportar aqueles resíduos altamente tóxicos e prejudicial? Pode ainda ocorrer que a sentença tenha sido dada por corrupção do juiz, e embora as provas da corrupção já fossem conhecidas, pode já ter decorrido o prazo decadencial de dois anos para propor a ação rescisória. O que fazer?¹⁵³

Outro exemplo é trazido a baila por Rodolfo de Camargo Mancuso:

(...) pode dar-se que uma ação civil pública acolhida e transita em julgado, tenha como causa de pedir a afirmação de que certo medicamento produzia graves efeitos colaterais, premissa que anos depois vem infirmada por novos dados da ciência, devidamente documentados, e já então coloca-se a questão de saber como *reabrir o caso*, já que a hipótese não se enquadraria, propriamente, no elenco dos que desafiam ação rescisória, elencados em *numerus clausus*, no art. 485 do CPC. Pensamos em que tal caso não se justifica, em nome da intangibilidade da coisa julgada, que o laboratório continue proibido de fabricar o remédio (...) A continuidade da interdição do fabrico de medicamento que depois vem a se saber que não produz efeitos colaterais antes tomados como fundamento do comando judicial precedente e recoberto pela coisa julgada, acarretaria uma situação injusta a que o Direito não pode ficar indiferente.¹⁵⁴

Evidente, que não se pode admitir que a humanidade fique prejudicada por essas sentenças, que significará a perpetuação do direito de poluir e do não acesso ao medicamento necessário e eficaz.

Rodolfo de Camargo Mancuso no mesmo sentido destaca:

(...) assim como o devido processo legal (CF, art. 5º, LV) e o acesso à Justiça (CF, art. 5º, XXXV) não podem, no plano coletivo, ser tomados na literalidade dos respectivos textos, assim também a coisa julgada não pode ser sacralizada em modo de uma intocável *cláusula pétrea*, até porque se

¹⁵³ Idem, ibidem, p. 514.

¹⁵⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 295.

trata de categoria processual (e, portanto, informada pela diretriz da instrumentalidade), antes fundada em razões de *política judiciária*, no melhor sentido, do que num dogma da ordem jurídica, em modo de um inabalável bloco monolítico.¹⁵⁵

Quando se está diante de um processo individual em que se invoque a superioridade do interesse social constante da segurança jurídica das relações, frente ao interesse dos indivíduos partes de um determinado litígio individual, é muito mais simples adotar o posicionamento radical invocado por Nelson Nery Júnior e demais defensores da impossibilidade de relativização da coisa julgada. Isso porque é possível argumentar que eventual prejuízo ao particular, isoladamente, justifica-se frente a preservação de um interesse que é da coletividade que é a manutenção da segurança jurídica das decisões judiciais. Esse argumento parece perfeitamente compreensível, a despeito de muitos desses interesses individuais poderem ser direitos personalíssimos fundamentais, que devem ser preservados frente a uma sentença inconstitucional, como é o caso dos exames de DNA nas ações de investigação de paternidade.

Todavia, quando se está diante de ações coletivas, a sentença inconstitucional amparada pela coisa julgada representa violação ao direito de pessoas ou grupo de pessoas indeterminadas. Destarte, em muitas ações o que está em jogo é o interesse coletivo que se não estiver em hierarquia semelhante ao da segurança jurídica, em alguns casos, poderá até mesmo suplantá-la, já que não raramente as ações coletivas versam sobre direitos fundamentais não do indivíduo ou de um homem isolado, mas da humanidade.

Frisa Rodolfo de Camargo Mancuso que:

A tese da *relativização da coisa julgada*, geralmente enfocada no plano da jurisdição singular, avulta em importância nas ações coletivas, justamente porque a coisa julgada opera eficácia potencializada, e então urge prevenir (ou reparar) a contradição entre os julgados proferidos nos dois planos – o coletivo e o individual – quando revelam de um mesmo tema controvertido; impende atuar eficazmente para que a imunização trazida pela coisa julgada não acabe operando como um contra-direito, ou como um vetor de injustiça, estabilizando situações absurdas e iníquas.¹⁵⁶

Conclui Mazzilli que “não se pode admitir coisa julgada ou direito adquirido contra direitos fundamentais da humanidade” e que “não se pode admitir a formação da coisa julgada contra a Constituição se esta é a base de todo o ordenamento jurídico, e, portanto, é a fonte de validade da própria coisa julgada.”¹⁵⁷

¹⁵⁵ Idem, ibidem, p. 291.

¹⁵⁶ Idem, ibidem, p. 296.

¹⁵⁷ MAZZILLI, Hugo Nigro. Op. Cit., p. 514 e 515.

Destaca ainda que “em alguns outros casos que envolvam direitos fundamentais da pessoa ou da humanidade, também nos parece imperioso que a jurisprudência mitigue ainda mais a coisa julgada formada quer em processos individuais quer em processos coletivos”¹⁵⁸.

Não se pretende, portanto, admitir a relativização da coisa julgada de maneira aberta e inconseqüente, mas em casos e situações que a sentença inconstitucional viole direitos fundamentais e princípios constitucionais que, no caso concreto, apresentem-se em hierarquia superior ao da segurança jurídica que tem como defensora a coisa julgada material.

3.7.2 Problemática Decorrente da Regulamentação das Ações Coletivas

Conforme visto no capítulo anterior, o processo coletivo brasileiro encontra inspiração na *class action* norte-americana, entretanto, o sistema adotado pelo legislador nacional deixou de contemplar alguns institutos previstos na legislação estrangeira, o que traz algumas dificuldades para a certeza do bom resultado da demanda coletiva.

Em conseqüência disso, muitas vezes a ação coletiva pode ser manobrada por pessoas que não têm condições técnicas e financeiras para dar andamento a ela, as provas não são produzidas adequadamente, os indivíduos não são cientificados da existência de demandas coletivas com o mesmo objeto de suas demandas individuais, dentre outras questões, as quais poderão acarretar o não atingimento dos objetivos na sentença dela decorrente.

Rodolfo de Camargo Mancuso destaca que:

No sistema das *class actions* do direito norte-americano cabe ao juiz verificar através da *defending function*, se o interesse metaindividual está sendo veiculado por um adequado representante, e, em caso positivo, uma vez dada a *fair notice* aos integrantes do grupo, a coisa julgada a todos alcançará *whether or not favorabl to the class* (norma 23 (c) (3) das *Federal Rules of Civil Procedure*.¹⁵⁹

A ausência desses institutos na legislação processual coletiva brasileira traz inúmeros problemas. De modo que Antônio Gidi em sua tese de doutorado pela PUC-SP já apontava algumas falhas na legislação nacional, estudo este que originou sua inovadora proposta de criação de um projeto do código de processo coletivo.

Com a colaboração dos doutrinadores Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Aluísio Gonçalves de Castro Mendes o projeto inicialmente proposto por Antônio Gidi sofreu

¹⁵⁸ Idem, *ibidem*, p. 513.

¹⁵⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Op. Cit.*, p. 300.

profundas modificações dando origem ao Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos, o qual se encontra em fase de análise no Ministério da Justiça.

Outro projeto de lei que pretende sanar algumas das falhas do processo civil coletivo é o da Nova Lei de Ação Civil Pública, o qual está por substituir o primeiro. Isso porque neste último projeto estão previstas mudanças mais pontuais, mantendo-se praticamente na íntegra as legislações especiais que disciplinam as outras espécies de ações coletivas, não representando uma ruptura tão brusca com o microsistema processual vigente. O que talvez se coadune mais com o momento social e político experimentado pelo país, eis que as grandes inovações pretendidas no Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos talvez fossem por demais retalhadas quando levadas ao Congresso Nacional, correndo o risco de se ter um grande retrocesso ao invés do avanço pretendido.

Da análise dos anteprojeto verifica-se influência do direito norte-americano, influência esta demonstrada timidamente no projeto da Nova Lei da Ação Civil Pública e, mais fortemente no Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos no qual há a previsão de trazer para a legislação brasileira vários elementos típicos da *class action* dentre os quais destacar-se-ão apenas os seguintes:

- a) Controle Judicial da representação adequada;
- b) Distribuição dinâmica do ônus da prova
- c) Notificação coletiva adequada das pessoas que podem ser atingidas pela decisão;
- d) Prova superveniente ao trânsito em julgado, em razão de novas tecnologias

Tal enfoque se deve ao fato de se entender que a ausência de um tratamento legislativo adequado na legislação vigente com relação a estes temas, traz grandes problemas para a sentença coletiva passado em julgado, de modo que prejuízos incomensuráveis poderão atingir a coletividade que sofrerá os efeitos da sentença proferida na ação coletiva.

3.7.2.1 A não representação adequada em Ações Cíveis Públicas

Devido a possibilidade das ações civis públicas apresentarem alcance amplo e irrestrito, atingindo toda a coletividade, a improcedência com base nas provas produzidas ou a procedência de uma ação coletiva mal formulada que verse sobre direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos pode trazer prejuízos a pessoas que sequer participaram da demanda.

Em decorrência disso, aquele que for atuar no pólo ativo da demanda deveria ter um mínimo de condições para conseguir desempenhar esse *mandamus* com adequação.

Pois bem, a Lei de Ação Civil Pública prevê no seu artigo 5º que são legitimados à propositura da ação civil pública: o ministério público; a defensoria pública; a União, os Estados e Município; as autarquias, empresas públicas, fundações, sociedades de economia mista e associações civis.

Em que pese verificar-se ainda no Brasil, que em regra o ministério público é quem tem figurado no pólo ativo dessas demandas, já que conforme pesquisa realizada pelo Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisa Judiciais constatou-se que no estado do Mato Grosso, 77,65% das demandas foram propostas pelo Ministério Público, seguido pelos Municípios e órgãos da administração direta e indireta com 11,47% e pelas associações civis com 4,23%¹⁶⁰, certo é que hoje com a proliferação das organizações não governamentais a tendência é de aumento na propositura dessas demandas por elas.

Ainda mais verificando que está havendo um maior conhecimento da ação civil pública até mesmo pelos membros da advocacia, já que anteriormente o estudo do processo coletivo estava restrito aos membros do Ministério Público que tiveram participação imprescindível na criação da Lei de Ação Civil Pública e na sistematização do atual microsistema de processo coletivo vigente.

Além disso, a previsão constante do artigo 18 da Lei de Ação Civil Pública que diz respeito aos custos dessa demanda acaba sendo um incentivador a mais para sua popularização pelas associações civis, pois no mesmo está previsto que:

Nas ações de que trata esta lei, não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogado, custas e despesas processuais.

Está impossibilidade do legitimado, que figurar no pólo ativo, ser condenado em sucumbência, a não ser que haja comprovada má-fé, e a desnecessidade de adiantar os custos da demanda, pode fazer com que haja uma má utilização desse instituto processual por associações que não tenham efetivamente condições técnicas jurídicas de levar a demanda adiante, sem contar também na possibilidade de conluio dessas associações com pessoas que tenham interesse na má condução da ação.

¹⁶⁰ Conforme pesquisa realizada pelo Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais, a pedido do Ministério da Justiça, apurou-se que 77,65% das ações civis públicas ajuizadas no estado do Mato Grosso tinham como autor o MP, 11,47% municípios e órgãos da administração direta e indireta; 5,14% associações civis; 4,23% entidades sindicais; 0,91% estados; 0,60% escolas, sendo que infelizmente, os estados do Rio Grande do Sul e de São Paulo, os quais também estavam sendo objeto da pesquisa não informaram dados que pudesse auferir essa estatística. (*Tutela judicial dos interesses metaindividuais Ações coletivas*. Brasília: Ministério da Justiça, 2007, Disponível em: <http://www.cebepej.org.br/pdf/acoes_coletivas.pdf>. Acesso em: 02 fev. 2009, p. 30).

No direito pátrio as únicas exigências que se faz para legitimar a propositura da ação civil pública por parte de qualquer associação civil são que:

- a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil;
- b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Sendo que, conforme parágrafo 4º, do artigo 5º, da Lei de Ação Civil Pública, a exigência da pré-constituição poderá ser desconsiderada pelo magistrado caso haja interesse social ou relevância do bem jurídico a ser protegido.

No direito brasileiro não é previsto o instituto típico das *class actions* americana, denominado *adequacy representation* (representação adequada), como requisito essencial para legitimar o ajuizamento da ação coletiva por representantes dos titulares do direito supra-individual violado.

Conforme leciona Antônio Gidi a finalidade deste requisito “é que o candidato a representante proteja adequadamente os interesses do grupo em juízo” visando o atendimento ao princípio do devido processo legal¹⁶¹. Necessário demonstrar, portanto que a parte que promove a *class action* possui de fato condições de efetivamente tutelar o interesse coletivo em jogo e que irá fazer isso da maneira mais eficiente e objetiva possível. É dado poderes ao magistrado de verificar se, de fato, determinada associação tem condições de ajuizar a demanda e realizar todos os atos necessários para a tutela do interesse objeto da ação coletiva.

Em que pese o instituto da representação adequada ter estado presente no Projeto da Lei de Ação Civil Pública, conhecido como Projeto Bierrenbach “o fato é que, na fórmula afinal convertida na Lei 7.347/1985, ficou abandonada a idéia inicial de deixar-se ‘a critério do juiz’ a verificação da ‘representatividade adequada’ da associação autora”¹⁶².

Em razão disso, muitas vezes observamos associações sem a menor estrutura física, financeira, jurídica e tecnicamente mal assessoradas, propondo demandas que terão efeitos sob toda a coletividade titular do interesse coletivo tutelado.

Essa ausência cria uma situação de insegurança para os reais titulares do interesse objeto de ação coletiva, pois não há mecanismos legais que assegurem que a ação será promovida por entidade que tenha de fato condições de bem representar os interessados,

¹⁶¹ GIDI, Antônio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 99.

¹⁶² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Op. Cit., p 106.

sendo que, independentemente de estarem ou não bem representados os efeitos da coisa julgada ocorrerão atendendo às disposições do Código de Defesa do Consumidor.

Sendo assim, é possível que uma ação coletiva que não seja bem conduzida e acabe encerrando-se com uma decisão de improcedência com base nas provas produzidas nos autos, de parcial procedência, ou até mesmo de total procedência, venha a causar lesão e prejuízo aos titulares do direito pleiteado, já que devido aos efeitos da coisa julgada quando se trate de interesses difusos e coletivos *stricto sensu*, não será possível a qualquer outro legitimado ajuizar nova demanda contra o mesmo réu, tendo o mesmo objeto e causa de pedir.

Destaque-se que no Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos encontra-se enumerado dentro dos seus princípios de tutela jurisdicional justamente a representação adequada e prevendo, com relação as associações que:

Art. 20, Par. 4º Em relação às associações civis e às fundações de direito privado, o juiz poderá dispensar o requisito da pré-constituição, quando haja manifesto interesse social evidenciado pelas características do dano, pela relevância do bem jurídico a ser protegido ou pelo reconhecimento de representatividade adequada (inciso I deste artigo).

O anteprojeto traz mais uma grande inovação no seu artigo 20, que vale destacar que é a previsão de legitimação para a propositura da Ação Coletiva Ativa, que seria a Ação Civil Pública atual, por:

I – qualquer pessoa física, para a defesa dos interesses ou direitos difusos, desde que o juiz reconheça sua representatividade adequada, demonstrada por dados como:

a – a credibilidade, capacidade e experiência do legitimado;

b – seu histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos difusos e coletivos;

c – sua conduta em eventuais processos coletivos em que tenha atuado;

Nesse caso, necessário também a verificação da representatividade adequada, para constatar se a pessoa que pretende demandar tem de fato condições de exercer esse ônus.

Já no projeto da Nova Lei de Ação Civil Pública não há previsão expressa nesse sentido, mas há um dispositivo ampliador dos poderes do juiz, no artigo 5º, o qual determina que:

§7º A ação civil pública seguirá o rito ordinário estabelecido no código de processo civil, obedecidas as modificações previstas nesta lei, podendo o juiz, quando a tramitação processual prevista na lei não se adequar às especificidades da causa ou à especial condição das partes, determinar a prática de atos que melhor se ajustem ao fim do processo, procedendo as necessárias adaptações.

Da leitura dessa previsão entende-se que, a despeito do projeto não citar a representação adequada, tal dispositivo autorizaria ao magistrado verificar tal representação levando-se em consideração o caso concreto, as características do legitimado e as condições das partes, visando a finalidade pretendida no processo.

Verifica-se, contudo, que a forma como se encontra atualmente formatada a legislação processual coletiva deixa lacunas extremamente graves, de modo que é imperiosa a permissão da relativização da coisa julgada, quando verificado que essas sentenças violaram direitos constitucionalmente assegurados de toda a coletividade. Ainda mais quando verificado que a associação, a qual esteve no pólo ativo não tinha condições de exercer essa função.

3.7.2.2 A não representação adequada em Ações Populares e a produção de provas

Outro problema que se enfrenta no âmbito das ações coletivas diz respeito às Ações Populares, disciplinadas pela Lei de Ação Popular e subsidiariamente pelo Código de Defesa do Consumidor e pela Lei de Ação Civil quando se trate de Ação Popular Ambiental.

A Ação Popular apresenta como legitimado ativo qualquer cidadão e a prova desta cidadania deverá ser efetuada mediante a apresentação do título de eleitor.

Diversamente das previsões contidas na Lei de Ação Civil Pública, que exime seus autores de adiantar todo e qualquer custo judicial com a demanda, a Lei de Ação Popular fixa no seu artigo 10 que “as partes só pagarão custas e preparo ao final”, tais fatos não eximem o autor popular do ônus de provar as alegações feitas na inicial e de custear os honorários, por exemplo periciais, necessários para tal prova.

Destaque-se que na jurisprudência prevalece o entendimento de que o salário pericial não é custas, conforme decisão abaixo:

Salário de Perito. É despesa que não está incluída nas custas (CPC 19 par. 2º) Isenção inadmissível (RJTJSP 117/337).

Não sendo possível considerar o salário do perito como custas processuais, o entendimento que prevalece é de que o autor popular não poderá se eximir do ônus da prova, nem do custeio de eventual perícia necessária para comprovação da tese por ele defendida na petição inicial.

Prevalece, portanto, na disciplina da Ação Popular a noção de produção de provas típicas do Estado Liberal, previstas no processo civil individual, segundo a qual “cada parte é

‘responsável’ por provar aquilo que alegou” na qual “a busca e a investigação da prova pelo próprio juiz são algo excepcional e subsidiário”¹⁶³.

Nesse sentido tem-se as seguintes decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Distrito Federal:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO POPULAR. CABIMENTO. ILEGALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO. LESIVIDADE AO PATRIMÔNIO PÚBLICO. COMPROVAÇÃO DO PREJUÍZO. NECESSIDADE. 1. O fato de a Constituição Federal de 1988 ter alargado as hipóteses de cabimento da ação popular não tem o efeito de eximir o autor de comprovar a lesividade do ato, mesmo em se tratando de lesão à moralidade administrativa, ao meio ambiente ou ao patrimônio histórico e cultural (...). (STJ - EREsp 260821/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Rel. p/ Acórdão Ministro João Otávio De Noronha, Primeira Seção, julgado em 23.11.2005, DJ 13.02.2006 p. 654) (grifo nosso).

AÇÃO POPULAR. CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA FORNECIMENTO DE EQUIPAMENTOS E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. REPRESENTANTE COMERCIAL EXCLUSIVO. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. ILEGALIDADE E LESIVIDADE NÃO CONFIGURADAS. (...) É ônus do autor provar a lesividade ao patrimônio público. O simples cotejo aritmético de valores, sem realização de perícia técnica, é insuficiente para se concluir pela lesividade ao patrimônio público, que é requisito da ação popular. Lesividade não demonstrada pelo autor. Recursos a que se nega provimento. (TJDF - APC 20000110169702, Relator Mario Machado, 4ª Turma Cível, julgado em 02/05/2005, DJ 14/06/2005 p. 1419) (grifo nosso).

Verifica-se na prática, portanto, que o ônus da prova conferido ao autor popular e o custeio dessa prova podem trazer um desfecho desastroso para estas ações, já que muitas vezes verifica-se ao longo do processo que ele não possui a menor condição técnica e financeira para comprovação de suas alegações.

Dessas ações, portanto, podem surgir sentenças com base em provas mal fabricadas, cuja coisa julgada afetará toda a coletividade, já que a única hipótese de sua não ocorrência é quando for baseada em ausência de provas.

Destaque-se que o objeto da Ação Popular, de acordo com a Constituição Federal é “anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural”.

Nessas ações, portanto, tem-se como objeto princípios constitucionais de extrema relevância que, em caso de sentença que os ofendam, não poderão deixar de ser revistos.

¹⁶³ RODRIGUES, Marcelo Abelha. A distribuição do ônus da prova no Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: GRINOVER, Ada Pelegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coord.). *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 244.

No Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos verifica-se determinação para aplicação de todas as disposições do capítulo I para as Ações Populares, inclusive a da representação adequada, a qual foi abordada no item acima.

Além disso, com relação à produção de provas em ações coletivas destaca:

Art. 11. Provas – São admissíveis em juízo todos os meios de prova, desde que obtidos por meios lícitos, incluindo a prova estatística ou por amostragem.

§ 1º Sem prejuízo do disposto no artigo 333 do Código de Processo Civil, o ônus da prova incumbe à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração.

§ 2º O ônus da prova poderá ser invertido quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação, segundo as regras ordinárias de experiência, ou quando a parte for hipossuficiente.

§ 3º Durante a fase instrutória, surgindo modificação de fato ou de direito relevante para o julgamento da causa (parágrafo único do artigo 5º deste Código), o juiz poderá rever, em decisão motivada, a distribuição do ônus da prova, concedendo à parte a quem for atribuída a incumbência prazo razoável para sua produção, observado o contraditório em relação à parte contrária (artigo 25, parágrafo 5º, inciso IV).

§ 4º . O juiz poderá determinar de ofício a produção de provas, observado o contraditório.

§ 5º. Para a realização de prova técnica, o juiz poderá solicitar a elaboração de laudos ou relatórios a órgãos, fundações ou universidades públicas especializados na matéria.

Com isso, confere o legislador o ônus da prova à parte que detiver o conhecimento técnico, ampliando a previsão contida no Código de Defesa do Consumidor, que antes estava restrita às ações consumeiristas, para toda e qualquer ação que verse sobre direito coletivo, que é a possibilidade de inversão do ônus da prova, bem como de uma conduta mais ativa por parte do próprio juiz na condução da instrução.

Destaca Marcelo Abelha Rodrigues que:

(...) é por demais reconhecido que a isonomia garantida pela constituição federal é a *real*, ou seja, tratar igual os iguais e desigualmente os desiguais na exata proporção de suas desigualdades.¹⁶⁴

Essa necessidade de ater-se à igualdade real é mais do que demonstrada na prática das ações coletivas no judiciário, na qual se demonstra a fragilidade das ações coletivas atuais e a dificuldade na produção de provas por pessoas despreparadas e em situação de completa hipossuficiência, seja no caso de Ação Popular no qual um cidadão se coloca em oposição a

¹⁶⁴ Idem, ibidem, p. 245.

órgãos públicos, governos e grandes empresas, seja no caso de Ações Cíveis Públicas movidas por associações civis recém constituídas, desprovidas de recursos técnicos e financeiros.

O mesmo autor pontua ainda que:

O Anteprojeto, expressamente declara a opção de que o juiz tem liberdade na determinação de produção de provas, impondo-se como limite a esta atividade inquisitorial o respeito ao contraditório. De qualquer forma deixa evidente que não é subsidiária a atuação do juiz, que pode *sponte sua*, buscar a prova que entender necessária ao seu convencimento, independentemente de esta atuação ser ou não subsidiária a dos litigantes.¹⁶⁵

No projeto da Nova Lei de Ação Cível Pública há disposições semelhantes sendo que, a despeito das mesmas não dizerem respeito expressamente à Ação Popular, pela utilização subsidiária da Lei de Ação Cível Pública à Lei de Ação Popular (mormente quando diante de Ação Popular Ambiental) importante tecer considerações a respeito.

Além da previsão constante do artigo 5º, parágrafo sétimo, analisada anteriormente, a qual amplia sobremaneira os poderes dos magistrados, prevê o projeto no mesmo artigo as seguintes disposições com relação à produção de provas:

§9º. O juiz distribuirá a responsabilidade pela produção da prova, por ocasião da audiência preliminar, levando em conta os conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos detidos pelas partes ou segundo a maior facilidade em sua demonstração:

I - Poderá ainda o juiz distribuir essa responsabilidade segundo os critérios previamente ajustados pelas partes, desde que esse acordo não torne excessivamente difícil a defesa do direito de uma delas.

II - O juiz poderá, a todo momento, rever a decisão de distribuição da responsabilidade da produção da prova, diante de fatos novos.

Com relação à realização de prova pericial, também traz proposta inovadora, conforme abaixo:

Art. 18. Em sendo necessária a realização de prova pericial requerida pelo legitimado ou determinada de ofício, o juiz nomeará o perito, preferencialmente, dentre servidores públicos especializados na matéria da prova, competindo ao órgão a que estão vinculados o ressarcimento das despesas por eles havidas para a elaboração da perícia.

§1º Em não havendo servidor público apto a desempenhar a função pericial a que alude o parágrafo anterior, competirá ao Poder Público remunerar o trabalho do perito judicial, após a devida requisição judicial.

Ratifica, portanto, a Nova Lei de Ação Cível Pública, as previsões contidas no Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos, as quais visam encerrar o problema

¹⁶⁵ Idem, ibidem, p. 250.

de produção de provas em matéria coletiva, o qual constitui grande empecilho para a difusão dessas ações.

Entende-se que, a despeito de não haver previsão expressa na lei acerca da necessária atuação por parte dos magistrados no sentido de garantir a produção de provas em ações coletivas, tendo como base o princípio da isonomia e da facilitação do acesso à justiça, deverá o juiz tomar uma ação mais ativa buscando alcançar a verdade real nessas ações, justamente pela abrangência de sua decisão. Quando assim não agir, verificado ofensa a Constituição Federal, imperioso se fará a relativização da coisa julgada.

3.7.2.3 A questão da divulgação das ações coletivas para possibilitar a suspensão das ações individuais, cujos titulares pretendam ser alcançados pelo seu resultado

O art. 104 do CDC dispõe que:

As ações coletivas, previstas nos incisos I e II do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes* a que aludem os incisos I e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva.

Da interpretação desse dispositivo verifica-se que, a princípio, ele facultaria ao indivíduo titular do interesse individual que verse sobre o mesmo objeto discutido em ação coletiva tomar três atitudes, a) permanecer inerte aguardando o resultado da ação coletiva; b) depois de ajuizada a ação individual sobrestá-la, para em caso positivo da sentença coletiva, ser atingido por seus efeitos e, por fim, c) prosseguir com a ação individual não sendo atingido pelos efeitos da ação coletiva.

Mas para que ele tenha tal opção, primeiro ele tem que ser cientificado da existência da ação coletiva, sistema este que ainda não se encontra eficazmente desenvolvido pelos Tribunais nacionais, já que não há efetivamente um controle das ações coletivas ajuizadas, de modo que sendo ajuizada em comarca diversa, dificilmente tal notícia chegará ao autor da ação individual.

O que se verifica, é que muitas vezes pelo fato de não se ter um meio eficiente para que os juízes ou distribuidores tenham conhecimento do ajuizamento de ação civil pública que verse sobre a mesma matéria discutida em pleitos individuais, ao autor da demanda individual sequer será dada essa oportunidade de suspender sua demanda individual.

Pergunta-se: mantendo sua demanda individual, supondo que ela seja julgada improcedente, e, posteriormente a ação coletiva seja julgada procedente, terá validade a sentença e a coisa julgada dela decorrente proferida na demanda individual, em detrimento da sentença proferida na ação coletiva na qual se reconheceu o direito de todos os indivíduos homogeneamente considerados, se a ele sequer foi dada a oportunidade de optar por ser beneficiado pela sentença coletiva?

Entende-se que nesses casos, a coisa julgada deverá ser relativizada, e todos os indivíduos que não tiveram oportunidade de suspender suas demandas individuais poderão ser atingidos pela sentença proferida na ação coletiva também.

Patrícia Miranda Pizzol destaca nesse sentido que “a sentença de improcedência proferida no processo individual não pode produzir efeitos em relação ao indivíduo que não teve a ciência da existência do processo coletivo”¹⁶⁶.

No Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos há previsões expressas acerca da relação entre as ações individuais e as ações coletivas.

O art. 7º do projeto prevê redação muito semelhante à existente atualmente no art. 104 do Código de Defesa do Consumidor, conferindo ao autor da demanda individual a faculdade de requerer a suspensão da sua demanda, quando verifique a existência de demanda coletiva sobre a mesma questão.

A inovação trazida pelo código projetado está nos parágrafos do art. 7º, mais especificamente nos 3º e 4º¹⁶⁷, nos quais estão previstas a possibilidade de ser determinada a suspensão das ações individuais, por iniciativa dos tribunais ou do juízo competente, além da iniciativa de suspensão conferida à parte autora da demanda individual, que prevalece na legislação atual.

Isso significa que o legislador pretende através da aprovação do anteprojeto conferir poder aos magistrados para que determinem a suspensão das demandas individuais, nos moldes como foi efetuado pelo Tribunal do Rio Grande do Sul, na decisão proferida no

¹⁶⁶ PIZZOL, Patrícia Miranda. *Coisa julgada nas ações coletivas*. Disponível em: <http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/artigo_patricia.pdf>. Acesso em: 28 jan. 2009, p. 22.

¹⁶⁷ CBPC – Art. 7º (...) § 3º O Tribunal, de ofício, por iniciativa do juiz competente ou a requerimento da parte, após instaurar, em qualquer hipótese, o contraditório, poderá determinar a suspensão de processos individuais em que se postule a tutela de interesses ou direitos referidos a relação jurídica substancial de caráter incindível, pela sua própria natureza ou por força de lei, a cujo respeito as questões devam ser decididas de modo uniforme e globalmente, quando houver sido ajuizada demanda coletiva versando sobre o mesmo bem jurídico. § 4º Na hipótese do parágrafo anterior, a suspensão do processo perdurará até o trânsito em julgado da sentença coletiva, vedada ao autor a retomada do curso do processo individual antes desse momento.

Agravo de Instrumento de n. 70020814539¹⁶⁸, hipótese esta em que o autor da demanda ficará impedido de retomar seu andamento antes de prolatada a sentença na ação coletiva.

Com isso se pretende evitar a proliferação de decisões contraditórias acerca do mesmo tema e a mobilização desnecessária de diversos foros julgando demandas com exatamente o mesmo objeto, eis que a demanda coletiva terá o condão de gerar efeitos a todos os titulares do direito individual homogêneo.

Destaque-se, contudo que a possibilidade de determinar a suspensão das demandas individuais por parte dos Tribunais ou juízes competentes estará condicionada: (i) a existência de demanda coletiva sobre o mesmo tema e (ii) a presença em ambos os processos de discussão acerca de matéria incindível. Portanto, a princípio, entende-se que não serão todas as ações individuais que possibilitarão essa suspensão.

Outra inovação é a possibilidade dos tribunais e /ou juízes verificarem a existência de diversas demandas individuais contra o mesmo réu e possuindo o mesmo objeto, notificar o Ministério Público nos termos do art. 8º do anteprojeto para que verifique a possibilidade de ajuizamento da demanda coletiva.

Mas a inovação mais relevante que se identifica diz respeito ao parágrafo 1º do artigo 7º, no qual se encontra acolhida a relativização da coisa julgada, pois prevê:

§ 1º Cabe ao demandado informar o juízo da ação individual sobre a existência de demanda coletiva que verse sobre idêntico bem jurídico, sob pena de, não o fazendo, o autor individual beneficiar-se da coisa julgada coletiva mesmo no caso de a ação individual ser rejeitada.

Acolhe expressamente a possibilidade de se desconsiderar a coisa julgada da ação individual, caso ela tenha um resultado negativo e não tenha sido seu autor realmente cientificado do ajuizamento de demanda coletiva com o mesmo objeto.

Já no projeto da Nova Lei de Ação Civil Pública, no artigo 2º, encontra-se a seguinte disposição acerca da notificação da propositura de ação civil pública:

§4º. Proposta a ação, deverá haver a ampla divulgação a fim de que os legitimados possam intervir no processo como assistentes, sem prejuízo de

¹⁶⁸ AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE COBRANÇA. DECISÃO QUE DETERMINOU O ARQUIVAMENTO DA AÇÃO INDIVIDUAL EM FACE DA RELAÇÃO DE PREJUDICIALIDADE VERIFICADA IN CONCRETO COM A AÇÃO COLETIVA QUE ENCERRA O MESMO OBJETO LITIGIOSO. Considerando-se a identidade do objeto litigioso na presente ação e na ação coletiva a que se refere a decisão ora impugnada, no evitar-se decisões contraditórias e ante a ausência de prejuízo ao litigante individual que poderá se beneficiar in utilibus com eventual julgamento favorável na ação coletiva, bem ainda pela imperiosa imposição dos princípios da celeridade, da duração razoável e racional do processo e do imperativo ético-jurídico da realização do direito, é de ser determinada a suspensão da ação individual, dado o evidente caráter de prejudicialidade da ação coletiva. Agravo a que se dá provimento, em parte. (TJRS - Agravo de Instrumento n. 70020814539. Segunda Câmara Especial Cível, Rel. Desembargador José Conrado de Souza Júnior, julgado em 07.08.2007)

ampla divulgação pelos meios de comunicação social, além da notificação dos órgãos e entidades de defesa dos interesses envolvidos na lide acerca da propositura da demanda. Deverá conter todas as informações pertinentes à notificação adequada dos interessados, sendo essenciais os seguintes elementos: natureza da ação e extrato da petição inicial; figurantes do pólo ativo e passivo; definição do grupo; endereço eletrônico do legitimado para esclarecimentos de dúvidas, sem prejuízo de outros, de acordo com a prudência do juiz.

Enquanto que no artigo 16, § 3º, está previsto o seguinte, acerca da suspensão das ações individuais quando em trâmite ação civil pública com o mesmo objeto:

§3º O ajuizamento de ações coletivas não induz litispendência para as ações individuais, mas haverá a suspensão destas desde que tenham objeto correspondente até a prolação da sentença coletiva, salvo se já estiver em grau de recurso e houver expressa postulação do interessado no sentido de haver o seu regular prosseguimento.

Entende-se que o segundo projeto não teve o mesmo cuidado e detalhamento do primeiro para solucionar a questão de como a suspensão das demandas individuais ocorrerão, nem tampouco em como serão distribuídos os efeitos das sentenças, caso essa suspensão não tenha ocorrido, pelo fato do indivíduo não ter tido conhecimento da demanda coletiva. Apesar da previsão da ampla divulgação nos meios de comunicação social da existência da ação civil pública, entende-se que a previsão do anteprojeto do código de atribuir tal ônus ao Réu da demanda individual trará um efeito mais benéfico ao autor da ação.

Enquanto não vigente as previsões do direito projetado, contudo, entende-se que para não se ferir o princípio da isonomia e do acesso a justiça, outra não pode ser a interpretação senão a da desconsideração da coisa julgada dessas ações individuais improcedentes, cujos autores sequer tiveram conhecimento do ajuizamento da demanda coletiva que venha a ser procedente.

3.7.2.4 Desenvolvimento científico e prova nova

Outro problema que vem sendo enfrentado pelos doutrinadores do processo coletivo diz respeito ao exíguo prazo decadencial para o ajuizamento de ação rescisória em ações que tenham como fundamento prova nova, em razão do surgimento de novas tecnologias, que não eram disponíveis no momento do julgamento de improcedência de ação coletiva, com base nas provas produzidas à época.

Pelo fato de muitas ações coletivas versarem sobre meio ambiente supõe-se a hipótese da propositura de uma ação civil pública por parte de um dos legitimados para tanto,

contra uma indústria que esteja jogando dejetos de sua produção em um curso d'água. Feita toda a instrução processual e realizadas as perícias técnicas necessárias fique comprovado que os dejetos despejados não são aptos a causar malefícios para o meio ambiente e para a saúde humana, sendo a ação julgada improcedente. Teoricamente a sentença será acobertada pelo manto da coisa julgada e não poderá mais ser rediscutida a questão ali tratada. Posteriormente, contudo, verificado através do desenvolvimento e aprimoramento das técnicas científicas que, na verdade, tal dejetos é extremamente prejudicial para o meio ambiente e para a saúde humana, não mais poderia ser discutida tal ação, de modo que a coisa julgada asseguraria ao industrial o direito de continuar poluindo, afinal a segurança jurídica estaria preservada.

É evidente que não se pode permitir tal atrocidade. Já que a manutenção do meio ambiente saudável e equilibrado é condição de existência da própria espécie humana, enquanto o princípio da segurança jurídica é um mero princípio processual que deve funcionar com meio para se alcançar a justiça e não empecilho a ela.

No Anteprojeto do Código Brasileiro de Processo Coletivo, há uma inovação permitindo relativização da coisa julgada em ações coletivas, nos moldes sugerido por Barbosa Moreira para alteração do prazo decadencial da rescisória do Código de Processo Civil.

Prevê o artigo 13, par. 5º:

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 da descoberta de prova nova, superveniente, que não poderia ser produzida no processo, desde que idônea para mudar seu resultado.

O objetivo desse dispositivo é fazer com que o manto da coisa julgada não persista frente ao surgimento de novas tecnologias que possam demonstrar resultado prático diverso do alcançado através do processo, como poderia ocorrer em sede de Ação Civil Pública de matéria ambiental. Situação esta, que podemos afirmar ser análoga a que vem sendo discutida nas Ações de Investigação de Paternidade, repropostas com base em laudo de exame de DNA anteriormente indisponível.

Com relação ao projeto da Nova Lei de Ação Civil Pública não se encontra nada a respeito.

Ainda que o anteprojeto do código venha a entrar em vigência, tal hipótese não resolveria todas as questões aventadas pelos defensores da teoria da relativização da coisa julgada, as quais demonstram preocupação com a supremacia da coisa julgada material frente

a bens constitucionalmente protegidos, que talvez estejam até mesmo em hierarquia superior a ela.

Destarte, não se pode ficar a mercê das sentenças inconstitucionais ignorando que o direito nelas declarado diverge da realidade efetiva.

3.7.2.5 Sentença de improcedência tendo como base provas dos autos X sentenças de improcedência por falta de provas

Conforme já abordado exhaustivamente, os efeitos da coisa julgada em ações coletivas, em caso de improcedência, dependem da verificação se está improcedência ocorreu por falta de provas ou tendo como fundamento as provas produzidas efetivamente nos autos da demanda.

Aparentemente, portanto, não haveria controvérsia. Havendo julgamento por insuficiência de provas, persistiria a possibilidade de repositura da demanda por qualquer legitimado.

Nos dizeres de Eduardo Alvim:

O que não se admite é que, quando uma ação civil pública foi julgada improcedente, (sem qualquer indicação de o ter sido por insuficiência de provas), em seguida seja proposta outra ação civil coletiva, como se disse, pois isso afrontaria o sentido da decisão com efeitos *erga omnes* proferida na ação civil pública, a qual, no caso de improcedência, se não atinge indivíduos individualmente considerados, atinge, todavia, todos os legitimados.¹⁶⁹

Verifica-se que na análise das ações coletivas e de seus efeitos não se poderá apenas verificar se houve manifestação expressa na sentença de que a sua improcedência se deu efetivamente por falta de provas. Isso porque, não raramente, os juízes ao sentenciar não têm o hábito de mencionar que a improcedência se deu por falta de provas, ocasionando dificuldade na constatação se as sentenças de improcedência estão ou não acobertadas pela coisa julgada *erga omnes*.

Dessa forma, entende-se que deverá ser efetuada uma análise mais pormenorizada da decisão, sendo que mesmo não tendo sido declarada expressamente na sentença a

¹⁶⁹ ALVIM, Eduardo Arruda. Coisa julgada e litispendência no anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coord.). *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 179.

insuficiência de provas como fundamento da improcedência, se constatado que essa foi a justificativa, caberá sim o ajuizamento de nova demanda coletiva por qualquer legitimado.

Afirma no mesmo sentido, Patrícia Miranda Pizzol, que:

Mesmo não declarando o juiz que a improcedência se deve à insuficiência das provas, se a sentença tiver sido proferida sem a totalidade das provas disponíveis à época, deve-se entender que a hipótese é de insuficiência de provas, permitindo-se a repositura da ação¹⁷⁰.

Segundo Marcelo Abelha:

Dever-se-ia relativizar a coisa julgada, abrindo-se a hipótese de rediscussão do que teria sido julgado com base no art. 333 (*non liquet*), sempre que houvesse acesso a provas que permitissem alcançar um resultado que fosse corretivo de eventual injustiça. É o que já prevêm, nesses termos, os arts. 18 e SS. da LAP (4.717/65), o art. 16 da LACP e o art. 103, I e II do CDC.¹⁷¹

Tal problema foi identificado pelos autores do anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos, tanto que no artigo 12 há previsão específica sobre a motivação das decisões judiciais.

Art. 12. Motivação das decisões judiciais. Todas as decisões deverão ser especificamente fundamentadas, especialmente quanto aos conceitos jurídicos indeterminados.

Parágrafo único. Na sentença de improcedência, o juiz deverá explicitar, no dispositivo, se rejeita a demanda por insuficiência de provas.

A mesma preocupação, contudo, não é encontrada no projeto da Nova Lei de Ação Civil Pública.

Destarte, entende-se que ainda que aparentemente haja coisa julgada *erga omnes*, devido a não identificação do fundamento da decisão de improcedência, tal deverá ser desconsiderada permitindo-se a repositura da demanda.

Rodolfo de Camargo Mancuso destaca posicionamento ainda mais amplo, com o qual se concorda, através do qual há uma efetiva relativização da coisa julgada.

Defende o autor que:

Nesse contexto assim *reducionista*, enquadra-se a exclusão da coisa julgada quanto à *motivação* do julgado, o que é particularmente importante para as ações coletivas ambientais, ensejando o afastamento da força preclusiva até mesmo nos casos em que – segundo a convicção do julgador – a improcedência derivara de *prova plena*, mas depois de novos dados científicos convincentes vêm demonstrar que a premissa donde partira o

¹⁷⁰ PIZZOL, Patrícia Miranda. Op. Cit., p. 17.

¹⁷¹ RODRIGUES, Marcelo Abelha. Op. Cit., p 252.

comando judicial não tem consistência atual e mesmo estava divorciada da realidade fenomenológica¹⁷².

Trata-se de entendimento análogo ao constante no Código de Processo Civil que diz respeito às relações jurídicas continuativas, cujo tratamento foi contemplado no Código de Processos Coletivos para Ibero-América do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual¹⁷³.

Verifica-se, portanto, que o que se objetiva é não permitir que a verdade declarada no processo possa ser eternizada em oposição à realidade fática que se verifique além do processo, de modo que o direito material coletivo seja efetivamente alcançado.

¹⁷² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 303.

¹⁷³ Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América - Art. 34. *Relações jurídicas continuativas* – Nas relações jurídicas continuativas, se sobrevier modificação no estado de fato ou de direito, a parte poderá pedir a revisão do que foi estatuído por sentença.

IV A HERMENÊUTICA JURÍDICA E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO FUNDAMENTOS DA RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA COLETIVA

4.1 A EVOLUÇÃO DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

Analisando o desenvolvimento do direito constata-se que quando vigorava o pensamento jurídico moderno, prevalecia o entendimento de que o direito era objeto da racionalidade científica, que tinha como base metodológica a subsunção do fato concreto à norma, fundamentado na unicidade do ordenamento jurídico que se baseava em uma única norma fundamental.

Nesta concepção do direito, prevalecia a necessidade de identificar a vontade do legislador ou a vontade da lei, com a inclusão de métodos de interpretação como fator de inibição da criatividade do intérprete.

Luis Roberto Barroso sintetiza as idéias que vigoravam no Positivismo que teve início na Pré-modernidade, no Estado Liberal com a consolidação dos direitos humanos de primeira dimensão e que teve seu ápice na Modernidade do Estado Social e com a positivação dos direitos humanos de segunda dimensão, com as seguintes afirmações:

- (I) a aproximação quase plena entre Direito e norma;
- (II) a afirmação da estatalidade do Direito: a ordem jurídica é una e emana do Estado;
- (III) a completude do ordenamento jurídico, que contém conceitos e instrumentos suficientes e adequados para solução de qualquer caso, inexistindo lacunas;
- (IV) o formalismo: a validade da norma decorre do procedimento seguido para sua criação, independentemente do seu conteúdo.¹⁷⁴

Segundo essas disposições, o trabalho do intérprete do direito estava plenamente limitado pela norma positivada, não cabendo qualquer interpretação extensiva ou atuação mais ativa por parte deste operador do Direito. O cumprimento da formalidade positivada dava caráter de legitimidade e validade para a norma, não havendo espaço sequer para o questionamento de seu conteúdo.

Historicamente, analisando-se a queda do fascismo e do nazismo, época que coincide com a decadência dessa concepção do direito, verifica-se que devido a essa prevalência da norma e do poder do Estado legalmente instaurado, “os principais acusados de Nuremberg

¹⁷⁴ BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luiz Roberto (Org.) *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 25.

invocaram o cumprimento da lei e a obediência a ordens emanadas da autoridade competente¹⁷⁵ em suas defesas.

Afinal se o formalismo para elaboração da lei fosse cumprido de acordo com a norma positivada, qualquer ato que emanasse da aplicação da legislação em vigor era plenamente justificável, pois se estava concretizando a ordem jurídica válida.

Prevalecia então, a hermenêutica metodológica como interpretação do direito baseada nas seguintes escolas. A Escola Exegese, segundo a qual o intérprete deveria tentar alcançar a vontade do legislador no momento de criação da lei, ao interpretá-la. A Escola Teológica, a qual discorda desse posicionamento, fixando que o Direito proveio do céu como idéia nata, sendo descoberto por sábios. A Escola Histórica com Vico, que atribui tudo à coletividade, devendo interpretar a norma como obra de elaboração espontânea da consciência jurídica nacional, fenômeno da psicologia social, e não obra de um homem ao seu livre arbítrio¹⁷⁶.

Em que pese alguns diferenciais na concepção interpretativa de cada escola, verifica-se que o traço em comum presente em ambas é a passividade do intérprete que está limitado pelo conteúdo da própria norma quando de sua criação.

A posição favorável a se alcançar a vontade do legislador na interpretação da lei, segundo Carlos Maximiliano, mostra-se inadequada. O próprio processo legislativo pelo modo como é operacionalizado muitas vezes não permite esse alcance, pois inúmeras emendas e alterações no texto original são efetuados, de modo que aquilo exprimido como vontade do criador da lei, acaba sendo alterado na sua essência.

Além disso, acrescenta o mesmo autor, o legislador age muitas vezes compelido por pressão social, não representando o produto do processo legislativo, necessariamente sua vontade. Muitas vezes ainda a própria lei se mostra imprecisa devendo haver um aprofundamento do seu significado, o que dirá então de esmiuçar a imprecisão do pensamento do legislador. Dúvidas maiores acabarão por surgir.

Na hermenêutica metodológica verifica-se que o que o direito ganharia em segurança com a rigidez, perderia em utilidade¹⁷⁷, portanto a modificação da concepção da hermenêutica jurídica foi essencial para buscar meios de adaptar os infinitos casos concretos à realidade da regra abstrata, objetiva e rígida.

¹⁷⁵ Idem, ibidem, p. 26.

¹⁷⁶ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 21.

¹⁷⁷ Idem, ibidem, p. 21.

Nesse sentido Lênio Streck¹⁷⁸ na sua obra *Heremênutica Jurídica e(m) Crise* apresenta o fenômeno da “fetichização do discurso jurídico” através do qual a lei passa a ser vista como uma lei em si, sem considerar as condições em que ela foi confeccionada”, destacando que o processo interpretativo deveria ter um caráter produtivo e não meramente reprodutivo, pois o que rege esse processo é a condição de produção do texto legal. O intérprete, portanto, não reproduziria o conteúdo da lei, mas sim criaria um sentido de acordo com o que lhe melhor conviesse. Dessa forma, o sentido da lei é heterônomo, vem de fora dado pelo intérprete.

Com o início da Pós-Modernidade, do Estado Neo-liberal e com a consolidação dos direitos fundamentais de terceira geração foi se verificando que a dogmática jurídica Moderna não se mostrava mais adequada para a busca dos ideais de justiça e para a concretização dos direitos humanos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana.

O Direito, portanto, na Pós-modernidade não pode mais seguir os antigos conceitos que vigoraram nas teorias modernas através das quais fazia com que “o estudioso assumisse uma atitude cognoscitiva (de conhecimento) fundado em juízos de fato”¹⁷⁹, na qual a norma apresenta um sentido unívoco, limitada a sua subsunção aos fatos concretos.

Segundo a teoria crítica do direito, que se sobrepõe a visão tradicional do direito da Modernidade deve se:

(...) enfatizar o caráter ideológico do direito, equiparando-o à política, a um discurso de legitimação do poder (...) preconizando a atuação concreta, a militância do operador jurídico, à vista da concepção de que o papel do conhecimento não é somente a interpretação do mundo, mas a sua transformação.¹⁸⁰

Portanto, não se faz mais possível pressupor que a lei é completa e que todos os fatos serão passíveis de serem regulamentados por uma lei de maneira una e indissolúvel.

Não cabe mais atribuir ao magistrado o papel de mero prolator da letra da lei com uma interpretação limitada à subsunção dos fatos à norma jurídica positivada. O ordenamento jurídico passa a ser guiado por vários microssistemas compostos não só por normas, mas por princípios implícitos e explícitos que não podem ser ignorados por seus personagens e atores.

Lênio Streck aborda o papel dos princípios gerais do direito e a atuação dos juízes quando os aplicam afirmando que nesses casos estariam criando direito, pois nem todas as conseqüências e princípios poderiam estar previstos no direito. Conclui o autor que “os

¹⁷⁸ STRECK, Lênio Luiz. *Heremênutica jurídica e(m) crise. Uma exploração heremênutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 77 e ss.

¹⁷⁹ BARROSO, Luis Roberto. Op. Cit., p. 14.

¹⁸⁰ Idem, ibidem, p. 14.

princípios adquirem significado apenas quando considerados em conjunto com o restante do sistema jurídico, daí a necessidade de pressupô-lo como sua totalidade”¹⁸¹.

A complexidade do mundo da Pós-modernidade alcançado pela globalização econômica e de direitos, a massificação do consumo e do direito através da concretização dos direitos transindividuais que superam a característica de titularidade individual, passando a ser tratado como direitos de massas ou da coletividade, quando não da humanidade, exige dos estudiosos do direito uma busca por um meio mais adequado para sua realização.

Há, portanto, que se adaptar o Direito ao mundo novo, aos fenômenos sociais e econômicos que estão em constante transformação, rompendo com a hermenêutica metodológica típica do positivismo tradicional que vigorou até meados do século XX.

As respostas para os conflitos de natureza transindividuais não serão encontradas apenas na analogia, interpretação extensiva ou subsunção.

Passa-se da hermenêutica metodológica, para a hermenêutica ontológica baseada no círculo hermenêutico, na qual o que se estuda é o ser e não o objeto. O direito deverá, portanto ser compreendido e não mais apreendido, pois é linguagem e não objeto.

4.2 A HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

A base para o processo hermenêutico ontológico é a pré-compreensão e considerando que cada um compreende de acordo com sua pré-compreensão, o direito não será consenso e o processo na sua interação com essa hermenêutica não poderá ser visto apenas como mero instrumental.

Conforme leciona Eros Grau¹⁸², “o compreender é dotado de um movimento circular”, é o círculo hermenêutico proposto por Heidegger que o descreve de “forma tal que a compreensão do texto se encontra continuamente determinada pelo movimento antecipatório da pré-compreensão – o círculo do todo e partes não se anulam na compreensão total, porém nela alcançam sua realização mais autêntica” descrevendo um movimento estrutural ontológico da compreensão e não metodológico, como proposto pela teoria da hermenêutica metodológica.

Eros Grau destaca ainda que o processo é atividade de criação do direito; é norma de decisão que representa a compreensão do fato concreto, a verdade do fenômeno concreto e

¹⁸¹ STRECK, Lênio Luiz. Op. Cit., p. 94.

¹⁸² GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação / aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 114.

não mero resultado do processo legislativo de interpretação limitada, que atende a ideologia do poder dominante.

Abandonando-se a concepção meramente instrumental do processo tem-se que a argumentação é a reconstrução do caminho já percorrido na sua dimensão de fundamento que pode transformar o intérprete, sendo que essa transformação não altera o resultado do círculo hermenêutico, mas apenas viabiliza outros e conseqüentemente outras compreensões.

Somente assim é possível chegar a um direito enquanto ser real, voltado para as necessidades sociais.

Mais uma vez Lênio Streck¹⁸³ pontua que não há conflito de regras, mas sim em valores no mesmo plano e sua efetividade, eficácia de resultados. A norma de decisão busca aplicar o princípio mais adequado através da ponderação desses princípios, isto é, verificando-se qual o princípio mais adequado que nessa norma de direito produzirá o efeito almejado pela sociedade.

Pondera o autor que a Constituição Federal tem condições de triunfar sobre a interpretação inautêntica do direito, pois “trata-se da Constituição que mais do que um texto é condição de possibilidade hermenêutica de outro texto, é um fenômeno constituído historicamente como produto de um pacto constituinte, enquanto explicitação de um contrato social”¹⁸⁴.

No mesmo sentido Luiz Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos destacam que “a Constituição passa a ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as idéias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central”¹⁸⁵.

Os doutrinadores são uníssomos em afirmar o caráter principiológico da Constituição Federal de 1988 e a necessidade de adequação dos intérpretes, à hermenêutica ontológica, no sentido de se conseguir alcançar a efetiva realização do direito, sem a limitação típica da aplicação da hermenêutica metodológica.

Eros Grau ao abordar os princípios jurídicos destaca a existência de princípios postos que seriam os princípios explícitos, e princípios pressupostos, que são princípios implícitos afirmando que “os princípios postos (princípios explícitos) reproduzem a estrutura peculiar do

¹⁸³ STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

¹⁸⁴ Idem, *ibidem*.

¹⁸⁵ BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luiz Roberto (Org.) *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 338.

texto das normas jurídicas”¹⁸⁶. Entretanto, entende-se que não podem ser confundidos com as regras, pois estas são “normalmente, relatos objetivos, descritivos de determinadas condutas e aplicáveis a um conjunto delimitado de situações”, enquanto que os princípios “contém relatos com maior grau de abstração, não especificam a conduta a ser seguida e se aplicam a um conjunto amplo, por vezes indeterminado, de situações”¹⁸⁷.

Enquanto nas normas vê-se presente um conteúdo mais pragmático e descritivo de determinadas condutas, nos princípios o que se verifica é uma concepção axiológica que visa a preservação de determinado valor ou finalidade. Justamente por essa diferenciação que a subsunção não é suficiente para a interpretação e aplicação de princípios, apesar de continuar sendo efetiva quando se está apenas diante de normas de direito.

Numa primeira visão do conflito de normas tem-se a aplicação do *tudo ou nada*, de modo que “uma regra somente deixará de incidir sobre a hipótese de fato que contempla se for inválida, se houver outra mais específica ou se não estiver em vigor”¹⁸⁸, enquanto que a aplicação dos princípios se dará mormente pela aplicação da ponderação.

Todavia, tal concepção vem sendo ampliada de modo que “princípios – e, com crescente adesão na doutrina, também as regras – são ponderados, à vista do caso concreto”¹⁸⁹.

Destaque-se que ao se adotar a concepção de círculo hermenêutico conforme abordado acima, verifica-se que não pode vigorar no ordenamento jurídico uma hierarquização de normas ou de princípios, não sendo possível atribuir-lhes em abstrato qual o valor que apresentarão no caso concreto a ser analisado pelo aplicador ou intérprete do direito. Isto porque o direito, nesta concepção pós-moderna, não é estático e sim dinâmico, influenciado pelo fenômeno social e histórico em que se desenvolve. Portanto, a ponderação, representa atualmente a grande arma da interpretação constitucional.

4.3 A COLISÃO ENTRE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS

É nessa realidade que as ações coletivas vêm se desenvolvendo, tendo como finalidade precípua a proteção dos direitos transindividuais constitucionalmente assegurados, bem como aqueles que não se encaixam na definição de direitos fundamentais.

¹⁸⁶ GRAU, Eros Roberto. Op. Cit., p. 164.

¹⁸⁷ BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. Op. Cit., p. 338 e 339

¹⁸⁸ Idem, ibidem, p. 342.

¹⁸⁹ Idem, ibidem, p. 343.

As falhas na legislação do microsistema processual coletivo não podem representar entraves para o alcance do direito e da garantia de princípios constitucionalmente assegurados, sob pena de essas ações serem manuseadas por pessoas inescrupulosas, causando lesão a direito de infinitas pessoas.

Gilmar Ferreira Mendes destaca que:

Os princípios são determinações para que determinado bem jurídico seja satisfeito e protegido na maior medida que as circunstâncias permitirem. Daí se dizer que são mandados de otimização, já que impõem que sejam realizados na máxima extensão possível. Por isso, é factível que um princípio seja aplicado em graus diferenciados, conforme o caso que o atrai.¹⁹⁰

Havendo choque entre direitos fundamentais, portanto, constitucionalmente assegurados, conforme observado no primeiro capítulo desse trabalho e outro direito fundamental assegurado pelo art. 5º, XXXVI, representado pela segurança jurídica e coisa julgada dever-se-á socorrer justamente da hermenêutica constitucional para verificar qual princípio constitucional deverá prevalecer no caso concreto.

Tal assertiva é plenamente válida para a análise dos conflitos entre princípios constitucionais, pois este “conflito não conduz a necessidade de uma das normas ser eliminada do sistema. O conflito manifesta-se – há incompatibilidade entre ambas – porém não resulta em antinomia jurídica”¹⁹¹ como ocorreria, por exemplo, no caso de conflito entre regras jurídicas em que a afirmação de uma poderá significar a negação e, a conseqüente, invalidade da outra¹⁹². Pelo contrário, afirma Eros Grau, “a opção do intérprete por um deles (princípios), em detrimento do que a ele se opõe, não implica desobediência do outro”.

Verifica-se, portanto, que no dinamismo do direito, a cada momento haverá a instalação da oposição de princípios cabendo ao intérprete valorá-los no sentido de atingir o valor eleito pela sociedade para a solução daquela controvérsia que está sendo analisada a cada caso concreto.

Eros Grau cita um exemplo ao efetuar essa abordagem que apresenta extrema semelhança com o conflito que se enfrenta no presente estudo. Menciona o autor que:

¹⁹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 284.

¹⁹¹ GRAU, Eros Roberto. Op. Cit., p. 195.

¹⁹² Frise-se, contudo, conforme visto no item anterior, que a doutrina vem adotando a concepção de que até mesmo as regras jurídicas são passíveis de ponderação, pois “(...) há situações em que uma regra, perfeitamente válida em abstrato, poderá gerar uma inconstitucionalidade ao incidir em determinado ambiente ou, ainda, há hipóteses em que a adoção do comportamento descrito pela regra violará gravemente o próprio fim que ela busca alcançar” (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. Cit., p. 343).

(...) algumas vezes a opção por determinada decisão é estruturada sob a prevalência do princípio do interesse público sobre o princípio do direito adquirido, ou vice-versa. (...) Por certo que aqueles que aderem à ideologia estática da interpretação jurídica imediatamente encontrarão argumentos que justifiquem preferência pela supremacia do direito adquirido diante do interesse público. Em benefício dessa supremacia recorrerão à ‘vontade do legislador’ e mesmo ao ‘espírito da lei’. O valor ‘segurança’ será brandido em cadentes linhas de argumentação. (...). De outra banda, aqueles que fazem adesão à ideologia dinâmica da interpretação jurídica, visualizando o direito também como instrumento de mudança social, tenderão a sustentar a supremacia do interesse público – demonstrando que, no caso, ele se superpõe ao interesse social, se isso de fato estiver a ocorrer – em relação ao direito adquirido.¹⁹³

Trazendo tal argumento para a realidade que se está debatendo nesse trabalho, suponha uma Ação Civil Pública Ambiental ajuizada por associação civil em conluio com indústria que está causando degradação ao meio ambiente e que ao instruir a ação não o faz com adequação deixando de utilizar os meios necessários para a comprovação da ocorrência da poluição. Vindo essa ação a ser julgada improcedente, ainda que se demonstre, posteriormente, que ela não foi adequadamente conduzida e que de fato a indústria continua poluindo e causando males ao meio ambiente e à população, passada em julgado a sentença, a situação estará consolidada.

Esse exemplo demonstra a colisão entre o direito fundamental ao meio ambiente equilibrado e saudável, a dignidade da pessoa humana com o princípio constitucional da segurança jurídica concretizado através da coisa julgada.

A realidade social que a humanidade vem vivendo não justifica a manutenção do comando que emergiu dessa sentença. Assim como há interesse social e estatal na preservação da estabilidade das relações jurídicas, o mesmo interesse se revela na manutenção do meio ambiente, portanto, havendo a ponderação dos valores constitucionalmente assegurados, é evidente que o segundo deverá prevalecer frente ao primeiro.

Neste caso a única pessoa que efetivamente teria interesse na manutenção da estabilidade da decisão seria o ente poluidor, portanto, na relativização da coisa julgada apenas um interesse de um único indivíduo estará sendo colocado de lado, de maneira análoga como ocorre, por exemplo, na exigência da função social da propriedade privada ou pública, rural ou urbana, na função social dos contratos.

Supondo ainda, uma determinada Ação Civil Pública na qual constou que foi julgada improcedente com base nas provas dos autos, verificando-se que na verdade não houve ampla instrução da ação, que há provas suficientes para demonstrar sua procedência, também com o

¹⁹³ GRAU, Eros Roberto. Op. Cit., p. 200.

mesmo fundamento adotado acima, não deverá a coisa julgada prevalecer. A necessidade de um comportamento ativo por parte do magistrado que receba essa nova ação, ainda que haja uma coisa julgada antecedente, impõe a verdadeira verificação se de fato houve ou não a efetiva produção de provas, pois não é um indivíduo que sai lesado dessa situação e sim uma coletividade de pessoas que sequer participou da demanda.

Não se pretende questionar apenas a justiça ou injustiça de decisões, pois entende-se que o valor justiça é extremamente subjetivo e não encontra definição no corpo da Constituição Federal. O que se deve observar é se houve violação à Constituição Federal. Todavia, essa violação não deve ser ampla e irrestrita, mas sim violação a valores constitucionalmente assegurados, como direitos fundamentais, sejam de primeira, segunda ou terceira dimensão, e que, no caso concreto seja valorado em hierarquia superior à segurança jurídica.

A adoção de tal teoria não representará qualquer afronta a qualquer princípio constitucional, mesmo porque, conforme verificado não há que se estabelecer uma hierarquia abstrata entre estes princípios, mas sim valorá-los de acordo com o caso concreto, elegendo qual deverá prevalecer em cada situação analisada, de modo que o princípio continuará a existir.

A aceitação do direito como fenômeno social dinâmico e mutável se impõe, sob pena de se tratar os intérpretes e aplicadores do direito como mero instrumento de subsunção de fato jurídico à norma, o que gera uma grande limitação ao próprio desenvolvimento da ciência jurídica, que é inaceitável nos tempos atuais.

Concorda-se, contudo, com os contrários a teoria da relativização da coisa julgada quando afirmam do perigo da sua utilização de maneira ilimitada sem qualquer ponderação e bom senso. Entretanto, não se entende que a revisão da sentença inconstitucional estará adstrita apenas aos casos de rescisória enunciados no Código de Processo Civil, justamente pelo dinamismo das relações jurídicas. Destaque-se que a previsão destas hipóteses foi efetuada em um contexto histórico e legal onde prevalecia a noção de interesse privado e público, não havia preocupações com função social do direito, princípios de eticidade, socialidade e fraternidade, como ocorre no cenário presente.

Não se pode esperar que o direito seja criado apenas dentro do Congresso Nacional, e que os magistrados estejam adstritos as normas elaboradas pelo Poder Legislativo. Conforme visto acima, a hermenêutica constitucional trouxe o ativismo do Judiciário, de modo que dotou os magistrados de elementos concretos da busca pela realização dos ditames da Constituição Federal.

A própria Constituição Federal, também nos seus princípios, traz instrumentos importantíssimos que deverão ser utilizado de maneira sistematizada como norteadores dos aplicadores do direito na adoção da teoria da relativização da coisa julgada, que são os princípios da Razoabilidade ou Proporcionalidade, Moralidade e Dignidade da Pessoa Humana

4.3.1 Proporcionalidade e Razoabilidade

A análise dos princípios da Proporcionalidade e Razoabilidade traz um grande respaldo para solução do conflito entre os valores segurança jurídica defendido pela coisa julgada e outros principais constitucionais que eventualmente possam estar sendo violados pela sentença que adquiriu o efeito de imutabilidade proveniente da coisa julgada material, pois são invocados pelos aplicadores do direito justamente para solucionar controvérsias acerca de conflitos entre direitos fundamentais constitucionalmente previstos.

Ao se analisar a doutrina nacional acerca desses princípios são encontrados doutrinadores que os tratam de maneira única e outros que os diferenciam. Tal divergência decorre da diferente origem desses dois institutos processual constitucional.

O princípio da proporcionalidade teve origem na Suíça e na Alemanha, mais especificamente no direito público alemão, enquanto o princípio da razoabilidade tem origem no direito norte-americano, na cláusula do *due process of law*.

Justamente em decorrência da origem germânica da proporcionalidade, Luiz Carlos Branco¹⁹⁴ para explicá-lo socorre-se da teoria alemã que define os elementos da proporcionalidade do ato administrativo.

Segundo essa teoria são eles: adequação, exigibilidade e proporcionalidade em sentido estrito. O primeiro elemento significa que o meio empregado na atuação do Estado deve ser compatível com a finalidade do mesmo, o segundo que o ato deve ser exigível não havendo outro meio menos prejudicial para se atingir o fim público e, por fim o terceiro, que expressa que as vantagens dele decorrentes devem superar as desvantagens.

Isso significa que o administrador ao executar um ato administrativo deverá sempre buscar o meio mais adequado ao fim colimado, este meio deve ser a alternativa menos gravosa para se alcançar o mesmo fim e os aspectos positivos decorrentes da prática dele devem superar os negativos.

¹⁹⁴ BRANCO, Luiz Carlos. *Equidade proporcionalidade e razoabilidade (doutrina e jurisprudência)*. São Paulo: RCS, 2006, p. 136.

O autor citado identifica também esses três elementos na conceituação da proporcionalidade (não administrativa) fixando ainda que esse princípio serve de garantia de ligação entre o Estado de Direito e a Democracia, visando “garantir que não haja a eliminação de um direito fundamental quando em conflito com outro, respeitando seu núcleo essencial”¹⁹⁵.

A sua aplicação não se encontra restrita ao Poder Executivo e à administração pública, devendo ser observado em todas as esferas do poder estatal sejam no executivo, legislativo ou judiciário.

Humberto Ávila citado por Siqueira Castro argumenta que a:

(...) proporcionalidade se refere à correlação entre dois bens juridicamente protegidos por princípios constitucionais, em que se questiona se a medida adotada é adequada para atingir o fim constitucionalmente instituído (...) o exame da proporcionalidade cuida da análise abstrata dos bens jurídicos envolvidos (...).¹⁹⁶

Da análise da conceituação acima exposta constata-se que a proporcionalidade diz respeito ao direito em abstrato e, em havendo conflito entre dois direitos constitucionalmente assegurados, deverá ser utilizada como parâmetro para definir como deverá o Estado discipliná-los para o atingimento do interesse público e das determinações da Constituição Federal.

Com relação à razoabilidade, conforme explicitado acima, é de inspiração norte-americana, mais especificamente no *due process of law* ou cláusula do devido processo legal, prevista nas emendas 5¹⁹⁷ e 14¹⁹⁸ da Constituição Norte-americana.

Segundo Lúcia Vale Figueiredo, depois dessas emendas foi que o *due process of law* tomou corpo no direito americano. Enquanto que na “emenda 5 deixa claro que o direito à liberdade e à propriedade obedecem o devido processo legal”, com a “emenda 14, há grande

¹⁹⁵ Idem, ibidem, p. 135.

¹⁹⁶ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 203.

¹⁹⁷ Amendment 5 - Trial and Punishment, Compensation for Takings - No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation.

¹⁹⁸ Amendment 14 - Citizenship Rights. 1. All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.

transformação, isso porque já não mais se fala apenas do devido processo legal, mas da igual proteção da lei”¹⁹⁹.

Com a emenda 14, portanto, abandonou-se a concepção de igualdade formal, para se buscar o verdadeiro respeito a lei visando a igualdade substancial entre os cidadãos e as corporações governamentais ou não.

Foi esse o sentido do devido processo legal contemplado pela Constituição Federal brasileira, através do art. 5º, inciso LV e que inspira o princípio da razoabilidade de que se está tratando.

Na definição de Luiz Carlos Branco o princípio da razoabilidade pode ser conceituado como “um indicador a ser empregado pelo poder judiciário na resolução dos casos em espécie, a fim de permitir uma compatibilidade com os valores da Constituição, bem como de todo o ordenamento jurídico sempre se pautando pela noção de direito justo, ou justiça”²⁰⁰.

Diferentemente do princípio da proporcionalidade, portanto, verifica-se que a razoabilidade visa a análise do direito aplicado ao caso concreto e real e não apenas no plano do abstrato, visando a realização da igualdade real perante o devido processo legal.

No âmbito da administração Lúcia Vale Figueiredo afirma que “é por meio da razoabilidade das decisões tomadas, que se poderá contrastar atos administrativos e verificar se estão dentro da moldura comportada pelo Direito”²⁰¹.

Da análise do princípio da razoabilidade verifica-se que ela revela um dos elementos da proporcionalidade, qual seja a adequação. Daí poder concluir que se trata de subespécie deste que é mais amplo, pois conforme observado acima, além da adequação pressupõe a exigibilidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Luiz Carlos Branco conclui que, em que pese o princípio da razoabilidade ter origem diversa do da proporcionalidade e ter sido criado mais como “perfil hermenêutico”, enquanto este foi criado “com direcionamento objetivo, material, visando o balanceamento de valores, como a segurança, a justiça, a liberdade”, hoje ambos “são utilizados como forma de efetivação do princípio da ponderação de valores e bens jurídicos”²⁰².

Não raramente, ao analisar a doutrina, verifica-se a utilização dos dois princípios e sua conceituação de maneira única, conforme abaixo:

¹⁹⁹ FIGUEIREDO, Lúcia Vale. *Devido processo legal e a responsabilidade do estado por dano decorrente do planejamento*. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_13/DIALOGO-JURIDICO-13-ABRIL-MAIO-2002-LUCIA-VALLE-FIGUEIREDO.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2009, p. 3.

²⁰⁰ BRANCO, Luiz Carlos. Op. Cit., p. 148.

²⁰¹ FIGUEIREDO, Lúcia Vale. Op.Cit., p. 16.

²⁰² BRANCO, Lúcia Vale. Op. Cit., p. 157.

(...) o princípio da *proporcionalidade* ou da *razoabilidade*, em essência, consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das idéias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; precede e condiciona a positividade jurídica, inclusive a de nível constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral do direito, serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico.²⁰³

Ao analisar a invocação desses princípios pelos defensores da teoria da relativização da coisa julgada verifica-se que também são utilizados de maneira única, representando exatamente a conceituação adotada por Gilmar Mendes.

Existe ainda na doutrina divergência acerca da previsão expressa ou não de tal princípio na nossa Constituição Federal.

Marcelo Lima Guerra entende que se encontra expressamente previsto no artigo 93, IX da Constituição Federal o qual determina que: “todos os julgamentos dos órgãos do poder Judiciário serão públicos, e *fundamentadas todas as decisões*, sob pena de nulidade (...)”²⁰⁴ residindo o princípio na expressão grifada, e entendimento de que ele se depreende do art. 5º LV, justamente da cláusula do devido processo legal examinada acima.

Em sentido contrário a tal posicionamento temos Luiz Carlos Branco que entende que se trata de princípio implícito de “natureza jurídica dogmática, independente e aberta, cogente e vinculante, restritiva do poder discricionário do legislador e do aplicador da norma, desfruta de dignidade constitucional e tem conteúdo imanente ao Estado Democrático de Direito”²⁰⁵, posicionamento esse defendido também por Paulo Bonavides.

Defende este autor que o princípio da proporcionalidade é “princípio não escrito, cuja observância independe de explicitação em texto constitucional, porquanto pertence à natureza e essência mesma do Estado de Direito”²⁰⁶, destacando ainda que:

(...) com esse princípio nasce um novo Estado de Direito cuja solidez constitucional resulta, sem dúvida, da necessidade de instaurar em toda ordem social os chamados direitos da segunda e da terceira gerações, a saber, os direitos sociais, econômicos e culturais, a par dos direitos da comunidade, quais por exemplo, a autonomia, a proteção ao meio ambiente, o desenvolvimento e a fraternidade.²⁰⁷

Entende-se que tal posicionamento é o mais adequado, pois não se pode desligar a proporcionalidade e razoabilidade dos conceitos de direitos fundamentais constitucionalmente

²⁰³MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 120.

²⁰⁴BRANCO, Lúcia Vale. Op. Cit., p. 140.

²⁰⁵Idem, ibidem, p. 139.

²⁰⁶BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2008, p.400.

²⁰⁷Idem, ibidem, p. 394.

assegurados e de fundamento para a garantia do próprio Estado Democrático. Portanto, seu alcance deve ser da maior amplitude possível sempre com vistas à concretização dos valores constitucionais em todas as esferas de atuação do Estado.

Depois de se analisar a doutrina sobre esse princípio é certo que não há divergência quanto à necessidade de sua utilização tanto pelo legislador, aplicador do direito, bem como demais entes da atividade do Estado, sempre que houver direitos e interesses contrapostos de mesma magnitude constitucional devendo, portanto, usar da valoração para eleger qual medida é mais adequada, menos gravosa e mais apta a atingir o fim colimado.

Cabe ao Poder Judiciário quando provocado efetuar a mesma valoração na interpretação sistêmica da Constituição Federal, pois se impõe:

(...) a utilização da técnica de hermenêutica da *ponderação de interesses*, a fim de que os direitos eventualmente contrapostos e em rota de colisão, nas situações de conflito aparente de normas jurídicas de mesma hierarquia juspositiva, possam merecer interpretação de que resulte o menor prejuízo ou a menor onerosidade possível.²⁰⁸

Verifica-se, portanto, que o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade terá uma dupla finalidade, proteger o indivíduo de eventuais atos arbitrários que venham a ser cometidos pelos membros do Estado e, fazer com que os atos estatais sejam efetuados da maneira mais vantajosa para a sociedade.

Representam, portanto, estes princípios uma limitação ao legislador, nos dizeres de Paulo Bonavides, o transformando “num funcionário da Constituição” estreitando “assim o espaço de intervenção ao órgão especificamente incumbido de fazer as leis” Continua o mesmo autor destacando em contrapartida que, “evidencia a abertura de uma fase de maior concretude na aplicação dos direitos fundamentais com o enriquecimento das posições judiciais, com a formulação crescente de novas garantias tutelares da liberdade humana por via de prestações jurisdicionais (...)”²⁰⁹.

Entretanto, não se pode deixar de fazer a ressalva trazida a baila por Paulo Bonavides concernente à preocupação de se instaurar um “‘Estado de juízes’ caso o remédio limitador seja utilizado de modo a cercear ou comprimir a ação do poder constitucionalmente legítimo para levar a cabo a tarefa de elaboração das leis”²¹⁰.

²⁰⁸ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 207 e 208.

²⁰⁹ BONAVIDES, Paulo. Op. Cit., p. 424.

²¹⁰ Idem, ibidem, p. 420.

Destarte, a invocação do princípio da proporcionalidade ou razoabilidade há que ser efetuada, não para desconstituir a coisa julgada de qualquer sentença que possa ser tida como injusta ou violadora da Constituição Federal, não é isso que se defende.

Gilmar Ferreira Mendes afirma que:

O juízo de ponderação a ser exercido liga-se ao princípio da proporcionalidade, que exige que o sacrifício de um direito seja útil para a solução do problema, que não haja outro meio menos dano para atingir o resultado desejado e que seja proporcional sem sentido estrito, isto é, que o ônus imposto ao sacrificado, não sobreleve o benefícios que se pretende obter com a solução.²¹¹

O que se defende é que havendo a constatação de que o valor violado pela sentença acobertada pela imutabilidade da coisa julgada é direito humano de primeira, segunda ou terceira dimensão, que a prevalência desses direitos e sua garantia constitucional, com base na proporcionalidade e razoabilidade, afastarão os efeitos da coisa julgada, permitindo a rediscussão do objeto da lide, mormente quando se tratando de ações coletivas, justamente pelo amplo alcance dos efeitos da sua sentença.

Conforme exposto acima, a desconsideração da coisa julgada em determinadas circunstâncias concretas não a extirpará do ordenamento jurídico brasileiro, desde que seja efetuada com base na ponderação visando a defesa de valores em hierarquia superior a ela no caso real, pois os princípios podem ter pesos abstratos diversos.

4.3.2 Moralidade

Para se falar em moralidade inicialmente necessário, passar pelas lições típicas das disciplinas de introdução ao estudo do direito, segundo as quais o direito tem origem na moral. Segundo a teoria do mínimo ético o direito seria o mínimo de norma moral de conteúdo obrigatório necessário para que a sociedade consiga viver em harmonia. Desse conceito extrai-se que o direito seria formado por normas sempre de conteúdo moral, podendo ser representada a relação entre as duas ciências por dois círculos concêntricos, estando a moral no círculo externo, enquanto o direito seria o círculo interno.

Obviamente que essa concepção clássica não serve mais para representar a relação entre direito e moral, eis que ela se revela muito mais complexa, já que: nem tudo que está na lei é eticamente aceitável, nem tampouco é possível afirmar que todas as normas de direito têm conteúdo moral.

²¹¹MENDES. Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. Cit., p. 285.

Entende-se que a melhor representação do direito e da moral seria através de dois círculos secantes, que apresentam, portanto, pontos em comuns, onde eles se encontram e pontos diferentes. Isto é, haverá normas de direito de conteúdo moral, normas de direito amorais e normas de direito imorais.

O objetivo do direito, contudo é não ter normas imorais no seu conteúdo, admitir apenas normas morais que atendam aos valores éticos eleitos pela sociedade e normas amorais procedimentais que irão reger e organizar a ciência jurídica. É da essência do direito, portanto, a busca pela moralidade e sua concretização.

O princípio da moralidade administrativa encontra-se previsto expressamente na Constituição Federal de 1988, no art. 37, *caput*, no qual se encontra a seguinte redação: “a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...)”.

A inovação trazida pela Constituição Federal foi reflexo da realidade social experimentada no país nas décadas que antecederam a Constituição Cidadã, realidade esta na qual não havia entre os administradores um real comprometimento com o interesse social primário, com a reiterada prática de abusos na condução da política e governança. É possível afirmar que a postura adotada pelo administrador público brasileiro é fruto da herança do regime colonialista de exploração que vigorou no país enquanto colônia de Portugal, permanecendo posteriormente com a independência do país quando manteve parceria comercial com a Inglaterra, ficando arraigado na alma do administrador mesmo depois da proclamação da República. Destarte, o não atendimento aos interesses sociais e o desrespeito aos direitos básicos do cidadão no exercício da administração pública, não estão restritos aos anos de ditadura das décadas de 60 e 70, mas sim da própria evolução histórica da política brasileira, daí a dificuldade em se arrancar tal percepção das condutas habituais dos administradores pátrios.

Por outro lado para os administrados e com o conceito de Estado Democrático de Direito constata-se que nos dias atuais:

Não satisfaz às aspirações da Nação a atuação do Estado de modo compatível só com a mera ordem legal. Exige-se muito mais. Necessário se torna que a administração da coisa pública obedeça a determinados princípios que conduzam à valorização da dignidade humana, ao respeito à cidadania e à construção de uma sociedade justa e solidária.²¹²

²¹² DELGADO, José Augusto. *O princípio da moralidade administrativa e a constituição federal de 1988*. Disponível em:

Entende-se que, a despeito da evolução dos direitos fundamentais, conforme observado no capítulo primeiro, já ter trazido para o âmbito do direito a previsão de condutas proibitivas ao Estado evitando-se a violação dos direitos fundamentais individuais de primeira dimensão, a criação de obrigação concretas ao Estado no sentido da realização dos direitos sociais de segunda dimensão, bem como o respeito aos direitos fundamentais de terceira dimensão consubstanciados em princípios de eticidade, socialidade e fraternidade da humanidade; os membros da assembléia constituinte não poderiam deixar de se ater expressamente ao princípio da moralidade por exigência da definição de Estado Democrático de Direito e sob pena das garantias constitucionais fundamentais tornarem-se meras letras mortas sem efetividade.

José Augusto Delgado destaca que:

A elevação da dignidade do princípio da moralidade administrativa, a nível constitucional, embora desnecessária, porque no fundo o Estado possui uma só personalidade, que é a moral, consubstancia uma conquista da Nação que, incessantemente, por todos os seus segmentos, estava a exigir uma providência mais eficaz contra a prática de atos administrativos violadores do princípio da moralidade. Insurge-se, assim, o administrado, com base em princípio constitucional, contra o erro, o dolo, a violência, a arbitrariedade e o interesse pessoal quando presentes na prática da ação administrativa pública.²¹³

O valor de eticidade defendido por esse princípio, traz uma aproximação muito grande entre a moral e o direito, os quais em determinado momento da história da ciência jurídica acabaram se separando, pois apesar do direito estar tomado de normas de conteúdo amoral e imoral, ainda está plenamente contaminado pelos valores morais que lhe originaram.

Todavia, na prática, é certo que tanto o Poder Legislativo, quanto o Poder Executivo e até mesmo o Poder Judiciário em determinados momentos históricos, afastaram-se desses valores éticos, voltando-se apenas para a legalidade dos atos em si. Nessa realidade, vigorava a concepção de que se as formalidades da lei fossem cumpridas no momento de sua criação não caberia qualquer questionamento; se o ato administrativo atendesse ao disposto na lei, ele seria válido e eficaz; e se o processo fosse conduzido dentro das exigências procedimentais formais, pouco importaria o conteúdo contido na sua sentença.

Com a previsão constitucional, o atendimento à moralidade passou a figurar ao lado do princípio da legalidade como requisito essencial do ato administrativo, sendo passível sua desconstituição quando não observado pelo administrador, pois “a reverência que o direito

<http://bdjur.stj.gov.br/jspui/bitstream/2011/9917/1/O_Princ%c3%adpio_da_Moralidade_Administrativa.pdf>.

Acesso em: 06 fev. 2009, p. 4.

²¹³ Idem, ibidem, p. 4.

positivo presta ao princípio da moralidade decorre da necessidade de pôr em destaque que, em determinados setores da vida social, não basta que o agir seja juridicamente correto; deve, antes, ser também eticamente inatacável”²¹⁴.

Além disso, a exigência de eticidade não está restrita ao âmbito dos atos públicos, tendo impregnado a base da legislação privada no Brasil, através do Código Civil que entrou em vigor em 2002. Segundo Miguel Reale, ao referir-se ao Código Civil de 1916:

(...) prevalecia a preocupação oitocentista da escola francesa da Exegese, ou da germânica dos Pandectistas visando a resolver as questões sociais tão somente à luz de categorias jurídicas, enquanto, nos tempos atuais, se compreende o Direito em perene vinculação com valores éticos e sociais.

Afirma o mesmo autor, com relação ao Código Civil de 2002:

Eticidade e socialidade, eis aí os princípios que presidiram à feitura do novo Código Civil, a começar pelo reconhecimento da necessária indenização de danos puramente morais, e pela exigência da probidade e boa-fé tanto na conclusão dos negócios jurídicos como na sua execução²¹⁵.

Encontram-se traços fortes desta exigência da moralidade no campo do direito civil na previsão sobre os contratos, na qual se encontra positivado o princípio da Boa-fé Objetiva, segundo o qual “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”²¹⁶.

Quando se fala em boa-fé objetiva tem se uma norma específica que fixa um parâmetro comportamental da atividade negocial, atingindo todo o sistema e não apenas um caso individual. É regra de conduta.

Segundo enunciado decorrente da Jornada de Direito Civil realizada quando da entrada em vigor do Código Civil de 2002, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, sob a coordenação do então Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Ruy Rosado de Aguiar Júnior e acompanhada por ilustres juristas tais como Antônio Junqueira de Azevedo, Cláudia Lima Marques, Jorge Cesar Ferreira da Silva dentre outros, o artigo 422 do CC deve adotar a seguinte interpretação:

24. Art. 422: em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422 do novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa.

²¹⁴ MENDES. Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. Cit., p. 833.

²¹⁵ REALE, Miguel. *Espírito da nova lei civil*. Revista Jurídica Consulex, São Paulo, 2003, 144, jan/2003, p.16/17.

²¹⁶ CC- Art. 422 - Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

Entende-se por deveres anexos, deveres laterais de conduta que decorrem dos princípios éticos, isto é, deveres comportamentais que objetivamente devem ser atendidos pelas partes, como proteção, cooperação, informação e esclarecimento. O não atendimento a tais deveres morais configura o inadimplemento contratual, independentemente de culpa do contratante que não os observou.

Destarte, nunca o direito brasileiro esteve tão próximo dos valores morais que originaram a ciência jurídica, de modo que tanto na prática de atos privados pelos cidadãos, quanto na prática de atos públicos pelos entes públicos “eles só serão considerados válidos se forem duplamente conformes à eticidade, ou seja, se forem adequados não apenas às exigências jurídicas, mas também às de natureza moral”²¹⁷.

Com relação a isso José Augusto Delgado afirma que:

A moralidade administrativa, como a moralidade comum, é imanente ao direito por não exprimir-lhe mais que a própria validade da norma. Ela é parte íntima do direito positivo, que a tem como pressuposto fundamental. A sua violação implica em tornar inválido e censurável o ato praticado com apoio na norma, mesmo que não exista qualquer dispositivo regrado expresso dizendo a respeito.²¹⁸

O Poder Judiciário vai ter um papel fundamental na consolidação de tais valores morais, pois a ele serão submetidos os atos administrativos e os atos privados, os quais, eventualmente, tenham deixado de observar esse princípio constitucionalmente assegurado.

Portanto, a atividade jurisdicional não poderá ficar adstrita à análise da legalidade do ato administrativo, ou seja, a mera subsunção do fato jurídico à norma vigente. No campo do direito público o magistrado deverá analisar se a adoção de determinado ato administrativo foi feita no sentido de se adotar a melhor decisão para a sociedade, a mais adequada na situação sob análise e não simplesmente algo aceitável, e que não seja a melhor dentre as opções existentes. Segundo o Ministro Delgado “o Juiz tem mais do que o poder jurisdicional, tem o dever de, no exercício do controle da referida atividade administrativa, de desfazer a decisão, por ser reflexo de uma ação que infringiu a obrigação de *melhor administrar*”²¹⁹.

No campo de direito privado quando submetida ao Judiciário, a análise de determinado negócio jurídico, deverá verificar se houve efetivamente autonomia da vontade no momento da declaração emitida pelas partes; se antes, durante e depois de concretizado o

²¹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. Cit., p. 833.

²¹⁸ DELGADO, José Augusto. Op. Cit., p. 12.

²¹⁹ Idem, ibidem, p. 13.

contrato, as partes atenderam ao princípio da boa-fé objetiva cumprindo efetivamente com todas as obrigações contratuais, sejam principais e acessórias ou co-laterais de conduta.

Verifica-se que a principal diferença dos atos públicos e privados, submetidos ao controle do Poder Judiciário, está no tipo de interesse que os acoberta. Enquanto nos primeiros tratam-se de interesses eminentemente sociais, com reflexos para fora do processo e das partes da demanda; nos outros tratam-se de interesses privados restrito às partes processualmente representadas.

É, portanto, no campo da moralidade pública que os prejuízos de sua inobservância causam danos consideráveis à sociedade “e em grau tão elevado que a sua inobservância pode configurar o ato de improbidade administrativa”²²⁰, que poderá ser questionado através da ação civil pública e da ação popular.

Outrossim, não se pode deixar de olvidar que a moralidade pública não está restrita aos atos do Poder Executivo, pois deve prevalecer “a concepção de que as leis, ao serem aplicadas pelo Poder Judiciário, estão diretamente vinculadas aos princípios da moralidade e da legalidade”, portanto, a validade dos atos do Poder Judiciário também estará adstrita a esse princípio sendo que “o atuar desse Poder só desenvolver-se-á validamente, isso é, existindo com validade, eficácia e efetividade, quando não expressarem abusos e não ultrapassarem os limites por eles impostos”²²¹.

É evidente que se os particulares estão submissos ao princípio de eticidade, conforme determina a legislação civil, assim como os membros do Poder Executivo, em decorrência de expressa manifestação da Constituição Federal, conforme visto até aqui; não se pode admitir que o Judiciário, órgão efetivamente defensor da aplicação do direito, estaria alheio a tal princípio, com atos judiciais imunes a qualquer controle.

A moralidade é inerente ao Estado Democrático de Direito, devendo ser respeitada por todos os entes do Estado e seus cidadãos.

Afirma José Augusto Delgado que:

Exige-se, assim, que o Poder Judiciário, instituição responsável pela aplicação coercitiva do direito, esteja mais assujeitado ao cumprimento da moralidade do que o Executivo e o Legislativo, por lhe caber defender, como Poder Estatal, o rigorismo ético nos padrões de sua própria conduta e dos seus jurisdicionados.

²²⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. Cit., p. 833.

²²¹ DELGADO, José Augusto. *Reflexões contemporâneas (maio 2006) sobre a flexibilização, revisão e relativização da coisa julgada quando a sentença fere frontalmente postulados e princípios explícitos e implícitos da constituição federal. Manifestações doutrinárias.* In: <http://www.stj.gov.br/Discursos/0001105/REFLEXOES_CONTEMPORANEAS_1.doc>. Acesso em: 06 fev. 2009, p. 26.

O decisum emitido pelo Poder Judiciário deve exprimir confiança, prática da lealdade, da boa-fé e, especialmente, configuração de moralidade.²²²

Destarte, ainda que o processo seja formalmente legal e que tenha cumprido com todas as normas procedimentais previstas na legislação, não se pode ignorar o conteúdo resultante da sua sentença, ainda que ela já tenha sido acobertada pelo manto da coisa julgada. Não é admissível reconhecer-se a validade dessa sentença simplesmente porque ela nasceu do meio adequado, quando constatada a inadequação do seu conteúdo aos princípios constitucionais assegurados, mormente, a moralidade.

O processo é meio e não é fim. É apenas um conjunto de normas procedimentais desprovidas de qualquer conteúdo moral que tem como objetivo a realização do direito positivado, tendo como base os princípios constitucionais reconhecidos pelo país através do exercício da democracia e da soberania.

Está o Judiciário sujeito ao erro, a tomar decisões equivocadas no momento de aplicação e interpretação da lei, de modo que verificada a gravidade de tal erro é passível de ferir princípios constitucionais que gerarão reflexos para toda a coletividade, não será admissível a convalidação e eternização desse ato e de seus efeitos.

Afirma José Augusto Delgado que a violação da moralidade, “quer pelo Estado, quer pelo cidadão, não gera qualquer tipo de direito. Este inexistente, por mais perfeito que se apresente no campo formal, se for expresso de modo contrário à moralidade”²²³.

Por mais que se saiba que o direito está compreendido por normas amorais e normas morais, a essência da sua existência está em atribuir obrigatoriedade, coercibilidade e penalidade para normas morais que são essenciais para a vida em sociedade. Admitir-se a convalidação de sentenças verdadeiramente violadoras da moralidade, essência do direito, para preservação de regra processual, é contradizer o próprio fundamento e razão de ser do direito.

4.3.3 Dignidade da Pessoa Humana

A dignidade da pessoa humana encontra-se prevista na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, a qual faz menção a ele em diversos momentos, conforme abaixo:

²²² DELGADO, op. cit., p. 26.

²²³ DELGADO, op. cit., p.28.

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo,

(...)

Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta da ONU, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor do ser humano e na igualdade de direitos entre homens e mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla,

(...)

Artigo 1º. Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade. (Grifo Nosso)

Na Constituição Federal brasileira, tal princípio encontra-se previsto ao lado da soberania, cidadania, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e do pluralismo político, como fundamento da República Federativa do Brasil.

Em decisão monocrática proferida no HC 85.988-PA, o ministro do STF César Peluso a definiu como:

(...) princípio central do sistema jurídico, sendo significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo.²²⁴

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery dizem ser “a razão de ser do Direito. Ele se bastaria sozinho para estruturar todo o ordenamento jurídico (...) comprometer-se com a *dignidade* do ser humano é comprometer-se com sua *Vida* e com sua liberdade”²²⁵.

Luiz Roberto Barroso afirma que ele “identifica um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo (...) relacionando-se tanto com a liberdade e valores do espírito como com as condições materiais de subsistência.”²²⁶.

Da análise das conceituações acima abordadas, verifica-se que a dignidade da pessoa humana apresenta a seguinte finalidade. A de base e raiz na qual se assenta e fundamenta a noção de estado democrático de direito da República Federativa do Brasil. Nesse sentido, portanto, o legislador deverá no momento de elaboração das leis, estar atento para a busca da

²²⁴ STF – HC 85.988-PA (MC), rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, j. 7.6.2005, DJU 10.6.2005.

²²⁵ NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição federal comentada e legislação constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 118.

²²⁶ BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo) In: BARROSO, Luiz Roberto (Org.) *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 38.

efetiva concretização desse valor, colocando-o sempre em hierarquia superior aos demais valores assegurados pela Constituição Federal.

Cumprido destacar, contudo, que a dignidade da pessoa humana não é uma invenção do direito brasileiro, nem tampouco surgiu apenas com o reconhecimento dos direitos humanos. Pelo contrário, tal princípio veio de inspirações filosóficas e religiosas, que “nos legou algumas das idéias-chave que, posteriormente, vieram a influenciar diretamente o pensamento jusnaturalista e a sua concepção de que o ser humano, pelo simples fato de existir, é titular de alguns direitos naturais e inalienáveis”²²⁷. Na fase que antecedeu, portanto, as revoluções históricas que culminaram com o reconhecimento efetivo dos direitos humanos de primeira, segunda e terceira dimensões, a dignidade da pessoa humana foi amplamente defendida através das concepções filosóficas greco-romanas e no pensamento cristão.

Conforme ressalta Ingo Wolfgang Sarlet:

Do Antigo Testamento, herdamos a idéia de que o ser humano representa o ponto culminante da criação divina, tendo sido feito à imagem e semelhança de Deus.

Da doutrina estoica greco-romana e do cristianismo, advieram por sua vez, as teses da unidade da humanidade e da igualdade de todos os homens em dignidade (para os cristãos, perante Deus).²²⁸

Destas concepções percebe-se a necessidade de colocação do homem no centro do universo, como representação viva de Deus e do reconhecimento de que todos são iguais perante Ele. Todavia, as concepções religiosas, em que pese trazerem essas idéias humanistas, através de outros dogmas, acabavam por incentivar a desigualdade e justificar a divisão social que predominava na Idade Média, o poder absoluto dos monarcas e a opressão do povo pelos detentores do poder. Com as revoluções do século XVII, impulsionadas pelo desenvolvimento científico e com a conseqüente queda de vários dogmas religiosos, é que a dignidade da pessoa humana passou a condição de direito humano a ser assegurado a todos e não apenas a poucos escolhidos.

Entende-se que a dignidade da pessoa humana é o valor que coloca o ser humano como objeto central do Direito. Através desse valor, portanto, o que se pretende atingir é a plena liberdade individual, a pacificação e completa harmonia na vida em sociedade, garantindo-se aos indivíduos todos os direitos fundamentais, constitucionalmente assegurados.

²²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008, p. 44.

²²⁸ Idem, *ibidem*, p. 44.

A positivação dos direitos fundamentais tem como objetivo fulcral o alcance universal do princípio da dignidade da pessoa humana, por mais utópico que isso possa parecer, mas entende-se que a despeito disso, não se pode ignorar a ofensa a esse princípio, sob o pretexto de se preservar o princípio da segurança jurídica.

Isso porque a dignidade da pessoa humana é o objetivo central dos ordenamentos jurídicos democráticos, enquanto que a segurança jurídica, apesar de não poder se descartar sua importância, quando confrontada com a primeira, com certeza estará em hierarquia inferior.

Nesse sentido:

(...) a dignidade da pessoa humana, porque sobreposta a todos os bens, valores ou princípios constitucionais, em nenhuma hipótese é suscetível de confrontar-se com eles, mas tão somente consigo mesma, naqueles casos-limite em que dois ou mais indivíduos – ontologicamente dotados de igual dignidade – entrem em conflitos capazes de causar lesões mútuas a esse valor supremo.²²⁹

Isso significa que sequer caberia questionar hierarquia entre qualquer outro direito ou princípio constitucional com a dignidade da pessoa humana, cabendo apenas considerar conflitos entre esse princípio quando se tratasse da contraposição dele em dois seres humanos diferentes. Seria a dignidade de um ser humano em choque com a de outro.

Tal princípio como fundamento do próprio ordenamento jurídico brasileiro terá nos outros princípios e garantias constitucionais, formas de garantir a sua proteção e a sua efetivação, portanto, mostra-se inaceitável que estes possam se sobrepor a ele.

Destarte, a preservação da dignidade da pessoa humana, pela garantia efetiva dos direitos fundamentais mostra-se imprescindível, de modo que havendo uma sentença violadora de direitos fundamentais de primeira, segunda ou terceira dimensão não se pode admitir que sob o pretexto de preservação da segurança jurídica, tais direitos sejam postos de lado.

Luiz Roberto Barroso destaca que “no Brasil, o princípio tem sido fundamento de decisões importantes, superadoras do legalismo estrito”²³⁰, citando os seguintes precedentes do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal: Resp. n. 249026/PR²³¹, HC

²²⁹MENDES. Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. Cit., p. 152.

²³⁰BARROSO, Luis Roberto. Op. Cit., p. 40.

²³¹FGTS. LEVANTAMENTO, TRATAMENTO DE FAMILIAR PORTADOR DO VÍRUS HIV. POSSIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. 1. É possível o levantamento do FGTS para fins de tratamento de portador do vírus HIV, ainda que tal moléstia não se encontre elencada no artigo 20, XI, da Lei 8036/90, pois não se pode apegar, de forma rígida, à letra fria da lei, e sim considerá-la com temperamentos, tendo-se em vista a intenção do legislador, mormente perante o preceito maior insculpido na Constituição

12.547-DF²³² e HC 71373²³³, para concluir que “se um dado preceito produzir, *in concreto*, um efeito anti-isonômico ou atentatório a dignidade da pessoa humana, não deverá ser aplicado”²³⁴

Nos casos analisados pelo autor verifica-se que, a despeito de haver outros princípios constitucionais envolvidos, a dignidade da pessoa humana prevaleceu em todos, mesmo que isso representasse afronta a letra da lei que estava sendo questionada. Por outro lado o fato de no caso concreto ter sido determinada a não aplicação do texto legal, mas sim do princípio constitucional, isso não significa que tal lei foi excluída do ordenamento jurídico, continuando em plena validade. Os magistrados, contudo, usando da hermenêutica constitucional, concluíram que nos casos sob análise não haveria razão para preservação da lei em detrimento de um valor constitucional que se mostrou superior a ela.

Mais uma vez fazendo uso das lições de Luiz Roberto Barroso destaca-se que:

Em um ordenamento jurídico pluralista e dialético, princípios podem entrar em rota de colisão. Em tais situações, o intérprete, à luz dos elementos do caso concreto, da proporcionalidade e da preservação do núcleo fundamental de cada princípio e dos direitos fundamentais, procede a uma ponderação de interesses.

Sua decisão deverá levar em conta a norma e os fatos, em uma interação não formalista, apta a produzir a solução justa para o caso concreto, por fundamentos acolhidos pela comunidade jurídica e pela sociedade em geral. Além dos princípios tradicionais como Estado de direito democrático, igualdade e liberdade, a quadra atual vive a consolidação do princípio da

Federal garantidor do direito à saúde, à vida e a dignidade humana e, levando-se em conta o caráter social do Fundo que é, justamente, assegurar ao trabalhador o atendimento de suas necessidade básicas e de seus familiares. 2. Recurso Especial desprovido. (STJ - REsp 249026/PR, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 23/05/2000, DJ 26/06/2000 p. 138).

²³² HABEAS CORPUS. Prisão civil. Alienação fiduciária em garantia. Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Direitos fundamentais de igualdade e liberdade. Cláusula geral dos bons costumes e regra de interpretação da lei segundo seus fins sociais. Decreto de prisão civil da devedora que deixou de pagar dívida bancária assumida com a compra de um automóvel-táxi, que se elevou, em menos de 24 meses, de R\$ 18.700,00 para R\$ 86.858,24, a exigir que o total da remuneração da devedora, pelo resto do tempo provável de vida, seja consumido com o pagamento dos juros. Ofensa ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, aos direitos de liberdade de locomoção e de igualdade contratual e aos dispositivos da LICC sobre o fim social da aplicação da lei e obediência aos bons costumes. Arts. 1º, III, 3º, I, e 5º, caput, da CR. Arts. 5º e 17 da LICC. DL 911/67. Ordem deferida. (STJ - HC 12547/DF, Rel. Ministro Ruy Rosado De Aguiar, Quarta Turma, julgado em 01/06/2000, DJ 12/02/2001 p. 115)

²³³ INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - EXAME DNA - CONDUÇÃO DO RÉU "DEBAIXO DE VARA". Discrepa, a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas - preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer - provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, "debaixo de vara", para coleta do material indispensável à feitura do exame DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos. (STF - HC 71373, Relator(a): Min. Francisco Rezek, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 10/11/1994, DJ 22-11-1996 PP-45686 EMENT VOL-01851-02 PP-00397)

²³⁴ BARROSO, Luis Roberto. Op. Cit., p. 41.

razoabilidade e o desenvolvimento do princípio da dignidade da pessoa humana.²³⁵

Tem-se, portanto, no princípio da dignidade da pessoa humana um dos fundamentos autorizadores da desconsideração da coisa julgada, usando-se da ponderação pelos magistrados, pois sua função não consiste apenas em submeter a norma ao caso concreto, mas sim de verdadeiramente interpretar os casos que lhe são postos, a fim de sempre buscar a efetivação do valores constitucionalmente assegurados.

²³⁵ Idem, *ibidem*, p. 42 e 43.

CONCLUSÃO

A ampliação da gama de direitos humanos, com a previsão de direitos que podem transcender a figura do indivíduo para alcançar a transindividualidade, modificou a forma tradicional de se pensar o direito. Direitos classificados, a princípio, como individuais ou sociais, poderão ser tratados de maneira transindividual dependendo da forma como ocorra ameaça ou ofensa a eles, pois de um mesmo fato poderá acarretar diferentes tipos de ofensa, despertando interesses de diversas naturezas, sendo que essa natureza será determinada pela finalidade da tutela almejada.

Destarte, para se verificar quais são os direitos fundamentais em vigor no ordenamento jurídico brasileiro não basta analisar apenas a Constituição Federal no seu art. 5º, mas sim fazer uma análise dos seus demais dispositivos de maneira sistemática, pois eles estão presentes ao longo de todo o texto constitucional, muitas vezes de maneira implícita.

Além das garantias constitucionais qualificadas funcionando como instrumento de garantia dos direitos coletivos ou direitos humanos de terceira dimensão, que são garantias que visam criar uma obrigação de não fazer ao legislador constituinte constituído, tem-se também as garantias constitucionais processuais como a ação popular constitucional, o mandado de segurança coletivo e a ação civil pública. Com a entrada dessas ações no ordenamento processual civil brasileiro e analisando-se o desenvolvimento histórico percorrido pelo processo civil consolidou-se a criação de um novo ramo de direito processual, denominado processo coletivo. Esse novo ramo processual é caracterizado por apresentar um microsistema próprio pautado na Constituição Federal de 1988 (mormente quando trata do controle concentrado de constitucionalidade), bem como na legislação infraconstitucional da qual se destaca a Lei de Ação Popular, a Lei de Ação Civil Pública, o Código de Defesa do Consumidor, e, subsidiariamente o Código de Processo Civil.

Esse novo ramo do processo coletivo também encontra-se pautado pelo princípio da segurança jurídica, típico do processo individual, que existe em contraposição ao valor justiça que se visa atingir com a subsunção de litígios à apreciação do Poder Judiciário, e que terá o condão de dotar as decisões proferidas pelos Magistrados de estabilidade e imutabilidade, bem como de dotar fatos realizados no passado também de um determinado grau de certeza frente ao surgimento de novas leis.

Na Constituição Federal, no artigo 5º, inciso XXXVI, o legislador dotou o princípio da segurança jurídica de alguns instrumentos processuais aptos a promover a sua proteção através da previsão do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada. Com

relação à última, verifica-se que, em se falando de processo individual, a regra que prevalece é dos efeitos da sentença estarem adstritos às partes do processo, aos titulares do direito material pleiteado substituídos formalmente no processo, aos terceiros interessados e aos assistentes processuais. Todavia, mesmo anteriormente ao momento em que a sentença adquire a qualidade da autoridade da coisa julgada ela já poderá ter eficácia, daí ser necessária a diferenciação entre efeitos da sentença e coisa julgada, já que independentemente da sentença estar maculada pela autoridade conferida pela coisa julgada que a torna imutável, ela já é passível de gerar os efeitos que dela se espera.

No processo coletivo, diversamente do que ocorre no processo individual, se a sentença proferida tiver como objeto interesses difusos apresentará efeito *erga omnes*, a menos que seja sentença de improcedência por insuficiência de provas, em se tratando de tutela de interesses coletivos a sentença de procedência sempre fará coisa julgada *ultra partes*, limitando-se ao grupo ou categoria de classe que está sendo representado no pólo ativo da demanda, valendo a mesma coisa com relação a improcedência de provas prevista para os interesses difusos; já com relação aos interesses individuais homogêneos a sentença somente terá eficácia *erga omnes* se julgada procedente. Em caso de improcedência seja por qualquer fundamento não terá efeito *erga omnes*.

Da análise do microsistema processual civil coletivo, compreendido pelo Código de Defesa do Consumidor e legislações especiais sobre ações coletivas, constata-se se que não há qualquer disciplina com relação à reforma da sentença transitada em julgado, de modo que se aplicam as mesmas disposições contidas no processo civil individual tradicional. Conclui-se, portanto, que ocorrerá a impossibilidade total e absoluta de se modificar a sentença transitada em julgada, finda todas as oportunidades recursais, de rescisória e de impugnação previstas no diploma processual civil, seja em ações individuais ou coletivas.

O problema da sentença inconstitucional, conforme visto, não está adstrito ao processo individual. Pelo contrário, além de atingir o processo civil coletivo, restou demonstrado que devido a forma como os efeitos das sentenças coletivas são regulados, poderá gerar prejuízos muito maiores dos que os experimentados no processo individual, já que a gama de pessoas atingidas pela sentença coletiva é muito superior a do processo individual.

A análise dos momentos em que o vício de inconstitucionalidade pode atingir as sentenças, sejam individuais ou coletivas, é crucial para a verificação de quando se está diante efetivamente de um sentença transitada em julgado. Já que do estudo da doutrina sobre o assunto verifica-se que dependendo do vício que atinge a sentença essa sentença poderá ser

inexistente, nula ou anulável. A importância dessa verificação reside no fato de que sentenças inexistentes sequer farão coisa julgada, enquanto que nas sentenças contaminadas por vícios rescisórios, haverá com o término do prazo para a propositura da rescisória, a preclusão do direito de anulação desses vícios ocorrendo o trânsito em julgado, pois a sentença será nula e não inexistente.

Se fosse tão simples identificar tais vícios e qualificar as sentenças inconstitucionais em nulas e inexistentes facilmente estaria resolvido o problema da inconstitucionalidade formal da sentença. Todavia, a sentença inexistente contém a aparência de ter transitado em julgado, de modo que a propositura de qualquer medida visando sua desconstituição pode ser imediatamente afastada pelo magistrado com fundamento na coisa julgada; enquanto que a sentença nula está sujeita aos prazos decadenciais o que afastaria também a possibilidade de rediscussão da matéria.

Além disso, as sentenças de conteúdo material inconstitucional podem não ser caracterizadas como nulas ou inexistentes, pois formalmente podem ter seguido todo o trâmite regular do processo em observância a todos os requisitos de existência e validade.

Conforme se destacou ao analisar sentenças de inconstitucionalidade ulterior decorrente de sentença proferida em ADIn e ADeCon, em regra que ela terá eficácia *erga omnes* e alcance *ex tunc*. Isso significa afirmar que toda a coletividade será atingida pelos efeitos dessa decisão e que ela retroage atingindo a lei ou o ato normativo desde o momento da sua criação, apagando-se todos os efeitos gerados por ela, até o momento da pronúncia da sua inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. Destarte, a coisa julgada que porventura tenha atingido determinada sentença que se fundamentou em lei posteriormente declarada inconstitucional, deixará de gerar seus efeitos como se nunca tivesse ocorrido, o que autorizaria a rediscussão do litígio que a princípio havia se consolidado, a menos que o STF dê um tratamento diferenciado em situações expressas, o que demonstra que na legislação processual há casos expressos além das hipóteses de rescisória e de embargos à execução, no qual se aplica a relativização da coisa julgada seja porque a sentença é inexistente já que se fundamentou em lei inconstitucional, seja porque se desconsiderou a coisa julgada dela decorrente.

Da análise da doutrina favorável à relativização da coisa julgada, a despeito de cada autor tomar como base fundamentos diversos (ora a coisa julgada é inexistente, ora lhe é negada a imutabilidade, ora a sentença é nula) todos os argumentos trazidos tem em comum a supremacia da Constituição Federal frente ao princípio da coisa julgada. Havendo, portanto choque entre princípios constitucionais fundamentais e o princípio da coisa julgada, aqueles

deverão prevalecer, pois a coisa julgada não é absoluta ficando enfraquecida frente aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade, moralidade e dignidade da pessoa humana.

Nas doutrinas contrárias à tese da relativização ou desconsideração da coisa julgada constata-se que todos sempre invocam o interesse coletivo na manutenção da segurança jurídica, de modo que não se justificaria a continuidade das demandas, ainda que em se tratando de ofensa a direito individual essencial ou fundamental assegurado constitucionalmente. Entretanto, importante destacar que enquanto no processo individual a eficácia da sentença fica limitada, em regra, apenas às partes da relação processual, ou seja, eficácia *inter partes*; em se tratando de processo coletivo tal eficácia será *erga omnes* em caso de procedência da demanda e, em caso de improcedência, exceto nas hipóteses em que não tenha como fundamento a falta de provas. Conclui-se que o alcance de uma sentença que padece de vício de inconstitucionalidade não atingirá apenas um indivíduo isoladamente, mas toda uma coletividade de pessoas. Não há que se aceitar, portanto, o argumento dos contrários à relativização da coisa julgada, de que o interesse coletivo prevalece sobre o individual eis que em matéria processual coletiva, tem-se dois interesses essencialmente coletivos em contraposição.

Além disso, as ações coletivas e sua regulamentação apresentam vários problemas que podem levar a sentenças inconstitucionais, tais como: a não exigência da representação adequada em Ações Cíveis Públicas e em Ações Populares; a dificuldade na produção de provas nas Ações Populares; a questão da divulgação das ações coletivas para possibilitar a suspensão das ações individuais, cujos titulares pretendam ser alcançados pelo seu resultado e o desenvolvimento científico; o surgimento de prova nova em ações que versem sobre direitos coletivos fundamentais e ainda a dificuldade em se identificar se de fato determinada sentença de improcedência se deu por falta de provas ou não já que muitas vezes isso sequer é mencionado pelo magistrado.

A própria existência de estudos de projetos de leis que têm como finalidade solucionar esses problemas revela que tais questões não podem continuar sendo ignoradas e que os magistrados não podem permanecer inertes a espera da aprovação da legislação, devendo valer-se dos princípios constitucionais e da legislação em vigor para evitar que uma sentença coletiva que padeça do vício de inconstitucionalidade gere efeitos negativos e prejudiciais para toda a coletividade sujeita aos seus efeitos.

Os doutrinadores são uníssomos em afirmar o caráter principiológico da Constituição Federal de 1988 e a necessidade de adequação dos intérpretes, à hermenêutica ontológica, no sentido de se conseguir alcançar a efetiva realização do direito, sem a limitação típica da

aplicação da hermenêutica metodológica. Não pode, portanto, vigorar no Ordenamento Jurídico uma hierarquização de normas ou de princípios, não sendo possível atribuir-lhes, em abstrato, qual o valor que apresentarão no caso concreto a ser analisado pelo aplicador ou intérprete do direito.

Isto porque o direito, na concepção pós-moderna, não é estático e sim dinâmico, influenciado pelo fenômeno social e histórico em que se desenvolve. Portanto, a ponderação, representa atualmente a grande arma da interpretação constitucional.

Verifica-se que no dinamismo do direito, a cada momento haverá a instalação da oposição de princípios cabendo ao intérprete valorá-los no sentido de atingir o valor eleito pela sociedade para a solução daquela controvérsia que está sendo analisada a cada caso concreto.

Conclui-se que nesse contexto, a relativização da coisa julgada não deve ser feita apenas com base na justiça ou injustiça de decisões, pois se entende que o valor justiça é extremamente subjetivo e não encontra definição no corpo da Constituição Federal. O que se deve observar é se houve violação à Constituição Federal. Todavia, essa violação não deve ser ampla e irrestrita, mas sim violação a valores constitucionalmente assegurados, como direitos fundamentais, sejam de primeira, segunda ou terceira dimensão, e que, no caso concreto seja valorado em hierarquia superior à segurança jurídica.

Concorda-se, portanto com os contrários a teoria da relativização da coisa julgada quando afirmam do perigo da sua utilização de maneira ilimitada sem qualquer ponderação e bom senso. Entretanto, não se entende que a revisão da sentença inconstitucional estará adstrita apenas aos casos de rescisória enunciados no Código de Processo Civil, justamente pelo dinamismo das relações jurídicas.

A própria Constituição Federal, também nos seus princípios traz instrumentos importantíssimos que deverão ser utilizado de maneira sistematizada como norteadores dos aplicadores do direito na adoção da teoria da relativização da coisa julgada, que são os princípios da Razoabilidade ou Proporcionalidade, Moralidade e Dignidade da Pessoa Humana.

Pode-se afirmar que o princípio da proporcionalidade reinventou o Estado de Direito, pois pode ser identificado como arma que assegura os direitos fundamentais e terá uma dupla finalidade, proteger o indivíduo de eventuais atos arbitrários que venham a ser cometidos pelos membros do Estado e, fazer com que os atos estatais sejam efetuados da maneira mais vantajosa para a sociedade. Destarte, a invocação do princípio da proporcionalidade ou razoabilidade há que ser efetuada, não para desconstituir a coisa julgada de qualquer sentença

que possa ser tida como injusta ou violadora da Constituição Federal, não é isso que se defende. O que se defende é que havendo a constatação de que o valor violado pela sentença acobertada pela imutabilidade da coisa julgada é direito humano fundamental, que a prevalência desses direitos e sua garantia constitucional, com base na proporcionalidade e razoabilidade, afastarão os efeitos da coisa julgada, permitindo a rediscussão do objeto da lide, mormente quando se tratando de ações coletivas, justamente pelo amplo alcance dos efeitos da sua sentença.

A moralidade é outro instrumento que fundamenta a possibilidade de relativização da coisa julgada, estando também constitucionalmente previsto. Com a previsão constitucional o atendimento à moralidade, passou a figurar ao lado do princípio da legalidade como requisito essencial do ato administrativo, sendo passível sua desconstituição quando não observado pelo administrador. Além disso, a exigência de eticidade não está restrita ao âmbito dos atos públicos, tendo impregnado a base da legislação privada no Brasil, através do Código Civil que entrou em vigor em 2002.

Destarte, conclui-se que se os particulares estão submissos ao princípio de eticidade, conforme determina a legislação civil, assim como os membros do Poder Executivo, em decorrência de expressa manifestação da Constituição Federal; não se pode admitir que o Judiciário, órgão efetivamente defensor da aplicação do direito, estaria alheio a tal princípio com atos judiciais imunes a qualquer controle. A moralidade é inerente ao Estado Democrático de Direito, devendo ser respeitada por todos os entes do Estado e seus cidadãos. Está o Judiciário, sujeito ao erro, a tomar decisões equivocadas no momento de aplicação e interpretação da lei; de modo que verificada a gravidade de tal erro é passível de ferir princípios constitucionais que gerarão reflexos para toda a coletividade, não será admissível a convalidação e eternização desse ato e de seus efeitos.

Por fim não se pode deixar de ter em mente que o Direito é pautado pela dignidade da pessoa humana, já que tal fundamento é o fim maior que o Direito visa alcançar. Afinal é através desse valor, que se pretende atingir a plena liberdade individual, a pacificação e completa harmonia na vida em sociedade, garantindo-se aos indivíduos todos os direitos fundamentais, constitucionalmente assegurados. Destarte, a dignidade da pessoa humana como fundamento do próprio ordenamento jurídico brasileiro terá nos outros princípios e garantias constitucionais, formas de garantir a sua proteção e a sua efetivação, mostrando-se inaceitável que estes possam se sobrepor a ela. Dessa forma a sua preservação pela garantia efetiva dos direitos fundamentais, mostra-se imprescindível, de modo que havendo uma

sentença violadora de direitos fundamentais não se pode admitir que sob o pretexto de preservação da segurança jurídica, tais direitos sejam postos de lado.

No âmbito do processo coletivo, a preservação dos princípios da moralidade e da dignidade da pessoa humana mostra-se mais relevante ainda que no processo individual, não só pelas falhas existentes na legislação coletiva, mas principalmente pela tamanha amplitude dos efeitos das sentenças coletivas, sob pena do novo sistema mostrar-se inócuo e inapto para atingir os fins que se propõe. Ao magistrado não é possível portar-se como mero prolator dos dizeres legais, quando sua função precípua é infinitamente superior à subsunção do fato real à norma legal, qual seja de defender a ordem jurídica vigente, mormente a Constituição Federal e os valores nela garantidos.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro. Um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003.

ALVIM, Eduardo Arruda. Coisa julgada e litispendência no anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coord.). *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ASSIS, Araken de. Eficácia da coisa julgada inconstitucional. In: DIDIER JR, Freddie (Org.) *Relativização da Coisa Julgada: enfoque crítico*. Salvador: JusPODIVM, 2006.

BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luiz Roberto (Org.) *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luiz Roberto (Org.) *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRANCO, Luiz Carlos. *Equidade proporcionalidade e razoabilidade (doutrina e jurisprudência)*. São Paulo: RCS, 2006.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Bens sujeitos à proteção do Direito Constitucional Processual In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (Org.). *Coisa julgada inconstitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

COMPARATO, Fábio Konder. *Fundamento dos direitos humanos*. Disponível em: <<http://www.iea.usp.br/iea/artigos/comparatofundamento.pdf>>. Acesso em: 01 jul. 2008.

DELGADO, José Augusto. *II Seminário de direito ambiental imobiliário*. 2 ed. São Paulo, 1999, São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, 2000.

_____. *Reflexões contemporâneas (maio 2006) sobre a flexibilização, revisão e relativização da coisa julgada quando a sentença fere frontalmente postulados e princípios explícitos e implícitos da constituição federal. Manifestações doutrinárias*. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/Discursos/0001105/REFLEXOES_CONTEMPORANEAS_1.doc>. Acesso em: 06 fev.2009.

_____. *O princípio da moralidade administrativa e a constituição federal de 1988*. Disponível em:

<http://bdjur.stj.gov.br/jspui/bitstream/2011/9917/1/O_Princ%c3%adpio_da_Moralidade_Administrativa.pdf>. Acesso em: 06 fev. 2009.

_____. Reflexões contemporâneas sobre a flexibilização, revisão e relativização da coisa julgada quando a sentença fere postulados e princípios explícitos e implícitos da Constituição Federal. Manifestações doutrinárias. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (Org.). *Coisa julgada inconstitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETTI JÚNIOR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo*. Vol. 4. Salvador: Edições Podivm, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Relativizar a coisa julgada material*. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. São Paulo: Centro de Estudos, n. 55/56. janeiro/dezembro: 2001.

FARIAS, Cristiano Chaves de. Um alento ao futuro: novo tratamento da coisa julgada nas ações relativas à filiação. In: DIDIER JR, Freddie (Org.) *Relativização da Coisa Julgada: enfoque crítico*. Salvador: JusPODIVM, 2006.

FIGUEIREDO, Lúcia Vale *Devido processo legal e a responsabilidade do estado por dano decorrente do planejamento*. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_13/DIALOGO-JURIDICO-13-ABRIL-MAIO-2002-LUCIA-VALLE-FIGUEIREDO.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2009.

GALVÃO, Ilmar. *II Seminário de direito ambiental imobiliário*. 2. ed., São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, 2000.

GARCIA, Maria. *Desobediência civil: direito Fundamental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

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: Revista dos Tribunais, 2007.

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. *Curso de direito processual civil coletivo*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____; SANTOS FILHO, Ronaldo Fenelon (coordenadores). *Ação Popular: aspectos relevantes e controvertidos*. São Paulo: RCS, 2006.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação / aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2006.

GRAVONSKI, Alexandre Amaral. Das origens ao futuro da Lei de Ação Civil Pública: o desafio de garantir o acesso à justiça com efetividade. In: MILARÉ, Edis (Coord.) *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini...[et al.], *Código de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

LENZA, Pedro. *Teoria Geral da Ação Civil Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

LIEBMAN, Enrico Túlio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos. Conceito e legitimação para agir*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. O princípio da segurança dos atos jurisdicionais (A questão da relativização da coisa julgada material). In: DIDIER JR, Freddie (Org.) *Relativização da Coisa Julgada: enfoque crítico*. Salvador: JusPODIVM, 2006.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. São Paulo: Saraiva, 2006.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. São Paulo : Saraiva, 2008.

_____. Coisa julgada inconstitucional: considerações sobre a declaração de nulidade da lei e as mudanças introduzidas pela Lei n. 11.232/2005. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (Org). *Coisa julgada inconstitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

_____; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008.

MICHAELIS. Moderno Dicionário da Língua Portuguesa. Disponível em: <<http://www2.uol.com.br/michaelis/>>. Acesso em: 19 abr. 2007.

MILARÉ, Edis (coordenador). *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. *Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material. In: DIDIER JR, Freddie (Org.) *Relativização da Coisa Julgada: enfoque crítico*. Salvador: JusPODIVM, 2006.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NERY JR, Nelson. A polêmica sobre a relativização (desconsideração) da coisa julgada e o estado democrático de direito. In: DIDIER JR, Freddie (Org.) *Relativização da Coisa Julgada: enfoque crítico*. Salvador: JusPODIVM, 2006.

NETTO, Nelson Rodrigues. *Nota sobre a coisa julgada no processo individual e no processo coletivo*. Disponível em: <http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1002&context=nelson_rodrigues_netto>. Acesso em: 02 jan. 2009.

PEDRA, Adriana Sant'Anna. *Processo e pressupostos processuais*. Disponível em: <http://www.escola.agu.gov.br/revista/Ano_VII_setembro_2007/ProcessoePressupostos_AdrianoPedra.pdf>. Acesso em: 02 jan. 2009.

PIOVESAN, Flávia. *A proteção dos direitos humanos no sistema constitucional brasileiro*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, n. 45, outubro-dezembro/2003.

PIZZOL, Patrícia Miranda. *Coisa julgada nas ações coletivas*. Disponível em: <http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/artigo_patricia.pdf>. Acesso em: 28 jan. 2009.

REALE, Miguel. *Espírito da nova lei civil*. Revista Jurídica Consulex, São Paulo: Consulex, 2003, n. 144, jan/2003.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. A distribuição do ônus da prova no Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: GRINOVER, Ada Pelegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coord.). *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SANTOS, Cláudio Sinoé Ardenghy dos. *A coisa julgada relativa e os vícios transtemporais*. Porto Alegre: Cidadela Editorial, 2004.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. V. 1, 21 ed.. São Paulo: Saraiva, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito Constitucional Brasileiro*. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/05.16.08.06.pdf>>. Acesso em: 15 jul.2008.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. Malheiros: São Paulo, 1997.

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

THEODORO JR., Humberto. *A reforma do processo de execução e o problema da coisa julgada inconstitucional*, Revista Brasileira de Estudos Políticos, 89, Belo Horizonte (MG), 2004.

_____. O tormentoso problema da inconstitucionalidade da sentença passado em julgado. In: DIDIER JR, Freddie (Org.) *Relativização da Coisa Julgada: enfoque crítico*. Salvador: JusPODIVM, 2006.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

WALD, Arnaldo. *Aspectos polêmicos da ação civil pública*. São Paulo: Saraiva, 2003.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e MEDINA, José Miguel Garcia. *Relativização da coisa julgada*. In: DIDIER JR, Freddie (Org.) *Relativização da Coisa Julgada: enfoque crítico*. Salvador: JusPODIVM, 2006.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil 2*. São Paulo: RT, 2006.

WATANABE, Kazuo. *Relação entre demanda coletiva e demandas individuais*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coord.). *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Direitos Fundamentais de Terceira Geração*. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, n. 15, 1998.

_____. *Inexigibilidade de sentenças inconstitucionais*. In: DIDIER JR, Freddie (Org.) *Relativização da Coisa Julgada: enfoque crítico*. Salvador: JusPODIVM, 2006.

_____. *Processo coletivo. Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.