

Coisa julgada nas ações coletivas

Patricia Miranda Pizzol¹

1. Coisa julgada. 1.1. Considerações iniciais. 1.2. Conceito. 1.3. Classificação. 1.4. Limites. 2. Coisa julgada *secundum eventum litis*. 3. Suspensão do processo individual. 4. Transporte *in utilibus* da coisa julgada. 5. Coisa julgada *secundum eventum probationis*. 6. Limitação territorial da coisa julgada. 7. Conclusão. 8. Referências bibliográficas.

1. Coisa julgada

1.1. Considerações iniciais

A coisa julgada no processo coletivo é regida pelos artigos 103 e 104 do CDC e pelo CPC.² Faremos uma análise dos aspectos gerais relativos à coisa julgada no processo tradicional para depois abordarmos a coisa julgada nos processos coletivos.

Coisa julgada pode ser definida como a qualidade de imutabilidade, de indiscutibilidade de que se reveste a sentença, mais especificamente a parte dispositiva desta (limite objetivo) e, via de regra, em relação às partes processuais (limite subjetivo).

Tal imutabilidade pode se projetar apenas dentro do processo em que foi proferida a sentença, impedindo que ela seja revista no próprio processo (coisa julgada formal) ou fora do processo em que foi proferida a sentença, impedindo que ela seja modificada em outro processo (coisa julgada material).

O instituto encontra fundamento no artigo 5º, XXXVI, da CF, tendo como objetivo propiciar segurança jurídica, dar estabilidade às relações sociais e evitar julgados conflitantes. Uma das características da jurisdição é exatamente a coisa julgada/imutabilidade das decisões, pois de nada adiantaria submeter uma pretensão ao Estado-Juiz se a decisão por este proferida não fosse imperativa e imutável.

¹ Mestre e Doutora pela PUC/SP. Professora dos cursos de Graduação, Pós-graduação *lato sensu*, Mestrado e Doutorado da PUC/SP. Professora dos cursos de Graduação e Pós-graduação *lato sensu* do Instituto Presbiteriano Mackenzie. Autora de livros e artigos Jurídicos. Advogada em São Paulo.

² A respeito da matéria, por todos, Ada Pellegrini Grinover, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, 8. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 903-904.

Como afirma Chiovenda: "A coisa julgada (...) consiste em que, pela suprema exigência da ordem e da segurança da vida social, a situação das partes fixadas pelo juiz com respeito ao bem da vida (*res*), que foi objeto de contestação, não mais se pode, daí por diante, contestar; o autor que venceu, não pode mais ver-se perturbado no gozo daquele bem; o autor que perdeu, não lhe pode mais reclamar, ulteriormente, o gozo. A eficácia ou a autoridade da coisa julgada é, portanto, por definição, destinada a agir no futuro, com relação aos futuros processos"³.

Assim, somente em situações excepcionalíssimas (previstas expressamente em lei) é possível atacar uma sentença já transitada em julgado; isso se opera, em geral, via ação rescisória, cuja finalidade é exatamente desconstituir a coisa julgada. Acrescente-se que a lei prevê um prazo de dois anos para o ajuizamento da ação rescisória (art. 495 do CPC); após o decurso desse prazo, o vício que poderia ter dado ensejo à rescisória se sana, não podendo mais a sentença ser retirada do mundo jurídico. Há, ainda, algumas situações em que a sentença não tem aptidão para produzir coisa julgada, sendo cabível ação para o reconhecimento do vício de inexistência (ação declaratória de inexistência ou declaratória de nulidade ou *querella nulitatis*⁴). Há, na atualidade, uma parcela da doutrina que defende a "relativização" da coisa julgada, sustentando que a coisa julgada, em alguns casos, deve ser considerada inconstitucional. O tema será tratado adiante, no item relativo à coisa julgada *secundum eventum probationis*.

A coisa julgada é um dos pressupostos processuais negativos ou extrínsecos. A existência de coisa julgada material é um empecilho à instauração de um outro processo. Caso seja proposta nova ação, verificando o juiz a existência de coisa julgada anterior, cabe-lhe extinguir o processo sem julgamento do mérito, conforme art. 267, V, do CPC. Caso ele não verifique isso ao despachar a inicial, poderá ser verificado posteriormente, pois se trata de matéria de ordem pública, não sujeita a preclusão, que pode ser conhecida a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição (art. 267, §3º, do CPC). Não sendo conhecida de ofício, cabe ao réu argüir a existência de coisa julgada anterior na contestação ou posteriormente, a qualquer tempo; se proferida sentença de mérito, pode a matéria ser

³ Chiovenda, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. III, trad. 2ª ed. italiana, Guimarães Menegale e notas Enrico Tullio Liebman, São Paulo: Saraiva e Cia Editores, São Paulo: Saraiva, 1945, n. 380, p. 518.

⁴ Ver, por todos, Teresa Arruda Alvim Wambier, *Nulidades do processo e da sentença*, 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

suscitada em sede recursal ou, após o trânsito em julgado, por meio de ação rescisória (art. 485 do CPC). Havendo duas coisas julgadas, deve prevalecer a primeira⁵.

1.2. Conceito

Como afirmado, a coisa julgada pode ser entendida como uma qualidade (de imutabilidade) da sentença ou do acórdão. Esse conceito não é, contudo, uníssono na doutrina.

Para Chiovenda, a coisa julgada não é uma qualidade da sentença ou de seus efeitos, consistindo, isto sim, em seu sentido substancial, na *“eficácia da sentença que se tornou definitiva em referência aos futuros processos”*⁶. A coisa julgada, afirma o autor, supõe um pronunciamento definitivo, tendo como fundamento principal o fato de que *“o Estado não deve permitir que um bem, já por ele reconhecido, sofra diminuição ou prejuízo por uma nova decisão sua”*^{7, 8}.

Liebman entende autoridade de coisa julgada como a imutabilidade do comando que emerge da sentença: *“Não se identifica ela simplesmente com a definitividade e intangibilidade do ato que pronuncia o comando; é, pelo contrário, uma qualidade, mais intensa e mais profunda, que reveste o ato também em seu conteúdo e torna assim imutáveis, além do ato em sua existência formal, os efeitos, quaisquer que sejam, do próprio ato”*⁹. Em síntese, para o autor a coisa julgada não é efeito da sentença, mas uma qualidade da sentença e de seus efeitos.

⁵ Nesse sentido, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, *Código de Processo Civil comentado*, 9. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 679; Sérgio Rizzi, *Ação rescisória*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 135 e ss. No sentido da prevalência da segunda coisa julgada: Pontes de Miranda, *Tratado da ação rescisória*, Campinas: Bookseller: 1998, p. 250. Entendendo que prevalece a segunda coisa julgada enquanto não desconstituída a primeira sentença: José Carlos Barbosa Moreira, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 7. ed, Vol V, Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 223-227.

⁶ Chiovenda, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. III, trad. 2ª ed. italiana, Guimarães Menegale e notas Enrico Tullio Liebman, São Paulo: Saraiva e Cia Editores, São Paulo: Saraiva, 1945, n. 380, p. 284.

⁷ Giuseppe Chiovenda, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. II, cit., 1943, n. 233, p. 387-388. Registre-se que, para o autor, “a sentença é unicamente a afirmação ou negação de uma vontade do Estado que garanta a alguém um bem da vida no caso concreto; e só a isto se pode estender a autoridade do julgado; com a sentença só se consegue a certeza da existência de tal vontade e, pois, a incontestabilidade do bem reconhecido ou negado” (vol. I, n. 115, p. 515).

⁸ Ver, também, Sergio Menchini, *Il giudicato civile*, 2ª ed., Torino, Utet, 2002.

⁹ Enrico Tullio Liebman, *Eficácia e Autoridade da Sentença*, trad. Alfredo Buzaid e Benvindo Aires, Forense, 3ª ed., Rio de Janeiro, 1984, p. 54.

Liebman foi quem difundiu a tese, hoje aceita pela doutrina dominante e adotada por inúmeros ordenamentos jurídicos, de que a autoridade da coisa julgada não é um efeito da sentença, ou a sua eficácia, mas uma qualidade que se agrega à eficácia da sentença. Registre-se que a eficácia, para ele, não se confunde com a sua imutabilidade, vez que "*o comando contido na sentença, mesmo quando é eficaz, pode ser ainda suscetível de reforma*"¹⁰.

O dispositivo da sentença é a única parte desta que se torna imutável e indiscutível, tão logo tenha decorrido *in albis* o prazo para recurso ou tenham sido esgotados todos os recursos cabíveis. Não ficam revestidos dessa qualidade o relatório e a fundamentação do pronunciamento, como veremos no item relativo aos limites da coisa julgada.

De acordo com o nosso Código de Processo Civil, a coisa julgada material é "*a eficácia, que torna imutável e indiscutível o efeito da sentença não mais sujeita a recurso ordinário e extraordinário*", conforme o disposto em seu artigo 467.

Embora o autor do anteprojeto do Código, Alfredo Buzaid, tenha tido o cuidado de elaborar um conceito de coisa julgada condizente com o entendimento da doutrina mais autorizada no assunto, afirmando ser a coisa julgada material a qualidade que torna imutável e indiscutível a eficácia da sentença, essa tese não vingou por ocasião da elaboração do artigo 467 do CPC vigente.

Vale citar, ainda, a opinião de Barbosa Moreira, para quem a coisa julgada pode ser definida como a situação jurídica que se forma no momento em que a sentença (*decisum*) se transforma de instável em estável. Para esse autor, a coisa julgada diz respeito ao comando que emerge da sentença e não à sua eficácia, não se confundindo com a autoridade de coisa julgada, concebendo esta (e não aquela, diferentemente de Liebman) como uma qualidade de imutabilidade que se agrega ao comando da sentença: "*Mais exato parece dizer que a coisa julgada é uma situação jurídica: precisamente a situação que se forma no momento em que a sentença se converte de instável em estável. É a essa estabilidade característica da nova situação jurídica, que a linguagem jurídica se refere, segundo pensamos, quando fala da 'autoridade da coisa julgada'*"¹¹.

¹⁰ Enrico Tullio Liebman, *Eficácia e Autoridade da Sentença*, cit., p. 23. Afirma o autor: "Projeta a sentença sua eficácia jurídica independentemente da passagem em julgado (...)" (Idem, p. 58).

¹¹ José Carlos Barbosa Moreira, "*Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada*", in *Revista de Processo* nº 34/273, p. 281-282.

Quando essa estabilidade ou imutabilidade repercute dentro do processo somente, trata-se de coisa julgada formal; quando a repercussão ultrapassa os limites do processo em que foi proferida a sentença, a coisa julgada é material.

1.3. Classificação

A coisa julgada formal pode ser definida como a "preclusão máxima" do processo, uma vez que, depois de ela se formar, não podem as partes exercer qualquer faculdade processual. A coisa julgada formal se opera dentro do processo, ou seja, produz efeitos endoprocessuais, impedindo as partes entre as quais foi dada a sentença de discutir dentro daquele processo a matéria julgada. Não obsta, contudo, a propositura de nova ação com o mesmo objeto daquela já decidida.

A coisa julgada material, por sua vez, se opera para fora do processo no qual foi proferida a sentença, produzindo efeitos extraprocessualmente, impedindo, portanto, a propositura de uma outra ação que tenha por objeto a lide discutida e decidida no processo findo. No dizer de Thereza Alvim: *"A coisa julgada formal constitui a imutabilidade da decisão final, como fato processual que é, dentro do mesmo processo em que foi proferida. Já a coisa julgada material, que interessa de perto a este trabalho, significa a imutabilidade dessa mesma decisão fora do âmbito do processo, sendo uma qualidade dos efeitos da sentença"* ¹².

Toda sentença da qual não caiba mais recurso produz a coisa julgada formal; algumas sentenças produzem apenas a coisa julgada formal (sentenças processuais, por meio das quais o juiz extingue o processo sem resolução do mérito - artigo 267 do CPC); outras fazem também coisa julgada material, além da formal (sentenças de mérito, por meio das quais o juiz decide a lide com caráter definitivo - artigo 269 do CPC). A coisa julgada material só incide sobre a sentença de mérito, aquela que decide sobre o pedido do autor, não se operando com relação às sentenças processuais ou terminativas, em que não há decisão relativa ao pedido do autor, como se extrai do artigo 268 do CPC. Aliás, previsão legal diferente implicaria violação ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, do acesso à justiça. Ora, se não houve apreciação de mérito, não pode a parte ficar

¹² Thereza Alvim, *Questões Prévias e Limites da Coisa Julgada*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 43.

impedida de buscar o Judiciário para obter uma prestação jurisdicional que seja plena e que promova, efetivamente, a paz social.

Há, porém, entendimento do STJ no sentido da impossibilidade da repositura automática da ação, sendo necessária a correção do vício, sob pena de ofensa à coisa julgada: “*PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EXTINÇÃO. ILEGITIMIDADE PASSIVA. REPETIÇÃO DA AÇÃO. PRELIMINAR DE COISA JULGADA. REGULARIZAÇÃO DA FALTA DE CONDIÇÃO DA AÇÃO. NECESSIDADE. EXEGESE DO ART. 268, CPC. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA CONHECIDOS MAS DESACOLHIDOS. I - A coisa julgada material somente se dá quando apreciado e decidido o mérito da causa. II - A extinção do processo sem julgamento de mérito, por falta de legitimidade ad causam, não é passível de formar coisa julgada material, mas sim coisa julgada formal, que impede a discussão da questão no mesmo processo e não em outro. Isso quer dizer que não se pode excluir, prima facie, a possibilidade de o autor repropor a ação, contanto que sane a falta da condição anteriormente ausente. III - Tendo sido o processo extinto por falta de legitimidade do réu, não se permite ao autor repetir a petição inicial sem indicar a parte legítima, por força da preclusão consumativa, prevista nos arts. 471 e 473, CPC, que impede rediscutir questão já decidida.*” (STJ – EREsp 160850/SP, rel. Min. Edson Vidigal, rel. para acórdão Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 3.2.2003, DJ 29.9.2003, p. 134, m.v.).¹³

No nosso sentir, está equivocado o Superior Tribunal de Justiça, pois, de acordo com o sistema processual vigente, não há, como já afirmado, qualquer empecilho à propositura de nova ação idêntica caso a primeira tenha resultado em sentença terminativa

¹³ No mesmo sentido: “*PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EXTINÇÃO DO PROCESSO POR AUSÊNCIA DE CONDIÇÃO DA AÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO. RENOVAÇÃO DO PEDIDO. AÇÃO IDÊNTICA. INVIABILIDADE. ART. 268, CPC. EXEGESE. DOCTRINA. PRECEDENTES. RECURSO DESACOLHIDO. I - A extinção do processo por descabimento da ação civil pública, na espécie, por falta de condição da ação, obsta a que o autor intente de novo a ação. II – Segundo boa doutrina, se o autor se limita a re-propor ação da qual fora julgado carente, estará ofendendo a coisa julgada, dado que, consoante comanda o art. 471, CPC, nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas.*” (STJ - REsp 103584/SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 5.6.01, DJ 13.8.2001, p. 159, v.u.); “*PROCESSUAL CIVIL. ILEGITIMIDADE PASSIVA. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO. INDEFERIMENTO DA INICIAL. SENTENÇA SEM RECURSO. EFEITOS. COISA JULGADA MATERIAL. - A sentença que indefere a petição inicial e julga extinto o processo, sem o julgamento de mérito, pela falta de legitimidade passiva para a causa, faz trânsito em julgado material, se a parte deixar transcorrer em branco o prazo para a interposição do recurso cabível, sendo impossível o novo ajuizamento de ação idêntica. - Recurso especial conhecido e provido*” (STJ – REsp 160850/SP, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, 4ª T., j. 17.10.2000, DJ 5.3.2001, p.167, m.v.).

ou processual. O único requisito exigido pelo art. 268 do CPC é que sejam pagos custas e honorários advocatícios eventualmente pendentes do primeiro processo (no caso do processo coletivo, não se há que falar, em regra, em tal requisito, uma vez que só há condenação no ônus da sucumbência quando o autor coletivo age de má-fé, conforme artigo 87 do CDC).

1.4. Limites

A coisa julgada está sujeita aos limites objetivo e subjetivo, como afirmado.

Quanto ao limite objetivo, a coisa julgada só alcança a parte dispositiva da sentença ou do acórdão, não atingindo a sua fundamentação, por mais relevante que seja, ou a questão prejudicial decidida incidentalmente (artigos 469 e 470 do CPC).

Lembre-se, com relação à incidência da coisa julgada apenas sobre o *decisum*, que esta foi a posição adotada pelo CPC vigente, a qual se coaduna com o entendimento da doutrina dominante: "*Acolheu o Código a doutrina dominante (Chiovenda, Carnellutti, Liebman, Micheli, Buzaid, Lopes da Costa, Pontes de Miranda, Celso Neves), segundo a qual a coisa julgada material se circunscreve ao dispositivo da sentença*".¹⁴

No mesmo sentido, manifesta-se Arruda Alvim, demonstrando quão superada se encontra essa questão em face do ordenamento jurídico vigente¹⁵.

Como afirma Liebman, apenas o comando da sentença adquire a autoridade de coisa julgada, tornando-se imutável¹⁶.

Vale mencionar o pensamento de Sergio Menchini¹⁷ a respeito da coisa julgada no direito italiano. Quando o artigo 2909 do cc italiano estabelece que o julgado "*fa stato ad ogni effetto*", isso significa que ele é dotado do poder vinculativo (*vincolatività*) próprio do julgado; não se trata de qualquer declaração de vontade concreta da lei, mas apenas daquele conteúdo da sentença passada em julgado, ou seja, daquela parte do provimento que

¹⁴ João Baptista Lopes, *Ação Declaratória*, 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 111.

¹⁵ "Nos dias correntes, está praticamente superado o dissídio entre os que entendem que a coisa julgada se restringe, exclusivamente, ao dispositivo da sentença, e os que - cada dia menos numerosos - entendem que ela, ao contrário, além do dispositivo, abrange os motivos, os fundamentos e as premissas necessárias, embaixadores da decisão. Não nos estenderemos sobre este ponto. A nossa lei atual é expressa no sentido da primeira posição (art. 469, II)" (Arruda Alvim, *Tratado de Direito Processual Civil*, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 462).

¹⁶ Enrico Tullio Liebman, *Eficácia e Autoridade da Sentença*, cit., p. 54.

¹⁷ Sergio Menchini, *Il giudicato civile*, cit., p. 22, tradução livre.

alcança a condição de estabilidade considerada necessária e suficiente pelo legislador. O legislador, quando reconhece a obrigatoriedade apenas das sentenças passadas em julgado, conforme art. 324 do cpc italiano, exige não apenas e simplesmente que o provimento esteja já suficientemente estabilizado, ou seja razoavelmente de difícil ou improvável modificação, mas também que ele tenha estado sujeito aos meios de impugnação ordinários (apelação, recurso de cassação), os quais fornecem a garantia de controle pelas partes dos juízes superiores a respeito das formas impostas pela lei, enquanto consideradas necessárias para dar vida a um justo processo, em grau de produzir uma declaração (acertamento) esperada. Em síntese, a estabilidade do resultado do julgamento pressupõe que nesse tenham sido dadas às partes as máximas garantias de desenvolvimento da ação e da defesa e que o ato conclusivo resulte impugnável pelos amplos meios indicados pelo art. 324 do cpc italiano, idôneos a sancionar e eventualmente remover as eventuais invalidades e/ou injustiças da decisão^{18, 19}.

Vale lembrar que o dispositivo da sentença deve guardar correspondência com o pedido formulado pelo autor. É uma decorrência da aplicação do princípio da congruência ou adstrição da sentença ao pedido (manifestação do princípio dispositivo), segundo o qual o juiz fica impedido de decidir fora, além ou aquém do pedido (arts. 2º, 128 e 460 do CPC).

Quanto ao limite subjetivo, no processo tradicional, a coisa julgada só alcança as partes que integram a relação jurídica processual, não atingindo terceiros (artigo 472 do CPC).

Também em outros ordenamentos jurídicos, como, por exemplo, no direito italiano, a coisa julgada se opera entre as partes, nos termos do art. 2909 do código civil. Discute-se na doutrina acerca da possibilidade de a coisa julgada alcançar também terceiros. Vale dizer que, em alguns casos, o próprio ordenamento jurídico permite que se extraia conclusão no sentido do alcance de terceiros (ex., arts. 1306, 2377, 3º *comma*, do código civil italiano)²⁰. Hoje, segundo o autor, não há espaço para se sustentar que o problema dos limites

¹⁸ *Idem*, p. 24.

¹⁹ Segundo o autor, a coisa julgada, no sistema italiano, não constitui garantia constitucional, logo, pode a legislação estabelecer modelos de exercício de jurisdição que gerem provimento que, embora definitivos, sejam revogáveis e modificáveis em sucessivos processos e, portanto, não dotados da autoridade de coisa julgada, conforme art. 2909 do cc italiano. Para o autor, não se pode extrair a natureza constitucional do instituto nem mesmo dos arts. 24 e 111 da Constituição italiana (*idem*, p. 8-9).

²⁰ Sobre a discussão doutrinária, ver Sergio Menchini (*Il giudicato civile*, cit., p. 187-188), em que o autor retrata a evolução do pensamento doutrinário a partir da década de 70, levando em consideração o art. 24 da Constituição italiana.

subjetivos não tem autônoma relevância, dependendo exclusivamente e de modo rígido dos limites objetivos, uma vez que as regras constitucionais sobre processo justo ou “devido processo legal” (arts. 24 e 111 da Constituição) representam pontos firmes, sendo o princípio do contraditório um obstáculo dificilmente superável por aqueles que queiram propor leituras extensivas acerca do âmbito subjetivo de eficácia da sentença civil²¹. Afirma, ainda, o autor que, sendo assim, não pode o legislador ordinário criar regra no sentido da eficácia “ultra partes” da sentença sob pena de inconstitucionalidade. Para que uma regra dessa natureza seja aceita como compatível com a Constituição, é necessário que haja uma justificativa idônea em outros e prevalentes interesses de ordem constitucional ou seja imposta tal situação pelas características estruturais da relação jurídica com o terceiro (isso vale, segundo o autor, não apenas para as situações expressamente disciplinadas na lei ordinária como também para aquelas que podem ser extraídas da lei mediante interpretação sistemática desta)²². De qualquer modo, acrescenta o autor, devem ser asseguradas ao terceiro eventualmente atingido pela sentença alheia ações e defesas adequadas, no sentido dos arts. 24 e 111 da Constituição (é sempre necessário verificar se os meios oferecidos pelo legislador ordinário são adequados, se estão em consonância com os princípios do contraditório e do devido processo legal)²³.

Muito bem.

De acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, a coisa julgada, no processo coletivo, atinge somente a parte dispositiva, tornando-a imutável e indiscutível. Quanto ao limite subjetivo, diferentemente do que ocorre no processo individual, a coisa julgada alcança toda a coletividade (direito difuso; coisa julgada *erga omnes*) ou todos os integrantes do grupo, classe ou categoria (direitos coletivos *stricto sensu*; coisa julgada *ultra partes*) ou todas as pessoas unidas pela origem comum (direito individual homogêneo; coisa julgada *erga omnes*), como veremos no item seguinte.

²¹ Idem, p. 188.

²² Idem, p. 188.

²³ Idem, p. 189. Sobre as diversas teses relativas à matéria, ver Sergio Menchini, *IL giudicato civile*, cit., p. 189 e seguintes.

2. Coisa julgada *secundum eventum litis*

a) Direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos

A ação coletiva é aquela que visa à tutela de direito coletivo *lato sensu*, podendo ser de conhecimento, de execução ou cautelar.

Os direitos coletivos *lato sensu* estão conceituados, no artigo 81, parágrafo único, do CDC, compreendendo três espécies: direito difuso, direito coletivo *stricto sensu* e direito individual homogêneo²⁴.

Os direitos difusos e coletivos “*stricto sensu*” são eminentemente coletivos²⁵, tendo em vista o objeto (indivisível). Quanto à titularidade, o direito difuso pertence a uma coletividade indeterminada e indeterminável e o direito coletivo a um grupo, classe ou categoria de pessoas. Os direitos individuais homogêneos são acidentalmente coletivos²⁶, pois têm natureza individual (objeto divisível), embora sejam tutelados coletivamente. A partir do pedido formulado pelo autor é que se identifica se a ação se destina à tutela de direito difuso, coletivo ou individual homogêneo.

Dispõe o artigo 81, parágrafo único, do CDC: "*Art. 81 - A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente ou a título coletivo. Parágrafo único - A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos,*

²⁴ A respeito do conceito de direitos coletivos: Guido Alpa, *Il diritto dei consumatori*. Roma-Bari: Gius. Laterza & Figli Spa, 1999, p. 406-408; José Manoel de Arruda Alvim Netto e outros, *Código do Consumidor Comentado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 345-381; Kazuo Watanabe e outros, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, 8. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999, p. 801-807.

²⁵ São denominados por Kazuo Watanabe (*Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, comentado pelos autores do anteprojeto*, cit., p. 800) e José Carlos Barbosa Moreira (*Tutela Jurisdicional dos Interesses Coletivos ou Difusos, Temas de Direito Processual*, 3. série, São Paulo: Saraiva, 1984, p. 193-197) de “essencialmente coletivos”.

²⁶ Registre-se, inclusive, a preocupação do legislador em conceituar os institutos jurídicos em questão, com o fito de “evitar dúvidas e discussões doutrinárias, que ainda persistem a respeito dessas categorias jurídicas, possam impedir ou retardar a efetiva tutela dos interesses ou direitos dos consumidores e das vítimas ou seus sucessores” (Kazuo Watanabe, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, comentado pelos autores do anteprojeto*, cit., p. 800).

para efeitos deste Código, 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; III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum."

Como se depreende do dispositivo supratranscrito, foram adotados determinados critérios para a conceituação dessas categorias de direitos ou interesses²⁷:

I - **direitos e interesses difusos** - no aspecto subjetivo, a indeterminação dos titulares e a inexistência de relação jurídica base entre eles (liame de fato); no aspecto objetivo, a indivisibilidade do bem jurídico²⁸; II - **direitos e interesses coletivos**²⁹ - no aspecto subjetivo, a determinabilidade dos titulares (atribuição da titularidade do direito ou interesse a um grupo, categoria ou classe de pessoas) e a existência de uma relação jurídica base entre os consumidores ou entre eles e o fornecedor³⁰; no aspecto objetivo, à semelhança do que ocorre com os direitos e interesses difusos, caracterizam-se os direitos coletivos pela indivisibilidade do objeto; III - **direitos e interesses individuais homogêneos** - no aspecto subjetivo, a determinabilidade dos titulares e a existência de uma

²⁷ Quanto às expressões - "direitos" e "interesses", a nosso ver, elas foram utilizadas como sinônimas. Não se extrai, no nosso ordenamento jurídico, qualquer consequência jurídica da distinção entre direito e interesse. Nesse sentido, Ada Pellegrini Grinover, I processi collettivi del consumatore nella prassi brasiliana, in *O Processo em Evolução*, São Paulo: Forense Universitária, 1996, p. 139, nota 4; Teresa Arruda Alvim, Noções Gerais sobre o Processo no Código do Consumidor, in *Programa de Pós-Graduação em Direito - PUC-SP*, n. 1, Max Limonad, São Paulo, 1995, p. 200.

²⁸ Kazuo Watanabe, Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, comentado pelos autores do anteprojeto, cit., p. 801.

²⁹ Ensina Kazuo Watanabe que o termo "coletivo" utilizado pelo Código encerra, num sentido, interpretação ampla, vez que abarca tanto os interesses e direitos organizados (interesses e direitos coletivos de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si por uma relação jurídica base) quanto os não organizados (interesses e direitos coletivos de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas com a parte contrária por uma relação jurídica base) e, noutro sentido, interpretação restrita, por abranger apenas os interesses ou direitos indivisíveis (*Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, comentado pelos autores do anteprojeto*, cit., p. 805-806).

³⁰ No que tange à relação jurídica base mencionada no dispositivo legal sob exame, cumpre-nos ressaltar que, conforme ensina Kazuo Watanabe (*Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, comentado pelos autores do anteprojeto*, cit., p. 803-804), trata-se da relação jurídica que preexiste "à lesão ou ameaça de lesão do interesse ou direito do grupo, categoria ou classe de pessoas" e não daquela "relação jurídica nascida da própria lesão ou da ameaça de lesão", não se podendo confundir esta com aquela. E, ainda, acrescente-se, o vínculo que une os titulares do direito coletivo pode não se situar no "próprio conteúdo da relação plurissubjetiva" (v.g., a relação existente entre os membros de uma Associação de Pais de Alunos), situando-se fora deste, como, por exemplo, no caso de um grupo de contribuintes. Pode-se afirmar que "o vínculo que aqui existe não é, normalmente, tão rarefeito, circunstancial ou ocasional, quanto o que existe nos interesses e direitos difusos" (Arruda Alvim, Thereza Alvim, Eduardo Arruda Alvim e James Marins, *Código do Consumidor Comentado*, cit., p. 369).

origem comum³¹; no aspecto objetivo, a divisibilidade do objeto (ressalte-se que isto se dá na fase de liquidação e/ou execução da sentença condenatória).

Assim, o direito difuso difere do direito coletivo tão somente pelo aspecto subjetivo, tendo em vista que os titulares deste são determináveis, estando relacionados a um grupo, categoria ou classe; difere do direito individual homogêneo pelos aspectos subjetivo (titulares determináveis) e objetivo (objeto divisível). O direito coletivo difere do individual homogêneo pelo aspecto objetivo – enquanto o objeto deste é divisível o daquele é indivisível.

Acrescente-se que, após o advento do Código de Defesa do Consumidor, qualquer outro conceito de direito coletivo, que não seja compatível com a definição legal apresentada, deve ser considerado de *lege ferenda*.

Vale dizer que os conceitos acima estabelecidos não são estanques. Quando se pensa, por exemplo, em uma publicidade enganosa, pode-se vislumbrar lesão ou ameaça a direito difuso, coletivo *stricto sensu*, individual homogêneo ou individual puro, dependendo da pretensão deduzida em juízo. Em outras palavras, a lesão ou ameaça a um determinado direito ou interesse pode gerar pretensão de natureza difusa, coletiva ou individual homogênea, conforme se verifique, no caso concreto, a presença dos elementos que identificam cada uma das hipóteses legais. A pretensão deduzida em juízo que irá indicar a categoria de direito ou interesse violado e, conseqüentemente, o procedimento a ser adotado em cada caso³². No exemplo mencionado, o pedido de não veiculação da publicidade enganosa ou de correção de tal publicidade tem natureza difusa; já o pedido de reparação

³¹ Quanto à expressão “origem comum”, utilizada pelo legislador, cumpre lembrar que, consoante assevera Kazuo Watanabe, não se deve interpretá-la no sentido de “uma unidade factual e temporal”, citando o autor, como exemplo de interesse individual homogêneo, o das vítimas de um produto nocivo à saúde adquiridos por vários consumidores num largo espaço de tempo e em várias regiões têm, como causa de seus danos, fatos com homogeneidade tal que os tornam a “origem comum” de todos eles (*Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, comentado pelos autores do anteprojeto.*, cit., p. 806).

³² Nesse sentido: Kazuo Watanabe, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, comentado pelos autores do anteprojeto*, cit., p. 811; Nelson Nery Junior, *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, cit., p. 157.

dos danos causados aos consumidores pela publicidade é individual homogêneo. Aliás, a ação coletiva pode conter pedidos cumulados³³.

Sendo a ação coletiva, qualquer que seja a espécie de direito tutelado (difuso, coletivo ou individual homogêneo), fica o processo sujeito às regras do microsistema das ações coletivas, que abrange, especialmente, as normas contidas na Lei da Ação Civil Pública e na parte processual do Código de Defesa do Consumidor (como se depreende dos arts. 90 do CDC e 21 da LACP), sempre à luz da Constituição Federal. É bom registrar que, pela própria natureza do direito coletivo, não se tratando de direito subjetivo pertencente a um indivíduo determinado, a sua efetiva proteção não é possível dentro da concepção individualista do Direito Civil e do Direito Processual Civil tradicionais, que refletem o liberalismo do século XIX. Daí a necessidade de adaptação de alguns institutos como, por exemplo, a legitimidade e a coisa julgada³⁴.

Assim, não é preciso que todos os titulares de um direito difuso sejam citados individualmente, para comparecerem em juízo, nem que todos os membros do grupo sejam ouvidos, para que a decisão vincule todos os integrantes de determinada classe ou moradores de certa região interessados, por exemplo, na manutenção da qualidade do ar. Como afirma Cappelletti: *"A visão individualista do devido processo judicial está cedendo lugar rapidamente, ou melhor, está se fundindo com uma concepção social, coletiva"*³⁵.

³³ Assim, pode o autor coletivo cumular um pedido de natureza difusa e outro de natureza individual homogênea: "PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO COLETIVA. CUMULAÇÃO DE DEMANDAS. NULIDADE DE CLÁUSULA DE INSTRUMENTO DE COMPRA-E-VENDA DE IMÓVEIS. JUROS. INDENIZAÇÃO DOS CONSUMIDORES QUE JÁ ADERIRAM AOS REFERIDOS CONTRATOS. OBRIGAÇÃO DE NÃO-FAZER DA CONSTRUTORA. PROIBIÇÃO DE FAZER CONSTAR NOS CONTRATOS FUTUROS. DIREITOS COLETIVOS, INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS E DIFUSOS. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE. DOUTRINA. JURISPRUDÊNCIA. RECURSO PROVIDO" (STJ – EResp 141491/SC, CE, rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 17.11.1999, DJ 1.8.2000, p. 182, v.u.).

³⁴ "As inovações estruturais, nestes casos, ultrapassam o momento do ajuizamento da ação e da legitimação para agir, para afetar todo o desenvolvimento do processo, conferindo novo influxo às suas garantias, com o surgimento, por exemplo, da idéia do **devido processo social ou de grupo**, no qual o **right to be heard** (o direito de ser ouvido) referir-se-á, não a cada indivíduo membro da classe, mas ao **legítimo ou adequado representante** de toda a categoria" (grifos pelo autor). Mauro Cappelletti, Problemas de Reforma do Processo Civil nas sociedades contemporâneas, in O Processo Civil Contemporâneo. (Coord. Luiz Guilherme Marinoni). Curitiba: Juruá, 1994, p. 18.

³⁵ Idem, p. 51. Vale lembrar a observação feita por Mauro Cappelletti, há trinta anos, no sentido da necessidade do afastamento da dicotomia público-privado, para a elaboração de um sistema processual destinado à disciplina das situações coletivas (Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi o diffusi, in *Le azioni a tutela di interessi collettivi*, Padova: Cedam, 1976, p. 191).

b) Coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes*

A coisa julgada nas ações coletivas vem disciplinada nos artigos 103 e 104 do Código de Defesa do Consumidor. De acordo com o prescrito nestes dispositivos legais, pode a coisa julgada ser *erga omnes* ou *ultra partes*, conforme seja a ação fundada em direito ou interesse difuso, coletivo ou individual homogêneo.

Em se tratando de interesse ou direito difuso (inciso I do parágrafo único do artigo 81), sendo promovida ação coletiva por um dos legitimados do artigo 82 (ou por mais de um em litisconsórcio), a coisa julgada será *erga omnes*, salvo se o pedido deduzido em juízo for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova (inciso I do art. 103).

Se o interesse ou direito for coletivo *stricto sensu* (inciso II do parágrafo único do artigo 81), formar-se-á coisa julgada *ultra partes* para o grupo, categoria ou classe, salvo se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, caso em que, assim como na hipótese anterior, poderá qualquer legitimado propor nova ação, desde que com nova prova (inciso II do artigo 103).

Nas duas hipóteses supramencionadas, conforme o preceito contido no §1º do art. 103 do CDC, os efeitos da coisa julgada "*não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe*", ou seja, não ficarão impedidos os indivíduos de promover as respectivas ações individuais, com o fito de obter o reconhecimento do seu direito individual.

Se o direito for individual homogêneo (inciso III do parágrafo único do artigo 81), a coisa julgada será *erga omnes*, no caso de procedência do pedido (art. 103, III, do CDC). Em outras palavras, a vítima ou seu sucessor poderá promover liquidação e/ou execução fundada na sentença de procedência, não sendo necessário o ajuizamento de ação condenatória. Sendo este julgado improcedente, poderá o indivíduo promover sua ação individual condenatória, desde que não tenha ingressado no processo coletivo como litisconsorte ou assistente litisconsorcial (art. 103, §2º, do CDC). Caso o processo seja extinto sem resolução do mérito, a sentença produzirá apenas coisa julgada formal, não impossibilitando a propositura de nova ação coletiva (art. 268 do CPC).

Pode-se afirmar que a opção legislativa foi diferente no caso do direito individual homogêneo, em relação aos direitos essencialmente coletivos (difusos e coletivos *stricto sensu*), porque estes só podem ser tutelados por meio da ação coletiva, enquanto aqueles, por serem na essência individuais, podem perfeitamente ser protegidos via ação individual³⁶. Discute-se, entretanto, se tal opção não implicaria a inviabilização da tutela dos direitos individuais no caso de o valor do dano individualmente considerado ser muito pequeno (*small claims*, do direito americano)³⁷. Pensemos em um exemplo: um pacote de biscoito Nestlé sofre diminuição de 25 gramas, sem a ostensiva informação ao consumidor; cada consumidor pode promover ação individual para ser ressarcido, tendo em vista o direito do consumidor à informação sobre a mudança da quantidade do produto; obviamente, pouquíssimos consumidores promoverão ações judiciais individuais com esse objetivo. Desse modo, inviabilizada a ação coletiva, pode-se concluir pela violação ao princípio do acesso à justiça.

Quando o CDC confere a qualquer legitimado a faculdade de propor uma nova ação, não exclui o próprio autor da demanda, cujo pedido foi julgado improcedente por insuficiência de provas, pois, se assim o desejasse, teria dito "*qualquer outro legitimado*" e não simplesmente "*qualquer legitimado*"³⁸.

Quanto à expressão "segundo o evento da lide" (*secundum eventum litis*), quer ela significar que, dependendo do resultado do processo, poderá a sentença fazer coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes* (conforme a categoria de direito coletivo em que se fundou a ação), ou não fazer coisa julgada. Como vimos: sendo acolhido o pedido do autor, todos os titulares do direito material (mesmo aqueles que não participaram do processo) serão

³⁶“Isto assim é porque nas duas primeiras hipóteses inexistente colaboração possível, ou, ao menos o ‘convite’ para que os interessados, propriamente ditos, possam atuar. Conseqüentemente, é possível e plausível que venha a surgir nova prova, porque a cognição dos legitimados do art. 82 é ou pode ser, por certo, compreensivelmente limitada, pela circunstancia de maior distanciamento dos fatos e, pois, das possíveis provas a esses referentes” (Arruda Alvim, Thereza Alvim, Eduardo Arruda Alvim e James Marins, Código do consumidor comentado, 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 468).

³⁷ Ver Antonio Gidi, *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*, São Paulo: Saraiva, 1995, p. 142-143.

³⁸ Ada Pellegrini Grinover, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, cit., p. 588-589; José Carlos Barbosa Moreira, A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados "interesses difusos". In: *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 110-123; Rodolfo de Camargo Mancuso, *Manual do consumidor em juízo*, 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2001, p. 157; Vidal Serrano Nunes Júnior e Yolanda Alves Pinto Serrano, *Código de defesa do consumidor interpretado*, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 253; Pedro Lenza, *Teoria geral da ação civil pública*, 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 239; Marcelo Abelha, *Ação civil pública e meio ambiente*, 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 255; Arruda Alvim, Thereza Alvim, Eduardo Arruda Alvim e James Marins, *Código do consumidor comentado*, cit., p. 464.

atingidos pela sentença; sendo proferida sentença negativa, em virtude de insuficiência de provas, não se produzirá a coisa julgada com relação aos legitimados, que poderão propor nova ação, com mesmo fundamento, desde que baseada em nova prova³⁹; se a ação for julgada improcedente por outro motivo diverso da insuficiência de provas, formar-se-á a coisa julgada, não sendo possível a propositura de outra ação coletiva. Sendo o processo extinto sem julgamento de mérito, por um dos fundamentos do artigo 267 do CPC, a sentença fará apenas coisa julgada formal, não restando inviabilizada a propositura de nova ação coletiva.

No que tange à utilização de expressões distintas para designar os efeitos da coisa julgada nas hipóteses de direitos difusos e coletivos *stricto sensu* – *erga omnes* e *ultra partes*, respectivamente - ela se justifica, a nosso ver, pela diferença existente entre direito difuso e direito coletivo (titularidade), ou seja, no fato de que a coisa julgada *ultra partes* atinge todos os integrantes de uma determinada categoria, classe ou grupo (os titulares do interesse coletivo tutelado são determináveis), enquanto que a coisa julgada *erga omnes* se produz com relação a toda coletividade (titulares indeterminados).

Na verdade, em termos práticos, a sentença atingirá todos os titulares do direito ou interesse: a) no caso dos interesses difusos, tais titulares sequer podem ser identificados, logo, toda a coletividade (todos) é alcançada pela coisa julgada; b) em se tratando de direito coletivo *stricto sensu*, os titulares são identificáveis, porque pertencem a um grupo, classe ou categoria (a expressão *ultra partes* se justifica porque parte é aquele que figura na relação jurídica processual; caso se admita a existência de parte material, também nesse caso a coisa julgada operar-se-á contra todos os integrantes da classe, grupo ou categoria); c) em se tratando de interesse individual homogêneo, embora os seus titulares sejam perfeitamente individualizáveis, somente por ocasião da liquidação ou da execução é que a individualização se dará; desse modo se justifica falar em coisa julgada *erga omnes*.

Como se vê, "o regime da coisa julgada oferece peculiaridades nas ações coletivas", vez que "*a própria configuração das ações ideológicas - em que o bem a ser tutelado pertence a uma coletividade de pessoas - exige, pelo menos até certo ponto, a extensão da*

³⁹ No sentido da incoerência de coisa julgada, se manifesta Ada Pellegrini Grinover, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, cit., p. 932; Arruda Alvim, Thereza Alvim, Eduardo Arruda Alvim e James Marins, *Código do consumidor comentado*, cit., p. 464, nota 11. Para Nelson Nery Junior, pode-se falar em espécie de relativização da coisa julgada (*Teoria geral dos recursos*, 6. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 522).

*coisa julgada ultra partes; mas, de outro lado, a limitação da coisa julgada 'às partes' é princípio inerente ao contraditório e à defesa, na medida em que o terceiro, juridicamente prejudicado, deve poder opor-se à sentença desfavorável proferida inter alios, exatamente porque não participou da relação jurídico-processual”*⁴⁰.

c) Sentença de improcedência por insuficiência de prova: prova nova hábil a ensejar a propositura de nova ação

Quanto à nova prova, é preciso que se trate de prova não submetida à apreciação do julgador no processo que resultou na sentença de improcedência, seja porque o autor coletivo a desconhecia, seja porque, embora conhecida, o autor a ela não tinha acesso, seja por se tratar de prova técnica inexistente à época em que se desenvolveu o processo. Cabe ao autor coletivo, ao propor a segunda ação, apresentar a prova junto com a petição inicial, sendo ela documento indispensável à propositura da ação. Caberá, assim, ao julgador que receber a petição inicial, verificar se realmente se trata de prova nova, sob pena de indeferimento de plano do processamento da causa. Afirma Antonio Gidi: *“A apresentação de nova prova é critério de admissibilidade para a repropositura da ação coletiva. Por isso, o autor coletivo deve manifestar, logo na petição inicial, a prova que pretende produzir. Deverá então o magistrado, ‘in limine litis’, convencer-se de que a prova é efetivamente nova e poderá ensejar, ao menos potencialmente, uma decisão diversa”*⁴¹.

Uma questão que se discute é se o juiz precisa declarar expressamente se a sentença é de improcedência por insuficiência de provas ou com provas suficientemente produzidas. Entendemos 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

⁴⁰Ada Pellegrini Grinover, Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto, cit., p. 574.

⁴¹Antonio Gidi, *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*, cit., p. 135-137, esp. p. 135. Neste mesmo sentido: Arruda Alvim, Thereza Alvim, Eduardo Arruda Alvim e James Marins, *Código do consumidor comentado*, cit., p. 461, nota 2, Marcelo Abelha, *Ação civil pública e meio ambiente*, cit., p. 243-246.

repropositura da ação⁴². Para Antonio Gidi, “*sempre que qualquer legitimado propuser a mesma ação coletiva com novo material probatório, demonstrará, ‘ipso facto’ que a ação coletiva anterior havia sido julgada por instrução insuficiente*”.⁴³ Aliás, no nosso sentir, mesmo que conste da sentença, expressamente, a suficiência da prova, caso seja proposta nova ação posteriormente, com nova prova, deve-se deferir o processamento da causa sob o argumento de que, a rigor, a sentença foi de improcedência por insuficiência de provas.

Ressalte-se que, como vimos, de acordo com a legislação infraconstitucional, a possibilidade de ingressar com outra ação coletiva no caso de improcedência por insuficiência de prova se restringe aos direitos difusos e coletivos *strito sensu* (art. 103, I e II, do CDC). No caso de direito individual homogêneo, se o pedido for julgado improcedente, não importa se houve insuficiência de prova ou não, não será possível a propositura de outra ação coletiva, sendo possível, contudo, o ajuizamento de ação individual. A propositura da ação individual, neste caso, somente é impossibilitada quando o indivíduo tiver participado como litisconsorte (assistente litisconsorcial) na ação coletiva.

d) síntese do regime jurídico da coisa julgada no processo coletivo

Assim, pode-se concluir que a coisa julgada do processo coletivo se opera *secundum eventum litis*, dependendo do resultado do processo:

⁴² Sustentando que para considerar uma sentença de improcedência por insuficiência de prova seria necessário que o magistrado fosse expresso: José Afonso da Silva, *Ação popular constitucional*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 273; Rizzato Nunes, *Curso de direito do consumidor*, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 749. Para Arruda Alvim, Thereza Alvim, Eduardo Arruda Alvim e James Marins: “*A improcedência, por insuficiência de provas, deverá constar ou defluir da fundamentação da sentença (...) é a insuficiência de prova, como tal declarada, que determina a inoccorrência de coisa julgada*” (*Código do consumidor comentado*, cit., p. 464). Marcelo Abelha afirma que a insuficiência de prova não se trata “*de pouca ou muita prova produzida, mas simplesmente de prova insuficiente para o convencimento*” (*Ação civil pública e meio ambiente*, cit., p. 246).

⁴³ O autor adota um critério substancial e não meramente formal: Antonio Gidi, *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*, cit., p. 134. Hugo Nigro Mazzilli levanta uma questão e afirma: “*Uma ação civil resultar em improcedência, não por falta de provas, mas por entender, com bases nas perícias que a fábrica do réu, ao emitir determinado resíduo pelas chaminés, não poluente; antes, conclui a sentença, o resíduo é saudável ou pelo menos inócuo para o homem. Formada a coisa julgada com eficácia ‘erga omnes’, e vencida a oportunidade da rescisória, suponhamos fique apurado que as perícias foram fraudulentas, ou que tal resíduo, então tido como saudável ou pelo menos inócuo ao homem, posteriormente a ciência demonstrou ser altamente tóxico e prejudicial à humanidade (...) A razão consiste em que não se pode admitir, verdadeiramente, coisa julgada ou direito adquirido de violar o meio ambiente e de destruir as condições próprias do ‘habitat’ humano*” (*A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros*, 19. ed, São Paulo: Saraiva, 2006, p. 514).

I) Direito essencialmente coletivo – difuso ou coletivo *stricto sensu*: a) sendo o processo **extinto sem julgamento do mérito**, a sentença produzirá apenas coisa julgada formal, sendo perfeitamente possível a propositura de nova ação idêntica à primeira (embora haja, como vimos, entendimento do STJ em sentido contrário); b) sendo o pedido julgado **procedente**, a sentença produzirá coisa julgada formal e material, beneficiando toda a coletividade (direito difuso) ou todo o grupo, classe ou categoria (direito coletivo *stricto sensu*); na hipótese de direito difuso, será possível, inclusive, àqueles que tenham sofrido dano individual promover liquidação e execução da sentença coletiva (transporte *in utilibus* da coisa julgada, que será visto no item seguinte); c) sendo o pedido julgado **improcedente por insuficiência de provas**, a sentença produzirá coisa julgada formal e material, sendo, porém, possível a propositura de nova ação, idêntica à primeira, por qualquer legitimado, desde que se valendo de nova prova (trata-se de uma forma de “relativização” da coisa julgada), sem prejuízo do ajuizamento de ações individuais pelos indivíduos que tenham sofrido dano individual em razão do mesmo evento; d) sendo o pedido julgado **improcedente com provas suficientemente produzidas**, a sentença produzirá coisa julgada formal e material, impedindo a propositura de nova ação coletiva, sem, contudo, prejudicar os indivíduos que poderão também propor suas ações individuais;

II) Direito acidentalmente coletivo – individual homogêneo: a) sendo o processo **extinto sem julgamento do mérito**, a sentença produzirá apenas coisa julgada formal, sendo perfeitamente possível a propositura de nova ação idêntica à primeira; b) sendo o pedido julgado **procedente**, a sentença produzirá coisa julgada formal e material, beneficiando todos os indivíduos unidos pela origem comum (titulares do direito material); c) sendo o pedido julgado **improcedente com ou sem provas suficientes**, a sentença produzirá coisa julgada formal e material, impedindo a propositura de nova ação coletiva, sem, contudo, prejudicar os indivíduos que poderão também propor suas ações individuais, desde que não tenham ingressado no processo coletivo como litisconsortes ou assistentes litisconsorciais.

3. Suspensão do processo individual

Vale lembrar que o indivíduo que tiver proposto ação individual, antes do ajuizamento da ação coletiva, se quiser se beneficiar da sentença de procedência terá que requerer a suspensão de seu processo individual. Neste caso, o indivíduo tem duas opções: prosseguir com a sua ação individual, correndo o risco de seu pedido individual ser julgado improcedente e não poder ser beneficiado pela sentença coletiva⁴⁴ ou requerer a suspensão de seu processo individual para que depois possa se beneficiar da sentença coletiva quando procedente. Se esta for de improcedência, poderá requerer o prosseguimento do feito. É o que se extrai dos artigos 103 e 104 do CDC. Se o indivíduo não tiver promovido ainda a ação individual, poderá fazê-lo, mesmo após o ajuizamento da ação coletiva, incidindo também a regra⁴⁵.

Embora o art. 104 faça remissão aos incisos I e II do parágrafo único do art. 81 do CDC e aos incisos II e III do art. 103 do CDC, entendemos que, na verdade, quer ele se referir a todos os incisos dos dois dispositivos legais (direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos), tendo em vista que em qualquer das hipóteses pode o indivíduo se beneficiar da sentença coletiva, promovendo na liquidação e/ou execução da sentença, seja porque o direito material discutido em juízo é na essência individual (direito individual homogêneo), seja em razão do transporte *in utilibus* da coisa julgada (direitos essencialmente coletivos)⁴⁶.

Quanto à suspensão, ela pode ser requerida no prazo de 30 (trinta) dias a contar da ciência, nos autos, do ajuizamento da ação. Assim, os indivíduos que já tenham promovido ações individuais devem ser informados, nos autos dos processos individuais, da

⁴⁴ “A pendência de ação individual não suspensa, é uma excludente da eficácia e, conseqüentemente, do espectro da extensão ‘erga omnes’” (Arruda Alvim, Thereza Alvim, Eduardo Arruda Alvim e James Marins, Código do consumidor comentado, cit., p. 488, nota 2).

⁴⁵ Nesse sentido, Antonio Gidi, Coisa julgada e litispendência em ações coletivas, cit., p. 199. Adverte, ainda, o autor que “o autor individual há de cercar-se da necessária cautela para que não cometa o equívoco de requerer a suspensão do seu processo individual em face de uma ação coletiva com objeto sem correspondência com o da sua ação individual. Como a decisão do juiz de que há correspondência é imprecluível (não é em sentido contrário), um requerimento precipitado poderá acarretar atraso desnecessário ao andamento do processo” (idem, p. 194-195).

⁴⁶ Afirmando que houve erro de remissão no art. 104 do CDC, entendendo que a remissão deveria ser aos incisos I, II e III do parágrafo único do art. 81 e do art. 103 do CDC: Ada Pellegrini Grinover, Código do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto, cit. 941-942; Antonio Gidi, Coisa julgada e litispendência em ações coletivas, cit., p. 190-193; Arruda Alvim, Thereza Alvim, Eduardo Arruda Alvim e James Marins, Código do consumidor comentado, cit., p. 487-492.

propositura da ação coletiva⁴⁷. Caso a ação não individual seja proposta após a ação coletiva, o indivíduo também deverá ser devidamente informado a fim de que possa fazer a sua escolha. Embora o autor coletivo não tenha meios de indicar todos os processos individuais em curso, certamente o réu tem ciência de todos eles, cabendo-lhe fornecer tal informação ao juiz⁴⁸.

Aliás, entendemos que o mais adequado para que os consumidores tomem ciência efetiva da propositura da ação coletiva é a divulgação desta nos meios de comunicação social de massa (televisão, rádio), além da publicação de informe em jornais de ampla circulação; tudo às expensas do fornecedor, como meio de facilitação da defesa do consumidor em juízo, conforme art. 6º, VIII, do CDC, podendo, inclusive tais medidas ser impostas de ofício, com fundamento no art. 84, §5º, do CDC e 461, §5º, do CPC. Além disso, entendemos ser necessária a criação, com urgência, de um banco de dados nacional que contenha informações sobre todas as ações coletivas ajuizadas, com notícia da concessão ou não de liminares, da prolação de sentença e demais elementos que sejam importantes para que os órgãos de defesa do consumidor, do meio ambiente e de outros direitos coletivos (como associações, Procons etc.) possam bem orientar os indivíduos lesados e para que eles mesmos possam fazer uma pesquisa antes de optar por propor uma ação individual ou por prosseguir com ação já ajuizada. Acreditamos que esse banco de dados será importante também para que os entes legitimados não promovam ações coletivas já propostas por outros legitimados, o que é bastante comum, especialmente na hipótese de dano de âmbito nacional ou regional, podendo causar decisões conflitantes a respeito da mesma matéria.

⁴⁷ Para Antonio Gidi é necessário que conste “dos autos elementos suficientes para a caracterização da ciência por parte do consumidor (...) Não há o Magistrado que se satisfazer com mera ficção da parte. Deve buscar, tanto quanto possível, a efetiva ciência da parte” Segundo o mesmo autor “o ‘dies a quo’ será o da intimação do consumidor para falar nos autos e de manifestar sobre o documento em que consta a informação, ou o da audiência em que tal informação for obtida” (Coisa julgada e litispendência em ações coletivas, cit., p. 200).

⁴⁸ Neste sentido, informando que tal conduta do fornecedor se coaduna com o espírito da boa-fé e de transparência que o CDC visa a imprimir às relações de consumo: Antonio Gidi, *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*, cit., p. 202.

Quanto ao prazo de suspensão, não se aplica o art. 265, §3º (seis meses) ou §5º (um ano), devendo o processo ficar suspenso pelo período necessário ao término do processo coletivo⁴⁹.

Acrescente-se que o indivíduo que requereu a suspensão do processo individual pode solicitar o seu prosseguimento antes do julgamento da ação coletiva.⁵⁰

Pode-se discutir, ainda, se a existência de processo coletivo em curso enseja a suspensão de eventual processo individual relativo ao mesmo evento por prejudicialidade. **A suspensão do processo individual não implicaria violação ao sistema das ações coletivas, que confere ao indivíduo a faculdade de prosseguir com a sua ação individual?** Há quem sustente a possibilidade de suspensão⁵¹. Parece-nos, contudo, que a melhor solução é a não suspensão dos processos individuais, sob pena de, com isso, se burlar o CDC⁵².

Caso o indivíduo não fique sabendo da propositura da ação e prossiga com o seu processo individual, poderá ele, obtendo sentença de improcedência, pleitear a rescisão desta, a fim de que possa se valer da sentença de procedência proferida no processo coletivo? Partindo da premissa acima exposta, de que o indivíduo deve ser informado no processo individual acerca da propositura da ação coletiva, entendemos que, não tendo sido ele devidamente cientificado, é possível pensar em duas conclusões: ação rescisória por violação a literal disposição de lei (art. 485, V, do CPC e arts. 94, 103, §2º e

⁴⁹ Nesse sentido: Ada Pellegrini Grinover, Código Brasileiro do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto, cit., p. 943.

⁵⁰ Ada Pellegrini Grinover, *Código Brasileiro do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, cit., p. 943; Antonio Gidi, *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*, cit., p. 205. O autor alerta que a suspensão somente pode ocorrer uma única vez.

⁵¹ Ada Pellegrini Grinover, Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto, cit., p. 945-946. A autora sustenta que “os processos individuais permanecerão suspensos nos termos do art. 265, IV, a, do CPC”. No mesmo sentido: Arruda Alvim, Thereza Alvim, Eduardo Arruda Alvim e James Marins, Código do consumidor comentado, cit., p. 491.

⁵² Há decisão do STJ no sentido da suspensão: “Processual civil. Suspensão do processo. Ação civil pública pendente. Ação de indenização conexa. 1. (...). 3. Havendo conexão por prejudicialidade ente ações e não reunidos os processos, impõe-se a suspensão do feito cuja solução depende de premissa a ser decidida com força de coisa julgada noutra juízo. Suspensão prejudicial (art. 265, IV, "a", do CPC). (...). 7. Recurso especial provido para determinar a suspensão do processo.”(STJ – REsp 402638/DF, rel. Min. Luiz Fux, 1ª T., j. 3.4.2003, DJ 2.6.2003, p. 187, v.u.).

104 do CDC)⁵³; ou a propositura pura e simples de liquidação/execução, independentemente de ação rescisória, por apresentar a sentença do processo individual, em razão da inobservância das regras do CDC mencionadas, o vício de inexistência. Ficamos com a segunda opção. Entendemos 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.

Enquanto pendente de recurso a sentença coletiva, pode o indivíduo que tenha promovido ação individual e tenha requerido a suspensão do respectivo processo, ajuizar liquidação/execução provisória sem que o processo individual seja extinto? Entendemos que isso é possível, não sendo necessária a extinção do processo individual, desde que o recurso interposto contra a sentença do processo coletivo tenha sido recebido no efeito meramente devolutivo. Isto porque, se o referido recurso for provido e o pedido julgado improcedente, o indivíduo poderá prosseguir com o processo individual.

A superveniência de sentença de procedência em processo coletivo enseja falta de interesse processual superveniente no processo individual, devendo este ser extinto? Caso o indivíduo tenha sido cientificado da propositura da ação coletiva e tenha optado pelo prosseguimento do processo individual, não se pode falar em extinção deste em razão da superveniência de sentença de procedência no processo coletivo. Caso tenha tomado ciência da ação coletiva e tenha optado pela suspensão do processo individual, cabe a ele liquidar e executar a sentença coletiva, devendo para tanto o processo individual ser extinto⁵⁴, salvo, como vimos, se a sentença coletiva estiver sujeita a recurso (nesse caso, o indivíduo poderá promover a execução provisória, não sendo necessário pedir a extinção do processo individual). Caso não tenha sido cientificado da ação coletiva, pode o indivíduo argüir a ausência de cientificação e pedir a suspensão do processo individual (se a sentença estiver sujeita a recurso) ou requerer a extinção do processo individual para que possa liquidar e/ou executar a sentença coletiva.

⁵³ No sentido do cabimento da rescisória, Antonio Gidi, *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*, cit., p. 204. Destaca o autor que o indivíduo ainda poderá ajuizar ação de perdas e danos contra o fornecedor que maliciosamente ou não, omitiu-se a prestar a informação da existência da ação coletiva em curso contemporaneamente à ação individual. O autor afirma: “*se a sentença coletiva foi a primeira a transitar em julgado, para afastar a incidência da coisa julgada ‘inter partes’ também é preciso promover uma ação rescisória, mas com base no inciso IV do art. 485 do CPC (ofensa à coisa julgada)*”.

⁵⁴ Sustentando que “se a suspensão da ação individual for requerida no prazo legal, e a coletiva vier a ser julgada procedente, a ação deve ser extinta (...), por lhe faltar uma das condições da ação, qual seja o interesse de agir (CPC, art. 267, VI)” (Antonio Gidi, *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*, cit., p. 206).

4. Transporte *in utilibus* da coisa julgada

Importante tratar, ainda, do chamado transporte *in utilibus* da coisa julgada (artigo 103, §3º, do CDC).

Dispõe o referido artigo: "*§ 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. 97 a 100.*"

Quando o pedido em uma ação que trata de direitos difusos é julgado procedente, em princípio, essa sentença beneficia a coletividade como um todo, mas não beneficia cada indivíduo. Porém, em razão do disposto no artigo mencionado, tal sentença pode ser aproveitada pelos indivíduos lesados que poderão liquidá-la (provando dano, nexos de causalidade entre o dano sofrido e a responsabilidade fixada na sentença coletiva e montante) e depois executá-la. Assim, pode-se transportar a coisa julgada emergente do processo coletivo para obtenção de benefício individual, mesmo sem ter sido formulado pedido de natureza individual homogênea⁵⁵.

Como se vê, mesmo não tendo havido discussão a respeito do direito individual (poderia o legitimado ter cumulado pedidos difuso e individual homogêneo), podem os indivíduos se beneficiar da sentença coletiva (exatamente do mesmo modo que eles fariam se tivesse sido formulada pretensão individual homogênea). Trata-se de exceção, que só se admite diante da expressa previsão legal. O instituto é extremamente útil, não encontrando, contudo, aplicação prática.

Também a sentença penal condenatória pode ser transportada para beneficiar os indivíduos que tenham sofrido dano, bem como para beneficiar a coletividade (a sentença penal condenatória constitui título executivo judicial, conforme art. 103, §4º, do CDC). Assim, podem os indivíduos propor ação de liquidação e de execução individuais, bem como liquidação e execução "coletivas", em benefício dos indivíduos (arts. 97 e 98 do

⁵⁵ Nesse sentido, Ada Pellegrini Grinover, Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto, cit., p. 934-935.

CDC). Também podem ser propostas liquidação e execução em benefício do Fundo de Direitos Difusos (art. 13 da LACP)⁵⁶. Vale dizer que também no processo civil tradicional (relativo a lides individuais) se admite a execução civil de sentença penal condenatória, conforme art. 584, II, do CPC. Em qualquer caso, é necessário que a sentença tenha transitado em julgado e que seja realizada a respectiva liquidação para que seja apurado o dano no âmbito civil⁵⁷.

5. Coisa julgada secundum eventum probationis

Há, hoje, uma discussão a respeito da possibilidade de a coisa julgada operar-se *secundum eventum probationis*. De acordo com essa tese, o surgimento de nova prova permitiria, mesmo na hipótese de improcedência com provas suficientes, o ajuizamento de nova ação⁵⁸.

É preciso verificar se a prova nova era disponível por ocasião do processo que gerou a sentença de improcedência ou não. Se a prova era disponível, pode-se dizer que sentença foi de improcedência por insuficiência de provas, ainda que o julgador não tenha sido expresso quanto a esse aspecto, sendo, portanto, perfeitamente possível a propositura de nova ação, com a nova prova.

E na hipótese de prova indisponível, isto é, prova impossível de ser produzida por ocasião do processo coletivo, ainda que a sentença seja de improcedência com suficiência de provas, é possível a propositura de nova ação coletiva? Segundo Ada Pellegrini Grinover, a coisa julgada nas ações coletivas se opera *secundum eventum probationis*, ou seja, a coisa julgada se produz de acordo com a prova produzida, sendo limitada à prova produzida. Assim, caso surja nova prova, não há coisa julgada que impeça a propositura de nova ação. A autora usa como fundamento a existência de outras sentenças

⁵⁶ Ao comentar o §4º do art. 103 do CDC, Ada Pellegrini Grinover afirma que se aplica “aos interesses difusos e coletivos o critério adotado pelo art. 63 do CPP quanto aos efeitos civis da sentença penal condenatória” (*Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, cit., p. 937). Sobre a matéria ver: Antonio Gidi, *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*, cit., p. 168-182.

⁵⁷ Ver, sobre a matéria: Araken de Assis, *Manual do processo de execução*, 7. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 150; Humberto Theodoro Júnior, *Curso de direito processual civil*, vol. II, 39. ed., 2006, p. 65. Informando que a liquidação pode ser por arbitramento ou por artigos: Sérgio Shimura, *Título executivo*, 2. ed, São Paulo: Método, 2005, p. 318-319.

⁵⁸ Ada Pellegrini Grinover, *Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada*, *Revista Forense*, v. 361.

que produzem coisa julgada limitada à prova produzida nos autos, como ocorre com o mandado de segurança.

Entendemos que, nos processos em geral (não sujeitos ao microsistema das ações coletivas), a nova prova pode ensejar a propositura de ação rescisória, conforme art. 485 do CPC, não sendo possível, caso já tenha passado o prazo de dois anos (art. 495 do CPC), a rediscussão da matéria. Parece-nos, contudo, que seria razoável e não implicaria violação à Constituição Federal a inserção de regra no ordenamento jurídico nesse sentido⁵⁹.

A questão da coisa julgada *secundum eventum probationis* está relacionada com a tese da “relativização da coisa julgada” defendida por parte da doutrina na atualidade. Os argumentos apresentados para a defesa da chamada relativização da coisa julgada são os de que a Constituição Federal contempla outros princípios, direitos e garantias fundamentais que podem se sobrepor, no caso concreto, à coisa julgada (por exemplo, o princípio da dignidade humana)⁶⁰. Entendemos, contudo, que a coisa julgada não pode ser relativizada ou desconsiderada, sob o argumento de que a justiça (decorrente da aplicação, por exemplo, do princípio da dignidade humana) deve prevalecer sobre a segurança jurídica (consequência do respeito à coisa julgada). Ao contrário, valores como segurança jurídica e estabilidade das relações jurídicas devem ser prestigiados, sob pena de a jurisdição não cumprir a sua função de pacificação social. É óbvio que todos esperamos que a jurisdição seja exercida com justiça, mas todos sabemos que cabe ao julgador decidir com base nos elementos presentes nos autos (alegações e respectivas provas) e infelizmente, muitas vezes, a melhor versão dos fatos (a versão comprovada dos fatos) não é a verdadeira, mas, ainda assim, será com base nela que o juiz julgará a causa. Se o juiz errar na apreciação dos fatos ou na aplicação do direito ao caso concreto ou mesmo na aplicação das regras processuais, poderá a parte inconformada (além dos terceiros e do Ministério Público quando legitimados) utilizar o instrumento cabível para impugnar o pronunciamento judicial (recurso, ação rescisória, embargos do devedor, embargos de terceiro, ação declaratória etc.), observadas as formalidades legais. Não sendo possível a manipulação de

⁵⁹ Ver Nelson Nery Junior, *Teoria geral dos recursos*, cit., p. 522.

⁶⁰ Cândido Rangel Dinamarco, *Relativizar a coisa julgada material*, p. 33-76; Humberto Theodoro Junior e Juliana Cordeiro de Faria, *A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle*, p. 123-161; José Augusto Delgado, *Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais*, p. 77-121. Manifestando-se contra a referida tese, de modo veemente, Nelson Nery Junior e Rosa Nery, *Código de Processo Civil comentado*, cit., p. 790-796.

tais instrumentos, terá a parte prejudicada pela sentença que se conformar e cumprir o decidido. Quando o sistema oferece às partes tais instrumentos, o faz tendo em vista a necessidade de sopesar os valores segurança jurídica e justiça, ou seja, decisões injustas devem ser passíveis de correção. Entretanto, não é razoável colocar em xeque a coerência e a estabilidade do sistema processual, colocar em risco a segurança porque em algumas situações específicas, decisões injustas permanecem no mundo jurídico.

Em se tratando, porém, de processo coletivo, entendemos que a regra especial a respeito da coisa julgada, contida no artigo 103 do CDC, pode ser interpretada de modo a restar justificada a propositura da ação coletiva. Isto é, podemos afirmar que o surgimento de nova prova técnica, indisponível por ocasião do processo coletivo que ensejou sentença de improcedência, leva à conclusão de que a sentença foi proferida em tal sentido exatamente em razão da insuficiência da prova. Ainda que o julgador tenha declarado na sentença a suficiência da prova, o surgimento da nova prova demonstra que, a rigor, na essência, ela foi dada sem provas suficientes. Trata-se de uma interpretação em prol da defesa dos direitos coletivos, que somente se sustenta, no nosso sentir, em razão das características especiais da coisa julgada coletiva, decorrentes da legislação infraconstitucional. Acrescente-se, contudo, que, de qualquer modo, para que não parem dúvidas a respeito da possibilidade da propositura de nova ação em tal hipótese, é ideal que a legislação respectiva seja alterada. Propomos, nesse sentido, a inserção de parágrafo no artigo 103 do CDC com a seguinte redação: *“Em qualquer hipótese, seja o direito difuso, coletivo ou individual homogêneo, a sentença de improcedência proferida no processo coletivo não impedirá a propositura de nova ação coletiva desde que fundada em prova técnica indisponível à época do julgamento da causa”*.⁶¹

⁶¹ Quanto à impossibilidade de relativização da coisa julgada emergente de processo coletivo, decidiu o STJ: “Ação coletiva. Poupadores em caderneta de poupança. Execução de sentença. Medida Provisória nº 2.180-35/2001 e Lei nº 9.494/97. 1. Decidido na ação de conhecimento que a instituição financeira deveria pagar a todos os poupadores do Estado do Paraná, não tem espaço na execução a restrição quanto à ilegitimidade ativa do exequente ao argumento de que não seria associado da autora. O tema relativo a essa matéria somente teria pertinência naquela oportunidade, não sendo possível agora alterar o disposto na sentença exequenda. Ademais, o tema relativo à denominada “relativização da coisa julgada” não foi objeto do acórdão recorrido, e, ainda se fosse, estaria no âmbito do extraordinário considerando que a proteção da coisa julgada está no âmbito da Constituição Federal (art. 5º, XXXVI). 2. Recurso especial não conhecido.” (STJ - REsp 650770/PR, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, 3ª T., j. 14.9.2004, DJ 11.10.2004, p. 324, v.u.).

6. Limitação territorial da coisa julgada

Outro ponto a ser analisado quanto à coisa julgada é o da aplicação ou não do artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85), alterado pela Lei n. 9.494/97 (antiga MP 1570), que limita a coisa julgada à competência territorial do órgão prolator da decisão.

Dispõe o artigo 16 da LACP: “*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*”.

Entendemos que a referida alteração foi ineficaz, aplicando-se aos processos coletivos, quanto à coisa julgada, o art. 103 do CDC, já analisado, e não a LACP.⁶²

Entre os motivos que conduzem a essa conclusão, podemos mencionar alguns.

a) Fez-se verdadeira confusão entre coisa julgada e competência, o que resultou na inutilidade de tal alteração. Nesse sentido, lembram Nelson Nery Junior e Rosa Nery que quem é divorciado em São Paulo também é divorciado em Manaus; se um produto vendido em todo território nacional é lesivo à saúde ou à segurança do consumidor em São Paulo também é lesivo a um consumidor que se encontra em Manaus⁶³.

b) As ações coletivas se submetem à jurisdição civil coletiva e, com o advento do Código de Defesa do Consumidor, vários dispositivos da Lei n. 7.347/85 foram revogados tacitamente (por exemplo, artigo 3º da LACP, revogado pelo artigo 83 do CDC). Isso aconteceu, também, com o artigo 16 da LACP.

⁶² Sobre a matéria, por todos: Ada Pellegrini Grinover, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, cit., p. 919-923; Ada Pellegrini Grinover, *A ação civil pública refém do autoritarismo*, www.fesac.org.br/art_24.html, p. 2; Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, *Ações coletivas no direito comparado e nacional*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 264-265; José Marcelo Menezes Vigliar, *Ação civil pública*, São Paulo: Atlas, 1999, p. 118-122; Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 1454-1458; Montauri Ciochetti de Souza, *Ação civil pública: competência e efeitos da coisa julgada*, São Paulo: Malheiros, 2003, p. 200-205; Rodolfo de Camargo Mancuso, *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*, cit., p. 496-499.

⁶³ Nelson Nery Junior, Rosa Maria de Andrade Nery, *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 515. Lembram os autores que a medida provisória que resultou na Lei n. 9.494/97 foi objeto de ação direta de inconstitucionalidade (STF – Pleno, ADIn n. 1576-1, rel. Min. Marco Aurélio, j. 16.4.1997, DJU, de 24.4.1997, p. 14914, por maioria de votos), que foi julgada prejudicada, em decisão monocrática, não tendo havido decisão de mérito sobre a questão da constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma (registre-se que havia sido negada a liminar) (ibidem. p. 515).

É o que afirma, com razão, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes: *“Com o advento do Código de Defesa do Consumidor, a matéria pertinente aos efeitos do julgamento e da coisa julgada passou a ser regulada inteiramente pelo art. 103, na medida em que instituiu sistema consentâneo com a nova divisão tripartite dos interesses coletivos, nada mais podendo ser aproveitado do art. 16 da Lei 7.347/85, razão ela qual é de se considerar o mesmo revogado, com fulcro no art. 2º, §1º, parte final, da Lei de Introdução ao Código Civil. Desse modo, houve manifesto equívoco do legislador ao pretender dar nova redação a dispositivo que não se encontrava mais em vigor”*⁶⁴.

Assim, estando revogado tacitamente o artigo 16 da LACP, a sua alteração pela Lei 9.494/97 foi completamente inócua, ineficaz.

c) A alteração do artigo 16 promovida pela Lei 9.494/97 vai na contramão da história, praticamente destruindo a ação coletiva, ou, ao menos, maculando-a gravemente. Vai na contramão da história porque, ao invés de evitar a multiplicação das demandas e permitir a harmonização dos julgados, torna necessária, na hipótese de dano de âmbito regional ou nacional, a propositura de diversas ações coletivas para a tutela do mesmo direito – uma em cada foro. Ressalte-se que isso, além de sobrecarregar o Judiciário, gera insegurança nas relações jurídicas, permitindo decisões conflitantes.

Nesse passo se manifestou Ada Pellegrini Grinover a respeito da referida alteração, quando a Medida Provisória n. 1.570 ainda não tinha sido convertida em lei: *“O executivo, acompanhado do Legislativo, foi duplamente infeliz (...) pecou pela intenção. Limitar a abrangência da coisa julgada nas ações civis públicas significa multiplicar demandas, o que, de um lado, contraria toda a filosofia dos processos coletivos, destinados justamente a resolver molecularmente os conflitos de interesses, ao invés de atomizá-los e pulverizá-los; e, de outro lado, contribui para a multiplicação de processos, a sobrecarregarem os tribunais, exigindo múltiplas respostas jurisdicionais quando uma só poderia ser suficiente. No momento em que o sistema brasileiro busca saídas até nos precedentes vinculantes, o menos que se pode dizer do esforço redutivo do Executivo é que vai na contramão da história”*⁶⁵. A autora lembrou, ainda, a importância das ações coletivas para o fortalecimento do Poder

⁶⁴ Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, *Ações coletivas no direito comparado e nacional*, São Paulo, RT, 2002, p. 264.

⁶⁵ Ada Pellegrini Grinover, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, cit., p. 919.

Judiciário: *“Também o Poder Judiciário foi beneficiado pelos processos coletivos, em termos de projeção e racionalização do trabalho. A sobrecarga dos tribunais e a sensação de inutilidade das decisões individualizadas eram agravadas pela freqüente contradição dos julgados e pela demora na solução das controvérsias. A finalidade social da função jurisdicional, que é de pacificar com justiça perdia-se diante da fragmentação e pulverização dos conflitos, sempre tratados a título individual. A substituição de decisões atomizadas (na expressão de Kazuo Watanabe) pelo tratamento molecular das controvérsias, levando à solução do Judiciário, de uma só vez, conflitos que envolvem milhares ou milhões de pessoas, significou tornar o juiz a peça principal na condução de processos de massa, que, por envolverem conflitos de massa, têm sempre relevância política e social. Graças aos processos coletivos, o Judiciário, saindo de uma posição freqüentemente distante e remota, tornou-se protagonista das grandes controvérsias nacionais”*⁶⁶.

d) a alteração viola vários princípios constitucionais, como os princípios do devido processo legal, da inafastabilidade do controle jurisdicional (ou do acesso à justiça), da igualdade, da proporcionalidade, da razoabilidade das leis.

Nelson Nery Junior sustenta a inconstitucionalidade: *“A norma, na redação dada pela L 9494/97, é inconstitucional e ineficaz. Inconstitucional por ferir os princípios do direito de ação (CF 5º XXXV), da razoabilidade e da proporcionalidade e porque o Presidente da República a editou, por meio de medida provisória, sem que houvesse autorização constitucional para tanto, pois não havia urgência (...), nem relevância, requisitos exigidos pela CF 62 caput”*.⁶⁷ Também Aluísio Gonçalves de Castro Mendes: *“A inovação é manifestamente inconstitucional, afrontando o poder de jurisdição dos juízes, a razoabilidade e o devido processo legal”*⁶⁸.

No que tange ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (artigo 5º, XXXV, da CF), é importante frisar que a Constituição Federal assegura não apenas o acesso formal à justiça, mas principalmente o acesso efetivo à ordem jurídica justa. Assim, se os consumidores ou as vítimas do dano ambiental, por exemplo, precisam da tutela

⁶⁶ Ada Pellegrini Grinover, A ação civil pública refém do autoritarismo, www.fesac.org.br/art_24.html, p. 2.

⁶⁷ Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, *Constituição Federal e legislação constitucional*, cit., p. 515.

⁶⁸ Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, *Ações coletivas no direito comparado e nacional*, cit. p. 265.

coletiva para a proteção dos seus direitos e ela é restringida, em função da limitação da coisa julgada, não se está permitindo o amplo acesso à justiça.

Ainda, a defesa do consumidor e do meio ambiente são princípios da ordem econômica, conforme artigo 170 da CF. Além disso, a defesa do consumidor é garantia fundamental, prevista no artigo 5º, XXXII, da CF. Logo, a restrição às ações coletivas viola a Constituição Federal porque inviabiliza ou, ao menos, dificulta a tutela do consumidor, do meio ambiente e de outros direitos coletivos. A ação coletiva é o instrumento mais efetivo para a proteção de tais direitos da coletividade. Quanto ao consumidor, vale lembrar que ele é vulnerável na relação de consumo, por força de lei (artigo 4º, I, do CDC), sendo-lhe assegurados: a efetiva prevenção e reparação de danos materiais e morais (artigo 6º, VII, do CDC), a facilitação da defesa dos seus interesses em juízo (artigo 6º, VIII, do CDC) etc.

e) Ainda que se entenda que o artigo 16 continuava em vigor, depois do surgimento do CDC, é inócua a sua alteração, uma vez que o artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor não foi alterado e o regime jurídico das ações coletivas é um só, em função do princípio da interação, instituído pelos artigos 21, LACP; 90 e 110 a 117, todos do CDC. Como afirma Ada Pellegrini Grinover: *“O executivo foi duplamente infeliz (...) pecou pela intenção (...) Em segundo lugar, pecou pela incompetência. Desconhecendo a interação entre a Lei de Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor, assim como muitos dos dispositivos desta, acreditou que seria suficiente modificar o art. 16 da Lei 7347/85 para resolver o problema. No que se enganou redondamente. Na verdade o acréscimo introduzido ao art. 16 da LACP é ineficaz”*⁶⁹.

f) Se se entender pela inexistência da interação entre o CDC e a LACP, ainda assim o artigo 16 não terá a abrangência pretendida pelo Executivo e pelo Legislativo, ao promoverem a sua alteração.

Isso porque, se não se admitir a interação, a Lei da Ação Civil Pública somente poderá ser aplicada às hipóteses de direitos difusos e coletivos, uma vez que ela não faz referência expressa aos direitos individuais homogêneos (entendemos que a ação civil pública serve para a tutela de qualquer direito coletivo *lato sensu*, inclusive o individual homogêneo, exatamente porque existe uma perfeita interação entre os diplomas legais que

⁶⁹ Ada Pellegrini Grinover, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, cit., p. 919. Ver também José Marcelo Menezes Vigliar, *Ação civil pública*, cit., p. 112-114.

cuidam da tutela coletiva, formando um único microsistema, como já afirmado⁷⁰).

Sendo aplicada apenas nos casos de direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, o artigo 16 somente poderá incidir na hipótese de direito difuso, pois, sendo o direito coletivo *stricto sensu*, a coisa julgada será *ultra partes* e não *erga omnes* (artigo 103, II, do CDC). Em hipótese alguma, seria o artigo 16 aplicável em se tratando de direito individual homogêneo.

g) Se os argumentos anteriormente apresentados não forem suficientes, se se entender que o artigo 16 da Lei n. 7.347/85 deve ser aplicado porque está em perfeita consonância com o ordenamento jurídico vigente, o que só se admite *ad argumentandum*, ainda assim, não poderia ser aplicado o artigo em tela nos processos coletivos relativos a lides de consumo.

Em tais hipóteses, deve incidir o Código de Defesa do Consumidor e não a Lei da Ação Civil Pública. A regra relativa à coisa julgada em ação coletiva pertinente a direito coletivo *lato sensu*, em se tratando de relação de consumo, é a do artigo 103 do CDC e não a do artigo 16 da LACP. Portanto, a coisa julgada deve se operar *ultra partes* ou *erga omnes*, sem qualquer limitação ao território. É o que se extrai do referido dispositivo legal. Assim, segundo o princípio da especialidade (a lei especial prevalece sobre a geral), em se tratando de lesão a direito ou interesse do consumidor, incidem as regras do Código de Defesa do Consumidor, aplicando-se a Lei de Ação Civil Pública apenas naquilo em que o Código for omissivo, desde que compatível com as disposições nele contidas.⁷¹ A limitação ao território é incompatível com a regra do artigo 103 do CDC.

h) Entendendo-se pela aplicação da limitação territorial, várias ações coletivas destinadas à tutela do mesmo direito terão que ser propostas pelo mesmo ou por vários legitimados. Ocorrerá, nessa hipótese, o fenômeno da litispendência, não aceito pelo sistema (a litispendência é pressuposto processual negativo, que enseja a extinção do processo, tendo como objetivos propiciar economia processual e harmonizar os julgados relativos à determinada matéria).

⁷⁰ Entendemos, inclusive, que não há distinção, na essência, entre ação civil pública e ação civil coletiva, podendo as expressões ser utilizadas indiscriminadamente.

⁷¹ Conforme Nelson Nery Junior, “(...) o regime processual da defesa do consumidor em juízo é o da lei especial, CDC, que prevalece sobre a lei geral (CPC e LACP), como manifestação de derrogação pela especialidade” (Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto, cit., p. 993).

Por todos os motivos expendidos, não se pode admitir a restrição da coisa julgada *erga omnes* aos limites da competência do órgão prolator da decisão, sob pena de infringência à Constituição Federal e ao ordenamento jurídico vigente, em especial, às leis 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) e 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública), que constituem o microsistema das ações coletivas.⁷²

6. Bibliografia

ABELHA, Marcelo. *Ação civil pública e meio ambiente*, 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ALPA, Guido. *Il diritto dei consumatori*. Roma-Bari: Gius. Laterza & Figli Spa, 1999.

ALVIM, Thereza. *Questões Prévias e Limites da Coisa Julgada*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

ARRUDA ALVIM, José Manuel. *Tratado de Direito Processual Civil*, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

ARRUDA ALVIM, José Manuel; ALVIM, Thereza; ARRUDA ALVIM, Eduardo e MARINS, James. *Código do consumidor comentado*, 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. Noções Gerais sobre o Processo no Código do Consumidor, in *Programa de Pós-Graduação em Direito - PUC-SP*, n. 1, Max Limonad, São Paulo, 1995.

_____. *Nulidades do processo e da sentença*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

ASSIS, Araken de. *Manual do processo de execução*, 7. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados "interesses difusos". In: *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 110-123

⁷² O Superior Tribunal de Justiça, infelizmente, já proferiu algumas decisões no sentido da limitação territorial da coisa julgada. No julgamento do Recurso Especial n. 293407/SP, foi proferido voto pelo relator, Min. Barros Monteiro, no sentido da aplicação do artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor e não do artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública, entretanto o voto que acabou prevalecendo no julgamento foi o do Ministro Ruy Rosado de Aguiar, no sentido da limitação da coisa julgada à competência do tribunal competente para julgar o recurso ordinário: "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 n. 293407/SP, 4ª T., rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 22.10.2002, DJU 7.4.2003, p. 290, m.v.). Vale mencionar outras decisões mais recentes também no sentido de restringir a coisa julgada: STJ - EREsp n. 293407/SP, Corte Especial, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 7.6.2006, DJ 1.8.2006, p. 327, v.u.; STJ - CC n. 47731/DF, 1. Seção, rel. Min. Francisco Falcão, rel. p/ acórdão Min. Teori Zavascki, j. 14.7.2005, DJ 5.6.2006, p. 231, m.v.; STJ - CC n. 48106/DF, 1. Seção, rel. Min. Francisco Falcão, rel. p/ acórdão Min. Teori Zavascki, j. 14.9.2005, DJ 5.6.2006, p. 233, m.v.; STJ - EDcl no REsp n. 640695/RS, 1ª T., rel. Min. José Delgado, j. 28.6.2005, DJU 15.8.2005, p. 213, v.u.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 7. ed, vol V, Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____. Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada, *in RePro* n. 34.

_____. Tutela Jurisdicional dos Interesses Coletivos ou Difusos, *in Temas de Direito Processual*, 3. série, São Paulo: Saraiva, 1984.

BASTOS, Celso. A Tutela dos Interesses Difusos no Direito Constitucional Brasileiro, *RePro* n. 23.

CAPPELLETTI, Mauro. Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi o diffusi, *in Le azioni a tutela di interessi collettivi*, Padova: Cedam, 1976.

_____. Problemas de Reforma do Processo Civil nas sociedades contemporâneas, *in O Processo Civil Contemporâneo*. (Coord. Luiz Guilherme Marinoni). Curitiba: Juruá, 1994.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. II e III, trad. 2ª ed. italiana, Guimarães Menegale e notas Enrico Tullio Liebman, São Paulo: Saraiva e Cia Editores, 1943 (vol. III, 1945).

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

GRINOVER, Ada Pellegrini. A ação civil pública refém do autoritarismo, www.fesac.org.br/art_24.html.

_____. Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada, *Revista Forense*, v. 361.

_____. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto, 8. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. I processi collettivi del consumatore nella prassi brasiliana, *in O Processo em Evolução*, São Paulo: Forense Universitária, 1996.

LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*, 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e Autoridade da Sentença*, trad. Alfredo Buzaid e Benvindo Aires, Forense, 3ª ed., Rio de Janeiro, 1984.

LOPES, João Baptista *Ação Declaratória*, 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Manual do consumidor em juízo*, 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2001.

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

MENCHINI, Sergio. *Il giudicato civile*, 2ª ed., Torino, Utet, 2002.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado da ação rescisória*, Campinas: Bookseller: 1998

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, 8. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Teoria geral dos recursos*, 6. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade, *Código de Processo Civil comentado*, 9. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano e SERRANO, Yolanda Alves Pinto, *Código de defesa do consumidor interpretado*, São Paulo: Saraiva, 2003.

NUNES, Rizzato. *Curso de direito do consumidor*, São Paulo: Saraiva, 2004.

RIZZI, Sérgio. *Ação rescisória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

SHIMURA, Sérgio. *Título executivo*, 2. ed, São Paulo: Método, 2005.

SILVA, José Afonso da *Ação popular constitucional*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

SOUZA, Montauri Ciocchetti de. *Ação civil pública: competência e efeitos da coisa julgada*, São Paulo: Malheiros, 2003.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, vol. II, 39. ed., 2006.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Ação civil pública*, São Paulo: Atlas, 1999.