

SUMÁRIO

Editor: Vinicius Vieira	
<i>Formado em Administração de Empresas pela Fundação Getúlio Vargas – FGV-SP</i>	
Prefácio	19
Editora de Texto: Priscila Tanaca	
<i>Mestranda em Direito na PUC-SP</i>	
Produção Editorial: Mônica A. Guedes	
<i>Formada em Letras pela FFLCH-USP</i>	
Produção de Arte: Thiago Kazuo Muniz de Souza	
<i>Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965, 29</i>	
ART. 1º (LEGITIMIDADE E DIREITO À INFORMAÇÃO), 30	
Pédro da Silva Dinamarco	
1. Introdução	31
2. Legislação aplicável	33
3. Provisórios jurisdicionais e pedidos admissíveis	35
4. Legitimidade ativa do cidadão	40
5. direito a certidões e informações	54
6. Meios processuais destinados à obtenção das certidões e informações	59
7. Proteção a informações sigilosas	61
8. Tramitação em segredo de justiça	64
ART. 1º (PATRIMÔNIO PÚBLICO), 67	
Diogenes Gasparini	
1. Introdução	68
2. Patrimônio	68
2.1. Conceito	69
2.2. Espécies	69
3. Patrimônio privado	70
3.1. Conceito	70

Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do ônus prolatori, 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. (Redação dada pela Lei nº 9.494, de 10.9.1997)

Marcos Paulo Veríssimo

Sumário: 1. Introdução; 2. História legislativa; 3. Eficácia da sentença coletiva e limites da coisa julgada; 4. Coisa julgada secundum eventum litis e coisa julgada secundum eventum probationis; 5. Eficácia da sentença coletiva nos limites da competência territorial do ônus que a profere; 6. Aproveitamento in utilibus do julgado coletivo. Ampliação ope legis do objeto do Processo ou colateral estoppel; 7. Conflitos entre a sentença professa na ação civil Pública e o resultado de possíveis ações individuais: o artigo 104 do CDC e seus erros de remissão. A hipótese de continência.

1. INTRODUÇÃO

Em diversos momentos anteriores destes *Comentários* ficou registrada a natureza *individualista* do processo civil tradicional, além da incompatibilidade dessa natureza com boa parte da racionalidade que preside o processo coletivo na legislação brasileira atual. No sistema da coisa julgada, essa incompatibilidade atinge grau ampliado e justifica um regime jurídico consideravelmente distinto daquele atinente ao processo comum individual.

O caráter *individualista* do processo civil tradicional, de que se falou acima, apresenta-se explícito logo no início do Código de 1973, cujo artigo 6º impede, salvo autorização legal, que alguém poste, em nome próprio, *direito alheio*. Mais adante, o artigo 50 permite a assistência a terceiro que demonstre interesse jurídico em que a sentença seja favorável a uma das partes. Esse qualificativo jurídico é entendido pela maior parte dos comentadores como a exigência de um interesse *pesonal e direto* no litígio, decorrente dos reflexos que a sentença possa projetar na “*esfera de direitos do terceiro*”.¹ Em outras palavras, entende-se que o terceiro deve ser “*titular de algum direito ou obrigação*” que possam ser prejudicados pelo resultado do julgamento², não lhe bastando, por exemplo, mero *interesse econômico*³, ou moral, para que possa intervir.

Bem analisadas, essas noções de legitimação *lato sensu*, aplicáveis tanto à parte quanto ao assistente, entendem o sujeito processual como um titular de direitos individuais que são postos em questão e discutidos no processo. Tratam, a toda a evidência, de direitos subjetivos clássicos, individualmente titulados e dirigidos a uma prestação determinável, realizável, preexistente e passível tanto de apropriação quanto de sujeição individual. Direitos, portanto, que traduzem em si a posição de vantagem típica de uma sociedade cujo centro de atenção é o *individuo*, cuja operação jurídica típica é a *troca*, a operar *intervisibativamente*.⁴

A estrutura do Código de Processo Civil é feita, basicamente, para dar conta de litígios em que essa sorte de direitos é discutida. É feita para viabilizar o embate entre sujeitos que se dizem *titulares* de posições de vantagem subsumíveis, em regra, à categoria dos *direitos subjetivos*, individuais por natureza. E não é por outra razão que o Código de 73 admite, em regra, que os sujeitos em litígio disponham desses seus direitos, renunciando a eles ou aos meios de defendê-los.

No regime da coisa julgada e no correto regime dos efeitos da sentença em relação a terceiros essa estrutura individualista se faz bem clara, e gera um sistema que é consequência direta daquela racionalidade individualista que preside o restante do Código, a começar pelas regras de legitimação.

Na conhecida formulação de Enrico Túlio Liebman, a coisa julgada se define como a peculiar qualidade que, agregando-se ao comando da sentença de mérito, torna-o imutável, em si, como ato estatal, e em seus efeitos.⁵ É um “modo de ser” dos efeitos da sentença,⁶ mas não um efeito diretamente produzido por ela. Até por isso, não obstante os efeitos da sentença possam atingir e atinjarm, de ordinário, a terceiros que não participaram do processo⁷, a coisa julgada, compreendida a como a qualidade que torna indiscutível o comando judicial, só vale para as partes, pois “só elas... puderam fazer ouvir e valer as suas razões no processo em que se ultimou o julgado”⁸. Essa é, descontadas as possíveis críticas quanto à imprecisão do texto⁹, a sistemática adotada pelo Código de 73, em seu artigo

4 V. José Reinaldo Lima Lopes, *Justiça e Poder Judiciário ou a virtude confronta a instituição*, in Revista USP - Dossiê Judiciário n.º 21, 1994.

5 Enrico Túlio Liebman, *Eficácia e Autorialidade da Sentença e Outros Escritos Sobre a Coisa Julgada*, 3a ed., Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 54.

6 Idem, p. 6.

7 Idem, p. 121 e seguintes.

8 V. tb. José Carlos Barbosa Moreira, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V, 7a ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.169.

9 Enrico Túlio Liebman, p. 56.

10 Cf. José Carlos Barbosa Moreira, *ob. cit.*, p. 169.

472: “*a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros.*”

É, sem dúvida, mais que intuitiva a força racional desse princípio de adstricção da autoridade representada pela coisa julgada às partes. Trata-se de uma decorrência natural da regra do contraditório, lançada na base constitucional de basicamente todos os regimes democráticos atuais. Contudo, ocorre que a cisão clara entre a submissão aos efeitos da sentença (em princípio aplicáveis a todos) e a impossibilidade de rediscussão de seu comando (válida somente para as partes) é, ela mesma, típica de um regime lógico em que se discutem no processo sobre tudo direitos individuais, faculdades de exigir prestações individualizadas e definíveis, exercíveis por e contra partes claramente identificadas. Fora desse esquema típico do processo tradicional, a própria distinção pode perder muito de sua relevância prática, e os problemas da *coisa julgada em relação a terceiros* começam a colocar-se.¹¹

A hipótese mais banal em que essa distinção (ou ao menos muito de seu efeito prático) se perde é o do litígio sobre bem indivisível. Pensando em um exemplo de sua época, na qual os direitos de solidariedade ainda não haviam se desenvolvido como ocorre hoje, Liebman mesmo o reconhecia, ao tratar do *censo de ações constitutivas*, hipótese contida, por exemplo, no então vigente artigo 163 do Código Comercial italiano, relativo à ação dos sócios para impugnar as deliberações de assembleia em sociedades anônimas.¹²

Nesse caso, não havia como dizer que os terceiros sofressem apenas os *efeitos* da sentença, permanecendo capazes de *desafiar sua autoridade*, ainda que, no plano puramente teórico, Liebman assim o sustentasse. Por razões *práticas*, movida a ação anulatória por um dos sócios, e julgada ela *procedente*, anulada fica a assembleia não apenas para o sócio que foi parte no processo, mas também para todos os demais. Sendo incindível o bem litigado, o sócio-terceiro que quisesse desafiar, para si, a autoridade da sentença, só poderá fazê-lo em prejuízo do comando

anterior proferido no processo intentado pelo sócio que foi parte, o que significa dizer que não poderá, praticamente, fazê-lo. Como a assembleia é uma só, ou ela é anulada para todos, ou não é anulada para ninguém. O suceso na ação do primeiro sócio impede todos os demais de discutir o comando da sentença.¹³

Para Liebman, essa hipótese não ofereceria grande dificuldade prática porque se estaria diante de *ações concorrentes*, cuja extinção seria decorrência lógica do *atendimento* de uma delas. Por isso mesmo, coisa diversa ocorreria com a improcedência, caso em que os demais sócios permaneceriam capazes de promover ação própria buscando, novamente, a anulação da assembleia, fazendo-o continua e sucessivamente tantas vezes quantos fossem os sócios da companhia, até que se desse a prescrição do direito de impugnar a assembleia.

Essa posição de Liebman, que parece em linhas gerais corresponder à sistemática do processo individual brasileiro, foi, cá e na Itália, objeto de várias críticas, que pareciam antever muitos dos debates que circundam o tema da coisa julgada coletiva na sistemática atual.

A primeira das críticas dizia respeito à idéia de extinção das ações concorrentes, em caso de procedência de uma delas, por atendimento do “objetivo comum”. Segundo Barbosa Moreira, haveria um vício importante nessa construção, qual fosse, o de considerar que todos os sócios teriam o interesse unidimensional de ver a assembleia anulada, não havendo sócios ausentes do processo que pudessem discordar desse objetivo, ficando, assim, prejudicados pela sentença de procedência e impedidos, simultaneamente, de discutir sua justiça.¹⁴ Na prática, é bastante claro que esse *consenso absoluto* dificilmente se produz, e que as pessoas, incluindo os sócios de uma companhia, possuem, na verdade, interesses con-

11 Sobre o tema da coisa julgada em relação a terceiros, ainda no contexto do processo individual anterior e econômico dos chamados *direitos de solidariedade*, v. Enrico Allorio, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano: Giuffrè, 1992 (restampal).

12 V. Enrico Tullio Liebman, ob. cit., p. 217 e seguintes, p. 229 e seguintes. Note-se que o problema é, no fundo, o da distinção entre os mecanismos jurídicos aptos a instrumentalizar conflitos de justiça comunitativa ou terribativa e os pertinentes aos conflitos de justiça distributiva. Ainda que este último tipo de conflito tenha ganho especial destaque com o advento do Estado Social e dos direitos humanos da segunda e terceira geração, o direito societário formava, mesmo antes da eclosão desses direitos, interessante campo de experimentação dos problemas jurídicos típicos da justiça distributiva. Ver, nesse sentido, José Reinaldo Lima Lopes, ob. cit.

13 O Código Civil italiano de 1942 unificou a legislação civil e comercial, revogando o Código Commercial vigente. As disposições correspondentes à impugnação de decisões assembleares estão hoje no Livro V do Código Civil, reformado em 2004 (art. 2.377 e 2.378, especialmente), que disciplinam a matéria de forma consideravelmente distinta. Iá levando em conta alguns dos problemas tratados no texto: *Le deliberazioni che non sono prese in conformità della legge o dell'atto costitutivo possono essere impugnate dagli amministratori, dai sindaci e dai soci assenti o dissenzienti, e quelle dell'assemblea ordinaria altrei dai soci con diritto di voto limitato (2.351), entro tre mesi (2.364 e seguenti) dalla data della deliberazione, ovvero, se questa è soggetta ad iscrizione nel registro delle imprese entro tre mesi dall'iscrizione. L'annullamento della deliberazione ha effetto rispetto tutti i soci ed obbliga gli amministratori a prendere i conseguenti provvedimenti, sotto la propria responsabilità. In ogni caso sono salvi i diritti acquisiti in buona fede dai terzi in base adatti compatti in esecuzione della deliberazione. L. i. Tutte le impugnazioni relative alla medesima deliberazione devono essere istruite congiuntamente e decise con unica sentenza. La trattazione della causa ha inizio trascorso il termine stabilito nel secondo comma dell'articolo precedente.*

Cf. José Carlos Barbosa Moreira, *Direito Processual Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 1971, p. 281 e ss.

14

difitantes quanto aos usos que devem ser dados aos bens que precisam dividir (lucros apurados no último exercício, por exemplo).¹⁵

A segunda crítica importante diria respeito à solução propugnada por Lieberman para o caso de improcedência da *ação concorrente*. Chiovenda diria que essa solução (possibilidade de propositura de nova ação de impugnação pelos demais sócios ausentes do primeiro processo) seria inaceitável por instituir um regime de coisa julgada variável conforme o resultado do processo, isto é, vinculante para todos em caso de procedência, mas não em caso de improcedência (coisa julgada *secundum eventum litis*).¹⁶ Schubab charmaria esse resultado de “muito feio” (*sehr unschön*), conforme opinião compartilhada por Barbosa Moreira,¹⁷ mas não por Ada Pellegrini Grinover.¹⁸

Na sistemática do Código de 1973, essas são questões próprias ao chamado litígio consórcio *factualitivo unitário*, em que a lei atribui legitimação ordinária ou extraordinária.

¹⁵ Exatamente o mesmo se pode dizer de muitas das situações atuais que ensejam tutela coletiva, nas quais os interesses em torno do bem coletivo geralmente diferem. Em exemplo clássico, a interdição de uma fábrica que polui um rio pode ser desejada, por exemplo, pelas comunidades localizadas à juizante da área em que são despejados os resíduos, sobre todo quando essas comunidades não se beneficiam dos empregos gerados pela indústria poluidora. Iá os moradores do município em que se situa a fábrica podem considerar os ganhos econômicos produzidos por ela superiores às perdas de qualidade de vida decorrentes da poluição. Esse tipo de interesse se manifestará com mais intensidade em relação àqueles que são, simultaneamente, moradores da cidade e empregados diretos da empresa. Para estes, o interesse principal será a manutenção de seus empregos. É difícil dizer, nessas condições, que a procedência de uma ação coletiva destinada a impedir o funcionamento da fábrica consistia em um *tendimento* dos interesses preferentes aos empregados. Em muitas outras situações da vida a divergência de interesses quanto ao uso do bem coletivo se mostrará intensa, o que não é mais que a manifestação do *pluralismo moral* que caracteriza as sociedades contemporâneas. Kazuo Watanabe registrou, em seus *Comentários ao CPC*, preocupação semelhante, ao escrever: “Num certo sentido, portanto, o conceito de ‘coletivo’ do Código é mais amplo do que o sustentado pela doutrina corrente, pois abrange os interesses ou direitos não organizados, mas em outro sentido é mais restrito, certo é que apenas os interesses ou direitos individuais estão nela abrangidos. Não se poderá preterir, portanto, a tutela dos interesses ou direitos individuais agrupados com base no dispositivo legal em análise, nem só quando o feixe de interesses individuais se contrapõe a um outro feixe de interesses individuais. É necessário que os interesses sejam, a um tempo, transindividuais e de natureza indivisível” (V. Ada Pellegrini Grinover [et. al.], *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor* Comentado pelos Autores do Anteprojeto, 7ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 744). O problema, no entanto, é que a indivisibilidade referida pelo Prof. Watanabe não é propriamente localizada na *orientação dos interesses*, mas sim na *natureza dos bens*. Bens coletivos são, geralmente, indivisíveis, mas isso não significa que haja consenso na sociedade quanto ao destino que lhes deve ser dado. Ao reves, há, geralmente, disenso.

¹⁶ G. Chiovenda, *Instituições de Direito Processual Civil*, Vol. I, Campinas: Bookseller, 2000, p. 505 e 40-31.

¹⁷ José Carlos Barbosa Moreira, *Litisconsórcio*, p. 148.

¹⁸ Notas à edição brasileira de Eficácia e Autoridade da Sentença..., ob. cit., p. 291.

nária *concorrente* para a postulação acerca de um mesmo *objeto comum*.¹⁹ Tratou-se, tradicionalmente, de hipótese relativamente marginal nos sistemas processuais, uma vez que os próprios pressupostos de sua ocorrência (litígios sobre bens comuns) eram marginais nesses sistemas antes do advento dos novos direitos de segundas e terceira gerações no pós-guerras europeu²⁰. Todavia, com a crescente constitucionalização e positivação no plano internacional dos chamados direitos sociais e de solidariedade, essa posição marginal alterou-se. Especialmente no que diz respeito aos chamados direitos de *solidariedade*, eles envolvem, necessariamente, litígios sobre bens comuns e indivisíveis²¹, tendo sido crescente a tendência das legislações, inclusive a brasileira, no sentido de atribuir a atores diversos legitimidade (ordinária ou extraordinária) concorrente para a defesa desses direitos em juízo.²²

No contexto das sociedades atuais, cada vez mais se expande a litigiosidade envolvendo esse tipo de bens coletivos, num processo que gera e é potencializado pelos crescentes mecanismos de tutela destinados para dar vazão a esses interesses. De estrutura bastante distinta daquela própria ao processo civil tradicional e individual, o processo coletivo gira frequentemente em torno de bens indivisíveis, funcionando sobre categorias mais fluidas e menos claras que aquelas próprias ao direito subjetivo tradicional, entendido como direito individual a uma prestação predeterminada, exigível em um esquema de “tudo ou nada”.²³ Esses mecanismos de tutela de bens coletivos e indivisíveis, ligados direta ou indiretamente aos direitos de solidariedade, encontraram no Brasil importante marco inicial na Lei n. 7.347/85. Por isso, não é de se estranhar que ela tenha se defrontado com a necessidade de revisitar os problemas mencionados acima, especialmente no que diz respeito à extensão dos efeitos da sentença, bem como de sua autoridade, a terceiros, nessas hipóteses em que o litígio versa sobre bens indivisíveis.

¹⁹ V. *Comentários ao art. 18, da Lei do Ato Popular*

²⁰ Como se verá adiante, procurando mitigar a sensação *desagradável* (sehr unangenehm) deixada pelo regime de coisa julgada *secundum eventum litis*, a lei optou

¹⁹ Cf. Cândido Rangel Dinamarco, ob. cit., p. 358.

²⁰ V. *Waldfotn Rights. Infa. V. tb. Cappelletti, Formações Sociais... infa*

²¹ Cf. Jeremy Waldron, *Rights*, em Robert Goodin and Philip Pettit, *A Companion to Contemporary Political Philosophy*, Oxford: Blackwell, 2005, p. 578.

²² V. Mauro Cappelletti, *Formações Sociais e Interesses Coletivos Diante da Justiça Civil, in Revista de Processo* n. 5, p. 128-159.

²³ Cf. François Ost, *Droit et intérêt II: Entre droit et non-droit*, Bruxelles: Facultés Universitaires Saint-Louis, 1990, p. 9 e ss.

por uma solução semelhante mas relativamente distinta desta, ou seja, pela formulação da coisa julgada secundum eventum probations, lançando mão de sistemática já presente na ação popular, conforme comentado anteriormente.²⁴

Ao longo da história legislativa subsequente à edição da Lei n. 7.347/85, esse regime se modifica um bom tanto, primeiro com o Código de Defesa do Consumidor, que introduz as ações coletivas de reparação por dano individual, as regras de aproveitamento *in utilibus* e de proibição de interferência da sentença coletiva em interesses individuais. Depois, com as tentativas empreendidas pelo Poder Executivo de conferir a eficácia e a autoridade da sentença coletiva em certos limites territoriais. Essa evolução é comentada a seguir, desenhando-se, assim, um panorama mais completo do regime atual que disciplina a coisa julgada nas ações de que trata a Lei n. 7.347/85.

2. HISTÓRIA LEGISLATIVA

Como se viu anteriormente, o projeto que resultou na Lei n.7.347/85 consistiu em substitutivo ao projeto de lei original, este último de autoria dos Professores Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, Kazuo Watanabe e Waldemar Mariz de Oliveira Jr., apresentado ao Congresso Nacional pelo Deputado Flávio Bierrenbach (Projeto de Lei n. 3.034/84).²⁵ Não obstante isso, o substitutivo apresentado pelo Ministério Público, que originou a lei atual, não alterou em praticamente nada, no que respeita à coisa julgada, a sistemática inicialmente prevista pelo Projeto Bierrenbach.

No projeto original, a disciplina da matéria era dada pelo artigo 10º, cuja redação era a seguinte: “A sentença civil fará coisa julgada “erga omnes”, exceto se a ação for julgada improcedente por deficiência de prova; neste caso, qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.” Segundo a justificação que acompanhou o projeto, de autoria dos professores já mencionados, contemplava-se, assim, a “inteligente disciplina da

24 Como se verá adiante, sistemática da coisa julgada em matéria de direitos individuais homogêneos, instituída a partir do Código de Defesa do Consumidor, consiste em exceção a essa opção legislativa, pois nela o legislador optou claramente pelo regime da coisa julgada secundum eventum litis, prendendo a incidência da eficácia exclusivamente em caso de improcedência, mesmo que fundada em exame suficiente de prova. Semelhantemente, independentemente da qualidade da prova produzida, observou-se a extensão da eficácia exclusiva da sentença de improcedência coletiva para o fim de abstar preleções individuais de qualquer natureza (Cf. art. 103, § 3º, da Lei n. 8.078/90).

25 V. Ada Pellegrini Grinover, Comentários... , p. 836. O texto do Projeto de Lei n. 3.034/84 foi publicado no Diário do Congresso Nacional (Séção II) de 20 de março de 1984, p. 0526.

coisa julgada ‘secundum eventum litis’, capaz de “acauetar as partes e a coletividade contra possíveis pressões e contra o conluio”. Tal solução, como visto, vinha a ser idêntica àquela contemplada no artigo 18 da Lei n. 4.717/65 (Lei da Ação Popular). O substitutivo ao final aprovado manteve, basicamente intacto, o texto respectivo, transportando-o para o atual artigo 16.²⁶

Menos de três anos depois da promulgação da Lei n. 7.347/85 e antes mesmo de ser promulgada a Constituição de 1988, o mesmo Deputado Flávio Bierrenbach instituiu comissão no âmbito do Conselho Nacional de Defesa do Consumidor para elaborar o anteprojeto de código correspondente. O projeto é publicado no Diário Oficial de 4 de janeiro de 1989. Baixante debatido, emendado e alterado, novo projeto, vindo de Comissão Mista, é publicado no final daquele ano de 1989, acabando por ser sancionado e publicado em 12 de setembro de 1990. Nasce, assim, o Código de Defesa do Consumidor, Lei n. 8.078 de 11 de setembro de 1990, que vem a alterar de forma significativa o regime instituído no artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública, estabelecendo as bases de um novo regime para a coisa julgada coletiva.

Importa considerar, aqui, os artigos 103 e 104 do Código:

Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada: I - erga omnes, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese de inciso I do parágrafo único do art. 81; II - ultra partes, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81;

III - erga omnes, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81. § 1º Os efeitos da coisa julgada previstos nos incisos I e II não prejudicarão interesses direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe. § 2º Na hipótese prevista no inciso III, em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual.

§ 3º Os efeitos da coisa julgada de que cuida o art. 16, combinado com o art. 13 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos. Propostas individualmente ou na forma prevista neste código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos arts. 96 a 99.

§ 4º Aplica-se o disposto no parágrafo anterior à sentença penal condonatória. Art. 104. As ações coletivas, previstas nos incisos I e II do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada

26 Sobre esse receio de colusão, v. tb. Chiovenza, ob.cit., p. 430.

erga omnes ou ultra partes a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiaria os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva.

A plena aplicação dessas normas em tema de ação civil pública foi estabelecida pelo artigo 117 do CDC, que acrescentou à Lei n. 7.347/85 seu atual artigo 21, segundo o qual “aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, no que for cabível, os dispositivos do Tit. III da Lei que institui o Código de Defesa do Consumidor”. Dessa forma, criou-se um sistema de integração total entre o regime jurídico estabelecido pelo Código e as normas da Lei da Ação Civil Pública, cuja disciplina da coisa julgada passa a abranger, pois, as novas regras instituídas pelo CDC.

• V. Comentários ao art. 21, da Lei de Ação Civil Pública

Em 1997, nova alteração legislativa vem modificar o regime da coisa julgada no âmbito da ação civil pública. Essa alteração está hoje consolidada na Lei n. 9.494/97, que altera o artigo 16 para incluir nela a expressão “nos limites da competência territorial do órgão prolator”²⁷. A iniciativa legislativa procurou circunscrever territorialmente os limites da autoridade material do julgado coletivo, subvertendo as distinções tradicionais entre competência e jurisdição, a exemplo do que já havia tentado empreender, anos antes, o próprio Superior Tribunal de Justiça²⁸. No momento de edição da lei, a alteração legislativa consistiu, evidentemente, em uma tentativa de responder ao intenso uso de ações coletivas com a finalidade de questionar o programa de reformas iniciado pelo Poder Executivo ao longo da primeira gestão de Fernando Henrique Cardoso. Cuidou-se, contudo, como se desenvolverá adiante, de uma resposta inadequada aos problemas sentidos então, que subverte, no mínimo, a tendência de *molecularização* que está, claramente, à base de todo o sistema do processo coletivo brasileiro²⁹.

Em meados de 2001, sobrevém, finalmente, a última alteração legislativa relevante atinente ao artigo 16 da Lei n. 7.347/85. Trata-se da Medida Provisória nº 2.180-35, de 24.8.2001, que disciplinou a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, incluindo um artigo 2-A no texto da já referida Lei n. 9.494/97. Esse artigo tem a seguinte redação: “A sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos

dos seus associados, abrangeá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator”.

Importante frisar, ainda, a existência atual de intensa discussão a respeito de um “Anteprojeto de Código Brasileiro de Processo Coletivo”. Esse anteprojeto deverá em breve ser submetido a consulta pública pelo Ministério da Justiça, e dispunha, em sua última redação, quanto ao tema em destaque, o seguinte:

Art. 12. **Coisa julgada** – Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova.

Par. 1º. Mesmo na hipótese de sentença fundada nas provas produzidas, qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento, no prazo de 2 (dois) anos contados da descoberta de prova nova, superveniente, que não poderia ser produzida no processo, desde que idêntica, por si só, para mudar seu resultado.

Par. 2º. Tratando-se de interesses ou direitos individuais homogêneos (art. 3º, III, deste Código), em caso de improcedência do pedido, os interessados poderão propor ação a título individual, salvo quando a demanda coletiva tiver sido ajuizada por sindicato, como substituto processual da categoria.

Par. 3º. Os efeitos da coisa julgada nas ações em defesa de interesses ou direitos difusos ou coletivos (art. 3º, I e II, deste Código) não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste código, mas, se procedente o pedido, beneficiário as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos arts. 28 e 29 deste Código.

Par. 4º. Aplica-se o disposto no parágrafo anterior à sentença penal condonatória.

Par. 5º. A competência territorial do órgão julgador não representará limitação para a coisa julgada *erga omnes*.

3. EFICÁCIA DA SENTENÇA COLETIVA E LIMITES DA COISA JULGADA

Como visto acima, a regra geral atinente à eficácia das sentenças judiciais, no direito brasileiro, é no sentido de estender essa eficácia a terceiros. Por sinal, não é outra a razão que justifica, no sistema do processo tradicional, mecanismos como a assistência simples e a assistência litisconsorcial. Nesses casos, os terceiros são autorizados a comparecer ao processo justamente porque podem, mesmo sem ser parte, acabar afetados pela sentença proferida *inter alios*.

Coisa diferente se passa com a coisa julgada. Ainda como visto acima, a regra geral do artigo 472 do CPC é no sentido de limitá-la às partes. Somente essas, em princípio, ficam afetadas por sua eficácia preclusiva. Os limites *subjetivos* da coisa julgada dão-se, pois, no processo tradicional, entre as partes que figuraram no processo.

27 Outras pequenas alterações foram feitas no texto, que falava originalmente em *ação*, não em *pedido*.

28 Cf. decisão proferida no Conflito de Competência n. 971-DF (j. 13.02.90).

29 V. Kazuo Watanabe, “Tutela jurisdicional dos interesses difusos: a legitimação para agir”, in Ada Pellegrini Grinover (ed.), A tutela dos interesses difusos, São Paulo: Max Limonad, 1984, p. 85-97.

Já no plano *objetivo*, os limites da coisa julgada no processo individual (ou seja, a extensão material de sua força preclusiva) operam exclusivamente quanto ao comando contido na sentença, não abrangendo, salvo exceções disciplinadas em lei, as decisões incidentais tomadas pelo juiz para chegar a esse comando final, tais como: (i) considerações quanto à qualificação de certas relações jurídicas existentes ou não entre as partes, (ii) decisões quanto à ocorrência material de certos fatos, ou quanto à sua qualificação jurídica, (iii) entendimentos firmados acerca do valor probante de certos meios de prova utilizados no processo, etc.

Ademais, mesmo quanto ao comando contido na sentença, passível de receber a eficácia preclusiva da coisa julgada, é importante frisar que ele *não resolve todo o conflito material* que deve originar ao processo, mas apenas a *parte da dese conflito* trazida à juízo nos limites da causa de pedir apontada pelo autor. Isso é decorrência da opção pelo nosso sistema jurídico da chamada regra da *substantiação*, de tal forma que, apontados certos fatos como causa bastante a um pedido formulado em juízo, a decisão que rejeita esse pedido não impede sua nova formulação com base em fatos diversos capazes de constituir uma *causa de pedir autônoma*.³⁰ Assim, os limites objetivos da coisa julgada coincidem com os limites da própria *demandada*, não fazendo precluir outras possíveis *demandas* que o autor possa vir a formular com o mesmo objetivo da primeira efetivamente deduzida.³¹

No plano coletivo, a partir do sistema criado pela interração proposta entre o Código de Defesa do Consumidor e a Lei da Ação Civil Pública, esses limites *subjektivos* e *objetivos* da coisa julgada individual conhecem, ambos, razoável modificação.

A começar com os limites *subjektivos*, a Lei estabeleceu, inicialmente, que a sentença em ação civil pública faria coisa julgada "erga omnes". Isso significa que o comando resultante da ação, além de atingir terceiros, como seria natural a qualquer sentença judicial, também teria sua autoridade *protégida* contra quaisquer

³⁰ V. José Rogério Cruz e Tucci, A causa pendente no processo civil, 2a. edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 143 e ss.

³¹ Nos Estados Unidos, por exemplo, o sistema é completamente diferente. A parte derrotada em sua demanda fica impedida de reproduzir seu pleito em juízo independentemente, até, de sua capacidade de apresentar novos fatos que, para nós, constituiriam causa de pedir autônoma. Segundo uma decisão da Suprema Corte Americana datada de 1876 (*Stark v. Stark*, 94 U.S. 477), até mesmo pedidos autônomos, não deduzidos mas conexos com aquele fezido a juízo e, por isso, passíveis de dedução no primeiro processo ficariam preclusos: "*It is undoubtedly a settled principle that a party is not at liberty to split up his demands and prosecute by piecemeal, or present only a portion of the grounds upon which a cause of litigation is sought and leave the rest to be presented in a second suit if the first fails. There would be no end of litigation if such practice were permissible.*" V., a propósito, Jack H. Friedenthal, Mary Kay Kane, Arthur R. Miller, Civil Procedure, 2nd. ed., St. Paul: West Publishing Co., 1993, 610.

quer novas investidas por parte de quem não figurou como sujeito do processo original. Movida a ação por parte de uma associação e julgada ela improcedente, ficaria o Ministério Público, por exemplo, impedido de intentar idêntica ação, como também ficariam quaisquer outros legitimados, salvo a hipótese de "deficiência de provas".

Com as alterações do CDC, esse sistema passa a desdobrar-se em três regras distintas, cada qual aplicável a uma das *espécies* de direitos *transindividuais* contempladas pela lei. No caso de direitos *diffusos*, a coisa julgada passa a operar *erga omnes*, com a mesma restrição relativa à improcedência por insuficiência de provas. No caso de direitos *coletivos*, opera *ultra partes*, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, com a mesma restrição relativa à prova produzida nos autos. Já quando se tratar de direitos *individuais homogêneos*, a coisa julgada opera apenas em caso de procedência, mas, a exemplo do que ocorre os direitos difusos, incide *erga omnes*.

4. COISA JULGADA SECUNDUM EVENTUM LITIS E COISA JULGADA SECUNDUM EVENTUM PROBATIONES

Salta aos olhos, em primeiro lugar, a tentativa empreendida pelo Código de Defesa do Consumidor de criar três regimes distintos de incidência para a coisa julgada coletiva, cada qual correspondendo a uma das três espécies de direitos *transindividuais* contempladas pelo artigo 81 do CDC. Esse regime tríplice passou a ser aplicável, a partir de sua edição, também ao sistema instituído pelo artigo 16 da Lei n. 7.347/85, por força da atual redação dada ao seu artigo 21. Todavia, a divisão tríplice é mais aparente que efetiva. Olhado o sistema atual de processo coletivo em conjunto, percebe-se que todos os três tipos de direitos *transindividuais* submetem-se a um regime muito semelhante de tratamento, com alguma diferença para a coisa julgada incidente sobre as demandas ligadas à defesa de direitos individuais homogêneos.

Em sede de direitos difusos e coletivos, esse tratamento caracteriza-se, seguindo a tradição da Ação Popular e da redação original do art. 16 da Lei da Ação Civil Pública, pela diferenciação do regime de incidência da coisa julgada conforme a *prova produzida no processo*. Daí falar-se, nesse caso, em coisa julgada *secundum eventum probationes*.

Nas ações para tutela de direitos difusos e coletivos a coisa julgada opera *ultra partes*, abrangendo todos os possíveis *interessados* (em maior ou menor número conforme a natureza do interesse), salvo no caso de insuficiência de provas. Nessa última hipótese, qualquer legitimado pode ingressar novamente com a ação coletiva, desde que se valha de *nova prova*.

É de se perceber que a lei exige *nova prova* e não autoriza o uso de nova ação com o fato apenas de se proceder a uma *nova avaliação da prova anteriormente produzida*. Nesse caso, ainda que não se queira admitir a incidência de coisa julgada material, haverá, no mínimo, alguma espécie de eficácia preclusiva destinada a preservar a autoridade da primeira sentença, em hipótese semelhante à que ocorre no processo individual com as hipóteses de julgamento por carência de ação, em que se tem admitido a repositura da ação *dèsde que resoltido o problema que gerava a carença originalmente decretada*.³²

Aliás, também em matéria coletiva essa orientação tem sido aplicada pelo Superior Tribunal de Justiça, como se nota da decisão abaixo transcrita:

AÇÃO CÍVEL PÚBLICA. DEMANDA ANTERIOR JULGADA EX-
TINTA SEM CONHECIMENTO DO MÉRITO, POR AUSÊNCIA
DE INTERESSE PROCESSUAL.

REPRODUÇÃO INTEGRAL DA MESMA AÇÃO ANTERIOR. INADMISSIBILIDADE. INTELLIGÊNCIA DO ART. 268 DO CPC.

- É inadmissível, no caso, a repositura automática da ação, ainda que o processo anterior tenha sido declarado extinto sem conhecimento do mérito.

Recurso especial não conhecido.

(REsp 191.934/SP; Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, QUARTA TUR-
MA, julgado em 21.09.2000, DJ 04.12.2000 p. 72, REPDJ 12.02.2001 p.120).

O regime da coisa julgada *ultra partes* é adotado pela lei como consequência do caráter indivisível que marca os bens objeto de litígio, nas hipóteses de direitos difusos ou coletivos. É, nesse aspecto, uma consequência do próprio tipo de interesse litigado.³³ Não obstante, a lei poderia perfeitamente ter instituído um regime de incidência *absoluta* da coisa julgada, sem qualquer exceção, a exemplo do que ocorre, basicamente, no sistema norte-americano.³⁴ A opção pelo regime da coisa julgada *secundum eventum probations* surge, nesse contexto, como uma forma de proteção adotada pela lei brasileira contra possíveis tentativas de colusão entre autor e réu, com o objetivo de *fogiar* uma sentença oponível *erga omnes* a favor do requerido.³⁵

32 V. o propósito o quanto decidido pelo Superior Tribunal de Justiça no Resp n. 45.935-4-SP. v.16. José Roberto dos Santos Redequis, Direito e Processo: influência do direito material sobre o processo, 3.a. edição. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 103 e Adroaldo Furtado Fabrício, "Extinção do Processo e Mérito da Causa", Revista de Processo n. 58, p. 23.
33 Cf. José Roberto dos Santos Redequis, ob. cit., p. 117.
34 Antonio Gidi fornece uma abrangente comparação entre os dois sistemas em "Class Actions in Brazil", The American Journal of Comparative Law, vol. 51, p. 311-408 (2003).
35 V. Ada Pellegrini Grinover, Código de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto, p. 838. V. tb. nota 26, acima.

Essa razão prática contribuiu, ainda, para a edição do § 1º do Art. 103 do Código de Defesa do Consumidor, segundo o qual “os efeitos da coisa julgada previstos nos incisos I e II não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe”. Além dela, colaboraram para a edição desse dispositivo considerações relevantes sobre o direito individual ao contraditório, que poderia ser entendido como sacrificado caso a sentença coletiva de improcedência fosse oponível no plano individual para obstar ações particulares derivadas direta ou indiretamente da mesma situação litigiosa. Especialmente no sistema brasileiro, em que não é dada notícia individual aos interessados, para que estes optem por excluir suas pretensões do litígio coletivo, e no qual não é aferida judicialmente a representatividade da parte coletiva, entende-se melhor preservar as situações individuais contra as decisões tomadas no plano coletivo, nas quais, por isso, a coisa julgada sonante tem o condão de impedir novas demandas no plano coletivo, nos casos de improcedência.³⁶

A proteção dada ao interesse individual atinge grau máximo na hipótese contemplada no inciso III do Art. 103, em que se litigam direitos individuais homogênicos. Nesse caso, a coisa julgada é declaradamente *secundum eventum litis* e não se produz em caso de improcedência nem mesmo nas hipóteses de análise exauritiva e suficiente da prova. À primeira vista, a solução dada pela lei pareceria autorizar até mesmo o ajuizamento de nova ação *coletiva* buscando o mesmo resultado da primeira, mas essa hipótese não se afiguraria compatível, pelo menos, com o § 2º do mesmo artigo, sem falar nas razões de política judiciária que concorreriam para excluir essa opção.

De qualquer forma, também no campo dos direitos individuais homogênicos a regra é a de não incidência da coisa julgada em prejuízo de possíveis pretensões individuais de reparação.

Tudo somado, e ponderado o quanto dito acima a respeito da repositura de ação coletiva no caso de improcedência de uma ação anterior fundada no inciso III do artigo 81 do CDC, parece que a sistemática adorada pelo Código acaba podendo ser resumida a uma única regra geral, de incidência em todos os tipos de direito mencionados na lei. Segundo essa regra, a coisa julgada coletiva opera, em caso de procedência, plenamente, atingindo a todos os possíveis interessados no litígio e beneficiando todas as possíveis pretensões individuais, nos termos que serão melhor analisados adiante. Em caso de improcedência com exame exaustivo e suficiente dos fatos, a eficácia preclusiva da sentença opera apenas no plano coletivo,

36 Ada Pellegrini Grinover, idem, ibidem.

impedindo novas ações coletivas mas não prejudicando eventuais pretensões individuais relacionadas ao litígio original. Já em caso de improcedência por insuficiência de provas, a coisa julgada simplesmente não incide, ficando aberta a possibilidade de proposta de nova ação coletiva por quaisquer legitimados, desde que, como dito, apresentem nova prova em suporte de sua pretensão.

A unicidade de solução para as várias modalidades de direitos *transindividuais*³⁷ é confirmada pelo já mencionado Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, que disciplina a hipótese, vale dizer, com muito mais clareza. Em seus precisos termos, que, repito, nada mais fazem que reproduzir a sistemática atual, “nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova. (...) Tratando-se de interesses ou direitos individuais homogêneos, em caso de improcedência do pedido, os interessados poderão propor ação a título individual, salvo quando a demanda coletiva tiver sido ajuizada por sindicato, como substituto processual da categoria. Os efeitos da coisa julgada nas ações em defesa de interesses ou direitos difusos ou coletivos não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução”³⁸.

É bem verdade que esse sistema impõe às partes no litígio ônus relativamente desproporcionais. Especialmente no que diz respeito ao réu, sua derrota na ação coletiva significará sucumbimento material total, inclusive no que diz respeito ao aproveitamento individual do julgado coletivo, por todos os possíveis interessados.

De outra banda, sua vitória terá efeitos muito mais reduzidos, pois não impedirá novas ações no plano individual e valerá, na melhor das hipóteses, como um precedente oponível contra os possíveis interessados individuais.³⁹ Daí se ter dito, até mesmo, que “na ação do consumidor, pode ser inútil a defesa do fornecedor”⁴⁰. Essa desproporção, todavia, é consequência necessária do sistema adorado pela lei brasileira, em que não se quis entregar ao juiz o controle *discretoriário* de representatividade do autor coletivo³⁹, nem quis entregar aos indivíduos a opção es-

pecífica de incluírem ou exluírem suas pretensões do âmbito da ação coletiva (*opt in ou opt out*).⁴⁰

Feita essa observação sobre a relativa *desproporção* de tratamento entre as partes no regime da coisa julgada coletiva, é preciso fazer ainda uma advertência final quanto ao regime da coisa julgada *erga omnes*: em princípio, ela não justifica, em absoluto, que deixem de ser incluídas no pôlo *passivo* da ação coletiva todas aquelas pessoas que possam ser *diretamente afetadas* pelos efeitos *imediatos* da sentença coletiva. Para estes, assim como ocorreria no processo individual, faz-se necessária a citação particular, em decorrência da regra do contraditório.

Nesse sentido já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, em acórdão assim entendido:

ACÃO POPULAR. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. NULIDADE DA RELAÇÃO PROCESSUAL.

1. Tratando-se de ação difusa ajuizada com a finalidade de impedir a contratação de empréstimo por parte do Município de Diadema-SP junto ao Instituto de Previdência do Servidor Municipal de Diadema - IPRED, constando expressamente do pedido a anulação dos contratos administrativos eventualmente firmados com base na Lei Complementar municipal 57/96, impõe-se a formação do litisconsórcio passivo necessário.

2. O regime da coisa julgada nas ações difusas não dispensa a formação do litisconsórcio necessário quando o capítulo da decisão atinge diretamente a esfera individual. Isto porque, consagra a Constituição que ninguém deve ser privado de seus bens sem a obediência ao princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF/88).

3. O litisconsórcio necessário é regido por norma de ordem pública, cabendo ao juiz determinar, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, a integração à lide do litisconsórcio passivo.

4. Nullidade de pleno direito da relação processual, a partir do momento em que a citação deveria ter sido efetuada, na forma do art. 47 do CPC, incorrendo preclusão.

5. Hipótese em que o pedido de citação do Instituto de Previdência do Servidor Municipal de Diadema foi efetuado pelo autor mais de uma vez antes da prolação da sentença.

37 Ada Pellegrini Grinover, *idem*, p. 837.

38 Cf. José Ignacio Botelho de Mesquita, “Na ação do consumidor, pode ser inútil a defesa do fornecedor”, *Revista da Associação dos Advogados de São Paulo*, n. 33, p. 80 (1990).

39 A ideia de *discretoriabilidade* é referida aqui, sem a conotação específica do direito administrativo brasileiro [própria às decisões entre *indiferentes jurídicos*], mas sim noquele sentido fraco referido

por Dworkin, característico das decisões que implicam julgo, ponderações [“sometimes we use discretion in a weak sense, simply to say that for some reason the standards an official must apply cannot be applied mechanically nor demand the use of judgment”]. V. Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 18 ed., p. 31.

40 V. Antonio Gitti, *Class Actions in Brazil*, 51 An. J. Comp. L. 315 (2003), p. 337 e ss.

6. Recurso especial provido para, reconhecendo a violação do art. 47 do CPC, declarar a nulidade do processo a partir do momento em que IPRED deveria ter sido citado.

(REsp 480.712/SP, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 12.05.2005, DJ 20.06.2005 p. 124, REPDI 05.09.2005 p. 207)

5. EFICÁCIA DA SENTENÇA COLETIVA NOS LIMITES DA COMPETÊNCIA TERRITORIAL DO ÓRGÃO QUE A PROFERIU

A redação atual do artigo 16 da Lei n. 7.347/85 é fruto, como visto acima, de alteração empreendida pela Lei n. 9.494/97, destinada a conferir a eficácia do julgado coletivo “nos limites da competência territorial do órgão prolator”. Referida alteração funcionou, naquela época, como resposta ao intenso uso de ações coletivas para o fim de questionar as políticas de governo implementadas no âmbito da chamada *Reforma do Estado*, sobre tudo no que diz respeito às privatizações de empresas estatais então empreendidas. Não obstante isso, fato é que a idéia, infeliz, de arrelar a eficácia da sentença coletiva (problema de *jurisdição*) à competência territorial do órgão prolator (problema de *organização judiciária*) não foi originária do Executivo-Legislativo, mas nasceu no próprio seio do Poder Judiciário.

De fato, essa idéia tem origem na jurisprudência formada sobre o artigo 16 da Lei n. 7.347/85 anteriormente ao próprio Código de Defesa do Consumidor, exemplificada pelo quanto decidido pelo Superior Tribunal de Justiça no Conflito de Competência n. 971-DF. E é justamente porque essa jurisprudência se altera após a edição do CDC, passando a reconhecer a eficácia *erga omnes* do julgado coletivo em todo o território nacional, que o Executivo-Legislativo sente, sete anos depois, a necessidade de transportar o entendimento jurisprudencial original para a lei, em franca desconsideração da já mencionada tendência de *molarizarização* no trato dos conflitos de massas.⁴¹

Pouco tempo depois de editada, a Medida Provisória n. 1.570 de 26 de março de 1997, que viria depois a converter-se na Lei n. 9.494/97, foi alvo de ação direta de inconstitucionalidade, em que se questionou, entre outras coisas, a validade da alteração empreendida no artigo 16 da Lei n. 7.347/85. Essa ação foi

movida pelo Partido Liberal, com fundamento no princípio da separação de poderes.⁴²

Em resposta ao pedido de liminar formulado, assim posicionou-se o Supremo Tribunal Federal: “SENTENÇA - EFICÁCIA - AÇÃO CIVIL PÚBLICA. Em princípio, não se tem relevância jurídica suficiente à concessão de liminar no que, mediante o artigo 3º da Medida Provisória nº 1.570/97, a eficácia erga omnes da sentença na ação civil pública fica restrita aos limites da competência territorial do órgão prolator.” Como, depois da apreciação da liminar, a Medida Provisória foi reeditada, inclusive com modificação parcial de seu texto, o STF considerou a ADI em questão prejudicada, não tendo, por isso, avançado no julgamento de mérito.

Para Ada Pellegrini Grinover, essa alteração do artigo 16 da LACP seria totalmente *inefaz*, porque referido dispositivo estaria se referindo apenas à tutela de interesses *diffusos*, ou quando muito a esses e também aos *coletivos*, pois apenas em relação à tutela desses é que ocorre a coisa julgada *retardum eventum probatores*, cogitada pelo referido art. 16. Contudo, seria no campo dos direitos individuais homogêneos que a alteração poderia ter, em princípio, maior impacto. Ademais, o art. 93 do CDC já outorgaria competência de âmbito nacional ou regional para o trato de certos tipos de litígio, sendo, também por isso, ineficaz a alteração, mesmo em sede de interesses difusos ou coletivos. Finalmente, seriam os termos do *pedido* os únicos capazes de delimitar o objeto litigioso do processo e, por consequência, os limites objetivos da coisa julgada, sendo também por isso ineficaz a alteração legislativa.⁴³

Essas razões não parecem ter sensibilizado, todavia, a cúpula do Poder Judiciário. Analisando-se, por exemplo, as decisões do Superior Tribunal de Justiça, percebe-se que elas têm sido no sentido de reconhecer a validade da restrição introduzida no artigo ora comentado. Confira-se, abaixo, o seguinte julgado: “... EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO DE COMBUSTÍVEIS (DL Nº 2.288/86). EXECUÇÃO DE SENTENÇA. EFICÁCIA DA SENTENÇA DELIMITADA AO ESTADO DO PARANÁ.

⁴¹ É bem verdade que a fundamentação dessa ADI especialmente no que diz respeito à alteração do artigo ora comentado, ressou bastante precária. Ao lado do argumento genérico baseado na separação de poderes (o Executivo não pode baixar normas sobre processo, pois esse é “modo de ser” de um outro dos poderes do Estado, o judiciário), argumentou-se que referida alteração “afronta a possibilidade de questionar decisivo judicial, via recurso, ao órgão superior dentro da estrutura do Poder Judiciário”, querendo essa que, aparentemente, nada tem que ver com a restrição territorial dos efeitos da sentença coletiva.

⁴² Cf. Ada Pellegrini Grinover, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, Anotado pelos Autores do Anteprojeto, p. 845-6.

⁴³ Um panorama bastante completo sobre a evolução da jurisprudência nesse particular é oferecido por Ada Pellegrini Grinover, *Código... p. 848-851. V. tb. Ada Pellegrini Grinover, “Ação Civil Pública no STJ”, in A Marcha do Processo, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p. 24 e ss.*

VIOLAÇÃO DO ART. 2º-A DA LEI Nº 9.494/97. ILEGITIMIDADE DAS PARTES EXEQUENTES.

(...)

2. Impossibilidade de ajuizamento de ação de execução em outros estados da Federação com base na sentença prolatada pelo Juízo Federal do Paraná nos autos da Ação Civil Pública nº 93.001.139.33-9 pleiteando a restituição de valores recolhidos a título de empréstimo compulsório cobrado sobre a aquisição de álcool e gasolina no período de jul/87 a out/88, em razão de que em seu dispositivo se encontra expressa a delimitação territorial adrede mencionada.

3. A abrangência da ação de execução se restringe a pessoas domiciliadas no Estado do Paraná, caso contrário geraria violação do art. 2º-A da Lei nº 9.494/97, literis: “A sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, abrange sólamente os substituídos que necham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator”.

4. Embargos acolhidos, com efeitos modificativos, para reconhecer a limitação dos efeitos da sentença objetada somente aos contribuintes domiciliados no Estado do Paraná. Na seara da justiça, nega-se provimento ao recurso especial dos autores.

(EDel no REsp 640.695/RS, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 28.06.2005, DJ 15.08.2005 p.213)

Sem prejuízo dessas considerações, parece haver no tribunal simultaneamente, uma tendência no sentido de mitigar os efeitos do artigo 2-A da Lei nº 9.494/97, como se nota do seguinte julgado:

“Para a comprovação da legitimidade ativa de credor-poupatador que propõe ação de execução com lastro no título executivo judicial exarado na seara civil pública, despicenda se mostra a comprovação de vínculo com a associação proponente da ação ou a apresentação de relação nominal e de endereço dos associados. Precedentes. (...)

Porquanto o art. 2º-A da Lei nº 9.494/97 limita os efeitos da coisa julgada aos associados somente quando a ação é proposta exclusivamente no interesse deles, é de se concluir que não se aplica à situação em exame, de modo que a todos os poupatadores beneficiados com a sentença proferida devem ser extendidos os efeitos da coisa julgada.

Ademais, há de se consignar que, nas ações coletivas propostas por entidades associativas, o parágrafo único do art. 2º-A da Lei nº 9.494/97 só exige a apresentação da relação nominal e de endereços dos associados quanto a ação

é proposta contra entidades da administração direta, autárquica e fundacional da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Portanto, por se tratar a recorrente de empresa pública, os efeitos do referido dispositivo legal a ela não se estendem. Esse entendimento restou sufragado quando do julgamento do REsp 651.037, por mim reliado, julgado em 05.08.2004.

(AgRg no REsp 651.118/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 28.10.2004, DJ 29.11.2004 p. 338)

Conforme o voto proferido pela Ministra Nancy Andrighi, sejam os termos do pedido inicial os elementos determinantes da incidência de referido artigo. Em outras palavras, “o art. 2º-A da Lei nº 9.494/97 limita os efeitos da coisa julgada aos associados somente quando a ação é proposta exclusivamente no interesse deles”, o que significa que, preferindo a associação promover sua demanda em benefício de um grupo maior de pessoas, como é facultado e como lhe autoriza o artigo 81 do CDC, nas hipóteses respectivas de direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos, nesses termos estendidos é que deve ser comprehendida a eficácia da sentença final.

De outro lado, assentou-se no tribunal, igualmente, o entendimento que restringe a incidência do parágrafo único às ações propostas “contra entidades da administração direta, autárquica e fundacional da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”, excluindo-se, portanto, as empresas públicas.⁴⁴

Note-se bem, por último, que reconhecer a eficácia, em princípio, da alteração introduzida pela Lei n. 9.494/97 no artigo 16 da LACP não significa (i) concordar com sua conveniência como norma de política judiciária nem (ii) imaginar que a lei tenha de fato delimitado, *a priori*, quais seriam exatamente os limites da competência jurisdicional do órgão prolator. É essa última constatação ocorre, quando menos, porque o órgão prolator pode ser um juízo de primeiro grau, um tribunal estadual ou federal, ou mesmo o próprio Superior Tribunal de Justiça, cada qual exercendo sua competência *funcional* em um espaço geográfico sucessivamente maior.

Além disso, tem razão Ada Pellegrini Grinover quando chama a atenção para os termos do artigo 93 do Código de Defesa do Consumidor, que establece regras de competência distintas para as hipóteses de danos de amplitude local, regional ou nacional (respectivamente, são hipóteses em que o

44 V. tb. O REsp 651.037, relatado pela Min. Nancy Andrighi e julgado em 05.08.2004.

foro competente será o da justiça local, o da Capital de Estado ou o do Distrito Federal⁴⁵). Essas são hipóteses de competência *absoluta*, ou seja, são hipóteses em que a competência *funcional* do órgão é estabelecida com base em critérios territoriais, nos termos do art. 2º da Lei n. 7.347/85.⁴⁶ Em todos esses casos, o órgão indicado pela lei passa a ter competência territorial para apreciar os danos ocorridos em todo o limite geográfico referido correspondente ao dano, tal como estabelecido pelo CDC (limite local, regional ou nacional). Desse modo, devem circunscrever-se correspondentemente os limites da autoridade e eficácia da sentença, conforme disposto na atual redação do art. 16.

A adequada ponderação dos tribunais quanto à efetiva extensão geográfica do dano dá, ao que tudo indica, o critério fundamental para a compreensão dos limites dessa restrição territorial incorporada ao art. 16 pela Lei n. 9.494/97, enquanto essa restrição não for expurgada, de uma vez por todas, do ordenamento positivo. Essa afirmação é feita também com base nas indicações já dadas pelo STJ em sua jurisprudência, conforme se pode extrair da seguinte consideração, lançada na ementa do acordo que resolveu o REsp n. 557.646/DF, relatado pela Ministra Eliana Calmon: “O efeito erga omnes da coisa julgada material na ação civil pública será de âmbito nacional, regional ou local conforme a extensão e a indivisibilidade do dano ou ameaça de dano, atuando no plano dos fatos e litígios concretos, por meio, principalmente, das tutelas condenatória, executiva e mandamental, que lhe asseguraram eficácia prática” (STJ, segunda turma, julgado em 13.04.2004, DJ 30.06.2004 p. 314).

No mais, resta afirmar, novamente, a infelicidade do dispositivo, que, a exemplo das restrições relativas ao uso de ação coletiva em matéria tributária e previdenciária⁴⁷, navega na contramão da tendência legislativa de *coletivização* da solução de litígios.

6. APROVEITAMENTO IN UTILIBUS DO JULGADO COLETIVO, AMPLIAÇÃO OPE LEGIS DO OBJETO DO PROCESSO OU COLLATERAL ESTOPPEL ?

Uma das mais importantes novidades introduzidas pelo Código de Defesa do Consumidor no regime da coisa julgada coletiva consiste na noção de aprimoramento *in utilibus* do julgado coletivo pelos titulares de direitos individuais relacionados, ainda que indiretamente, ao litígio. Essa inovação constou do § 3º do Art. 103 do Código. A hipótese incide nos casos de tutela de interesses coletivos e difusos, autorizando a lei uma espécie de *ampliação ope legis do objeto do processo*, por meio da qual a sentença de procedência irá sempre condenar o réu, implicitamente, à reparação individual dos danos causados pela conduta ilícita estabelecida *incidentalmente* na ação coletiva.

Destes casos, diz-se que a coisa julgada coletiva é transportada *in utilibus* para os processos individuais, uma vez que a decisão coletiva tomada em relação à matéria incidental (ilicitude da conduta) passa a poder ser invocada contra o réu pelos indivíduos lesados, mas isso somente acontece na hipótese de procedência da ação coletiva. Ocorrendo o contrário, não pode o réu, correspondentemente, opor ao indivíduo a decisão anterior quanto à ilicitude da sua conduta, sendo a regra destinada exclusivamente a beneficiar o indivíduo supostamente lesado.

Um exemplo claro pode ser dado no âmbito da tutela do meio ambiente. Assim, basta imaginar uma ação civil pública promovida com o objetivo de impedir uma certa empresa de despejar gases tóxicos na atmosfera em volume superior àquele permitido pela legislação local. Essa demanda visa tutelar, nos termos do art. 81, I, do CDC, um interesse de natureza difusa. O pedido nele formulado é de cessação da conduta tida por antijurídica, e pode chegar, eventualmente, à própria interdição do estabelecimento. No entanto, não é um pedido condonatório, nem muito menos veicula questões ligadas aos potenciais danos individuais que a poluição possa ter causado.

Essa ação pode perfeitamente ser julgada improcedente sob o fundamento de não ocorrer qualquer ilicitude no comportamento do agente econômico. Por exemplo, pode ficar provado que o volume de poluentes lançado na atmosfera não excede o limite legal. Nessa hipótese, sabe-se que o resultado da ação coletiva não prejudica direitos individuais de indenização, nos termos do § 1º do Art. 103 do CDC. Mas, a bem da verdade, isso sequer precisaria ser dito pelo Código, uma vez que o regime da coisa julgada no Brasil organiza-se a partir da regra inserta no artigo 468 do CPC, segundo o qual não são abrangidos pela eficácia preclusiva nem a “verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença”, nem “a apreciação da questão preju-

45 Entendendo competente o foro da Capital do Estado também para os danos de amplitude nacional, v. a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo no Agravo de Instrumento n. 28.736/6. V. também a jurisprudência do STJ: “não há exclusividade do foro do Distrito Federal para o julgamento de ação civil pública de âmbito nacional, isto porque o referido artigo [CDC art. 93, III] ao se referir à Capital do Estado e ao Distrito Federal invoca competências territoriais concorrentes, devendo ser analisada a questão estando a Capital do Estado e o Distrito Federal em planos iguais, sem cominatação específica para o Distrito Federal” (CC 17533/DF, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, segunda seção, julgado em 13.09.2000, DJ 30.10.2000 p. 129).

46 Cf. Ada Pelegatti Chinover, Comentários..., p. 894-810.

47 Cf. o § único introduzido no art. 1º da LACP pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 24/09/2001, ainda em vigor nos termos da EC nº 32/2001.

dicial, decidida incidentalmente no processo.” Como a coisa julgada incide, na hipótese em comento, apenas sobre o dispositivo da sentença, ela tem o efeito de impedir tão somente novas demandas coletivas que visem a cessação da emissão de poluentes acima dos limites legais, *por conta dos quais fatos passados*. No regime brasileiro, não incide a eficácia preclusiva sobre as decisões tomadas em relação a questões prévias, prejudiciais ou preliminares, quer ligadas à definição e qualificação de certas relações jurídicas, quer ligadas à verdade dos fatos.

Em princípio, o mesmo se deveria poder dizer na hipótese de procedência. Nesse caso, a regra do Art. 468 do CPC também impedia a incidência do efeito preclusivo da coisa julgada quer sobre a verdade dos fatos (poluição acima dos limites legais), quer sobre a caracterização jurídica da conduta praticada pelo agente econômico (ilicitude por afronta à legislação ambiental). Assim sendo, em condições normais, o julgado coletivo somente poderia ser utilizado pelo indivíduo prejudicado pela emissão dos poluentes na condição de *precedente*, mas a existência desse precedente não impediria nem a rediscussão dos fatos, nem a possibilidade de ser proferida uma sentença individual cuja *fundamentação fosse contraditória* em relação à verdade dos fatos estabelecida no processo coletivo.

É essa a lógica que fica modificada com o § 3º do Art. 103 do CDC. A partir de sua incidência, em nosso exemplo, o indivíduo passa a ser autorizado pela lei a invocar em seu favor o precedente coletivo com força de coisa julgada. Baseando-se nela, ele pode demandar indenização da empresa poluidora sem precisar discutir novamente a ilicitude de sua conduta, nem tampouco o dever de indenizar os prejuízos individuais causados por essa conduta ilícita.

Já se apontou a semelhança entre essa solução adotada pela lei e o regime norte-americano atinente à coisa julgada, sobretudo no que diz respeito à noção de *collateral estoppel*⁴⁸. Isso porque, no regime norte-americano, a eficácia preclusiva da sentença não fica limitada ao dispositivo, mas atinge também todas as decisões preferidas pelo tribunal a respeito das questões prejudiciais ao julgamento, tais como o estabelecimento e qualificação de relações jurídicas ou o acertamento da verdade relativa a certos fatos, desde que tais questões tenham sido objeto de debate adequado entre as partes. Esse efeito preclusivo que incide sobre as decisões prejudiciais chama-se *estoppel*⁴⁹, e pode ocorrer

dentro de um mesmo processo (*direct estoppel*) ou entre processos sucessivos (*collateral estoppel*).⁵⁰

De fato, em análise comparativa específica sobre esse ponto, Antonio Gidi pondera que “a doutrina americana poderia considerar isso como um exemplo de preclusão incidente sobre as questões prejudiciais ao julgamento (*collateral estoppel*). Essa análise estaria correta. De fato, todo o sistema da coisa julgada nas ações coletivas brasileiras pode ser entendido a partir do conceito de preclusão incidente sobre as questões prejudiciais ao julgamento e, assim, se mostrará mais familiar e aceitável ao observador norte-americano. É importante mencionar, contudo, que nos sistemas de *civil law* não há em geral regime de coisa julgada incidente sobre as questões prejudiciais preliminares ao julgamento, e essa solução não teria sido possível sem a edição da lei específica. Uma das poucas vozes no Brasil a adovgar um regime de preclusões sobre essas questões prejudiciais semelhante ao regime da *common law* foi Thereza Alvim, Questões prévias e os limites objetivos da coisa julgada, 31-85 (1977).⁵¹

É preciso cuidado, contudo, com a aceitação plena desse paralelo entre o regime da coisa julgada *in utilibus* e o regime americano da *issue preclusion*. Isso porque, na verdade, o regime da lei brasileira apenas autoriza a incidência dessa espécie de eficácia preclusiva *para o fim específico de impedir qualquer discussão ulterior a respeito do direito genérico à indenização individual decorrente da sentença coletiva*. Nada mais.

A hipótese é idêntica à de aproveitamento *in utilius* da sentença penal, para o fim de promover-se a liquidação dos danos decorrentes do ato ilícito no plano civil (cf. Art. 63 do Código de Processo Penal, Art. 91, I, do Código Penal e Art. 584, II, do Código de Processo Civil). E, aqui, a tendência não é propriamente no sentido de reconhecer a incidência de preclusão sobre as decisões tomadas quanto à verdade dos fatos envoltos na causa, mas sim a de compreender que a

50 V. Friedenthal, Kane and Miller, ob. cit., p. 610. V. tb. Michele Taruffi, “Collateral Estoppel” e Giudicato Sulle Questioni (I), Rv. Dir. Proc. 651 (1971) e Taruffi, “Collateral Estoppel” e Giudicato Sulle Questioni (II), Rv. Dir. Proc. 272 (1972). Para uma breve comparação entre os sistemas brasileiro e americano atinentes à coisa julgada, v. Antonio Gidi, Class Actions in Brazil, p. 390, tradução livre. O texto original é o seguinte: “American scholars might consider this to be an example of issue preclusion in Brazilian class actions can be understood through the concept of issue preclusion and it will then look more familiar and more acceptable to an American observer: it is relevant to mention, however, that in civil law systems there is generally no issue preclusion and this solution would not have been possible without an express provision in a written statute. One of the few voices in Brazil advocating a res judicata effect similar to the common law concept of issue preclusion was Thereza Alvim, Questões Prévias e os Limites Objetivos da Coisa Julgada 31-85 (1977).”

48 V. o texto que acompanha a nota 51, abaixo.

49 “In civil law countries that owe their legal systems almost exclusively to Roman law, nothing corresponding to the principle of estoppel appears. In those countries, questions decided in the course of reaching a judgment or prejudicial questions are not excluded from later actions between the same parties unless one of the parties specifically asks for a ruling on that issue” (Friedenthal, Kane and Miller, ob. cit., p. 615).

sentença penal contém, implícita em seu dispositivo, uma ordem tendente à condenação para reparação dos danos causados pelo ilícito, exequível no Juízo Civil, sendo essa uma hipótese de ampliação *opé legis* do objeto do processo, ou de aplicação de um *efeito secundário da sentença*, ou de reconhecimento de uma *eficácia prricharia* distinta da coisa julgada.⁵²

Há uma diferença importante entre as duas hipóteses. Na primeira (admissão do efeito preclusivo da coisa julgada também quanto às questões prévias), a verdade dos fatos, ou a caracterização das relações jurídicas, acertadas no plano coletivo, deveriam permanecer indiscutíveis para quaisquer efeitos, e não apenas para o efeito de viabilizar a ação individual de indenização. Isso significaria, em nosso exemplo, que o réu não mais poderia discutir a ilicitude de seu comportamento (poluição acima dos níveis legalmente permitidos) em quaisquer ações futuras, incluindo uma possível ação adicional de indenização no plano *coletivo*, ou mesmo em um processo envolvendo a aplicação de uma *multa administrativa*, por exemplo. Ainda que, no plano da política legislativa, essa fosse mesmo a melhor solução, ela não parece ter sido, contudo, a solução desejada, por ora, pela lei.⁵³

Aliás, caso a hipótese fosse mesmo de incidência da coisa julgada sobre as questões prévias ao julgamento de mérito, deixaria de fazer sentido a jurisprudência formada nos tribunais superiores quanto à admissão do controle de constitucionalidade *incidental* em matéria de ação civil pública. Essa jurisprudência pode ser assim exemplificada:

“É possível a declaração incidental de inconstitucionalidade, na ação civil pública, de quaisquer leis ou atos normativos do Poder Público, desde que a controvérsia constitucional não figure como pedido, mas sim como causa de Pedir, fundamento ou simples questão prejudicial, indispensável à resolução do litígio principal, em torno da tutela do interesse público.

A declaração incidental de inconstitucionalidade na ação civil pública não faz coisa julgada material, pois se trata de controle difuso de constitucionalidade, sujeito ao critério do Supremo Tribunal Federal, via recurso extraordinário, subjetivo ao critério do Supremo Tribunal Federal, via recurso extraordinário, sen-

do insubstancial, portanto, a tese de que tal sistemática teria os mesmos efeitos da ação declaratória de inconstitucionalidade.”

(RESP 621.378/GO, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 15.09.2005, DJ 03.10.2005 p. 179)

“CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CÍVEL PÚBLICA. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE INCIDENTAR TANTUM. LEGITIMIDADE ATIVA. MINISTÉRIO PÚBLICO. TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA. DIREITOS DE CONTRIBUINTES.

1. A Ação Civil Pública voltada contra a ilegalidade de tributos não implica em via obliqua de controle concentrado de constitucionalidade.

2. A arguição de inconstitucionalidade de norma tributária municipal no âmbito de Ação Civil Pública é, in casu, incidental, porquanto nesses casos a questão da ofensa à Carta Federal tem natureza de “prejudicial”, sobre a qual não repousa o manto da coisa julgada.”

(AgRg no REsp 601.114/MG, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06.04.2004, DJ 16.05.2005 p. 238)

Admitida a incidência *plena* da coisa julgada sobre as questões prejudiciais decididas incidentalmente no plano coletivo (como ocorre nas verdadeiras hipóteses de *issue prelusion* do direito norte-americano, ou como ocorre, no direito brasileiro, nos casos de declaração incidental), estar-se-ia, indiretamente, contradizendo a *ratio* utilizada pelas decisões acima, com o eventual risco de estabelecer-se uma hipótese adicional de controle efetivamente concentrado de constitucionalidade, distinta daquelas estabelecida no texto constitucional em que a competência é originária do STF.

7. CONFLITOS ENTRE A SENTENÇA PROFERIDA NA AÇÃO CÍVEL PÚBLICA E O RESULTADO DE POSSÍVEIS AÇÕES INDIVIDUAIS: O ARTIGO 104 DO CDC E SEUS ERROS DE REMISSÃO. A HIPÓTESE DE CONTINÊNCIA

O último ponto a tratar acerca das alterações provocadas pelo CDC no regime da coisa julgada em ação civil pública diz respeito às relações entre demandas coletivas e individuais, reguladas pelo artigo 104 do Código.

Há, muito claramente, um erro crasso de remissão nesse artigo, segundo o qual “As ações coletivas, previstas nos incisos I e II do parágrafo único do art. 81, não induzem litigância para as ações individuais, mas os efeitos da coisa

52 V. Art. Pedegnini Grinover, *Comentários...*, p. 840-841. V. tb. Luiz Machado Guimaraes, estudos *ie.* Direito Processual Civil, Rio de Janeiro, 1969, p. 23 e José Carlos Barroso Moreira, “A sentença penal como título executório civil” in Rev. Dir. Pen., n. 4, 1971, p. 47.

53 É bom verdade que a redação do antigo Art. 1.525 do Código Civil caminhava, em matéria de aproveitamento da sentença penal no cível, no sentido inverso, isto é, apontava antes para uma hipótese de *collateral estoppel* que para um possível alargamento *opé legis* do objeto do processo: “A responsabilidade civil é independente da criminal; não se poderá, porém, questionar mais sobre a existência do fato, ou quem seja seu autor, quando estas questões se acharem decididas no crime.” Hoje esse dispositivo corresponde ao Art. 935 do Novo Código Civil.

julgada *erga omnes ou ultra partes* a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva.”

O artigo não faz sentido da forma em que está redigido, referindo-se primeiramente às hipóteses de direitos difusos e coletivos (incisos I e II do parágrafo único do Art. 81), ao tratar da litispendência, e depois à tutela de direitos coletivos e individuais homogêneos (incisos II e III), ao falar da suspensão do processo. Tal como redigido, ele dá a entender (i) que haveria relação de litispendência, *a contrario senu*, entre as ações coletivas para a tutela de direitos individuais homogêneos e as ações individuais correspondentes, o que contraria o sentido geral da lei e, por isso mesmo, já restou negado pela jurisprudência do STJ⁵⁴ e (ii) que, no caso de direitos difusos, não se aplicaria a regra de suspensão do processo para fins de aplicação do transporte *in utilibus* da coisa julgada, o que também não faz sentido, pois o tratamento dado à espécie para o caso de direitos coletivos deve-ria, pelas razões já mencionadas acima, ser o mesmo dedicado aos direitos difusos. O erro de remissão é, portanto, bastante claro. No entanto, não parece haver pleno acordo na literatura quanto à remissão que deveria, efetivamente, ter sido feita pelo texto legal.⁵⁵

Entre as várias possibilidades de que seria possível cogitar, a mais racional e simples parece ser aquela aventada por Antonio Gidi, no sentido de ler o *ambas as remissões* feitas pelo Art. 104 de maneira uniforme, remetendo, cada qual, a *todas as espécies* de direitos transindividuais. Dessa forma, o artigo resultaria em uma regra segundo a qual as ações coletivas não induzem, *em hipótese alguma*, litispendência para as ações individuais, e o aproveitamento individual da decisão coletiva exigiria, *em qualquer caso*, a suspensão voluntária do processo em até 30 dias da ciência pelo autor individual do curso da ação coletiva.

⁵⁴ “Deve ser afastada a alegada ocorrência de litispendência da ação individual com ação coletiva que visa ao reconhecimento de direitos individuais homogêneos. Com efeito, é pacífico o entendimento da Corte segundo o qual “a circunstância de existir ação coletiva em que se objetiva a tutela de direitos individuais homogêneos não obsta a proposta da ação individual” (ACREsp 240.1283/CE, Rel. Min. Felix Fischer, DJ de 02.05.2000). É firme a orientação desta colenda Turma no sentido da inexistibilidade da contribuição previdenciária sobre os valores percebidos pelos servidores públicos a título de fundo comissionada.” (REsp 640.007 /PE, Rel. Ministro Franciulli Neto, segunda turma, julgado em 19.08.2004, DJ 28.12.2005 p. 298). No mesmo sentido: REsp 175288/SP, REsp 160278/SP, REsp 153750/PE, REsp 147473/SC.

⁵⁵ V., a respeito das várias alternativas cogitadas pela doutrina: Antonio Gidi, *Coisa julgada e litispendência em Ações Coletivas*, São Paulo: Saraiva, 1995.

Essa solução mais simples carminha no sentido proposto acima de unificar o regime jurídico da coisa julgada em relação a todas as espécies de direitos transindividuais, o que se justifica pela ausência de notas características a cada um desses tipos de direito que justificasse um regime apartado. É, como já visto, a solução adotada pelo art. 12 do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, no que diz respeito à eficácia e autoridade da sentença coletiva. E, também, a solução propugnada pelo Anteprojeto no que diz respeito às relações entre demandas coletivas e individuais (cf. art. 6: A demanda coletiva não induz litispendência para as ações individuais em que sejam postulados direitos ou interesses próprios e específicos de seus autores, mas os efeitos da coisa julgada coletiva (...) não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da ciência efetiva da demanda coletiva nos autos da ação individual).

O Anteprojeto reproduz, de novo, aquilo que já *hoje* são as soluções mais adequadas à interpretação do vigente art. 104: (i) dizer ónus do réu informar o juiz da ação individual sobre a existência de demanda coletiva que pudesse gerar a suspensão, impondo-lhe, em caso de omissão, a desvantagem de ver o autor individual beneficiado mesmo em caso de rejeição da ação individual (§ 1º) e (ii) determinar que a suspensão do processo individual perdurará até o trânsito em julgado da sentença coletiva, sendo facultado ao autor requerer a retomada de seu curso a qualquer tempo, independentemente da autêncio do réu, hipótese em que não poderá mais beneficiar-se da sentença coletiva (§ 2º).

As soluções alvitradadas acima são todavia distintas do que propugna parte da doutrina, especialmente no que respeita ao tipo de relação existente entre as ações para tutela de direitos individuais homogêneos e as ações individuais de reparação de danos. Entre essas, Ada Pellegrini Grinover vê existir uma relação de *continência*, a ensejar a reunião dos processos individuais e coletivo (Art. 105 do CPC) ou, ao menos, sua suspensão por um ano, nos moldes do Art. 265, IV, (a) § 5º, do CPC.⁵⁶ Algo semelhante chegou a ser afirmado pelo Superior Tribunal de Justiça na seguinte ocasião (note-se que a decisão respectiva deixou de ordenar a reunião dos processos apenas por entender que a “eficácia territorial” da decisão coletiva não abarcaria o pedido individual formulado em outra comarca):

PROCESSO CIVIL – AÇÃO CÍVEL PÚBLICA – LITISPENDÊNCIA
- LIMITES DA COISA JULGADA.

⁵⁶ Cf. Ada Pellegrini Grinover, *Comentários... p. 866 e seguintes.*

1. A verificação da existência de litispendêncienseja indagação antecedente e que diz respeito ao alcance da coisa julgada. Conforme os ditames da Lei 9.494/97, “a sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator”.
2. As ações que têm objeto idêntico devem ser reunidas, inclusive quando houver uma demanda coletiva e diversas ações individuais, mas a reunião deve observar o limite da competência territorial da jurisdição do magistrado que proferiu a sentença.
3. Hipótese em que se nega a litispendênciaporque a primeira ação está limitada ao Município de Londrina e a segunda ao Município de Cascavel, ambos no Estado do Paraná.
4. Recurso especial provido.

(REsp 642.462/PR, Rel. Ministra ELENA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 08.03.2005, DJ 18.04.2005 p. 263)

Essa interpretação parece-me contrária, todavia, ao espírito geral do sistema de tutela coletiva, que (i) dá ao direito individual peso ainda considerável, impedindo que os mecanismos de tutela coletiva venham, via de regra, em seu prejuízo, ou possam dificultar ou impedir seu exercício e (ii) garantem ao consumidor a possibilidade de ajuizar a ação de indenização no foro de seu domicílio (cf. art. 101, I, do CDC).

Nesse sentido, na linha da jurisprudência já mencionada acima, que rejeita a ocorrência de litispendênciá (e portanto de continência) entre as ações individuais e as coletivas para tutela de direitos individuais homogêneos⁵⁷, é de se concluir pela autonomia diquelas em relação a estas.

Dante da regra inscrita na parte final do Art. 104, essa autonomia dá-se nas seguintes bases, no que respeita aos respectivos regimes de coisa julgada: (i) ocorrendo sentença de *improcedência* no plano coletivo, nem por isso ficará impedita a propositura *subsequente* de ações individuais versando a mesma situação material, sendo que, para estas, o julgado coletivo valerá, no máximo, como precedente desfavorável; (ii) ocorrendo sentença de *procedência* no plano coletivo, ela desse logo beneficiará os potenciais indivíduos que puderem dela aproveitar-se, caso estes não tenham, anteriormente, ajuizado ações individuais; (iii) sendo ajuizadas as ações individuais antes ou na concorrência da ação coletiva, tem o réu o ônus de informar no juízo individual acerca da existência desta última, sob pena de, não o fazendo, poder ser sobreposta a sentença coletiva de procedência à

• V. Comentários ao art. 21, da Lei de Ação Civil Pública

sentença individual de improcedência, ainda que esta última já tenha transrido em julgado; (iv) caso haja informação prestada pelo réu, e caso o autor venha a requerer em 30 dias a suspensão de seu processo, poderá ele beneficiar-se da desacção coletiva em caso de procedência, hipótese em que perderá o interesse para sua ação individual, ou (v) poderá ocorrer a *improcedência* da ação coletiva, hipótese em que terminará a suspensão do processo individual e prosseguirá ele até julgamento final, servindo o julgado coletivo, de novo, apenas como um precedente desfavorável e, finalmente, (vi) poderá o autor abster-se de requerer a suspensão de seu processo individual, hipótese em que este caminhará de forma totalmente independente do processo coletivo, não havendo, portanto, a possibilidade de transpor *te in utilibus* do eventual resultado favorável que neste último seja produzido.