



O GEN | Grupo Editorial Nacional – maior plataforma editorial brasileira no segmento científico, técnico e profissional – publica conteúdos nas áreas de concursos, ciências jurídicas, humanas, exatas, da saúde e sociais aplicadas, além de prover serviços direcionados à educação continuada.

As editoras que integram o GEN, das mais respeitadas no mercado editorial, construíram catálogos inigualáveis, com obras decisivas para a formação acadêmica e o aperfeiçoamento de várias gerações de profissionais e estudantes, tendo se tornado sinônimo de qualidade e seriedade.

A missão do GEN e dos núcleos de conteúdo que o compõem é prover a melhor informação científica e distribuí-la de maneira flexível e conveniente, a preços justos, gerando benefícios e servindo a autores, docentes, livreiros, funcionários, colaboradores e acionistas.

Nosso comportamento ético incondicional e nossa responsabilidade social e ambiental são reforçados pela natureza educacional de nossa atividade e dão sustentabilidade ao crescimento contínuo e à rentabilidade do grupo.

CÓDIGO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

*Comentado pelos
Autores do Anteprojeto*

DIREITO MATERIAL E PROCESSO COLETIVO
— VOLUME ÚNICO —

ADA PELLEGRINI GRINOVER
ANTÔNIO HERMAN DE V. E BENJAMIN
DANIEL ROBERTO FINK
JOSÉ GERALDO BRITO FILOMENO
KAZUO WATANABE
NELSON NERY JUNIOR
ZELMO DENARI

COLABORAÇÃO:
VICENTE GOMES DE OLIVEIRA FILHO
JOÃO FERREIRA BRAGA

12^a
edição
revista, atualizada e
reformulada

342.598-1
1990
C669
CBD
12.ED.



- A EDITORA FORENSE se responsabiliza pelos vícios do produto no que concerne à sua edição (impressão e apresentação a fim de possibilitar ao consumidor bem manuseá-lo e lê-lo). Nem a editora nem o autor assumem qualquer responsabilidade por eventuais danos ou perdas a pessoa ou bens, decorrentes do uso da presente obra.

Todos os direitos reservados. Nos termos da Lei que resguarda os direitos autorais, é proibida a reprodução total ou parcial de qualquer forma ou por qualquer meio, eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, fotocópia e gravação, sem permissão por escrito do autor e do editor.

Impresso no Brasil – *Printed in Brazil*

- Direitos exclusivos para o Brasil na língua portuguesa

Copyright © 2019 by

EDITORA FORENSE LTDA.

Uma editora integrante do GEN | Grupo Editorial Nacional

Travessa do Ouvidor, 11 – Térreo e 6º andar – 20040-040 – Rio de Janeiro – RJ

Tel.: (21) 3543-0770 – Fax: (21) 3543-0896

faleconosco@grupogen.com.br | www.grupogen.com.br

- O titular cuja obra seja fraudulentamente reproduzida, divulgada ou de qualquer forma utilizada poderá requerer a apreensão dos exemplares reproduzidos ou a suspensão da divulgação, sem prejuízo da indenização cabível (art. 102 da Lei n. 9.610, de 19.02.1998). Quem vender, expuser à venda, ocultar, adquirir, distribuir, tiver em depósito ou utilizar obra ou fonograma reproduzidos com fraude, com a finalidade de vender, obter ganho, vantagem, proveito, lucro direto ou indireto, para si ou para outrem, será solidariamente responsável com o contrafator, nos termos dos artigos precedentes, respondendo como contrafatores o importador e o distribuidor em caso de reprodução no exterior (art. 104 da Lei n. 9.610/98).

- Capa: Danilo Oliveira

- Fechamento desta edição: 04.09.2018

- **CIP – BRASIL. CATALOGAÇÃO NA FONTE.**
SINDICATO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS, RJ.

C61

Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto: direito material e processo coletivo: volume único / Ada Pellegrini Grinover... [et al.]; colaboração Vicente Gomes de Oliveira Filho e João Ferreira Braga. – 12. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

Inclui bibliografia

ISBN 978-85-309-8216-4

1. Brasil. [Código de Defesa do Consumidor (1990)]. 2. Defesa do consumidor - Legislação - Brasil. I. Grinover, Ada Pellegrini.

18-51398

CDU: 34:366(81)(094.4)

Meri Gleice Rodrigues de Souza – Bibliotecária CRB-7/6439

ÍNDICE GERAL

– Apresentação e estrutura da obra

– Prefácio à 1.ª edição

– Índice sistemático do Código de Defesa do Consumidor

– Introdução

(*Ada Pellegrini Grinover e Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin*)

I – Trabalhos de Elaboração – Anteprojeto de Código de Defesa do Consumidor

II – Visão geral do Código

– Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 – Código de Defesa do Consumidor – Comentada pelos Autores do Anteprojeto

– Bibliografia

– Anexo I – Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre Processos Coletivos

Os institutos fundamentais do processo coletivo na Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (*Ada Pellegrini Grinover e João Ferreira Braga*)

Capítulo IV DA COISA JULGADA (Comentários aos arts. 103 e 104)

Ada Pellegrini Grinover

1. A coisa julgada nas ações coletivas

O regime da coisa julgada oferece peculiaridades nas ações coletivas. E isso porque, de um lado, 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 coisa julgada *ultra partes*;¹ 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.²

Mas aqui é preciso distinguir.

Em primeiro lugar, diversas são as peculiaridades da coisa julgada em relação aos interesses coletivos e aos difusos (ver comentário ao art. 81, I e II). Nos primeiros, a autoridade da sentença pode ficar restrita aos componentes do grupo,

¹ Cf. Cappelletti, “Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile”, in *Riv. Dir. Proc.*, 1975; Denti, “Le azioni a tutela di interessi collettivi”, in *Riv. Dir. Proc.*, 1974.

² Cf. Monteleone, *I limiti soggettivi del giudicato civile*, Pádua, Cedam, 1978, ps. 146 e segs. e 155 e segs.; Luiso, *Principio del contraddittorio ed efficacia della sentenza verso i terzi*, Milão, Giuffrè, 1981, ps. 1 e segs. e 142 e segs. No Brasil, o fundamento constitucional da limitação da coisa julgada aos sujeitos do contraditório foi analisado, dentre outros, por Ada Pellegrini Grinover (*Eficácia e autoridade da sentença penal*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1978, ps. 59 e segs.), que pôs em realce a justificativa política da teoria de Liebman (*Efficacia e autorità della sentenza*, Milão, Giuffrè, 1962, ps. 99 e 110 e segs.).

perfeitamente identificáveis; e o portador dos interesses, legitimado à ação, age naturalmente dentro de limites mais circunscritos. É mais fácil, então, utilizar certas técnicas tradicionais, pelas quais os cotitulares são processualmente substituídos ou representados³ pela pessoa ou ente legitimado: é o que ocorre, até tradicionalmente, na declaração de nulidade das assembleias societárias, ou para a responsabilização dos diretores pelos atos nocivos ao patrimônio social; no condomínio, para que qualquer condômino aja contra outro, em mora nas contribuições; na família, para a tutela dos interesses comuns (interdição, anulação do casamento). Situações semelhantes ocorrem quando o sindicato é legitimado à ação coletiva trabalhista ou, para certas associações profissionais, quanto à legitimação para a defesa dos interesses dos associados. Quando, porém, se trata de interesses difusos, a dimensão do problema se torna mais vasta, na medida em que a impossibilidade prática de se determinarem os titulares dos interesses torna mais ampla a extensão da coisa julgada, operando efetivamente *erga omnes*.

Maiores cautelas ainda devem ser tomadas quanto às ações que deem tratamento coletivo a direitos individuais homogêneos. Aqui, o julgado negativo, que se opusesse a quem não foi parte na causa, poderia ferir mais fundo as situações jurídicas substanciais tuteladas pelo Direito.

Eram essas as dificuldades com que se deparava o legislador brasileiro, quando, em boa hora, entendeu enfrentar a questão da coisa julgada nas ações coletivas.

2. A extensão subjetiva da coisa julgada e a fórmula da *representatividade adequada*

É certo que a extensão da coisa julgada a quem não foi pessoalmente parte no processo, mas nele foi, na fórmula norte-americana,⁴ *adequadamente repre-*

³ Apesar de a doutrina manifestar-se preponderantemente, para grande parte dos casos descritos, pela substituição processual, existe uma poderosa tendência, mais atual, no sentido de reconhecer à entidade associativa legitimação ordinária às ações coletivas, sustentando que atuaria ela na persecução de seus próprios interesses institucionais: v. Vigoriti, *Interessi collettivi e processo*: la legittimazione ad agire, Milão, Giuffrè, 1979, ps. 145-50 e 273-4. No Brasil, a ideia, lançada por José Carlos Barbosa Moreira, "Notas sobre o problema da 'efetividade do processo'", in *Temas de Direito Processual*, São Paulo, Saraiva, 1984, vol. III, p. 35, foi acolhida por Kazuo Watanabe ("Tutela jurisdicional dos interesses difusos: a legitimação para agir", in *A tutela dos interesses difusos*, colet. coordenada por Ada Pellegrini Grinover, São Paulo, Max Limonad, 1984, ps. 90 e segs.) e por Ada Pellegrini Grinover, "Ações coletivas para a tutela do ambiente e dos consumidores", in *Novas tendências do Direito Processual*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1990, p. 154.

⁴ Rule nº 23-a das Federal Rules of Civil Procedure norte-americanas de 1966. A respeito da evolução jurisprudencial e legislativa em matéria de *class actions*, v. Taruffo, "I limiti soggettivi del giudicato e le class actions", in *Riv. Dir. Proc.*, 1969, ps. 618 e segs.

sentado pelo portador em juízo dos interesses metaindividuais ou dos direitos subjetivos coletivamente tratados, não seria, em última análise, uma verdadeira ampliação *ultra partes*. Já se observou que é justamente na ótica da *adequada representação* do conjunto de interessados que se podem resolver os problemas constitucionais da informação e do contraditório e de seus reflexos nos limites subjetivos da coisa julgada, porquanto os *adequadamente representados* não são propriamente *terceiros*.⁵

Com efeito, a cláusula norte-americana tem fundamento constitucional e pretende exatamente conciliar as garantias do devido processo legal com técnicas peculiares às ações coletivas. A parte ideológica leva a juízo o interesse metaindividual, representando concretamente a classe, que terá exercido seus direitos processuais por meio das garantias da defesa e do contraditório asseguradas ao representante. O mecanismo baseia-se na concepção de que o esquema representativo é apto a garantir aos membros da categoria a melhor defesa judicial, a ponto de afirmar-se que, nesse caso, o julgado não atuaria propriamente *ultra partes*, nem significaria real exceção ao princípio da limitação subjetiva do julgado, mas configuraria antes um novo conceito de representação substancial e processual, aderente às novas exigências da sociedade.⁶

O que vale frisar é que, assim como repugna às garantias constitucionais a sujeição, *ex post*, ao julgado de terceiros que permaneceram estranhos ao contraditório, se coaduna com elas a ideia de representação adequada dos interesses da categoria por parte de pessoas e sobretudo de entes exponenciais. Não só porque se reconhece que o esquema representativo é o mais idôneo para assegurar aos interessados a melhor defesa judiciária;⁷ mas sobretudo porque a orientação dominante é francamente no sentido da compatibilidade entre o devido processo legal e as técnicas dos limites subjetivos da coisa julgada nas ações coletivas.⁸ Reconhecida a complementaridade entre os interesses individual e social,⁹ também se indica a coincidência e solidariedade entre o processo constitucional e as modernas exigências de efetiva tutela jurisdicional dos direitos e interesses emergentes na sociedade de massa.¹⁰

⁵ Assim, expressamente, Monteleone, op. cit., ps. 171 e segs.

⁶ Id., op. et loc. cit., especialmente ps. 176-7.

⁷ Cf. Taruffo, op. et loc. cit., principalmente nota nº 175. No mesmo sentido, v. Carpi, *Lefficacia "ultra partes" della sentenza civile*, Milão, Giuffrè, 1974, p. 123.

⁸ Vigoriti, *Interessi collettivi e processo*, cit., ps. 271 e segs.

⁹ Monteleone, op. et loc. cit., ps. 176-7; Vigoriti, op. et loc. cit.

¹⁰ Cf. Ada Pellegrini Grinover, "As garantias constitucionais do processo nas ações coletivas", in *Novas tendências do Direito Processual*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1990, ps. 45 e segs., especialmente ps. 58-9.

Todavia, não se pode desconhecer que parte da doutrina ainda alimenta dúvidas quanto à superação, pela fórmula da representatividade adequada, do problema dos limites subjetivos do julgado, considerando artificial a ideia de os estranhos ao processo se considerarem, na prática, “adequadamente representados”, assim sujeitando-se a uma coisa julgada desfavorável, quando não tiveram a oportunidade de se manifestar sobre a “adequação”. A explicação pela “representatividade adequada” configuraria, nesse enfoque, uma verdadeira ficção.

3. A representatividade adequada no sistema brasileiro

Diante do que foi dito, e apesar da crítica por último formulada, é possível afirmar que o legislador poderia ter legitimamente determinado a extensão subjetiva do julgado, *ultra partes* ou *erga omnes*, sem qualquer exceção, desde que se tratasse de ações coletivas em que a adequação da representatividade fosse criteriosamente aferida. Lembre-se, a esse propósito, de que na *common law* a existência da *adequacy of representation* é analisada caso a caso pelo juiz, para verificação da *fair notice* do processo e do desenvolvimento da defesa da categoria com os necessários cuidados; além disso, o sistema norte-americano possibilita a exclusão do processo de quem não deseje submeter-se à coisa julgada.¹¹

Nas edições anteriores desta obra sustentamos que o sistema brasileiro não havia escolhido o caminho da “representatividade adequada”, satisfazendo-se com o critério legal da legitimação. Contudo, voltando ao estudo do tema, queremos parecer que a aferição, pelo juiz brasileiro, não é proibida, mas antes é recomendada pelo sistema, *de lege lata* (v. comentário nº 7a ao art. 82).

Será que o reconhecimento da possibilidade de aferição da representatividade adequada, pelo juiz brasileiro, nos animaria a sugerir, *de lege ferenda*, um regime de coisa julgada *erga omnes*, mesmo nos casos de improcedência da ação coletiva em defesa de interesses individuais homogêneos?

Não. Ainda é preferível o regime da coisa julgada *secundum eventum litis*, só para favorecer, mas não para prejudicar, as pretensões individuais: de contrário, teríamos de cair no regime do *opt out* do sistema das *class actions*, que tem oferecido, em sua aplicação, inúmeros problemas práticos. É o que se vê logo a seguir.

4. A opção do Código

Além dessa razão, outras circunstâncias desaconselhavam a transposição pura e simples, à realidade brasileira, do esquema norte-americano da coisa jul-

¹¹ Federal Rules of Civil Procedure de 1966, nº 23, c 2 e c 3. Trata-se da técnica que, em época mais recente, foi denominada *opt out*, pela qual quem opta por não ser abrangido pela coisa julgada é dela excluído, ficando os não optantes submetidos à regra da extensão subjetiva do julgado: sobre o *opt out* e o *opt in*, v. retro, comentário nº 1 ao Capítulo II do Título III.

gada nas *class actions*: a deficiência de informação completa e correta, a ausência de conscientização de enorme parcela da sociedade, o desconhecimento dos canais de acesso à justiça, a distância existente entre o povo e o Poder Judiciário, tudo a constituir gravíssimos entraves para a intervenção de terceiros, individualmente interessados, nos processos coletivos, e mais ainda para seu comparecimento a juízo visando à exclusão da futura coisa julgada.

Por outro lado, já se integrou à tradição jurídica brasileira, desde a Lei de Ação Popular (Lei nº 4.717, de 26 de junho de 1965) – passando pela Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985 (Lei de Ação Civil Pública) –, um regime da coisa julgada que até certo ponto pode ser qualificado como atuando *secundum eventum litis*, pelo menos nos casos de insuficiência de provas.¹²

Tudo aconselhava o legislador a dar mais um passo no mesmo caminho, consagrando corajosamente a extensão subjetiva do julgado *secundum eventum litis*. Foi o que fez.

5. A coisa julgada *secundum eventum litis*

A reestruturação dos esquemas processuais, indispensável à tutela jurisdicional dos interesses metaindividuais, passa pela revisão das posições clássicas contrárias à coisa julgada *secundum eventum litis*: aliás, já Allorio observava que o princípio não merecia as críticas que lhe eram movidas, embora reconhecesse que as exceções à proibição deviam resultar de lei;¹³ mais recentemente, G. Pugliese preconizou que a extensão do julgado *secundum eventum litis* fosse tomada em séria consideração.¹⁴ É esta também a posição de Carpi.¹⁵

Não se desconhecem os argumentos que ainda se levantam contra a coisa julgada *secundum eventum litis*, quando a extensão subjetiva do julgado só for utilizada para os casos de acolhimento da demanda. Vigoriti e Luiso observaram que a não oponibilidade do julgado negativo frustraria a necessidade de uniformização das decisões nas ações coletivas, além de impor um desequilíbrio às partes e um excessivo ônus ao réu, obrigado a repetir sua defesa, sem poder opor a eficácia de um julgado a ele favorável.¹⁶ Barbosa Moreira apontou a falta denunciada por Schwab, podendo levar a coisas julgadas contraditórias (a

¹² 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, ps. 110 e segs., principalmente p. 123.

¹³ Allorio, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milão, Giuffrè, 1935, p. 272.

¹⁴ G. Pugliese, “Giudicato civile (dir. vig.)”, in *Enciclopedia del Diritto*, Milão, Giuffrè, 1969, vol. XVIII, p. 889.

¹⁵ Carpi, op. cit., ps. 347 e segs., com nota nº 128.

¹⁶ Vigoriti, op. cit., p. 112; Luiso, op. cit., p. 210, nota nº 319.

primeira, negativa para um colegitimado; a segunda, se procedente a ação, com eficácia *erga omnes*, abrangendo também o primeiro, que perdeu a demanda).¹⁷

Mas é possível responder a essas críticas.

Em primeiro lugar, note-se que o contraditório não é sacrificado pela técnica do julgado *secundum eventum*, uma vez que o demandado na ação coletiva integrou a relação processual, sendo até de se supor que pela magnitude da lide tenha concentrado todos os seus esforços no exercício da defesa; pelo contrário, na técnica da pura e simples extensão subjetiva dos efeitos da coisa julgada, o mesmo não se pode dizer em relação aos que em juízo tenham porventura sido inadequadamente *representados*. Por outro lado, parece claro que demandas sucessivas, a título individual, só teriam alguma *chance* de êxito em casos excepcionais, que são justamente aqueles que levam a propugnar a adoção da coisa julgada *secundum eventum litis*.

Quanto ao desequilíbrio entre as partes, que se caracterizaria em termos de *chances* diversas, note-se que o prejuízo é mais teórico do que prático, uma vez que o réu da ação coletiva entra no processo sabendo que, se ganhar, só ganhará com relação ao autor coletivo mas, se perder, perderá com relação a todos. Mas o que importa realçar é que, na técnica do Código do Consumidor, a sentença da ação coletiva, que beneficiará as pretensões individuais, só reconhece o dever genérico de indenizar, dependendo ainda cada litigante de um processo de liquidação, e portanto de conhecimento, em que haverá ampla cognição e completa defesa do réu não só sobre o *quantum debeat*, mas também quanto à própria existência do dano individual e do nexó etiológico com o prejuízo globalmente causado (*an debeat*). (Ver, sobre a liquidação da sentença coletiva para as reparações individuais, comentário nº 1 ao art. 97.)

Na verdade, era preciso fazer uma opção entre duas alternativas possíveis: de um lado, a coisa julgada *erga omnes*, estendendo sua eficácia, independentemente do resultado do processo, a quem não integrou a relação processual e só foi artificialmente “representado” pelo portador em juízo dos interesses coletivos. Do outro, um certo desequilíbrio das partes, apenas em termos de *chances*, temperado ao máximo pelo fato de que, em cada liquidação para a apuração dos danos pessoais, o contraditório se restabelece por inteiro, discutindo-se amplamente a pretensão indenizatória de cada um.

Não se podia olvidar, na escolha, das advertências feitas quanto aos riscos da legitimação concorrente e disjuntiva, dentre os quais o da colusão entre um dos colegitimados e o réu, no intuito mesmo de formar uma coisa julgada negativa, oponível a todos.¹⁸

¹⁷ Barbosa Moreira, op. cit., ps. 122-123.

¹⁸ V. Proto Pisani, “Appunti preliminari per uno studio sulla tutela giurisdizionale degli interessi collettivi o diffusi”, in *Diritto e giurisprudenza*, vol. 89, nº 6, p. 808. A advertência é retomada

Além disso, para uma escolha correta, era preciso colocar em confronto os prejuízos, mais ou menos graves, decorrentes das duas alternativas: aqui não é difícil verificar que, pela primeira, os danos advindos aos particulares seriam reais e efetivos, enquanto, na segunda, o eventual desequilíbrio, decorrente de uma mera diferença de *probabilidades*, não teria efeitos concretos, por serem os indivíduos beneficiados apenas pelo reconhecimento do dever de indenizar, tendo ainda que provar, em contraditório com o réu, a existência do dano pessoal, além de seu montante. Ademais, em termos de valores constitucionais, na primeira hipótese, a coisa julgada *ultra partes* prejudicaria irremediavelmente o contraditório, enquanto a segunda poderia ser facilmente reconduzida às técnicas que, com frequência, induzem o legislador a tomar medidas que aparentemente beneficiam uma das partes, em homenagem mesmo ao princípio da igualdade real, pelo que na verdade mais se restabelece, do que se infringe, a paridade.

Passando à segunda crítica, relativa ao risco de coisas julgadas contraditórias, deve-se dizer que a solução do Código evita os inconvenientes apontados, porquanto, em caso de derrota do autor coletivo, reserva a via às demandas posteriores somente a pessoas físicas, em caráter individual. A demanda não poderá ser repetida a título coletivo, e a coisa julgada que se formar nas ações individuais terá seus efeitos normalmente restritos às partes. Ademais, no eventual conflito de coisas julgadas que se formar entre a decisão favorável da demanda coletiva e a desfavorável, no processo individual, o art. 104 resolve expressamente o problema, pela exclusão do demandante individual, que não requereu a suspensão de seu processo, da coisa julgada coletiva (v. *infra*, comentários nºs 4, 5 e 6 ao art. 104).

Assim, no juízo de valor que antecedeu à escolha do legislador, verificava-se que a extensão da coisa julgada a terceiros, que não foram pessoalmente parte do contraditório, ofereceria riscos demasiados, calando fundo nas relações intersubjetivas, quando se tratasse de prejudicar direitos individuais; além disso, o esquema brasileiro da legitimação poderia suscitar problemas de constitucionalidade, na indiscriminada extensão subjetiva do julgado, por infringência ao contraditório. Foi por isso que o Código de Defesa do Consumidor agasalhou o regime da extensão da coisa julgada a terceiros, que não foram parte do processo, apenas para beneficiá-los. É a coisa julgada, *ultra partes* ou *erga omnes*, em caso de procedência da demanda, mantida a faculdade de os interessados, a título individual, ajuizarem sua ação pessoal, em caso de sentença desfavorável ao autor coletivo. Tudo, ainda, com o temperamento da inexistência de coisa julgada, na hipótese de rejeição da demanda coletiva, por insuficiência de provas.

por Barbosa Moreira (op. cit., p. 118), que entende o perigo sensivelmente atenuado pela técnica brasileira da intervenção obrigatória do Ministério Público. Lembre-se, porém, de que nas ações coletivas o MP pode ser autor, ficando sua atuação sem controle.

A solução da lei leva em conta todas as circunstâncias apontadas, visando a harmonizar a índole da coisa julgada nas ações coletivas e sua necessária extensão a terceiros com as garantias do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, incs. LIV e LV da CF), as quais obstam a que o julgado possa desfavorecer aquele que não participou da relação jurídico-processual, sem o correlato, efetivo controle sobre a *representatividade adequada* e sem a segurança da efetiva possibilidade de utilização de técnicas de intervenção no processo e de exclusão da coisa julgada.

5.1. Efeitos da sentença coletiva nos juízos individuais: a ampliação do objeto do processo

Quando o Código determina a extensão subjetiva do julgado para beneficiar terceiros, transportando às ações individuais a sentença coletiva favorável, outra inovação ocorre: a ampliação, *ope legis*, do objeto do processo, para incluir na coisa julgada a decisão sobre o dever de indenizar.

Trata-se de fenômeno conhecido, mas até agora restrito, no nosso ordenamento, aos efeitos civis da sentença penal condenatória: nos termos do art. 91, I, CP, a condenação penal torna certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime, passando-se desde logo à liquidação e execução da sentença no juízo civil (arts. 63, CPP, e 515 do NCPC, correspondente ao art. 475-N, II, do CPC/1973). Exatamente o mesmo fenômeno ocorre agora, por força do Código de Defesa do Consumidor, quanto à sentença favorável coletiva, a ser imediatamente liquidada e executada com relação aos danos sofridos pelas pessoas individualmente lesadas.

Analizando a questão no âmbito das relações interjurisdicionais, Liebman entendeu que as normas italianas, correspondentes às brasileiras, regulariam uma verdadeira autoridade do julgado penal no processo civil.¹⁹ E disse mais, que a eficácia da sentença penal, nesse caso, seria vinculante para o juiz civil, com relação a algumas *questões de fato e de direito, comuns* ao processo penal e ao conexo processo civil de reparação.²⁰ Nesse enfoque, criticava o mestre um sistema, em que a autoridade do julgado penal, transportada ao processo civil, não respeitaria ao pronunciamento sobre o objeto do processo, mas sim a algumas das premissas lógicas do mesmo pronunciamento, operando para a composição de uma lide diversa e deixando indiscutíveis algumas questões que constituem o antecedente lógico da sentença penal.²¹

¹⁹ Liebman, "A eficácia da sentença penal no processo civil", trad. de Ada Pellegrini Grinover, publicado na 2ª edição brasileira da Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1981, ps. 256 e segs., especialmente p. 262.

²⁰ Id., op. et loc. cit., ps. 263-4. Grifos do texto.

²¹ Id., ibid., p. 264.

Machado Guimarães, porém, procedeu a outra construção, que não afasta o princípio tradicional da inaptidão das questões de fato para se revestirem da autoridade da coisa julgada: o art. 1.525 do CC de 1916²² (correspondente ao art. 935 do CC de 2002²³) consagraria um tipo de *eficácia preclusiva* não identificável com a coisa julgada.²⁴ Já José Carlos Barbosa Moreira, apoiado em José Frederico Marques, arrolou a exequibilidade civil da sentença penal entre os chamados *efeitos secundários* desta sentença.²⁵ E, finalmente, numa outra visão, pode-se afirmar que a lei opera a ampliação do objeto do processo (penal), para nele incluir o julgamento implícito sobre o dever de indenizar, tornando-se a questão indiscutível em outros processos.

Seja como for, e qualquer que seja a explicação científica que se lhe dê (eficácia preclusiva, efeito secundário da sentença, ou ampliação do objeto do processo coletivo, para que o julgado inclua o pronunciamento sobre o dever de indenizar, *ope legis*), trata-se de fenômeno bem conhecido, agora incorporado ao Código do Consumidor, mercê do transporte, *in utilibus*, do julgado da ação coletiva para as ações individuais de responsabilidade civil.

5.2. Litispêndência, continência e coisa julgada

O capítulo ainda inclui norma sobre a litispêndência, descartando sua incidência no cotejo entre as ações coletivas em defesa de interesses difusos e coletivos e as propostas a título individual. A regra é decorrência dos princípios do art. 337 do NCPC (correspondente ao art. 301 do CPC/1973), que exige, para a caracterização do fenômeno, a identidade de partes, causa de pedir e objeto.

Mas a expressa aplicação da regra é acompanhada por uma inovação, qual seja, a faculdade conferida ao autor individual, que *pode* requerer a suspensão do processo intentado a título pessoal, de usufruir dos benefícios da eventual sentença coletiva favorável. Na hipótese de a ação individual prosseguir em seu curso, porém, não haverá aproveitamento da coisa julgada coletiva, numa expressa exceção à regra geral do Código do Consumidor sobre a extensão subjetiva do julgado, *in utilibus*.

²² Reza o dispositivo: "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."

²³ Reza o dispositivo: "A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal".

²⁴ Luiz Machado Guimarães, *Estudos de Direito Processual Civil*, Rio de Janeiro, 1969, p. 23, nota nº 50.

²⁵ José Carlos Barbosa Moreira, "A sentença penal como título executório civil", in *Rev. Dir. Pen.*, nº 4, out./dez. 1971, ps. 47 e segs.

Quanto às ações coletivas em defesa de interesses individuais homogêneos ressarcitórias dos danos pessoalmente sofridos, em confronto com as indenizatórias individuais, aplicar-se-ão à espécie as normas do Código de Processo Civil sobre continência e reunião de processos, ou prejudicialidade e suspensão, bem como as regras da extensão, *in utilibus*, da coisa julgada estabelecidas pela nova lei.

5.3. Novas questões sobre a coisa julgada

Nas últimas edições desta obra já havíamos inserido comentários sobre novas questões atinentes à coisa julgada, como a aparente limitação da coisa julgada de caráter nacional, pela Lei nº 9.494/97 (comentários nºs 2a e 2b ao art. 103), e a questão do controle da constitucionalidade nas ações coletivas de índole nacional (comentário nº 2c ao mesmo artigo).

A partir da 9ª edição, novas questões sobre a coisa julgada foram levantadas, quais sejam: a da coisa julgada *secundum eventum probationis* (comentário nº 3a ao art. 103, I e II) e a do regime da coisa julgada na ação coletiva passiva, movida contra o grupo (comentário nº 10a ao art. 103).

Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este Código, a sentença fará coisa julgada: [1]

I – *erga omnes*, [2][2a][2b] exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81; [3][3a]

II – *ultra partes*, [2][2a][2b] 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; [3a][6]

III – *erga omnes*, [2][2a][2b][2c] 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. [7]

§ 1º Os efeitos da coisa julgada previstos nos incisos I e II não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe. [4][5]

§ 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. [7]

§ 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 in-

denização 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. [8]

§ 4º Aplica-se o disposto no parágrafo anterior à sentença penal condenatória. [9][9a]

COMENTÁRIOS

[1] A COISA JULGADA NAS AÇÕES COLETIVAS. ABRANGÊNCIA DA DISCIPLINA – O art. 103 contém toda a disciplina da coisa julgada nas ações coletivas, seja definindo seus limites subjetivos (o que equivale a estabelecer quais as entidades e pessoas que serão alcançadas pela autoridade da sentença passada em julgado), seja determinando a ampliação do objeto do processo da ação coletiva, mediante o transporte, *in utilibus*, do julgado coletivo às ações individuais.

Muito embora o dispositivo se refira às “ações coletivas de que trata este Código”, na realidade sua abrangência é maior. Com efeito, é certo que o veto presidencial recaiu sobre o art. 89 do Código, que determinava a aplicabilidade de todas as suas normas processuais a outros direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos (v. o comentário ao art. 89). Mas é igualmente certo que permaneceu íntegro o art. 117 do Código, o qual acrescenta o novo art. 21 à Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985 – a denominada Lei de Ação Civil Pública –, determinando a aplicação, à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, dos dispositivos do Título III do Código do Consumidor (v. comentário ao art. 117).

Ademais, é oportuno lembrar que o art. 110 do Código acrescentou o inc. IV ao art. 1º da Lei nº 7.347/85, estendendo a abrangência desta a *qualquer outro interesse difuso ou coletivo* (v. comentário ao referido dispositivo). Daí por que os dispositivos processuais do Código se aplicam, no que couber, a todas as ações em defesa de interesses difusos, coletivos, ou individuais homogêneos, coletivamente tratados.

Isso significa que a disciplina da coisa julgada, contida no art. 103, rege as sentenças proferidas em qualquer ação coletiva, pelo menos até a edição de disposições específicas que venham disciplinar diversamente a matéria. Assim, por exemplo, a coisa julgada na ação coletiva a que foi legitimado o sindicato, nos termos do art. 8º, inc. III, da CF, que ainda não encontrou assento próprio na legislação específica, deverá reger-se pelo estatuído no Capítulo IV do Título III do Código. O mesmo ocorre com as ações promovidas por entidades associativas em defesa dos interesses coletivos de seus filiados (art. 5º, inc. XXI, da CF)

[O STF, em recente julgamento, no Recurso Extraordinário 612.043-PR, relatado pelo Min. MARCO AURÉLIO, entendeu que a associação, quando propõe ação coletiva com base no art. 5º, XXI, da CF, age na condição de representante dos associados, e por isso “a eficácia subjetiva da coisa julgada, formada a partir de ação coletiva, de rito ordinário, ajuizada por associação civil na defesa de interesses dos associados, somente alcança os filiados residentes no âmbito da jurisdição do órgão julgador, que o fossem em momento anterior ou até a data da propositura da demanda, constantes da relação juntada à inicial do processo de conhecimento”] e com as ações das comunidades e organizações indígenas em defesa dos interesses dos índios (art. 232 da CF).

Em relação ao mandado de segurança coletivo, a disciplina do art. 22 da Lei nº 12.016, de 17 de agosto de 2009, destoa completamente da solução dada pelo CDC, ao afirmar: “No mandado de segurança coletivo, a sentença fará coisa julgada limitadamente aos membros do grupo ou da categoria substituídos pelo impetrante.” Para ser coerente com o minissistema brasileiro de processos coletivos, quando se tratasse de direitos individuais homogêneos, a coisa julgada desfavorável do mandado de segurança coletivo não deveria impedir que os membros do grupo, categoria ou classe de pessoas ajuizassem ações individuais para a defesa de seus direitos.

Ainda para o mandado de segurança coletivo, uma peculiaridade interessante quanto à coisa julgada: a incidência da regra dos incs. I e II do art. 103, atinente à inexistência de coisa julgada em caso de improcedência por *insuficiência de provas* (v. *infra*, comentários nºs 3 e 6 aos incs. I e II do art. 103), verificar-se-á sempre que a segurança for rejeitada por inexistir a liquidez e certeza do direito; confirma-se assim, também pelo sistema do Código, a orientação jurisprudencial segundo a qual, nesse caso, não fica impedida ao impetrante a renovação da segurança, desde que baseada em nova prova documental que configure a liquidez e certeza do direito. Ver também o art. 6º, § 6º, da Lei nº 12.016/2009.

[2] O ALCANCE DA COISA JULGADA *ERGA OMNES* E *ULTRA PARTES* – O regime geral dos limites subjetivos da coisa julgada, traçado pelo CDC, é de sua extensão *erga omnes* ou *ultra partes*, com as peculiaridades que serão vistas a seguir.

Isto demandou, desde logo, que se atentasse para a amplitude de uma coisa julgada que verdadeiramente atuasse *erga omnes* ou *ultra partes*, nos termos da lei.

De início, os tribunais não perceberam o verdadeiro alcance da coisa julgada *erga omnes*, limitando os efeitos da sentença e das liminares segundo critérios de competência. Logo afirmamos não fazer sentido, por exemplo, que ações em defesa dos interesses individuais homogêneos dos pensionistas e aposentados da Previdência Social ao recebimento da diferença de 147% fossem ajuizadas nas capitais dos diversos Estados, a pretexto dos limites territoriais dos diversos órgãos da

justiça federal. O problema não é de competência: o juiz federal, competente para processar e julgar a causa, emite um provimento (cautelar ou definitivo) que tem eficácia *erga omnes*, abrangendo todos os aposentados e pensionistas do Brasil. Ou a demanda é coletiva, ou não o é; ou a coisa julgada é *erga omnes*, ou não o é. E se o pedido for efetivamente coletivo, haverá uma clara relação de litispendência entre as várias ações ajuizadas nos diversos Estados da Federação.

Por isso, sustentamos que a limitação operada por certos julgados afronta o art. 103, CDC, e despreza a orientação fornecida pelo art. 91, II, por onde se vê que a causa que verse sobre a reparação de danos de âmbito nacional ou regional deve ser proposta no foro da capital do Estado ou no Distrito Federal, servindo, evidentemente, a decisão para todo o território nacional. Esse dispositivo aplica-se aos demais casos de interesses que alcancem grupos e categorias de indivíduos, mais ou menos determináveis, espalhados pelo território nacional (ver, *supra*, comentário nº 5 ao art. 93).

Por isso mesmo, rigorosamente acertado foi o voto do min. relator Ilmar Galvão, no Conflito de Competência nº 971-DF, julgado pela 1ª Seção do STJ aos 13.2.90, reconhecendo a prevenção da competência da 30ª Vara Federal do Rio de Janeiro para conhecer e julgar ação civil pública visando a proibir a mistura e distribuição de metanol adicionado ao álcool para venda ao consumidor, em todo o território nacional, em relação a causa com o mesmo objeto tentada perante a justiça federal do DF. Reconhecida a conexão e a prevenção da competência da justiça federal do Rio de Janeiro – que havia inclusive concedido medida liminar –, afirmava o ministro relator:

“Meditei detidamente quanto à possibilidade de admitir-se que uma decisão de juízo monocrático, da natureza da que se busca nas ações em tela, possa estender seus efeitos para além dos limites do território onde exerce ele sua jurisdição, não tendo encontrado nenhum princípio ou norma capaz de levar a uma conclusão negativa.

A regionalização da justiça federal não me parece que constitua óbice àquele efeito, sendo certo que, igualmente, no plano da justiça estadual, nada impede que uma determinada decisão proferida por juiz com jurisdição num Estado projete seus efeitos sobre pessoas domiciliadas em outro.

Avulta, no presente caso, tratar-se de ações destinadas à tutela de interesses difusos..., não sendo razoável que, v.g., eventual proibição de emanções tóxicas seja forçosamente restrita a apenas uma região, quando todas as pessoas são livres para nela permanecer ou transitar, ainda que residam em outra parte.”

O voto do relator foi acompanhado pelos ministros José de Jesus e Geraldo Sobral, mas prevaleceu no tribunal a posição do ministro Vicente Cernicchiaro, que entendeu deverem os processos desenvolver-se separadamente, com eficácia das respectivas decisões na jurisdição de cada juízo.

Essa decisão, anterior ao Código de Defesa do Consumidor, ainda marcou a posição de muitos tribunais, que limitaram a abrangência da coisa julgada *erga*

omnes ou *ultra partes* em função das regras de competência. A postura chegou a influir na formulação de alguns pedidos, que se cingiram, de acordo com a referida orientação, ao âmbito territorial coberto pelas regras de regionalização dos tribunais brasileiros.

Em outros casos, porém, continuaram os autores a postular corretamente em termos mais abrangentes, pleiteando e obtendo liminares com extensão para todo o território nacional. E em diversos processos a sentença condenatória de primeiro grau começou a não fazer restrições territoriais à amplitude da coisa julgada *erga omnes*.²⁶

Aos poucos, a jurisprudência foi se solidificando no sentido de a coisa julgada *ultra partes* ou *erga omnes* transcender o âmbito da competência territorial, para realmente assumir dimensão regional ou nacional.

A título meramente exemplificativo, vale lembrar algumas decisões de caráter nacional.

O Tribunal Regional Federal da 3ª Região manteve a liminar do juízo da 17ª Vara de São Paulo, em tema de cessação da cobrança de tarifas bancárias, autorizadas pelo Banco Central, em contas de poupança inativas ou não recadastradas, com eficácia para o território nacional.²⁷

Também a justiça federal da Seção do Estado de Mato Grosso, em primeira instância, beneficiou servidores federais inativos de todo o País, concedendo liminares em matéria de proventos para reconhecer a inexigibilidade da contribuição social e determinar à União que não procedesse ao lançamento de débitos em contas de poupança ativas, inativas ou não recadastradas.²⁸

Em assunto ligado ao sistema financeiro, atinente à atualização dos saldos devedores pelo INPC e não pela TR, a justiça federal de Mato Grosso concedera liminares visando à suspensão da aplicação da TR como índice de correção monetária

²⁶ Assim, por exemplo, o IDEC teve ganho de causa em primeiro grau de jurisdição com relação ao pagamento por instituições financeiras, "aos seus aplicadores em caderneta de poupança", sem qualquer restrição, da diferença entre os rendimentos creditados e os efetivamente devidos no mês de janeiro de 1989 (30ª Vara Cível de São Paulo, Proc. nº 594/93; 28ª Vara Cível de São Paulo, Proc. nº 72/93). Em outra demanda de nível nacional do IDEC contra a União, visando à restituição do empréstimo compulsório sobre a venda do álcool e gasolina, o TFR-2ª Região, ao reconhecer a legitimação do IDEC, negada em primeiro grau, não levantou objeções ao pedido de âmbito nacional (Proc. nº 92.0056114-4, da 15ª Vara Federal de São Paulo, que encerrou o processo sem julgamento do mérito).

²⁷ Agravo nº 96.03.064677-6, 3ª Turma, rel. Annamaria Pimentel, v.u., 30.10.96. O relatório destaca que os efeitos de uma decisão ou sentença não se confundem com a fatia de competência do juízo que a proferiu.

²⁸ Proc. nº 96.003183-5 da 1ª Vara e Proc. nº 96.0003379-0/7100 da 3ª Vara, liminares de 21.6.96 e 20.9.96, respectivamente. Nesta última decisão o magistrado utiliza o argumento de que o juiz federal teria jurisdição afeta a todo o território nacional, o que se distancia de nossa linha de raciocínio.

em todos os contratos habitacionais, substituindo-a pelo INPC, com fornecimento de demonstrativos dos saldos devedores e informação aos mutuários.²⁹ Na referida matéria, atuara do mesmo modo a 10ª Câmara do Primeiro Tribunal de Alçada do Estado de São Paulo, em ação civil pública ajuizada pelo IDEC perante a justiça estadual,³⁰ provocando Reclamação ao Supremo Tribunal Federal, ajuizada pelo Banco Mercantil de São Paulo, em que o relator, min. Carlos Velloso, suspendeu liminarmente a decisão do Tribunal Estadual, reportando-se a precedentes em que o STF já havia concedido liminares no mesmo sentido,³¹ por entender existir o *fumus boni iuris* no sentido de a ação civil pública, de âmbito nacional, fundada na inconstitucionalidade, transformar-se numa declaração de inconstitucionalidade, com usurpação da competência do STF.³² No mérito, contudo, várias reclamações foram julgadas improcedentes, por ter a inconstitucionalidade sido arguida *incidenter tantum*, embora a sentença tivesse eficácia *erga omnes*.³³

Certamente, foram situações como essas, contrárias aos interesses fazendários, que motivaram o Poder Executivo a incluir, na malfadada Medida Provisória nº 1.570, de 26 de março de 1997,³⁴ transformada na Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997, a norma do art. 3º, que pretendeu restringir os efeitos da sentença *erga omnes* aos limites territoriais da competência. É o que se passa a analisar.

[2a] A COISA JULGADA E A LEI Nº 9.494, DE 10 DE SETEMBRO DE 1997 – O Executivo, acompanhado pelo Legislativo, foi duplamente infeliz.

Em primeiro lugar, 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 sobrecarregar os tribunais, exigindo múltiplas respostas jurisdicionais quando uma só poderia ser suficiente. No momento em que o sistema brasileiro busca saídas até

²⁹ Procs. nºs 96.2838-9 (1ª Vara, liminar de 4.9.96) e 96.0002974-1/7100 (3ª Vara, liminar de 26.9.96), sendo diversos os bancos acionados juntamente com a União Federal. Ambas as decisões aludem à competência concorrente e opcional do Distrito Federal.

³⁰ Ac. nº 581.942-1.

³¹ As liminares haviam sido concedidas pelo juízo federal da 1ª Vara de Minas Gerais (Recls. nºs 559, 564 e 557-MG).

³² Reclamação nº 601-8/SP, in DJU de 7.5.96, p. 14.584.

³³ RCL nº 597-SP (rel. para o ac. min. Néri da Silveira), RCL nº 600-SP (mesmo rel.), RCL nº 602-SP (rel. min. Ilmar Galvão), j. 3.9.97, in Informativo nº 82, Brasília, 1 a 5.9.97.

³⁴ Em ação direta de inconstitucionalidade ajuizada contra a medida provisória, o Supremo Tribunal Federal concedeu medida liminar exclusivamente para suspender a eficácia do art. 2º, que exige caução para a concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública.

nos precedentes vinculantes, o menos que se pode dizer do esforço redutivo do Executivo é que vai na contramão da história.

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 deste, acreditou que seria suficiente modificar o art. 16 da Lei nº 7.347/85 para resolver o problema. No que se enganou redondamente. Na verdade, o acréscimo introduzido ao art. 16 da LACP é ineficaz.

Senão, vejamos.

Já foi exposta à saciedade a necessidade de se lerem de maneira integrada os dispositivos processuais do Código de Defesa do Consumidor e as normas da Lei de Ação Civil Pública, por força do disposto no art. 90 daquele e no art. 21 desta.

Desse modo, o art. 16 da LACP, na redação que lhe foi dada pela Medida Provisória, não pode ser interpretado sem levar em consideração os arts. 93 e 103 do CDC.

Reza o art. 16, alterado pela Lei nº 9.494/97:

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

Mas o dispositivo há de ser lido em conjunto com os três incisos do art. 103, que permaneceram inalterados.

Percebe-se, pela análise conjunta dos mencionados artigos, que o art. 16 da LACP só diz respeito ao regime da coisa julgada com relação aos interesses difusos (e, quando muito, coletivos), pois a regra permissiva do *non liquet*, por insuficiência de provas, é limitada aos incs. I e II do art. 103, relativos exatamente aos interesses transindividuais supra-apontados. Na verdade, a regra do art. 16 da LACP só se coaduna perfeitamente com o inc. I do art. 103, que utiliza a expressão *erga omnes*, enquanto o inc. II se refere à coisa julgada *ultra partes*. Assim sendo, a nova disposição adapta-se exclusivamente, em tudo e por tudo, à hipótese de interesses difusos (art. 103, I), já indicando a necessidade de operação analógica para que também o art. 103, II (interesses coletivos), se entenda modificado. Mas aqui a analogia pode ser aplicada, uma vez que não há diferenças entre o regime da coisa julgada nos interesses difusos e coletivos.

No entanto, completamente diverso é o regime da coisa julgada nos interesses individuais homogêneos (inc. III do art. 103), em que o legislador adotou sistema próprio, revelado pela redação totalmente distinta do dispositivo: a uma, porque a coisa julgada *erga omnes* só atua em caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores; a duas, porque para esse grupo

de interesses o legislador não adotou a técnica da inexistência de coisa julgada para a sentença de improcedência por insuficiência de provas.

Resulta daí que não se pode dar por modificado o art. 103, III, do CDC, por força do acréscimo introduzido no art. 16 da LACP, nem mesmo pela interpretação analógica, porquanto as situações reguladas nos dois dispositivos, longe de serem semelhantes, são totalmente diversas.

Aliás, nem assim poderia deixar de ser: a Lei nº 7.347, de 1985, só disciplina a tutela jurisdicional dos interesses difusos e coletivos, como se vê pelo próprio art. 1º (inc. IV) e pelo fato de a indenização pelo dano causado destinar-se ao Fundo por ela criado, para a reconstituição dos bens – indivisíveis – lesados (art. 13). A criação da categoria dos interesses individuais homogêneos é própria do Código de Defesa do Consumidor e deles não se ocupa a lei, salvo no que diz respeito à possibilidade de utilização da ação civil pública para a defesa de interesses individuais homogêneos, *segundo os esquemas* do CDC (art. 21 da LACP).

Disso tudo resulta uma primeira conclusão: o art. 16 da Lei nº 7.347/85, em sua nova redação, só se aplica ao tratamento da coisa julgada nos processos em defesa de interesses difusos e coletivos, podendo-se entender modificados apenas os incs. I e II do art. 103 do CDC. Mas nenhuma relevância tem com relação ao regime da coisa julgada nas ações coletivas em defesa de interesses individuais homogêneos, regulado exclusivamente pelo inc. III do art. 103 do CDC, que permanece inalterado.

E, paradoxalmente, é justamente no campo da tutela jurisdicional dos interesses individuais homogêneos que a jurisprudência vinha admitindo com maior firmeza a abrangência em nível nacional da coisa julgada *erga omnes* (v. *supra*, nº 2), provocando a reação do Executivo.

Mas há mais. Ineficaz, pelas razões expostas, com relação à coisa julgada nas ações em defesa de interesses individuais homogêneos, o acréscimo introduzido pela medida provisória ao art. 16 da LACP é igualmente inoperante, com relação aos interesses difusos e coletivos. Já agora por força da alusão à competência territorial.

É que, como dito, a competência territorial nas ações coletivas é regulada expressamente pelo art. 93 do CDC (ver, *retro*, comentário nº 1 ao mencionado artigo). E a regra expressa da *lex specialis* é no sentido da competência da capital do Estado ou do Distrito Federal nas causas em que o dano ou perigo de dano for de âmbito regional ou nacional.

Assim, afirmar que a coisa julgada se restringe aos “limites da competência do órgão prolator” nada mais indica do que a necessidade de buscar a especificação dos limites legais da competência: ou seja, os parâmetros do art. 93 do CDC, que regula a competência territorial nacional e regional para os processos coletivos.

E, acresça-se, a competência territorial nacional e regional tanto no âmbito da justiça estadual como no da justiça federal.

O que se disse arreda qualquer dúvida quanto à previsão expressa da competência territorial, de âmbito nacional ou regional, nas ações coletivas em defesa de interesses individuais homogêneos, o que configura mais um argumento para sustentar a total inoperância do novo art. 16 da LACP para os objetivos que o Executivo tinha em mente ao baixar o art. 3º da medida provisória, convertida em lei.

E com relação aos interesses difusos e coletivos? Já admitimos que o acréscimo introduzido pela medida provisória ao art. 16 da LACP se aplica aos incs. I e II do art. 103, e somente a estes. Trata-se, agora, de saber qual é o alcance da expressão “*nos limites da competência territorial do órgão prolator*” no tocante aos interesses difusos e coletivos.

Em última análise, é preciso verificar se a regra de competência territorial, nacional ou regional, do art. 93 do CDC é exclusiva dos processos em defesa de interesses individuais homogêneos, ou se também incide na tutela jurisdicional dos interesses difusos e coletivos.

Já firmamos nossa posição no sentido de que o art. 93 do CDC, embora inserido no capítulo atinente às “ações coletivas em defesa de interesses individuais homogêneos”, rege todo e qualquer processo coletivo, estendendo-se às ações em defesa de interesses difusos e coletivos (*supra*, comentário nº 1 ao art. 93). Não há como não se utilizar, aqui, o método integrativo, destinado ao preenchimento da lacuna da lei, tanto pela *interpretação extensiva* (extensiva do significado da norma) como pela *analogia* (extensiva da intenção do legislador).

Ubi eadem ratio, ibi eadem juris dispositio. É a necessária coerência interna do sistema jurídico que exige a formulação de regras idênticas em que se verifica a identidade de razão. Se o art. 93 do CDC fosse aplicável apenas aos interesses individuais homogêneos, o resultado seria a regra da competência territorial de âmbito nacional ou regional só para as ações em defesa dos aludidos direitos, enquanto nos processos coletivos em defesa de interesses difusos e coletivos ficaria vedada a competência nacional ou regional. O absurdo do resultado dessa posição é evidente, levando a seu repúdio pela razão e pelo bom senso, para o resguardo da coerência do ordenamento.

Mas há mais: o indigitado dispositivo da medida provisória tentou (sem êxito) limitar a competência, mas em lugar algum aludiu ao objeto do processo. Ora, o âmbito da abrangência da coisa julgada é determinado pelo pedido, e não pela competência. Esta nada mais é do que a relação de adequação entre o processo e o juiz, nenhuma influência tendo sobre o objeto do processo. Se o pedido é amplo (de âmbito nacional) não será por intermédio de tentativas de restrições da competência que o mesmo poderá ficar limitado.

Em conclusão: a) o art. 16 da LACP não se aplica à coisa julgada nas ações coletivas em defesa de interesses individuais homogêneos; b) aplica-se à coisa julgada nas ações em defesa de interesses difusos e coletivos, mas o acréscimo introduzido pela medida provisória é inoperante, porquanto é a própria lei especial que amplia os limites da competência territorial, nos processos coletivos, ao âmbito nacional ou regional; c) de qualquer modo, o que determina o âmbito de abrangência da coisa julgada é o pedido, e não a competência. Esta nada mais é do que uma relação de adequação entre o processo e o juiz. Sendo o pedido amplo (*erga omnes*), o juiz competente o será para julgar a respeito de todo o objeto do processo; d) em consequência, a nova redação do dispositivo é totalmente ineficaz.

É importante salientar que os tribunais têm sabido discernir entre competência e coisa julgada, negando eficácia à nova redação do art. 16 da LACP, introduzido pela Lei nº 9.494/97.³⁵ E o STJ tem desprezado a aplicação do referido artigo, continuando a julgar normalmente ações civis públicas em que o dano é de âmbito nacional.³⁶

Até recentemente, não se podia afirmar, na jurisprudência, uma orientação segura quanto à eficácia da Lei nº 9.494/97, podendo-se colher julgados do STJ que determinam a aplicação do art. 16 da LACP, na redação da referida lei,³⁷ e julgados que aludiam aos danos de índole estadual ou nacional, como em diversos julgados relatados pela min. Nancy Andrighi.³⁸ Porém, agora, como se verá no item 7 do Anexo I, o STJ posicionou-se por duas vezes, pela Corte Especial, pela ineficácia e pela inaplicabilidade do dispositivo restritivo, podendo a coisa julgada ter abrangência nacional, se assim estiver requerido no pedido.

Aliás, importante Acórdão da 4ª Turma do TRF da 2ª Região, relatado pela juíza Selene Almeida, afirmava, na ementa: “O legislador ordinário elegeu o Distrito Federal como o foro competente para as ações civis públicas de reparação de danos de âmbito nacional; os limites da competência territorial, em casos que tais, são os do próprio território nacional. Portanto, a regra limitati-

³⁵ TRF da 4ª Região, AI nº 200.004.010.143.350/RS, rel. Luiz Carlos de Castro Lugon, 6ª Turma, DJU de 21.3.2001, p. 482.

³⁶ REsp nº 218.492/ES, RT 799/192, rel. Peçanha Martins, j. 18.2.2002; CC nº 26.842/DF, Conflito de Competência nº 1999/69326-4, rel. Waldemar Zveiter, relator para o acórdão Asfor Rocha, j. 10.10.2001, DJ de 5.8.2002, p. 194; CC nº 28.003/RJ - 1999/108113-0, rel. Nilson Naves, j. 24.11.99, LEXSTJ 154/46.

³⁷ Por exemplo, Recurso Especial nº 293.407/SP, 4ª Turma, rel. p/ o acórdão min. Ruy Rosado, j. de 22.12.2002, DJ de 7.4.2003, p. 290. No mesmo sentido, AgRg REsp nº 573.868/RS e REsp nº 399.357/SP, datas dos julgamentos, respectivamente, 15.10.09 e 14.12.09, DJ 26.10.09 e 14.12.09).

³⁸ Para exemplificar, AgRg no Recurso Especial nº 641.066/PR, 3ª Turma, j. 14.9.2004. Em interessante julgado (REsp nº 399.357/SP, 3ª Turma, j. 17.3.2009, DJ de 20.4.09), a relatora Min. Nancy Andrighi estabeleceu a distinção entre eficácia da sentença e coisa julgada, reconhecendo a eficácia nacional da decisão.

va dos efeitos das sentenças proferidas em ações civis públicas em nada afeta as ações propostas no Distrito Federal, quando o escopo delas for a reparação de danos de âmbito nacional” (grifo do original – j. de 14.12.99, *DJ* de 17.3.2000, p. 397). No entanto, mais recentemente, o STJ, pela Segunda Seção, (REsp nº 399.357), acolhendo os embargos de divergência, decidiu a favor da limitação dos efeitos da sentença à competência territorial do órgão que proferiu a decisão. O relator, Min. Fernando Gonçalves, afirmou ter a decisão seguido orientação da Corte Especial do STJ. E a mesma orientação havia sido seguida em tema de litispendência, não reconhecida quando causas idênticas fossem ajuizadas em comarcas distintas.³⁹

Sobre o assunto, v. também, *retro*, comentário nº 7 ao art. 93.

[2b] NOVO ATAQUE À COISA JULGADA *ERGA OMNES* OU *ULTRA PARTES*: A MEDIDA PROVISÓRIA 2.180-35, DE 2001 – O governo volta à carga, dessa feita especificamente contra as associações, pela Medida Provisória 2.180-35, de 2001, introduzindo mais um artigo na malfadada Lei nº 9.494, comentada no nº 2a, *supra*.

O art. 2º-A, introduzido pela medida provisória na referida lei, tem a seguinte redação:

“Art. 2º-A. A sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator.”

Logo se vê que o dispositivo só encontra aplicação aos interesses coletivos e individuais homogêneos, porquanto no campo dos interesses difusos os titulares são, por definição, indeterminados e indetermináveis, ligados por circunstâncias de fato, não havendo como saber onde estão domiciliados. O art. 81, parágrafo único, I, do CDC, que integra a Lei nº 7.347/85, é incompatível com a restrição e imune à incidência da nova norma.

Mas, mesmo em relação aos interesses coletivos e individuais homogêneos, a regra é ineficaz. Mais uma vez, o Poder Executivo foi inábil, e todas as considerações já expendidas a respeito da modificação do art. 16 da LACP (*supra*, nº 2a) se aplicam ao novo dispositivo. O problema não é de eficácia da sentença, mas de pedido. E o “âmbito de competência territorial do órgão prolator” é o definido no art. 93, II, do CDC, tendo o órgão prolator competência nacional ou regional nos expressos termos do Código.

³⁹ REsp nº 642.462-PR, 2ª Turma, rel. Min. Eliana Calmon, j. 8.3.2005, *DJ* de 18.4.2005.

Todavia, infelizmente, o STJ tende a dar eficácia ao dispositivo, como se vê em diversos recursos especiais relatados pelo min. José Delgado (v.g., Recurso Especial nº 665.947/SC, 1ª Turma, rel. min. José Delgado, j. de 2.12.2004, *DJ* de 12.12.2005).

[2c] O CONTROLE DIFUSO DA CONSTITUCIONALIDADE E A COISA JULGADA *ERGA OMNES* – Como se viu no nº 2 *supra*, diversas reclamações chegaram ao Supremo Tribunal Federal, alegando que a coisa julgada *erga omnes* das ações coletivas, fundadas numa questão de inconstitucionalidade, estariam usurpando a competência exclusiva daquela Corte em relação ao controle abstrato da constitucionalidade. Mas, após conceder as liminares, o Supremo, julgando o mérito, entendeu que tal usurpação não se dera, porquanto a inconstitucionalidade, apreciada em via prejudicial pelo controle difuso, não se projeta fora do processo, não fazendo coisa julgada e ficando esta restrita, com efeitos *erga omnes*, ao dispositivo da sentença coletiva.⁴⁰

Na verdade, apesar de abalizada voz em contrário,⁴¹ nas ações coletivas que se fundamentam numa questão de inconstitucionalidade, o controle é evidentemente difuso, nada apresentando de especial em relação ao controle difuso exercido numa ação individual. A questão da constitucionalidade, tanto numa ação coletiva como na individual, é colocada como questão prejudicial, a ser enfrentada pelo juiz antes do julgamento da causa, e não faz coisa julgada, nem mesmo entre as partes. O que faz coisa julgada é exclusivamente o julgamento da questão principal, e nenhuma diferença faz que a sentença que passa em julgado tenha eficácia *inter partes* ou *erga omnes*.

Exemplifique-se: num processo individual, o cidadão “A” pede a condenação ao pagamento da diferença da correção monetária, que lhe foi creditada numa caderneta de poupança, fundamentando-se na inconstitucionalidade de um determinado plano econômico do governo que adotou determinados índices. Procedente a demanda, a questão prejudicial da inconstitucionalidade, que foi apreciada *incidenter tantum*, não se projeta fora daquele processo, não fazendo coisa julgada. O que faz coisa julgada (*inter partes*, por tratar-se de processo individual) é simplesmente a condenação ao pagamento da diferença devida a título de correção monetária. A situação não muda num processo coletivo, em que o legitimado pede a condenação ao pagamento da diferença devida a toda a categoria dos poupadores, fundamentando-se na questão prejudicial da inconstitu-

⁴⁰ As decisões de mérito não foram publicadas até o presente momento.

⁴¹ V. José Manoel de Arruda Alvim, “A declaração concentrada de inconstitucionalidade pelo STF e os limites impostos à ação civil pública e ao Código de Proteção e Defesa do Consumidor”, in *Revista de Processo*, São Paulo, RT, nº 81, ps. 127-134, jan./mar. 1996.

cionalidade dos índices fixados no referido plano. Aqui, também, a questão da constitucionalidade é resolvida *incidenter tantum*, e por isso não se projeta fora do processo nem faz coisa julgada, podendo ser reapreciada a qualquer momento, em outros julgamentos. O que faz coisa julgada *erga omnes* é exclusivamente a condenação ao pagamento da diferença da correção monetária.

Não há, portanto, como afirmar a usurpação da competência privativa do STF para o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade por juízes e tribunais que se limitaram ao controle difuso, em que a questão da inconstitucionalidade é apreciada *incidenter tantum*, podendo a ela se voltar em qualquer processo futuro.

O que se deve reconhecer, entretanto, é que pode surgir um processo coletivo desconectado de um litígio concreto, visando exclusivamente à declaração da inconstitucionalidade, como objeto da ação. Se isso ocorrer, haverá, sem dúvida, usurpação da função do STF, privativa em relação ao controle abstrato.⁴² Mas não é disso que se tratava nos casos submetidos ao Supremo por via de reclamação.

O Superior Tribunal de Justiça tem reiterado o mesmo entendimento, como se vê em diversos acórdãos.⁴³

[3] A DISCIPLINA DA COISA JULGADA NAS AÇÕES EM DEFESA DE INTERESSES DIFUSOS – O inc. I do art. 103, c/c seu § 1º, disciplina a coisa julgada nas ações coletivas em defesa de interesses difusos.

⁴² Foi isso que parece ter vislumbrado Arruda Alvim, quando afirma que, “transitada em julgado uma tal decisão, com um tal conteúdo declaratório de inconstitucionalidade, isto levará à inaplicabilidade, para o futuro, de tais normas, dentro das jurisdições onde tais decisões hajam sido proferidas” (grifo nosso). E arremata: “Há, em tal caso, um efeito idêntico àquele emergente da ação direta de inconstitucionalidade de lei, quando procedente e quando julgada pelo Supremo Tribunal Federal”, op. et loc. citis. Ocorre que não há conteúdo declaratório de inconstitucionalidade na sentença coletiva, pois a questão da inconstitucionalidade é decidida *incidenter tantum*.

⁴³ Ver, para exemplificar, AgRg no Recurso Especial nº 665.804/DF, 1ª Turma, rel. min. Francisco Falcão, j. de 25.10.2005, DJ de 19.12.2005, p. 224 – Ementa: “Quanto ao ponto, a jurisprudência desta Corte pacificou entendimento no sentido de que o pedido de inconstitucionalidade, em casos como o presente, nada mais é do que fundamento da ilegitimidade de ocupação de área pública, não fazendo coisa julgada. Confirmam-se, entre outros, os seguintes julgados: Recurso Especial nº 402.044/DF, rel. min. Franciulli Netto, DJ de 5.8.2002, e Recurso Especial nº 419.781/DF, rel. min. Luiz Fux, DJ de 19.12.2002.” Posteriormente, no mesmo sentido, Recurso Especial nº 294.022/DF, 2ª Turma, rel. min. João Otávio de Noronha, j. de 2.8.2005, DJ de 19.9.2005, p. 243 – Ementa: “O STJ vem perfilhando o entendimento de que é possível a declaração incidental de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos em sede de ação civil pública, nos casos em que a controvérsia constitucional consiste no fundamento do pedido ou na questão prejudicial que leve à solução do bem jurídico perseguido na ação... ou seja, a decisão não contará com o efeito *erga omnes*, de forma que não se verifica a hipótese de ludíbrio ao sistema de controle constitucional.” Ver, também, Recurso Especial nº 489.225/DF, DJ de 24.6.2003, e RSTJ, vol. 162, p. 212.

O dispositivo remete expressamente ao inc. I do parágrafo único do art. 81, que conceitua os interesses difusos propriamente ditos como “os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato” (v. comentário ao art. 81, I).

A regra geral, para a hipótese, é da coisa julgada *erga omnes*, peculiar, pela própria natureza dos interesses transindividuais e indivisíveis, da sentença que dirime esse tipo de conflito. Ainda como regra geral, o inc. I incorpora a solução das Leis de Ação Popular e de Ação Civil Pública (Leis nºs 4.717/65 e 7.347/85) para os casos de improcedência por insuficiência de provas, em que qualquer legitimado poderá renovar a ação, valendo-se de nova prova (quanto à aplicabilidade da regra, *mutatis mutandis*, ao mandado de segurança coletivo, v. *supra*, nº 6, comentário ao *caput* do art. 103).

Em linha interpretativa, tem-se discutido a respeito de o mesmo autor, popular ou coletivo, poder valer-se da faculdade de intentar nova ação, com idêntico fundamento, após a rejeição da demanda por insuficiência de provas. Estamos com Barbosa Moreira, que se manifestou afirmativamente, ao escrever sobre o art. 18, segunda parte, da Lei nº 4.717/65: se a lei quisesse impedir a renovação da demanda pelo mesmo autor popular, teria dito “qualquer *outro* cidadão” em vez de “qualquer cidadão”.⁴⁴ O raciocínio aplica-se ao inc. I do art. 103 do Código, que utiliza a expressão “qualquer legitimado”, e não “qualquer *outro* legitimado”.

[3a] A COISA JULGADA *SECUNDUM EVENTUM PROBATIONIS* – É preciso, agora, dar a correta interpretação ao texto dos incs. I e II do art. 103, no que diz respeito à possibilidade de repropositura da demanda, nos casos de “improcedência por insuficiência de provas”.

Reporto-me aqui ao que escrevi em sede doutrinária, no estudo já citado por Kazuo Watanabe:⁴⁵

“5 – Como visto, o regime brasileiro – assim como o uruguaio e o argentino – da coisa julgada, nos interesses difusos e coletivos *stricto sensu*, é o dos efeitos *erga omnes*, ressalvados os casos de rejeição da demanda por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá voltar a propor a mesma demanda, com o mesmo fundamento, desde que baseada em novas provas (art. 103, I e II do Código de Defesa do Consumidor brasileiro).

⁴⁴ Barbosa Moreira, *Ação popular*, cit., p. 123, nota nº 20. Contra, José Afonso da Silva, *Ação popular constitucional*, São Paulo, 1968, p. 273.

⁴⁵ Ada Pellegrini Grinover, “Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada”, in *Revista Forense*, n. 301, ps. 3-12.

Essa solução é clássica no Direito brasileiro, que a introduziu na Lei da Ação Popular Constitucional, de 1965, como garantia contra a possível colusão entre demandante e demandado, para evitar que se formasse uma coisa julgada prejudicial a toda a comunidade, por força de deficiências na atividade instrutória do autor popular.

A primeira e mais imediata interpretação da referida norma a reconduz à consagração de um primeiro passo no sentido da coisa julgada *secundum eventum litis*,⁴⁶ pelo menos no que diz respeito à inexistência da coisa julgada em casos de improcedência por insuficiência de provas.

De nossa parte, vislumbramos no preceito a acolhida, excepcional no processo moderno, do instituto do *non liquet*, vendo nele a autorização legal ao juiz no sentido de não julgar a causa em face da insuficiência de provas produzidas pelo autor coletivo.

Dessas leituras, emerge a consequência de que a inoccorrência da coisa julgada exige que o juiz tenha declarado a rejeição da demanda, por insuficiência de provas, explícita ou implicitamente, na motivação ou no dispositivo da sentença.⁴⁷ E tanto assim é que Arruda Alvim sustenta que se a fórmula não constar da sentença, caberá às partes oferecer o recurso de embargos de declaração (art. 535 do CPC, [correspondente ao art. 1.022 do NCPC]); mas, uma vez passada em julgado a sentença, somente por ação rescisória poderá ela ser desconstituída, valendo-se o autor coletivo, para tanto, do fundamento do documento novo (art. 485, VII do CPC, [correspondente ao art. 966, VII, do NCPC]) ou até da violação de literal disposição de lei (art. 485, V do CPC, [correspondente ao art. 966, V, do NCPC]). Mas, uma vez decorrido o biênio estipulado no Código brasileiro para a ação rescisória (art. 495 do CPC, [correspondente ao art. 975 do CPC]), a nova demanda não mais poderá ser intentada.⁴⁸

Foi Antonio Gidi quem sustentou tese mais liberal:⁴⁹ o juiz pode não estar habilitado a dizer se dispunha, ou não, de material probatório suficiente para formar seu convencimento. Defende, por isso, o que denomina critério substancial para saber se a rejeição da demanda decorreu, ou não, de insuficiência de provas: ou seja, sempre que qualquer legitimado propuser, com o mesmo fundamento, a segunda ação coletiva com novo material probatório, demonstrará, *ipso facto*, que a anterior foi julgada com base em material probatório insuficiente. E argumenta com o dano ambiental, em que só o desenvolvimento científico sucessivo à coisa julgada pode demonstrar a nocividade de produto utilizado.

A tese, que à primeira vista parece colidir com os valores de segurança jurídica e certeza do Direito abrigados pelo instituto da coisa julgada, poderia merecer acolhida

⁴⁶ Assim, por todos, José Carlos Barbosa Moreira, "A ação popular do Direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados 'interesses difusos'", in *Temas de Direito Processual*, Saraiva, 1977, ps. 122-123.

⁴⁷ Cf. José Afonso da Silva, *Ação popular constitucional*, São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 273; Rodolfo de Camargo Mancuso, *Ação popular*, Revista dos Tribunais, 1994, p. 204; Arruda Alvim et al., *Código do Consumidor comentado*, Revista dos Tribunais, 1991, p. 221.

⁴⁸ Arruda Alvim, op. et loc. cit.

⁴⁹ Gidi, op. cit., ps. 133 e segs.

se se vislumbrasse na sentença proferida em matéria de interesses difusos e coletivos (*stricto sensu*) uma coisa julgada *secundum eventum probationis*. Ou seja, a sentença desfavorável faria coisa julgada, mas de acordo e até a prova produzida. A prova nova, a ser produzida por qualquer legitimado, autorizaria sempre a propositura de nova ação coletiva, baseada em idêntico fundamento.

O Direito brasileiro não é infenso à coisa julgada *secundum probationem*, acolhendo-a tradicionalmente em matéria de *writs*, como o mandado de segurança e o *habeas corpus*. Com efeito, em matéria de mandado de segurança, em que o pedido do impetrante deve basear-se em prova documental, de regra juntada com a petição inicial, a sentença de rejeição faz coisa julgada, formal e material, mas não preclui a via do processo comum, em que o pedido se baseie em outras provas (art. 19 da Lei nº 12.016/2009). O mesmo ocorre com o *habeas corpus*, em que a denegação do pedido teve por fundamento um determinado conjunto de provas analisadas pelo órgão julgador, ficando a coisa julgada restrita ao mesmo, de modo a não ficarem preclusos a apresentação e o exame de outra impetração, baseada em novos elementos probatórios, que permitam cognição diversa da matéria anteriormente apreciada.⁵⁰ Por isso, afirmamos, ainda em tema de *habeas corpus*:

'Em algumas hipóteses, a extensão e profundidade da cognição são proporcionais ao material probatório existente: assim, se existe prova indubitosa do direito, a cognição será plena e exauriente; em caso negativo, será limitada à prova existente (*secundum eventum probationis*). No nosso ordenamento, exemplos dessa categoria são a ação popular, cuja improcedência por insuficiência de provas não impede a propositura de nova ação por qualquer cidadão (art. 18 da Lei nº 4.717/65), o mandado de segurança, cuja decisão denegatória não impede que o requerente, por ação própria, pleiteie os seus direitos e respectivos efeitos patrimoniais (art. 19 da Lei nº 12.016/2009).⁵¹

Kazuo Watanabe,⁵² além do mandado de segurança, enumera outros casos de *cognição plena e exauriente*, mas *secundum eventum probationis*, existentes no processo civil brasileiro:

'a) no processo de inventário, a questão prejudicial surgida com 'a disputa sobre a qualidade de herdeiro' será decidida se o magistrado dispuser de elementos bastantes para o estabelecimento do juízo de certeza. Na falta de suporte probatório suficiente para o convencimento, fica configurada 'matéria de alta indagação', devendo o juiz remeter 'a parte para os meios ordinários' (art. 1.000, parágrafo único, na parte referente ao inc. III, do CPC, [correspondente ao art. 627, §§ 1º, 2º e 3º, do NCPC]); b) no processo de mandado de segurança, é entendimento assente, inclusive no Supremo Tribunal Federal, que 'decisão denegatória de mandado de segurança, não fazendo coisa julgada contra o impetrante, não impede o uso de ação própria (Sú-

⁵⁰ Assim, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes, *Recursos no processo penal*, 3ª ed., Revista dos Tribunais, 2001, p. 384.

⁵¹ Id., ibid., p. 378.

⁵² Kazuo Watanabe, *Da cognição no processo civil*, 2ª ed., Cebepej, 1999, ps. 118 e segs.

mula 304)'...(omissis)...; c) no processo de desapropriação, na fase de levantamento do preço, havendo 'dúvida fundada sobre o domínio', o magistrado não deferirá a nenhum dos disputantes a entrega do preço, determinando a solução da controvérsia em ação própria (art. 34, *caput* e parágrafo único do Decreto-lei nº 3.365/41).⁵³

E acrescenta o autor:

'Aspecto marcante dessa espécie de cognição, que poderá ser exauriente, consiste no fato de estar condicionada a decisão da questão, ou mesmo do *thema decidendum*, à profundidade da cognição que o magistrado conseguir, eventualmente, estabelecer com base nas provas existentes. À conclusão de insuficiência de provas, a questão não é decidida (as partes são remetidas às 'vias ordinárias' ou para a 'ação própria'), ou o objeto litigioso é decidido sem caráter de definitividade, não alcançando, bem por isso, a autoridade de coisa julgada material' (grifei).⁵⁴

Watanabe ainda exemplifica com a disciplina contida na Lei da Ação Popular, na Lei da Ação Civil Pública e no Código de Defesa do Consumidor, justamente no art. 103, incs. I e II, suprarreferido.⁵⁵

E conclui o autor:

"Pode-se portanto sustentar, numa outra ótica, que nas ações coletivas em defesa de interesses difusos e coletivos (*stricto sensu*), a sentença faz coisa julgada *secundum probationem*, só alcançando, em caso de rejeição da demanda, os fatos provados no processo, sem precluir a via de outra ação coletiva idêntica, baseada em novas provas, tenha – ou não – o juiz se dado conta da insuficiência dos elementos probatórios produzidos no primeiro processo."

Mais tarde, porém, reestudamos a matéria com Kazuo Watanabe por ocasião da elaboração do "Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América", de que fomos incumbidos, juntamente com Antonio Gidi, pelo Instituto Ibero-Americano de Direito Processual, verificando que a possibilidade de reabertura do processo com *qualquer* prova nova, não produzida durante a instrução, colidiria com o tradicional princípio da eficácia preclusiva da coisa julgada, pela qual se consideram cobertas pela imutabilidade não só as questões levantadas, mas também aquelas *que poderiam ter sido levantadas no processo* (art. 508 do NCPC, correspondente ao art. 474 do CPC/1973). Por isso restringimos a possibilidade de reabertura do novo processo à hipótese de provas que não existiam à época do primeiro processo, e que, portanto, não poderiam ter sido produzidas. Essa ideia também pode abrir perspectivas para uma visão mais ampla da coisa julgada *rebus sic stantibus*, em que não é a situação de fato que muda, mas em que se concretiza uma prova nova, superveniente, sobre o fato.

⁵³ Id., *ibid.*, ps. 118-119.

⁵⁴ Id., *ibid.*, p. 119.

⁵⁵ Op. et loc. cit., nota nº 169.

Diante dessas considerações, o art. 30 do Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América reproduz a sistemática do art. 103 do CDC, acrescentando, no § 1º:

"§ 1º Mesmo na hipótese de improcedência fundada nas provas produzidas, qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento, quando surgir prova nova, superveniente, que não poderia ter sido produzida no processo."

[4] A COISA JULGADA NEGATIVA NAS AÇÕES EM DEFESA DE INTERESSES DIFUSOS E A POSSIBILIDADE DE AÇÕES INDIVIDUAIS – Nos termos do disposto no § 1º do art. 103, os efeitos da coisa julgada (ou a autoridade da sentença, na teoria de Liebman)⁵⁶ não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, que poderão promover ações pessoais de natureza individual após a rejeição da demanda coletiva.

Exemplifique-se: numa demanda coletiva, que vise à retirada do mercado de produto considerado nocivo à saúde pública, a sentença rejeita o pedido, julgando a ação improcedente, por não considerar o produto danoso. A coisa julgada, atuando *erga omnes*, impede a renovação da ação (salvo na hipótese de insuficiência de provas), por parte de todos os entes e pessoas legitimados às ações coletivas (v. comentário ao art. 82 do Código). Mas não obsta a que o consumidor Caio, reputando-se lesado em sua saúde pelo produto, ajuíze sua ação pessoal indenizatória.

Fica claro, neste ponto, que o Código não inova quanto aos princípios gerais sobre a coisa julgada, porque o objeto do processo, na primeira causa, ficou delimitado pelo pedido inibitório, sendo diverso o objeto da segunda demanda (pedido indenizatório).

O disposto no § 1º do art. 103 tem finalidade sobretudo didática, visando a tornar explícita regra que, de qualquer modo, se extrairia dos princípios e das regras do Direito Processual.

Com relação a esse tipo de ações coletivas, a grande inovação do Código do Consumidor está no § 3º do art. 103, com o transporte da coisa julgada positiva para beneficiar as pretensões individuais: v. *infra*, comentário nº 8 ao mencionado dispositivo.

[5] A DISCIPLINA DA COISA JULGADA NAS AÇÕES EM DEFESA DE INTERESSES DIFUSOS: OS CASOS POSSÍVEIS – Cabe, pois, distinguir três casos:

⁵⁶ Liebman, *Efficacia ed autorità della sentenza*, cit., p. 39 e prefácio à edição de 1962, p. VII.

- a) O pedido formulado na ação coletiva é acolhido. A sentença prevalece em definitivo, perante todos os membros da coletividade, que podem valer-se da coisa julgada em benefício de suas pretensões individuais.
- b) O pedido é rejeitado pelo mérito. Aqui, compete distinguir: os efeitos produzem-se *erga omnes*, com relação a todos os entes e pessoas legitimados pelo art. 82, impedindo o ajuizamento de nova ação coletiva, pelo mesmo fundamento. Mas não fica preclusa a via às ações individuais, com idêntico fundamento, por iniciativa dos titulares de interesses e direitos pertencentes pessoalmente aos integrantes da coletividade.
- c) O pedido é rejeitado, por insuficiência de provas. A sentença não se reveste da autoridade da coisa julgada material, e qualquer legitimado (inclusive aquele que havia intentado a primeira demanda: v. comentário nº 3 ao inc. I do art. 103) poderá renovar a ação, com idêntico fundamento.

[6] A DISCIPLINA DA COISA JULGADA NAS AÇÕES EM DEFESA DE INTERESSES COLETIVOS – O inc. II do art. 103, c/c seu § 1º, disciplina os limites subjetivos da coisa julgada nas ações coletivas em defesa de interesses coletivos.

O dispositivo remete expressamente ao inc. II do parágrafo único do art. 81, que conceitua os interesses coletivos como “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” (v. comentário ao art. 81, II).

O regime dos limites subjetivos da coisa julgada, nas ações em defesa de interesses coletivos, é exatamente o mesmo traçado para as ações em defesa de interesses difusos. Remetemos, portanto, o leitor aos comentários nºs 1 a 9, feitos com relação ao art. 103, I, c/c o § 1º do mesmo artigo.

A única diferença reside na diversa extensão dos efeitos da sentença com relação a terceiros, consoante se trate de interesses difusos ou de interesses coletivos. No primeiro caso, é própria da sentença a extensão da coisa julgada a toda a coletividade, sem exceção; no segundo, a natureza mesma dos interesses coletivos restringe os efeitos da sentença aos membros da categoria ou classe, ligados entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base. Eis a razão da redação do inc. II do art. 103, seja no que concerne à substituição da expressão *erga omnes*, do inc. I, pela mais limitada *ultra partes*, seja no que se refere à expressa limitação “ao grupo, categoria ou classe”.

É preciso ter presente, contudo, que a indivisibilidade do objeto dos interesses coletivos (ver *supra*, comentário ao art. 81, II) frequentemente importará na extensão dos efeitos da sentença a pessoas estranhas ao vínculo associativo.

Exemplifique-se: quando uma entidade associativa ingressa em juízo com uma ação coletiva que vise à tutela dos interesses coletivos de seus filiados, será a todos estes – tenha ou não havido autorização expressa: v. comentário ao art. 82, inc. IV – que se estenderão os efeitos da sentença, para beneficiá-los. Mas a própria indivisibilidade do objeto estenderá necessariamente os efeitos favoráveis da sentença a todos que se encontrarem na mesma situação em relação à parte contrária: assim, todos os contribuintes de um determinado tributo, ou todos os mutuários do sistema habitacional, pertençam ou não à associação autora, serão necessariamente beneficiados pela sentença que declarar a nulidade da imposição tributária ou fixar benefícios, *in genere*, para os mutuários. Eis a eficácia *ultra partes*, mas sempre circunscrita ao grupo, classe ou categoria ligada pelo vínculo jurídico.

O Superior Tribunal de Justiça não destoa desse entendimento, frequentemente reiterado.⁵⁷

[7] A DISCIPLINA DA COISA JULGADA NAS AÇÕES COLETIVAS EM DEFESA DE INTERESSES OU DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS – A matéria está disciplinada no inc. III do art. 103, c/c o seu § 2º. Por remissão expressa do dispositivo ao inc. III do parágrafo único do art. 81, o conceito de interesses ou direitos individuais homogêneos, coletivamente tratados, decorre de sua origem comum (v. comentário ao art. 81, parágrafo único, III).

O tratamento legislativo dos limites subjetivos da coisa julgada é simétrico ao conferido às ações em defesa de interesses difusos e coletivos (v. comentários nºs 3 e 6 aos incs. I e II do art. 103), exceção feita ao critério da inexistência de coisa julgada na hipótese de improcedência por insuficiência de provas, adotado somente para os interesses difusos e coletivos: ou seja, a coisa julgada atua *erga omnes*, com o temperamento de só poder beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, sem prejudicar os terceiros que não tenham intervindo no processo como litisconsortes. E os três casos mencionados no comentário nº 5, *supra*, ficam reduzidos aos dois primeiros (a e b).

Sobre a intervenção dos interessados, pessoalmente prejudicados, nas ações coletivas para a defesa de direitos ou interesses individuais homogêneos, v. comentário nº 2 ao art. 94.

⁵⁷ Ver, só para exemplificar, STJ, 3ª Turma, AgRg no Recurso Especial nº 653.510/PR, rel. min. Nancy Andrighi, j. de 28.10.2004, DJ de 13.12.2004, p. 359 – Ementa: “Porquanto a sentença proferida na ação civil pública estendeu os seus efeitos a todos os poupadores do Estado do Paraná que mantiveram contas de caderneta de poupança iniciadas ou renovadas até 15.6.87 e 15.1.89, a eles devem ser estendidos os efeitos da coisa julgada, e não somente aos poupadores vinculados à associação proponente da ação”.

Finalmente, cabe exemplificar: julgada procedente a ação coletiva de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos, proposta nos termos do art. 91 do Código, a sentença beneficiará todas as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação da sentença e à posterior execução (coletiva ou individual), na conformidade do disposto nos arts. 97 e segs. do Código. Mas na hipótese de improcedência da ação coletiva, as pessoas lesadas, que não tiverem participado da relação processual como litisconsortes do autor coletivo, ainda poderão propor ação indenizatória a título individual. A decisão desfavorável proferida na ação coletiva constituirá um simples precedente, mais ou menos robusto conforme o caso, mas não será o fenômeno da coisa julgada que impedirá o ajuizamento de ações individuais.

Aqui, era necessário que a lei expressamente excluísse, na hipótese, o transporte da coisa julgada negativa às ações individuais: pois nesse caso há uma relação de continência entre estas e a ação coletiva, tanto no que diz respeito ao objeto como no que tange aos autores (v. comentário nº 6 ao art. 104), continência essa que poderia levar a estender a coisa julgada, sem exceção, prejudicando as demandas individuais. Pelo contrário, o Código do Consumidor inova, pela adoção da extensão subjetiva do julgado *secundum eventum litis*.

Finalmente, cabe lembrar que a Lei do Mandado de Segurança (Lei nº 12.016/2009), ao regular a coisa julgada no mandado de segurança coletivo (art. 22), afirma que “a sentença fará coisa julgada limitadamente aos membros do grupo ou categoria substituídos pelo impetrante”. Ora, essa disposição evidentemente não se aplica aos direitos difusos (quanto à omissão da Lei em relação aos direitos difusos, v. *supra*, comentário ao art. 81, parágrafo único, I, nº [4], *in fine*) e não acolhe a coisa julgada *secundum eventum litis* prevista para a defesa dos interesses ou direitos individuais homogêneos, do artigo do CDC em comento. Parece, portanto, que mesmo nesse caso a coisa julgada atuará *pro et contra*, o que quebra o sistema e levanta dúvidas de constitucionalidade, pois a coisa julgada coletiva desfavorável não pode prejudicar quem não participou do contraditório.

[8] A COISA JULGADA DA LEI Nº 7.347/85 TRANSPORTADA, *IN UTILIBUS*, ÀS AÇÕES DE INDENIZAÇÃO POR DANOS PESSOALMENTE SOFRIDOS – O § 3º do art. 103 inova profundamente com relação aos princípios processuais sobre a coisa julgada: inspirado no princípio de economia processual e nos critérios da coisa julgada *secundum eventum litis*, bem como na ampliação *ope legis* do objeto do processo, expressamente autoriza o transporte, *in utilibus*, da coisa julgada resultante de sentença proferida na ação civil pública para as ações individuais de indenização por danos pessoalmente sofridos.

Isso quer dizer que duas hipóteses podem ocorrer:

- a) A ação civil pública é julgada improcedente. Os terceiros, titulares de pretensões indenizatórias a título de ressarcimento de danos pessoalmente sofridos, são imunes à coisa julgada, podendo ajuizar suas próprias ações reparatórias. Nenhuma novidade traz a primeira parte do § 3º do art. 103, pois realmente as ações são diversas, não só com relação às partes, como também pelo objeto.
- b) A ação civil pública é julgada procedente. Pelas regras clássicas sobre a coisa julgada, não haveria como transportar, sem norma expressa, o julgado da ação civil pública às demandas individuais: não só por se tratar de ações diversas, pelo seu objeto, como também porque a ampliação do objeto do processo só pode ser feita por lei. Todavia, por economia processual, o Código prevê o aproveitamento da coisa julgada favorável oriunda da ação civil pública, possibilitando às vítimas e seus sucessores serem por ela beneficiados, sem necessidade de nova sentença condenatória, mas passando-se incontinenti à liquidação e execução da sentença, nos termos do disposto nos arts. 97 a 100 do Código. Ocorre aqui, além da extensão subjetiva do julgado, a ampliação do objeto do processo, *ope legis*, passando o dever de indenizar a integrar o pedido, exatamente como ocorre na reparação do dano *ex delicto*, em que a decisão sobre o dever de indenizar integra o julgado penal.

Se, por exemplo, a ação civil pública que tenda à obrigação de retirar do mercado um produto nocivo à saúde pública for julgada procedente, reconhecendo a sentença os danos, reais ou potenciais, pelo fato do produto, poderão as vítimas, sem necessidade de novo processo de conhecimento, alcançar a reparação dos prejuízos pessoalmente sofridos, mediante liquidação e execução da sentença coletiva, nos termos do art. 97 do Código (v. comentário nº 1 ao art. 97). Se, porém, a ação civil pública for julgada improcedente, as vítimas e seus sucessores poderão normalmente intentar suas próprias ações reparatórias, a título individual, de acordo com o disposto no § 1º do art. 103 (v. *supra*, comentário nº 4 ao mencionado dispositivo).

Com isso, o Código opera a ampliação do objeto do processo coletivo, para nele abranger o dever de indenizar os danos ocasionados pela nocividade do produto. O fenômeno não é novo, encontrando precedente, no nosso ordenamento, quanto aos efeitos civis da sentença penal condenatória: nos termos do disposto no art. 91, I, do CP, a condenação penal torna certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime, passando-se desde logo à liquidação e execução da sentença no juízo civil (arts. 63, CPP, e 515 do NCPC, correspondente ao art. 475-N, II, CPC/1973). Exatamente o mesmo fenômeno ocorre agora quanto à sentença favorável coletiva, a ser imediatamente liquidada e executada no tocante aos danos sofridos pelas pessoas individualmente lesadas, numa nova

hipótese de ampliação, *ope legis*, do objeto litigioso, para incluir o julgado sobre o dever de indenizar.⁵⁸

E se se tratar de pedidos condenatórios, quer na ação coletiva, quer nas individuais? Exemplifique-se com a Lei de Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85), no tocante ao meio ambiente.⁵⁹

Imagine-se uma ação indenizatória pelos danos ocasionados ao ambiente, indivisivelmente considerado. Julgada improcedente a demanda, poderão as vítimas intentar suas ações de conhecimento, pleiteando, a título individual, a reparação pelos prejuízos pessoalmente sofridos, oriundos daquela lesão ao ambiente que não foi reconhecida pela sentença. Nenhuma exceção há, aqui, à teoria clássica da coisa julgada, pois não se trata de ações idênticas, pela diversidade do objeto. E a coisa julgada, nas ações individuais, atuará normalmente *inter partes*.

Se, porém, a ação coletiva for julgada procedente, a coisa julgada aproveitará às vítimas e seus sucessores: aqui, não se dá apenas a extensão subjetiva da coisa julgada aos terceiros, como também a ampliação do objeto do processo, *ope legis*, de modo a considerar-se o dever de indenizar como parte do pedido.

Em todos esses exemplos, a técnica utilizada pelo Código não incorre na crítica de Schwab e Barbosa Moreira, no sentido da inevitabilidade do conflito de coisas julgadas contraditórias, quando no primeiro processo se julgasse improcedente o pedido. Neste caso (o exemplo dado é de declaração da validade de ato impugnado), formar-se-ia a coisa julgada negativa em relação ao autor; mas, no segundo processo, aberto aos demais colegitimados, alcançada a declaração de nulidade, a coisa julgada valeria *erga omnes*, inclusive com relação ao primeiro autor, que seria atingido por duas coisas julgadas contraditórias: a primeira, de validade, e a segunda, de nulidade do ato impugnado.⁶⁰

Na solução do Código, pelo contrário, a coisa julgada desfavorável formase com relação a todos os entes e pessoas legitimados às ações coletivas, deixando a salvo apenas os particulares, em suas relações intersubjetivas pessoais, os quais alcançarão uma coisa julgada normalmente restrita às partes. E quanto

⁵⁸ V., sobre as diversas teorias para a explicação do fenômeno, comentário nº 5 ao Capítulo IV do Título III.

⁵⁹ Já se observou que a Lei nº 7.347/85 pouca aplicabilidade teria, no campo das ações indenizatórias pelos danos pessoalmente sofridos, às relações de consumo, por restringir sua tutela aos interesses indivisivelmente considerados: v. Ada Pellegrini Grinover, "Ações coletivas para a tutela do ambiente e dos consumidores", in *Novas tendências*, cit., ps. 148 e segs., principalmente ps. 151-2. A autora alude à hipótese da publicidade enganosa, com a condenação às despesas necessárias a cobrir a contrapropaganda.

⁶⁰ Barbosa Moreira, op. cit., ps. 122-3. V. também *supra*, comentário ao Capítulo IV do Título III.

a estas, no eventual conflito de coisas julgadas na ação individual e na ação coletiva, o art. 104 resolve expressamente o problema (v. *infra*, comentários nºs 4, 5 e 6 ao art. 104).

[9] A COISA JULGADA PENAL TRANSPORTADA, *IN UTILIBUS*, ÀS AÇÕES DE INDENIZAÇÃO POR DANOS PESSOALMENTE SOFRIDOS – O § 4º do art. 103 utiliza a mesma técnica do § 3º, agora no tocante à sentença penal condenatória, igualmente autorizando o transporte, *in utilibus*, da coisa julgada penal para as ações individuais indenizatórias por danos pessoalmente sofridos e procedendo, *ope legis*, à ampliação do objeto do processo, para incluir no pedido o dever de indenizar. V. comentário *supra*, nº 8, ao § 3º do art. 103.

Na verdade, o que o Código faz, no dispositivo ora em exame, é aplicar aos interesses difusos e coletivos o critério adotado pelo art. 63 do CPP quanto aos efeitos civis da sentença penal condenatória. No caso, evidentemente, tratar-se-á de crimes praticados contra a comunidade, que, por isso, assumem feição coletiva e contêm capacidade irrestrita de lesar.⁶¹ Amplia-se, assim, o conceito de *ofendido pelo crime* e adequando-o às infrações penais que ofendem a coletividade.

[10a] A COISA JULGADA NA AÇÃO COLETIVA PASSIVA – Após ter verificado, nos comentários nºs 7b e 7c ao art. 82, a possibilidade, *de lege lata*, de ação, individual ou coletiva, intentada contra o grupo, e ter verificado a introdução, pelo NCPC, da ação coletiva passiva, em matéria de possessórias, na nota 4.2.6 do Título III, é possível construir um regime de coisa julgada coerente com os princípios do art. 103 do CDC.

Em minha primeira tentativa de construção, no estudo já citado,⁶² reportei-me ao art. 103 do CDC para sugerir a interpretação a ser dada aos dispositivos no caso de ação (individual ou coletiva) contra o grupo. Escrevi então, referindo-me primeiro ao regime do art. 103 do CDC:

“Recorde-se esse regime: tratando-se de interesses difusos e coletivos (*stricto sensu*), a sentença terá efeitos *erga omnes*, salvo quando a rejeição do pedido ocorrer por insuficiência de provas, podendo qualquer legitimado intentar ação coletiva idênti-

⁶¹ Cf. Luiz Paulo da Silva Araújo Filho, *Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos*, Rio de Janeiro, Forense, 2000, p. 177, com referências a diversos crimes previstos no CDC. Antonio Gidi (*Coisa julgada e continência em ações coletivas*, São Paulo, Saraiva, 1995, ps. 168 e segs.) prefere falar em “ação penal coletiva”, mas também alude a crimes cujo sujeito passivo é a coletividade.

⁶² Ada Pellegrini Grinover, “Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada”, in *Revista Forense*, n. 361, ps. 3-12.

ca, com base em prova nova (art. 103, I e II do Código de Defesa do Consumidor, e art. 16 da Lei da Ação Civil Pública). A solução visa a proteger os membros da categoria do perigo de colusão entre o autor coletivo e o réu, evitando que a atividade processual inidônea do primeiro prejudique os indivíduos de cujos interesses se faz portador em juízo.

Quando, porém, o litígio envolve a tutela de interesses ou direitos individuais homogêneos, a coisa julgada atuará *erga omnes*, mas *secundum eventum litis*: ou seja, a sentença favorável ao autor coletivo beneficiará todos os membros da categoria; mas a sentença desfavorável não os atingirá, ficando aberta a cada um a via da ação individual (art. 103, III, e § 2º, do Código de Defesa do Consumidor). Esta solução, que só aproveita à coisa julgada *in utilibus*, objetiva não prejudicar os direitos subjetivos individuais, resguardando-os do resultado desfavorável do processo coletivo.

Não é difícil perceber que, tanto no primeiro como no segundo caso, o legislador brasileiro serviu-se de técnicas que privilegiam os membros da classe, defendendo-os, no fundo, contra o perigo da inadequação da representação.

Ora bem, em se tratando de ação movida contra a classe, a proteção especial conferida a esta pela lei deve ser mantida, bastando inverter, para tanto, os termos da questão.”

E, após apresentar minha sugestão de interpretação do art. 103, “invertendo os termos da questão”, no estudo por último mencionado, defendi a tese de que essa inversão pode ser feita *de lege lata*, com os seguintes argumentos: a manutenção do espírito da lei, em situações justapostas; a *defining function* do juiz, própria das ações coletivas (ativas e passivas); e o princípio da razoabilidade.

Seja como for, o já mencionado “Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América”, ao prever expressamente a legitimação passiva do grupo, também oferece uma solução, bastante simples, para o regime da coisa julgada.

“Art. 32. *Ações contra o grupo, categoria ou classe* – Qualquer espécie de ação pode ser proposta contra uma coletividade organizada ou que tenha representante adequado, nos termos do § 2º do art. 2º deste Código, e desde que o bem jurídico a ser tutelado seja transindividual (art. 1º) e se revista de interesse social.

Art. 33. *Coisa julgada passiva: interesses ou direitos difusos* – Quando se tratar de interesses ou direitos difusos,⁶³ a coisa julgada atuará *erga omnes*, vinculando os membros do grupo, categoria ou classe.

Art. 34. *Coisa julgada passiva: interesses ou direitos individuais homogêneos* – Quando se tratar de interesses ou direitos individuais homogêneos, a coisa julgada atuará *erga omnes* no plano coletivo, mas a sentença de procedência não vinculará os mem-

⁶³ Mais uma vez lembramos que, no anteprojeto, as categorias dos interesses ou direitos difusos e coletivos foram agrupadas sob o nome de interesses ou direitos difusos.

bros do grupo, categoria ou classe, que poderão mover ações próprias ou defender-se no processo de execução para afastar a eficácia da decisão na sua esfera jurídica individual.

No entanto, reconhecemos que o regime da coisa julgada *secundum eventum litis*, na ação coletiva passiva em que se discutem direitos individuais homogêneos do grupo, categoria ou classe de pessoas que figuram no polo passivo, esvazia de resultados práticos a coisa julgada. E hoje aceitamos a posição de Diogo Campos Medina Maia, que sustenta a viabilidade, neste caso, da coisa julgada *pro et contra*, mas com as seguintes cautelas:⁶⁴

“Ressalte-se, todavia, que para que a formação da coisa julgada contra grupos em defesa de direitos individuais homogêneos não seja dotada de rigor inferior ao adotado para a formação da coisa julgada nos casos de defesa de direitos difusos e coletivos em sentido estrito, mantém-se, *a fortiori*, a divisão do ônus probatório estabelecida previamente.

Em suma, sendo o grupo organizado dotado de legitimidade para figurar no polo passivo de uma ação coletiva em defesa de direitos individuais homogêneos, cabe ao autor individual o ônus probatório integral, para que possa obter uma sentença de procedência, formando coisa julgada e por consequência, vinculando os membros da parte coletiva”.

E se a ação for coletiva em ambos os polos? Nesse caso, Medina Maia apoia a solução alvitada por Ada Pellegrini Grinover, que cita, no sentido de a coisa julgada atuar *erga omnes*, sem temperamentos.⁶⁵

[10b] COISA JULGADA, QUESTÕES PREJUDICIAIS E PROCESSOS COLETIVOS – Uma importante inovação do Código de Processo Civil de 2015 foi introduzida no regime dos limites objetivos da coisa julgada pelos arts. 503 e 504, que determinam que a questão prejudicial fará coisa julgada, observado o contraditório prévio e efetivo, se o juízo competente para julgar a questão principal o for também para a questão prejudicial. Como é sabido, questão prejudicial é aquela que se apresenta incidentalmente no processo, e cuja solução constitui antecedente lógico para resolver a questão principal. Assim por exemplo, a questão da paternidade em relação aos alimentos, ou a questão da existência da propriedade como antecedente do pedido reivindicatório. Pelo CPC de 1973 a questão prejudicial era excluída da abrangência da coisa julgada (art. 469, III) a

⁶⁴ Diogo Campos Medina Maia, *Ação coletiva passiva*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009. p. 145.

⁶⁵ Diogo Campos Medina Maia, *Ação coletiva passiva*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009. p. 146-147.

não ser que sobre ela fosse apresentada uma ação declaratória incidental (arts. 5º, 325 e 470).

Sem dúvida, também pode haver questões prejudiciais nos processos coletivos. Assim, por exemplo, a da invalidade do contrato como prejudicial do pedido de restituição de mensalidades escolares; ou a questão da posse como prejudicial à principal, de indenização pelos danos sofridos pelos habitantes de determinada localidade; ou à questão da existência de patrimônio cultural, em relação à reconstrução dos bens lesados. E, observados os requisitos dos arts. 503 e 504, a coisa julgada coletiva também poderá estender-se às questões prejudiciais.

Mas atenção: a eficácia da sentença e a coisa julgada sobre questões prejudiciais, no processo coletivo, só poderão valer no plano coletivo (excluindo, a nosso ver, até mesmo as pretensões individuais de que se beneficiem os membros do grupo, categoria ou classe de pessoas nos termos do art. 103, § 3º do CDC), pois em eventual processo individual as partes seriam outras, e a coincidência da competência do juízo poderá não ocorrer, como por exemplo na prejudicial de (in) constitucionalidade, cujo conhecimento direto é afeto exclusivamente ao STF.

Art. 104. As ações coletivas, previstas nos incisos I e II do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência [1][2][3] para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes* a que aludem os incisos II e III do artigo anterior [4] 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. [5][6]

COMENTÁRIOS

[1] IDENTIDADE TOTAL OU PARCIAL DE DEMANDAS – O fenômeno da identidade – total ou parcial – de demandas não é estranho ao âmbito das ações que se prestam à tutela de direitos e interesses metaindividuais (difusos, coletivos ou individuais homogêneos). Pelo contrário, a atribuição de legitimação a diferentes entes jurídicos para pleitos que afetam uma pluralidade de pessoas deu novas cores, por assim dizer, a um tema que, sob a ótica mais restrita dos litígios individuais, fora antes tratado com apuro técnico pela doutrina processual.

Esse apontado fenômeno, como se sabe, considera os denominados elementos individuadores da demanda – *partes, causa de pedir e pedido* –, desaguando em temas como os da *litispendência, conexão, continência, prejudicialidade e coisa julgada*. Esta última e aquela primeira estão associadas à chamada “tríplice identidade”, quando se repete demanda idêntica a uma já proposta (por julgar ou

já julgada); ambas têm um efeito negativo, impedindo que um mesmo litígio seja apreciado mais de uma vez pelo Judiciário. Nas demais hipóteses indicadas, a identidade é apenas parcial, e terá como consequência a adoção de providências tendentes a preservar a harmonia de decisões e a economia processual.

Não há dúvida de que o fenômeno da identidade – total ou parcial – pode ocorrer no âmbito das ações coletivas: não apenas entre elas e as ações individuais, mas bem ainda entre as próprias ações de cunho metaindividual, isto é, entre diferentes ações populares, entre ações civis públicas e, dada a interpenetração de umas e outras, entre ambas.

[2] IDENTIDADE TOTAL OU PARCIAL ENTRE DEMANDAS COLETIVAS – Tomando-se o confronto entre a ação popular e a ação civil pública, por exemplo, parece inafastável que, entre ambas, pode existir identidade; parcial ou até mesmo total. É evidente que entre uma ação civil pública intentada pelo Ministério Público, e outra, intentada por uma associação, tendo ambas o mesmo objeto e a mesma causa de pedir, haverá relação de litispendência. Mas esta identidade de demandas também pode ocorrer entre uma ação civil pública e um mandado de segurança coletivo, ou até entre uma ação civil pública e uma ação popular: conforme já tive oportunidade de observar, na ação civil pública intentada para a defesa da moralidade pública e a ação popular constitucional, por exemplo, poderá haver conexão (identidade de pedido ou causa de pedir – art. 55 do NCPC, correspondente ao art. 103 do CPC/1973), ou continência (se um pedido for mais amplo do que outro – art. 56 do NCPC, correspondente ao art. 104 do CPC/1973): aqui, também, a pedra de toque para o exame dos nexos entre as ações é dada pela *análise do pedido e da causa de pedir*. Por outras palavras, o que importa nesses casos, conforme sempre oportuna lição de Kazuo Watanabe, é verificar “o que o autor da demanda coletiva traz para o processo. Vale dizer, o seu objeto litigioso” (v. *retro*, comentários ao art. 81, nº 7).

Tal constatação não cede diante da diversidade no polo ativo da demanda, uma vez que, do ponto de vista subjetivo, tanto no confronto entre duas ações civis públicas como entre uma ação civil pública e um mandado de segurança coletivo ou uma ação popular, os respectivos autores *agem como substitutos processuais da coletividade*. Trata-se de legitimações extraordinárias, disjuntivas e concorrentes, podendo ser exercidas por qualquer dos legitimados, em nome próprio e no interesse da coletividade, mas podendo versar ambas sobre o mesmo objeto ou a mesma causa de pedir. Nessas ações, é preciso considerar a “parte ideológica”, portadora em juízo de direitos e interesses de que é titular uma pluralidade de indivíduos.

A multiplicidade dessas ações coletivas, versando uma mesma situação de Direito Material respeitante a uma pluralidade de pessoas, pode gerar – não é

difícil entrever – situações insustentáveis ou, nas felizes e atualíssimas palavras de Kazuo Watanabe, “contradições tão flagrantes de julgados” que “povo algum terá estrutura suficiente para absorver com tranquilidade e paciência por muito tempo”. Desarmonia dessa ordem põe em sério risco o próprio prestígio do Poder Judiciário, que dificilmente teria “condições bastantes para resistir por muito tempo a tamanho desgaste” (v. nº 7 dos comentários ao art. 81).

Além disso, conforme lembra o referido processualista, essa mesma multiplicidade – quando não adequadamente tratada pelo sistema processual – “comprometeria, sem qualquer razão plausível, o objetivo colimado pelo legislador, que foi o de tratar molecularmente os conflitos de interesses coletivos, em contraposição à técnica tradicional de solução atomizada, para com isso conferir peso político maior às demandas coletivas, solucionar mais adequadamente os conflitos coletivos, evitar decisões conflitantes e aliviar a sobrecarga do Poder Judiciário, atulhado de demandas fragmentárias” (nº 7 dos comentários ao art. 81).

Tais considerações, como visto, podem ser feitas a propósito de diferentes ações populares, de diversas ações civis públicas, de distintos mandados de segurança coletivos⁶⁶ ou, ainda, no cotejo de umas com outros: a diversidade subjetiva do autor, substituto processual da coletividade, não infirma, de modo algum, a ocorrência de fenômenos como os da conexão, continência ou mesmo da litispendência. O que importa é determinar o *objeto do processo* trazido pelo demandante, conforme a *causa de pedir* e o *pedido* contidos na inicial. A partir desses elementos é que será possível aferir o fenômeno da identidade – total ou parcial –, impondo providências que impeçam duplicidade ou desarmonia de julgamentos, previstas nos arts. 54 a 59 (correspondem aos arts. 102 a 106 do CPC/1973) e 485, V, do NCPC (correspondente ao art. 267, V, do CPC/1973).

Assim, embora o CDC não regule expressamente o assunto (corretamente, aliás), o Código de Processo Civil oferece resposta às questões oriundas da identidade parcial ou total de ações coletivas.

[3] IDENTIDADE PARCIAL ENTRE A DEMANDA COLETIVA E AS INDIVIDUAIS – O art. 104 do CDC cuida da concomitância de uma ação coletiva em defesa de interesses ou direitos difusos e coletivos, em confronto com as

⁶⁶ Nesse sentido, já se pronunciou o STJ, diante da pluralidade de ações populares voltadas contra leilão de privatização, conforme se infere do julgado inserto na RSTJ 50/25. Assim também o acórdão inserto na RJSTJ 66/50, considerando hipótese de ações civis públicas, assim ementado: “Conflito de competência. Ações civis públicas. Anulação de contrato para refinanciamento de dívida e anulação de cláusula da mesma avença. Continência. Reunião dos processos. Juízo da causa mais abrangente. Configurada a continência entre as duas ações, pela identidade quanto às partes e à causa de pedir, o objeto de uma, por ser mais amplo, abrange o da outra, recomendando-se a reunião dos processos, ante a possibilidade de decisões contraditórias.”

ações individuais (ver *infra* nº 1). A segunda possibilidade – qual seja, a concomitância de processos individuais em relação a um processo coletivo em defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos – deve ser resolvida pelas regras do Código de Processo Civil. Trataremos deste último assunto no nº 6, *infra*.

[4] O ERRO DE REMISSÃO DO ART. 104 – O art. 104 trata da questão da litispendência que poderia ocorrer entre as ações coletivas, previstas nos incs. I e II do parágrafo único do art. 81 e as ações exercidas a título individual pelos consumidores ou pelas vítimas.

Observe-se e retifique-se, antes de mais nada, um erro de remissão contido no art. 104: a referência do dispositivo aos “efeitos da coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes* a que aludem os incs. II e III do artigo anterior” deve ser corrigida como sendo à coisa julgada “a que aludem os incs. I, II e III do artigo anterior”, e isto porque a coerência interna do dispositivo exige a relação entre a primeira e a segunda remissão, pelo que não se pode excluir da segunda a menção ao inc. I do art. 103 que, ademais, se sujeita ao mesmo regime previsto no inc. II. Quando muito, poder-se-ia entender a segunda remissão como feita aos incs. I e II do art. 103, levando em conta a própria ordem de indicação dos efeitos da coisa julgada (*erga omnes* e *ultra partes*) seguida pelo dispositivo. Como veremos, entenda-se a segunda remissão como sendo aos incs. I, II e III do art. 103, ou I e II do mesmo dispositivo; a interpretação do dispositivo não muda (v. *infra*, número seguinte). Mas o que não se pode é excluir a referência ao inc. I do art. 103.

[5] EXCLUSÃO DA LITISPENDÊNCIA – A primeira regra do dispositivo é no sentido da exclusão da litispendência, no cotejo entre as ações coletivas em defesa de interesses difusos e coletivos e as ações individuais, numa perfeita aplicação do disposto nos §§ 1º, 2º, 3º e 4º do art. 337 do NCPC (correspondente ao art. 301, §§ 1º, 2º e 3º, do CPC/1973), que exigem, para a caracterização do fenômeno, a tríplice *eadem* (partes, objeto e causa de pedir), inócurrenente na hipótese: aqui, o objeto dos processos é inquestionavelmente diverso, consistindo nas ações coletivas na reparação ao bem indivisivelmente considerado, ou na obrigação de fazer ou não fazer, enquanto as ações individuais tendem ao ressarcimento pessoal. Quanto à relação de continência relativamente aos sujeitos ativos, v. comentário nº 6 ao mesmo art. 104.

Todavia, o Código oferece duas opções ao demandante a título individual:

- a) pretendendo o autor prosseguir em sua ação individual, ficará excluído da extensão subjetiva do julgado prevista para a sentença que vier a ser proferida na ação coletiva. Mesmo sendo ela favorável e projetando-se seus efeitos *erga omnes* ou *ultra partes* (nos termos dos incs. I a III do art.

103, c/c seus §§ 1º e 2º), o autor que já pôs em juízo sua ação individual e que pretenda vê-la prosseguir em seu curso não será beneficiado pela coisa julgada que poderá eventualmente formar-se na ação coletiva. A ação individual pode continuar seu curso, por inexistir litispendência, mas o autor assume os riscos do resultado desfavorável (excepcionando expressamente o Código ao princípio geral da extensão subjetiva do julgado, *in utilibus*);⁶⁷

- b) se o autor preferir, poderá requerer a suspensão do processo individual, no prazo de 30 dias a contar da ciência, nos autos, do ajuizamento da ação coletiva. Nesse caso, será ele beneficiado pela coisa julgada favorável que se formar na ação coletiva.⁶⁸ Sendo improcedente a ação coletiva, o processo individual retomará seu curso, podendo ainda o autor ver acolhida sua demanda individual. Tudo coerentemente com os critérios da extensão subjetiva do julgado *secundum eventum litis* adotados pelo Código.

A suspensão do processo individual, no caso da alínea *b*, *supra*, não tem limites temporais, perdurando pelo tempo necessário ao trânsito em julgado da sentença coletiva.

Será possível, ao autor que requereu a suspensão do processo individual, solicitar seu prosseguimento, antes do julgamento da ação coletiva? A hipótese é perfeitamente imaginável, como no caso de superveniência de uma sentença desfavorável de primeiro grau, a prenunciar a formação de uma coisa julgada negativa na ação coletiva.

O Código não enfrenta explicitamente a questão, cuja resposta pode, porém, ser encontrada nos seus próprios princípios: assim, todo o enfoque da nova lei, como instrumento de proteção e defesa do consumidor (art. 1º), com o reconhecimento de sua vulnerabilidade (art. 4º, inc. I), aliado à previsão da “facilitação da defesa de seus direitos” (art. 6º, inc. VIII), leva a responder afirmativamente à indagação *supra*.

Observe-se, finalmente, que a regra do § 1º do art. 22 da Lei do Mandado de Segurança (Lei nº 12.016/2009) destoa do disposto no CDC, quando determina: “O mandado de segurança coletivo não induz litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada não beneficiarão o impetrante a título individual se este não requerer a *desistência* de seu mandado de segurança no

⁶⁷ O Código adota, aqui, o critério norte-americano denominado *opt out*: v. *supra*, comentário nº 1 ao Capítulo II do Título III.

⁶⁸ É o sistema que nos Estados Unidos da América se chamaria de *opt in*: v. *supra*, comentário nº 1 ao Capítulo II do Título III.

prazo de 30 (trinta) dias a contar da ciência comprovada da impetração da segurança coletiva”. Muito mais drástica a regra especial.

[6] AÇÕES COLETIVAS DE RESPONSABILIDADE CIVIL E AÇÕES REPARATÓRIAS INDIVIDUAIS: CONTINÊNCIA E COISA JULGADA – A regra do art. 104, que não inclui a menção ao inc. III do parágrafo único do art. 81, e mais o fato de que o legislador teve de dizer expressamente que a sentença coletiva do inc. III do art. 103 não prejudica os interessados a título individual (v. § 2º do art. 103), levam à conclusão de que a questão da relação entre a ação coletiva de responsabilidade civil e as ações reparatórias individuais deve ser resolvida pela aplicação dos princípios processuais.

Sustentamos, de nossa parte, que a resposta estaria na reunião dos processos ou, quando esta não fosse possível, pela suspensão prejudicial, tudo em virtude da continência. E dissemos, em edições anteriores desta obra:

“Aqui a situação é diferente da que ocorre com as ações em defesa de interesses difusos e coletivos, onde o objeto do processo (indenização ao bem indivisivelmente considerado; obrigação de fazer ou não fazer) é diferente do objeto da ação individual (indenização pelos danos pessoalmente sofridos). Agora, o que se tem é uma ação coletiva reparatória aos indivíduos pessoalmente lesados, onde o objeto mesmo do processo consiste na condenação, genérica, a indenizar as vítimas pelos danos ocasionados. O pedido da ação coletiva contém os pedidos individuais, formulados nas distintas ações reparatórias, no que respeita ao reconhecimento do dever de indenizar.

A hipótese é regida pelo art. 104 do CPC [art. 56 do NCPC]. Com relação às partes, há coincidência perfeita dos sujeitos passivos e, quanto aos sujeitos ativos, a identidade resulta da circunstância de que o legitimado à ação coletiva é o *adequado representante* de todos os membros da classe, sendo portador, em juízo, dos interesses de cada um e de todos. Talvez se possa falar, na espécie, de uma nova hipótese de continência, a aplicar-se também aos sujeitos ativos, porquanto a parte ideológica, portadora em juízo dos direitos ou interesses individuais homogêneos, abrange todos os seus titulares. A identidade da causa de pedir é evidente. E o objeto da ação coletiva, mais amplo, abrange o das ações individuais.

No entanto, julgados há que negam a existência de litispendência e de continência em casos que tais, na base da suposta incoerência de identidade de partes.⁶⁹

⁶⁹ Assim decidiu a 28ª Vara Cível de São Paulo, no Processo nº 72/93, ao cotejar a ação coletiva movida pelo IDEC, como substituto processual, para compelir o Banco Itaú a pagar a diferença da correção monetária à coletividade de poupadores em caderneta de poupança, em confronto com outro processo, em que o IDEC figurava como representante processual de seus associados. Do mesmo teor é a sentença de primeiro grau proferida no Processo nº 594/93 da 31ª Vara Cível de São Paulo, entre IDEC e Banco Crefisul, negando, pela mesma razão, a litispendência.

Insistimos na presença da continência. E esta resolve-se, pelo art. 105 do CPC [correspondente aos arts. 55, 57 e 58 do NCPC], no sentido da obrigatoria reunião dos processos,⁷⁰ ficando preventa a competência do juízo perante o qual tiver primeiro ocorrido a citação válida (art. 219, CPC, [correspondente aos arts. 59, 240 e 241 do NCPC]).⁷¹ É o que se dará com as ações individuais reparatórias quando do ajuizamento de uma ação coletiva com o mesmo objeto.⁷²

A comparação jurídica, aliás, aponta hoje a nítida tendência no sentido de atribuir ao mesmo juízo a competência para o processo e julgamento das ações individuais de responsabilidade civil, que se apoiem no mesmo fundamento, em conjunto com as de grupo, exatamente para evitar julgados contraditórios.⁷³

No entanto, há divergências doutrinárias sobre essa linha de pensamento,⁷⁴ reconhecendo-se apenas a prejudicialidade entre a demanda coletiva e as individuais. Por outro lado, não há dúvida de que a reunião, ao processo coletivo, das demandas individuais poderia acarretar retardamentos na ação coletiva que, como foi apontado, exige a desconsideração da situação pessoal dos interessados para ser proferida uma sentença genérica, ficando relegadas para o processo de liquidação as questões individuais.⁷⁵

O argumento de política judiciária é relevante: a ação coletiva poderia ser comprometida e embaraçada pelas ações individuais propostas, além da circunstância da inviabilidade da reunião de processos, que podem ser milhares.

Assim, parece efetivamente melhor resolver a questão da concomitância da ação coletiva em defesa de interesses individuais homogêneos e das ações individuais pelas regras da prejudicialidade: ou seja, os processos individuais perma-

⁷⁰ Sobre o caráter imperativo da reunião dos processos, v. Celso Agrícola Barbi, *Comentários ao CPC*, Rio de Janeiro, Forense, vol. I, tomo II, 1975, ps. 464 e 468.

⁷¹ A norma do art. 106 do CPC, que excepciona à regra geral do art. 219, utilizando o critério do primeiro despacho ordenatório da citação na hipótese de juízes com a mesma competência territorial (v. Celso Barbi, op. cit., ps. 468-470), aplica-se à conexão, mas não à continência.

⁷² Ver, quanto à competência territorial para a ação coletiva de responsabilidade civil, relativa e portanto modificável, comentário ao art. 93.

⁷³ Bryant G. Garth, no Relatório geral sobre as ações de grupo apresentado ao XII Congresso de Direito Comparado, Montreal, agosto de 1990, aponta, com base nos relatórios nacionais de David Harland (Austrália) e Mary Kay Kane (Estados Unidos da América), como recente conquista no campo das ações coletivas de responsabilidade civil, a reunião dos processos perante o mesmo juízo (ps. 16 e 20).

⁷⁴ V. Antonio Gidi, *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*, São Paulo, Saraiva, 1995, ps. 207 e segs.; Luiz Paulo da Silva Araújo Filho, *Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos*, Rio de Janeiro, Forense, 2000, ps. 155 e segs.

⁷⁵ Silva Araújo, op. cit., p. 156.

necerão suspensos nos termos do art. 313, V, a, do NCPC (correspondente ao art. 265, IV, a, do CPC/1973).

Na 9ª edição desta obra, a respeito do tema, havíamos escrito:

“Mas essa suspensão sujeita-se ao prazo máximo de um ano, previsto no art. 265, § 5º, do CPC [correspondente ao art. 313, §§ 4º e 5º, do NCPC]. Decorrido o prazo, as ações individuais de responsabilidade civil deverão retomar seu curso, numa fiel aplicação dos dispositivos do estatuto processual civil.⁷⁶

A solução do art. 104, no cotejo entre a ação coletiva em defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos e as ações reparatórias individuais, desdobra-se, portanto, nas seguintes hipóteses:

- a) o autor individual pede a suspensão do processo, optando por ser incluído na coisa julgada coletiva ou opta pelo prosseguimento de sua ação, ficando excluído da coisa julgada coletiva, ainda que favorável (v. *supra*, comentário nº 5 ao art. 104);
- b) preferindo prosseguir em sua ação individual, estabelece-se com a ação coletiva o nexo de prejudicialidade, que leva à suspensão prejudicial do processo individual;
- c) não se dando a reunião dos processos, e superado o prazo de um ano para a suspensão da demanda individual, poderá haver coisas julgadas contraditórias, no caso de o autor perder sua demanda individual e existir uma coisa julgada positiva, no processo coletivo.

Vejamus como se resolve esta última hipótese. Aqui, há uma contradição, não apenas lógica, mas também prática, entre os dois julgados: a sentença da ação individual, pela improcedência, e a sentença coletiva, que reconheceu o dever de indenizar, *erga omnes*. O demandante não pode ser, ao mesmo tempo, prejudicado e beneficiado por sentenças contraditórias, sob pena de se configurar – agora sim – a hipótese criticada por Schwab e Barbosa Moreira (v. *supra*, comentário nº 8 ao § 3º do art. 103). Por isso, a melhor interpretação do art. 104 é aquela que corrige a segunda remissão, como sendo aos incs. I, II e III do art. 103 (v. *supra*, comentário anterior). Mas ainda que assim não se faça, os próprios princípios sobre a coisa julgada impedirão que o demandante se sujeite a comandos praticamente contraditórios. Fica evidente, portanto, que, se não tiver pedido a suspensão do processo individual, que acabou resultando em sua derrota, não poderá ser favorecido pela coisa julgada que se formou na ação coletiva.

Assim sendo, é possível que ocorram, na terceira hipótese (indicada sob a alínea c), decisões até certo ponto contraditórias. Até certo ponto, observe-se, porque a sentença favorável da ação coletiva faz coisa julgada *quanto à premissa* da condenação individual: ou seja, quanto ao dever de indenizar e à condenação genérica dela decorrente, premissas lógicas do direito à reparação de pessoa determinada, que ainda pode não se consubstanciar. E, neste caso, o demandante que perdeu a ação

⁷⁶ Contra a solução indicada, Antonio Gidi, *Coisa julgada e continência*, cit., ps. 212 e segs.

individual simplesmente não poderá proceder à liquidação, em virtude da expressa menção do art. 104 – entendendo-se a segunda remissão como incluindo o inc. III do art. 103 – ou por força dos princípios processuais que não admitem a contradição prática entre julgados.”⁷⁷

Mais recentemente, alguns juízos e tribunais, na concomitância de ações individuais – por vezes, milhares de ações individuais –, com um ou mais processos coletivos, vinham adotando a prática de suspender de ofício a tramitação das ações individuais, dando preferência ao julgamento da ação coletiva, de modo a aplicar às primeiras a decisão proferida nesta.

Nesta linha de pensamento, merece destaque importante pronunciamento do STJ,⁷⁸ cuja ementa é a seguinte:

“Recurso repetitivo. Processual civil. Recurso especial. Ação coletiva. Macrolide. Correção de saldos de cadernetas de poupança. Sustação de andamento de ações individuais. Possibilidade.

1. Ajuizada ação coletiva atinente a macrolide geradora de processos multitudinários, suspendem-se as ações individuais, no aguardo do julgamento da ação coletiva.
2. Entendimento que não nega vigência aos arts. 51, IV e § 1º, 103 e 104 do Código de Defesa do Consumidor; 122 e 166 do Código Civil; e 2º e 6º do Código de Processo Civil, com os quais se harmoniza, atualizando-lhes a interpretação extraída da potencialidade desses dispositivos legais ante a diretriz legal resultante do disposto no art. 543-C do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei dos Recursos Repetitivos (Lei nº 11.672, de 8.5.2008).
- 3.- Recurso Especial improvido.”

Vê-se daí que as ações individuais foram e ficarão suspensas até o julgamento do processo coletivo, utilizando-se para tanto a técnica do chamado “caso piloto”, prevista nos arts. 1.036, 1.037, § 4º, 1.038, 1.040 e 1.041 do NCPC (correspondentes ao art. 543-C do CPC/1973), que se aplica aos recursos repetitivos. Uma solução criativa, mas que não se embasa no art. 104 do CDC.

⁷⁷ V. Celso Neves, *Contribuição ao estudo da coisa julgada civil*, Tese, São Paulo, 1970, ps. 429 e segs. V. também, especificamente sobre a questão da incompatibilidade lógica e da incompatibilidade prática entre sentenças, Ada Pellegrini Grinover, *Eficácia e autoridade da sentença penal*, cit., ps. 12-14.

⁷⁸ REsp nº 1.110.549-RS, 2ª Seção, rel. Min. Sidnei Beneti, j. 28.10.2009.

Título IV DO SISTEMA NACIONAL DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Daniel Roberto Fink

O Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, tal como disciplinado pelos arts. 105 e 106 do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, apresenta modelo a ser obedecido por órgãos públicos em geral quando da implementação e execução da Política Nacional de Defesa do Consumidor.

Estabelece um organograma, uma estrutura a ser preenchida por todos aqueles que devem compor o Sistema, respeitando-se características naturais, regionais, sociais, econômicas e políticas dos órgãos e entidades que o integram.

Todavia, conquanto o legislador houvesse deixado propositadamente comandos normativos incompletos em relação à forma de planejamento, coordenação, implementação e execução da Política Nacional de Relações de Consumo, estabeleceu expressamente qual deveria ser a finalidade desse Sistema Nacional.

Em verdade, foi além. Especificou pontos a serem alcançados pelo Sistema, estabelecendo uma estratégia disciplinada pelo próprio Código. Vale dizer: seu conteúdo programático e finalístico. Criou o legislador o que ele denominou Política Nacional de Relações de Consumo – Capítulo II, arts. 4º e 5º –, que, guardando a sistemática do Código, orientou a disciplina dos demais dispositivos, em especial os que dizem respeito ao Sistema e Política Nacional, arts. 6º; 7º; 10, § 3º; 22; 44; 55; 56; 57; 58 e 59.

Assim, temos que estes dois instrumentos – Sistema Nacional de Defesa do Consumidor e Política Nacional de Relações de Consumo – respondem pela correta interpretação e forma de ser do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor e seu real conteúdo.