

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

FERNANDO RODRIGO SALVATIERRA JANISCH

COISA JULGADA NAS AÇÕES COLETIVAS E SEUS LIMITES
SUBJETIVOS

CURITIBA

2014

FERNANDO RODRIGO SALVATIERRA JANISCH

COISA JULGADA NAS AÇÕES COLETIVAS E SEUS LIMITES
SUBJETIVOS

Trabalho apresentado como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito no curso de graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Clayton de Albuquerque Maranhão

CURITIBA

2014

TERMO DE APROVAÇÃO

FERNANDO RODRIGO SALVATIERRA JANISCH

COISA JULGADA NAS AÇÕES COLETIVAS E SEUS LIMITES SUBJETIVOS

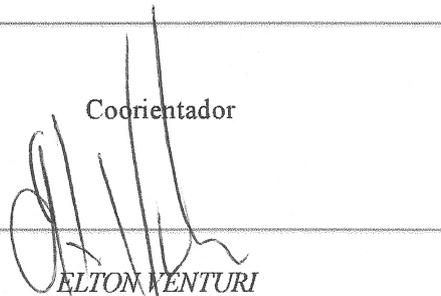
Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



CLAYTON MARANHÃO

Orientador

Coorientador



ELTON VENTURI

Primeiro Membro



PAULA PESSOA PEREIRA - *Direito Privado*

Segundo Membro

RESUMO

Ao final de um processo judicial, quando não há mais possibilidade de impugnar a sentença, pelo esgotamento da via recursal ou, ainda, pelo simples decurso do prazo, forma-se a coisa julgada. Este instituto processual foi a técnica utilizada pelo legislador para assegurar a convivência social e a estabilidade de certas relações jurídicas, isso porque é conveniente que algumas decisões permaneçam imutáveis e tenham validade *erga omnes*. De um modo geral nas ações coletivas o instituto da coisa julgada atende a certas peculiaridades, sendo que por vezes sua incidência é condicionada ao resultado do processo, *secundum eventum litis*, o que significa dizer simplesmente que havendo procedência da demanda ou face à improcedência fundada em provas suficientes, operar-se-á coisa julgada; caso contrário, havendo improcedência por falta de provas, poderá ser proposta nova ação, com base em prova nova. Essa coisa julgada de acordo com o resultado do processo justifica-se pela relevância dos interesses coletivos que são discutidos no processo, que se presta a tutelar um bem maior: o interesse da coletividade. A parte disso, como regra geral, a coisa julgada é oponível apenas às partes que integraram a lide, nos processos coletivos, entretanto, há o transporte *in utilibus* da coisa julgada para as demandas individuais, sempre para o fim de beneficiar os que demandam em nome próprio, ampliando assim os limites subjetivos da coisa julgada no interesse dos demandantes individuais.

Palavras-chaves: processo civil – processo coletivo - coisa julgada – limites subjetivos

RESUMEN

Al final de una demanda, cuando no hay más oportunidad de impugnar la sentencia, por el agotamiento de la vía de apelación, o simplemente por el mero transcurso del tiempo, se hace la cosa juzgada. La cosa juzgada se debe entender como técnica usada por el legislador para asegurar la convivencia social y la estabilidad de ciertas relaciones legales, eso porque es conveniente que algunas decisiones sean imutables y tengan eficacia contra todos. En general, la cosa juzgada en acciones de clase cumple con ciertas peculiaridades, y, en ocasiones, su existencia está condicionada al resultado del proceso, y a eso se llama de cosa juzgada *secundum eventum litis*, qué significa decir simplemente eso que tiene el origen de la demanda o cara a la impertinencia establecida en bastantes pruebas, consideraba cosa será funcionada; en caso de que ese contrario, teniendo impertinencia debido a las pruebas, acción podría ser oferta nueva, en base de nueva prueba. Este acondicionamiento de la cosa juzgada al resultado del proceso se justifica por la importancia de los intereses colectivos que se discuten en el proceso, que busca proteger el bien común: el interés de la comunidad. Aparte de eso, como regla general, la cosa juzgada es oponible sólo a quién hizo parte del proceso, sin embargo, en las acciones de clase se hace el transporte in utilibus de la cosa juzgada a las demandas individuales, siempre con el propósito de beneficiar al demandante individual, ampliando así a los límites subjetivos de la cosa juzgada en el interés de los autores individuales.

Palabras-claves: acción civil - proceso colectivo - cosa considerada – límites subjetivos

LISTA DE ABREVIATURAS

CDC – Código de Defesa do Consumidor

CPC – Código de Processo Civil

LACP – Lei de Ação Civil Pública

LAP – Lei de Ação Popular

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 DA COISA JULGADA.	8
2.1 Coisa julgada formal:.....	10
2.2 Coisa Julgada Material:.....	11
2.3 Dos limites da coisa julgada.	11
2.3.1 Limites subjetivos da coisa julgada	12
3 INTRODUÇÃO AO PROCESSO COLETIVO	15
3.1 O Microsistema do CDC	17
3.2 Direitos difusos:	19
3.3 Direitos Coletivos Stricto Sensu.	21
3.4 Direitos individuais homogêneos.	24
4 RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA NAS AÇÕES COLETIVAS	27
4.1 Da coisa julgada nos processos coletivos em espécie	29
4.1.1 Coisa julgada e direitos difusos.....	30
4.1.2 Coisa julgada e direitos coletivos Stricto Sensu.....	34
4.1.3 Coisa julgada e direitos individuais homogêneos.....	35
5 CRÍTICA AOS SISTEMAS DA COISA JULGADA SECUNDUM EVENTUM LITIS E IN UTILIBUS.	42
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS	48

1 INTRODUÇÃO

As ações coletivas, cujo fundamento legal foi introduzido no ordenamento jurídico em 1965 com a lei de ação popular, introduziram na sociedade moderna importante instrumento para a tutela dos direitos transindividuais, constituindo-se em importante ferramenta para a democratização do acesso à justiça e da economia processual.

Como a lógica processualista sempre esteve voltada para o trato de questões individuais, para a sistematização desse tipo de ação a doutrina e a legislação tiveram que superar esta “fase de absoluta predominância individualista da tutela jurídica” (ALMEIDA 2008)¹, e, para isso, mais do que o simples “transplante” dos institutos processuais vigentes para o processo coletivo, algumas adaptações se fizeram necessárias: dentre elas, e talvez a mais significativa, foi a redefinição da extensão e dos limites da coisa julgada nesses processos. Corolário do princípio da segurança jurídica, este importante instituto é de suma importância não só para o Estado democrático de Direito, mas também para a própria definição de Ação Coletiva, considerando que até os mais experientes doutrinadores experimentaram alguma dificuldade para conceituá-la, sendo que a coisa julgada que faz é, quiçá, sua marca mais distintiva dos processos individuais.

Por essa razão, é a coisa julgada coletiva o objeto do presente estudo, que pretende delinear seus contornos, analisando o tema sob o prisma dos processos individuais, da mais recente doutrina e jurisprudência, e do anteprojeto de Código Brasileiro de Processo Coletivos, comparativamente a legislação em vigor que trata do assunto.

Para cumprir nossos objetivos, optamos por primeiro detalhar o instituto da coisa julgada tal como foi concebido, para depois tecer breves considerações sobre o nascimento do processo coletivo e quais são seus objetivos e finalmente nos debruçar sobre a coisa julgada coletiva e dissecar seus aspectos que se desencontram da coisa julgada individual.

¹ ALMEIDA, Gregório Assara. **Direito material Coletivo: Superação da Summa Divisio Direito Público e Direito Privado por uma nova Summa Divisio constitucionalizada**, p. 422-428.

2 DA COISA JULGADA.

2.1 Fundamentos da coisa julgada: um reflexo do princípio da segurança jurídica:

A coisa julgada é, em termos simples, uma espécie de selo judicial que o ordenamento jurídico confere a determinadas sentenças tornando-as imutáveis e indiscutíveis.

Este é um instituto de direito processual que decorre do desdobramento do princípio da segurança jurídica, que garante ao cidadão a proteção de situações jurídicas já consolidadas com o escopo de garantir a estabilidade e a paz social. Esse princípio produz reflexos por todo o ordenamento jurídico, sempre tendo em sua essência esse sentido de preservação das relações jurídicas. O princípio é tão caro ao sistema jurisdicional e a sociedade como um todo, que está encravado no inciso XXXVI do art. 5º da Constituição Federal como garantia fundamental ao cidadão de que a lei não poderá prejudicar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Nos interessa para o presente trabalho o instituto da coisa julgada, cuja essência, como já vimos, é garantir a estabilidade das relações sociais e, sobretudo, evitar o perduramento de situações indefinidas, ou ainda, nas palavras de Sálvio de Figueiredo Teixeira (1991, p. 259): “ela (a coisa julgada) surgiu no mundo jurídico como um imperativo da própria sociedade para evitar o fenômeno da perpetuidade dos litígios, causa da intranquilidade social que afastaria o fim primário do direito, que é a paz social”²

Apesar de ser uma importante garantia do cidadão, é inegável que por vezes a coisa julgada irá opor-se a ideia de justiça da decisão, pois que o privilégio de assegurar a toda coletividade que haja estabilidade nas decisões judiciais traz consigo o ônus de impor ao sistema que exista a possibilidade de que uma decisão injusta seja igualmente estável, vez que indiscutível e imutável. É o que nos ensina o Profº Fredie Didier (2010, p. 453) quando diz que “a coisa julgada não é instrumento de justiça, frise-se. Não assegura a justiça das decisões. É, isso sim, garantia da

² TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **A Ação Rescisória no Superior Tribunal de Justiça**, p. 259.

segurança, ao impor a definitividade da solução judicial acerca da situação jurídica que lhe foi submetida”³

Neste prisma, a Coisa Julgada é produto da tensão entre os princípios de justiça e da segurança, afinal, foram colocados à disposição das partes diversas ferramentas para que no processo busquem a verdade e a justiça, porém, uma vez esgotadas ou preclusas as vias recursais, é desejável que a sentença adquira estabilidade, não sendo mais possível a renovação da lide. O sistema vigente é, portanto, o resultado da ponderação destes dois princípios, um esforço no sentido de conciliar a verdade e a firmeza, sendo a coisa julgada um elemento que privilegia o valor segurança, por opção política do legislador. É a essa opção legislativa que privilegiou o princípio da segurança em detrimento da justiça que chamamos de fundamento político da coisa julgada, ou, nas palavras dos ilustres professores Marinoni e Arenhart (2001, p. 612) em sua obra Manual do Processo de Conhecimento:

“Em realidade, a coisa julgada não se liga, ontologicamente, à noção de verdade. Não a representa, nem constitui ficção (ou presunção) legal de verdade. Trata-se, antes, de uma opção do legislador, ditada por critérios de conveniência, que exigem a estabilidade das relações sociais e, conseqüentemente, das decisões judiciais. É notório que o legislador, ao conceber o sistema jurisdicional, pode inclinar-se para a certeza jurídica ou para a estabilidade: ou pode privilegiar a certeza, buscando incessantemente descobrir como as coisas aconteceram, autorizando sempre e a qualquer tempo a revisão da decisão prolatada, e fazendo infinita a solução da controvérsia; ou pode fazer prevalecer a estabilidade, pondo, arbitrariamente, em determinado momento, um fim na prestação jurisdicional e estabelecendo que a resposta dada naquela ocasião representa a vontade do Estado relativamente ao conflito posto à sua solução. É comum observar-se que o processo penal tende para a primeira opção, enquanto o processo civil dirige-se, com maior frequência, para a segunda. Nenhuma das alternativas, porém, é adotada de forma radical por qualquer destes sistemas, sempre buscando o equilíbrio ideal entre elas.”⁴

Dessa forma, concluímos que a coisa julgada é essencial para que haja estabilidade nas relações jurídicas, o que seria inexistente se a cada momento fosse possível renovar as mesmas ações com o objetivo de modificar os efeitos da sentença já proferida.

³ DIDIER JUNIOR, Fredie; et al. **Curso de Direito Processual Civil**. p. 453

⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do Processo de Conhecimento**, p. 612

Ademais, como característica incidental da coisa julgada, é pertinente mencionar que a imutabilidade e indiscutibilidade que traz consigo é a marca essencial que define, afirma e distingue o próprio Poder Judiciário do Estado democrático, vez que no sistema vigente os poderes Legislativo e Executivo não são aptos a introduzirem na esfera jurídica atos imutáveis e indiscutíveis, sendo que a única atividade estatal que pode conduzir a produção de um ato jurídico com tais qualidades é a jurisdicional, função típica e exclusiva do poder judiciário.

No que concerne ao regramento infraconstitucional do instituto, encontramos a definição de coisa julgada no art. 6º, § 3 da lei de introdução às normas do Direito Brasileiro, que dispõe que a coisa julgada ou caso julgado é a decisão judicial da qual não caiba mais recurso. O CPC, por sua vez, agregou conteúdo ao instituto através art. 467⁵, dispondo que coisa julgada material é a eficácia que torna imutável e indiscutível a sentença, não sujeita a qualquer tipo de recurso.

Para finalizar está etapa na qual nos propusemos a definir a coisa julgada, é importante observar que normalmente o instituto é tratado pela doutrina como gênero no qual se inserem duas espécies: coisa julgada formal e coisa julgada material.

2.1 Coisa julgada formal:

A coisa julgada formal é o efeito que se opera internamente à relação processual. Nada mais é do que a impossibilidade de discutir a lide no mesmo processo, valendo-se de qualquer tipo de recurso. A coisa julgada formal está intimamente ligada a ideia de preclusão, na medida em que também se refere a perda de uma faculdade processual, qual seja, a de recorrer por qualquer meio a instâncias superiores ou ao próprio juízo de primeiro grau com o objetivo de ver reformada a sentença prolatada. É, pois, efeito que sempre se opera, sendo irrelevante o fato da sentença analisar ou não o mérito da lide, bastando pura e simplesmente para sua formação o decurso do prazo recursal sem manifestação da parte. Nota-se, portanto, que a coisa julgada formal opera efeitos endoprocessuais, aproximando-se e até mesmo confundindo-se com o instituto da preclusão.

⁵ Art. 467. Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário. (grifo nosso)

2.2 Coisa Julgada Material:

A coisa julgada material é a espécie na qual reside a verdade essencial do instituto, uma vez que produz efeitos que são projetados para fora do processo, no mundo jurídico, a lide agora torna-se indiscutível e imutável em quaisquer outro processo que porventura alguma das partes queira ajuizar. Ao contrário da coisa julgada formal, cuja formação independe do fato do juiz ter ou não analisado o mérito da ação, estaremos diante da coisa julgada material somente quando se tratar de sentença definitiva, que analisa o mérito do processo; Enquanto a coisa julgada formal se aproxima e até mesmo se confunde com o instituto da preclusão, a coisa julgada material é, no processo, a expressão máxima do princípio da segurança jurídica, e também a espécie de coisa julgada que nos interessa no presente trabalho, vez que é este o ponto específico da coisa julgada onde o processo civil individual se desencontra do processo coletivo. É sobre a coisa julgada material que se processaram as alterações e adaptações que mencionamos na introdução.

Pretendemos desvendar, adiante, os exatos contornos e consequências da coisa julgada material tal como foi concebida no ordenamento para posteriormente processar e criticar as adaptações feitas no instituto pela legislação e pela doutrina. Por essa razão, sempre que nos referirmos a coisa julgada é importante que o leitor saiba que estaremos implicitamente nos reportando a sua faceta material.

2.3 Dos limites da coisa julgada.

Até aqui nossos esforços foram no sentido de definir o que vem a ser a coisa julgada, deixando claro que o objeto deste estudo é a coisa julgada na sua acepção material, que depende da existência de uma sentença definitiva, de mérito. Em síntese, a conclusão a que chegamos foi a de que a coisa julgada material é um selo judicial que confere a sentença de mérito uma qualidade tal que torna impossível sua rediscussão futura, tornando-a, por conseguinte, imutável. Neste tópico, veremos quem são os sujeitos a quem a coisa julgada nega a possibilidade de rediscussão da sentença (limites subjetivos da coisa julgada).

2.3.1 Limites subjetivos da coisa julgada

Como já vimos, a definição de coisa julgada trazida pelo legislador processualista reporta-se a eficácia da sentença, que a torna imutável e indiscutível. Antes de adentrarmos no assunto dos limites da coisa julgada, é pertinente fazer uma crítica a definição legal da coisa julgada a luz da teoria de Enrico Tulio Liebman, que foi um verdadeiro divisor de águas no tocante ao tema limites da coisa julgada.

A contribuição de Liebman é no sentido de que existe uma diferença clara entre os efeitos, ou eficácia da sentença e a autoridade da coisa julgada, havendo uma distinção substancial entre os conceitos. Segundo Liebman a autoridade da coisa julgada é a qualidade que a sentença adquire após o trânsito em julgado, não sendo, portanto, o efeito da sentença em si mesmo, mas uma qualidade que esta assume, como consequência do trânsito em julgado.

Como se tratam de figuras jurídicas diferentes, também não o poderiam deixar de ser os seus efeitos, sendo que os efeitos de uma sentença judicial se espraiam por toda a sociedade, podendo ser oponíveis a qualquer pessoa, independentemente de haver ou não coisa julgada, vinculando as partes e a terceiros, uma vez que são produtos da atividade estatal típica do poder judiciário que se presta a resolver os conflitos. Ou, nas palavras de Rony Ferreira (2004, p.84) “Sendo assim, não se pode olvidar que toda sentença, mesmo sem estar acobertada pela autoridade da coisa julgada, opera efeitos, pois não há confundir seu caráter imperativo com sua imutabilidade, ou seja, não há confundir eficácia com imutabilidade”⁶ O que não impede em nenhuma medida que aquele que se sentir prejudicado por sentença em processo do qual não participou ingresse ao poder judiciário com a intenção de repelir de sua esfera jurídica os efeitos da sentença que ofendam algum direito que lhe assiste, pois, como bem destacaram os professores Marinoni e Arenhart (2001, p. 622) “embora terceiros possam sofrer efeitos da sentença de procedência, é certo que a autoridade da coisa julgada não lhes atinge”⁷. É nesse sentido que o art. 472 do CPC incorre em imperfeição técnica ao afirmar que a sentença não beneficia e nem prejudica a terceiros, pois que, se assim fosse, não teriam razão de ser os institutos da assistência, do recurso de terceiro prejudicado ou ainda da legitimação de terceiro

⁶ FERREIRA, Rony. **Coisa Julgada nas Ações Coletivas: Restrição do artigo 16 da Lei de Ação Civil Pública**, p. 84.

⁷ ARENHART, Sergio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme, **op. cit.**, p. 622;

para ação rescisória. A título de ilustração, vejamos por exemplo o caso do credor que é prejudicado com os efeitos de uma sentença em ação reivindicatória que tira do devedor a propriedade do bem que foi dado em garantia da dívida. Ora, é inegável que o credor foi prejudicado, é inegável que foi atingido pelos efeitos da sentença, o que de forma alguma o impedirá de intentar ação no poder judiciário alegando a injustiça da decisão com base em conluio entre autor e réu, por exemplo.

Ainda, os professores Marinoni e Arenhart⁸ (2001) tiveram o cuidado de distinguir os efeitos da sentença sobre terceiros interessados e terceiros não interessados, sendo que quando terceiros interessados são prejudicados pela sentença, possuem uma série de ferramentas idôneas a repelir a agressão que a sentença lhes causou a esfera jurídica, a exemplo do recurso de terceiro, embargos de terceiro ou assistência, como já citamos. Ao passo que o terceiro desinteressado, como a família do inquilino que saiu perdedor em ação de despejo, exemplo emprestado dos autores citados, não dispõe de meios jurídicos aptos a reverter essa decisão que lhe causa prejuízo. Sendo assim, há casos nos quais a sentença de mérito produzirá sim efeitos em relação a terceiros, mas, não obstante, revela-se imutável (ao terceiro desinteressado), mas desta vez não pela imposição da coisa julgada, mas por ser este carecedor de ação, já que não tem legitimidade de agir.

Já a autoridade da coisa julgada, por sua vez, não se confunde com os efeitos da sentença, pois que é uma qualidade a mais que a sentença adquire vinculando as partes da lide e imputando a marca da incontestabilidade da sentença pelas **mesmas** partes. A coisa julgada, ao contrário dos efeitos da sentença, impõe-se somente àqueles que da lide participaram, não impedindo que terceiros devolvam ao poder judiciário a apreciação dos mesmos objetos da lide. A coisa julgada, como vimos, é consequência do trânsito em julgado da sentença e impede somente que as mesmas partes renovem a mesma ação no poder judiciário, evitando assim a perduração de situações indefinidas.

Ou seja, se pudéssemos traduzir a teoria de Liebman em uma expressão matemática teríamos que eficácia + imutabilidade = autoridade da coisa julgada.

Para finalizar o tópico, portanto, temos que a coisa julgada, nos termos do art. 472 do CPC, implicará na imutabilidade dos efeitos da sentença às partes que se confrontaram no processo, sendo que também podem ser incluídos no conceito de

⁸ **Ibidem.**

parte os sucessores das partes (a título universal), o substituído (no caso de substituição processual) ou ainda, em certos casos, o sucessor a título singular, como o adquirente da coisa litigiosa.

Frise-se, no entanto, que os sujeitos que podem ser incluídos na categoria de parte para fim de extensão dos elementos subjetivos da coisa julgada não representam uma exceção à regra contida no art. 472, numa espécie de vinculação de terceiros estranhos a relação processual outrora formada, pois que, em verdade, não se tratam de terceiros, mas sim dos próprios titulares da relação jurídica em discussão.

Tem particular relevância a figura da substituição processual, pois que ao menos aparentemente muito se aproxima da figura do processo coletivo. É imperioso registrar, porém, que se trata de instituto processual distinto e que se baseia em outras premissas, por esta razão a coisa julgada que se opera nestes processos em que há a substituição processual é distinta daquela que decorre do processo coletivo, isto porque o fenômeno da substituição processual está conectado a ideia de demandar em juízo em nome próprio pleiteando direito alheio individual, enquanto os legitimados a propor ação coletiva pleiteiam em juízo direito de natureza coletiva.

Com ressalva, há que se dizer que o tema não está totalmente pacificado na doutrina. O prof^o Egas Monis de Aragão, dentre outros, milita no sentido de que não poderia o substituído ficar sujeito a autoridade da coisa julgada, uma vez que, como não lhe foi dado comparecer no processo para defesa de seus próprios interesses, estender a ele os efeitos da coisa julgada seria negar-lhe acesso ao Poder Judiciário, o que nem a lei nem ninguém poderá fazer, nos termos do art. 5º da Carta Política, que assegura a todos a direito de inafastabilidade de jurisdição.

Mesmo considerando as valiosas considerações do nobre Professor, quer nos parecer desarrazoada a crítica que faz, isso porque a extensão da coisa julgada ao substituído é consequência lógica do próprio conceito de substituição processual. Negar-se a coisa julgada nesses casos, portanto, importaria na criação de um caso, não previsto em lei, de coisa julgada *secundum eventum litis*, hipótese na qual o adversário somente estaria sob o páreo da coisa julgada se vencido; vencedor, poderia ver contra si renovada a mesma ação, proposta diretamente pelo substituído.

3 INTRODUÇÃO AO PROCESSO COLETIVO

O início da tutela coletiva no Brasil, segundo o professor Sergio Cruz Arenhart⁹ (2003, p. 151) seguiu o mesmo caminho trilhado pelo direito continental europeu ao introduzir a tutela coletiva no ordenamento através da legislação e não da prática forense.

Essa introdução do processo coletivo na legislação é o que Mafra Leal (1998, p. 184) definiu como sendo:

“Uma ‘revolução’ de professores e profissionais do Direito que, estudando autores estrangeiros, principalmente italianos, passaram a reivindicar um tratamento processual no Brasil de conflitos metaindividuais, embora socialmente não houvesse manifestações e pressões visíveis para tal, por falta de consciência político-jurídica de grupos, pela debilidade organizacional da sociedade civil brasileira e pela repressão política vivida no país durante pelo menos duas décadas.”¹⁰

Leal (1998, p.183) ainda afirma que: “a história da ação coletiva se desenvolve com a necessidade de institucionalização de conflitos envolvendo comunidades e grupos intermediários, sem adequada representatividade política ou jurídica.”¹¹

Conforme esclarece o prof. Arenhart, o primeiro diploma destinado especificamente para a tutela dos direitos transindividuais foi a lei 4717 de 1965¹² e, ainda que se deva reconhecer a existência de leis anteriores que atribuíram as associações legitimidade para a defesa coletiva dos interesses de seus membros, “a Lei de Ação Popular foi a primeira que efetivamente procurou oferecer tutela coletiva a interesses metaindividuais, razão suficiente para ser considerada marco na história nacional dos direitos de massa” (ARENHART, 2003, p. 183)¹³.

Após este marco inicial da Lei de Ação Popular (LAP) sobrevieram a Lei de Ação Civil Pública¹⁴ (ACP) e o Código de Defesa do Consumidor¹⁵ (CDC) que, como bem destaca o Prof⁹ Elton Venturi (2007, p.17), conjugados constituíram-se em um “marco fundante de um verdadeiro sistema processual coletivo”¹⁶.

⁹ ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. p. 151.

¹⁰ LEAL, Márcio Flávio Mafra. **Ações coletivas: história, teoria e prática**, p.183

¹¹ **idem**

¹² Lei de Ação Popular

¹³ ARENHART, Sérgio Cruz.**op. cit**, loc. cit.

¹⁴ Lei 7347 de 24 de Julho de 1985

¹⁵ Lei 8.078 de 11 de Setembro de 1990

¹⁶ VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo**. p. 17.

O processo coletivo é o instrumento que melhor expressa a revolução da lógica processual antes voltada pura e cegamente ao tratamento de questões individuais.

Importante também, a parte da abordagem dos planos teórico e histórico das ações coletivas, fazer uma reflexão sobre quais foram os motivos práticos que demandaram a concepção desta então nova ferramenta processual e o que com elas se pretendia obter, considerando o tipo de provimento jurisdicional que o autor coletivo deduziria em juízo.

Nesse diapasão, podemos enumerar como algumas das razões que levaram a essa superação da individualidade do processo:

- I) A necessidade de ampliar o acesso à justiça
- II) A modificação ou dissuasão de comportamentos
- III) O desejo de isonomia entre as partes litigantes
- IV) A economia de recursos processuais e judiciais
- V) Combate as decisões conflitantes.

Dessa forma, fazendo jus aos motivos que demandaram a sua criação, as ações coletivas são importantes instrumentos para a defesa dos direitos transindividuais, assim entendidos os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Em verdade, sempre que estivermos a falar de ação coletiva necessariamente estaremos tratando de direito transindividual¹⁷, porém a recíproca não é verdadeira. Melhor dizendo, nem sempre que o objeto da ação seja direito transindividual obrigatoriamente ela será coletiva, e está é uma premissa importante para a definição do que outorga essa característica de coletivo a um processo judicial; Por isso, qualquer definição de ação coletiva que leve em conta apenas a natureza do direito por ela tutelado estará incompleta.

Nesse sentido, esclarecedor o exemplo de Antonio Gidi¹⁸ (1995, p. 15) em sua obra *Coisa Julgada e Litispendência nas Ações Coletivas* no qual ilustra uma situação hipotética em que todos os associados de uma pequena empresa de assistência médica ajuízem, em litisconsórcio ativo, uma ação contra aumentos ilegais de

¹⁷ Ressalvando-se o caso dos direitos individuais homogêneos, que apesar de não serem essencialmente transindividuais, têm natureza 'acidentalmente' transindividual, como veremos no capítulo apropriado.

¹⁸ GIDI, Antonio. **Coisa Julgada e Litispendência em Ações Coletivas**, p. 15

mensalidade: nota-se, no exemplo, que apesar de se tratar de direito coletivo, não há que se falar em ação coletiva, apenas de litisconsórcio ativo.

Por isso, a definição que nos parece mais adequada é a de que a ação coletiva é aquela proposta por um dos legitimados ativos, cujo objeto é um direito de natureza transindividual e cuja coisa julgada atinge algum nível do universo coletivo, além das partes da ação.

Nesse sentido temos a valorosa contribuição de Kazuo Watanabe (1984, p.195) ao afirmar que:

“A natureza verdadeiramente coletiva da demanda depende não somente da legitimação ativa para a ação e da natureza dos interesses ou direitos nela vinculados, como também da causa de pedir invocada e do tipo e abrangência do provimento jurisdicional postulado, e ainda da relação de adequação entre esses elementos objetivos da ação e a legitimação ad causam passiva”¹⁹.

3.1 O Microsistema do CDC

O CDC, como vimos, não foi o primeiro a abordar a questão dos processos coletivos, mas, pelo contrário, é um dos diplomas legais mais recentes que regulamentaram a questão. É inegável que a normativa do CDC é marcadamente progressista no trato dos direitos materiais que outorgou ao consumidor, considerando que conferiu importantes mecanismos para sua proteção, não só no que diz respeito a sua defesa a título individual, mas também a título coletivo.

Aliás, em matéria de processo civil, o CDC tem uma clara preocupação com a proteção coletiva, e esta questão fica patente quando nos debruçamos sobre o título III da referida lei, que cuida da “Defesa do Consumidor em Juízo”, e isto é compreensível, pois, como argumenta o Prof^o Rizzatto Nunes (2005, p.83), na medida em que quando se trata de relações de consumo “existe sempre a possibilidade de se causar pequenos danos a milhares, milhões de consumidores. E somente a ação coletiva pode ter eficácia contra abusos assim perpetrados.”²⁰

Para ilustrar o caso o autor dá o exemplo de um grande banco que envia aos seus correntistas uma carta informando que automaticamente os incluiu no serviço de proteção ao cartão de crédito e, portanto, os correntistas passarão a arcar com um

¹⁹ WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**, p.195

²⁰ NUNES, Rizzatto. **As ações coletivas e as definições de direito difuso, coletivo e individual homogêneo**, p. 83.

custo adicional mensal no valor de R\$ 1,00, que será cobrado junto com a fatura. Ora, é evidente que muito provavelmente neste caso a maioria dos consumidores não iria empenhar esforços para reverter a situação, e não por desconhecimento ou desídia, mas sim por se tratar de um prejuízo irrisório à esfera individual (o que não evita a enorme vantagem ilícita ao banco, que possui milhares de clientes). Nesse caso, como bem destacou o autor, o único meio eficaz contra este tipo de abuso é a ação coletiva.

No que concerne aos direitos coletivos propriamente ditos, andou bem o legislador consumeirista ao categorizar as espécies de direitos metaindividuais em três grupos, acabando com a antiga e exaustiva discussão doutrinária daqueles que se propunham a debater a natureza dos diferentes tipos de direitos transindividuais. Por isso, como destacou Ricardo de Barros Leonel (2002, p.137):

“A concessão de definições legais aos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, embora não isenta de críticas quanto à sua precisão, teve o mérito de afastar incerteza científica, doutrinária e jurisprudencial, que ao largo de muitos anos perdurou com relação às mencionadas categorias jurídicas.”²¹

Mas, como bem destacou o professor Elton Venturi (2007), em verdade o grande mérito da conceituação reside no fato de determinação da viabilidade de tutelas tanto preventivas como como repressivas referentes a violação dos interesses superindividuais, decorrentes do emprego de quaisquer espécies de ações e de provimentos judiciais. Isso porque a explicitação legal destes direitos efetivamente os equipararam à figura de direito subjetivo.

Importante mencionar também que, além do cuidado ao diferenciar cada uma das espécies de interesses metaindividuais, o legislador também não se olvidou de regular a respectiva legitimação e dar os contornos aos limites subjetivos da coisa julgada que se formará em cada uma das hipóteses.

Finalmente, outra grande façanha do diploma consumeirista foi a de dar coesão a legislação que trata do tema ação coletiva, e o fez através de dois dispositivos, quais sejam, em seu art. 110 o CDC inseriu no inc. IV do art. 1º da lei de Ação Civil Pública, cláusula de encerramento que tornou a enumeração legal do rol de interesses aberta ou exemplificativa, permitindo a defesa em juízo de todo e qualquer interesse difuso ou coletivo.

²¹ LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**, p. 137

Já o art. 117 do CDC adicionou à LACP o art. 21, que estendeu as avançadas disposições do diploma consumerista a todas as ações civis públicas que tenham por objeto direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que lhe for cabível, e assim criou um verdadeiro sistema de processo coletivo. Lembremo-nos, também, que existem inúmeras outras leis extravagantes que regulam interesses transindividuais mais específicos (investidores do mercado de valores imobiliários, pessoas portadoras de deficiência, criança e adolescente) que também fazem menção à aplicação subsidiária da Lei de Ação Civil Pública, sendo que, agora, também implicitamente se referem ao CDC. Daí referir-se à existência do que podemos chamar de microssistema do processo coletivo.

Como destacamos no tópico anterior, um dos elementos essenciais para a definição das ações coletivas é a natureza transindividual dos direitos que se propõe a tutelar. Daí a importância de detalharmos as formas pelas quais esses tipos de direito se apresentam no nosso ordenamento: a um para fixar uma noção mais completa das ações coletivas, e a dois porque a depender da espécie de direito transindividual envolvido na lide poderemos verificar o alargamento ou a redução dos limites subjetivos da coisa julgada coletiva, objeto do presente estudo.

Os direitos transindividuais se apresentam no ordenamento sob três formas: Direitos coletivos, Direitos difusos e Direitos individuais homogêneos.

3.2 Direitos difusos:

No tocante aos direitos difusos, importante contribuição nos traz o art. 81,²² do Código de Defesa do Consumidor quando dispõe que interesses ou direitos difusos podem ser entendidos como os transindividuais, de natureza indivisível, cuja titularidade seja de pessoas indeterminadas e ligadas por circunstância de fato.

Os interesses difusos, são, portanto, aqueles titularizados por um grupo no qual os membros não possuem uma relação jurídica entre si, sendo que o que tem em comum é unicamente a circunstância de fato. Além disso, a característica principal do grupo que compõe a coletividade é que além de indeterminado, é indeterminável,

²² Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único: A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I- interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos desse Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstância de fato.

possuindo um objeto indivisível entre os membros da coletividade, compartilhado por número indeterminável de pessoas. Essas marcas - circunstâncias meramente fáticas e indeterminabilidade do grupo - são as características que distinguem o direito difuso do direito coletivo, pois, como veremos adiante, ambos tem objeto indivisível, mas no caso do direito difuso, ao contrário do coletivo,

“não se concentra a titularidade da pretensão indivisível em torno de grupamentos sociais identificáveis como classes ou categorias, justamente porque sua origem é meramente circunstancial e fática, não derivando de relações formais entre os seus titulares, que, em última análise, devem ser concebidos como todos os indivíduos.”²³ (VENTURI, 2007, p.54)

São exemplos tradicionais de direitos difusos as questões ligadas ao meio ambiente, como o direito ao ar puro, à limpeza das águas, à preservação da fauna e da flora. São direitos inerentes a toda humanidade, ou, mais especificamente - mas ainda de forma indeterminada -, a um grupo mais restrito, como uma vizinhança, uma comunidade ou os habitantes de um determinado município, estado, e assim por diante.

E está é também a circunstância fática que une os membros do grupo titular do direito difuso: o fato de coabitarem uma determinada região, de serem investidores, usuários, ou beneficiados pela fruição do meio ambiente. Não há que se confundir com a circunstância fática que gerou o dano, que gerou a pretensão resistida para a tutela do direito difuso, pois, como bem nos alerta Ricardo de Barros Leonel (2002)²⁴: o mesmo fato danoso pode dar ensejo a diferentes tipos de pretensões, como, por exemplo, uma indústria que se instala em uma determinada região e polui de forma irresponsável, extremamente prejudicial e em desacordo com a regulamentação pertinente. Ora, é possível neste caso que os moradores da região, enquanto coletividade indeterminada titular do direito de respirar ar puro (direito difuso), ajuízem ação para inibir a conduta da empresa ré. É possível, ainda, que a associação de empresas de turismo da região, que representa uma coletividade determinada, tenha interesse em repelir a agressão ao meio ambiente fundando sua pretensão no interesse de manter a boa imagem da região (direito coletivo). E, por

²³ VENTURI, Elton. **op.cit**, p. 54.

²⁴ LEONEL, Ricardo de Barros. **op. cit**, p.101

último, mas não menos plausível, é razoável imaginar que o grupo mais específico de moradores que habita as imediações da indústria venha a sofrer problemas mais graves de saúde e, como consequência, desejem pleitear a indenização correspondente (direito individual homogêneo).

Ainda que o exemplo seja didático para explicitar a distinção entre as espécies de direito transindividual, sua utilidade neste momento se presta a esclarecer que a circunstância fática que une os titulares do direito difuso é pré-existente ao fato danoso que lhes desperta o interesse de agir.

Nesta mesma esteira, outra característica do direito difuso é a sua indivisibilidade, ou seja, não é possível sua fruição por um particular individualmente considerado. Assim, vemos que a satisfação de um direito difuso para alguém, importa necessariamente na sua satisfação para todos e sua violação para um, implica na violação para todos²⁵.

Registre-se, no entanto, que o fato de se tratar de direito de natureza indivisível em nenhuma medida impede a apuração -e a consequente reparação- do dano causado individualmente, isso porque é evidente que uma eventual violação a um direito difuso certamente violará a esfera jurídica de toda esta coletividade indeterminada, mas de forma distinta, em menor ou maior grau para cada membro do grupo, individualmente considerado.

3.3 Direitos Coletivos Stricto Sensu.

Começamos novamente com a definição legal trazida pelo CDC desta vez no inciso II do já citado art. 81 do Código do Consumidor²⁶, que define como coletivos os direitos que, mais uma vez indivisíveis, são titularizados por categoria, classe ou grupo de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base.

Quanto a característica da individualidade, o raciocínio é o mesmo que recém desenvolvemos para tratar dos interesses difusos. Trata-se, basicamente, da

²⁵ A esse respeito, esclarecedor o exemplo do direito de respirar ar puro, pois a sua individualização, fruição individual é inconcebível.

²⁶ Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único: A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

II- interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base.

impossibilidade de fruição individual desses direitos, que não podem ser individualizados, e da unidade que caracteriza sua satisfação ou violação (ou todos têm seu direito satisfeito \ violado ou ninguém os tem).

A verdade é que, mesmo a parte da característica da indivisibilidade, os direitos difusos e coletivos guardam entre si mais semelhanças do que diferenças, derivando de um núcleo comum. Tanto é assim que o Anteprojeto de Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América em seu art. 1º, I,²⁷ unificou-os sob a alcunha de direitos difusos. Mas, como a técnica do CDC resultou nesta tripartição dos direitos metaindividuais, analisemos as diferenças entre um e outro tais como foram colocadas pelo legislador consumeirista.

No caso dos direitos coletivos, também a sua titularidade não pode ser singularizada, pois que pertence a todos os membros do grupo, com a diferença de que este grupo agora pode ser determinado ou ainda determinável e, ao contrário do que ocorre com os direitos difusos, a coletividade agora tem seus membros conectados por uma relação jurídica que os une, ou ainda por uma relação jurídica que os sujeitos individualmente considerados têm com uma parte contrária em comum, como os moradores em associação de moradores ou a dos integrantes de um mesmo grupo consorcial.

Ao definir os direitos coletivos *stricto sensu*, muitos autores inserem a ideia de que são aqueles titularizados por organizações ou associações que mantêm um vínculo com os seus representados, está é a lição de Antônio Benjamin, quando nos ensina que os direitos coletivos *stricto sensu*:

“São os interesses titularizados por sujeitos organizados e formalmente representados por determinado organismo, seja um sindicato, uma associação ou, ainda, o Ministério Público. Ao contrário de uma agregação meramente fática (difusidade), a organização produz uma relação jurídica a vincular os vários sujeitos envolvidos, num feixe de vínculos que os aglutina entre si, ou com a parte contrária.”²⁸ (2010, p.1302)

Apesar de didática, este tipo de definição deve ser analisada com bastante cuidado, na medida em que o autor claramente outorgou a titularidade dos direitos

²⁷ Art. 1º A ação coletiva será exercida para a tutela de:

I- interesses ou direitos difusos, assim entendidos os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas por circunstâncias de fato ou, entre si ou com a parte contrária, por uma relação jurídica base;

²⁸ BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao código de defesa do consumidor**, p. 1302

coletivos exclusivamente àqueles 'formalmente' representados por associações ou entidades de classe. A esse respeito, no entanto, nos parecem mais adequadas as considerações do professor Elton Venturi (2007) quando afirma que a legitimação ativa atribuída a estas entidades para a promoção dos interesses coletivos não pode implicar em qualquer restrição a extensão dos benefícios desta ação a todos os integrantes do grupo, classe ou categoria, independentemente de estarem ou não vinculados formalmente ao legitimado ativo para a defesa desses interesses²⁹.

Ademais, depreende-se da própria sistemática do CDC que esta é a interpretação mais adequada, isto porque ao tratar da extensão subjetiva da coisa julgada em processos que envolvem direitos coletivos o legislador determinou que a eficácia da sentença será *ultra partes*, para o fim de beneficiar indistintamente a todos os titulares de direito coletivo. Ainda mais porque se a coisa julgada só pudesse ser estendida aos representados formalmente pelo demandante não estaríamos diante do fenômeno da ação coletiva, mas sim da substituição processual e se fosse este o caso, desnecessário seria o CDC valer-se da expressão *ultra partes*.

No tocante a relação jurídica - ou entre os próprios membros do grupo ou em comum entre os indivíduos do grupo e a mesma parte contrária - necessária a existência dos direitos coletivos, é importante esclarecer que precisará ser pré-constituída, ou seja, não é uma relação jurídica que nasce da violação dos interesses coletivos do grupo, primeiro por uma questão lógica, e, segundo, porque se o que fizesse nascer a relação jurídica fosse um ato ilícito que ofende a esfera jurídica de outrem estaríamos diante, no máximo, de direito individual homogêneo, como veremos adiante.

Por fim, é preciso ressaltar que, embora muitas vezes a doutrina utilize o termo "Direitos Coletivos" como sinônimo de direito supraindividual, neste trabalho sempre que nos referirmos a direitos coletivos é preciso que se subentenda que implicitamente se tratam de direitos coletivos *strictu sensu*, ou seja, neste estudo não usaremos o termo direito coletivo como sinônimo de direito supraindividual.

²⁹ VENTURI, Elton. **op. cit.**, p. 17

3.4 Direitos individuais homogêneos.

Os Direitos Individuais Homogêneos tem sua definição legal positivada no inciso III do art. 81 do CDC³⁰, sendo que no que a eles se refere a única característica que lhes confere a natureza de transindividual é o fato de que decorrem de uma origem comum.

Os Direitos individuais homogêneos diferem dos anteriores na medida em que, ao contrário dos difusos e coletivos, são perfeitamente individualizáveis, pois que aqui se cuida de direitos divisíveis, sendo que o traço que os define como homogêneos corresponde justamente a origem comum, porém individual, de que decorrem.

Um dos exemplos mais esclarecedores é o do acidente de um ônibus que vem a colidir deixando mortos e feridos. O que gera o direito a indenização dos transportados ou de seus familiares. O que liga os interessados é a origem em comum do qual decorrem seus direitos, qual seja, o acidente causado por culpa da transportadora.

Nota-se que também aqui tratamos de uma coletividade, potencialmente indeterminada, mas, ainda sim, determinável. Apesar de reconhecer sua existência enquanto coletividade não é apropriado nos reportarmos a ela como um grupo, classe ou categoria, vez que a definição destes conceitos esbarra necessariamente na existência de relação jurídica entre os seus membros, ou, no mínimo, depende da existência de relação jurídica base que os membros do grupo tenham em comum com a parte contrária. O fenômeno que observamos no trato dos direitos individuais homogêneos é o de uma coletividade de indivíduos que possuem uma relação jurídica individual com uma mesma parte contrária, e esta relação jurídica não é pré-constituída, mas decorrente de uma “origem comum”, nos termos do CDC, que pode ser um ato ou um fato, uma ação ou uma omissão que faz nascer a relação jurídica, normalmente relacionada ao dever de reparar algum dano.

É forçoso reconhecer que os direitos individuais homogêneos são os tradicionais direitos individuais subjetivos tal qual os conhecemos, aos quais, por política processual, considerando a pluralidade de sujeitos envolvidos e a

³⁰ Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único: A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

III- interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

homogeneidade da origem comum dos pedidos, o legislador emprestou a proteção coletiva.

Essa opção política do legislador, que criou a possibilidade de tutela coletiva aos direitos individuais, é a maior contribuição do CDC ao processo coletivo em termos de inovação, considerando que as legislações anteriores – LACP e LAP – se propuseram a regulamentar a tutela coletiva exclusivamente para a proteção de direitos de natureza essencialmente transindividual.

O tratamento do CDC para a tutela coletiva dessa classe de direitos (individuais homogêneos) foi inspirado no modelo norte-americano das *class actions for damages*, embora com algumas adaptações, que veremos mais adiante.

Regulamentou-se apenas que homogêneos serão aqueles interesses “decorrentes de origem comum”, não sendo especificado nenhum critério quantitativo ou qualitativo para que se outorgue a característica de homogêneo a este enfeixado de direitos individuais que decorrem de origem comum, no entanto, nos parecem pertinentes as considerações de Antônio Benjamin (2010) a esse respeito quando sugere que deve existir uma razoável repercussão social causada pela multiplicidade de eventos oriundos de um fato comum para que se justifique a relevância da tutela coletiva sobre estes interesses, citando como exemplos a venda de determinado produto em quantidade inferior ao montante especificado, ou no reforçado peso político de uma ação coletiva de indenização movida por familiares de vítimas de um acidente aéreo, ou ainda, os clientes de instituição financeira que objetivem a repetição de tarifas abusivas pagas indevidamente.³¹

Importante ressaltar que, como já dissemos, ao contrário das outras espécies que estudamos, esta é essencialmente individual - sendo apenas acidentalmente metaindividual - e, como tal, poderia ser perfeitamente pleiteada individualmente por seus titulares, o que faz saltar aos olhos a opção política do legislador, que possibilitou uma tutela bivalente para esta classe de direitos, que podem ser demandados tanto a título individual como coletivo. Sendo que essa acertada opção transparece que foi privilegiada a economia processual, prevenindo-se a proliferação de numerosas demandas individuais - onde se repetem o mesmo pedido e causa de pedir -; a uniformização dos julgados, evitando-se o conflito lógico dos julgados em situações

³¹ BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **op. cit.**, p. 1304.

similares e por fim, mas não menos importante: privilegiou-se o acesso à justiça, como bem destacou Ricardo de Barros (2002, p. 109):

“Andou bem o legislador ao dar sequência à modernização do ordenamento processual, permitindo a integração dos interesses individuais homogêneos ao processo coletivo. Permite-se o acesso à justiça de pretensões que não teriam condições de ser trazidas ao conhecimento do Poder Judiciário isoladamente. É como se houvesse a reunião, num único processo, de várias demandas individuais com resultados mais satisfatórios.”³²

Como dissemos, não é incomum que, por vezes, a lesão individualmente considerada causa uma lesão ínfima a esfera jurídica do lesionado, mas um grande benefício econômico para o autor do dano. Isso sem considerar a manifesta desproporção entre os recursos técnicos e jurídicos do demandado, litigante habitual, em face dos normalmente escassos recursos do demandante individual.

³² LEONEL, Ricardo de Barros. **op. cit**, p. 109

4 RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA NAS AÇÕES COLETIVAS

Em que pese o seu *status* constitucional, cabe ao legislador infraconstitucional traçar o perfil dogmático da coisa julgada, sendo assim, é possível que, quando achar conveniente, não atribua a certas decisões a aptidão para adquirir o selo judicial da coisa julgada, ou ainda, exija pressupostos para a sua ocorrência mais ou menos brandos/rigorosos.

Como já vimos, a disciplina da coisa julgada no ordenamento jurídico pátrio vem regulada em capítulo próprio do diploma processual civil. No tocante a esta regulação, ganha especial relevo o art. 471³³ que dá conteúdo ao instituto e define também em seus incisos algumas exceções a este selo judicial, ou seja, hipóteses nas quais mesmo havendo decisão judicial que ponha fim ao processo (sentença), a coisa julgada sobre ela não incidirá.

A primeira exceção a coisa julgada se reporta a decisões judiciais que dispõem sobre relações jurídicas continuativas, ao passo que a segunda faz uma referência genérica aos “demais casos prescritos em lei”

E é exatamente no segundo inciso desse artigo que o legislador processual abriu a possibilidade para que fossem introduzidas em nosso contexto jurídico novas exceções a imutabilidade da coisa julgada e, no arcabouço legal que regula o instituto nos processos coletivos, ganha destaque o CDC, na medida em que trouxe importantes avanços em termos de processo coletivo, mormente porque o legislador tomou o cuidado de estender as avançadas disposições de processo coletivo do CDC às Ações Cíveis Públicas da Lei 7347.85 de maneira a permitir que as regras do diploma consumerista sejam aplicadas em processos que não envolvam relações de consumo, articulando no ordenamento um microsistema de processos coletivos.

Como vimos, existe uma gama substancial de direitos aos quais podemos atribuir a alcunha de transindividuais, e não é diferente com os tipos de provimento jurisdicional que podem ser deduzidos nos diferentes tipos de ação coletiva.

Outrossim, o arcabouço normativo que dá suporte a essas demandas encontra-se principalmente - mas não apenas - na lei de ação civil pública e no Código

³³ Art. 471. Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo:
I - se, tratando-se de relação jurídica continuativa, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito; caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença;
II - nos demais casos prescritos em lei.

do Consumidor, legislações que, junto com a lei de ação popular, positivaram no ordenamento jurídico os pilares do sistema hoje utilizado para reger o instituto da coisa julgada nestes processos.

Outrossim, como bem esclareceram os professores Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2008, p. 748):

“A ação coletiva para a tutela de direitos difusos e coletivos é basicamente regida pelo conjunto formado pela Lei da Ação Civil Pública e pelo Código de Defesa do Consumidor. Em verdade, não se trata de uma única ação, mas sim de um conjunto aberto de ações, de que se pode lançar mão sempre que se apresentem adequadas para a tutela desses direitos. Nesse sentido, claramente estabelece o art. 83 do CDC que, para a defesa dos direitos difusos e coletivos, são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela. Portanto, não se pode dizer, realmente, que exista *uma* ação coletiva. Existe, isto sim, uma categoria de ações, que recebem o rótulo de “ação coletiva”, mas que se mostram distintas entre si com as peculiaridades de cada direito carente de tutela.”³⁴

E é justamente nesse cenário plural de ações coletivas que se insere a possibilidade de flexibilização da coisa julgada de acordo com o caso concreto.

Entretanto, essas ações não foram as únicas figuras processuais com vocação para mitigar a coisa julgada, veja-se, por exemplo, que o ordenamento há tempos admite a rescisão do *descisum* - obedecidos alguns requisitos - através da Ação rescisória. A parte disso, mais recentemente existe também uma tendência jurisprudencial em relativizar a coisa julgada frente a ações cujo objeto seja direito fundamental da pessoa, a exemplo de ações de investigação de paternidade³⁵ ou em hipóteses que digam respeito a moralidade pública.

Entretanto, mesmo tendo em conta essas já existentes possibilidades de relativização da coisa julgada, é forçoso reconhecer que a proliferação de ações civis públicas e de ações coletivas em geral trouxe consigo a latente necessidade de delimitar, de maneira diferenciada, o rol de pessoas que terão suas esferas jurídicas atingidas pela eficácia da coisa julgada.

³⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **op. cit.**, p. 748

³⁵ Exemplificativamente, no sentido do texto, RE 363.889/DF (...)2. Deve ser relativizada a coisa julgada estabelecida em ações de investigação de paternidade em que não foi possível determinar-se a efetiva existência de vínculo genético a unir as partes, em decorrência da não realização do exame de DNA, meio de prova que pode fornecer segurança quase absoluta quanto à existência de tal vínculo. 3. Não devem ser impostos óbices de natureza processual ao exercício do direito fundamental à busca da identidade genética, como natural emanação do direito de personalidade de um ser, de forma a tornar-se igualmente efetivo o direito à igualdade entre os filhos, inclusive de qualificações, bem assim o princípio da paternidade responsável. STF - RE 363.889 - DF - Rel. Min. Dias Toffoli - DJe 16/12/2011.

Como já mencionamos na introdução, o simples transplante da coisa julgada tradicional, tal como foi concebida, causaria prejuízos aos processos coletivos na medida em “uma delimitação excessivamente rigorosa dos limites subjetivos da coisa julgada nas ações coletivas pode constituir um obstáculo irremovível à tutela jurisdicional dos direitos superindividuais.”³⁶ (GIDI, 1995, p. 58)

Outrossim, é da índole da tutela coletiva tratar dos interesses comuns a milhares ou milhões de pessoas, que via de regra não comparecem pessoalmente ao procedimento judicial para tutela de seu direito material ou ainda, não raro, sequer sabem da existência da demanda coletiva. Neste prisma, é a essência transindividual e indivisível das pretensões difusas e coletivas, por si só, que torna praticamente inviável a aplicação do esquema tradicional para a coisa julgada que incide nas demandas coletivas. (VENTURI et al. 2007)³⁷

Como vimos, a coisa julgada é um instituto que nasce da colisão entre os princípios de justiça-verdade e de estabilidade das decisões judiciais, sendo que quando de sua concepção houve a opção política do legislador por privilegiar a estabilidade das decisões. Neste esteira, concluímos que a concepção da coisa julgada veio como necessária garantia da segurança jurídica, e não da justiça das decisões. No sistema da coisa julgada nos processos coletivos, pela relevância dos direitos meta-individuais tutelados, muitas vezes considerados como direitos fundamentais da humanidade, a coisa julgada foi relativizada, e está é, quiçá, a grande revolução do sistema da coisa julgada *in utilibus*, na medida em que, no tocante aos processos coletivos, o legislador inverteu a própria lógica pré-concebida do instituto, privilegiando a justiça das decisões em processos que se prestem a tutelar direitos de tamanha relevância, desta vez em detrimento da estabilidade das decisões judiciais.

4.1 Da coisa julgada nos processos coletivos em espécie

Determina o Código de Defesa do Consumidor que a coisa julgada nas hipóteses de ações que versem sobre interesses metaindividuais operará efeitos *secundum eventum litis* e *erga omnes*. Estas duas técnicas, que veremos detalhadamente a seguir, foram conjugadas pela legislação a fim de dar origem ao

³⁶ GIDI, Antonio. **op. cit.**, p. 58

³⁷ VENTURI, Elton. **op. cit.**, p. 380.

sistema da coisa julgada *in utilibus*, que autoriza oponibilidade da coisa julgada coletiva em processo individual apenas e tão somente para o fim de beneficiar o demandante individual e nunca para prejudicá-lo.

4.1.1 Coisa julgada e direitos difusos.

Como já vimos, os interesses difusos podem ser definidos como aqueles de natureza transindividual e indivisível, estando os seus titulares ligados entre si por circunstâncias de fato, razão pela qual integram uma coletividade indeterminável, ou seja, não é possível determinar exatamente quantos são os sujeitos envolvidos pela circunstância de fato que conecta os afetados pela conduta causadora de dano.

Enquanto o art. 81, par. ún., inc. I³⁸ do CDC positivou o conceito de direito difuso o art. 103,³⁹ do mesmo diploma regulamentou a coisa julgada nestes processos, determinando que a coisa julgada será erga omnes, ressalvando que, nesses casos, a decisão projeta seus efeitos para fora do processo de acordo com o resultado da lide, ou seja, condicionou-se a superveniência da coisa julgada ao resultado do processo.

Para melhor avaliar as possíveis consequências da sentença de mérito em processo coletivo que tenha como objeto os direitos difusos é necessário que consideremos os três possíveis desdobramentos de uma decisão judicial dessa natureza:

a) Lide julgada procedente:

No caso de a lide ser julgada procedente a coisa julgada irá operar efeitos erga omnes, ou, melhor dizendo, estenderá seus efeitos não só as partes que litigaram no processo, mas a todos os eventuais envolvidos na circunstância fática que conecta os titulares do direito difuso entre si.

³⁸ Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

³⁹ Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada:

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

Não é possível que direitos e interesses metaindividuais sejam defendidos em juízo senão por aqueles aos quais a legislação expressamente atribuiu legitimidade para sua defesa a título coletivo. O que não significa dizer que um determinado indivíduo não possa, legitimamente, invocar direito transindividual em juízo quando este se constituir em pressuposto lógico para a defesa de seus interesses individuais.

Nesta mesma linha de raciocínio, portanto, temos que um mesmo evento (a poluição de um rio, por exemplo) possa ao mesmo tempo dar ensejo a um pedido versando a repercussão difusa do mesmo (ação coletiva), bem como a outro pedido visando a tutela específica dos direitos de uma determinada pessoa por ele afetada (ação individual). Nessa hipótese de procedência do pedido na ação coletiva, é possível que o indivíduo que precisaria propor sua própria ação de conhecimento individual, baseando-se na mesma causa de pedir remota (responsabilidade da empresa pela poluição do rio) seja beneficiado pelo resultado da ação coletiva, podendo proceder de imediato a liquidação dos danos - cabendo-lhe, naturalmente, demonstrar que sua condição específica se encaixa naquele objeto da decisão da ação coletiva - postulando a quantificação dos danos por ele sofridos. Não mais se discutirá, entretanto, se houve ou não responsabilidade da empresa poluidora pelos danos causados⁴⁰. (ALVIM et al. 2005)

E não poderia ser de outro jeito, afinal, se não fosse possível esse transporte da coisa julgada em benefício dos terceiros⁴¹, alguns dos principais objetivos da ação coletiva estariam comprometidos, quais sejam, a economia processual e a uniformidade das decisões judiciais. Melhor dizendo, uma vez julgada procedente a demanda coletiva, imediatamente se multiplicariam uma série de demandas individuais com o mesmo pedido e causa de pedir, abarrotando o poder judiciário com incontáveis demandas repetidas, mudando apenas o autor, e ainda haveria o risco de decisões judiciais contraditórias em lides praticamente idênticas.

Por isso, considerando que estes dois elementos - economia processual e uniformidade de decisões - se inserem na própria essência das ações coletivas, entendemos que essa coisa julgada *in utilibus*, que aproveita ao réu somente quando

⁴⁰ ALVIM, Eduardo Arruda. **Apontamentos Sobre o Processo das Ações Coletivas**, p. 36

⁴¹ O uso da expressão terceiros, considerando o contexto em que a estamos empregando, revela-se um tanto quanto inadequada, pois os 'terceiros' aos quais nos referimos são na verdade os integrantes da coletividade que titulariza o direito transindividual. Sendo assim, mesmo sendo um termo didático para explicar o tema, é preciso utilizar o vocábulo com a ressalva de que o estamos utilizando para referir-se àqueles que não integraram a relação processual.

lhe convenha, é da própria natureza das ações coletivas, ou ainda, nas palavras de Gidi (1995, p. 61), “se após o trânsito em julgado em julgado da sentença coletiva qualquer interessado precisasse discutir novamente o litígio em outro processo para obter a tutela do seu direito, de nada teria servido a propositura da ação coletiva.”⁴²

b) Lide julgada improcedente por insuficiência de provas:

Neste caso, por deficiência de provas, ou mesmo pela falta delas, a demanda é julgada improcedente. Conforme podemos extrair da redação do já citado art. 103, I, este é um caso *sui generis* no ordenamento jurídico, no qual não há nenhuma coisa julgada, senão a formal, pois que, conforme preceitua o CDC, no caso de improcedência por falta de provas, qualquer legitimado poderá renovar a ação coletiva, com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

Essa técnica utilizada pela legislação para repelir a coisa julgada de sentenças cuja improcedência baseia-se em falta de provas tem o intuito de evitar situações de conluio entre autor e réu, nas quais o autor da demanda coletiva utiliza-se, propositadamente, de uma instrução probatória confusa ou deficiente para o fim de ver a demanda julgada improcedente.

Esse sistema, no entanto, não foi uma inovação do CDC, como bem aponta Araújo Filho (2002, p. 177):

“Repetiu o CDC no inciso I do art. 103, a bem sucedida fórmula do art. 18 da lei 4717/65 (Lei da Ação Popular), depois copiada pelo art. 16 da Lei nº 7347/85 (LACP) que impede a formação da coisa julgada material quando o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, evitando, assim, ações propostas açodadamente e mal instruídas, ou até mesmo ajuizadas em conluio com o réu, e que levem a improcedência do pedido, venham a inibir a repropositura da ação, pelo mesmo fundamento, e o julgamento da pretensão com base em nova prova.”⁴³

A esse sistema que impede a formação da coisa julgada por ocasião da sentença de improcedência cuja fundamentação é a ausência de provas convencionou-se chamar de coisa julgada “*secundum eventum probationis*”.

Conforme depreende-se da literalidade do texto legal, ratificado pela doutrina majoritária, que também defende uma interpretação literal, qualquer legitimado - sem ressalvas - poderá intentar novamente a mesma ação coletiva em caso de

⁴² GIDI, Antonio. **op. cit.**, p. 61

⁴³ ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: direito processual.** p. 177

improcedência por falta de provas. Portanto, inclusive o mesmo legitimado poderá renovar a mesma ação, ou seja, trata-se de situação em que houve a proscricção total coisa julgada material, vez que nesta hipótese foi completamente renegada. Mais adiante neste trabalho, faremos uma análise mais detida do sistema da coisa julgada *secundum eventum probationis*, em tópico exclusivo.

c) Lide julgada improcedente por qualquer outra razão que não a insuficiência de provas:

Como vimos, o código consumerista, via de regra, impõe que os efeitos da coisa julgada em processo coletivo tenha eficácia erga omnes, salvo o caso específico da improcedência por falta de provas, evento no qual não há coisa julgada sequer entre as partes que integraram a lide. No caso da sentença definitiva de improcedência cujo fundamento não se baseie em falta de provas voltamos a regra geral do CDC e os efeitos serão também erga omnes, de forma a vincular os demais legitimados, que também não poderão repropor a mesma ação coletiva contra o réu.

Necessário dizer que, mesmo projetando efeitos erga omnes, a decisão de improcedência em processo coletivo jamais será óbice a propositura de demandas individuais com base no mesmo fato e contra o mesmo réu, isso de acordo com a previsão expressa do parágrafo primeiro do art. 103 do CDC⁴⁴. Por essa razão, há que se apontar a diferença existente entre o efeito erga omnes da sentença de procedência, que vincula a todos os legitimados, impedindo a renovação da ação coletiva e estendendo seus limites subjetivos de forma a aproveitar a todos os indivíduos envolvidos, considerados na sua individualidade, e a sentença de improcedência que não se baseia em falta de provas, que também projeta efeitos erga omnes, mas vincula apenas e tão somente os legitimados a propor ação coletiva, não impedindo que se postule em juízo em nome próprio, com suporte na mesma causa de pedir e pedido.

Como já dissemos no início deste capítulo, a coisa julgada terá seus limites subjetivos expandidos apenas *in utilibus*, ou seja, apenas para o fim de beneficiar aqueles que não integraram a relação processual quando promovam suas demandas individuais, e não poderia ser diferente, considerando a garantia constitucional da

⁴⁴ § 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.

inafastabilidade do poder judiciário, que assegura que a lei não excluirá do poder judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito, e, além disso, como asseverou Antonio Gidi (1995, p.59):

“Se déssemos à ação instaurada coletivamente o condão de obstar quaisquer outras ações individuais, através de uma esdrúxula “legitimidade extraordinária compulsória e absoluta” (algo semelhante à legitimidade extraordinária exclusiva), isso importaria o sacrifício em massa dos direitos individuais de terceiros, o que seria intolerável, principalmente em face da perspectiva da possibilidade de existência de fraude organizada para prejudicá-los”⁴⁵

4.1.2 Coisa julgada e direitos coletivos stricto sensu.

Como vimos, a técnica do CDC pôs fim as discussões doutrinárias ao trazer claras definições e distinções entre direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Sendo assim, o conteúdo da definição de direitos coletivos - stricto sensu - ficou por conta do inc. II do art. 82⁴⁶ enquanto que a disciplina da coisa julgada correspondente a esses direitos foi regulada no inc. II do art. 103⁴⁷.

Basicamente, enquanto que a regra ao se tratar de direitos difusos é que a coisa julgada produz efeitos *erga omnes*, quando o objeto da lide são direitos coletivos a coisa julgada produz efeitos *ultra partes*, numa espécie de relação de proporcionalidade na qual direitos difusos estão para coisa julgada *erga omnes* assim como direitos coletivos estão para coisa julgada *ultra partes*.

O legislador levou em conta a natureza distinta dos direitos para adaptar o tipo de eficácia da coisa julgada, pois, nos direitos difusos, seus titulares integram uma coletividade indeterminada e indeterminável, daí o efeito *erga omnes* para beneficiar a toda a sociedade, indistintamente, ou melhor dizendo, a todos aqueles que na prática estiverem inseridos no contexto da circunstância fática que conecta os membros da coletividade, dando uma ideia de maior amplitude, ao passo que coisa julgada *ultra partes* transmite uma noção um pouco mais restrita, mas mesmo assim

⁴⁵ GIDI, Antonio. **op. cit.**, p. 59

⁴⁶ Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

⁴⁷ Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada:

II - *ultra partes*, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81

transparecendo que os efeitos se projetam para além das partes do processo, só que desta vez para uma coletividade mais restrita, determinada ou determinável. Trata-se, em verdade, de uma diferença meramente conceitual de duas coisas que conduzem ao mesmo resultado prático: a extensão da coisa julgada para além das partes que litigaram no processo.

Apesar da diferença de nomenclatura, que atende puramente a critérios técnicos do legislador consumerista, o resultado prático é o mesmo, qual seja, a coisa julgada apenas terá ampliados seus limites subjetivos para o fim de beneficiar os titulares do direito considerados individualmente, e nunca para prejudicá-los (coisa julgada *in utilibus*), com a diferença de que no caso da coisa julgada *erga omnes* os efeitos da coisa julgada se alastram por toda coletividade, ao passo que na coisa julgada *ultra partes* os efeitos são limitados ao grupo, categoria ou classe, daí a adoção de uma expressão que reflete essa circunstância de limitabilidade.

No caso específico da sentença de improcedência por falta de provas não há que se falar em coisa julgada material pois neste caso o legislador optou por impedir que uma sentença com essa característica faça qualquer coisa julgada, senão a formal.

Com exceção da pontual distinção no que concerne a diferença de nomenclatura, todas as considerações que fizemos na coisa julgada para direitos difusos são perfeitamente aplicáveis para tratar da coisa julgada nos direitos coletivos.

4.1.3 Coisa julgada e direitos individuais homogêneos.

Como vimos está é a espécie de direito transindividual que mais difere das duas anteriores na medida em que é fundamentalmente individual, melhor dizendo: tratam-se agora de direitos divisíveis e, ao contrário dos outros dois, perfeitamente individualizáveis. Em verdade, sua natureza transindividual é meramente acidental e decorre de uma opção política do legislador, que achou por bem conferir a possibilidade de tutela coletiva a interesses individuais convergentes, homogêneos, entendendo-se como tais aqueles que decorrem de uma origem comum, por esta razão, é correto dizer que esta nova espécie de tutela coletiva foi concebida no bojo de uma nova política processual que prestigia princípios como o da celeridade e o da economia processual, vez que os titulares desse direito “de origem comum” poderiam perfeitamente defender suas pretensões de forma individual sem problema algum.

Por sua vez, os direitos individuais de origem homogênea foram tratados pelo CDC no inc. III do art. 81⁴⁸, ficando a disciplina de sua coisa julgada a cargo do inciso III do art. 103, que conferiu a essa classe de direitos tratamento jurídico diverso do que foi dispensado aos direitos difusos e coletivos.

Conforme a regra geral, neste caso também a coisa julgada somente se estenderá para todos produzindo efeito *erga omnes* quando para beneficiar a todas as vítimas e seus sucessores (coisa julgada *in utilibus*), sendo que uma eventual sentença de improcedência somente fará coisa julgada para aqueles que integraram a lide, na qualidade de litisconsortes.

Ou seja, no caso dos direitos individuais homogêneos não tem pertinência examinar se a improcedência da ação deveu-se ou não a uma eventual falta de provas, pois que são irrelevantes os fundamentos que conduziram à sentença de improcedência, mas apenas e tão somente nos cabe verificar quem foram os sujeitos que integraram diretamente a lide, pois que a coisa julgada, em caso de improcedência, somente a eles vinculará, conforme disposição expressa do par. 2º do art. 103 do CDC⁴⁹.

Melhor dizendo, o legislador consumerista entendeu por bem não aplicar o sistema da coisa julgada *secundum eventum litis* aos direitos individuais homogêneos, razão pela qual uma eventual sentença de improcedência que se sustente na deficiência probatória fará coisa julgada impedindo a renovação de ações coletivas com o mesmo objeto.

A inaplicabilidade da coisa julgada *secundum eventum litis* na tutela dos direitos individuais é consequência da própria opção política do legislador consumerista que inovou na proteção dos direitos individuais homogêneos outorgando-lhes a faculdade de proteção pela via coletiva. Há que se lembrar que esses direitos são essencialmente individuais, e, nesta qualidade, ao contrário dos essencialmente metaindividuais, podem ser legitimamente pleiteados em juízo em nome próprio, por seus titulares. Ou seja, existe uma dúplici proteção a esses direitos, que podem ser pleiteados tanto na via individual como na coletiva. É nesta medida

⁴⁸ Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

⁴⁹ § 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.

que a inoponibilidade da coisa julgada nas demandas coletivas julgadas improcedentes por ausência ou deficiência de provas não se justifica no âmbito dos direitos homogêneos, isso porque tendo em vista a faculdade de se pleiteá-los posteriormente pela via individual fica atenuado o temor de que uma possível colusão entre as partes no processo coletivo impeça *ad eternum* a tutela desses interesses, que podem ser futuramente pleiteados pela via individual.

Entretanto, há que se analisar o tema com certa ressalva, afinal, conforme frisamos ao tratar da definição de direitos individuais homogêneos, por vezes estaremos diante de um ato ilícito que atinge tão minimamente a esfera jurídica do particular que sua defesa a título individual mostra-se inoportuna, mas, quando considerado na sua totalidade o dano gera uma enorme vantagem econômica ao autor do ilícito⁵⁰.

Nesses casos – em que a única forma eficaz, na prática, de tutelar os direitos individuais é pela via coletiva – o impedimento da repositura da ação coletiva conduz ao “virtual aniquilamento das pretensões individuais de todos aqueles que não têm nem nunca terão incentivo ou condições materiais para o comparecimento pessoal a juízo” (VENTURI, 2007, p. 394)

Nesta esteira, caminha no sentido correto o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos ao estender a aplicação da coisa julgada *secundum eventum litis* a todos os processos de índole coletiva, independente da natureza do direito tutelado.

Portanto, no sistema atual do CDC para os direitos individuais, temos que a coisa julgada da sentença coletiva de improcedência operará efeitos *erga omnes*, impedindo a renovação da ação coletiva por qualquer legitimado (independente do fundamento da sentença), sem, no entanto, prejudicar os interesses individuais dos envolvidos, que poderão mover demandas em nome próprio, salvo aqueles que integraram a lide na qualidade de litisconsortes. Em contrapartida, no caso de procedência do pedido, a exemplo do que ocorre com os direitos transindividuais, poderá haver o transporte da coisa julgada para as demandas individuais sempre com

⁵⁰ Oportuno retomar o exemplo do Banco que envia aos seus correntistas uma carta informando que automaticamente os incluiu no serviço de proteção ao cartão de crédito e que, portanto, passarão a arcar com um custo adicional mensal no valor de R\$ 1,00, que será cobrado junto com a fatura. Muito provavelmente a maioria dos consumidores não irá empenhar esforços para reverter a situação, e não por desconhecimento ou desídia, mas sim por se tratar de um prejuízo irrisório à esfera individual (o que não evita a enorme vantagem ilícita ao banco, que possui milhares de clientes).

o fim de beneficiar a vítima ou seus sucessores, quando estiverem em juízo em nome próprio.

Como dissemos, o a tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos foi inspirada no modelo americano das *class actions for damages*, com algumas adaptações, naturalmente. No modelo americano não se cogita neste sistema de coisa julgada *in utilibus* que condiciona a vinculação -a título individual- da decisão coletiva à procedência do pedido.

A diferença é reflexo das distintas formas de controle de legitimidade do autor coletivo nos dois sistemas, considerando que no sistema norte-americano a legitimidade do autor coletivo é previamente atestada pelo juízo através de inúmeros mecanismos legais que se prestam a assegurar a *adequacy of representation*, e não são poucos os critérios de avaliação utilizados pela corte para auferir essa adequada representação.

Além da minuciosa verificação judicial para aferir a legitimidade e adequação da representação, a legislação estadunidense que regula o tema ainda exige a notificação pessoal de todos os interessados, para que, caso desejem, exerçam o seu direito de exclusão da ação de classe (*opt out*) e assim não lhes seja oponível o comando da decisão coletiva em nenhuma hipótese.

É tão marcante essa característica da judicialização do controle da legitimidade para exercer a ação coletiva nos Estados Unidos que, caso algum interessado se sinta prejudicado pela forma como a ação coletiva foi conduzida, o primeiro passo quando do ajuizamento da ação individual será demonstrar em juízo a inadequada representação, para que, quando constatada, afaste-se a autoridade de uma eventual sentença coletiva de improcedência e se discuta a questão a título individual.⁵¹(GIDI et al. 1995)

No que concerne ao caso brasileiro, a questão da legitimidade para representação foi resolvida através da presunção legal de que todos os legitimados elencados no art. 82 do CDC gozam de uma presunção relativa de que representam adequadamente os interessados, sendo inexigível, ainda, a comunicação de todos os envolvidos.

Em contrapartida, a solução adotada pelo legislador - para que este método mais simples de legitimação não importasse no sacrifício em massa dos interesses

⁵¹ GIDI, Antonio. **op. cit.**, p. 238

individuais dos envolvidos - foi a de condicionar o efeito *erga omnes* da decisão coletiva ao seu conteúdo, e assim trilhar o mesmo caminho das ações que cuidam de direitos metaindividuais, transportando a coisa julgada coletiva para a realidade individual apenas *in utilibus*, para o fim de beneficiar o demandante, sem nunca prejudicá-lo, ressalvando-se o caso daqueles que atuaram na ação coletiva em litisconsórcio ativo, que, ao optar por este caminho, declaram expressamente sua vontade de submeter-se a autoridade da decisão coletiva (numa espécie do que podemos chamar de *opt in*).

Entendemos que este tratamento diferenciado da questão da legitimação e seu consequente reflexo na coisa julgada, em comparação com o sistema original da *class action for damages* é a mais substancial adaptação pela qual passou a *class action* no seu processo de 'tropicalização' antes de ser inserida no contexto brasileiro. No tocante a essas mudanças, compartilhamos do entendimento do professor Elton Venturi (2007, p. 392), quando ensina que:

“Mediante tal técnica o legislador pátrio procurou incrementar o efetivo acesso à justiça, relativizando os enormes e muitas vezes insuperáveis obstáculos sociais, econômicos, políticos e técnicos infligidos à tutela jurisdicional, com apuro científico que alçou o processo civil coletivo brasileiro a inegável condição de vanguarda.”⁵²

A parte disso, como bem assevera Antonio Gidi (1995, p. 239), as exigências da *class action* americana, mormente a questão da exigibilidade de notificação pessoal dos interessados, acabam por implicar em um ônus financeiro muitas vezes insuportável pelo autor da ação coletiva, criando obstáculos intransponíveis para a defesa coletiva desses direitos.⁵³

É nessa medida que entendemos que o modelo da *class action for damages*, com as exigências com as quais foi concebido nos Estados Unidos, não é compatível com o sentimento de proteção do CDC, que, em termos de processo coletivo, tentou equilibrar a assimétrica relação entre consumidor ofendido e fornecedor ofensor assegurando mecanismos que atenuem o ônus da judicialização dos conflitos, não se encaixando nesta lógica um sistema que pudesse implicar no desproporcional sacrifício dos interesses de milhares de consumidores.

⁵² VENTURI, Elton. *op. cit.*, p. 392..

⁵³ GIDI, Antonio. *op. cit.*, p. 239

No tocante a oponibilidade da coisa julgada aos que do processo coletivo participaram na qualidade de litisconsortes, trata-se, na verdade, do desdobramento do instituto tradicional da coisa julgada, que determina que a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada. Ora, considerando que os direitos individuais homogêneos são apenas acidentalmente metaindividuais, e que no caso do litisconsorte em processo coletivo é oportunizada diretamente a ampla defesa e o contraditório para a defesa de seus interesses, não haveria razão para autorizar-se a rediscussão da lide a título individual.

Importante mencionar também o dispositivo do art. 104 do CDC que outorgou aos litigantes em ações individuais, cujo objeto esteja relacionado a direitos coletivos ou individuais homogêneos, à faculdade de requerer a suspensão do processo no prazo de 30 dias, contados da ciência da ação coletiva, com a finalidade de aproveitar a coisa julgada do processo coletivo.

Nestes casos, a doutrina defende ser imprescindível que a ciência da tramitação da demanda coletiva seja dada pelo réu, nos próprios autos, de forma inequívoca, não se admitindo a ciência informal.

Caso o autor opte pela suspensão do processo e sobrevenha sentença coletiva de procedência, este poderá aproveitá-la para proceder diretamente a liquidação e execução de seu dano individual. Sobrevenha sentença coletiva de improcedência cessará a suspensão do processo individual, que prosseguirá até que sobrevenha sentença de mérito.

Num primeiro momento, o leitor pode pensar se haveria alguma razão suficientemente adequada para que o autor do processo individual, cientificado da existência da ação coletiva, não opte pela suspensão de seu processo, considerando que desta opção aparentemente não há possibilidade de consequências negativas. A resposta é afirmativa, pois quando o pleito da ação coletiva é de índole condenatória a jurisprudência costuma deferir na ação individual um *quantum* superior ao que é deferido na ação coletiva.

Outra questão interessante que poderia dar ensejo a controvérsias é o caso do autor individual que, vencido na demanda individual, observa posteriormente o ajuizamento de demanda coletiva com a consequente procedência do pedido.

Versando ambas as lides sobre o mesmo direito transindividual, poderia o autor da ação individual aproveitar a coisa julgada coletiva, mesmo tendo contra si a eficácia da coisa julgada da demanda em que litigou sozinho? Parte da doutrina

entende que neste caso deverá prevalecer o princípio da isonomia e a parte deveria também ser beneficiada com a nova coisa julgada coletiva, sendo que os apoiadores desta corrente também sustentam seu argumento na jurisprudência dominante que, diante da coexistência de duas coisas julgadas, defende a prevalência da última coisa julgada até o advento da ação rescisória.

Não é este o entendimento de Pedro Dinamarco (2001, p. 109), que, com razão, afirma:

“A coisa julgada, por traduzir justamente a imutabilidade dos efeitos da sentença e por ser uma garantia constitucional, deve prevalecer. Abrir exceções como essa, sem qualquer caráter científico e sem qualquer previsão expressa, tornaria o sistema muito inseguro”⁵⁴

Quer nos parecer que este é o entendimento mais correto, vez que sopesando ambos os princípios constitucionais, quais sejam, o da isonomia e o da coisa julgada (reflexo da segurança jurídica), deve prevalecer o da coisa julgada, pois que é norma de ordem pública que se presta a garantir estabilidade e paz a toda sociedade, devendo prevalecer sobre os egoísticos interesses individuais da parte que viu sua demanda ser julgada improcedente.

⁵⁴ DINAMARCO, Pedro da Silva. **Ação Civil Pública**, p.109

5 CRÍTICA AOS SISTEMAS DA COISA JULGADA *SECUNDUM EVENTUM LITIS* E *IN UTILIBUS*.

Como vimos, o sistema da coisa julgada *secundum eventum litis* ou *secundum eventum probationis*, como o nome sugere, é basicamente um sistema no qual a decisão do juiz que julga improcedente o pedido por falta de provas não produz coisa julgada, sendo portanto admitido que qualquer legitimado -inclusive aquele já vencido por falta de provas na ação coletiva- poderá renovar a ação contra o mesmo réu. Esse é o sistema aplicado à maioria das ações coletivas, a exceção daquelas em que se discute direito individual homogêneo, ocasião na qual o sistema do *secundum eventum litis* não tem aplicação (vide item 4.1.3).

Neste tópico nos debruçaremos sobre a técnica da coisa julgada *secundum eventum litis* e sobre a eficácia *erga omnes* ou *ultra partes* da coisa julgada, entendendo-se esta última como o instrumento que se presta a estender os efeitos da coisa julgada para além das partes do processo, enquanto que o sistema do *secundum eventum litis* reporta-se a específica situação de improcedência por falta de provas.

Essas duas técnicas, que se prestam ao tratamento da coisa julgada coletiva, conduzem ao fenômeno da coisa julgada *in utilibus*, que determina a oponibilidade da coisa julgada apenas para beneficiar os titulares dos direitos meta-individuais, nunca para prejudicá-los.

Atente-se também para o fato de que nos processos coletivos há a formação de uma coisa julgada assimétrica, na medida em que no caso de improcedência da ação (salvo no caso de falta de provas, hipótese em que não se forma nenhuma coisa julgada) faz-se coisa julgada apenas para os legitimados a proposição da demanda coletiva, enquanto que no caso de procedência da ação a autoridade da coisa julgada impõe-se também aos legitimados a proposição da ação coletiva, mas aproveita também aos indivíduos que futuramente demandem em juízo em nome próprio. Analisando-se a questão do ponto de vista do réu, o réu que sai vitorioso na ação coletiva ganha apenas do legitimado coletivo e quando sai derrotado perde de todos.

Essa coisa julgada *secundum eventum litis*, como bem destacou o professor Marinoni (1999, p. 93) , ao optar pela não formação da coisa julgada quando o resultado do processo derivar de uma instrução probatória deficiente, rompe com o princípio de que a plenitude do contraditório é suficiente para se fazer surgir uma cognição exauriente, isso para que não fossem sacrificados os interesses individuais

dos envolvidos em função de uma participação falha do autor da demanda coletiva, ou, melhor dizendo:

“Quando o legislador afirma que não há coisa julgada material quando a prova é insuficiente, há ruptura com o princípio (que é uma ficção necessária) de que a plenitude do contraditório é bastante para fazer surgir cognição exauriente. Há, em outras palavras, expressa aceitação das hipóteses de que a participação do legitimado (do art. 82) no processo pode não ser capaz de fazer surgir cognição exauriente, e de que esta deficiente participação não pode prejudicar a comunidade ou a coletividade. É correto afirmar, portanto, que - nas ações que tutelam direitos metaindividuais pode haver sentença de improcedência de cognição não exauriente, ou melhor, sentença de improcedência com carga declaratória insuficiente para a produção de coisa julgada material. Nas ações coletivas que tutelam direitos transindividuais, assim, a sentença de improcedência de cognição exauriente e a sua consequência, que é a formação de coisa julgada material, ocorre *secundum eventum probationis*”⁵⁵

Outra questão que devemos enfrentar ao tratar da coisa julgada *secundum eventum litis* é a questão da nova prova, condição *sine qua non* para a repositura da demanda coletiva.

No que concerne a nova prova, existem duas correntes doutrinárias com interpretações distintas: a primeira, com uma interpretação mais restritiva, defende que o juiz deve indicar ou ao menos deixar implícito em sua fundamentação, que a improcedência do pedido deveu-se a uma instrução probatória deficiente, defendendo que esta circunstância deve constar na motivação ou no dispositivo da decisão, caso contrário, a sentença fará coisa julgada material tradicional *inter partes*, sendo também oponível aos demais legitimados⁵⁶. Este é o entendimento de Arruda Alvim, quando afirma que:

“A improcedência por insuficiência de provas deverá constar ou, ao menos, defluir da fundamentação da sentença, e esta circunstância é que será o parâmetro decisivo para viabilizar-se a propositura da mesma ação, calcada em nova prova. Ou seja, é a insuficiência de prova, como tal declarada, que determinará a não-ocorrência de coisa julgada. Se tiver sido esse o fundamento da improcedência, é ele que determina a não-ocorrência de coisa julgada; e, pois, se houver nova prova, pode ser reproposta a ação civil coletiva; se não vier a existir nova prova, ainda que não haja coisa julgada, aquela circunstância não poderá vir a ser útil na ordem prática, como poderia ter vindo a ser”⁵⁷.

⁵⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**, p.93

⁵⁶ O anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos se propõe a solucionar a questão no par. único de seu art.12, determinando que “na sentença de improcedência, o juiz deverá explicitar se rejeita a demanda por insuficiência de provas.

⁵⁷ Arruda Alvim, “Notas sobre a coisa julgada coletiva”. Revista de Processo, São Paulo, RT, n. 88, p. 37

O autor ainda explica que, caso o magistrado não deixe consignado na sentença a questão da prova, é desejável que se interponha embargos de declaração para que o juiz declare, se for o caso, que a improcedência da ação foi consequência de uma instrução probatória deficiente, e assim possibilitar a renovação da ação coletiva por outro legitimado.

A segunda corrente caminha no sentido oposto defendendo uma interpretação mais ampla do dispositivo, militando no sentido de que não é necessário que o magistrado se pronuncie expressa ou implicitamente sobre a deficiência das provas. É a corrente a que se filia o professor Antonio Gidi (1995, p. 131), quando nos ensina que:

“Se o objetivo primordial colimado pelo legislador através dessa norma é evitar processos fraudulentos e o perecimento do direito superindividual por desídia, incompetência ou mesmo má-fé por parte do autor coletivo, entendimento diverso inviabilizaria a própria regra, pois é perfeitamente possível autor e réu mancomunados induzirem o juiz em erro. E em casos que tais não haveria qualquer interesse em embargar de declaração ou mesmo apelar, pois o que o autor objetiva mesmo é a fraude.”⁵⁸

Nesta mesma esteira, Gidi defende um critério mais substancial para aferir se a improcedência foi ocasionada por falta de provas ou não. Assim, sempre que qualquer legitimado propuser a mesma ação coletiva com novo material probatório, demonstrará, *ipso facto*, que a ação coletiva anterior havia sido julgada por instrução deficiente.

O professor Elton Venturi (2007, p. 388) também flerta com este entendimento, defendendo que:

“Se não constitui tarefa difícil ao juiz concluir pela insuficiência ou deficiência das provas, para o fim de julgar improcedente o feito, não parece razoável, nem lógico, imaginar-se que tenha condições de afirmar, por ocasião da prolação da sentença, peremptória e definitivamente, que as provas produzidas foram suficientes para demonstrar a improcedência dos pedidos deduzidos.”⁵⁹

A parte da discussão de qual deve ser o critério utilizado para interpretar se a improcedência da ação teve como causa a insuficiência de provas, é incontroverso que a legislação condicionou a repositura da ação à apresentação de nova prova,

⁵⁸ GIDI, Antonio. **op. cit.**, p. 131

⁵⁹ VENTURI, Elton. **op. cit.**, p. 388

sendo que o legitimado coletivo que se propõe a demandar despido de nova prova é carente da ação, na medida em que não possui interesse de agir⁶⁰ (GIDI, et al. 1995).

É imperioso reconhecer que o sistema da coisa julgada *secundum eventum litis* é deveras importante vez que notadamente se presta a impedir situações nas quais eventualmente o autor, em conluio com o réu, apresente um conjunto probatório deficiente para o fim de ver a demanda ser julgada improcedente, fazendo coisa julgada e prejudicando os demais legitimados, que teriam contra si a imponência da coisa julgada, e assim seriam impedidos de rediscutir judicialmente o objeto da disputa. Ou ainda, como sugere o Professor Américo Bedê Freire Júnior (2005), a previsão tem por escopo evitar a injustiça de uma coisa julgada que se produza num contexto de omissão do autor, ou ainda, do juiz que não cumpre com seu papel no processo civil moderno.⁶¹

A doutrina é uníssona ao afirmar que o sistema da coisa julgada *secundum eventum litis*, quando impede a formação da coisa julgada ante a um arcabouço probatório deficiente, visa a evitar que por conluio do colegitimado com o réu, ou ainda, por incompetência, o autor coletivo de causa a formação da coisa julgada em prejuízo da tutela coletiva de direitos que só podem ser defendidos legitimamente através desta via coletiva.

O que nos intriga é o fato de que a doutrina também é relativamente pacífica em reconhecer a possibilidade do mesmo autor coletivo, que viu sua demanda ser julgada improcedente por falta de provas, renovar a ação coletiva contra o mesmo réu, neste sentido a valiosas lições de Ada Pellegrini Grinover (2001, p. 854), que milita no sentido de que:

“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 4717 /65: se a lei quisesse impedir a renovação da demanda pelo mesmo autor popular teria dito “qualquer outro cidadão” em vez de “qualquer cidadão”. O raciocínio aplica-se ao inc. I do art. 103 do Código, que utiliza a expressão “qualquer legitimado”, e não “qualquer outro legitimado”⁶².

⁶⁰ GIDI, Antonio. **op. cit.** p. 136

⁶¹ FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. **Pontos Nervosos da Tutela Coletiva: Legitimação, Competência e Coisa Julgada**, p. 76.

⁶² GRINOVER, Ada Pellegrini *et. al* **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**, p. 854

Ao mesmo tempo em que nos parecem razoáveis as considerações de Grinover, o que nos intriga é o fato de que se o sistema do *secundum eventum litis* sugere que uma possível coisa julgada por instrução probatória deficiente pode derivar de uma colusão do autor com o réu, ou mesmo da incompetência do réu, se é assim, como autorizar o mesmo réu a renovar a mesma ação?

Considerando essa aparente contradição, temos que, mais do que evitar que uma postura questionável do demandante coletivo cause prejuízos a efetiva tutela coletiva dos direitos transindividuais, temos que o sistema do *secundum eventum litis* deriva de uma revisão da opção política quando da concepção do instituto da coisa julgada, pois que, como vimos, a coisa julgada é um instituto que nasce da colisão entre os princípios de justiça-verdade e de estabilidade das decisões judiciais, sendo que quando de sua concepção houve a opção política do legislador por privilegiar a estabilidade das decisões, nesta esteira, explicamos no tópico 2 que a coisa julgada, tal como foi concebida, veio como garantia a segurança jurídica, e não como garantia a justiça das decisões. Por isso, entendemos que o legislador, ao ponderar sobre a relevância dos direitos envolvidos nas ações coletivas, inverteu os valores lógicos do próprio instituto, redefinindo a opção política original da coisa julgada para o fim de privilegiar a verdade, justiça da decisão, em detrimento de sua estabilidade.

Registre-se, no entanto, que este sistema de coisa julgada de acordo com o resultado do processo – com a solução para o caso específico da ausência de provas - não foi uma inovação do Código Consumista, isso porque a Lei de Ação Popular (Lei 4717/65) positivou o instituto em seu art. 18, o que foi reproduzido pela lei das Ações Civas Públicas (Lei 7347/1985) no seu art. 16 e finalmente pelo Código do Consumidor em 1990.

Mas, assim como é inegável que esse sistema é benéfico, também nos parece patente que a ausência absoluta de coisa julgada material ao fim de um processo judicial é prejudicial na medida em que extirpa do processo a marca que define a atividade típica e exclusiva do poder judiciário, distinguindo-o dos demais poderes.

Certo é que o sistema do *secundum eventum litis* não é imune a críticas, pois como afirma Pedro Dinamarco (2001, p.103):

“Essa coisa julgada *secundum eventum litis*, adotada por vários países, era criticada por Mauro Cappelletti. Afinal, se a parte representa adequadamente os membros de um grupo, então não se poderia distinguir entre efeitos favoráveis ou contrários, devendo a coisa julgada estender-se a todos os representados... Não se pode pensar exclusivamente no lado coletivo; ele é relevantíssimo, mas o indivíduo-réu não pode estar eternamente sujeito à

angustia, aos riscos e ao elevado custo decorrente de um sem número de processos (nas demandas coletivas sequer tem havido condenação do autor pelos encargos da sucumbência), apesar de já ter saído vencedor em uma demanda coletiva.”⁶³

Sendo assim, mesmo reconhecendo o mérito do legislador ao regular o tema das ações coletivas, temos que reconhecer que por vezes coloca o réu em situações delicadas, na medida em que contribui para o prolongamento de situações indefinidas, cujo combate é justamente a finalidade da coisa julgada.

Não é por outro motivo que Pedro Dinamarco⁶⁴ (2001, p. 104) oferece uma série de mecanismos que seriam aptos a solucionar o impasse da coisa julgada *secundum eventum litis*, dentre as quais, por exemplo, delegar ao juiz a competência para determinar se a coisa julgada estaria ou não subordinada a esse sistema e em que medida, afinal, se o juiz constatar que na causa o autor da ação é instituição idônea (como o Ministério Público) e os argumentos jurídicos foram bem articulados pela parte autora, não haveria razão para impedir que seja agasalhada pela coisa julgada.

Neste prisma, nos parece razoável considerar a busca de eventuais soluções que atenuem o ônus do réu das ações coletivas que fica numa situação delicada, mesmo considerando sua privilegiada condição de vantagem econômica e técnica e sua qualidade de litigante habitual, neste sentido as pertinentes considerações de Pedro Dinamarco (2001) quando defende que essas soluções visam minimizar os efeitos negativos da coisa julgada *secundum eventum probationis*, impedindo que determinada pessoa seja alvo de sucessivas demandas coletivas, em função de um único fato, pois que, não se pode pensar exclusivamente no lado coletivo deixando indivíduo-réu eternamente sujeito à angustia, aos riscos e ao elevado custo decorrente de um sem-número de processos.

Por esta razão, entendemos adequada a solução adotada pelo Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos no sentido que determina no art. 13, § 1º que a ação só poderá ser renovada num interstício de dois anos contados da descoberta da prova nova⁶⁵.

⁶³ DINAMARCO, Pedro da Silva. **op. cit.**, p.103

⁶⁴ **Idem.**

⁶⁵ Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. Art. 13. Coisa julgada – nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As ações coletivas foram concebidas como um instrumento hábil a permitir um correto equacionamento dessa 'nova' dimensão de direitos declarados no bojo da modernidade, além de contribuir para um acesso à justiça mais rápido e unânime.

Nesta perspectiva tentamos tecer alguns comentários, sobre o tão envolvente tema das ações coletivas, principalmente no que se refere a coisa julgada, em cuja matéria o CDC trouxe importantes avanços na medida em que possibilitou ao substituído na ação coletiva que se beneficie da coisa julgada coletiva, sem, no entanto, ver-se prejudicado por uma eventual sentença de improcedência.

Conforme defendemos neste trabalho, são essenciais os avanços que foram assegurados pelos sistemas da coisa julgada *in utilibus* e *secundum eventum litis*, na medida em que este último, conforme defendemos, implicou numa verdadeira revisão da opção política em que se sustenta a coisa julgada, de forma a privilegiar a justiça da decisão, pois que em termos de ação coletiva sempre estaremos diante de um direito transcendental, cuja relevância atinge de forma significativa a sociedade.

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

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

- ALMEIDA, Gregório Assara. **Direito material Coletivo: Superação da Summa Divisio Direito Público e Direito Privado por uma nova Summa Divisio constitucionalizada**. Belo Horizonte: Del Rel, 2008
- ALVIM, Eduardo Arruda. **Apontamentos Sobre o Processo das Ações Coletivas**. In: MAZZEI, Rodrigo Reis; NOLASCO, Rita Dias (Org.). *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Quartir Latin, 2005.
- ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: direito processual**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003. (Temas Atuais de Direito Processual Civil, 6)
- BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão nº 363889. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, 16 dez. 2011.
- COSTA, Yvete Flávio da. **Tutela dos Direitos Coletivos: Fundamentos e pressupostos**. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2011
- DIDIER JUNIOR, Fredie; et al. **Curso de Direito Processual Civil**. 5ª ed. vol 2. Salvador: Podvm, 2010
- DINAMARCO, Pedro da Silva. **Ação Civil Pública**. São Paulo: Saraiva, 2001, p.109
- FERREIRA, Rony. **Coisa Julgada nas Ações Coletivas: Restrição do artigo 16 da Lei de Ação Civil Pública**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed, 2004, p. 84.
- FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. **Pontos Nervosos da Tutela Coletiva: Legitimação, Competência e Coisa Julgada**. In: MAZZEI, Rodrigo Reis; NOLASCO, Rita Dias (Org.). *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Quartir Latin, 2005.
- GIDI, Antonio, **Coisa Julgada e Litispendência em Ações Coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995
- GRINOVER, Ada Pellegrini *et. al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 7. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001
- LEAL, Márcio Flávio Mafra. **Ações coletivas: história, teoria e prática**. Porto Alegre: Fabris, 1998

LEITE, Eduardo de Oliveira. **A monografia jurídica**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do Processo de Conhecimento: A tutela jurisdicional através do processo de conhecimento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 3 ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 1999.

NUNES, Rizzato. **As ações coletivas e as definições de direito difuso, coletivo e individual homogêneo**. In: MAZZEI, Rodrigo Reis; NOLASCO, Rita Dias (Org.). *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **A Ação Rescisória no Superior Tribunal de Justiça**. In: *Recurso no Superior Tribunal de Justiça* (Coord. própria). São Paulo, Saraiva, 1991

TESHEINER, José Maria. **Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo**. São Paulo: Malheiros, 2007

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. São Paulo, Max Limonad, 1984