

A TUTELA JURISDICCIONAL DOS INTERESSES DO CONSUMIDOR BRASILEIRO

Ada PELLEGRINI GRINOVER

SUMÁRIO: I. O código brasileiro de defesa do consumidor e seus antecedentes; II. A tutela jurisdiccional dos direitos e interesses do consumidor; III. As class actions brasileiras; IV. A ação coletiva para a defesa dos interesses individuais homogêneos do Código de defesa do consumidor; V. O regime da coisa julgada nos processos coletivos; VI. Conclusão.

J. O CÓDIGO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E SEUS ANTECEDENTES

A 11 de março de 1991 entrou em vigor, no Brasil, o Código de Defesa do Consumidor, um conjunto orgânico de disposições que, a partir das recomendações da ONU e das diretivas da CEE, recolhe e converte em lei a política nacional das relações de consumo.

Desde os trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte, a proteção do consumidor havia-se afirmado como uma das características da Constituição de 1988, passando sua defesa a integrar os princípios da ordem econômica (art. 170, VI CF) e os deveres do Estado (art. 50, XXXII), dentre os quais se inscrevia a obrigação de o Parlamento promulgar um Código de Defesa do Consumidor (art. 48 das Disposições Transitórias). Foi assim que o Conselho Nacional de Defesa do Consumidor, antes mesmo da promulgação da nova Constituição, nomeava uma comissão encarregada de preparar o anteprojeto do Código. A comissão — coordenada pela autora deste trabalho e por José Geraldo Brito Filomeno, integrada por Kazuo Watanabe, Roberto Fink e Zelmo Denari e assessorada por Eliana Cáceres, Marcelo Gomes Sodré, Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, Nelson Nery Júnior, Regis Rodriguez Bonvicino e Mariângela Sarrubo — apresentou, em janeiro de 1989, um anteprojeto, que foi amplamente divulgado e discutido, recebendo crí-

ticas e sugestões por parte de todos os segmentos interessados. Convertido em diversas propostas legislativas, seja na Câmara dos Deputados, seja no Senado, a comissão continuou assessorando o legislador, também aberto ao longo e democrático trabalho de gestação e em permanente contato com pessoas físicas e jurídicas, entidades e associações, representantes dos consumidores e dos fornecedores de produtos e serviços e com a sociedade civil em geral. Até que a Comissão Parlamentar Mista, coordenada pelo Relator, Dep. Joacy Góes, apresentou o projeto definitivo — sempre calcado no Anteprojeto da comissão do Conselho Nacional de Defesa do Consumidor—, convertido na lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, instituidora do Código de Defesa do Consumidor, que entrou finalmente em vigor a 11 de março do corrente ano.

O Código, constituído por 119 artigos, divide-se em seis Títulos, assim distribuídos: Título I: Dos direitos do consumidor (cap. I: Disposições gerais; cap. II: Da política nacional das relações de consumo; cap. III: Dos direitos básicos do consumidor; cap. IV: Da qualidade de produtos e serviços, da prevenção e da reparação dos danos; cap. V: Das práticas comerciais; cap. VI: Da proteção contratual; cap. VII: Das sanções administrativas); Título II: Das infrações penais; Título III: Da Defesa do consumidor em juízo (cap. I: Disposições gerais; cap. II: Das ações coletivas para a defesa de interesses individuais homogêneos; cap. III: Das ações de responsabilidade de fornecedor de produtos e serviços; cap. IV: Da coisa julgada); Título IV: Do sistema nacional de defesa do consumidor; Título V: Da Convenção coletiva de consumo; Título VI: Disposições finais.

Vê-se daí que o Código compreende, além dos princípios gerais, a disciplina de direito civil e comercial, administrativo, penal e processual que rege hoje as relações de consumo no Brasil, imprimindo, aliás, aos conceitos de consumidor e fornecedor de produtos e serviços acepção mais ampla de quanto o faça, em geral, o direito comparado.

II. A TUTELA JURISDICCIONAL DOS DIREITOS E INTERESSES DO CONSUMIDOR

A denominação do Título III — Da defesa do consumidor em juízo — coaduna-se com o espírito do Código, que é de *defesa do consumidor*, devendo ser entendida em sentido amplo: o Título não

compreende apenas a defesa processual *stricto sensu*, com as exceções opostas pelo consumidor, mas sim toda e qualquer atividade por este desenvolvida em juízo, tanto na posição de réu, como na de autor, a título individual ou pelos entes legitimados às ações coletivas. Trata-se, portanto, da tutela judiciária dos direitos e interesses do consumidor.¹

Justamente por isso, a preocupação do legislador, nesse passo, é com a efetividade do processo destinado à proteção do consumidor² e com a facilitação de seu acesso à justiça.³ Isso demandava, de um lado, o fortalecimento da posição do consumidor em juízo — até agora pulverizada, isolada, enfranquecida perante a parte contrária que não é, como ele, um litigante meramente eventual—, exigindo um novo enfoque da *par condicio* e do equilíbrio das partes, que não fossem garantidos no plano meramente formal; e, de outro lado, exigia a criação de novas técnicas que, ampliando o arsenal de ações coletivas previstas pelo ordenamento, realmente representassem a desobstrução do acesso à justiça e o tratamento coletivo de pretensões individuais que isolada e fragmentariamente poucas condições teriam de adequada condução. Isso tudo, sem jamais olvidar as garantias do “devido processo legal”.

Para tanto, a parte processual do Código atúa em duas vertentes: na das ações individuais e das ações coletivas. No campo das primeiras, a lei opera por intermédio de diversas normas, como as que contemplam a possibilidade de determinação da competência pelo domicílio do consumidor autor (art. 101, I); a vedação da denunciação da lide e um novo tipo de chamamento ao processo, em determinadas hipóteses (arts. 88 e 101, II); a previsão de adequada e

¹ Com esta expressão, não se quer aderir à teoria da ação como direito concreto (direito à sentença favorável), mas se quer expressar a idéia de acesso à v. Cintra, Grinover & Dinamarco, “Teoria Geral do Processo”, São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 7a. ed., 1990, pp. 222/223. Sobre acesso à justiça, v. nota n. 3.

² Ver, no Brasil, José Carlos Barbosa Moreira, “Notas sobre a efetividade do processo”, in *Estudos em homenagem a José Frederico Marques*, São Paulo, Saraiva, 1982; Candido Dinamarco, “A instrumentalidade do processo”, São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 1987.

³ Ver, principalmente, a monumental obra de Mauro Cappelletti et alii, *Accesso to Justice*, Milão, Giuffrè, 1978, 6 volumes; ver também, de Cappelletti, “Accesso alla giustizia come programma di riforma e come metodo di pensiero”, in *Riv. dir. proc.*, 1982. No Brasil, ver sobretudo Kazuo Watanabe, “Acesso à justiça e sociedade moderna”, in *Participação e Processo*, coord. de Ada Pellegrini Grinover, Cândido Dinamarco e Kazuo Watanabe, São Paulo, Ed. *Revista dos Tribunais*, p. 128 e ss.

efetiva tutela jurisdiccional por intermédio de todo e qualquer tipo de ação (art. 83); a nova configuração da tutela específica, nas ações que tenham por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer (art. 84); a extensão subjetiva da coisa julgada apenas para beneficiar as pretensões individuais (art. 103), etc. Outras regras, situadas fora do Título, complementam esse reforço de tutela, como ocorre, por exemplo, com a inversão, *ope judicis*, do ônus da prova em favor do consumidor (art. 6º, inc. VIII), com a implementação dos juizados de pequenas causas (art. 5º, inc. IV), com a assistência jurídica integral e gratuita ao consumidor carente (art. 5º, inc. I), com o *habeas data* em favor do consumidor, (art. 43, par. 4º).

Na vertente das ações coletivas, amplia-se e especifica-se a tutela aos bens dos consumidores, indivisivelmente considerados, por intermédio das categorias dos *interesses difusos* e dos *interesses coletivos* (art. 81, I II); cria-se uma nova ação, para o tratamento coletivo da reparação dos danos pessoalmente sofridos (art. 81, III e Cap. II do Título III), sem prejuízo da eventual *fluid recovery* (art. 100); aperfeiçoam-se as regras de legitimação e de dispensa de custas e de honorários advocatícios da lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985 — a denominada lei da ação civil pública — (art. 87); dá-se novo tratamento à coisa julgada, quer no que diz com seus limites subjetivos, quer no que tange à ampliação do objeto do processo coletivo, para favorecer as pretensões individuais (art. 103); regulam-se a litispendência (art. 104); amplia-se, enfim — fora do Título III — a abrangência da referida lei n. 7.347/85, para que a tutela desta se harmonize e se inteire com a do Código de Defesa do Consumidor (arts. 109 *usque* 117).

Tudo, enfim, dentro da ótica da necessária reestruturação dos esquemas processuais clássicos, para sua adaptação aos conflitos emergentes, próprios de uma sociedade de massa,⁴ de que os decorrentes das relações de consumo representam um ponto nodal. E tudo, ainda, dentro da idéia maior, já esboçada há mais de três décadas, segundo a qual a chamada *crise do direito* talvez apenas encobrisse “a dificuldade de dominar com categorias jurídicas subs-

⁴ Ver, por todos, Mauro Cappelletti, “Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile”, *Riv. dir. proc.*, 1975. O ensaio foi verio para o português e publicado pela *Revista de Processo*, n. 5, 1977.

tancialmente pré-capitalistas a fenomenologia de uma sociedade industrial”.⁵

III. AS CLASS ACTIONS BRASILEIRAS

Entre as inovações processuais mais relevantes do Código, insere-se a ação coletiva ressarcitória dos danos pessoalmente sofridos pelos consumidores ou pelas vítimas dos produtos ou serviços. Trata-se da introdução, em ordenamento de direito romano-germânico, dos “tort mass cases” ou “class actions for damages” do sistema de “common law”. Para a melhor compreensão do instituto, para o qual o legislador brasileiro muito se preocupou com as garantias constitucionais, parece oportuna uma breve análise de direito comparado.

A *class action* do sistema norte-americano, baseada na *equity*, pressupõe a existência de um número elevado de titulares de posições individuais de vantagem no plano substancial, possibilitando o tratamento processual unitário e simultâneo de todas elas, por intermédio da presença, em juízo, de um único expoente da classe.⁶ Encontrando seus antecedentes no *Bill of Pace* do século XVII, o instrumento, antes excepcional, acabou aos poucos adquirindo papel que hoje é visto pela doutrina como central no ordenamento dos Estados Unidos da América,⁷ ampliado como foi, de início com foi, de início com contornos imprecisos, até ser disciplinado pelas *Federal Rules of Civil Procedure* de 1938.

A *Rule* nº 23 fixou as seguintes regras fundamentais: a) a *class action* seria admissível quando impossível reunir todos os integrantes da *class*; b) caberia ao juiz o controle sobre a *adequada representatividade*; c) também ao juiz competiria a aferição da existência da *comunhão de interesses* entre os membros da *class*.⁸ E das regras processuais de 1938 a tentativa de sistematização do grau da comunhão do interesses, donde resulta uma classificação das *class actions* em *true*, *hybrid* e *spurious*, conforme a natureza dos direitos objeto

⁵ Tullio Ascarelli, “Economía di massa e statistica giudiziaria”, in *Saggi di diritto commerciale*, Giuffrè, Milão, 1955. p. 525.

⁶ Vigoriti, Vinconzo, *Interessi collettivi o processo: la legittimazione ad agiro*, Milão, Giuffrè, 1979, p. 254.

⁷ *Id.*, *op. e loc. cit.*

⁸ Vigoriti *op. cit.*, p. 261 e ss.; Taruffo, Michelo, “I limiti soggettivi del giudicato a le *class action*”, in *Riv. dir. proc.*, 1969, pp. 613 e ss.

da controvérsia (*joint, common* ou *socondary*, ou ainda *several*), com diversas consequências processuais.⁹

É certo que as dificuldades práticas quanto à exata configuração de uma ou outra categoria de *class actions*, com tratamento processual próprio, induziria o legislador norte-americano a modificar a disciplina da matéria nas *Federal Rules* de 1966,¹⁰ mas é certo também que a distinção operada pelas normas anteriores permaneceria no espírito do sistema americano, cujas *class actions* continuam abrangendo quer a defesa de interesses coletivos indivisivelmente considerados, quer a tutela de direitos individuais divisíveis, conjuntamente tratados por sua origem comum: para estos últimos, fala a doutrina em “casos em que os membros da *class* são titulares de direitos diversos e distintos mas dependentes de uma única questão de fato ou de direito, podendo-se para todos eles um provimento jurisdicional de conteúdo idêntico”.¹¹

Em outras palavras, as *Federal Rules* de 1966 (*Rule* nº 23) não mais contêm a tripartição anterior, passando a definir as *class actions* de maneira geral e unitária, com o acréscimo de requisitos atinentes à admissibilidade da ação.¹² Mas permanece no sistema norte-americano a tutela judicial, a título de *class action*, dos interesses e direitos coletivamente tratados, quer se trate de bens indivisivelmente considerados, quer se trate de bens divisíveis e individualizáveis, pertencentes pessoalmente a cada membro da *class*.¹³

⁹ Para uma análise de alhada das normas de 1938 e da evolução jurisprudencial sobre a matéria, v. Taruffo, *op. cit.*, pp. 619-28.

¹⁰ Taruffo, *op. cit.*, p. 629.

¹¹ V. doutrina norte-americana citada por Taruffo, *op. cit.*, p. 625; ó a *spurious class action*.

¹² Segundo a nova regra, hoje vigente, a ação é admissível, como *class action*, quando: a) o número do componentes da *class* e táo elevado, quo não permitiria a intervenção em juízo de todos seus membros; b) existe uma questão de fato e de direito comum a toda a *class*; c) as demandas e exceções das partes correspondem às que toda a *class* poderia propor; d) as partes representam de forma correta e adequada os interesses da *class*. E ainda quando: a) o ajuizamento de ações separadas individuais —por parte ou contra os membros da *class*— poderia levar a julgamentos contraditórios com relação a quem não figura no processo; b) o juiz entendo que a questão comum a todos os membros da *class* deve prevalecer sobre as questões atinentes aos membros individualmente; c) a *class action* é o meio mais idóneo para a decisão da controvérsia: v. doutrina cit. por Taruffo, *op. cit.*, p. 629. V. também, sobre a importância da *defining function* do juiz, Vigoriti, *op. cit.*, p. 271.

¹³ Exemplo clássico de *class action* em defesa de direitos subjetivos divisíveis foi, por exemplo, o famoso *Caso Eisen*, julgado em 1974 pela Corte Suprema, em quo 3.500.000 operadores da Bolsa de Nova Iorque acionaram, por intermédio do Sr. Eisen, agentes que haviam lesado pessoalmente cerca do seis milhões de pessoas,

A TUTELA JURISDICCIONAL DOS INTERESSES DO CONSUMIDOR 343

Aliás, vale notar que as ações de classe norte-americanas, que haviam declinado numericamente na década passada, estão ganhando novo e redobrado impulso, exatamente no campo das reparações individuais, por força dos denominados *mass tort gases*: assim ocorreu com as vítimas do asbesto, que já são mais de 87.000 e cujas pretensões são freqüentemente agrupadas perante tribunais federais e estaduais. Em outros casos, obtiveram-se excelentes resultados pelo deslocamento da competência para os juízes da denominada *multi-district litigation*, para efeito de tratamento conjunto das demandas.¹⁴

Segundo os estudos mais recentes,¹⁵ um dos pontos nodais das *class actions for damages* é, atualmente, a que versa sobre os critérios de submissão de terceiros ao julgado, denominados *opt in* e *opt out*. A Regra nº 23, “c” e “c” 3, das *Federal Rules* de 1966 expressamente prevê a possibilidade de optar-se pela exclusão da coisa julgada, sendo abrangidos por ela aqueles que, informados da demanda “da maneira melhor de acordo com as circunstâncias” (inclusive mediante intimação pessoal, quando passíveis de identificação), não tiverem procedido ao pedido de exclusão. É o critério denominado *opt out*, recentemente reafirmado pela Suprema Corte norte-americana,¹⁶ que dispensou os demais, não optantes pela exclusão, de expresso consentimento para integrar a demanda (o que corresponderia ao critério do *opt in*). Em outras palavras, adotado o critério do *opt out*, os que deixam de optar pela exclusão serão automaticamente abrangidos pela coisa julgada, sem necessidade de anuência expressa, mas desde que tenha havido notícia pessoal do ajuizamento da ação.

A mesma poderosa tendência, que nos Estados Unidos da América levou à revitalização das *class actions* no campo da responsabilidade

impondo-lhes uma sobretaxa ilegal. A Corte Suprema, invocando as garantias constitucionais da defesa considerou necessária a citação pessoal dos réus, o que acarretou a desistência do processo. Mas, apesar disto — e do rude golpe que a decisão significou para esse tipo de *class action*— o juiz e o Supremo nenhuma dúvida tiveram em reconhecer a admissibilidade da ação como ação de classe. A decisão da Suprema Corte está inserida na obra de Vigoriti, *Interessi collettivi cit.*, p. 290 o ss.

¹⁴ Cf. Bryant G. Garth, *Relatório geral sobre as ações de grupo apresentado ao XII Congresso de Direito Comparado*, Montreal, agosto do 1990, pp. 18-20. O Relator refere-se ao Relatório dos Estados Unidos da América, preparado para o Congresso por Mary Kay Kane, bem como aos relatórias da *American Bar Association* de 1989 sobre os mass torts e do *Federal Courts Study Committes*, de abril de 1990.

¹⁵ Cf. Relatório do Bryant G. Garth *cit.*, pp. 18-19.

¹⁶ O Relatório supramencionado (p. 19) refere-se ao julgado da Suprema Corte, de 1985, no importante caso *Phillips Petroleum Co. v. Shutts* (472 U. S. 797(1985), U. S. Report, p. 5).

civil, faz-se sentir em outros países pertencentes ao sistema de *common law*.

A Austrália tem recentemente introduzido as *class actions for damages*, a partir da legislação dos Estados de Victoria (1986) e Austrália do Sul (1987).¹⁷ No mesmo campo, a província de Quebec foi a pioneira no Canadá (1978), seguida pela *Ontario Class Proceedings Act*, de 1990.¹⁸ E Israel está autlamente trabalhando no sentido de um mais amplo esquema de *class actions for damages*, limitadas por enquanto ao campo do mercado de valores mobiliários.¹⁹

Tudo a demonstrar a necessidade de os sintomas processuais modernos se abrirem à reparação coletiva de danos individuais, permitindo o tratamento eficiente de numerosos casos de responsabilidade civil.

Adaptando os esquemas do direito norte-americano a um sistema de *civil law*, sem olvidar —é claro— a realidade de nosso país, o legislador brasileiro inspirou-se nas *class actions* americanas para criar, primeiro, as ações coletivas em defesa de interesses difusos e coletivos, de natureza indivisível. E o fez por intermédio da denominada Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985).

Mas a própria configuração da lei, destinada à proteção de bens coletivos, indivisivelmente considerados,²⁰ não permitia que por seu intermédio se fizesse a reparação dos danos pessoalmente sofridos, cabendo aos indivíduos diretamente prejudicados valer-se das ações pessoais ressarcitórias, dentro dos esquemas do processo comum.

Antes mesmo da promulgação do Código do Consumidor, o legislador brasileiro interveio com a primeira lei que, no âmbito da ação civil pública, cuidou da reparação pelos danos causados aos

²⁰ Ada Pellegrini Grinover (Ações coletivas para a defesa do ambiente e dos consumidores: a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, in *Novas tendências do direito processual*, São Paulo, Forense Universitária, 1990, pp. 150 o ss.) observou que, no caso de ressarcimento do dano, a indenização é destinada, pela lei, a um fundo, que deverá utilizá-la para a efetiva reconstituição dos bens lesados. Ademais, a lei não prevê forma do rateio da indenização entre as pessoas individualmente ofendidas, nem uma *fluid recovery* do tipo previsto para as *class actions* norte-americanas (sobre a *fluid recovery*, v. Cappelletti, Mauro, Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile, in *Riv. dir. proc.*, 1975, pp. 395-6. O ensaio de Cappelletti, vertido para o português, foi publicado na *Revista de Processo* nº 5, de 1977).

¹⁷ Cf. *Relatório* de Bryant G. Garth *cit.*, pp. 16-17, baseado no relatório nacional de David Harland.

¹⁸ *Id.*, *ibid.*, p. 17, com base no relatório nacional de Peter P. Mercer.

¹⁹ *Id.*, *ibid.*, pp. 17-18, com base no relatório nacional de Stephen Goldstein.

investidores no mercado de valores mobiliários: a Lei nº 7.913, de 7 de dezembro de 1989, legitimou o Ministério Público a adotar as medidas judiciais necessárias para evitar prejuízos ou obter ressarcimento dos danos causados aos titulares de valores mobiliários e aos investidores do mercado. O art. 2º da lei fala em *condenação*, devendo a importância dela resultante reverder aos investidores lesados, *na proporção de seu prejuízo*. E, por sua vez, o § 1º do mesmo dispositivo trata da *habilitação* dos beneficiários, para *receberem* a parcela que lhes couber. Não havendo habilitação, ou dela decaindo os beneficiários, a quantia correspondente será recolhida como receita da União (§ 2º do art. 2º).

Estava aí a primeira *class action for damages* do sistema brasileiro, muito embora a lei não especificasse que a habilitação se faria por intermédio de processos de liquidação, sugerindo a idéia de uma condenação que já levaria em consideração os danos sofridos pelos investidores. Por outro lado, a ausência de habilitação importaria em recolhimento da importância não reclamada aos cofres da União, numa solução da do direito comparado, que prevê a *fluid recovery* destinada a finalidades conexas com a dos interesses em jogo.

Nesse momento, já se encontrava em elaboração o Código do Consumidor, que criava a categoria mais abrangente das ações coletivas para a defesa de interesses ou direitos subjetivos individuais, tratados conjuntamente por sua origem comum. E pelo Código veio a consagração definitiva, no sistema brasileiro, da categoria das *class actions for damages*, a que o Capítulo II do Título III dá agora disciplina específica.

IV. A AÇÃO COLETIVA PARA A DEFESA DOS INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

As ações para a defesa de interesses individuais homogêneos objetivam a reparação, por ações coletivas, dos danos pessoalmente sofridos pelos consumidores, numa adaptação dos esquemas da *class actions*, de idêntica destinação, às categorias do direito processual romano-germânico, com particular atenção às garantias do contraditório e da ampla defesa.

Para tanto, o Capítulo reporta-se à legitimação ativa dos órgãos e pessoas legitimados às demandas coletivas em geral (MP, órgãos públicos, associações pré-constituídas há pelo menos um ano, ressalvada a hipótese de dispensa judicial do requisito, quando o

juíz considere evidente o interesse social, dadas as dimensões ou as características do dano: art. 82); prevê regras de competência, estipula a intervenção sempre necessária do Ministério Público, contempla a ampla divulgação da demanda para facultar aos interessados a intervenção no processo. E determina que a sentença, quando condenatória, seja genérica, limitando-se a fixar a responsabilidade do réu pelos danos causados. Isso não significa que a condenação seja condicional, ou para o futuro, mas reconhecimento da existência de danos —demonstrada por amostragem— e do dever de indenizar. Caberá depois às vítimas ou a seus herdeiros, numa verdadeira habilitação a título individual, procederem à liquidação da sentença (diretamente ou pelas entidades legitimadas), cabendo lhes, naturalmente, provar a existência do dano pessoalmente sofrido e seu montante, assim como a relação de causalidade entre esto e o dano coletivo reconhecido pela sentença condenatória. A solução do Código, nesse particular, inspira-se nas ações individuais de cumprimento do sistema brasileiro, decorrentes da sentença coletiva trabalhista.

A execução, definitiva ou provisória, poderá ser coletiva e será instruída com a simples certidão da(s) sentença(s) de liquidação.

Outras regras disciplinam a hipótese de concurso de créditos (pelas indenizações devidas aos bens indivisível e divisivelmente considerados), bem como a possibilidade de uma *fluid recovery* para o caso de inexistir habilitação dos interessados em número compatível com a gravidade do dano.

Desse modo, o instituto, que representa novidade absoluta para os sistemas processuais de *civil law*, ressalvado o precedente brasileiro da Lei nº 7.913/89 (v. *supra*) possibilita o tratamento coletivo da reparação dos danos pessoalmente sofridos, mercê da destinação do ressarcimento às vítimas; mas não exclui a destinação da indenização, globalmente devida, a um fundo, quando impossível ou insuficiente o rateio entre as pessoas individualmente prejudicadas.

V. O REGIME DA COISA JULGADA NOS PROCESSOS COLETIVOS

No tratamento processual das pretensões coletivas, o legislador preocupou-se particularmente com as garantias da ação e da defesa, forjando, entre outras técnicas, uma disciplina da coisa julgada que toma em séria consideração os valores constitucionais do “devido processo legal”.

Quanto aos interesses de natureza indivisível (interesses difusos e coletivos propriamente ditos), é a própria indivisibilidade do objeto da demanda que aconselha e permite a natural extensão dos limites subjetivos da coisa julgada “erga omnes” ou “ultra partes”. Com efeito, nesse tipo de processo, a atribuição ou a negação do bem pretendido significa necessariamente a atribuição ou a negação em relação a todos os membros da “classe”. Por isso, desde a ação popular constitucional, e passando depois pelos processos regidos pela lei 7.347/85, a solução brasileira fôra a da coisa julgada “erga omnes”, com a exclusiva mitigação do princípio pela inexistência de coisa julgada, quando o pedido fosse rejeitado por insuficiência de provas.

Essa técnica, que já contra com excelentes resultados, foi mantida pelo Código do Consumidor no tocante aos processos essencialmente coletivos, em defesa de interesses indivisíveis (difusos e coletivos): art. 103, I e II. Mas o novo tratamento, acidentalmente coletivo, de direitos individuais, divisíveis e pessoais, impunha o reexame da matéria.

Já se afirmou que a extensão da coisa julgada a quem não foi pessoalmente parte no processo, mas nele foi, na fórmula norte-americana,²¹ *adequadamente representado* pelo portador em juízo dos interesses meta-individuais ou dos direitos subjetivos coletivamente tratados, não seria, em última análise, uma verdadeira ampliação *ultra partes*. Já se observou que é justamente na ótica da *adequada representação* do conjunto de interessados que se podem resolver os problemas constitucionais da informação e do contraditório e de seus reflexos nos limites subjetivos da coisa julgada, por quanto os *adequadamente representados* não são propriamente *terceiros*.²²

Com efeito, a cláusula norte-americana tem fundamento constitucional e pretende exatamente conciliar as garantias do devido processo legal com técnicas peculiares às ações coletivas. A parte ideológica leva a juízo o interesse meta-individual, *representado* concretamente a *classe*, que terá exercido seus direitos processuais através das garantias da defesa e do contraditório asseguradas ao *representante*. O mecanismo baseia-se na concepção de que o esquema representativo é apto a garantir aos membros da categoria a celhor defesa judicial, a ponto de afirmar-se que nesse caso o julgado

²¹ Rule nº 23-a das Federal Rules of Civil Procedure norte-americanas de 1966.

²² Assim expressamente Monteleone, I limiti soggettivi del giudicato civile, Pádua, Cedam, 1978, pp. 171 e ss.

não atuaria propriamente *ultra partes*, nem significaria real exceção ao princípio da limitação subjetiva do julgado, mas configuraria antes um novo conceito de *representação substancial e processual*, adelante às novas exigências da sociedade.²³

O que vale frisar é que, assim como repugna às garantias constitucionais a sujeição, *ex post*, ao julgado de terceiros que permaneceram estranhos ao contraditório, coadunase com elas a idéia de *representação adequada* dos interesses da categoria por parte de pessoas e sobretudo de entes exponenciais. Não só porque se reconhece que o esquema *representativo* é o mais idôneo para assegurar aos interessados a melhor defesa judiciária,²⁴ mas sobretudo porque a orientação dominante é francamente no sentido da compatibilidade entre o *devido processo legal* e as técnicas dos limites da coisa julgada nas ações coletivas.²⁵ Reconhecida a complementaridade entre o interesse individual e social,²⁶ também se indica a coincidência e solidariedade entre o processo constitucional e as modernas exigências de efetiva tutela jurisdicional dos direitos e interesses emergentes na sociedade de massa.²⁷

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

Diante do que foi dito, a apesar da crítica por último formulada, é possível afirmar que o legislador poderia ter legitimamente determinado a extensão subjetiva do julgado, *ultra partes* ou *erga omnes*, sem qualquer exceção, desde que se tratasse de ações coletivas em que a adequação da *representatividade* fosse criteriosamente aferida. Lembra-se, a esse propósito, que na *common law* a existência da

²³ *Id.*, *op. e loc. cit.*, especialmente pp. 176/7.

²⁴ *Cf.* Taruffo, *op. e loc. cit.*, principalmente nota 175. No mesmo sentido v. Carpl, *L'efficacia "ultra partes" della sentenza civile*, Milão, Giuffrè, 1974, p. 123.

²⁵ Vigoriti, *Interessi collettivi e processo cit.*, pp. 271 e ss.

²⁶ Monteleone, *op. e loc. cit.*, pp. 176/7; Vigoriti, *op. e loc. cit.*

²⁷ *Cf.* Ada Pellegrini Grinover, “As garantias constitucionais do processo nas ações coletivas”, in *Novas tendências do direito processual*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1990, pp. 45 e ss., especialmente pp. 58/9.

adequacy of representation é analisada caso a caso pelo juiz, para verificação da *fair notice* do processo e do desenvolvimento da defesa da categoria com os necessários cuidados; além disto, o sistema norte-americano possibilita a exclusão do processo de quem não deseje submeter-se à coisa julgada.²⁸

Mas o sistema brasileiro não escolheu o caminho do controle judicial da *representatividade adequada*, satisfazendo-se com o critério da existência legal e da pré-constituição das associações legitimadas às ações coletivas. Foi esse o caminho traçado pela denominada Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985),²⁹ que seria depois incorporado pela Constituição no tocante ao mandado de segurança coletivo (inc. LXX, alínea “b” do art. 5º Const.) e agora adotado pelo Código de Defesa do Consumidor (art. 82, IV).

Além dessa razão, outras circunstâncias desaconselhavam a transposição pura e simples, à realidade brasileira, do esquema norte-americano da coisa julgada nas *class actions*: a deficiência de conscientização de enorme parcela da sociedade, o desconhecimento dos canais de acesso à justiça, a distância existente entre o povo e o Poder Judiciário, tudo a constituir gravíssimos entraves para a intervenção de terceiros, individualmente interessadas, nos processos coletivos, e mais ainda para seu comparecimento a juízo visando à exclusão da futura coisa julgada.

Por outro lado, já se integrou à tradição jurídica brasileira, desde a Lei da Ação Popular (Lei nº 4.717, de 26 de junho de 1965) —passando-se pela Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985 (Lei da Ação Civil Pública)— um regime da coisa julgada que até certo ponto pode ser qualificado como atuando *secundum eventum litis*, pelo menos nos casos de insuficiência de provas.³⁰

²⁸ *Federal Rules of Civil Procedure* de 1966, nº 23, “c” 2 a “c” 3. Trata-se da técnica que, em época mais recente, foi denominada de *opt out*, pela qual quem opta por não ser abrangido pela coisa julgada é dela excluído, ficando os não optantes submetidos à regra da extensão subjetiva do julgado: sobre o *opt out* e o *opt in*, v. *retro*, comentário nº 1 ao Capítulo II do Título III.

²⁹ Diversamente, o Projeto da lei nº 3.034/1984, do Deputado Flávio Bierronbach (encaminhando proposta formulada por Ada Pellegrini Grinover, Cândido Dinamarco, Kazuo Watanabe e Waldemar Mariz de Oliveira Jr.), havia optado pelo controle do juiz sobre a *representatividade adequada das associações*, apenas indicada por elementos como a pré-constituição e a existência legal.

³⁰ Barbosa Moreira, “A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdiccional dos chamados interesses difusos”, in *Temas de Direito Processual*, São Paulo, Saraiva, 1977, pp. 110 e ss., principalmente p. 123.

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

A reestruturação dos esquemas processuais, indispensável à tutela jurisdicional dos interesses meta-individuais, passa pela revisão das posições clássicas contrárias à coisa julgada *secundum eventum litis*: aliás, já Allorio observava que o princípio não merecia as críticas que lhe eram movidas, embora reconhecesse que as exceções à proibição deviam resultar de lei;³¹ mais recentemente, G. Pugliese preconizou que a extensão do julgado *secundum eventum* fosse tomado em séria consideração.³² E esta também a posição de Carpi.³³

Não se desconhecem os argumentos que ainda se levantam contra a coisa julgada *secundum eventum litis*, quando a extensão subjetiva do julgado só seja utilizada para os casos de acolhimento da demanda. Vigoriti e Luiso observaram que a não oponibilidade do julgado negativo frustrar a necessidade de uniformização das decisões nas ações coletivas, além de impor um desequilíbrio às partes e um excessivo ônus ao réu, obrigado a repetir sua defesa, sem poder opor a eficácia de um julgado a ele favorável.³⁴ Barbosa Moreira apontou a falha denunciada por Schwab, podendo levar a coisas julgadas contraditórias (a primeira, negativa para um co legítimo; a segunda, se procedente a ação, com eficácia *erga omnes*, abrangendo também o primeiro, que perdeu a demanda).³⁵

Mas é possível responder a essas críticas.

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

³¹ Allorio, *La cosa giudicata rispetto al terzi*, Milão, Giuffrè, 1935, p. 272.

³² G. Pugliese, "Giudicato civile (dir. vig.)", in *Enciclopedia del Diritto*, Milão, Giuffrè, 1969, vol. XVIII, p. 889.

³³ Carpi, *op. cit.*, pp. 347 e ss., com nota nº 128.

³⁴ Vigoriti, *op. cit.*, p. 112; Luiso, *op. cit.*, p. 210, nota 319.

³⁵ Barbosa Moreira, *op. cit.*, pp.122/3.

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

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

Não se podiam olvidar, na escolha, as advertências feitas quanto aos riscos da legitimação concorrente e disjuntiva, dentre os quais o da colusão entre um dos co-legitimados e o réu, no intuito mesmo de formar uma coisa julgada negativa, oponível a todos.³⁶

Além disso, para uma escolha correta era preciso colocar em confronto os prejuízos, mais ou menos graves, decorrentes das duas alternativas: aqui, não é difícil verificar que, pela primeira, os danos advindos aos particulares seriam reais e efetivos, enquanto, na segunda, o eventual desequilíbrio, decorrente de uma mera diferença de *probabilidades*, não teria efeitos concretos, por serem os indivíduos beneficiados apenas pelo reconhecimento do dever de indenizar, tendo ainda que provar, em contraditório com o réu, a existência do dano pessoal, além de seu montante. Ademais, em termos de

³⁶ V. Proto Pisani, “Appunti preliminari per uno studio sulla tutela giurisdizionale degli interessi collettivi o difusi”, in *Diritto e Giurisprudenza*, vol. 89, nº 6, p. 808. A advertência é retomada por Barbosa Moreira (*op. cit.*, p. 116), quo entende o perigo sensivelmente atenuado pela técnica brasileira da intervenção obrigatória do Ministério Público. Lembre-se, porém, que nas ações coletivas o MP pode ser autor, ficando sua atuação sem controle.

valores constitucionais, na primeira hipótese a coisa julgada *ultra partes* prejudicaria irremediavelmente o contraditório, enquanto a segunda poderia ser facilmente reconduzida às técnicas que com frequência induzem o legislador a tomar medidas que aparentemente beneficiam uma das partes, em homenagem mesmo ao princípio da igualdade real, pelo que na verdade mais se restabelece, do que se infringe, a paridade.

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

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

A solução da nova lei leva em conta todas as circunstâncias apontadas, visando a harmonizar a índole da coisa julgada nas ações coletivas e sua necessária extensão a terceiros com as garantias do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, inc. LIV e LV Const.), as quais obstam a que o julgado possa des-

favorecer aquele que não participou da relação jurídico-processual, sem o correlato, efetivo controle sobre a *representatividade adequada* e sem a segurança da efetiva possibilidade de utilização de técnicas de intervenção no processo e da exclusão da coisa julgada.

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

Trata-se de fenômeno conhecido, mas até agora restrito, no nosso ordenamento, aos efeitos civis da sentença penal condenatória: nos termos do art. 91, I, CP, a condenação penal toma certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime, passando-se desde logo à liquidação e execução da sentença no juízo civil (arts. 63 CPP e 584, II, CPC). Exatamente o mesmo fenômeno ocorre agora, por força do Código de Defesa do Consumidor, quanto à sentença favorável coletiva, a ser imediatamente liquidada e executada com relação aos danos sofridos pelas pessoas individualmente lesadas.

Analizando a questão no âmbito das relações interjurisdicionais, Liebman entendeu que as normas italianas, correspondentes às brasileiras, regulariam uma verdadeira autoridade do julgado penal no processo civil.³⁷ E disse mais, que a eficácia da sentença penal, nesse caso, seria vinculante para o juiz civil, com relação a algumas *questões de fato e de direito, comuns* ao processo penal e ao conexo processo civil de reparação.³⁸ Nesse enfoque, criticava o Mestre um sistema, em que a autoridade do julgado penal, transportada ao processo civil, não respeitaria ao pronunciamento sobre o objeto do processo, mas sim sobre algumas das premissas lógicas do mesmo pronunciamento, operando para a composição de uma lide diversa e deixando indiscutíveis algumas questões que constituem o antecedente lógico da sentença penal.³⁹

Machado Guimarães, porém, procedeu a outra construção, que não afasta o princípio tradicional da inaptidão das questões de fato para se revestirem da autoridade da coisa julgada: o art. 1.525 do

³⁷ Liebman, "A eficácia da sentença penal no processo civil", trad. do Ada Pellegrini Grinover, publicado na 2a. edição brasileira da *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, Rio de Janeiro, Forense, 2a. ed., 1981, p. 256 e ss., especialmente p. 262.

³⁸ *Id.*, *op. e loc. cit.*, pp. 263/4. Grifos do texto.

³⁹ *Id.*, *ibid.*, p. 264.

C. C.⁴⁰ consagraria um tipo de *eficácia preclusiva* não identificável com a coisa julgada.⁴¹ José Carlos Barbosa Moreira, apoiado em José Frederico Marques, anulou a exequibilidade civil da sentença penal entre os chamados *efeitos secundários* desta sentença.⁴² E finalmente, numa outra visão, pode-se afirmar que a lei opera a ampliação do objeto do processo (penal), para nele incluir o julgamento implícito sobre o dever de indenizar, tomando-se a questão indiscutível em outros processos.

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

O capítulo ainda inclui norma sobre a litispendência, descartando sua incidência no cotejo entre as ações coletivas em defesa de interesses difusos e coletivos e as propostas a título individual. A regra ó decorrência dos princípios do art. 301 CPC que exige, para a caracterização do fenômeno, a identidade de partes, causa de pedir e objeto.

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

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

⁴⁰ Reza o dispositivo: “A responsabilidade civil é independente da criminal; não se poderá, porém, questionar mais sobre a existência do fato, ou quem seja seu autor, quando estas questões se acharem decididas no crime”.

⁴¹ Luiz Machado Guimarães, *Estudos de Direito Processual Civil*, Rio de Janeiro, 1969, p. 23, nota 50.

⁴² José Carlos Barbosa Moreira, A sentença penal como título executório civil, in *Rev. Dir. Pen.* n^o 4, outidez, 1971, pp. 47 e ss.

VI. CONCLUSÃO

São esses os traços principais do novo processo brasileiro do consumidor, marcados pela eficiência e pela instrumentalidade e acompanhados por técnicas que visam a facilitar o acesso à justiça e garantir o “devido processo legal”.

Pode-se afirmar que mais uma vez o Brasil busca superar as conhecidas dificuldades conjunturais e sociais, oferecendo a seu povo, aos operadores do direito e à comunidade jurídica internacional esquemas e modelos processuais capazes de reconduzir o processo à necessária aderência à realidade e de resgatar seus princípios e suas finalidades primordiais, em face das novas exigências.