

LIMITES SUBJETIVOS DA COISA JULGADA NAS AÇÕES DIFUSAS, COLETIVAS E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEAS*

WILSON MARQUES

Professor da EMERJ. Desembargador do TJ/RJ

Nós chamamos de direitos difusos aqueles que, titularizados por uma pluralidade indeterminada e praticamente indeterminável de pessoas, não podem ser divididos em porções individuais, ou seja, não podem ser decompostos em feixes de interesses particularizados.

Como diz Barbosa Moreira, não se sabe, sequer idealmente, “onde acaba a *quota* de um e onde começa a do outro”.

Segue-se daí - acrescenta o mesmo autor - que “instaura-se entre os destinos dos interessados tão firme união que a satisfação de um só implica de modo necessário a satisfação de todos; e, reciprocamente, a lesão de um só constitui *ipso facto*, lesão da inteira coletividade”.

Os sujeitos não se ligam entre si por um vínculo jurídico: o liame é fático.

São exemplos de direitos difusos: o direito ao meio ambiente, à preservação da flora, da fauna, ao patrimônio cultural, histórico, artístico etc. Especificamente nas relações de consumo o direito de não ser afetado por publicidade enganosa ou abusiva.

Na mesma linha, o Código de Defesa do Consumidor considera direitos difusos “os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato” (artigo 81, parágrafo único, I).

Cumpra não confundir direitos difusos com direitos coletivos.

Tal como os direitos difusos, os direitos coletivos também são indivisíveis, relativamente a seu objeto, mas a diferença está em que já ago-

* Tema da palestra proferida na EMERJ, por ocasião do Seminário “Direito do Consumidor no Brasil e no Mercado Comum Europeu”, realizado em 25/04/2001.

ra se está diante de uma pluralidade *determinada ou determinável* de pessoas, todas ligadas, entre si, em virtude de uma mesma relação jurídica básica.

Lá, os titulares são indeterminados e o vínculo é fático; aqui, os titulares são determinados e o vínculo é jurídico (“mesma relação jurídica básica”).

Por exemplo: o direito dos consorciados de obstar ao aumento ilegal de prestações de um consórcio; o direito dos alunos (ou de seus pais) de não se sujeitarem a exorbitantes aumentos das mensalidades escolares etc.

O interesse em ver reconhecida a ilegalidade do aumento é indivisível. A ilegalidade do aumento não será maior para quem tenha mais cotas, nem menor para quem as tenha menos, antes será igual para todos. Mas as pessoas que sofreram os prejuízos são determinadas ou determináveis, identificadas ou identificáveis, e assim são divisíveis os prejuízos que cada uma sofreu e, pois, divisível a pretensão de repetição do que se pagou ilegalmente a mais.

O artigo 81, II, do Código de Defesa do Consumidor define direitos coletivos como aqueles “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”.

No inciso III desse mesmo dispositivo legal, o Código criou uma nova categoria de direitos coletivos *lato sensu*: a dos direitos individuais homogêneos.

Ao contrário dos direitos difusos e coletivos (transindividuais de natureza indivisível), o objeto dos direitos individuais homogêneos é *divisível*, pois é quantificável a extensão do dano que sofreu cada interessado e, também ao contrário do que ocorre com os direitos difusos, mas à semelhança do que sucede com os direitos coletivos, os titulares dos direitos individuais homogêneos são *determinados* ou ao menos determináveis.

Os vários titulares do direito estão ligados, entre si, por um vínculo fático.

Como decidiu, corretamente, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 175.888-PR-, de que foi relator o eminente Ministro Demócrito Reinaldo “os direitos individuais homogêneos são identificáveis e divisíveis, titularizáveis e quantificáveis”.

Não obstante todas essas diferenças, os direitos individuais homogêneos têm um certo ponto de contato com os direitos difusos, porque aqui, tanto quanto lá, os danos decorrem de circunstâncias fáticas comuns.

Bom exemplo de direito individual homogêneo encontramos no direito dos compradores de automóvel de determinada marca, ano e modelo, produzido, em série, com o mesmo defeito. Aqui há uma relação comum subjacente entre os vários consumidores - todos estão sofrendo com o mesmo defeito do veículo - mas são identificáveis e titularizáveis os prejudicados e divisíveis e quantificáveis os prejuízos que cada um sofreu.

Em resumo:

Direitos difusos	Titulares indeterminados	Vínculo fático	Objeto indivisível
Direitos coletivos	Titulares determinados	Vínculo jurídico	Objeto indivisível (ou divisível ?)
Direitos individuais homogêneos	Titulares determinados	Vínculo fático	Objeto divisível

TUTELA DE DIREITOS DIFUSOS, COLETIVOS E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS.
A COISA JULGADA.

Efeitos. Limites. Extensão.

Dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, como já se salientou, são titulares pessoas em número determinado ou indeterminado.

Todas elas, obviamente, dispõem de legitimação para a propositura das ações destinadas à obtenção da tutela dos direitos de que todos são titulares.

Mas, como nem sempre ou quase nunca as ações destinadas à obtenção da tutela de tais direitos serão propostas por todos os legitimados a intentá-las, cumpre indagar se as que não figuraram, no processo, como partes, serão, igualmente, beneficiadas ou prejudicadas, conforme a sentença conceda ou recuse a tutela pleiteada para o interesse que lhes é comum.

Em outras palavras, o que se quer saber é se, havendo, como há, nos casos figurados, pluralidade de legitimados à impugnação do mesmo ato, a sentença proferida contra ou a favor de um faz coisa julgada material contra ou a favor dos outros? E em decorrência, se o resultado do processo, de que acaso tenha participado apenas um (ou alguns) dos legitimados, deve

tornar-se vinculativo até para os juízes de outros eventuais processos, em que venha a ser parte outro (ou outros) membros da coletividade.

Várias situações são configuráveis:

Se a ação de impugnação for intentada por todos os legitimados, *simultaneamente*, em litisconsórcio ativo ... *tollitur quaestio*.

Se o litisconsórcio for unitário - mesmo pedido e mesma causa de pedir - a decisão será uniforme para todos.

Nos outros casos - de litisconsórcio comum ou simples - a decisão será, ou não, uniforme, para todos.

Mas, em todos os casos, a sentença beneficiará ou prejudicará todos os legitimados porque todos figuraram no processo como partes. (Código de Processo Civil, artigo 472).

No caso de impugnação do mesmo ato, por mais de um legitimado, mas não simultaneamente, senão que sucessivamente, com diferentes causas de pedir, a questão também não oferece a menor dificuldade.

Nesse caso, o litisconsórcio não é unitário, cada litisconsorte poderá receber sentença de teor diferente da dos outros e, nos exatos termos do mesmo artigo 472 do Código de Processo Civil, a sentença proferida em cada processo não prejudicará nem beneficiará quem nele não figurou como parte.

A grande dificuldade está na hipótese restante - impugnação do mesmo ato, por mais de um legitimado, sucessivamente, com a mesma causa de pedir e pedido.

Exemplo: Na defesa do interesse coletivo, um acionista propõe ação de anulação de determinada deliberação de assembléia da sociedade. O pedido é julgado improcedente.

Depois, um outro acionista, que não propôs aquela ação em litisconsórcio com o primeiro, mas que, tanto quanto ele, dispõe de legitimação para propor a mesma ação, formulando o mesmo pedido, com a mesma causa de pedir (v.g.: não foram publicados editais anunciando a realização da assembléia) usa desse poder e propõe essa mesma ação, para pedir ao juiz que lhe dê, com o mesmo fundamento, exatamente aquilo que negou ao outro acionista, que propôs a ação em primeiro lugar.

Alega, v.g. que a causa foi mal conduzida por parte daqueles que, ajuizando-a não souberam explorar os melhores argumentos ou produzir as provas mais convincentes.

Ou, então, alega que o legitimado que se antecipou aos outros, mancomunado com o adversário, provocou ele mesmo a própria derrota, deixando intencionalmente de utilizar as armas de que dispunha.

A pura e simples extensão da coisa julgada aos co-titulares do interesse coletivo importaria na consagração de injustiça consistente em privar os outros legitimados de obter novo pronunciamento judicial sobre o litígio.

Por outro lado, seria igualmente desaconselhável permitir que, a despeito da vitória no primeiro processo, a outra parte se visse indefinidamente sujeita a novas investidas judiciais, com o mesmo fundamento e o mesmo fim.

Se os acionistas do primeiro grupo e os do segundo tivessem proposto as suas ações em conjunto, em litisconsórcio facultativo ativo, a decisão obrigatoriamente teria de ser a mesma para ambos, pois esse litisconsórcio seria unitário - mesmo pedido e mesma causa de pedir.

Litigando em separado, um depois do outro, a decisão logicamente não poderá ser de um teor para um e de outro teor para outro.

Não se concebe que a deliberação da Assembléia não seja e seja anulada; que continue de pé e vá ao chão; que dela se possam e não se possam extrair efeitos válidos.

Quando o litisconsórcio é unitário, a uniformidade da decisão tem de ser preservada a qualquer custo.

Mesmo que os legitimados à impugnação do mesmo ato litiguem em separado, uns depois dos outros.

Mas só há uma maneira de assegurar a uniformidade da decisão, no caso por último figurado, que agora se está a examinar.

É subordinar o juiz do segundo processo à coisa julgada formada no primeiro.

Assim não se corre o risco de quebrar a uniformidade da decisão.

Essa solução, única imaginável, oferece, no entanto, dois grandes inconvenientes.

Um de ordem técnica: a sua adoção importa em estender os efeitos da coisa julgada material a quem não foi parte no processo, sem previsão legal, em tal sentido, e com ofensa à regra constante do artigo 472 do Código de Processo Civil. (*res inter alios judicata, nec nocet, nec prodest*)

A sentença estará prejudicando terceiro (o autor da segunda ação, que não figurou, como parte, na primeira) quando pelo referido dispositivo legal, “a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros”.

Outro de ordem prática: a adoção da referida solução importa em escancarar as portas para a fraude. Um diretor da sociedade, interessado em manter deliberação ilegal da assembléia de acionistas, entra em conluio com um acionista, tão mau caráter quanto ele, e aquele propõe ação mal fundamentada e mal instruída, de anulação das deliberações da assembléia, para que o pedido seja julgado improcedente, livrando-se, assim, os interessados na manutenção do ato ilegal das futuras investidas dos acionistas honestos, atingidos pela coisa julgada material formada no processo instaurado a requerimento do acionista desonesto e conluiado com o diretor mau caráter.

Até agora, estamos, pois, assim: para evitar a quebra da uniformidade da decisão só existe uma solução: estender os efeitos da coisa julgada material, formada no primeiro processo, a quem nele não figurou como parte. Mas essa solução única apresenta os dois grandes defeitos indicados: um de ordem técnica e outro de ordem prática.

Em situação inteiramente similar - a dos vários legitimados à impugnação, por meio de Ação Popular, do mesmo ato lesivo ao patrimônio público - a Lei nº 4.717, de 29.6.95, que dispõe sobre a matéria, resolveu o problema de forma magnífica.

A sentença que julgar o pedido procedente, por qualquer fundamento, ou improcedente, porque considerou válido o ato impugnado faz coisa julgada material *erga omnes*, atingindo, portanto, as partes e terceiros, inclusive os outros legitimados à propositura da mesma ação. (Artigo 18)

Já a que deu pela improcedência do pedido por deficiência de prova não faz coisa julgada material para ninguém: nem para as partes, nem para terceiros. (Cf. o mesmo artigo 18)

Com esse sistema, a uniformidade da decisão não corre nenhum risco; a extensão da coisa julgada material a quem não foi parte no processo é legítima, porque determinada pela lei posterior (artigo 18 da Lei nº 4.717, de 29.6.95), que abriu exceção à regra da lei anterior (artigo 472 do Código de Processo Civil) e os conluos entre os interessados na manutenção do ato não surtirão nenhum efeito prático, pois a mesma ação poderá ser proposta, ulteriormente, por qualquer legitimado, sem obstáculo representado pela coisa julgada material, no caso inexistente.

Tal sistemática foi adotada, também, pela Lei nº 7.347, de 24.7.85, que regula a Ação Civil Pública (artigo 16) e pelo Código de Defesa do Consumidor - Lei nº 8.078, de 11.9.90 - (artigo 103).

A adoção da mesma sistemática para solução do mesmo problema, nos demais casos de pluralidade de legitimados à impugnação do mesmo ato, mediante aplicação analógica, extensiva ou ampliativa dos referidos dispositivos legais, parece ser a única solução aceitável para o instigante problema.

Expõe-se, no entanto, a críticas para as quais não há resposta satisfatória: 1) Permite que a coisa julgada opere *secundum eventum litis*, sem expressa autorização legal, o que não é ortodoxo; 2) Autoriza a aplicação de norma de exceção à regra do citado artigo 472, com infração à regra de hermenêutica, de acordo com a qual as normas de exceção se interpretam restritivamente, não admitindo interpretação analógica, extensiva ou ampliativa.

A DISCIPLINA DA MATÉRIA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

O Código de Defesa do Consumidor trata da matéria nos artigos 103 e 104.

No primeiro desses dispositivos - artigo 103 - a matéria é disciplinada em três incisos relativos aos direitos difusos (I), direitos coletivos (II) e direitos individuais homogêneos (III).

Direitos difusos

Inciso I

De acordo com o inciso I, a sentença que julga o pedido de tutela de direito difuso faz coisa julgada material “*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...”.

Trata-se de reprodução, quase *ipsis litteris* do já citado artigo 18 da Lei da Ação Popular (4.717, de 29.6.65).

Aqui, também, a sentença faz coisa julgada material *erga omnes*, no caso de procedência do pedido ou de improcedência porque se considerou válido o ato e não faz coisa julgada material para ninguém, nem para o próprio autor da ação originária, no caso de improcedência do pedido por insuficiência de provas.

Assim, não se exclui a possibilidade de propositura da “outra ação” pelo próprio autor da ação originária, não atingido pela coisa julgada material, que não se formou para os outros nem para ele próprio.

Aliás, se assim não fosse, a lei diria “qualquer *outro* legitimado” e não “qualquer legitimado”.

A cláusula “poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento” (leia-se com idêntica causa de pedir) e deve ser interpretada extensivamente: poderá intentar outra ação, com a mesma causa de pedir e com o mesmo pedido.

Se esta ação – com a mesma causa de pedir e o mesmo pedido - for intentada pelo mesmo autor da ação originária, o que é possível, como já vimos, a ação não será “outra”: será a mesma, diante da tríplice identidade de partes, pedido e causa de pedir.

A exigência da propositura da ação somente com base em “nova prova” não merece encômios.

Se “A” propôs determinada ação em face de “B” e o juiz julgou o pedido improcedente porque, apreciando mal a prova, considerou-a insuficiente para a procedência, não se afigura razoável impedir “C”, que não está sujeito à coisa julgada que não se formou no processo anterior, de propor outra ação, com o mesmo pedido e a mesma causa de pedir, valendo-se da mesma e quem sabe da única prova existente que, agora, corretamente avaliada, poderá levá-lo à procedência do pedido, possibilidade que fica afastada, *a priori*, se o dispositivo legal em exame for aplicado na sua literalidade.

De acordo com o parágrafo 1º do artigo 103 “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”.

Trata-se de dispositivo assaz enigmático.

Se por força da regra constante do artigo 103, I e II, a sentença, no caso de improcedência, por razão que não seja a da insuficiência de provas, faz coisa julgada material *erga omnes*, então é claro que essa sentença prejudica - sim - “os interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classes” (exatamente o que o parágrafo 1º diz que não acontece). Ou se não prejudica, então não é verdade que a sentença, nesse caso, faz coisa julgada material *erga omnes*, como diz o artigo 103, I.

Talvez se possa conciliar os dispositivos dizendo que o parágrafo 1º é aplicável somente aos casos de improcedência por insuficiência de provas.

A solução, no entanto, não está imune à crítica no sentido de que, assim interpretado, o dispositivo torna-se inútil porque se, nesse caso, a sentença não faz coisa julgada em relação a terceiros e nem em relação às partes, é evidente que, nessa eventualidade, não poderá mesmo haver prejuízo para ninguém, sendo desnecessário que o parágrafo 1º assim o declare, expressa e explicitamente.

Com a autoridade de autora do anteprojeto de que resultou o Código de Defesa do Consumidor, Ada Pellegrini Grinover assim explica a existência do dispositivo:

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

Ora, se, no primeiro caso, o pedido era inibitório e agora é indenizatório, é claro que, diante da diversidade do pedido e das partes, (talvez da causa de pedir, também) em nenhum caso, não expressamente previsto em lei, a sentença prejudicará terceiros, mal se compreende a necessidade de o artigo 103, parágrafo 1º afirmar que, nos casos figurados (tanto quanto nos não figurados) “os efeitos da coisa julgada... não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria, ou classe”.

Direitos coletivos

Inciso II

Os limites subjetivos da coisa julgada, nas ações intentadas em defesa de direitos coletivos, não são diferentes dos traçados, no inciso I, para os direitos difusos.

A única diferença – se é que isso é uma diferença - está na maior extensão dos efeitos da coisa julgada na tutela dos direitos difusos - que alcança toda a coletividade, sem exceção - v.g. direito ao meio ambiente - e na menor extensão desses efeitos na tutela dos direitos coletivos, que atinge somente os membros do grupo, categoria ou classe - v.g. os participantes de um consórcio.

Direitos individuais homogêneos

Inciso III

Aqui o tratamento dado à matéria é diferente .

Se o pedido for julgado procedente, a sentença fará coisa julgada material **erga omnes** “para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores”.

Na hipótese inversa, de pedido julgado improcedente, a sentença fará coisa julgada material apenas *inter partes*.

Essa conclusão está em harmonia com o parágrafo 2º do mesmo artigo 103, de acordo com o qual:

“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”.

A cláusula “...para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores...” deve ser entendida com o clássico grão de sal. Faltou dizer: todas as vítimas que tenham pretensão idêntica à das que intentaram a ação, ou seja, todos aqueles que querem a mesma coisa, com o mesmo fundamento, ou, ainda, todos aqueles legitimados a intentar a ação em litisconsórcio ativo, facultativo e unitário.

Sim, porque não podem estar contempladas no dispositivo, as vítimas que têm pretensões diferentes - (v.g. 1: querem abatimento do preço, em lugar da complementação do peso ou medida ou 2: querem a substituição do produto por outro da mesma espécie, em lugar da restituição imediata da quantia paga etc. etc.).

Com efeito, dar a tais vítimas prestação diversa da pretendida, retirando-lhes a possibilidade de obter a escolhida, não é beneficiá-las e sim prejudicá-las.

É bem verdade que, interpretado como aplicável somente aos casos de litisconsórcio unitário, o artigo 103, III, é ocioso, porque, não apenas no caso figurado, como em qualquer outro, a coisa julgada formada no processo que correu com os legitimados que intentaram a ação estende-se subjetivamente aos que poderiam intentá-la, em litisconsórcio unitário, com aqueles, e não a intentaram.

Por outro lado, se de acordo com a dicção do artigo 103, III, a coisa julgada somente opera *erga omnes* “no caso de procedência do pedido” e, portanto, no caso de improcedência do pedido, não faz coisa julgada material *erga omnes*, operando, apenas, *inter partes*, assim não beneficiando, nem prejudicando terceiros (artigo 472) é evidente que, nesse caso, os interessados que não ingressaram, no processo, como litisconsortes e que, portanto, nele não figuraram como parte, não podem ser prejudicados pela sentença que se proferiu e, desse modo, podem perfeitamente propor ação de indenização, ou qualquer outra, a título individual.

Ora, se é assim, para que declará-lo inutilmente, e de forma expressa, no parágrafo 2º, com violação ao princípio de acordo com o qual a lei não deve conter palavras inúteis?

Mais: O dispositivo alude à “ação de indenização”. Mas, se a ação não for de indenização não ocorrerá o mesmo? Por que, então, a restrição?

AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Extensão subjetiva da coisa julgada

Artigo 103, parágrafos 3º e 4º

“O parágrafo 3º do artigo 103” - anota a mesma Ada Pellegrini Grinover - “inova profundamente com relação aos princípios processuais sobre a coisa julgada: inspirado no princípio da economia processual e nos critérios da coisa julgada *secundum eventum litis*, bem como na ampliação *ope legis* do objeto do processo, expressamente autoriza o transporte, *in utilibus*, da coisa julgada resultante de sentença proferida na Ação Civil Pública para as ações individuais de indenização por danos pessoalmente sofridos”.

Duas hipóteses podem ocorrer, diz a mesma autora:

Primeira: A Ação Civil Pública foi julgada improcedente. Os terceiros, titulares de pretensões indenizatórias, a título de ressarcimento de danos pessoalmente sofridos, estarão imunes à coisa julgada, podendo ajuizar normalmente as suas ações reparatórias. Até aqui nenhuma novidade traz a primeira parte do artigo 103, parágrafo 3º, pois as ações são diversas, não só com relação às partes, como, também, pelo objeto.

Segunda: A Ação Civil Pública foi julgada procedente. Fugindo às regras clássicas sobre a coisa julgada, o Código autoriza, por economia processual, o aproveitamento da coisa julgada favorável, oriunda da Ação Civil Pública, possibilitando às vítimas e seus sucessores serem por ela beneficiados, sem necessidade de nova sentença condenatória, passando-se, assim, incontinenti, à liquidação e execução da sentença.

A autora exemplifica: Se a Ação Civil Pública, que tenda à obrigação de retirar do mercado um produto nocivo à saúde pública for julgada *procedente*, reconhecendo a sentença os danos, reais ou potenciais, pelo fato do produto, poderão as vítimas, sem necessidade de novo processo de conhecimento, alcançar a reparação dos prejuízos pessoalmente sofridos, mediante liquidação e execução da sentença coletiva. Se, porém, a Ação Civil Pública for julgada *improcedente*, as vítimas e seus sucessores poderão intentar, normalmente, suas próprias ações reparatórias, a título individual.

O fenômeno é semelhante ao dos efeitos civis da sentença penal condenatória, sobre os quais dispõe o artigo 91, I, do Código Penal, de acordo com o qual “são efeitos da condenação: I: tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime”. Nesse caso, passa-se desde logo à liquidação e execução da sentença, no juízo civil (Código de Processo Penal, artigo 63; Código de Processo Civil, artigo 584, II).

No parágrafo 4º do artigo 103, o Código utiliza a mesma técnica do parágrafo 3º ao estabelecer que “aplica-se o disposto no parágrafo anterior à sentença penal condenatória”.

Considerando que os efeitos da sentença penal condenatória não podem passar da pessoa do delinqüente, parece razoável o entendimento de que a regra do parágrafo 4º é aplicável, v.g. ao empregado que praticou o crime do artigo 74, ao deixar de entregar ao consumidor o termo de garantia, mas não o é ao empregador que nenhuma condenação sofreu pelo fato delituoso do seu empregado.

EXCLUSÃO DA LITISPENDÊNCIA.

Opt out. Opt in.

Artigo 104.

De acordo com a primeira parte do artigo 104 “as ações coletivas, previstas nos incisos I e II do parágrafo único do artigo 81 não induzem litispendência para as ações individuais...”.

Nesta parte, o dispositivo, além de pecar na terminologia, quando utiliza a expressão “não induzem” no lugar de “não produzem” ainda afirma o óbvio, ou seja, que não há litispendência entre as ações coletivas e as ações individuais.

Com efeito, uma de duas: Ou há identidade de partes, pedido e causa de pedir e há litispendência; ou não há essa identidade e não se há de falar em litispendência. Para deixar isso claro, não havia necessidade de a primeira parte do dispositivo dispor como dispõe.

Como explica a mesma Ada Pellegrini Grinover, a segunda parte do artigo 104 dispõe sobre situação diferente da que ocorre com as ações destinadas à tutela de direitos difusos e coletivos, onde o objeto do processo (indenização do bem indivisivelmente considerado; obrigação de fazer ou de não fazer) é diferente do objeto da ação individual (indenização dos danos pessoalmente sofridos).

Cuida-se, agora, diz a tratadista, de ação coletiva reparatória aos indivíduos pessoalmente lesados, onde o objeto mesmo do processo consiste

na condenação genérica, a indenizar as vítimas pelos danos ocasionados. O pedido de ação coletiva *contém* os pedidos individuais, formulados nas distintas ações reparatórias, no que respeito ao reconhecimento do dever de indenizar.

A seu ver, a hipótese é regida pelo artigo 104 do Código de Processo Civil, que dispõe sobre a continência, afirmação que se reluta em aceitar, porque a continência supõe identidade de partes, inexistente no caso figurado.

De acordo com o referido artigo 104 do Código de Defesa do Consumidor, nas ações coletivas de que tratam os incisos I, II e III do artigo 103 (o dispositivo fala só em incisos II e III, mas, ao que tudo indica, por mero equívoco) duas situações são configuráveis:

Primeira: O autor da ação individual *opta* pela suspensão do seu processo, no prazo de trinta dias, a contar da ciência do ajuizamento da ação coletiva: Será incluído na coisa julgada formada no processo coletivo.

Segunda: O autor da ação individual *não opta* pela suspensão do seu processo, antes opta pelo prosseguimento deste: será excluído da coisa julgada coletiva, ainda que favorável.

Esse regime foi mutuado do sistema norte-americano das *class actions*, que conhece a técnica da *opt out* e a *opt in*, 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. ◆