

UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE – UFCG
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – CCJS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO

DANYLLE CAMPOS DE FRANÇA

O CONSUMIDOR FACE O LITISCONSÓRCIO ATIVO NAS AÇÕES COLETIVAS
PARA DEFESA DOS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

SOUSA

2013

DANYLLE CAMPOS DE FRANÇA

O CONSUMIDOR FACE O LITISCONSÓRCIO ATIVO NAS AÇÕES COLETIVAS
PARA DEFESA DOS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, da Universidade Federal de Campina Grande, em cumprimento dos requisitos necessários para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Prof^a. Monnizia Pereira Nóbrega

SOUSA

2013

DANYLLE CAMPOS DE FRANÇA

O CONSUMIDOR FACE O LITISCONSÓRCIO ATIVO NAS AÇÕES COLETIVAS
PARA DEFESA DOS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, da Universidade Federal de Campina Grande, em cumprimento dos requisitos necessários para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Prof^a. Monnizia Pereira Nóbrega

Banca Examinadora:

Data da Aprovação: 09/04/2013

Orientadora: Prof^a. Monnizia Pereira Nóbrega

Prof^a. Vanina Oliveira Ferreira de Sousa
Examinador interno

Prof^a. Marília Daniella Freitas Oliveira Leal
Examinador interno

Dedico aos meus pais, Domingos e Vania, que sempre me apoiaram, me incentivaram, e que são minha força, minha luz e minha fé.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente à Deus, por todas as graças e bênçãos que Ele tem me proporcionado até aqui, por nunca ter me deixado fraquejar e por sempre me mostrar que Seu amor e misericórdia são sempre atuantes em minha vida.

Agradeço aos meus pais Vania e Domingos (*in memorian*). A mamãe, por ser meu exemplo, minha força, meu cuidado, minha paz e me fazer acreditar que eu posso ser melhor do que penso. A papai, por seu amor, seu carinho, seu conforto e por seu exemplo de honestidade e generosidade. Aos dois, conjuntamente, por não medirem esforços para me fazer feliz, por se empenharem dia após dia em me educar, por juntos terem sido o meu maior e melhor exemplo de amor, amizade e companheirismo. Eu sou parte de vocês e vocês juntos são meu inteiro! Meu amor e gratidão não cabem dentro de mim!

Aos meus irmãos, Danyelle, por estar sempre comigo, torcendo por mim, me apoiando, me acolhendo, me aconselhando, me incentivando e me fazendo acreditar no meu potencial. E Vinícius, pelo seu carinho, seu afeto, seu abraço e por me mostrar que nos momentos mais difíceis nós sempre podemos contar um com o outro. Eu amo vocês!

Aos meus avós maternos, Nequinho (*in memorian*), que do seu jeito peculiar me mostrou como ser família, amigo, e acima de qualquer coisa me ensinou a levar a vida com honestidade e caráter, e Carmelita que me mostrou como levar uma vida longa, feliz e que a paciência é, de fato, uma virtude.

À toda a minha família, que da sua forma e do seu jeito me mostra que eu posso contar com ela na alegria e na tristeza, em especial a titia Sheila, que é tia, irmã, mãe e amiga, que desde cedo me acolhe, me incentiva, me dá broncas construtivas e que se fazendo presente fez parte da minha construção como pessoa.

Ao meu namorado, Ken, que com seu amor, carinho, respeito, companheirismo e apoio, me mostra todos os dias que não existe distância quando a vontade de estar

junto e o amor recíproco existem, que está comigo em todos os momentos, me mostrando dia após dia que eu nunca estou só. Obrigada por me ajudar a quebrar minhas barreiras amor! Te amo!

Ao meu constante amigo Lulinha, por estar comigo até hoje, por atravessar comigo essa fase inesquecível das nossas vidas, pelas histórias que vivemos, pelos segredos que compartilhamos e por me dá a certeza que onde eu estiver e ele também eu não vou estar sozinha. Obrigada!

Às minhas sempre amigas, Chris, Amanda, Catarinne, Cinthya, Alana, Mariana, Ananda, Elisama, Daniella e Maria Aline, pela amizade a mim dispensada, por me deixar sempre claro que, apesar de muitas vezes distantes, onde e quando nos encontrarmos teremos sempre aquela amizade que o tempo não destrói.

Às amigas que Sousa me deu e as que ela reforçou, Nathália, Laryssa, Rayra, Fabrícia, Bárbara, Maria Luísa, Luciana, Silvia Renata, Tamylla e Julianna, vocês estarão sempre nas minhas lembranças boas e doces, fizeram dos meus dias melhores e felizes. Obrigada pelo incentivo, apoio e amizade, vocês certamente farão parte da minha maior saudade!

À minha orientadora, Monnizia, que sempre com muita presteza, responsabilidade e apoio, me ajudou a concluir esse trabalho que por tantas vezes me parecia impossível. Vejo em você um espelho profissional! Muito obrigada, sem seu apoio e orientação certamente eu não conseguiria!

“O sábio não se senta para lamentar-se, mas se põe alegremente em sua tarefa de consertar o dano feito”.

(William Shakespeare)

RESUMO

O presente trabalho objetiva estudar a intervenção do indivíduo como litisconsorte ativo nas Ações Coletivas para defesa dos direitos individuais homogêneos, elencada pelo artigo 94 do Código de Defesa do Consumidor. Ao encarar o tema, a sustentação da pesquisa incide na argumentação de que é necessário conhecer a Ação Coletiva trazida pelo aludido Código, tendo em vista o instituto litisconsorcial divergir dos ensinamentos acometidos pelo Direito Processual Civil tradicional. Ante o exposto, analisa-se a temática posta como objetivo geral, bem como esclarece a situação do particular, não legitimado a propor a Ação Coletiva, como litisconsorte ativo dessa ação, assim como compreende os reflexos desse instituto na coisa julgada dessas ações. E de forma específica objetiva-se: verificar a adequação do Código do Consumidor como instrumento de defesa dos direitos individuais e coletivos, abordar a intrigante questão acerca da legitimidade ativa e sua ampliação advinda do referido Código, trazer a diferença entre os interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, bem como traçar um perfil da Ação Civil Pública normatizada pela Lei de Ação Civil Pública e a Ação Coletiva elencada pelo Estatuto Consumerista. Para tanto, utiliza-se como método de abordagem o dedutivo, e como métodos de procedimento, faz-se uso do método histórico-evolutivo, bem como do método estruturalista, e no que se refere a técnica de pesquisa, faz uso da documentação indireta. Neste sentido, se observa que o litisconsórcio trazido pelo Ordenamento Consumerista é inovador e divergente em relação a conjuntura normativa tradicional, ao passo que não pode o consumidor lesionado propor a Ação Coletiva em defesa dos seus próprios direitos, não deveria este poder figurar como litisconsorte ativo na ação, assim como, essa intervenção litisconsorcial é desqualificada quando da coisa julgada nessas ações, sabendo-se pois que é mais benéfico ao particular se manter inerte diante das Ações Coletivas a se enquadrar como litisconsorte, já que não inserindo-se como litisconsorte o particular tanto será beneficiado quando da coisa julgada favorável, quanto poderá ingressar individualmente com uma ação a fim de reparar o dano sofrido quando a coisa julgada da Ação Coletiva for improcedente, no entanto, se o particular ingressar na ação, quando do pedido improcedente este perderá o direito de pleito individual.

Palavras-chave: Ação Coletiva. Direitos Individuais Homogêneos. Litisconsórcio. Coisa julgada.

ABSTRACT

The present paper aims to study the intervention of the individual as active joint group in Collective Actions to defend homogeneous individual rights by Article 94 of the Consumer Protection Code. Addressing to the issue, the support of the research focuses on the argument that it is necessary to know the Collective Action brought by the aforementioned Code, with a view on the institute of the joint group that diverges from the teachings affected by traditional Civil Procedure. Based on the foregoing, it analyzes the theme posited as general purpose and clarifies the situation of the individual, illegitimate to propose a Collective Action as active joint group of this action, as well to understand the consequences of the institute on the Res Judicata in these actions. And specifically it aims to determine the appropriateness of the Consumer Code as an instrument for the defense of individual and collective rights, addressing to the intriguing question about the active legitimacy and its expansion coming from the referred Code, to show the difference between the interests or diffuse rights, collective and homogenous individuals, as well to profile the Civil Public Action regulated by Law of Civil Public Action and the Collective Action by statute of the consumer. In order to this purpose, the deductive method is used as approach, and as methods of procedure, the method of the historical evolution as well as the method of structuralism are used, and for the search technique, indirect documentation is used. In this regard, note that the joinder brought by the Spatial of the Consumer is innovative and different compared to the traditional normative situation, knowing that the consumer prejudiced can't propose Collective Action in defense of their own rights, the consumer should not be able to appear as active joint group in action, and such intervention of the joint group is disqualified when it refers to the Res Judicata in this action, knowing that it is more beneficial to the individual to remain inert before the Colective Actions qualifies itself as joint group, because not inserting itself as the joint party, the individual will be benefited as the res judicata will be favorable, it also may enter individually with an action to repair damage suffered when the res judicata of Collective Action will be unfounded, however, if the individual will join the action, as well in case of an application rejected, this consumer will lose the right of individual petition.

Keywords: Collective Action. Homogeneous Individual Rights. Joinder. Res judicata.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADCT – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

Art. – Artigo

CPC – Código de Processo Civil

CDC – Código de Defesa do Consumidor

CF – Constituição Federal

LACP – Lei da Ação Civil Pública

MP – Ministério Público

ONU – Organização das Nações Unidas

Procon – Órgão de Proteção e Defesa do Consumidor

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 AS RELAÇÕES DE CONSUMO	16
2.1 A EVOLUÇÃO E A TUTELA DAS RELAÇÕES DE CONSUMO	16
2.2 A VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR.....	20
2.3 A ADEQUAÇÃO DO CDC COMO MEIO DE PROTEÇÃO AOS INTERESSES INDIVIDUAIS E COLETIVOS	23
3 DAS AÇÕES COLETIVAS	26
3.1 GENERALIDADES ACERCA DAS AÇÕES COLETIVAS	26
3.2 O INSTITUTO DO LITISCONSÓRCIO NAS AÇÕES COLETIVAS.....	29
3.3 DA LEGITIMIDADE ATIVA NAS AÇÕES COLETIVAS.....	33
4 A LEGITIMIDADE DO INDIVÍDUO FACE O LITISCONSÓRCIO ATIVO NAS AÇÕES COLETIVAS PARA DEFESA DOS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS PREVISTAS NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	37
4.1 BREVE EXPLANAÇÃO ACERCA DOS DIREITOS OU INTERESSES DIFUSOS, COLETIVOS E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS.....	37
4.2 O LITISCONSÓRCIO NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA E NA AÇÃO CIVIL COLETIVA PARA DEFESA DOS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS.....	42
4.3 O INDIVÍDUO, NÃO LEGITIMADO, COMO LITISCONSÓRCIO ATIVO NAS AÇÕES COLETIVAS EM DEFESA DOS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS	48
5 CONCLUSÃO	52
REFERÊNCIAS	56

1 INTRODUÇÃO

Todas as pessoas são, inerentemente, consumidores, seja por necessidade ou não. Essa característica pessoal independe da posição social, do poder aquisitivo ou até mesmo de própria vontade do indivíduo. Passa-se a consumir desde o momento em que se nasce, de necessidades básicas como alimentação e vestuário até manter o simples desejo de consumir o que quer que seja.

Com o passar do tempo, as pessoas tornaram-se cada vez mais consumistas, o momento histórico em que se vivia influenciava diretamente no desejo consumerista das pessoas, sempre em busca pelo mais, melhor e mais moderno. Com esse desenvolvimento, evoluíram também as relações de consumo, que deixaram de ser operações simples e tornaram-se sofisticadas transações comerciais. Os bens de consumo passaram a ser produzidos em grande escala para que pudesse suprir a necessidade do grande número de consumidores que buscavam por eles, produção essa que fora chamada de produção em massa. A partir de meados do século XX, essa produção tomou proporções que não havia se cogitado no tempo de outrora.

Com a sociedade cada vez mais consumerista, a produção em massa e a conseqüente evolução das relações de consumo, fora surgindo nos consumidores uma consciência que antes não existia: a consciência que eles estavam desprotegidos legalmente, e que necessitavam de uma guarida legislativa.

Foi com essa consciência e clamor da sociedade que surgiu a Lei 8.078 de 1990, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor. O qual já estava atrasado em sua criação, pois o Código Civil de 1916 que cuidava das relações consumeristas e as demais legislações existentes à época já não mais estavam aptos a tratar das novas situações que surgiam dia após dia.

A tutela do consumidor justifica-se pela procura do equilíbrio entre o consumidor e o fornecedor, sejam estes as partes integrantes da relação de consumo. O desequilíbrio existente nas relações de consumo é deveras notável, tendo em vista que o consumidor é um ser vulnerável diante do fornecedor, estando sempre a mercê de sofrer prejuízos e de não saberem como se defender. O CDC então inova ao afastar o dogma da igualdade perante a lei, pois, esse Código reconhece legalmente a desigualdade do mais fraco.

Vê-se, portanto, que a Lei Consumerista veio tratar não somente da defesa individual do consumidor, mas também da defesa coletiva destes, fazendo inovações a Lei 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública), tratando dos direitos difusos e coletivos e ainda, trazendo uma nova espécie de direitos, acidentalmente coletivos, os chamados direitos individuais homogêneos. Sendo responsável, no sistema jurídico pátrio, por reger a proteção coletiva, em especial, dessa última e nova espécie de direitos, que permite o amparo dos consumidores em larga escala, através de Ações Coletivas, sendo assim obtida a pretensão do legislador, pois quando se trata de direito do consumidor, há sempre uma probabilidade de se causar pequenos danos a um grande número de consumidores.

No que tange as Ações Coletivas para defesa dos direitos individuais homogêneos, regida pelo CDC em seu Título III, Capítulo II, várias peculiaridades são encontradas, destacando a legitimidade *ad causam* nessas ações, tema este bastante polêmico, tendo em vista que o Código em comento ampliou o rol de legitimados ativos para propor Ações Coletivas, alargando o que preconizava o art. 5º da LACP, entretanto, este não legitimou o indivíduo, pessoa física, a propor essas Ações Coletivas, podendo nela ingressar apenas como litisconsorte ativo, de acordo com o art. 94, do CDC, inclusive podendo promover, individualmente, a liquidação e execução de seus direitos. Entretanto, o que diverge é que a parte legitimada para propor a ação não é titular do direito material em questão, e *data venia*, ordinariamente o costumeiro é que o titular do direito subjetivo seja o próprio legitimado da ação.

Posto que, o litisconsórcio trazido pelo Estatuto Consumerista veio inovar o instituto, tendo em vista que este é atípico no ordenamento jurídico brasileiro, tanto no que corresponde ao do enquadramento adequado do indivíduo nas Ações Coletivas, quanto no que tange a coisa julgada dessas ações.

O presente trabalho objetivará, genericamente, analisar a situação do consumidor como litisconsorte ativo nas Ações Coletivas para defesa dos direitos individuais homogêneos, buscando averiguar a adequação do indivíduo, não legitimado a propor a ação, como litisconsorte ativo nesta, tendo em vista que esse instituto trazido no CDC é inovador no que corresponde ao mesmo instituto e suas regras no ordenamento jurídico tradicional, bem como entender a vantagem dessa intervenção litisconsorcial face à coisa julgada, favorável e desfavorável, nessas Ações Coletivas. E buscar-se-á especificamente, compreender a adequação do

Código Consumerista como defensor dos interesses individuais e coletivos; analisar a intrigante questão da legitimidade *ad causam* e sua ampliação nas Ações Coletivas; verificar a diferença entre os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos; bem como traçar um perfil da Ação Civil Pública regida pela LACP e a Ação Coletiva trazida pela Lei Consumerista.

Todos os indivíduos são consumidores, entretanto, sua grande maioria não possui informações pertinentes quanto aos seus direitos, outras tantas vezes, os que conhecem seus direitos desconhecem como podem e a quem podem recorrer para assegurar-los. A importância de conhecer as possibilidades que o consumidor tem, como meios de resguardar os seus direitos, que de maneira diferenciada, atinge a várias pessoas ao mesmo tempo de forma homogênea. Assim, a relevância do tema se dá pela necessidade de conhecer a fundo a Ação Coletiva regida pelo CDC e principalmente, esclarecer sobre o fato do consumidor embora não sendo legitimado para propor esta ação, possa em contrapartida figurar como litisconsórcio ativo da referida ação.

Posto ser necessário verificar se os legitimados ativos, elencados no art. 82 do Código de Defesa do Consumidor, são realmente capazes de satisfazer e garantir o direito material do indivíduo lesado; se o cerceamento da legitimidade do detentor do direito para agir coletivamente em causa própria não diverge por inteiro do que preconiza o direito processual pátrio.

Sendo assim, a presente pesquisa parte da seguinte problematização: Como o indivíduo, consumidor, que sofreu danos, pode assegurar seus direitos nas Ações Coletivas para defesa dos direitos individuais homogêneos, agindo na qualidade de litisconsorte ativo, divergindo assim do que preconiza os tradicionais ensinamentos doutrinários e o ordenamento jurídico clássico, e ainda como esse litisconsorte é encarado no que tange a coisa julgada nessas ações?

E como hipótese, se buscará constatar que se o indivíduo, litisconsorte ativo, fosse tratado como preconiza o Direito Processual tradicional acerca desse instituto, a possibilidade de assegurar seus direitos seriam mais palpáveis e estes seriam alcançados com mais facilidade, tendo em vista que embora essa alternativa de atuação do indivíduo seja inovadora, este, proprietário do direito material pleiteado, fica a graça dos legitimados, estando sujeito a perda do seu direito por desistência ou negligência do autor da ação e ainda, ingressando como litisconsorte pode ter seu direito individual prejudicado quando da coisa julgada improcedente.

Em virtude de alcançar os objetivos supracitados, será feita a utilização do método dedutivo como método de abordagem, tendo em vista que, iniciando-se de uma realidade larga, ou seja, desde a utilização do instituto do litisconsórcio nas Ações Coletivas como um todo, buscar-se-á encontrar deduções estreitas no tema abordado, quais sejam, um estudo pormenorizado da intervenção litisconsorcial nas Ações Coletivas para defesa de direitos individuais homogêneos.

E como métodos de procedimento utilizar-se-á o método histórico-evolutivo, pois será traçada uma linha horizontal em torno da evolução com a qual era encarada as relações de consumo e como esta é vista atualmente; e o método estruturalista, tendo em vista que esse estudo partirá desde o momento em que se inicia a relação de consumo até o seu término nas vias judiciais, priorizando o papel do indivíduo como litisconsorte ativo de acordo com o elencado no art. 94, do CDC.

No que se refere à técnica de pesquisa, se fará uso da documentação indireta, já que a investigação do tema e o desenvolvimento do estudo serão feitos através de ajuda bibliográfica, com o uso de livros e periódicos para que o tema seja explicado, e documentalmente, com o uso de leis e pesquisas feitas na internet.

Este trabalho se estruturará em três capítulos basilares inter-relacionados. O primeiro capítulo se pautará em estudar as relações de consumo, desde o seu surgimento até como se encontra nos dias atuais, passando pela ótica da Constituição Federal sobre o tema até o surgimento do Código de Defesa Consumidor, abordando ainda a vulnerabilidade do consumidor, como princípio justificador para o surgimento da tutela protecionista, tratando por fim, do CDC como tutela adequada para defesa dos direitos individuais e coletivos.

O segundo capítulo abordará a questão das Ações Coletivas como um todo, as generalidades acerca destas, bem como o instituto do litisconsórcio nestas ações, finalizando com o polêmico tema da legitimidade ativa para propor as Ações Coletivas.

O terceiro, último e principal capítulo, trará em seu texto primeiramente uma breve explanação no que tange os direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, bem como traça um perfil entre a Ação Civil Pública e a Ação Civil Coletiva para defesa dos direitos individuais homogêneos, em que aquela é regida pela LACP e esta pelo CDC, por fim, abordará o indivíduo, que não é legitimado ativo para propor a Ação Coletiva, como litisconsórcio ativo nas Ações

Coletivas para defesa dos direitos individuais homogêneos, suas nuances e peculiaridades.

Na conjectura aqui exposta, se buscará fazer um estudo mais particularizado sobre o tema, analisando detalhadamente as consequências trazidas por esta norma acerca da intervenção litisconsorcial, trazendo opiniões de diversos doutrinadores sobre o tema e os seus impasses legislativos, ressaltando o que essa intervenção representa na vida e no Direito do consumidor, individualmente, lesionado.

2 AS RELAÇÕES DE CONSUMO

Todos os seres humanos são, por natureza, consumidores, desde seu nascimento até seus últimos dias, e essa característica existe independentemente de classe social, poder aquisitivo ou faixa etária. Podem-se elencar diversos motivos que fazem com que as pessoas sejam consumidoras, desde para o suprimento de necessidades básicas até mesmo para alimentar o desejo de posse sobre os produtos disponíveis no mercado, ainda que esses sejam apenas para o supérfluo.

As relações de consumo são dinâmicas, pois são contingenciadas pela existência humana, nascendo, crescendo e evoluindo no passo dessa existência representando com presteza o período histórico em que estão situadas. Essas relações são também bilaterais, presumindo de um lado haver o fornecedor que se coloca no papel de fornecer bens e serviços a terceiros, podendo este ser na forma de fabricante, produtor, importador, comerciante e prestador de serviço, e do outro lado o consumidor, se tratando este da parte subordinada aos interesses e condições conferidas pelo titular dos bens e serviços, para assim atenderem as suas necessidades de consumo.

2.1 A EVOLUÇÃO E A TUTELA DAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Com o passar dos tempos, as pessoas foram se tornando, conforme suas necessidades, cada vez mais consumistas, os períodos históricos e as etapas que a humanidade foi passando influenciaram diretamente até que a sociedade se transformasse em como ela é hoje em dia, e assim as relações de consumo ficaram cada vez mais sofisticadas e passaram a ter um papel de suma importância na economia.

No que diz respeito ao período histórico a partir do qual surgiram as relações de consumo, preleciona Teixeira (2002, p. 1):

A Revolução Industrial, como de resto as revoluções do fim do século XVIII, modificaram substancialmente as relações políticas, sociais e

econômicas, culminando também no surgimento de uma nova categoria de indivíduos, os consumidores, que passaram a sentir os efeitos da produção em série e da ampliação das atividades empresariais e comerciais.

Com a evolução das relações de consumo, que passaram de simples operações de escambo às refinadas operações de compra e venda, arrendamento mercantil ou *leasing*, importação, contratos bancários etc., que antes movimentavam pequenos valores e agora trabalham com grandes empresas e um valor exorbitante em dinheiro. Essas relações deixaram, portanto de ser pessoais e diretas, e transformaram-se principalmente em impessoais e indiretas, aonde não se dá valor ao fato de não ver ou conhecer o fornecedor.

Os bens de consumo começaram a ser produzidos em maiores escalas para suprir a necessidade de um número cada vez maior de consumidores, o que se chama de produção em massa. As prestações de serviço cresceram em grande quantidade e o comércio passou a utilizar-se do extraordinário poder da publicidade como forma de divulgação dos produtos e de atrair novos consumidores.

A evolução nessas relações de consumo culminou na formação da consciência de que os consumidores estavam desprotegidos e necessitavam, portanto de uma resposta legal e protetiva.

A partir da II Guerra Mundial a produção passou a crescer em uma enorme velocidade, e com o surgimento da tecnologia de ponta, dos sistemas automáticos, da robótica, da computação etc., a velocidade tomou um grau que jamais fora cogitado até metade do século XX. A partir de 1989, com a queda dos regimes não capitalistas, o modelo de globalização, que já havia iniciado, completou quase todo o seu ciclo, abrangendo quase que totalmente o globo terrestre.

Tendo em vista toda essa evolução, a sociedade consumerista ficou desprotegida, como assevera Nunes (2011, p. 113), “o direito não podia ficar à margem desse processo, e em alguma medida seguiu a tendência da produção em série, mormente de especialização”. Foi então que surgiu o Código de Defesa do Consumidor (CDC) Lei 8.078/90.

Antes do advento do CDC havia algumas normas que tratavam da questão da economia popular, bem como no campo adjetivo existia a Lei da Ação Civil Pública (Lei de n. 7.347, de 27 de janeiro de 1985). Mas é certo que a Lei n. 8.078/90 precisava ser criada, já estando atrasada, pois o Código Civil de 1916 que regia as

relações consumeristas na época, assim como as demais leis do regimento privado, não eram mais capazes de suprir as situações que surgiam de toda aquela massificação.

Como pode-se analisar nas palavras de Nunes (2011, p. 114), para o qual:

Era necessário que tivéssemos uma lei capaz de dar conta das relações jurídicas materiais que haviam surgido e estavam em pleno vigor, porém sem um suporte legal que lhes explicitasse o conteúdo e que impedisse os abusos que vinham sendo praticados. Assim, consigne-se que, para interpretar adequadamente o CDC, é preciso ter em mente que as relações jurídicas estabelecidas são atreladas ao sistema de produção massificado, o que faz com que se deva privilegiar o coletivo e o difuso, bem como que se leve em consideração que as relações jurídicas são fixadas de antemão e unilateralmente por uma das partes - o fornecedor -, vinculando de uma só vez milhares de consumidores. Há um claro rompimento com o direito privado tradicional.

Assim, em 11 de setembro de 1990 a Lei n. 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor – foi criada, como subsistema autônomo e vigente dentro do sistema constitucional brasileiro. A referida lei denomina-se como Código por estipulação constitucional, o art. 48 do ADCT/CF anunciava o tão desejado CDC, observando-se o primeiro elo entre ele e a Constituição Federal. E nas palavras ditas por Almeida (2009, p. 24), “a tutela surge e se justifica, enfim, pela busca do equilíbrio entre as partes envolvidas”. Posto que o Estatuto Consumerista trata-se de uma lei principiológica, espécie inexistente no ordenamento jurídico brasileiro até a edição deste código, em 1990.

No tocante ao fato de ser uma lei principiológica, escreve Nunes (2011, p. 111):

Como lei principiológica entende-se aquela que ingressa no sistema jurídico, fazendo, digamos assim, um corte horizontal, indo no caso do CDC, atingir toda e qualquer relação jurídica que possa ser caracterizada como de consumo e que esteja também regrada por outra norma jurídica infraconstitucional. Assim, por exemplo, um contrato de seguro de automóvel continua regulado pelo Código Civil e pelas demais normas editadas pelos órgãos governamentais que regulamentem o setor (Susep, Instituto de Resseguros etc.), porém estão tangenciados por todos os princípios e regras da lei n. 8.078/90, de tal modo que, naquilo que com eles colidirem, perdem eficácia por tornarem-se nulos de pleno direito.

Logo, a Lei Consumerista torna explícito para as relações de consumo o que traz a Constituição Federal, enfatizando-se os Princípios Fundamentais da

República, os quais orientam todo o regime constitucional e os direitos e garantias fundamentais. À frente de todos os princípios existentes no CDC está o princípio da dignidade da pessoa humana, encontrado no art. 1º, III, da CF/88, apresentando-se como limite intransponível por qualquer outra norma hierarquicamente inferior e como luz a guiar todos os outros princípios e normas constitucionais.

Além do princípio supracitado, estão presentes no CDC outros princípios constitucionais, quais sejam: o princípio da igualdade (art. 5º, caput e inciso I, da CF/88); a garantia da imagem, da honra, da privacidade, da intimidade, da propriedade e da indenização por violação a tais direitos de forma material e também por danos morais (art. 5º, V, c/c, os incisos X e XXII, da CF/88); atrelado à dignidade e demais garantias está o direito à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer, à segurança, à previdência social etc. (art 6º, da CF/88); e junto a todos esses direitos está o da prestação de serviços públicos essenciais com legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (art. 37, caput, da CF/88).

Ressalta-se, ainda, que é cláusula pétrea como dever absoluto do Estado a defesa do consumidor, presente no art. 5º, XXXII, da CF/88, “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”. A Constituição Federal estabelece que o regime econômico do Brasil é capitalista, porém limitado aos fundamentos da República os valores sociais do trabalho e os valores sociais da livre iniciativa (art. 1º, IV, da CF/88), e no capítulo da Ordem Econômica, a defesa do consumidor é mostrada como justificativa da intervenção estatal na economia (art. 170, V, da CF/88). No tocante a este último princípio observa Almeida (2009, p. 30) que a citada intervenção justifica-se pela “necessidade de intervir no domínio econômico para assegurar a defesa do consumidor reside a justificativa da tutela, pois sem tal intervenção poderá se tornar ineficaz a proteção de que se cuida”.

Como um sistema próprio, com autonomia em relação às outras normas e exercendo o seu papel de lei principiológica, preleciona Nunes (2011, p. 115) que:

Dessa forma, de um lado as regras do CDC estão logicamente submetidas aos parâmetros normativos da Carta Magna, e, de outro, todas as demais normas do sistema somente terão incidência nas relações de consumo se e quando houver lacuna no sistema consumerista. Caso não haja, não há por que nem como pensar em aplicar outra lei diversa da de n. 8.078.

Logo, o CDC prevalece sobre todas as outras normas que vieram antes, mesmo que estas sejam especiais, que colidirem com os seus regulamentos, pois aquele, como lei ordinária que é, dentro do molde jurídico constitucional brasileiro, trabalha como um subsistema próprio e não está submetido a nenhuma hierarquia superior, exceto, é claro, da Carta Constitucional, que está acima de qualquer norma não constitucional.

2.2 A VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR

A relação de consumo é aquela em que se encontram dois protagonistas, um que receberá o nome de consumidor e outro que se chamará fornecedor. Uma das principais características que assolam esse instituto é a desigualdade desses dois personagens, havendo, pois um desequilíbrio nítido e notório entre ambos, o fornecedor por deter todo o poderio de produção posiciona-se em lugar vantajoso perante o consumidor.

Como preleciona Ferraz Filho (2010, p. 29), em seu comentário ao art. 5º, XXXII, da CF/88:

Segundo o ordenamento jurídico brasileiro, a relação de consumo é sempre marcada pela desigualdade, considerado o consumidor de certo modo hipossuficiente, vale dizer, como alguém que dispõe de poucos meios, ou nenhum, de se defender contra as imposições do fornecedor do bem e, pois, como passível de prejuízos, em síntese, em virtude de defeitos de fabricação e/ou cláusulas contratuais abusivas.

A vulnerabilidade do consumidor, que é explicitamente a parte mais frágil da relação, é a estrutura basilar da proteção do consumidor, é sobre ela que se apoia toda estrutura de pensamento desse dogma. Pode-se observar a fragilidade dos consumidores através do seu próprio conceito, que nas palavras de Comparato (1988 *apud* ALMEIDA, 2009, p. 24) são “os que não dispõem de controle sobre bens de produção e, por conseguinte, devem se submeter ao poder dos titulares destes”.

Hodiernamente, há uma unanimidade de pensamento acerca da hipossuficiência e vulnerabilidade do consumidor, em todos os países do ocidente já existe esse consenso, ressaltando-se o fato que a ONU exprimiu seu ponto de vista

a respeito na Resolução n. 39/248, de 10 de abril de 1985, reconhecendo o desequilíbrio do consumidor em âmbito econômico, nível educacional e poder aquisitivo, o que diverge com o direito que estes têm a produtos e serviços seguros e não prejudiciais (ALMEIDA, 2009).

Há que se destacar a diferença entre vulnerabilidade e hipossuficiência. Nas palavras de Benjamin (2007, p. 382) tem-se que:

A vulnerabilidade é um traço universal de todos os consumidores, ricos ou pobres, educados ou ignorantes, crédulos ou espertos. Já a hipossuficiência é marca pessoal, limitada a alguns – até mesmo a uma coletividade – mas nunca a todos os consumidores.

Ou seja, todo consumidor é vulnerável, mas nem todo vulnerável é hipossuficiente. A vulnerabilidade do consumidor justifica a existência do CDC, já a hipossuficiência legitima alguns tratamentos diferenciados que existem no interior deste Código, como exemplo disso, pode-se mencionar a previsibilidade da inversão do ônus da prova, elencada no art. 6º, VIII, do CDC.

No plano interno, a aceitação do princípio da vulnerabilidade pode ser observada no art. 5º, XXXII, da CF/88, em que é reconhecido implicitamente essa situação de hipossuficiência e vulnerabilidade, ao expressar em seu texto que o Estado promoverá a defesa do consumidor, por um lado atuando no papel de garantidor, por outro, impondo a tutela legal a quem reconhece precisar de proteção. Ainda no âmbito interno, é importante ressaltar que o CDC, ao dispor nos seus arts. 4º e 5º sobre a Política Nacional de Relações de Consumo, objetivou o legislador pátrio atender as necessidades dos consumidores, no que diz respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção dos seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e a harmonia das relações de consumo.

O CDC no seu art. 4º, I, reconhece ser o consumidor vulnerável. Nos dizeres de Nunes (2011, p. 174):

Tal reconhecimento é uma primeira medida de realização da isonomia garantida na Constituição Federal. Significa ele que o consumidor é a parte fraca da relação jurídica de consumo. Essa fraqueza, essa fragilidade, é real, concreta, e decorre de dois aspectos: um de ordem técnica e outro de cunho econômico. O primeiro está ligado aos meios de produção, cujo conhecimento é monopólio do fornecedor. [...] é o fornecedor que escolhe o que,

quando e de que maneira produzir, de sorte que o consumidor está à mercê daquilo que é produzido. O segundo aspecto, o econômico, diz respeito à maior capacidade econômica que, por via de regra, o fornecedor tem em relação ao consumidor. É fato que haverá consumidores individuais com boa capacidade econômica e às vezes até superior à de pequenos fornecedores. Mas essa é a exceção da regra geral.

Entretanto, o dogma da igualdade de todos perante a lei é abrandado para que seja assegurada a proteção do hipossuficiente, o vulnerável diante dos mais privilegiados. O CDC revoluciona ao afastar a aplicação do princípio da igualdade perante a lei, agora, a desigualdade é reconhecida pela própria lei.

O supramencionado inciso é claro, ao dispor que o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor possui status de princípio, tal princípio deverá, portanto, ser dominante sobre qualquer norma que tenha por objetivo manter o equilíbrio na relação de consumo, atacar contra esse princípio seria o mesmo que atacar a Constituição Federal ou, ainda, contra um dos objetivos do Estado, de acordo com o já mencionado art. 5º, XXXII, da CF/88.

De todo modo, para que exista o tão almejado equilíbrio entre as partes da relação de consumo é indispensável que haja intervenção Estatal. Não se digna nesse texto a intervenção Estatal na sua forma pura e simples de não viabilizar a relação de consumo, mas sim no sentido de promover a consonância entre as partes com o escopo de haver respeito e consideração nos contratos, fazendo com que as partes tornem-se equivalentes dentro do negócio no liame do princípio da isonomia, que está implícito no art. 4º, VI, do CDC, assim como, o princípio da dignidade da pessoa humana e princípios gerais da atividade econômica.

Tanto é que no art. 4º, II, do CDC é permitida a intervenção do Estado para resguardar efetivamente o consumidor, objetivando garantir-lhe acesso aos produtos e serviços essenciais com qualidade e adequação desses produtos e serviços. No mais, é indubitável que a tutela do consumidor justifica-se através da vulnerabilidade deste, de modo que o Estatuto Consumerista consagrou uma visão social e inovadora sobre os contratos, em que a autonomia da vontade não é mais elemento único e fundamental desses contratos, os efeitos sociais das relações de consumo passam a representar importante papel na própria relação contratual, resultando na intervenção estatal que anseia proteger legislativamente e efetivamente o vulnerável.

Com o fim de alcançar esse duplo propósito, de proteger o consumidor vulnerável e hipossuficiente com normas de Direito e também efetivamente, atuando diretamente nas relações de consumo, a Lei Consumerista se dividiu em normas de Direito Material e normas de Direito Processual, como se pode ver nas palavras de Teixeira (2002, p. 4), “ora para equilibrar o vínculo entre as partes, ora para moldar os institutos processuais à defesa individual e coletiva dos direitos”. Sendo importante analisar a forma na qual o CDC se enquadra, seja no aspecto individual seja no aspecto coletivo, tendo em vista que os consumidores podem ser vistos nos dois aspectos.

2.3 A ADEQUAÇÃO DO CDC COMO MEIO DE PROTEÇÃO AOS INTERESSES INDIVIDUAIS E COLETIVOS

O CDC cuida não somente da defesa de direitos individuais, mas, também dos direitos coletivos e difusos presentes nas relações de consumo, garantindo de forma abrangente a tutela dessas relações (FERREIRA, 2010). Ainda que o caráter de proteção individual esteja contido no CDC, esse *codex* caracteriza-se por se preocupar em especial com a proteção coletiva dos consumidores. É, portanto, o responsável por dar sentido aos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, o que, diga-se de passagem, são todos direitos de interesses coletivos.

Segundo preconiza Bastos (1981 *apud* ALMEIDA, 2009, p. 33):

Interesses coletivos seriam, pois, os interesses afetos a vários sujeitos não considerados individualmente, mas sim por sua qualidade de membros de comunidades menores ou grupos intercalares, situados entre o indivíduo e o Estado, notando-se a existência de um vínculo jurídico básico, uma geral *affectio societatis*, que une todos os indivíduos [...].

O assunto que envolve os interesses difusos e coletivos não são novos, pois surgiram concomitantemente com a sociedade em que o homem vive, desde que foram percebidos novos interesses, os quais abrangiam um vasto número de indivíduos e que sozinhos, não pertenciam a pessoas determinadas. É sabido, no

entanto que esses interesses foram enfatizados na sociedade moderna através dos reflexos surgidos na sociedade (ALMEIDA, 2009)

O CDC autoriza a proteção de consumidores em grande quantidade, por meio de Ações Coletivas e ações civis públicas. As Ações Coletivas, mesmo já possuindo importância devida à edição da LACP, recebeu enfoque com a criação do CDC. Destarte, nessas duas leis, em suas partes processuais o foco voltou-se para o acesso à justiça. No tocante ao CDC, às normas processuais reconhece-se nas ações individuais e coletivas.

No âmbito das Ações Coletivas, diz Teixeira (2002, p. 23), que “o direito do consumidor no Brasil arrimou-se em dois pilares: ao positivar as categorias de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos e ao ampliar a legitimação ativa para a defesa dos consumidores em juízo”.

Em relação aos direitos que foram positivados, e acima mencionados, pode-se observar o art. 81, parágrafo único, de CDC, em que dispõe o seguinte:

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

Bem como, o citado diploma legal em seu art. 91 e seguintes, trata de Ações Coletivas para defesa dos direitos individuais homogêneos, voltando-se, portanto a exemplificar que os legitimados do art. 82, do mesmo Código, podem propor, em nome próprio ou em defesa aos interesses de vítimas ou seus sucessores, Ação Civil Coletiva de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos.

Desde o surgimento dos direitos coletivos e difusos era necessário que fosse instituída uma forma de concretização desses direitos, que precisavam de algumas medidas de políticas públicas e que houvesse alterações no comportamento das empresas privadas. Foi ai então que o CDC ampliou o rol de legitimados para propor

as Ações Coletivas, buscando concretizar os direitos supracitados, como se vê no seu art. 82, *in verbis*:

Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente:

I - o Ministério Público,

II - a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal;

III - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código;

IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear.

§ 1º O requisito da pré-constituição pode ser dispensado pelo juiz, nas ações previstas nos arts. 91 e seguintes, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

No mais, pode-se ver presente no CDC o caráter individual e coletivo da tutela do consumidor, no que diz respeito à questão processual, de fato, não só as Ações Coletivas são essenciais para a proteção dos direitos dos consumidores, entretanto, deixa-se claro a característica fortemente coletiva do citado diploma legal, em que o legislador priorizou a tutela coletiva, tendo em vista que as demandas individuais seguem, normalmente, reguladas pela legislação processual comum, seja normatizada pelo CPC ou por leis extravagantes, podendo-se observar que do art. 81, do CDC em diante o foco incide sobre a tutela coletiva, fazendo menção a tutela individual quando esta, porventura, se apresente sobreposta com a coletiva.

3 DAS AÇÕES COLETIVAS

Os problemas enfrentados pelos operadores de Direito no tocante às ações em defesa dos consumidores, em sua grande maioria, advém do fato de que, para muitos, ainda não está claro como trabalha o sistema processual do CDC, em face do CPC ou mesmo das normas processuais apregoadas em leis extravagantes, alguns operadores têm mesmo dificuldade em compreender qual o modelo processual pertinente à espécie concreta, a saber, se seria uma Ação Coletiva que é a judicialização de interesses metaindividuais, levados à juízo por um representante adequado, ou uma Ação Individual, onde os sujeitos concernentes, individualmente ou através de litisconsórcio, sustentam em nome próprio os seus interesses.

O parágrafo único do art. 2º, do CDC, fala não mais do consumidor determinado e individualizado, mas sim de uma coletividade de consumidores, principalmente quando indeterminados e que tenham interferido em determinada relação de consumo. Entretanto, ressalva-se desde já, que a defesa coletiva do consumidor em juízo, a que se referem os arts. 81 e seguintes do referido diploma, em nada impede, obstaculiza ou danifica a tutela individual dos direitos e interesses dos consumidores, pelo contrário, o Estatuto Consumerista em vários dispositivos tratou de indicar como se dá a interação entre as Ações Coletivas e Individuais, a fim de deixar claro que o CPC e a LACP podem ser aplicadas subsidiariamente nos casos em que o mesmo não dispor.

3.1 GENERALIDADES ACERCA DAS AÇÕES COLETIVAS

O último século, em destaque sua segunda metade, houve uma enorme mudança de rumos no Direito Processual Civil. Deixou de ser um instrumento concebido, exclusivamente, para proporcionar a atividade individual do direito de ação e passou a ser visto também como meio a tutelar os interesses da sociedade como um todo ou de grupos que representavam grandes parcelas do aglomerado social, surgindo as Ações Coletivas, que são uma constante na história jurídica da

humanidade, apesar de só serem constitucionalmente consideradas como direitos fundamentais no século XX.

De acordo com Didier Júnior (2009), o aparecimento das Ações Coletivas remonta a duas principais fontes, a primeira, e mais admitida, trata-se do antecedente romano da ação popular em defesa das *rei sacrae, rei publicae*, onde ao cidadão era atribuído o poder de agir em defesa da coisa pública em razão da forte ligação natural que o atrelava aos bens públicos no geral, tanto em razão da relação entre o cidadão e bem público, como também pela profunda noção de que a República pertencia ao cidadão romano, portanto, era seu dever defendê-la, ressalvando-se que essa concepção de coisa pública tem origem grega e democrática. A segunda, as Ações Coletivas das “classes”, é um antepassado mais próximo das atuais *class actions* norte-americanas e do desenvolvimento brasileiro das Ações Coletivas disciplinadas no CDC, são existentes na prática judiciária anglo-saxã nos últimos oitocentos anos, mais recentemente a essência do sistema, nestas ações, era a apropriada representação, a ser avaliada pelo magistrado, podendo-se verificar que o problema da tutela nas Ações Coletivas desta tradição pautou-se na legitimação processual.

O movimento da ordem jurídica para o social não se notou apenas no aspecto do Processo Civil, pelo contrário, todos os ramos do Direito sentiram, pois no atual século o que realmente ocorreu foi a implantação definitiva do Estado Social de Direito, em substituição do velho Estado de Direito, onde somente o indivíduo era objeto de tutela. Em meio a nova visão do Estado e suas funções, adquiriram enfoque os ditos direitos difusos e coletivos, para os quais o legislador dispensou especial atenção, tanto no que tange a vertente material quanto processual.

Sob o aspecto legislativo, a tutela coletiva no Brasil surgiu em três momentos diferentes como bem descreve Almeida (2009, p. 250):

a) com a Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, instituidora da ação civil pública, que regulamentou a via judicial para responsabilização por danos causados ao consumidor, ao meio ambiente, ao patrimônio público e social, à ordem econômica, à economia popular, à ordem urbanística e a outros interesses difusos ou coletivos. Deve ser registrado que já existia desde 1965 a ação popular, que também se integra na órbita coletiva; b) em 1988, a Constituição Federal constitucionalizou a ação civil pública ao incluir a sua promoção como função institucional do Ministério Público (art. 129, III); e c) já o CDC, de 1990, vigente a partir de 1991, criou nova ação, a civil coletiva, vocacionada para a defesa dos direitos individuais

homogêneos de origem comum (art. 91), além de atualizar procedimentos.

Com essa legislação foram solucionados os problemas de legitimação, tendo em vista que a própria lei indicou os legitimados concorrentes, podendo-se observar no art. 5º, da LACP, e no art. 82, do CDC, assim como a ampliação da coisa julgada, que recebeu tratamento especializado, no art. 16, da LACP segundo o qual a sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, no limite da competência do juízo, salvo se a ação for julgada improcedente por não possuir provas suficientes, fato que permitirá que qualquer legitimado ingresse outra ação valendo-se de prova nova, e no art. 103, I, do CDC, que diz que em se tratando dos direitos difusos a coisa julgada será *erga omnes*, esta será *ultra partes* nas ações em defesa dos direitos coletivos e será *erga omnes* a coisa julgada na sentença de procedência nas ações em defesa dos direitos individuais homogêneos.

Destaca-se que, naturalmente, não se dispensou nem abandonou o direito clássico, de proteção ao indivíduo, sua pessoa, seus bens e seus direitos individuais, tudo que o homem, como núcleo do organismo social, conquistou na posse do direito, prossegue sob guarida da ordem jurídica habitual. O que se fez foi aumentar o campo de atuação do Direito para nele inserir situações coletivas que até então estavam à margem dos mecanismos de disciplina, garantia e sanção do Direito Positivo.

Observa-se de consenso com o que diz Almeida (2009), que a legislação relativa à tutela coletiva regula aspectos mais específicos como adequação da ação, legitimidade, sucumbência, inquérito civil; enquanto a lei ordinária, diga-se o CPC, continua a regular os aspectos gerais, aplicáveis subsidiariamente, como sistema recursal, provas, requisitos da petição inicial, entre outros.

Neste sentido, assevera Didier Júnior (2009, p. 30) que:

A revolução processual provocada pelas tutelas coletivas só foi possível no Brasil em razão das aptidões culturais e do contexto histórico em que estava emergente o estado Democrático Constitucional de 1988, consolidado na Carta Cidadã. Esta pequena exposição leva à percepção de que o processo, assim como o direito, tem uma conformação histórica.

Para entender melhor o funcionamento do sistema coletivo, é necessário ter em mente que o legislador ordinário recebeu a missão de viabilizar a tutela do

consumidor, começando para tanto do que fora estabelecido na vigente Constituição Federal, onde a defesa do consumidor foi inserida dentre os deveres do Estado, de conforme previsto no art. 5º, XXXII, segundo o qual “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”, bem como dentre os princípios informadores da ordem econômica, esculpido no art. 170, V, que estabelece em seu *caput* que a ordem econômica baseada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa tem a finalidade de garantir dignidade na existência de todos, de acordo com as regras da justiça social, e insere em seu inciso V a defesa do consumidor como um de seus princípios.

Percebe-se que, de imediato, não se atentou que estava sendo construído um novo sistema processual, devendo este ser construído à luz de seus próprios princípios, entretanto, não se exclui a existência genérica de uma Teoria Geral do Processo Civil, mas limitada aos conceitos que possam ser aplicados a ambos os sistemas, conforme escreve Greco Filho (2010).

Logo, por exemplo, não mais se pode adotar um conceito comum de legitimidade para agir: nas Ações Coletivas não se pode dizer que na legitimação ordinária alguém age em nome próprio sobre seu direito e na extraordinária alguém age em nome próprio sobre direito alheio, ao passo que nesse sistema ordinária é a legitimação das associações.

3.2 O INSTITUTO DO LITISCONSÓRCIO NAS AÇÕES COLETIVAS

Partindo-se da premissa do que vem a ser o instituto do litisconsórcio, pode-se afirmar que este é a pluralidade de partes litigando no processo, ou seja, quando há cumulação de vários sujeitos, tanto no polo ativo, existindo mais de um autor da ação, quanto no polo passivo, quando existe mais de um réu. Como bem expõe Dinamarco (1997 *apud* JOÃO, 2002, p. 103), é o litisconsórcio, “a pluralização das partes nos processo mediante a reunião de dois ou mais sujeitos em um ou em ambos os polos da relação jurídica processual, ou mediante a pluralização desses mesmos polos”.

Na grande maioria das demandas, o costumeiro é que as partes envolvidas litiguem individualmente, ou seja, a regra dos processos é que se tenha um autor e

um réu, destarte, várias circunstâncias podem acarretar a uma reunião de mais de uma pessoa, seja no polo passivo ou ativo do processo. O CPC utiliza como regra a singularidade de partes e seu sistema está firmado nesse princípio, de tal forma que a pluralidade de partes ou ainda a intervenção de terceiros devem ser tratadas como exceções. O regime adotado pelas Ações Coletivas é diferenciado, estas constituem outro sistema, com princípios próprios, em especial o da coletivização do processo como bem assevera Greco Filho (2010).

O litisconsórcio não se forma espontaneamente, para tanto é preciso que haja vontade das partes e que entre estas exista uma ligação que possa os unir e assim este se forme validamente. O CPC, em seu art. 46, estabelece os pressupostos para se obter um litisconsórcio:

Art. 46. Duas ou mais pessoas podem litigar, no mesmo processo, em conjunto, ativa ou passivamente, quando:

- I – entre elas houver comunhão de direitos ou de obrigações relativamente à lide;
- II – os direitos ou as obrigações derivarem do mesmo fundamento de fato ou de direito;
- III – entre as causas houver conexão pelo objeto ou pela causa de pedir;
- IV – ocorrer afinidade de questões por um ponto comum de fato ou de direito.

É importante frisar que existem diversas espécies de litisconsórcio, segundo diversos critérios, como bem preleciona Greco Filho (2010), o primeiro desses critérios é o da posição processual, o litisconsórcio pode ser ativo, quando existirem vários autores, passivo quando existirem vários réus, ou misto, quando em um único processo litigarem inúmeros autores e réus. Quanto ao critério cronológico, o litisconsórcio pode ser originário, quando a pluralidade de sujeitos existe desde o momento da propositura da ação, sendo esta a regra processual e poderá ser ulterior, quando a pluralidade de sujeitos surge após a propositura da ação e a citação do réu, entretanto, destaca-se que essa última espécie de litisconsórcio só poderá ocorrer nos casos expressos em lei, como o que decorre do chamamento ao processo ou da denunciação da lide.

No que diz respeito a eficácia da sentença, de acordo com o que preleciona Gonçalves (2010), o litisconsórcio pode ser unitário, quando a lide, necessariamente, tiver que ser decidida de maneira igualitária para todos os litisconsortes, e pode ser

simples, que se dá quando o juiz, ao solucionar a lide, puder decidir de forma diversa para cada litisconsorte.

A principal classificação, segundo dispõe Greco Filho (2010), trata quanto a obrigatoriedade ou não da ocorrência do litisconsórcio, no que diz respeito a esse critério o litisconsórcio pode ser necessário, ou seja, tem sua formação obrigatória, de acordo com o art. 47, do CPC, segundo o qual existirá o litisconsórcio necessário, quando a lei exigir ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver que solucionar a lide de forma uniforme para todas as partes, como poderá ser também facultativo quanto a existência deste ficar a critério das partes, devendo ser formado no momento da propositura da ação, sabendo-se que a vontade das partes não é arbitrária sendo condicionado aos pressupostos elencados no artigo 46, do CPC, supracitado. Esse litisconsórcio facultativo poderá ser limitado pelo juiz sempre que este entender que existe um grande número de pessoas em posição de litisconsorte na mesma ação, podendo, como consequência desse excesso, comprometer a celeridade do litígio ou ainda dificultar a defesa na ação.

O litisconsórcio facultativo pode ser limitado, de acordo com o parágrafo único, do art. 46, do CPC, que diz:

Art. 46 – [...]

Parágrafo único. O juiz poderá limitar o litisconsórcio facultativo quanto ao número de litigantes, quando este comprometer a rápida solução do litígio ou dificultar a defesa. O pedido de limitação interrompe o prazo para resposta, que recomeça na intimação da decisão.

De acordo com Mesquita (2012) esta limitação vem em contrapartida ao chamado litisconsórcio multitudinário, que é justamente quando ocorre uma verdadeira “multidão” ocupando um dos polos da ação, fazendo com que a celeridade processual seja dirimida, surgindo entraves processuais e dificuldades à defesa processual. Diante disso, o processo em questão poderá ser dividido em outros processos, limitando-se assim, o número de litigantes. A atitude de dividir o processo poderá advir de ofício pelo juiz como a requerimento do réu, é certo que desde o despacho da petição inicial deve atentar-se para a conveniência do litisconsórcio facultativo, devendo fazê-lo de ofício apenas fundamentado na celeridade processual, essa regra decorre do próprio texto do parágrafo único acima

mencionado, assim, nos casos em que a limitação do número de litisconsortes se dê pela dificuldade para a defesa a iniciativa deverá ser dos réus.

Faz-se necessário, portanto, precisar as noções de litisconsórcio e Ações Coletivas, como bem assevera Didier Júnior (2009), o exercício conjunto da ação por pessoas diferentes não se enquadra como uma ação coletiva, a junção de vários sujeitos em um dos polos da relação processual dá lugar apenas a um litisconsórcio, que representa apenas a possibilidade de união de litigantes, ativa ou passivamente, na defesa de seus direitos subjetivos individuais. Por outro lado, a ação coletiva nasce em função de uma particular relação entre a matéria litigiosa e a coletividade que precisa da tutela para resolver o litígio, vê-se, assim, que não é significativa, para esta classificação, a estrutura subjetiva do processo, e, sim, a matéria litigiosa nela discutida, a sua peculiaridade mais marcante é a de que existe a autorização para que, embora interessando a uma série de sujeitos diferentes, identificáveis ou não, esta pode ser ajuizada e conduzida por iniciativa de uma única pessoa.

No tocante ao instituto litisconsorcial nas Ações Coletivas, Dinamarco (1994 *apud* GOMES JÚNIOR, 2008, p. 231) afirma que:

A necessidade do litisconsórcio reside na indispensabilidade da presença de partes plúrimas, resolvendo-se numa questão de legitimidade ad causam ativa ou passiva: dizer que o litisconsórcio é necessário significa negar a legitimidade de uma só pessoa para demandar ou para ser demandada isoladamente, carecendo de ação o autor que insistir na demanda isolada. Trata-se de matéria de ordem pública, que ao juiz cumpre fiscalizar de ofício, ditando-lhe a lei, expressamente, o dever de determinar o necessário para que se faça o litisconsórcio, nos casos em que a lei o exige, sob pena de extinção do processo sem julgamento de mérito.

O Direito Processual Civil, tendo em vista essa inovadora matéria litigiosa, decorrente de uma sociedade transformada em suas estruturas fundamentais foi obrigado a estabelecer uma mudança no seu tradicionalmente costumeiro ponto de vista individualista e construir uma inovadora ótica coletiva.

3.3 DA LEGITIMIDADE ATIVA NAS AÇÕES COLETIVAS

A procura por um legitimado seja este passivo ou ativo, pessoa física ou jurídica, de caráter público ou privado, que possa representar os interesses do grupo em juízo de forma correta é um dos pontos mais intrigantes na tutela jurisdicional coletiva. Mostra-se como verdadeiro aspecto de resistência na mudança da tutela individual e a tutela metaindividual, naquela o indivíduo é superior e único sobre o direito de defender e demandar, e nesta o interesse público exige uma configuração inovadora desses poderes, como bem prepondera Didier Júnior (2009).

Faz-se necessário, primordialmente, saber que para acionar a tutela jurisdicional é necessário que o interessado possua legitimidade. A legitimidade da parte é uma das condições necessárias para que o processo seja conduzido até a sentença de mérito, é a titularidade ativa ou passiva da ação. Determinado interessado será considerado parte legítima quando este demonstrar-se como o titular do direito material invocado.

A legitimidade pode ser ordinária ou extraordinária. Os legitimados ordinários são os sujeitos da celeuma, os titulares dos direitos materiais em conflito, como bem dispõe Theodoro Júnior (2009, p. 137):

[...] são estes o autor, quando se apresenta como o possível titular do direito material que quer fazer atuar em juízo, e o réu, quando se coloca na posição de ser a pessoa indicada, em sendo procedente a ação, a suportar os efeitos oriundos da sentença.

Já os legitimados extraordinariamente, se verificam por determinação legal, em ocasiões excepcionais, quando a demanda for realizada pela parte, em nome próprio na defesa de direito alheio, essa legitimação extraordinária é chamada de substituição processual.

Theodoro Júnior (2009) salienta que no âmbito processual civil, não é aceitável exercer o direito de ação pessoas que não sejam os sujeitos da lide ou da relação jurídica material litigiosa, a não ser excepcionalmente nos casos de substituição processual devidamente exemplificada em lei, de acordo com o art. 6º do CPC, que dispõe: “ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”.

A regra elencada no artigo supracitado, adotada pelo Direito Processual Civil traduz-se nas palavras de Didier Júnior. (2009, p. 190):

[...] a clássica regra de legitimação expressa revela-se: o autor é o próprio titular do direito afirmado. Assim, quando o titular do direito subjetivo se identifica com o autor, tem-se a legitimação ordinária; quando, porém, o direito subjetivo é defendido por terceiro (alheio à relação de direito material afirmada), em nome próprio, tem-se a legitimação extraordinária. O essencial à figura da substituição processual (espécie de legitimação extraordinária, para alguns) é que a parte legitimada não se afirma titular do direito material. A regra ordinária diz o contrário: o usual, o comum, é que o próprio titular do direito subjetivo seja o legitimado.

Uma dificuldade técnica quanto a legitimação ativa apresenta-se na superação do trecho do art. 6º do CPC retrotranscrito, ou seja, a estrita relação entre o titular da ação e o titular do direito material afirmado. Essa regra tem como escopo garantir que o indivíduo não será exposto a uma situação da qual ele não quer tomar parte e de que este tem a liberalidade de participar do processo que julga seu próprio interesse. Tal regra tem uma exceção prevista no próprio art. 6º, *in fine*, quando diz “salvo quando autorizado por lei”, que é o que se chama de substituição processual, que como já dito, será sempre excepcional, por isso também denominada de legitimação extraordinária.

O sistema jurídico brasileiro indica expressamente na lei o rol de legitimados e estabelece parâmetros objetivos, como bem exemplifica Didier Júnior (2009, p. 198):

[...] a “representação no Congresso Nacional”, para os partidos políticos e a existência legal (legalmente constituída) e pré-constituição (em funcionamento há pelo menos um ano), para as associações, no mandado de segurança coletivo, ou a legitimação da administração direta e indireta, MP e associações no caso da LACP.

Conforme preleciona Didier Júnior (2009), são três as técnicas de legitimação mais usadas em Ações Coletivas mundialmente e que foram adotadas pelo Brasil. Primeiramente tem-se a legitimação do particular (qualquer cidadão como na ação popular, Lei 4.717/65); segundo a legitimação de pessoas jurídicas de direito privado (sindicatos, associações, partidos políticos, como no Mandato de Segurança Coletivo, art. 5º LXX, da CF/88); e por fim, em terceiro, a legitimação de órgãos do poder público (MP, como da Ação Civil Pública, Lei 7.347/85). Logo, pode-se dizer

que o Brasil possui uma legitimação plúrima e mista, tanto por serem vários os entes legitimados, quanto por serem legitimados entes da sociedade civil e do Estado.

No que tange a legitimidade ativa no âmbito das relações de consumo, para se pleitearem ressarcimento de danos advindos de produtos ou serviços, normalmente cabe às vítimas, o que se chama de legitimidade direta; bem como aos organismos instituídos para defesa coletiva dos consumidores, o que se chama de legitimidade indireta. Esses agentes especiais, possuidores da legitimidade indireta estão elencados no art. 82 do CDC, quais sejam, o Ministério Público, a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal, certas entidades e órgãos da administração pública direta e indireta, mesmo desprovidos de personalidade jurídica e, por fim, as associações civis organizadas por consumidores.

Para efeitos de legitimação ativa em juízo, o Estatuto Consumerista, apesar de conceituar separadamente os interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, não faz distinções entre estes, tendo em vista que afeta os órgãos e entidades descritas no art. 82, do CDC de maneira concorrente, pois tem a pretensão de não privilegiar nenhum ente de maneira especial objetivando dar o máximo de eficácia possível à proteção criada, e disjuntiva, pois nenhuma entidade necessita da autorização da outra para agir.

Essa técnica que se utiliza a legislação tem uma motivação jurídica e uma explicação prática, como bem assevera Mancuso (2007, p. 58), que diz que:

[...] a primeira reside em que a própria CF, em seu art. 129, § 1º, estabelece que a legitimação do MP para as ações civis tratadas no *caput* e incisos “não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei”; a razão de ordem prática está em que esses interesses metaindividuais, por sua própria natureza, estão esparsos pela coletividade, concernindo, a um tempo, a todos e a cada qual, de modo que não faria sentido “eleger-se” apenas *um* expoente que os pudesse representar em juízo.

Além do acima exposto, ressalta-se que o cidadão brasileiro, no deleite dos direitos políticos, já possui a Ação Popular, que é um meio processual adequado para a tutela de certos interesses difusos, como o patrimônio público e o meio ambiente, logo que, também por aí se justifica que a legitimação para agir em defesa de interesses difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos de consumidores se ofereça a outros legitimados.

O CDC, em seu art. 82, ampliou o rol de legitimados na propositura das Ações Coletivas, essa ampliação não ocorreu somente para dar ensejo ao acesso às demandas exclusivamente coletivas, mas também para permitir a tutela coletiva dos interesses ou direitos individuais ligados entre si pelo vínculo da homogeneidade.

Essa ampliação foi no tocante a permissão que as entidades e órgãos da Administração pública direta e indireta, ainda quem sem personalidade jurídica, possa ter acesso à justiça, desde que exclusivamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos pelo CDC; com a ampliação, as associações passaram também a ter legitimação *ad causam* somente pela autorização estatutária advinda da enunciação de seus fins institucionais. Entretanto, não chegou ao nível de legitimar a pessoa física para propor as Ações Coletivas, que nas palavras de Watanabe (2007, p. 807), justifica-se “talvez pela insegurança gerada pela falta de norma expressa sobre a aferição, pelo juiz, da “representatividade adequada”, talvez para se manter um ponto de distanciamento em relação à legitimação para ação popular”.

Theodoro Júnior (2009) destaca que nos casos em que se tutela interesses ou direitos difusos ou coletivos não é permitido aos indivíduos exercê-los individualmente, tendo em vista que estes pertencem ao grupo como um todo e não podem ser divididos entre os indivíduos que o integram, entretanto, tratando-se dos direitos individuais homogêneos a situação é totalmente adversa, pois, cada indivíduo lesado tem direito próprio que poderá ser exercido individualmente ou não, como pode-se observar nas palavras do aludido autor (2009, p. 139), segundo o qual os interesses individuais homogêneos:

Na sua essência, [...] não são coletivos, nem dependem do grupo para serem exercitados, singularmente, pelos interessados. A sua tutela por via de ação coletiva decorre de política legislativa inspirada no princípio de economia processual apenas, que se justifique por apresentarem os casos individuais agrupados certa uniformidade de origem, capaz de lhes conferir “coesão suficiente para destacá-los da massa de indivíduos isoladamente considerados”.

Pode-se dizer então, que os direitos individuais homogêneos podem ser tutelados tanto de forma individualizada, em ações promovidas pelo próprio indivíduo, quando coletivamente, através de ações de grupo, como as movidas pelos sindicatos, associações e demais legitimados do art. 82, de Estatuto Consumerista.

4 A LEGITIMIDADE DO INDIVÍDUO FACE O LITISCONSÓRCIO ATIVO NAS AÇÕES COLETIVAS PARA DEFESA DOS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS PREVISTAS NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Os direitos individuais homogêneos são os chamados direitos acidentalmente coletivos, trazidos pelo Estatuto Consumerista, em seu art. 81, III, são portanto, os direitos que *per si* não são coletivos, mas que de acordo com um determinado fato comum no qual culmine na lesão a várias pessoas de forma homogênea são tratados com tal. Esses direitos tiveram atenção redobrada pelo CDC, tanto no que tange aos legitimados a propor Ação Coletiva em defesa destes, quando a coisa julgada nessas ações. Cumpre destacar ainda a diferença entre a Ação Civil Pública normatizada pela lei 7.347/85 e as Ações Coletivas trazidas pela Lei Consumerista.

Ressalvando-se como enfoque principal deste capítulo o indivíduo como litisconsorte ativo nas Ações Coletivas para defesa dos direitos individuais homogêneos, trazido no art. 94, do *codex* do consumidor, destacando as inovações trazidas por esse instituto, as divergências doutrinárias sobre o tema, os reflexos desta intervenção litisconsorcial na coisa julgada e até a sua adequação.

4.1 BREVE EXPLANAÇÃO ACERCA DOS DIREITOS OU INTERESSES DIFUSOS, COLETIVOS E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

A CF/88 ao fazer referência aos direitos difusos e coletivos em seu art. 129, não os definiu, cabendo esta tarefa ao CDC, que tratou de defini-los em seu art. 81 e ainda, à guisa de explicar tais direitos findou por trazer uma nova espécie, quais sejam, os direitos individuais homogêneos.

Ressalta-se aqui explicitar acerca da utilização dos termos interesses e direitos, os quais são utilizados para referir-se a tais espécies de direitos. A Lei Magna em seu art. 129 utiliza-se da palavra “interesse”, entretanto, o Estatuto do consumidor no caput de seu art. 81 fala em “interesses e direitos”, e em “interesses ou direitos” nos três incisos desse mesmo artigo. Entende-se então de acordo com o que explica Nunes (2011, p. 787), que:

Tem que se entender ambos os termos como sinônimos, na medida em que “interesse”, semanticamente em todos os casos, tem o sentido de prerrogativa e esta é exercício de direito subjetivo. Logo, direito e interesse têm o mesmo valor semântico: direito subjetivo ou prerrogativa, protegidos pelo sistema jurídico.

Pode-se ainda observar o mesmo posicionamento nas palavras de Watanabe (2007, p. 819), para o qual:

Os termos “interesses” e “direitos” foram utilizados como sinônimos, certo é que, a partir do momento em que passam a ser amparados pelo direito, os “interesses” assumem o mesmo status de “direitos”, desaparecendo qualquer razão prática, e mesmo teórica, para a busca de uma diferenciação ontológica entre eles.

Por suposto, fica claro que ao deparar-se com os termos “interesses ou direitos” tem-se em mente que ambos estão devidamente corretos, como bem pode-se observar através do art. 81, do CDC, que traz em seu texto o conceito dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneo:

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

Para compreender bem os conceitos trazidos pelo citado dispositivo legal, é importante que se saiba que essas três vertentes de direitos, sejam difusos, coletivos e individuais homogêneos, constituem espécie do gênero metaindividual ou transindividual, mas existe uma diferença entre os direitos difusos e coletivos e os interesses individuais homogêneos. Enquanto os dois primeiros são essencialmente coletivos, na proporção em que seus objetos são indivisíveis e os sujeitos correspondentes são indetermináveis; os direitos difusos são absolutamente indetermináveis e no caso dos direitos coletivos são relativamente indetermináveis. Por sua vez, é o direito individual homogêneo, acidentalmente coletivo, apenas na

forma, no modo de exercício, sendo, pois, coletivos apenas em determinação de um episódio, seja este, sua origem comum, que os igualam e recomenda-se que sejam tratados concomitantemente.

Esses direitos intitulados difusos são aqueles em que os seus titulares não podem ser determinados, ou seja, que os possuidores do direito subjetivo o qual se pretende proteger são indivíduos indeterminados e indetermináveis. Destaca-se que ao afirmar esta assertiva não quer dizer que não exista uma pessoa a qual não esteja sofrendo danos ou ameaça, mas que se trata de um direito que apesar de alcançar algum indivíduo particularmente, necessita de uma guarida diferenciada, pois atinge simultaneamente a todos. Tanto é que os fornecedores, cuja definição está presente no art. 3º do CDC, devem respeitar os direitos difusos.

No tocante a esta espécie de direitos, não existe uma relação jurídica base, são as circunstâncias de fato que ditam a ligação, como por exemplo, a publicidade enganosa ou abusiva veiculada através da imprensa falada, escrita ou televisionada, que afeta um sem número de pessoas, sem que elas haja uma relação jurídica base. O bem jurídico ou objeto é indivisível, não poderá ser cindido, justamente por afetar e pertencer a todos indistintamente, como bem esclarece Nunes (2011, p. 789):

[...] o fato de o mesmo objeto gerar dois tipos de direito não muda a natureza de indivisibilidade do objeto relativo no direito difuso. Isto é, se um anúncio enganoso atingir um consumidor em particular, esse direito individual identificado não altera em nada a natureza indivisível do fato objetivo do anúncio.

O caráter da indivisibilidade do objeto é que faz a ligação com a titularidade difusa, na ação judicial de proteção ao direito difuso, sem alterar o quadro da proteção particular. A coisa julgada que advier dessas sentenças de procedência será *erga omnes*, ou seja, para todos, atingindo a todos de maneira igualitária, como bem assevera o art. 103, I, do CDC.

O inciso II, do parágrafo único, art. 81, do CDC, trata dos interesses ou direitos coletivos, estes também possuem seus sujeitos indeterminados, entretanto, são determináveis. Ou seja, para a verificação da existência de um direito coletivo não existe a necessidade de se apontar concretamente um titular real e específico, entretanto, esse titular é facilmente determinado, desde o momento da verificação do direito em apreço. São obrigados a respeitarem esses direitos os fornecedores

envolvidos na relação jurídica base ou aqueles que se relacionam com o grupo de consumidores que formam uma relação jurídica base entre si.

Nesse particular, cabe ressaltar que a relação jurídica-base pode ocorrer entre os membros do grupo ou sociedade, ou pela ligação com a parte contrária. Ou seja, no primeiro caso é aquela em que os titulares estão ligados entre si por uma relação jurídica, por exemplo, os associados de uma Associação de Proteção ao Consumidor, no segundo caso é aquela em que os titulares estão ligados com o sujeito passivo por uma relação jurídica, por exemplo, os usuários de um mesmo serviço público essencial como o abastecimento de água. Cabe ressaltar que no tocante a relação jurídica-base nesses direitos deve existir o caráter da anterioridade, ou seja, essa relação necessita ser anterior a lesão. Como bem coloca Didier Júnior (2009, p. 75), ao exemplificar que:

A relação-base forma-se entre os associados de uma determinada associação, os acionistas da sociedade ou ainda os advogados, enquanto membros de uma classe, quando unidos entre si (*affectio societatis*, elemento subjetivo que os une entre si em busca de objetivos comuns); ou pelo vínculo jurídico que os liga a parte contrária, *e. g.*, contribuintes de um mesmo tributo, estudantes de uma mesma escola, contratantes de seguro com um mesmo tipo de seguro etc.

O mesmo autor (2009, p. 75) complementa seu pensamento ao exemplificar diferenciando os direitos difusos dos direitos coletivos, quando diz: “no caso da publicidade enganosa, a “ligação” com a parte contrária também ocorre, só que em razão da lesão e não de vínculo precedente, o que a configura como direito difuso e não coletivo *stricto sensu* (propriamente dito)”. Logo, conclui-se que o que diferencia o direito difuso do direito coletivo é justamente a determinabilidade e a coesão advinda como grupo, categoria ou classe anterior à lesão, acontecimento que apenas se verifica nos direitos coletivos *stricto sensu* e não pode-se verificar nos direitos difusos.

Existe uma certa divergência no tocante a determinabilidade que diferencia os direitos coletivos dos interesses difusos, segundo Watanabe (2007, p. 824), o que diferencia “é a determinabilidade das pessoas titulares, seja por meio da relação jurídica base que as une [...], seja por meio do vínculo jurídico que as liga à parte contrária [...]”. Já de acordo com o que assevera Didier Júnior (2009, p. 75), “para fins de tutela jurisdicional, o que importa é a possibilidade de identificar um grupo,

categoria ou classe, vez que a tutela se revela indivisível, e a ação coletiva não está “à disposição” dos indivíduos que serão beneficiados”.

Resta afirmar que independente da determinabilidade ser do indivíduo titular do direito ou do grupo, categoria ou classe, o que diferencia os direitos coletivos e difusos é o fato de existir a possibilidade de determinar, seja quem for. É certo que o objeto ou bem jurídico protegido pelo direito coletivo é indivisível, ele não pertence a nenhum consumidor individual em particular, mas a coletividade simultaneamente. A coisa julgada, portanto, será “ultra partes”, ou seja, além das partes, de acordo com o art. 103, II da Lei Consumerista, se limitará ao grupo, categoria ou classe. Se houverem processos individuais tutelando o mesmo direito, esses processos não serão prejudicados, desde que os autores destes optem pela suspensão destes processos enquanto se processa a Ação Coletiva ou poderão, ainda, excluir-se do seu âmbito pelo direito de sair dando prosseguimento as suas ações individuais.

O legislador não se contentou em conceituar os direitos difusos e coletivos e inovou quando da criação de uma nova categoria de direitos coletivamente tratados, que chamou de direitos individuais homogêneos. O Ordenamento Consumerista conceitua tais direitos como sendo aqueles que advêm de uma origem comum, os direitos que nasceram em decorrência da própria lesão ou ameaça de lesão, em que a relação jurídica entre as partes é o fato lesivo, não sendo necessário, entretanto, que o fato ocorra em um mesmo lugar ou no mesmo momento, mas sim, que dela emane a homogeneidade entre os direitos dos vários titulares das pretensões individuais.

Os direitos individuais homogêneos, conceituados do art. 81, parágrafo único, III, da Lei do Consumidor possuem os sujeitos determinados porque no caso desse direito o próprio nome já diz, mesmo sendo homogêneo é um direito individual, e estes sujeitos são sempre mais de um, pois, sendo um só sujeito, o direito seria individual simples. O fato de ser possível determinar singularmente os lesados não modifica a possibilidade e pertinência da ação coletiva. Cabe aqui ressaltar que este não se trata de litisconsórcio e sim de direito coletivo, pois no litisconsórcio ativo o que ocorre é o ajuntamento de várias pessoas, com direitos próprios e individuais no polo ativo da demanda, no direito em estudo, trata-se de direito coletivo, e na ação coletiva por interesses individuais homogêneos caracteriza-se justamente porque a pretensão do legitimado concentra-se no acolhimento de uma tese jurídica geral, que dizem respeito a determinados fatos, que pode aproveitar muitas pessoas, o

que permite, inclusive, a propositura da ação judicial por parte dos legitimados do art. 82, do Estatuto do Consumidor.

Determinando a Lei Consumerista em seu art. 103,III, que a sentença terá eficácia *erga omnes*, ou seja, os titulares dos direitos individuais serão abstrata e genericamente beneficiados. Devendo se responsabilizar por esses danos àqueles que direta ou indiretamente concorreram para o fato danoso ou tenham participado de tal fato. Posto ser o objeto desse direito divisível, apesar da origem ser comum e deste atingir a todos os titulares igualmente, o resultado real da violação ao direito é diferenciado para cada um, de modo que se trata de um objeto que se reparte, divide.

4.2 O LITISCONSÓRCIO NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA E NA AÇÃO CIVIL COLETIVA PARA DEFESA DOS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

Sabe-se que existem quatro ações que podem ser manejadas na via coletiva, quais sejam, a ação popular, o mandado de segurança coletivo, a Ação Civil Pública e a Ação Civil Coletiva. Far-se-á no presente texto uma breve conceituação e explanação sobre o que vêm a ser as Ações Civil Pública e Civil Coletiva para defesa dos direitos individuais homogêneos.

Vigliar (2001, *apud* GOMES JÚNIOR 2008, p. 29), defende que não existem diferenças entre a Ação Civil Pública e a chamada Ação Coletiva, tecendo críticas no tocante à terminologia usada:

Tanto ação civil pública como ação coletiva são expressões equivocadas. Esta embora não seja consagrada, deveria ser a utilizada (aconselho mesmo que optem por ela), porque revela o tipo de interesse que se está a pleitear a tutela jurisdicional. O nome não terá a força para modificar a essência da coisa. Se o interesse for transindividual (na sua essência ou não), a demanda será coletiva.

A Ação Civil Pública está prevista na Lei 7.347/85 e a Ação Coletiva é aquela veiculada a pretensão prevista no CDC, mesmo que ambos os sistemas se complementem e se integrem de forma mútua, se diferenciam. Vê-se que é uma

questão puramente metodológica, tendo em vista que se segue quando do ajuizamento de qualquer uma das duas, apesar de haver uma igualdade entre elas.

A Ação Civil Pública é tida como meio de mobilização social e instrumento de cidadania, é, pois a via processual correta para proibir ou afastar danos ao consumidor e a outros bens tutelados. É disciplinada pela Lei nº 7.347/85 e suplementarmente pelo CDC, de acordo com seu art. 90, e é utilizada para proteger os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos de interesse social. Não se presta a salvaguardar os direitos individuais puros, tendo em vista que os titulares desses direitos deverão valer-se do procedimento comum, ordinário ou sumário, do mesmo modo, não poderá também ser usada para obter a reparação de prejuízos causados a particulares, singularmente, pois, no tocante a ação em tela só podem ser tutelados os bens enumerados na lei, sejam eles de qualquer espécie, difusos, coletivos ou individuais homogêneos, como se pode observar no art. 1º da LACP (Lei nº 7.347/85):

Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:

I – ao meio ambiente;

II – ao consumidor;

III – a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

IV – a qualquer outro interesse difuso ou coletivo;

V – por infração da ordem econômica;

VI – à ordem urbanística.

Parágrafo único. Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados.

No âmbito do inciso IV supra mencionado, a CF/88 e a legislação esparsa ainda enumeram: a proteção do patrimônio público e social; a proteção dos direitos e interesses das populações indígenas; a proteção das pessoas portadoras de deficiência; a proteção dos investidores no mercado imobiliário; a proteção do consumidor; a proteção do patrimônio público em caso de enriquecimento ilícito de agente ou servidor público; a proteção da criança e do adolescente (ALMEIDA, 2009).

Estão legitimados para propor esta ação todos os órgãos elencados no art. 5º da LACP, quais sejam: o Ministério Público; a Defensoria pública; a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; autarquias, empresas públicas, fundações ou sociedade de economia mista; as associações civis constituídas há mais de um ano, competindo-lhe, por disposição estatutária, a defesa do consumidor. Vê-se, portanto, que a legitimação ativa é restrita aos órgãos e entidades enumeradas. Ressalva-se que a Lei nº 9.870/99, sem alterar expressamente a LACP e o CDC, legitimou as associações de alunos, de pais de alunos e responsáveis à propositura das ações previstas na Lei do Consumidor, na medida provisória e na legislação em vigor. Também está legitimada a OAB, tida, pois, como autarquia especial, em defesa dos direitos da categoria e, de forma igualitária, os sindicatos.

O foro competente para julgar tais ações, de acordo com o que estabelece os art. 2º, da LACP, é o local onde ocorrer o dano. Caso haja interesse da União, suas autarquias e empresas públicas, na posição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, a competência será da Justiça Federal, no foro do Distrito federal ou da Capital do Estado, isto em consonância com o art. 109, I, c/c o § 2º, da CF/88, destacando-se ainda o *Parquet* federal, como órgão da União que é, utiliza-se do mesmo foro competente que esta. A sentença prolatada fará coisa julgada *erga omnes*, ou seja, seus efeitos alcançarão a todos, inclusive àqueles que não foram parte no processo, dentro dos limites da competência territorial do órgão prolator, será excetuada a essa situação, caso em que ocorra ação julgada improcedente, por deficiência de provas, hipótese em que qualquer um dos legitimados poderá intentar nova ação com fundamentação igual, só que em posse de novas provas, isso de acordo com o art. 16, da LACP.

No que se trata do instituto do litisconsórcio nas ações civis públicas, é inapropriado falar desse instituto e não falar no aspecto da legitimidade. Sabe-se, de acordo com o que já fora supramencionado, que estão legitimados para propositura da ação as entidades e órgãos elencados no art. 5º, da LACP. Da observância ao texto do referido artigo, já se pode concluir que não há espaço para que a pessoa física participe como legitimado concorrente nessas ações, logo, por faltar-lhe legitimidade, não pode o indivíduo atuar em litisconsórcio na Ação Civil Pública para proteção aos interesses difusos ou coletivos.

O litisconsórcio na tutela coletiva através da Ação Civil Pública é ativo e facultativo, entretanto, é exclusivamente entre os legitimados concorrentes, que possuem autorização legal para a substituição processual na defesa dos interesses difusos e coletivos, como bem escreve Almeida (2009, p. 265), para o qual: “desse modo, a defesa é feita no sentido difuso e coletivo, no interesse daqueles titulares dos interesses, mas que não poderiam pleiteá-lo diretamente em juízo em caráter coletivo”.

A pessoa física não é legitimada, pois, pelo simples fato de não estar incluída no rol de legitimados do art. 5º, da LACP, o que decorre a circunstância do mesmo não poder atuar como litisconsorte na ação em comento.

No tocante a Ação Civil Coletiva para defesa dos direitos individuais homogêneos, normatizada no Título III, Capítulo II, do CDC, tem-se que esta foi a maior inovação trazida pelo Estatuto Consumerista, representando uma grande conquista para a proteção judicial do consumidor. Esta ação nada mais é que uma versão à brasileira do se conhece pela *class action* americana, diferenciando uma da outra basicamente no que tange à representatividade e à legitimação, pois na *class action* americana qualquer indivíduo interessado na ação coletiva, em representação aos demais, poderá ingressar na justiça em defesa do direito de todos, obrigando a decisão a todos. No Brasil isso não ocorre, os legitimados a propor ação coletiva estão elencados em lei e entre esses o indivíduo lesado não está incluso. E ainda mais, na *class action* o juiz avalia o quesito da representatividade para saber se o indivíduo representante do grupo está tecnicamente e adequadamente instrumentado para proteger o interesse de todos, o que não ocorre no Direito brasileiro, já que apenas as entidades legitimadas podem intentar com ação coletiva (ALMEIDA, 2009).

O objeto da ação em comento é a proteção em juízo dos direitos individuais homogêneos, os quais seu conceito já foi supramencionado. Esses direitos são tipificados por sua homogeneidade, ou seja, o fato deles serem iguais para todos os interessados, e advirem de uma mesma origem. Pelo próprio conceito desses direitos, resta saber que podem ser propostas várias ações individuais pleiteando, em benefício próprio, o objeto da demanda. Justamente nesse âmbito que está a maior mudança, como pode-se observar nas palavras de Almeida (2009, p. 271), que diz:

[...] o Código permite o ajuizamento de uma única ação coletiva, por pessoas legalmente legitimadas, em benefício de todas as vítimas do mesmo evento, com isso evitando o ajuizamento de milhares de ações, em todo o território nacional, proporcionando economia de tempo e dinheiro para as partes e para o Judiciário. Por outro lado, fortalece a posição do consumidor, que, isoladamente, poderia não se sentir em condições de litigar – em virtude do reduzido valor patrimonial da demanda ou das despesas que forçosamente teria de efetuar –, mas que, na via coletiva, por meio de ação única, terá uma razoável oportunidade de ressarcimento.

O procedimento dessa ação será o ordinário, elencado no art. 282 e s., do CPC, tendo algumas modificações devido as peculiaridades da ação coletiva, notadamente no que tocante a legitimação para agir, foro competente e a execução.

Quanto aos legitimados para propor a ação coletiva o art. 82, do CDC, dispõe: o Ministério Público, a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal, as entidades e órgãos da Administração Pública destinados a defesa dos interesses e direitos do consumidor e as associações privadas constituídas há pelo menos um ano. Insere-se como substituição processual de acordo com o art. 6º, do CPC, tendo em vista que os legitimados concorrentes defendem, em nome próprio, direitos e interesses das pessoas lesionadas ou seus sucessores, mediante autorização legal, como assevera o art. 91, da Lei Consumerista. Os indivíduos lesionados, isoladamente, não estão legitimados para a fase inicial da ação coletiva, entretanto, poderão intervir como litisconsortes ativos, em consonância com o art. 94, do CDC, que diz: “proposta a ação, será publicado edital em órgão oficial, a fim de que os interessados possam intervir no processo como litisconsortes, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social por parte dos órgãos de defesa do consumidor”, e atuam com grande importância na fase de liquidação e no processo de execução, de acordo com os arts. 97, 98 e § 3º do 103, do *codex* do consumidor.

Ressalta-se que no tocante a legitimação para agir, o Estatuto do consumidor ampliou-a, em relação à Ação Civil Pública, trazendo uma nova situação não prevista na Lei nº 7.347/85, que foi incluir aos legitimados para propor essa ação os órgãos públicos de defesa do consumidor, Procons e afins, em consideração aos notáveis trabalhos por eles realizados.

O foro competente para o processo e julgamento das ações em comento é a Justiça Comum dos Estados, ressalvada a competência da Justiça Federal, em

conformidade com o elencado art. 109, I, c/c o art. 93, do CDC. Tal foro determina-se pelo alcance territorial dos danos, se forem de âmbito nacional, quais sejam, os danos produzidos em mais de um Estado ou em Municípios de um mesmo Estado; regional, que são aqueles que alcançam vários Municípios de um mesmo Estado; ou local, que são os danos circunscritos a um só Município. Assim, quando o dano for de abrangência nacional ou regional, a competência será do foro da Capital do Estado ou do Distrito Federal, e se for de âmbito local, competente será o foro do lugar onde ocorreu ou deve ocorrer, isso em compatibilidade com os incisos II e I do art. 93, do Ordenamento Consumerista, respectivamente (ALMEIDA, 2009).

Observando o escrito no art. 98, § 2º da Lei Consumerista, tem-se o entendimento de que é possível a divisão entre o juízo da ação de conhecimento e o da liquidação. A competência de foro muda de figura quanto à fase de liquidação e execução do processo, quando a liquidação for individual, deverá ser promovida no foro da ação de conhecimento ou no domicílio do autor-liquidante, obedecendo o traz o art. 97, c/c o art. 101, I, (aplicado por analogia), do CDC, se a liquidação for coletiva, ou seja, que for promovida pelos legitimados concorrentes, o juízo competente será o da ação condenatória, seja para a liquidação como para a execução, em consonância com o art. 98, §2º, II, do Código Consumerista.

Quando a ação coletiva for procedente, o art. 95 do CDC diz que “a condenação será genérica, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados”. A coisa julgada na ação em tela, quebra a regra geral do art. 472, do CPC, no sentido de que seus efeitos estão limitados às partes do processo, não beneficiando nem prejudicando terceiros. No caso dessa ação, sendo procedente o pedido, a coisa julgada produz efeitos *erga omnes*, ou seja, para todos, beneficiando todos os lesados do mesmo fato danoso e seus sucessores, tenham estes entrado ou não como litisconsortes. Registra-se o que diz o art. 104, do Estatuto do consumidor, que só participará do efeito *erga omnes* da sentença o autor da ação individual que requerer a sua suspensão, no prazo de trinta dias, contando-se da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva. Quando a ação obtiver sentença improcedente, o tratamento será diferenciado, pois esta só produzirá efeitos entre as partes litigantes, quais sejam; os autores, réus e litisconsortes, mas não alcançará os que não intervirem na ação, que poderão propor nova ação indenizatória individualmente, como se pode observar no art. 103, § 2º, do CDC.

Por fim, no tocante ao instituto do litisconsórcio nas ações em comento, este se diferencia do que ocorre na Ação Civil Pública. Conquanto esta só permita que o litisconsórcio aconteça entre os legitimados concorrentes, naquela o tratamento é diferenciado, pois, o Código Consumerista possibilita que ocorra o litisconsórcio entre os legitimados e também que os interessados, vítimas ou sucessores ingressem na ação na condição de litisconsórcio ativo, como se pode observar no art. 94, do CDC, que logo no início está devidamente previsto que seja publicado edital para que os interessados na causa tomem conhecimento desta. Se o próprio indivíduo pode propor ação individual para a defesa de seu patrimônio, poderá também fazê-lo na ação coletiva, ajudando no polo ativo da ação.

4.3 O INDIVÍDUO, NÃO LEGITIMADO, COMO LITISCONSÓRCIO ATIVO NAS AÇÕES COLETIVAS EM DEFESA DOS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

O art. 94, do CDC, constitui que os interessados na propositura da ação coletiva poderão ingressar nesta como litisconsorte. O referido artigo dispõe que “proposta a ação, será publicado edital no órgão oficial, a fim de que os interessados possam intervir no processo como litisconsortes, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social por parte dos órgãos de defesa do consumidor”.

Vale destacar que esta intervenção é de abrangência exclusiva das Ações Coletivas para defesa dos direitos individuais homogêneos, tendo em vista que são direitos divisíveis, disponíveis e que podem ser claramente determinados os indivíduos que detêm esse direito. Neste sentido, Nelson Nery (1997 *apud* JOÃO, 2002, p. 110) diz que:

Somente nas ações coletivas para a defesa de direitos individuais homogêneos é que pode haver o ingresso do particular, na qualidade de litisconsorte, porque o direito discutido é dele também. Porém, conforme manifestado anteriormente, essa intervenção será sempre posterior, já que o particular não é parte legítima para propor a ação.

Alguns doutrinadores encaram essa intervenção como assistência litisconsorcial, pois para configurar o instituto do litisconsórcio o particular deveria estar legitimado para ser autor da ação, como por exemplo, o posicionamento de

Alvim (1991 apud JOÃO, 2002, p. 111), segundo o qual: “a intervenção do particular mais se aproximaria da assistência litisconsorcial, já que, segundo o autor, para ser litisconsórcio deveria haver a possibilidade dos particulares serem autores da ação coletiva”. Para outros, o ingresso do particular na ação formará um litisconsórcio facultativo ulterior, figura esta que não é admitida no Direito Processual clássico. Essa intervenção do particular na ação, segundo Grinover (2007, p. 902):

Trata-se, na espécie, de *litisconsórcio unitário*, uma vez que a lide será necessariamente decidida de modo uniforme com relação a todos, no que diz respeito ao dever de indenizar, fixado na sentença condenatória. Depois, nos processos individualizados de liquidação da sentença, o litisconsórcio que eventualmente se formar será *comum*.

Esse litisconsórcio será unitário, pois a lide será obrigatoriamente decidida de forma igualitária em relação a todos, no que tange ao dever de indenizar apregoado na sentença condenatória, conforme preleciona Grinover (2007). E ainda, alguns doutrinadores chamam de intervenção litisconsorcial voluntária, espécie que não está prevista no ordenamento jurídico brasileiro.

Com tantas divergências entre doutrinas acerca do enquadramento adequado da intervenção do particular trazida no art. 94, do CDC, entende-se que este instituto, assim como o sistema o qual foi inserido são inovadores e revolucionários, utilizando - se das palavras de João (2002, p. 112) quando diz:

A lei do consumidor estabelece que será publicado edital para que os interessados possam intervir como litisconsortes; muito bem, serão eles litisconsortes, mas não os litisconsortes dos arts. 46 e segts. do CPC; também não serão os assistentes litisconsorciais do art. 54 daquele Estatuto; serão sim os litisconsortes do Código de Defesa do Consumidor com as peculiaridades que lhes são atinentes, ou seja, serão consumidores ou vítimas que estão sendo ameaçados ou sofreram danos e a quem, muito embora possam agir sozinhos, por existir uma origem comum, ocasionadora desta ameaça ou deste dano, a lei faculta uma ação coletiva, proposta por um dos legitimados elencados no art. 82, lei que permite também que estes consumidores e vítimas ingressem no polo ativo da demanda ao lado do(s) autor(es) por pertencer a cada um deles o objeto litigioso, de forma divisível e disponível.

Observa-se, então, que se houvesse o ingresso do particular como litisconsorte comum, nos moldes do art. 46 do CPC, desencadearia um litisconsórcio

multitudinário, que é justamente o que as Ações Coletivas querem evitar. Se o particular ingressasse como litisconsorte no momento da propositura da ação, ocasionaria uma desordem na ação, perdendo esta sua finalidade, qual seja, simplificar. Há que se falar que de acordo com o que diz o ordenamento jurídico tradicional, depois de formada a relação jurídico-processual, qualquer terceiro que ingresse na ação deveria ser enquadrado como assistente litisconsorcial, e não como litisconsorte, já que se trata de um litisconsorte facultativo. Ainda, se o legislador quisesse que o consumidor prejudicado ingressasse na ação como parte autora legítima, este teria estabelecido legitimidade ativa ao mesmo para litigar coletivamente em nome de todos.

Destaca-se ainda que o interveniente trazido pelo art. 94, do CDC, apesar de ser litisconsorte, de acordo com o que é explanado no texto do artigo, este possui limitações em suas ações, de acordo com o que diz Grinover (2007, p. 902): “não poderá apresentar novas demandas, ampliando o objeto litigioso da ação coletiva à consideração de seus direitos pessoais, o que contraria todo o espírito de “molecularização” da causa”, havendo assim uma inovação nas clássicas regras processuais.

Também inova o Estatuto do consumidor na questão da coisa julgada nessas ações, pois essa intervenção litisconsorcial traz limites subjetivos a esta, como já fora bem explanado no tópico anterior, se os interessados tiverem intervindo, ou não, no processo como litisconsortes, serão beneficiados pelos efeitos da sentença procedente, entretanto, se a sentença for improcedente de mérito, apenas àqueles indivíduos que não intervieram como litisconsortes poderão pleitear individualmente ações reparatórias, de acordo com o que elenca o art. 103, III, c/c seu § 2º, do CDC.

Portanto, tem-se que o particular tem duas opções, no que tange a intervenção litisconsorcial, na primeira, o indivíduo interessado não intervém no processo coletivo, se a sentença for favorável este será beneficiado pela coisa julgada desta, mas se a sentença for desfavorável pelo mérito, ainda poderá o interessado ingressar em juízo com uma ação individual de responsabilidade civil própria; na segunda opção, o interessado intervém no processo como litisconsorte, este será normalmente beneficiado pela coisa julgada favorável ou desfavorável, não podendo, em caso de sentença improcedente, ingressar ação individualmente (GRINOVER, 2007).

Cumpra-se ressaltar que há quem diga que essa inovação é de suma benevolência ao consumidor, como preleciona Almeida (2009, p. 274) segundo o qual:

A inovação introduzida é altamente benéfica ao consumidor, na medida em que lhe estende os efeitos positivos de uma sentença favorável, mesmo não tendo sido parte na ação originária, propiciando-lhe partir direto para a liquidação e a execução ou mesmo aguardar o resultado da execução coletiva. Desse modo, fica dispensado de mover ou participar do processo de conhecimento, em regra complexo e moroso, sem deixar, no entanto, de participar do processo executório e partilhar o produto da condenação, ressarcindo-se.

Entretanto, indo em desacordo com o defendido pelo aludido autor, entende-se que no que tange a coisa julgada, essa inovação trazida pelo Estatuto Consumerista desqualifica o instituto litisconsorcial, tendo em vista que o efeito benéfico da sentença chegará ao indivíduo tenha este ingressado ou não como litisconsorte, em contrapartida, ingressando o particular na ação coletiva, na qualidade litisconsorcial perderá o seu direito de ingressar individualmente com uma ação para que seus danos sejam devidamente reparados, ou seja, observa-se que é mais benéfico para o consumidor lesado desconsiderar a hipótese de figurar como litisconsorte e esperar, inerte, pela sentença da ação coletiva.

Ante o exposto, tem-se que o indivíduo não tem legitimidade *ad causam* para ação coletiva, entretanto, tratando-se da ação coletiva para defesa dos direitos individuais homogêneos em nível dos Direitos Consumeristas, o interessado poderá ingressar na ação como litisconsorte ativo, e não como assistente litisconsorcial como seria costumeiro, podendo ainda promover, individualmente, a liquidação e execução de seus direitos nesta ação coletiva, restando-se claro que a aplicação do instituto do litisconsórcio encontra-se em disparidade com o direito tradicional processual.

5 CONCLUSÃO

A partir da pesquisa feita na realização deste trabalho, procurou-se traçar um perfil histórico desde os primórdios das relações de consumo até o hodierno entendimento destas. Apontando desde o período em que essas relações eram simples e não positivadas, ao desencadeamento da modernidade, da produção em massa e principalmente do surgimento da tutela do consumidor, trazida à luz das leis brasileiras a partir da criação do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990).

Assim, o surgimento do aludido Código trouxe diversas mudanças para o consumidor, que desde então passou a ter seu direito tutelado. Essa tutela justificou-se no reconhecimento do desequilíbrio entre as relações de consumo, haja vista ser o consumidor um vulnerável perante o fornecedor, correndo sempre o risco de sofrer danos, sejam estes moral ou material. Vê-se, portanto que, embora o Estatuto Consumerista abranja a tutela jurisdicional do consumidor de forma individual, priorizou a tutela coletiva do mesmo. Com base nessa priorização do Código em comento, estudou-se, genericamente, o surgimento das Ações Coletivas, assim como a incidência do litisconsórcio nestas, além de abordar o polêmico tema da legitimidade ativa para propor as Ações Coletivas, trazida pelo art. 82, do CDC.

Nessa conjectura, trabalhou-se primordialmente com o intuito de alcançar o instituto do litisconsórcio trazido pelo Ordenamento Consumerista em seu art. 94, que permite que o indivíduo lesado ingresse como litisconsorte ativo nas Ações Coletivas para defesa dos direitos individuais homogêneos, traçando desde um liame de diferenciação entre os interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos conceituados pelo Código do Consumidor em seu art. 81, explanando sobre a Ação Civil Pública regida pela LACP e a Ação Coletiva elencada pelo CDC, chegando ao seu foco, qual seja, a intervenção litisconsorcial do particular regida pelo Estatuto Consumerista.

Desta feita, a presente pesquisa teve como objetivo geral analisar a situação do consumidor como litisconsorte ativo nas Ações Coletivas para defesa dos direitos individuais homogêneos, procurando investigar acerca da adequação do indivíduo, não legitimado *ad causam*, e seu ingresso na ação figurando como litisconsorte, tendo em vista que o CDC inovou em relação a esse instituto no ordenamento jurídico brasileiro tradicional, assim como, entender o benefício dessa intervenção

litisconsorcial face à coisa julgada, favorável e desfavorável, nessas Ações Coletivas. Ainda, especificamente, objetivou-se compreender a adequação do Código Consumerista como instrumento de defesa dos direitos individuais e coletivos; analisar a emblemática questão da legitimidade *ad causam* e sua ampliação nas Ações Coletivas; verificar a diferença entre os direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos; bem como traçar um perfil da Ação Civil Pública regida pela LACP e a Ação Coletiva trazida pelo CDC.

Para tanto, utilizou-se a metodologia antes proposta. Valeu-se do método dedutivo como método de abordagem. Fez-se uso dos métodos de procedimento histórico-evolutivo, e do estruturalista. E no tocante à técnica de pesquisa, empregou-se a documentação indireta, tendo em vista que a investigação do tema à sua conclusão pautaram-se na utilização de livros, periódicos, leis e pesquisas virtuais.

O presente trabalho estruturou-se em três capítulos para abarcar todo o tema proposto. O primeiro capítulo pautou-se em estudar as relações de consumo, desde os primórdios do surgimento dessas até como se encontram hodiernamente com o surgimento do Código de Defesa do Consumidor, inclusive sob a ótica da Constituição Federal. Fora abordada o princípio da vulnerabilidade do consumidor, como justificativa que norteou o surgimento da tutela do consumidor, tratando por fim do Estatuto Consumerista como meio de proteção adequado dos direitos individuais e coletivos.

Por sua vez, o segundo capítulo abordou acerca das Ações Coletivas como um todo, e suas generalidades, como histórico e surgimento, bem como o instituto do litisconsórcio, finalizando com o intrigante tema da legitimidade ativa para propor as Ações Coletivas, a qual fora positivada no artigo 82 da Lei Consumerista.

O terceiro e principal capítulo, trouxe em seu texto uma breve explanação sobre o que são os direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, bem como traçou um perfil entre a Ação Civil Pública e a Ação Civil Coletiva para defesa dos direitos individuais homogêneos, em que aquela é regida pela LACP e esta pelo CDC. Por fim, abordou de maneira pormenorizada o tema proposto, que o consumidor, que não é legitimado ativo para propor ação em detrimento dos seus direitos de forma coletiva, poderá ingressar na ação já proposta como litisconsórcio ativo nas Ações Coletivas para defesa dos direitos individuais homogêneos, suas nuances e peculiaridades.

Este trabalho partiu da problemática de como o consumidor, que sofreu danos, poderia assegurar seus direitos nas Ações Coletivas para defesa dos direitos individuais homogêneos, agindo na qualidade de litisconsorte ativo, indo em confronto do que preconiza os tradicionais ensinamentos doutrinários e o ordenamento jurídico clássico, e ainda como esse litisconsorte é encarado no que tange a coisa julgada nessas ações. Como hipótese, buscou-se constatar que se o consumidor, figurando como litisconsorte ativo, fosse tratado como preconiza o Direito Processual tradicional, a possibilidade de assegurar seus direitos seriam mais palpáveis e estes seriam alcançados mais facilmente, e que, ingressando o consumidor como litisconsorte poderia ter o seu direito individual prejudicado quando da coisa julgada improcedente.

Constatou-se que a pesquisa obteve êxito quanto a problematização proposta. Haja vista que apesar da Norma Consumerista, no tocante ao litisconsórcio, ter a finalidade de facilitar a proteção e a satisfação dos direitos dos consumidores lesados, esta, aparentemente, confunde conceitos ao permitir que o consumidor aja como litisconsorte ativo nas ações em que ele não é legitimado para propor, divergindo frontalmente do que preconiza o Direito Processual tradicional que para ser litisconsorte deve o particular poder figurar como legitimado *ad causam*. Sabendo-se que essa intervenção litisconsorcial só é permitida após a ação ser proposta, é certo que, de acordo com o ordenamento jurídico clássico, o litisconsórcio disposto no art. 94 do CDC deveria ser chamado de assistência litisconsorcial, haja vista que depois de formada a relação jurídico-processual, qualquer terceiro que ingresse na ação tratar-se-ia de uma assistência litisconsorcial tendo em vista ser um litisconsórcio facultativo.

No que tange ao benefício trazido por esse litisconsórcio quanto a coisa julgada dessas Ações Coletivas, averiguou-se que, embora alguns autores afirmem que é um instituto benéfico ao consumidor, discordou-se dessa afirmação, haja vista que o benefício da coisa julgada favorável alcança o consumidor que tenha ingressado ou não como litisconsorte na ação, e ainda que, não intervindo o particular, quando da coisa julgada desfavorável, o mesmo poderá propor ação e pleitear individualmente o direito cerceado pelo dano.

Ante o exposto vê-se a solução para os questionamentos acerca da temática proposta, poderá advir do adequado enquadramento do litisconsórcio ao Direito Processual tradicional, tendo em vista que a possibilidade de assegurar os direitos

do consumidor poderiam ser mais palpáveis e possivelmente alcançados com mais facilidade, ao passo que o consumidor e proprietário do direito material em questão fica a graça dos legitimados, estando sujeito a perder seu direito por desistência ou negligência do órgão ou entidade autora da ação, vê-se então que seria de bom grado que o indivíduo, consumidor lesionado, pessoa física fosse legitimado a propor a Ação Coletiva para defesa dos direitos individuais homogêneos, fazendo, então, sentido os consumidores lesionados ingressarem na ação como litisconsortes ativos, já que estes também seriam legitimados, seguindo por completo o que preconiza a *class action norte-americana*.

Viu-se ainda desvirtuado o instituto quando da coisa julgada dessa ação, tendo em vista que o benefício para o consumidor é maior quando este não ingressa na ação como litisconsorte, não correndo o risco de ver o seu direito de pleito individual cerceado pela coisa julgada improcedente da ação, logo, é mais benevolente ao consumidor se manter inerte perante a Ação Coletiva.

Portanto, apesar de ter tido o legislador motivação benéfica para com o consumidor em normatizar a intervenção do particular nas Ações Coletivas para defesa dos direitos individuais homogêneos, viu-se que este foi deveras equivocado em sua colocação, tendo em vista, nesse diapasão, esse ordenamento contrariar o que de costume é benquisto pela doutrina e demais normas.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. Artigo 39 do Código de Defesa do Consumidor. In: **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. Ada Pellegrini Grinover. [et al]. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm>. Acesso em: 05 de jan. de 2013.

_____. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a **ação civil pública** de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm>. Acesso em: 02 de mar. de 2013.

_____. (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 05 de jan. de 2013.

_____. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a **proteção do consumidor** e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 03 de jan. de 2013.

_____. Lei nº 9.870, de 23 de novembro de 1999. Dispõe sobre **o valor total das anuidades escolares** e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9870.htm>. Acesso em: 24 de fev. de 2013.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. vol. 4. 4. ed. Salvador: Editora Jus Podium, 2009.

FERRAZ FILHO, José Francisco Cunha. Artigo 5º, XXXII da Constituição Federal de 1988. In: MACHADO, Antônio Claudio da Costa. (Org); FERRAZ, Anna Candida da Cunha (Coord). **Constituição Federal interpretada: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo**. Barueri, SP: Manole, 2010.

FERREIRA, Roberto. Artigo 170, V da Constituição Federal de 1988. In: MACHADO, Antônio Claudio da Costa. (Org); FERRAZ, Anna Candida da Cunha (Coord). **Constituição Federal interpretada: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo.** Barueri, SP: Manole, 2010.

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. **Curso de Direito Processual Civil Coletivo.** 2. ed. São Paulo: SRS Editora, 2008.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo curso de direito processual civil, volume 1: teoria geral e processo de conhecimento (1ª parte).** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro, volume 1: (teoria geral do processo e auxiliares da justiça).** 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Artigo 94 do Código de Defesa do Consumidor. In: **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto.** Ada Pellegrini Grinover. [et al]. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

JOÃO, Ivone Cristina de Souza. O litisconsórcio nas ações coletivas para defesa dos direitos individuais homogêneos, diante das relações de consumo. **Revista Imes.** Janeiro/Junho de 2002. Disponível em: <http://seer.uscs.edu.br/index.php/revista_direito/article/view/546/391>. Acesso em: 04 de mar. de 2013.

MESQUITA, Gil Ferreira. **A limitação ao litisconsórcio multitudinário.** Disponível em: <http://www.gilmesquita.com/2012/08/a-limitacao-ao-litisconsorcio_4014.html> Acesso em: 10 de fev. de 2013.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Manual do consumidor em juízo.** 4. ed. De acordo com a EC n. 45/2004, o novo Código Civil (Lei n. 10.406/2002) e as Lei n. 11.187, 11.232 (2005) e 11.276, 11.277, 11.280 (2006). São Paulo: Saraiva, 2007.

NUNES. Luis Antonio Rizzato. **Curso de direito do consumidor.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo Teixeira. **A Proteção do Consumidor no Sistema Jurídico Brasileiro.** Palestra proferida na Universidade de Milão, Itália, em 14.05.2002. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32698-40208-1-PB.pdf>>. Acesso em: 12 de fev. de 2013.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direitos do consumidor: a busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do Código de Defesa do Consumidor e os princípios gerais do direito civil e do direito processual civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

WATANABE, Kazuo. Artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor. In: **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. Ada Pellegrini Grinover. [et al]. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.