

O LITISCONSÓRCIO NAS AÇÕES COLETIVAS PARA DEFESA DOS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS, DIANTE DAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Ivone Cristina de Souza João

Mestre em Direito Processual Civil pela Universidade Mackenzie

Mestre em Direitos Difusos e Coletivos pela

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo PUC

Professora Titular de Direito Processual Civil no

Centro Universitário Municipal de São Caetano do Sul

Professora Titular de Teoria Geral do Processo na

Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo

Professora Assistente de Ética Profissional na

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Resumo em Português: *O trabalho tem a finalidade de analisar a aplicação da figura processual do litisconsórcio, considerando a própria legislação, e de fazer ponderações a respeito de sua acomodação e adequação ao subsistema processual civil coletivo, especialmente para utilização dos direitos individuais homogêneos, bem como para uma possível utilização subsidiária do Código de Processo Civil.*

Será, pois, mais uma forma de demonstrar a necessidade de escrever sobre o tema que surge diante desta nova bipartição do processo civil em individual e coletivo.

Palavras-Chave: *Litisconsórcio, Processo Civil Coletivo, Direitos Individuais Homogêneos.*

O presente trabalho tem a finalidade de analisar a aplicação do litisconsórcio, considerando a própria legislação, quer dizer, avaliaremos todos os artigos (CDC + LACP) que tiverem alguma relação com esta figura processual e passaremos a fazer ponderações a respeito de sua acomodação e adequação ao subsistema processual civil coletivo, especialmente para utilização dos direitos individuais homogêneos, bem como para uma possível utilização subsidiária do Código de Processo Civil.

Antes porém de explorar o assunto faz-se necessário esclarecer que embora a Lei da Ação Civil Pública não se refira aos direitos individuais homogêneos, mas tão somente aos difusos e coletivos, as regras sugeridas neste trabalho devem também a ela ser aplicadas, naquilo que se puder aproveitar, já que, a Lei da Ação Civil Pública dispõe de normas que completam as normas processuais do Código de Defesa do Consumidor, sendo sugerida pelas próprias leis (7347/85 e 8078/90) a total integração entre elas.

Não temos a pretensão de esmiuçar esta figura processual, já que inúmeras obras praticamente esgotaram o assunto, embora polêmico e intrincado. Porém, algumas considerações básicas serão feitas (conceitos, espécies) justamente para podermos constatar o modo de utilização no sistema processual coletivo.

Será, pois, mais uma forma de demonstrar a necessidade de escrever sobre o tema que surge diante desta bipartição do processo em individual e coletivo. Se não fosse assim, como dito, o tema estaria exaurido.

Nelson Nery define litisconsórcio como “a possibilidade que existe de mais de um litigante figurar em um ou em ambos os pólos da relação processual. Caracteriza a pluralidade subjetiva da lide. Quando ocorre o litisconsórcio, há cumulação subjetiva de ações” (NERY JR., Nelson & ANDRADE NERY, Rosa Maria. *Código de processo civil comentado*, 1997, p. 324).

Cândido Rangel Dinamarco diz ser “a pluralização das partes no processo mediante a reunião de dois ou mais sujeitos em um ou em ambos os pólos da relação jurídica processual, ou mediante a pluralização desses mesmos pólos.” E, ainda, simplificando, “a situação que existe entre duas ou mais pessoas quando são autores ou réus no mesmo processo” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*, 1997, pp.19 e 32).

O litisconsórcio pode ser, quanto ao momento de sua formação : inicial ou ulterior; quanto à obrigatoriedade de sua formação: necessário ou facultativo; quanto ao pólo da relação processual: ativo, passivo ou misto; quanto ao regime de tratamento dos litisconsortes: unitário ou simples.

O litisconsórcio inicial (ou originário) , como o nome diz, é aquele que se forma no início da constituição da relação processual, quer dizer, coincide com o momento da propositura da ação; já o ulterior (ou sucessivo) se forma com a ação já proposta, em andamento.

O litisconsórcio será necessário quando for indispensável a presença de partes plúrimas, por exigência legal; será facultativo quando esta necessidade não existir.

O litisconsórcio será ativo, conforme haja pluralidade de autores; passivo, conforme haja pluralidade de réus; será misto, conforme a pluralidade ocorra tanto no pólo ativo, como passivo, concomitantemente.

E, finalmente, o litisconsórcio será unitário, conforme haja dependência tal quanto aos litigantes que a decisão obrigue a todos, de forma que os atos e omissões de um beneficiam e prejudicam os demais litisconsortes; será simples quando não exista esta relação de dependência entre os co-litigantes, sendo que a decisão não os afetará de forma equânime, de forma que os atos e omissões de cada um são em princípio indiferentes para os demais.

Feitas as primeiras emanações, vamos visitar em toda a extensão o CDC e verificar em que momento o legislador utilizou a expressão ou onde podemos enquadrá-la. A primeira observação que se faz necessária é em relação ao **artigo 82** do Estatuto. Este artigo estabelece legitimação concorrente ao Ministério Público (I), à União, aos Estados, aos Municípios e ao Distrito Federal (II), às entidades e órgãos

da administração pública direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica (III), e às associações legalmente constituídas (IV) para propositura de ações coletivas (em defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos) em prol dos consumidores. Isso nos leva a concluir que caso dois ou mais co-legitimados litiguem em conjunto formar-se-á um litisconsórcio ativo. Este litisconsórcio ativo, por óbvio, será facultativo, já que a lei não determina que os co-legitimados ingressem necessariamente juntos com a ação coletiva; ao contrário, essa legitimação é concorrente e disjuntiva, o que significa dizer que cada um pode sozinho ingressar com a ação.

“A legitimação concorrente significa que qualquer um dos legitimados “*ex lege*” pode agir processualmente, independentemente da atividade simultânea de outro legitimado, ou seja, inexistente necessidade de atividade paralela de qualquer um dos outros legitimados. Concorrente significa que a atividade de qualquer um desses legitimados se dirige ou tende para uma mesma e comum finalidade, e que, por isso mesmo, pode autonomamente ser desempenhada por qualquer um dos legitimados”. (ARRUDA ALVIM et al. *Código do consumidor comentado*, 1991, p.382).

“A legitimidade se diz *concorrente* porquanto todas as entidades são simultânea e independentemente legitimadas para agir, isto é, a legitimidade de uma delas não exclui a de outra. Concorrente, aqui, significa não-exclusiva de uma só entidade. Também é chamada *disjuntiva* no sentido de não ser complexa, visto que qualquer uma das entidades co-legitimadas poderá propor, sozinha, a ação coletiva sem necessidade de formação de litisconsórcio ou de autorização por parte dos demais co-legitimados. É facultada, entretanto, a formação voluntária de litisconsórcio”. (GIDI, Antonio. *Coisa julgada e listispidência nas ações coletivas*, 1985, pp.37-38).

Resta saber qual o regime a ser observado, já que num primeiro momento a Lei 8.078/90 é omissa quanto à formação do litisconsórcio entre os co-legitimados. As regras do CPC (arts. 46 e segts.) poderão ser aproveitadas, conforme autorização do próprio CDC, porém é preciso avaliar se se coadunam com o sistema; naquilo que o contrariarem há de se estabelecer novas regras, que se conformem com a principiologia do Código de Defesa do Consumidor.

Nelson Nery diz que “O eventual litisconsórcio que se formar entre eles será facultativo e obedecerá o regime desse tipo de cumulação subjetiva de ações, de acordo com as regras do CPC” (NERY JR., Nelson. *O processo civil ...*, Revista de Processo, v.61, p.29).

Genacéia da S. Alberton esclarece que “Falta, na legislação nacional, previsão sobre o momento consumativo da intervenção do legitimado para a causa, devendo permanecer no âmbito da doutrina e jurisprudência a solução. Quanto à assistência litisconsorcial não há qualquer alteração prevista. Ou ampliam-se as hipóteses de litisconsórcio, simplesmente se veda a assistência ou silencia-se acerca da

assistência litisconsorcial. Impõe-se, assim, indicar uma proposta de alteração" (ALBERTON, Genacéia da Silva. *Assistência litisconsorcial*, 1994, p. 124).

Quanto ao momento de formação deste litisconsórcio o assunto na doutrina não é pacífico. O Prof. Nelson Nery entende que a eventual formação de litisconsórcio entre os co-legitimados deve ocorrer no momento do ajuizamento da ação, sob pena de se ferir o princípio do juiz natural. O autor afirma que o ajuizamento de ações secundárias ou a determinação pelo juiz de reuniões de ações são formas "atípicas e impróprias de litisconsórcio ulterior." Significa dizer que, para este autor, o litisconsórcio, tanto ativo como passivo, sendo facultativo não deve ser formado após o ajuizamento da ação, respeitadas somente as formas previstas na lei (denúnciação da lide, chamamento ao processo, conexão). (NERY JR., Nelson & ANDRADÉ NERY, Rosa Maria . Op. cit., p.324).

Já o Prof. Cândido Rangel Dinamarco manifesta-se de maneira distinta. Entende que, no caso de co-legitimados, que possam agir isoladamente ou em conjunto, ocorrendo o ingresso posterior à instauração do processo de algum ou alguns deles "configurará autêntico litisconsórcio e não assistência litisconsorcial"; é o que o autor chama de "intervenção litisconsorcial voluntária" (DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit., 1997, pp. 32 e 54). Por agora, daremos prosseguimento a nossas observações e, por oportuno, retomaremos o assunto.

O **parágrafo 2º**, do **artigo 82**, que foi vetado, tinha a seguinte redação: "Admitir-se-á o litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e dos Estados, na defesa dos interesses e direitos de que cuida este código" .

Aqui, podemos notar que o legislador efetivamente utilizou a palavra litisconsórcio.

Embora tenha sido vetado, esse parágrafo na verdade permanece em sua íntegra, já que o art. 113 do CDC acrescentou ao art. 5º da LACP o § 5º, que repete seu exato teor : "Admitir-se-á o litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e dos Estados na defesa dos interesses e direitos de que cuida esta lei" .

Considerando a interação entre o Código de Defesa do Consumidor e a Lei da Ação Civil Pública, o § 5º acrescido ao artigo 5º da Lei é perfeitamente aplicável à tutela dos consumidores.

A razão do veto presidencial foi a de que somente poderia haver litisconsórcio entre os Ministérios Públicos se a todos e a cada um deles tocasse a qualidade que autorizasse a condução autônoma do processo. E o artigo 128 da CF não admitiria o referido litisconsórcio.

Kazuo Watanabe e Nelson Nery consideram que o artigo não foi vetado

visando o litisconsórcio e sim a instituição do MP, daí entenderem não se tratar de um problema de litisconsórcio e sim de representação, concluindo não haver nenhum impedimento para que os Ministérios Públicos Federal e Estadual se litisconsorciem para a propositura de ações coletivas.

Já os autores José Antonio Lisboa Neiva e Vladimir Passos de Freitas entendem não existir esta possibilidade, devendo os Ministérios Públicos Federal e Estadual atuarem cada um em sua esfera. (NERY JR., Nelson. *Aspectos do processo ...*, Direito do Consumidor, v.1, p.209; WATANABE, Kazuo. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, 1997, p.644).

A jurisprudência também não é pacífica. Hoje, porém, já podemos perceber um equilíbrio nas decisões.

De nossa parte, entendemos ser perfeitamente possível o litisconsórcio, já que, como dissemos, há perfeita interação (conforme regras dos arts. 90, 110 e 117 do Código de Defesa do Consumidor) com a Lei de Ação Civil Pública e o § 5º, acrescentado ao art. 5º pelo art. 113 do CDC, que prevê esta possibilidade.

Além disso, a instituição do Ministério Público é una, com funções bem definidas pela Constituição Federal. A divisão que se faz é tão somente para facilitar o trabalho do órgão. No entanto, a atividade de um sempre corresponderá à atividade de todos, sendo que o Ministério Público estadual pode pleitear na esfera federal e vice-versa, inexistindo inaplicabilidade da decisão obtida por um em relação a toda a instituição.

Daí a possibilidade do litisconsórcio ativo facultativo para a defesa dos direitos individuais homogêneos, entre os diferentes Ministérios Públicos, sejam eles da esfera estadual ou federal.

Pelo teor do artigo a formação deste litisconsórcio deverá ser inicial; no entanto, não vemos impedimento para que, após o ajuizamento da ação, haja este ingresso. Sobre o assunto falaremos logo à frente.

Continuando a falar do litisconsórcio, ingressando no Título III que trata *Da Defesa do Consumidor em Juízo*, vamos encontrar um capítulo (II) que aborda as ações coletivas para a defesa dos interesses individuais homogêneos.

É nesse capítulo que vamos encontrar as "*class action for damages*" (ações civis de responsabilidade por danos sofridos por uma coletividade de indivíduos). Aqui vai ocorrer necessariamente a intervenção do Ministério Público como fiscal, caso não seja autor da ação (art. 92); e, ainda, a ampla divulgação da demanda para intervenção dos interessados (art. 94).

O artigo 91 atribui legitimidade aos co-legitimados do art. 82 para propor ação no interesse das vítimas; da mesma forma, o litisconsórcio que eventualmente se

formar entre eles será facultativo.

Aqui vemos o típico caso de substituição processual, onde os co-legitimados têm autorização legal para, em nome próprio, pleitear em nome e no interesse das vítimas.

Vemos, portanto, que o litisconsórcio ativo entre os co-legitimados para a defesa dos direitos individuais homogêneos é possível, num primeiro momento, já que não há proibição expressa; ao contrário, como já vimos, a legitimidade é concorrente e disjuntiva e, podendo a ação ser proposta por qualquer um, nada impede que mais de um ocupe o pólo ativo da relação. Quanto ao momento da formação deste litisconsórcio falaremos a seguir.

O § único do artigo 92, que foi vetado, rezava: "aplica-se à ação prevista no artigo anterior o art. 5º, §§ 2º a 6º, da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985".

A razão do veto foi justamente a remissão que fazia aos parágrafos do art. 5º da Lei da Ação Civil Pública. No entanto, considerando o artigo 90 do CDC, que determina que se apliquem às ações previstas neste título as normas do CPC e da Lei 7347, consideramos que, dada a integração que há entre o CDC e a Lei da Ação Civil Pública, permanece a aplicação dos parágrafos.

Assim, vejamos o que de interesse para o nosso assunto podemos encontrar nestes parágrafos.

O § 2º do Art. 5º da LACP estabelece a faculdade do Poder Público e de outras associações legitimadas habilitarem-se como litisconsortes de qualquer das partes ("Fica facultado ao Poder Público e a outras associações legitimadas nos termos deste artigo habilitar-se como litisconsortes de qualquer das partes").

Ora, considerando-se a interação que existe entre os diplomas, acabamos de encontrar uma regra que estabelece o litisconsórcio entre os co-legitimados do art. 82 do CDC. Além disso, entendemos que esta intervenção dos co-legitimados, em um dos pólos da relação, poderá ocorrer em relação a todos os co-legitimados e não somente pelo Poder Público e pelas associações. Pensamos também que a regra, embora se situe no capítulo das ações coletivas para defesa dos direitos individuais homogêneos, deva ser aplicada a todas as ações coletivas estabelecidas no Código.

A problemática no entanto não se estabelece neste ponto e sim no próprio termo utilizado pelo legislador. Observe-se que o parágrafo estabelece que aqueles co-legitimados poderão (faculdade) habilitar-se como **litisconsortes de qualquer das partes**.

Temos aqui duas questões que parecem gerar um conflito maior. A primeira delas fixa-se na *possibilidade de formação de litisconsórcio facultativo ulterior*, já que a redação do artigo não é clara sobre o momento desta formação litisconsorcial;

a segunda estabelece-se na terminologia utilizada pelo legislador ao concluir o parágrafo com a expressão: 'qualquer das partes'. Vejamos a opinião de alguns autores. Inicialmente em relação ao 'litisconsórcio facultativo ulterior':

Em relação ao Prof. Nelson Nery, já vimos que não aceita a formação do litisconsórcio facultativo após o início da ação, ao menos de forma irregular quando autorizado pela lei (NERY JR., Nelson & ANDRADE NERY, Rosa Maria. Op. cit., p. 324).

Já o Prof. Cândido R. Dinamarco pensa ser perfeitamente possível este litisconsórcio facultativo posterior (DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit., p. 54).

O Prof. Celso A. P. Fiorillo, acompanhando o Prof. Nelson Nery, entende que a formação do litisconsórcio ocorrerá no ingresso em juízo da ação coletiva e será facultativo unitário ou então refletir-se-á na figura da assistência litisconsorcial, por entender que nosso sistema processual não admite o litisconsórcio facultativo superveniente (FIORILLO, Celso A. Pacheco; ABELHA RODRIGUES, Marcelo; ANDRADE NERY, Rosa Maria. Direito Processual Ambiental Brasileiro, 1996, p.120).

Com o Prof. Cândido Rangel Dinamarco podemos citar os autores Rodolfo de Camargo Mancuso, - que entende que este litisconsórcio pode ser inicial ou ulterior; caso seja inicial será sempre facultativo e comum; sendo ulterior, " decorrente do ingresso de um co-legitimado que ingressa na ação já proposta e formula pedido próprio, mas que guarda afinidade com a pretensão original", então, de acordo com o autor, ocorrerá uma verdadeira "intervenção litisconsorcial voluntária" (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública*, 1992, p.136) - e Hugo Nigro Mazzilli, que diz que "cabe verificar se se deve aditar a inicial ou não; no primeiro caso tratar-se-á de litisconsórcio ulterior e, no segundo, quer dizer, se o pedido continua o mesmo, cuidar-se-á de assistência litisconsorcial" (MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*, 1991, p. 81).

Diante destas opiniões, podemos constatar o quanto é difícil emoldurar as questões suscitadas pelas normas do processo civil coletivo diante das regras constantes no Código de Processo Civil. Isto porque, se formos efetivamente considerar as regras estabelecidas pelo Código de Processo Civil e respectivas interpretações doutrinárias, jamais obteremos um enquadramento, um ajuste perfeito.

De nossa parte, pensamos que o legislador pretendeu facilitar ao máximo a propositura da ação coletiva e, com isto, permitiu que os co-legitimados pleiteassem sozinhos ou em conjunto, podendo ocorrer a formação com a propositura da ação ou posteriormente. Por óbvio que se o litisconsórcio se formar no início da relação teremos um litisconsórcio ativo facultativo e unitário entre os co-legitimados, já que não podemos imaginar uma decisão diferente para cada um dos co-legitimados, que, esperamos, estejam agindo todos em uma mesma direção, qual seja, o interesse das

vítimas. Caso o litisconsórcio se forme posteriormente, concordamos em parte com o Prof. Mazzilli, quando diz que se ocorrer o aditamento da inicial caracteriza-se um litisconsórcio ulterior e, em não havendo este aditamento, entendemos que o co-legitimado ou os co-legitimados devam habilitar-se também como litisconsortes ulteriores, desde que o façam dentro do prazo estabelecido pelo juiz no edital.

Veremos a seguir que tratando-se de direitos individuais homogêneos haverá publicação na imprensa oficial de edital para conhecimento e ingresso, como litisconsortes, dos interessados; a lei, no entanto, não estabelece prazo para o ingresso. Cremos que este prazo será estabelecido pelo juiz, no próprio edital, nos moldes do Código de Processo Civil.

Nossa posição é portanto a de que os co-legitimados aproveitem o prazo estabelecido no edital pelo juiz para o ingresso dos interessados (vítimas e sucessores - art. 94, CDC) e se habilitem neste prazo; além disto, em nosso entendimento, a habilitação dos interessados deve ocorrer antes da citação do réu, o que não causaria nenhum prejuízo a sua defesa.

Isto porque, o Código de Defesa do Consumidor não define se o juiz determinará a citação do réu desde logo ou se aguardará a habilitação dos interessados. Não define também o prazo para esta habilitação. Pensamos que o juiz, antes de determinar a citação, deve aguardar a habilitação dos interessados, que deve ocorrer dentro de um prazo razoável, por ele estabelecido, a fim de que não ocorra o prejuízo para nenhuma das partes

Observe-se ainda que este litisconsórcio ulterior seria uma modalidade própria deste subsistema coletivo. Não discordamos dos Profs. Nelson Nery e Celso Fiorillo quando dizem que nosso sistema processual não aceita o litisconsórcio facultativo ulterior; no entanto, estamos cuidando de um novo processo que, como ficou muito bem frisado por nós, deve merecer contornos diferenciados. Pensamos, assim, que o legislador atribuiu legitimidade a determinadas pessoas jurídicas e entidades por considerar que estas pessoas possuem um "plus" de confiança que os próprios consumidores interessados, num primeiro momento, não possuem, já que a lei não permite que os mesmos proponham ação coletiva. Significa, em nosso entendimento, que já que existe esta confiança, também em relação à habilitação posterior ela deve existir. E esta credibilidade fica mais clara ainda com o parágrafo seguinte, que determina a assunção, pelo Ministério Público ou outro legitimado da titularidade da ação, na hipótese de desistência (§ 3º, art. 5º, da Lei 7.347/85).

Podemos imaginar, por exemplo, neste caso recente das vítimas da pílula anticoncepcional Microvlar, o Ministério Público propondo uma ação coletiva em defesa das vítimas e uma associação formada especificamente para defesa das vítimas de medicamentos falsos ao tomar conhecimento desta causa, através do edital, se habilite como litisconsorte. Cremos ser direito desta instituição ingressar como litisconsorte, ao lado do Ministério Público, para se empenhar ao máximo para a procedência desta ação. Mesmo porque, caso a Associação ingressasse

posteriormente com uma ação coletiva, baseando-se na mesma causa de pedir, já teríamos configurada a conexão que levaria à reunião das duas ações.

Essa deve ter sido a intenção do legislador quando se referiu à habilitação dos co-legitimados como "litisconsortes".

É certo que caso esta habilitação não ocorra dentro do prazo estabelecido pelo juiz no edital o co-legitimado, que ingressará como litisconsorte, não mais deverá ter a oportunidade de aditamento da inicial.

Na prática, porém, ingressando como litisconsorte ou como assistente litisconsorcial, não haverá diferença, já que o regime do assistente litisconsorcial é praticamente o mesmo do litisconsórcio unitário, quer dizer, o assistente litisconsorcial será necessariamente atingido pela coisa julgada e isto é o que basta para colocá-lo na posição de parte; no entanto, como não existe na doutrina posição unânime a respeito das duas figuras, quer dizer, nem todos aceitam que o assistente litisconsorcial possa ter direito aos mesmos atos dos litisconsortes, então pensamos ser melhor que os co-legitimados ingressem como litisconsortes, para se evitar entendimentos dúbios. Mas, para evitar o prejuízo da parte contrária, também há que se estabelecer um prazo para este ingresso e, sugerimos, assim, que seja feito até o vencimento do prazo estipulado no edital, para a habilitação dos interessados (art. 94, CDC), sob pena de ingressando posteriormente não mais poderem aditar a inicial.

Diante do conflito Genacéia da Silva Alberton, ao escrever sobre a assistência litisconsorcial, deixa a seguinte proposta de alteração: " Proponho, pois, que se acrescente ao art. 46 do Código de Processo Civil um parágrafo único nos seguintes termos:

Art. 46, parágrafo único - É admitida a intervenção litisconsorcial adesiva antes do início da instrução, demonstrando o interveniente legitimidade para a causa" (ALBERTON, Genacéia da Silva. Op. cit., p. 125).

A segunda problemática em torno deste parágrafo 2º refere-se ao pólo passivo da ação; o legislador disse que esta habilitação pode ocorrer em relação a qualquer das partes.

Poucos são os autores que se manifestam sobre esta legitimidade passiva.

O Prof. Celso A. Pacheco Fiorillo afirma que a regra geral estabelecida na jurisdição civil coletiva é a de que, desde que não exista nenhum impedimento constitucional em relação a cada uma das ações coletivas, poderá figurar no pólo passivo dessas ações qualquer um (FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; ABELHA RODRIGUES, Marcelo; ANDRADE NERY, Rosa Maria. Op. cit., p. 122).

A Constituição Federal não proíbe qualquer pessoa de figurar no pólo passivo

das ações coletivas para defesa dos direitos individuais homogêneos. Ademais, a regra do parágrafo segundo do artigo que estamos comentando é clara ao estabelecer que os co-legitimados podem habilitar-se como litisconsortes de qualquer das partes, quer dizer, podem figurar tanto no pólo ativo como no passivo.

O Prof. Rodolfo de Camargo Mancuso entende ser possível o litisconsórcio com um dos legitimados no pólo passivo da ação: "Não se pode negar a possibilidade de litisconsórcio no pólo passivo (...)", e continua, citando a Prof. Ada Pellegrini: "Esse aspecto, aliás, não passou despercebido à doutrina. Ada P. Grinover anotou: 'Talvez não sejam freqüentes as oportunidades em que os interesses institucionais dos corpos intermediários coincidam com os do réu. Mas não se podem excluir, a priori, ações intentadas não a favor, mas sim contra o interesse coletivo'"(MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Op. cit., p.137).

O Prof. Arruda Alvim apresenta outra posição; pensa ser inviável, pelo sistema do Código de Defesa do Consumidor, que os legitimados do art. 82 figurem no pólo passivo: "Todos estes textos autorizam, *exclusivamente*, o entendimento de que a *legitimidade*, a que se refere o art. 82 é, unicamente, uma legitimidade ativa. Ou seja, é legitimidade existente para que sejam propostas ações coletivas, em prol de consumidores, ou dos que a estes estejam, pelo próprio sistema, equiparados, para incidência de determinada parte do regime jurídico deste estatuto (...). A interpretação dos arts. 81 e 82 combinadamente com o art. 103, em que se disciplinam os possíveis resultados das ações coletivas, conduz a que o Código de Proteção e Defesa do Consumidor somente regula a ação, entendida esta expressão no seu sentido próprio, ou seja, agir ativamente contra alguém, que é o sujeito passivo. A ação, v.g., do fornecedor, porque neste sistema dele não cogita, *enquanto autor*, rege-se pelo direito processual comum"(ARRUDA ALVIM et al. Op. cit., p.347).

Achamos que embora não exista impedimento legal para um legitimado figurar no pólo passivo da ação, esta participação no pólo passivo não terá como ocorrer no caso da ação coletiva para defesa dos direitos individuais homogêneos, por uma questão de lógica. Se a ação coletiva para a defesa destes direitos só pode ser proposta por um dos co-legitimados, como imaginar um outro co-legitimado, figurando no pólo passivo da demanda, ao lado de um fornecedor, por exemplo? A lei atribui legitimidade a eles para defesa dos *consumidores*. Por outro lado, caso uma ação seja proposta contra um consumidor, esta não será uma ação coletiva, já que, embora a relação dos que participaram de alguma forma para a transmissão daquele produto ou daquele serviço seja bem extensa para atribuir, num primeiro momento, responsabilidade a todos, o consumidor está excluído desta lista, enquanto consumidor, nos moldes em que foi definido pelo Código de Defesa do Consumidor. Ademais, ainda que se pudesse imaginar uma ação de um fornecedor contra um consumidor, esta ação não teria condão de ação coletiva e, neste momento, concordamos com o Prof. Arruda Alvim, reger-se-á pelo Código de Processo Civil.

Concluindo, queremos dizer que, embora o Código não tenha proibido os co-legitimados a figurarem no pólo passivo da ação, esta proibição nem se faria necessária, já que pela finalidade do Código não haveria cabimento para esta hipótese.

O **artigo 94** do Código de Defesa do Consumidor estabelece o ingresso de interessados, como LITISCONSORTES, com a propositura da ação. Dispõe o artigo: "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".

O primeiro comentário que se nos afigura necessário é que pensamos ser esta intervenção exclusiva das ações coletivas para defesa de direitos individuais homogêneos, já que por tratar-se de direitos divisíveis e disponíveis são perfeitamente identificáveis aqueles que possuem estes direitos.

No caso de direitos difusos e coletivos o direito não é de um ou de outro, mas pertence a uma coletividade de pessoas indetermináveis e o bem tutelado é indivisível em relação aos primeiros e, quanto aos direitos coletivos, da mesma forma, o bem, que é indivisível, pertence a um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si por uma relação jurídica-base.

Nelson Nery 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 (NERY JR., Nelson & ANDRADE NERY, Rosa Maria. Op. cit., p.325).

Por este sistema, portanto, permite-se a intervenção do particular; é o que no ordenamento norte-americano se chama de "the best notice and practicable under the circumstances".

Mais uma vez estamos diante de uma hipótese de litisconsórcio facultativo ulterior. E, como já dito, no ordenamento processual clássico, não se admite esta figura.

Hugo Nigro Mazzilli diz que nas ações coletivas para defesa de interesses individuais homogêneos a pessoa, individualmente considerada, poderá intervir como assistente litisconsorcial (MAZZILLI, Hugo Nigro. Op. cit., p.83).

Arruda Alvim, nesta linha, observa que 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 (ARRUDA ALVIM et al. Op. cit., p. 427).

Rodolfo de Camargo Mancuso, de outro lado, diz que o ingresso dos demais consumidores na ação formará um litisconsórcio facultativo ulterior. Em seqüência expressa: “mais precisamente, cremos cuidar-se de intervenção litisconsorcial de tipo voluntário (hipótese do art. 54 do CPC, antes lembrado): a sentença irá influir na relação jurídica entre ele e o(s) adversário(s) do assistido, e por isso sua intervenção é qualificada e não simples ou adesiva” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo et al. *Comentários ao código de proteção do consumidor*, p.328).

Vladimir Passos de Freitas não pensa diferente ao entender que a intervenção possa ocorrer por parte de todos que, de alguma forma, possam ter interesse no desfecho da ação coletiva proposta. Esta intervenção, segundo ele, ocorre através do litisconsórcio, que nada mais é do que a pluralidade de partes na relação jurídica processual, sendo sempre facultativo (FREITAS, Vladimir Passos et al. *Código de defesa do consumidor comentado*, p. 355).

Eduardo Gabriel Saad, acompanhando, ao comentar o artigo, diz que “neste código, o edital é usado para o chamamento ao processo de eventuais interessados mas como autores litisconsortes” (SAAD, Eduardo Gabriel et al. *Comentários ao código de defesa do consumidor*, p. 397).

Ada Pellegrini Grinover, da mesma forma, entende que os particulares ingressam como litisconsortes dos autores e este litisconsórcio é regido pelas disposições do CPC, em seus arts. 46 a 49, que tratam do litisconsórcio. Pensa ainda a autora que será um litisconsórcio unitário, já 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. Após, conclui, nos processos individualizados de liquidação o litisconsórcio que eventualmente se formar será o comum (GRINOVER, Op. cit., p. 397).

Como se vê, estamos diante de uma questão bem intrincada. O problema surge de dois lados; o primeiro já existia antes da entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor e se refere à discordância dos autores em relação às figuras do litisconsórcio e da assistência litisconsorcial. Veremos que há opiniões divergentes em torno destas categorias de intervenção. Alguns autores pensam que a assistência litisconsorcial só pode ser usada por quem realmente tem legitimidade para a propositura da ação, independente dos demais co-legitimados; outros, pensam que a intervenção posterior facultativa caracteriza-se como um litisconsórcio, propriamente dito; e há, ainda, aqueles que criticam o sistema adotado pelo CPC, que deveria ter cuidado da hipótese de um legitimado ingressar posteriormente como litisconsorte.

Como dissemos, não vamos voltar a discutir estas questões tão bem cuidadas por inúmeros autores de renome que até hoje não chegaram a um consenso.

Continuando, o segundo lado já recai exatamente na temática das relações de consumo; como temos repetido exaustivamente, trata-se de um novo processo, com

novas vertentes, novos reflexos e, naturalmente, novas soluções que devem ser buscadas.

Todos os autores comentados têm sua opinião, alguns baseando-se já nesta nova realidade, outros considerando as regras processuais clássicas, todos, porém, com um posicionamento e respectiva fundamentação.

De nossa parte, temos que é praticamente impossível enquadrar esta regra do artigo 94 do CDC às regras estabelecidas pelo CPC, ao menos em sua totalidade. Parece que para algumas figuras nele elencadas há óbices de enquadramento nas ações coletivas. Os autores apontados nos levam a estes óbices. "Não dá para ser litisconsórcio, porque não se pode falar em litisconsórcio facultativo ulterior"; "não pode ser assistência litisconsorcial porque o particular não tem legitimação autônoma para a ação"; "a espécie de intervenção litisconsorcial voluntária não está prevista em nosso ordenamento".

Com isto, acreditamos estar diante de um novo tipo de litisconsórcio, que até poderia ser chamado de intervenção litisconsorcial voluntária ou qualquer outro nome que se queira dar, desde que não se pretenda enquadrá-lo pelas regras do CPC. 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 pólo ativo da demanda ao lado do (s) autor (es) por pertencer a cada um deles o objeto litigioso, de forma divisível e disponível.

Não há nada parecido na lei material e instrumental do século passado. Como adequar aquelas regras a esta realidade?

Há que se estabelecer interpretações sistemáticas para o assunto. Se pararmos para refletir, veremos que o ingresso do particular como litisconsorte comum, nos moldes do CPC, desembocará num verdadeiro litisconsórcio multitudinário, que, como dissemos, é justamente o que as ações coletivas pretendem evitar. Daí a razão de ser de cada uma delas, descomplicar e não complicar mais.

Se o particular ingressa como um litisconsorte, quer dizer, no momento da propositura da ação, haverá um grande tumulto na ação e a ação coletiva perderá a sua finalidade.

Se o legislador pretendesse que o consumidor lesado pudesse ingressar na ação como parte autora legítima, teria estabelecido legitimidade ativa ao mesmo.

Não que ele não a tenha, mas a tem como litigante individual ou até em litisconsórcio, com outras vítimas, porém, neste caso sim, como litisconsortes do regime comum, do CPC.

Assim, o ingresso dos consumidores e das vítimas interessadas no pólo ativo da ação coletiva para defesa dos direitos individuais homogêneos, ao lado dos autores legitimados para a propositura, que pelo teor da lei só pode ser posterior a ela, levaria à perda de sentido das ações coletivas, se ocorrido no início da formação da relação processual.

Há uma série de outras novidades do sistema que nos conduzem a esta reflexão. Observe-se, por exemplo, a questão da coisa julgada, já mencionada. O Código de Processo Civil estabelece, num primeiro momento, que somente as partes serão atingidas pelos efeitos da coisa julgada. Daí uma das razões de ser do litisconsórcio.

Mas no sistema processual coletivo é diferente; mesmo aqueles que não intervieram no feito como 'litisconsortes' serão *beneficiados* pelos efeitos da sentença favorável, assim, não há necessidade desta intervenção, por isso ela é facultativa.

Acreditamos que não haja interesse por parte de todos os interessados em ingressar no feito, já que, como acabamos de dizer, a coisa julgada beneficiará mesmo àqueles que não tenham intervindo. Mas pode ocorrer que um número grande de consumidores/vítimas pretenda habilitar-se como litisconsorte, levando a um indesejável tumulto. Para que isto não ocorra pensamos que alguns limites devam ser colocados.

Por tudo isto, temos que regras diferenciadas devem ser estabelecidas para o ingresso deste particular na demanda, de forma que não tumultue o regular andamento da ação coletiva.

Um limite que consideramos viável diz respeito ao momento do ingresso destes interessados. Embora a lei não o estabeleça, achamos por bem que os interessados habilitem-se como litisconsortes no prazo que deverá ser estabelecido no edital pelo juiz, antes da citação do réu. Não é demais lembrar que a lei do consumidor não diz expressamente que o juiz deva estabelecer um prazo para o cumprimento deste edital, mas, obviamente, este prazo deverá ser estabelecido, sob pena de o procrastinamento do andamento do feito ocorrer até o final do processo. Ademais, embora a lei do consumidor tenha reconhecido este como a parte mais fraca da relação de consumo, as regras diferenciadoras já estão estabelecidas, e o princípio da contraditório permanece íntegro, o que significa que o réu deve ter iguais oportunidades de manifestações. Sendo assim, caso fosse viável a habilitação dos interessados a qualquer momento, haveria que se permitir ao réu a manifestação em todos estes momentos.

Ademais, também não sugeri a lei se a citação do réu deva ocorrer antes ou após a publicação deste edital; pensamos que deva ocorrer posteriormente a esta publicação, para uma vez publicado e habilitados os interessados, aí sim realizar-se a citação. No entanto, este prazo não deve ser muito longo para não prejudicar todos os envolvidos. Posicionamo-nos por 30 (trinta) dias, o que inclusive se coaduna com o prazo estabelecido para os interessados suspenderem suas ações individuais (art. 104).

Após, cremos ser inviável o ingresso, mesmo como assistentes litisconsorciais, pois isso tumultuaria o andamento do processo, atingindo a finalidade da jurisdição coletiva.

Outro limite que deve ser estabelecido se refere ao aditamento da inicial; sugerimos que esta seja uma condição *sine qua non* para o ingresso do particular como litisconsorte. Isto porque não faz sentido a habilitação se não houver este aditamento, já que os benefícios da coisa julgada serão estendidos a ele sem ter ingressado e somente se houver improcedência da ação e o particular tiver ingressado é que esta decisão o atingirá. Desta feita, perde a razão de ser o ingresso do particular sem modificação do pedido inicial.

Assim, para concluir, há que se estabelecer novos contornos para esta intervenção do art. 94, para que as ações coletivas não percam sua razão suprema de existir.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABELHA RODRIGUES, Marcelo. Análise de alguns princípios do processo civil à luz do título III do Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Direito do Consumidor. São Paulo: RT, n. 15, jul/set., 1995

ABELHA RODRIGUES, Marcelo e FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Direito Processual Ambiental Brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

ALBERTON, Genacéia da Silva. Assistência litisconsorcial. Coleção de Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman. Vol. 30. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

ARRUDA ALVIM, José Manoel de. Anotações sobre as perplexidades e os cominhos do processo civil contemporâneo - sua evolução ao lado da do direito material. Direito do Consumidor, São Paulo. Revista dos Tribunais, 2:76-99.
_____. Ação Civil Pública. Revista de Processo 87: 149-185.

ARRUDA ALVIM, José Manoel, Thereza e Eduardo & SOUZA, James Marins de. Código do Consumidor comentado. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1991.

BARBOSA MOREIRA, Carlos Roberto. A defesa do consumidor em juízo. Direito do Consumidor, São Paulo, Revista dos Tribunais, 5: 190-201.

_____. O processo civil no Código do Consumidor. Revista de Processo, 63: 138-46.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A ação popular do direito brasileiro, como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados "interesses difusos". In: Temas de Direito Processual, primeira série. São Paulo, Saraiva, 1977.

_____. A proteção jurídica dos interesses coletivos. In: Temas de Direito Processual, terceira série. São Paulo, Saraiva, 1984.

_____. Ações coletivas na Constituição Federal de 1988. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, 61:187-200, 1991.

_____. Notas sobre o problema da "efetividade" do processo. In: Temas de Direito Processual, terceira série. São Paulo, Saraiva, 1984.

_____. Tendências contemporâneas do Direito Processual Civil. In: Temas de Direito Processual, terceira série. São Paulo, Saraiva, 1984.

_____. Os novos rumos do processo civil brasileiro. Revista de Processo, 78: 133-144.

BITTAR, Carlos Alberto. Direitos do consumidor. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1991.

CAPPELLETTI, Mauro. O acesso dos consumidores à justiça. Revista de Processo, n. 62, 1991.

_____. Formações Sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. Revista de Processo n. 5, 1977.

CRUZ, José Raimundo Gomes. Pluralidade de partes e intervenção de terceiros. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

CUNHA, Alcides A. Munhoz. Evolução das ações coletivas no Brasil. Revista de Processo 77: 224-235.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Litisconsórcio. 5.ed. rev. amp. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 1997.

FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo. A ação civil pública e a tutela jurisdicional dos interesses difusos. São Paulo, Saraiva, 1984.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Comentários à constituição brasileira de 1988. São Paulo: Saraiva, 1990, v.1.

FILOMENO, José Geraldo Brito. Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. 5. ed. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1997.

_____. Manual de direitos do consumidor. São Paulo, Atlas, 1991.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Os sindicatos e a defesa dos interesses difusos no

processo civil brasileiro. São Paulo: RT, 1995.

_____. A ação civil pública e a defesa dos direitos constitucionais difusos. São Paulo, RT, Ação Civil Pública, Édís Milaré.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco & ABELHA RODRIGUES, Marcelo. Direito Processual Ambiental Brasileiro. Belo Horizonte: Dewl Rey, 1996.

FREITAS, Vladimir Passos et al. Código do consumidor comentado. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

GIDI, Antonio. Coisa julgada e litispendência nas ações coletivas. São Paulo: Saraiva, 1985.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. 5.ed. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1997.

_____. As garantias constitucionais do processo nas ações coletivas. In: Novas tendências do Direito Processual. 2. ed. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1990.

_____. Acesso à justiça e garantias constitucionais no processo do consumidor. In: As garantias do cidadão na justiça. São Paulo, Saraiva, 1993.

_____. O novo processo do Consumidor. Revista de Processo, n. 62: 141-152.

MANCUSO, Rodolfo de Carmargo. Ação Civil Pública. 2. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1992.

_____. Defesa do consumidor: reflexões acerca da eventual concomitância de ações coletivas e individuais. Direito do Consumidor, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2: 148-56.

MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo. 3.ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1991.

_____. Interesses coletivos e difusos. Justitia, São Paulo, 157:41-54, 1992.

MILARÉ, Édís. Ação Civil Pública e a tutela jurisdicional dos interesses difusos. São Paulo: Saraiva, 1984.

MONTORO, André Franco. Introdução à ciência do Direito. 20.ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1991.

NERY JÚNIOR, Nelson. Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. 5.ed. Rio de Janeiro. Forense Universitária, 1997.

_____. Princípios do processo civil na Constituição Federal. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1992.

_____. Aspectos do processo civil no Código de Defesa do Consumidor. Direito do Consumidor, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1: 200-21, 1992.

_____. Os princípios gerais do código brasileiro de defesa do consumidor. Direito do Consumidor, São Paulo, Revista dos Tribunais, 3:44-77, 1992.

_____. Aspectos relevantes do Código de Defesa do Consumidor. Justitia, São

Paulo, 155: 77-95, 1991.

_____. O processo civil no código de defesa do consumidor. Revista de processo. Vol. 61:24- 35

NERY JÚNIOR, Nelson & NERY, Rosa Maria. Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor. Revista dos Tribunais, 3.ed., 1997.

NOGUEIRA, Tânia Liz Tizzoni. Direitos básicos do consumidor: a facilitação da defesa dos consumidores e a inversão do ônus da prova. Direito do consumidor. São Paulo, Revista dos Tribunais. vol. 10:48-59.

SAAD, Eduardo Gabriel et al. Comentários ao código de defesa do consumidor. São Paulo: LTR, 1991.

SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras linhas de direito processual civil. 18.ed. rev. amp. vol. 2, São Paulo: Saraiva, 1997.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Código do Consumidor e processo civil - aspectos polêmicos. RT, São Paulo, Revista dos Tribunais, 671:32-9, 1991.

WATANABE, Kazuo. Código Brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. 5.ed. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1997.

ZENUN, Augusto. Comentários ao Código do Consumidor. Rio de Janeiro: Forense, 1992.