

A LITISPENDÊNCIA NAS AÇÕES COLETIVAS

Maria Carolina Florentino Lascaia¹

Yvete Flávio da Costa²

RESUMO: Os interesses transindividuais reclamam a adaptação das regras do tradicional processo civil, pensado e elaborado para tutelar o interesse particular. Neste artigo, será abordada a litispendência nas ações coletivas, suas características, efeitos e particularidades. Litispendência é a repetição de ação em curso. Em relação às ações coletivas, este fenômeno processual pode existir mesmo que a segunda ação seja proposta por autor diverso. Isso porque, no pólo ativo da demanda coletiva, a parte está em juízo defendendo interesse alheio, de grupo determinável ou indeterminável. Então, ainda que haja legitimados diversos no pólo ativo, buscando o mesmo interesse coletivo, na verdade, ambos os autores estão em juízo representando a mesma coletividade. É que, no campo da legitimação extraordinária, ainda que a ação seja proposta por autor diferente, o titular do direito material estará igualmente representado, havendo, portanto, repetição da causa em juízo. Com isso, pode-se afirmar haver litispendência dessas ações. Apesar de haver litispendência, o intuito do processo coletivo é a busca da verdade real e, por isso, seria prejudicial a extinção de uma das demandas. Portanto, o que se quer provar é que o efeito típico da conexão pode ser aqui aplicado, ou seja, o efeito de reunião das ações para julgamento conjunto. Esta é a solução que mais atende ao resultado útil do processo na tutela coletiva.

PALAVRAS-CHAVE: Interesses transindividuais. Processo coletivo. Litispendência.

Lis pendens in class actions

ABSTRACT: The transindividual interests complained some adaptation of civil procedure rules. Traditionally, the lis pendens occurs when there is the repetition of a lawsuit already in progress. However, regarding class actions, the lis pendens has an interesting particular feature: it occurs even if the second lawsuit is proposed by a different legitimated plaintiff. It is so because the petitioner, in class actions, litigates in court defending the interest of a third party that is a group of determinable or indeterminable individuals. In these cases, the gathering of those lis pendens lawsuits for a single trial is the best way to achieve the most useful outcome from class actions.

KEY WORDS: Transindividual interests. Class action. Lis pendens.

1. INTRODUÇÃO

No início da década de 1970, especialmente após os trabalhos de Mauro Cappelletti (MAZZILLI, 2002), ampliou-se o reconhecimento da necessidade de uma tutela jurisdicional própria para os interesses transindividuais, cujas regras tradicionais de processo civil já não os atendiam com eficiência.

Essa necessidade de princípios processuais específicos para a tutela coletiva justifica-se pelas particularidades dos interesses difusos, coletivo (*stricto sensu*) e individuais homogêneos, que são interesses que transcendem a esfera particular do indivíduo, abrangendo grupos de pessoas determináveis ou mesmo indetermináveis.

¹ Mestranda em Direito Público pela Universidade Estadual Paulista – UNESP, Advogada da União.

² Professora Assistente Doutora da Universidade Estadual Paulista – UNESP.

No Brasil, a primeira vez que se criou um instrumento processual em defesa do interesse coletivo foi com o surgimento da Lei da Ação Popular (Lei n. 4.717/65) e, mais tarde, com a Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85).

Também a Constituição Federal de 1988 trouxe sua imensa contribuição, reafirmando muitos direitos transindividuais³ e seus mecanismos de proteção (ação civil pública, ação popular, ação direta de inconstitucionalidade, ...), inclusive criando novos meios processuais para reivindicá-los (como o mandado de segurança coletivo - art. 5º, LXX). Além disso e, principalmente, previu a legitimidade do Ministério Público para a sua defesa em juízo, o que conferiu bastante destaque nacional a esses interesses.

Mas foi somente com o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90) que as ações coletivas passaram a ser propostas com mais frequência (ALVIM), pois esta lei definiu, sistematizou e operacionalizou os direitos transindividuais.

A partir deste Código, muitas outras leis⁴ foram criadas para assegurar os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos e as ações coletivas vêm obtendo cada vez mais destaque no Direito Processual Brasileiro, privilegiando os princípios da economia processual e da efetividade da jurisdição.

Em evento realizado pela Advocacia-Geral da União, em junho de 2008, formou-se uma comissão especial de juristas para estudar o aperfeiçoamento da tutela coletiva no Brasil, que culminou, em março de 2009, com o encaminhamento ao Congresso Nacional do Projeto de Lei n. 5.139/09⁵, que reestrutura a Ação Civil Pública, objetivando a adequação das regras processuais para todo o sistema de direitos coletivos.

De fato, o processo coletivo precisa de normas que atendam satisfatoriamente às peculiaridades do direito material por ele instrumentalizado, especialmente em relação à legitimação das partes, à competência, à coisa julgada e à litispendência, que o Projeto de Lei n. 5.139/09 resolveria, em boa parte, com suas disposições bem elaboradas.

2. CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE A LITISPENDÊNCIA

³ Relativos à criança e adolescente, aos idosos, ao meio ambiente, à proteção do consumidor, direitos trabalhistas, etc.

⁴ São exemplos: Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/92); Lei de Proteção ao Meio Ambiente (Lei n. 9.985/2000); Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/2003); dentre outras.

⁵ Projeto de Lei n. 5.139/09, de autoria do Poder Executivo. Disciplina a ação civil pública para a tutela de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=432485>>. Acesso em ago.2011.

A litispendência é um dos pressupostos processuais negativos, prevista no artigo 267, inciso V, do Código de Processo Civil, como uma das causas de extinção do processo sem resolução do mérito.

De acordo com o §1º do artigo 301 do Código de Processo Civil, verifica-se a litispendência quando se reproduz “ação anteriormente ajuizada”. Isso nos leva à conclusão de que a litispendência ocorre quando os três elementos da ação forem idênticos: partes, pedido e causa de pedir.

O réu pode alegar a litispendência a qualquer tempo, mesmo após a contestação, e o juiz pode conhecê-la ainda que de ofício.

Na prática processual, quem tem maior possibilidade de reconhecer a litispendência é o réu que está sendo demandado em duplicidade. Mas nem sempre é fácil identificá-la de imediato, principalmente quando uma das partes é o Ministério Público ou pessoa jurídica de direito público (ex: União, Estados), representada em juízo por diversos procuradores.

Como se não bastasse a dificuldade de se encontrar a litispendência em processos cuja identidade de elementos da ação é certa e indiscutível, há casos em que a identificação da litispendência exige um esforço maior do jurista, como nas ações coletivas. Isso porque pode haver litispendência além dos casos em que há identidade de partes processuais.

De acordo com Fredie Didier Júnior e Hermes Zanetti Júnior, “*a tríplex identidade dos elementos da demanda é apenas o caso mais emblemático de litispendência. Trata-se do exemplo mais claro do fenômeno. Mas não é o único*” (DIDIER; ZANETTI, 2009, p. 170).

Explicam estes autores que a litispendência ocorre quando pendem processos com o mesmo conteúdo, quando a mesma situação jurídica controvertida é posta em mais de um processo para ser resolvida pelo Poder Judiciário (DIDIER; ZANETTI, 2009, p. 170). Ou seja, há litispendência quando duas ou mais ações levam ao Judiciário o mesmo problema, envolvendo os mesmos interessados.

E o exemplo que eles trazem, extraído de um brilhante texto de José Carlos Barbosa Moreira, é bastante ilustrativo: “*Qualquer um dos condôminos pode propor demanda para proteger o condomínio. Se o condômino “A” e o condômino “B” propuserem demanda para a proteção do bem condominial, fundada na mesma causa de pedir, dando origem a processos diversos, haverá litispendência, mesmo sem*

identidade da parte autora” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos apud DIDIER; ZANETTI, 2009, p. 171).

Nota-se que, no campo da legitimação extraordinária, ainda que a ação seja proposta por autor diferente, o titular do direito material estará igualmente representado, havendo, portanto, repetição da causa em juízo.

Sendo assim, nos casos de legitimação extraordinária, conclui-se haver litispendência sempre que houver identidade de pedido, de causa de pedir e de partes no sentido material, apesar de as partes processuais serem diversas.

Para fins de exame da litispendência nas ações coletivas é indispensável considerar que o legitimado ativo está sempre defendendo direito alheio e, por isso, o pólo ativo pode ser preenchido por qualquer um dos legitimados (Ministério Público, União, Estados, associação civil, ...), havendo identidade de ações se o pedido e a causa de pedir forem coincidentes.

3. AÇÕES COLETIVAS PROPOSTAS POR LEGITIMADOS DIVERSOS

De acordo com o artigo 5º da Lei n. 7.347/85, são legitimados para a propositura da ação civil pública o Ministério Público, a Defensoria Pública, a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios, autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista e associações representativas.

Já o legitimado clássico da ação popular é o cidadão (artigo 1º da Lei n. 4.717/65). Para o mandado de segurança coletivo, é legitimado partido político com representação no Congresso Nacional, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.

Considerando a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) e a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) como ações coletivas, pois tutelam interesses transindividuais, tem-se no artigo 103 da Constituição da República Brasileira o rol de seus legitimados (Presidente da República, Mesa do Senado Federal, Mesa da Câmara de Deputado, etc).

Enfim, é de se considerar serem vários os legitimados ativos das ações coletivas o que, sem dúvidas, pode gerar a propositura da mesma ação coletiva por mais de um legitimado.

Vale lembrar que a legitimação ativa nas ações coletivas é extraordinária, concorrente e disjuntiva, havendo a defesa de interesse alheio em nome próprio, sendo que qualquer legitimado pode propor sozinho a ação, sem necessidade de autorização ou comunicação aos demais.

No caso de um dano difuso ao consumidor brasileiro, considere a propositura de uma ação civil pública pelo Ministério Público Federal e ainda outra ação civil pública, com mesmo pedido e mesma causa de pedir, pela União. Seriam ações diversas? Conexas talvez?

Em verdade, são ações idênticas e não conexas, porque o Ministério Público não atua em defesa de direito próprio, mas de toda a coletividade. Também a União não busca tutelar direito próprio, da pessoa jurídica de direito público, mas tutela direito de todos os consumidores brasileiros.

Portanto, pode ocorrer de mais de um legitimado propor a mesma ação coletiva, para defesa do mesmo interesse coletivo. Quando o pólo ativo da ação defende direito alheio e há mais de um legitimado para realizar esta defesa, pode ocorrer de o substituído processual (a coletividade) estar em juízo mais de uma vez pelo mesmo motivo. Logo, se mais de um legitimado ativo propõe ação para a defesa do mesmo direito coletivo, conclui-se pela configuração da litispendência.

4. EFEITOS DA LITISPENDÊNCIA NAS AÇÕES COLETIVAS

Um dos efeitos da litispendência (e o mais conhecido deles) é a extinção do segundo processo sem julgamento de mérito.

No entanto, no campo das demandas coletivas, há que se observar algumas peculiaridades. É que, nem sempre, a extinção de um dos processos será a mais adequada das soluções, podendo o juiz optar pela reunião dos processos para julgamento conjunto.

Como qualquer legitimado ativo pode intervir no processo a qualquer tempo na qualidade de assistente litisconsorcial, é muito mais vantajoso reunir os processos e aproveitar os atos já realizados em ambos, principalmente quando já se produziu elevado número de provas (testemunhais, periciais, documentais, etc).

Este efeito de reunião dos processos litispendentes nas ações coletivas não é comum nas ações que tutelam interesses individuais, mas é perfeitamente aceitável na

tutela coletiva, sendo uma opção legal e mesmo constitucional, dadas as peculiaridades destes interesses em juízo.

É sabido que a ação coletiva julgada improcedente somente produzirá seus efeitos em relação aos demais legitimados se a improcedência for fundada em prova negativa da ocorrência dos fatos alegados na inicial. Por isso, o mais sensato é reunir todos os esforços para se chegar à verdade real.

Também é cediço que o legitimado ativo que não for litisconsorte da ação coletiva pode, a qualquer tempo, adentrar no processo na qualidade de assistente litisconsorcial.

Realmente, pouco se tem falado da reunião de processos quando ocorre o fenômeno da litispendência. Mas este efeito de reunião de processos não é característica exclusiva da conexão (DIDIER; ZANETTI, 2009, p.170).

Primeiramente, é preciso identificar a existência das mesmas partes (materiais), mesmo pedido e mesma causa de pedir. Se assim for, não há porque confundi-la com a conexão simplesmente baseando-se nos efeitos destas duas figuras processuais.

Assim, havendo litispendência, pode o juiz optar pela reunião das demandas para aproveitamento dos atos processuais. Principalmente, porque nas ações coletivas as partes se fazem representar por instituições legitimadas extraordinariamente, de forma concorrente.

Em segundo lugar, porque a reunião dos processos propicia o amplo acesso à justiça, à ampla defesa e ao contraditório, por todos jurisdicionados legitimados, num único julgamento.

Além do mais, parece razoável permitir que os processos sejam reunidos em nome da efetividade e da economia, para que todos os possíveis legitimados possam esgotar as provas do direito levado a juízo.

Sobre esta opinião, Didier Jr. e Zanetti Jr. (2009, p. 170) esclarecem:

Quando ocorrer litispendência com partes diversas, porém, a solução não poderá ser a extinção de um dos processos, mas sim, a reunião deles para processamento simultâneo. É que de nada adiantaria extinguir um dos processos, pois a parte autora, como co-legitimada, poderia intervir no processo supérstite, na qualidade de assistente litisconsorcial. Por uma medida de economia, se isso for possível (se houver compatibilidade do procedimento e respeito às regras de competência absoluta), os feitos devem ser reunidos. É muito mais prático e rápido reunir as causas do que extinguir um dos processos e permitir que o legitimado peça para intervir no processo que sobreviveu, requerimento que dará ensejo a um incidente processual, com

ouvida das partes e a possibilidade de interposição, ao menos teórica, de algum recurso.

5. CONEXÃO, CONTINÊNCIA E LITISPENDÊNCIA

A conexão e a continência são fatos jurídicos processuais que surgem da semelhança entre demandas pendentes. Consoante o artigo 104 do Código de Processo Civil, reputam-se conexas duas ou mais ações quando lhes for comum o objeto ou a causa de pedir. Já o artigo 105 dispõe: *“Dá-se a continência entre duas ou mais ações sempre que há identidade quanto às partes e à causa de pedir, mas o objeto de uma, por ser mais amplo, abrange o das outras”*.

Assim, vê-se que a continência nada mais é do que uma espécie de conexão, pois somente a identidade de causa de pedir seria suficiente para caracterizar esta última.

Citando Calamandrei, José Frederico Marques (2000, p. 390-391) explica que, na continência, as duas lides estão ligadas entre si por uma relação de identidade de seus elementos constitutivos, como na litispendência, com a diferença de que, na causa continente o pedido é mais amplo que o da causa conteúdo, tratando-se de diferença puramente quantitativa.

Entretanto, é importante esclarecer que não se deve confundir continência com litispendência parcial. Esta pode se dar em demandas com mais de um pedido, havendo identidade de partes, causas de pedir e parte dos pedidos: *“Se em uma demanda há três pedidos e na outra há dois pedidos, não há continência porque a primeira “conteria” a segunda. Se os pedidos formulados na segunda demanda também foram formulados na primeira, o caso é de litispendência parcial”* (DIDIER, 2007, p. 123/124).

Então, para a caracterização da continência, os pedidos devem ser diferentes, ainda que um seja mais amplo que o outro. Discorrendo sobre a continência, Fredie Didier Jr. (2007, p. 124) apresenta o seguinte exemplo: uma ação de anulação de inscrição de crédito tributário na dívida ativa está contida em uma ação de anulação do ato de lançamento, pois com a anulação do lançamento há conseqüentemente a anulação de todos os atos subseqüentes, inclusive da inscrição em dívida ativa.

Portanto, para haver continência, o pedido de uma ação deve englobar, abranger o pedido da segunda.

Deste modo, pode-se concluir que tanto na conexão como na continência não há plena identidade de elementos da ação, mas apenas algumas semelhanças. Isso deve

estar claro porque a identidade parcial do pedido entre ações com mesmas partes e causa de pedir caracteriza litispendência parcial e não continência.

Superada a definição, passa-se à análise dos efeitos destes fenômenos processuais.

Um dos efeitos da conexão é a modificação de competência, pois o juiz, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, pode ordenar a reunião das ações para julgamento conjunto. Porém, isso somente ocorre em caso de competência relativa e se os procedimentos das ações a serem reunidas forem compatíveis.

Outro efeito possível da conexão é a suspensão de um dos processos até a decisão final no outro, quando houver relação de prejudicialidade entre as causas, ou também se a sua reunião estiver impossibilitada.

No caso das ações coletivas, o procedimento é o mesmo para as causas em que se verificar a conexão e a continência: logo, pode haver a reunião das ações, obedecidas as regras acima.

Por todas as razões já expostas sobre as vantagens de se reunir os processos, também em havendo litispendência, aqui a conclusão não poderia ser outra: a reunião dos processos é sempre mais vantajosa e a que melhor atende aos princípios da economia processual e efetividade do processo.

O detalhe interessante surge no fato de que, algumas vezes, a ação coletiva possui competência absoluta e, mesmo assim, reunir as ações é permitido. Veja que a competência territorial na ação civil pública é absoluta, mas o parágrafo único do artigo 2º da Lei n. 7.347/85 previu que a propositura de ação prevenirá a jurisdição do juízo para todas as ações posteriormente intentadas que possuam a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto.

6. LITISPENDÊNCIA ENTRE AÇÕES COLETIVAS DIFERENTES

Mostrou-se perfeitamente possível a existência de litispendência entre ações coletivas ajuizadas por legitimados ativos diferentes. Por exemplo: uma ação civil pública ajuizada pela União pode ser idêntica a uma ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal, se ambas tiverem o mesmo pedido e mesma causa de pedir, ou seja, se forem causas com conteúdo idêntico.

Por outro lado, pode ocorrer também litispendência entre ações coletivas com procedimentos diversos desde que o pólo ativo seja materialmente igual e haja a correspondência entre o pedido, a causa de pedir e o réu.

Várias são as ações coletivas com procedimentos diversos: ação civil pública, ação popular, mandado de segurança coletivo, ação de improbidade administrativa, dentre outras. De fato, o artigo 83 do Código de Defesa do Consumidor dispõe que são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada e efetiva tutela dos direitos e interesses coletivos.

Desta forma, é possível a tutela do mesmo interesse transindividual pela ação popular e pela ação civil pública, por exemplo. Ou seja, é possível que estas duas ações tenham o mesmo conteúdo. A diferença de procedimento e de autoria seria, então, irrelevante para a configuração da litispendência, uma vez que tanto o cidadão, na ação popular, como o legitimado ativo da ação civil pública (Ministério Público, Defensoria Pública, União, Estado Federado, Distrito Federal, Município, etc.) estariam defendendo interesse pertencente à coletividade.

Como solução para a existência de mais de uma ação com o mesmo objeto, buscou-se a reunião dos processos, ainda que haja diversidade de procedimentos. É que extinguir a ação popular seria o mesmo que desestimular a iniciativa dos cidadãos na defesa do interesse coletivo. Por outro lado, extinguir a ação civil pública seria diminuir as chances de busca da verdade real no caso concreto, uma vez que os legitimados desta espécie de ação são geralmente melhores equipados que o cidadão isoladamente considerado.

Portanto, havendo litispendência entre uma ação civil pública e uma ação popular, apesar de haver diferença de procedimento entre elas, pode se falar na reunião dos processos para julgamento conjunto das causas, mesmo diante dos autores (processualmente) diferentes. Basta, para tanto, a coincidência entre as causas de pedir, os pedidos e o pólo passivo.

7. DIREITOS DIFUSOS E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

Apesar de tudo o que foi dito, há quem não aceite a litispendência entre uma ação coletiva que discute direito difuso e outra que defenda interesse individual homogêneo, ainda que elas estejam fundamentadas em fatos idênticos.

É que os pedidos não serão idênticos, apesar de haver entre as ações uma estrita relação de dependência, já que a decisão em um dos processos pode afetar a decisão no outro em razão dos efeitos da coisa julgada *in utilibus*.

Dada a natureza do interesse metaindividual, o pedido na ação que tutela um interesse difuso não será igual ao da ação que tutela interesse coletivo (*stricto sensu*) nem ao da que tutela interesse individual homogêneo. Ou seja: o conteúdo das ações será diferente e, assim, não haverá litispendência entre elas, nem mesmo se propostas pelo mesmo legitimado.

Antônio Gidi (1995, p. 220) bem demonstra esta situação com um exemplo em que há violação de direito difuso e individual homogêneo: “*Uma publicidade enganosa (violação de direito difuso) induz grande quantidade de consumidores a adquirir um terreno num loteamento clandestino (violação de direitos individuais homogêneos)*”. A ação proposta para a defesa do interesse difuso (retirar a publicidade de circulação e indenizar a coletividade) não seria idêntica à ação para a defesa dos interesses individuais homogêneos (indenizar cada um dos consumidores individualmente lesados, na medida dos danos sofridos).

Apesar de não haver litispendência, pode-se afirmar com certeza haver conexão e, desta forma, a reunião dos processos para julgamento conjunto das ações será o resultado mais útil e eficiente na busca da melhor solução para a tutela coletiva.

Além do mais, note que a ação que versa sobre direito difuso possui relação de prejudicialidade em relação à ação sobre direitos individuais homogêneos, que reclama o julgamento conjunto das causas ou, ao menos, a suspensão da ação dependente, a fim de se evitar sentenças conflitantes.

8. A RELAÇÃO ENTRE AÇÕES COLETIVAS E AÇÕES INDIVIDUAIS

Consoante o artigo 104 do Código de Defesa do Consumidor, as ações coletivas não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes* não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva.

Neste ponto, mais nítidas são as situações jurídicas distintas: em uma ação o pedido é coletivo (difuso, coletivo *stricto sensu* ou individual homogêneo) e, na outra, o pedido é individual, sendo clara, conseqüentemente, a inexistência de litispendência.

A despeito de não haver litispendência, consoante o dispositivo legal acima mencionado, pode haver o aproveitamento da coisa julgada coletiva para o plano individual desde que o autor desta ação requeira a sua suspensão no prazo de 30 (trinta) dias contados da ciência da ação coletiva.

Observe que somente há o transporte da coisa julgada coletiva para o processo individual se aquele foi julgado procedente ou improcedente com base em provas conclusivas, o que é chamado de “coisa julgada *in utilibus*”.

Ainda sobre a ciência do processo coletivo, esta deve ser inequívoca, constatada nos autos, sendo pressuposto para o exercício regular, pelo particular, daquilo que, no regime da *class action* norte-americana, é chamado de *right to opt out*, ou o direito de optar por ser excluído da abrangência da decisão coletiva (DIDIER; ZANETTI, 2009, p. 180).

O processo individual que queira se beneficiar com a sentença coletiva pode ficar suspenso por prazo indeterminado, até que haja o trânsito em julgado da sentença coletiva. E a suspensão do processo individual pode ser requerida dentro do prazo de 30 (trinta) dias citado, enquanto durar o processo coletivo.

Como foi dito no início deste texto, o réu é quem mais tem condições de identificar a litispendência, pois está sendo demandado em duplicidade. O mesmo se aplica no caso da conexão e da continência e, por conseguinte, a melhor forma de o autor individual ter ciência da existência do processo coletivo é sendo avisado pelo réu.

A fim de tornar este um ônus processual do réu, o Código Modelo de Processos Coletivos para a Iberoamérica⁶ (CM-IIDP) estabelece em seu artigo 31 que cabe a ele informar o autor sobre a existência da ação coletiva envolvendo a mesma situação fática. Se não o fizer, suportará o fato de o autor individual se beneficiar da coisa julgada coletiva mesmo tendo tido sua ação rejeitada (GIDI, 1995, p. 201). Esta solução parece contemplar muito bem o princípio da boa-fé objetiva processual.

Haveria, então, continência entre a ação coletiva e a ação individual? Alguns autores consideram haver mera conexão, já que o pedido coletivo é diferente do pedido individual, não se tratando de mera distinção quantitativa.

⁶ Disponível em:

<http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/codigomodelo_exposicaodemotivos_2_28_2_2005.pdf>.
Acesso em: ago.2011.

Realmente, apesar de haver conexão, não se pode falar em continência nem mesmo entre uma ação individual e uma ação coletiva que verse sobre interesse individual homogêneo.

É que, na ação individual, o autor age em nome próprio na defesa de seu próprio interesse (legitimação ordinária). Porém, o autor da demanda coletiva sobre direitos individuais homogêneos, atua com legitimação extraordinária, ou substituição processual, em nome próprio na defesa de interesse alheio (“vítimas ou suas sucessoras” ... “pelos danos individualmente sofridos”, conforme artigo 91 do Código de Defesa do Consumidor).

Desta forma, conclui-se que o pedido na ação coletiva, mesmo de direitos individuais homogêneos, é sempre genérico, pois a sentença será obrigatoriamente genérica, consoante disposição do artigo 95 do Código de Defesa do Consumidor, sendo vedada a apreciação individual do pedido de cada substituído.

Além disso, a coisa julgada na ação coletiva tem a característica de produzir efeitos *erga omnes* e, na ação individual, obviamente, produzirá efeitos somente *inter partes*.

Pela conexão ou pela continência, é possível considerar a reunião da ação individual com a ação coletiva, já que este é o principal efeito destes institutos trazido pelo artigo 105 do Código de Processo Civil, se isto se mostrar útil no caso concreto, como o aproveitamento das provas.

Outros autores repudiam a reunião das ações, pelas dificuldades que isto causaria em ambos os processos. Nesse sentido, transcreve-se, mais uma vez, a lição de Fredie Didier Jr e Hermes Zaneti Jr.:

Não nos parece que o efeito da conexão/continência entre ação coletiva e ação individual deva ser o da reunião dos processos, que, certamente, tumultuaria muito a condução do procedimento. É mais adequado imputar a esse fato o efeito da suspensão do procedimento da ação individual, à espera do julgamento da causa coletiva, até mesmo ex officio, pelo tribunal (art. 6º, §3º e 4º, do CBPC-IBDP) (...) Porém, deve ser observado, sempre, o princípio de que a ação coletiva no Brasil não constitui óbice a tutela individual do direito, permitindo-se ao autor da ação individual a exclusão e a continuação de seu processo sempre que a referida suspensão ex officio ultrapassar prazo razoável. (DIDIER; ZANETTI, 2009, p. 182/183).

De fato, somente nestes casos, parece ser melhor a opção de suspensão da ação individual até o julgamento da ação coletiva, porque há nítida relação de

prejudicialidade. Não obstante, esta suspensão não deve ser feita de ofício pelo juiz, como sugerem os ilustres juristas acima citados.

A suspensão do processo individual deve ser escolha do autor particular, pois ele é quem arcará com o bônus ou ônus de sua decisão. Às vezes, pode não lhe ser proveitoso a reunião de sua demanda com o processo coletivo e nem mesmo vantajoso esperar até o final julgamento do processo coletivo para somente então aproveitar os efeitos da coisa julgada *in utilibus*.

Portanto, em se tratando de conexão entre uma ação individual e uma coletiva, não cabe ao juiz tomar qualquer decisão de ofício, seja de reunião das ações ou mesmo de suspensão do processo individual, porque isso poderia ser uma interferência na liberdade processual da parte.

Sobre esta questão, o artigo 104 do Código de Defesa do Consumidor parece ser bastante democrático e o que melhor atende ao direito individual subjetivo da ação assegurado em nossa Carta Magna.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do texto, pode-se extrair uma interessante conclusão: a litispendência é um instituto processual que possui outros efeitos além da extinção do segundo processo sem julgamento de mérito, principalmente quando se trata da litispendência entre ações coletivas.

Como visto, a reunião de processos não é efeito exclusivo da conexão e da continência. Aliás, nem sempre este efeito será produzido ao se constatar a semelhança das ações, portanto, não é nem mesmo um efeito necessário destes fenômenos processuais.

Na análise das ações coletivas, foi examinado que a litispendência é mais abrangente do que a mera identidade processual dos elementos da ação. É que o pólo ativo das ações coletivas pode não ser o mesmo processualmente, mas o serão materialmente. Isso é possível porque nas ações coletivas tem-se uma legitimação extraordinária, disjuntiva e concorrente. Muitos autores (VIGLIAR, 1999, p. 125), falam mesmo em uma legitimação ativa “adequada para a representação do processo”.

Como principal efeito da litispendência nas ações coletivas, analisou-se que a reunião das ações é o mais apropriado para se aproveitar as provas produzidas em ambos os processos e, assim, buscar a verdade real, escopo maior da tutela coletiva.

Foi visto que o artigo 104 do Código de Defesa do Consumidor estabelece que não há litispendência entre as ações individuais e as ações coletivas, ainda que o autor da ação individual possa se beneficiar da coisa julgada na ação coletiva (coisa julgada *in utilibus*).

Por fim, cumpre apresentar as disposições do Projeto de Lei n. 5139/09, que tramita no Congresso Nacional com a nova disciplina sobre o tema:

Art. 5º A distribuição de uma ação coletiva induzirá litispendência para as demais ações coletivas que tenham o mesmo pedido, causa de pedir e interessados e prevenirá a competência do juízo para todas as demais ações coletivas posteriormente intentadas que possuam a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto, ainda que diferentes os legitimados coletivos, quando houver:

I - conexão, pela identidade de pedido ou causa de pedir, ainda que diferentes os legitimados;

II - conexão probatória; ou

III - continência, pela identidade de interessados e causa de pedir, quando o pedido de uma das ações for mais abrangente do que o das demais.

§ 1º Na análise da identidade da causa de pedir e do objeto, será preponderantemente considerado o bem jurídico a ser protegido.

§ 2º Na hipótese de litispendência, conexão ou continência entre ações coletivas que digam respeito ao mesmo bem jurídico, a reunião dos processos poderá ocorrer até o julgamento em primeiro grau.

§ 3º Iniciada a instrução, a reunião dos processos somente poderá ser determinada se não houver prejuízo para a duração razoável do processo.

O artigo acima transcrito trata o tema da litispendência juntamente com a conexão e continência, justamente porque o efeito de reunião das ações coletivas, nestes casos, é demasiadamente prático e proveitoso para os processos.

Além disso, põe um ponto final na discussão, considerando haver litispendência ainda que não haja identidade processual de autores nas ações coletivas, desde que estes estejam substituindo os mesmos interessados.

Enfim, o Projeto de Lei n° 5139/09 traz avanços significativos na matéria e aperfeiçoa a tutela jurisdicional coletiva. Se aprovado, nossa legislação estará melhor preparada para possibilitar a efetiva defesa dos interesses transindividuais.

9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Eduardo Arruda. **Coisa julgada e litispendência no Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos.** Artigo publicado In: www.arrudaalvim.com.br/pt/artigos/15.asp?id=artigos&lng=pt

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. vol. 1, 7ª ed., Salvador: JusPodium, 2007.

_____ e ZANETTI Jr. Hermes. **Curso de direito processual civil – processo coletivo**. vol. 4, 4ª ed., Salvador: JusPodium, 2009.

GIDI, Antônio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. vol. 2. 12ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1997.

LENZA, Pedro. **Teoria Geral da Ação Civil Pública**. 3ª ed.. São Paulo: RT, 2008.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Popular. Proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Interesses Difusos. Conceito e legitimação para agir*. São Paulo: RT, 2004.

MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil**. vol.1, 2ª ed. atual., Campinas: Millennium, 2000.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. 5ª ed. São Paulo: RT, 2002.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Ação Civil Pública**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 1999.

WATANABE, Kazuo *et tal.* **Código brasileiro de defesa do consumidor**. 7ª ed. São Paulo: Forense, 2001.