

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.302.596 - SP (2012/0004496-3)
RELATOR : MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO
RECORRENTE : INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DA QUALIDADE DE VIDA E DO
MEIO AMBIENTE PARA AS FUTURAS GERAÇÕES - QMF
ADVOGADO : LUIZ RODRIGUES WAMBIER E OUTRO(S)
RECORRIDO : MERCK SHARP E DOHME FARMACÊUTICA LTDA E OUTRO
ADVOGADOS : SÉRGIO PINHEIRO MARÇAL E OUTRO(S)
LÍVIA CALDAS BRITO E OUTRO(S)

VOTO-VISTA
VENCEDOR

O EXMO. SR. MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA: Pedi vista dos autos para melhor exame da controvérsia em debate.

Noticiam os autos que INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DA QUALIDADE DE VIDA E DO MEIO AMBIENTE PARA AS FUTURAS GERAÇÕES - QMF - INSTITUTO QMF propôs, na Comarca de São Paulo/SP, em 3/2/2009, ação coletiva contra MERCK SHARP E DOHME FARMACÊUTICA LTDA. e MERCK & CO. INC. objetivando a condenação das rés ao pagamento de indenização pelos danos morais e materiais causados aos consumidores do medicamento "Vioxx", ao argumento de que se trata de produto defeituoso, seja porque colocado no mercado sem que fossem realizados todos os testes necessários para garantir a sua plena eficácia e segurança, seja porque as informações veiculadas na bula, na embalagem e em publicidade eram insuficientes para alertar o consumidor dos riscos relacionados com problemas cardiovasculares decorrentes do seu uso (e-STJ fls. 2-32).

O juízo de primeiro grau julgou extinto o processo sem resolução de mérito, reconhecendo a existência de coisa julgada, tendo em vista o superveniente trânsito em julgado de sentença proferida pela 4ª Vara Empresarial da Comarca do Rio de Janeiro/RJ em ação coletiva, que havia sido proposta, no ano de 2004, pela Associação Fluminense do Consumidor e Trabalhador - AFCONT com o mesmo objeto e contra as mesmas rés (e-STJ fls. 2.749-2.753).

Irresignado, o INSTITUTO QMF interpôs recurso de apelação, que, por maioria de votos, não foi provido em aresto assim ementado:

"Ação de indenização por danos materiais e morais. Apelante é associação de âmbito múltiplo. Anteriormente fora proposta ação similar por outra associação de âmbito múltiplo perante a Justiça do Estado do Rio de Janeiro, julgada improcedente. Naquela demanda fora analisada matéria fática. Coisa julgada caracterizada. Decisão com efeito 'erga omnes', com validade e eficácia no Território Nacional. Peculiaridades da demanda originária do Estado do Rio de Janeiro não têm suporte no artigo 16, da LACP. Prevalência do artigo 103, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor. Pressuposto processual negativo externo impossibilita a entrega da prestação jurisdicional no mérito. Apelo desprovido"

Superior Tribunal de Justiça

(e-STJ fl. 2.877).

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados (e-STJ fls. 2.910-2.916).

Em suas razões (e-STJ fls. 2.947-2.995), o recorrente aponta, além de divergência jurisprudencial, violação dos seguintes dispositivos com as respectivas teses:

(i) artigo 535, inciso II, do Código de Processo Civil - porque teria havido negativa de prestação jurisdicional ao deixar o Tribunal de origem de se manifestar acerca de aspectos relevantes da demanda suscitados em embargos de declaração, e

(ii) artigos 103, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor e 16 da Lei nº 7.347/1985 - ao argumento de que (ii.a) a coisa julgada formada em ação coletiva para a defesa de direitos individuais homogêneos dos consumidores só produziria efeitos dentro dos limites territoriais da competência do órgão julgador; (ii.b) em se tratando de direitos individuais homogêneos, a coisa julgada só produz eficácia *erga omnes* no caso de procedência da demanda, e (ii.c) a ação coletiva ajuizada pela AFCONT foi julgada improcedente por insuficiência de provas.

Defende, assim, em resumo, a viabilidade da repositura da ação coletiva por outra entidade associativa em unidade da federação distinta.

Com as contrarrazões (e-STJ fls. 3.040-3.066), e admitido o recurso na origem (e-STJ fl. 3119), subiram os autos a esta colenda Corte.

O Ministério Público Federal opinou pelo não provimento do recurso especial (e-STJ fls. 3.182-3.190).

Em sessão realizada no dia 22/9/2015, a Terceira Turma deliberou pela afetação do julgamento do recurso à Segunda Seção (e-STJ fl. 3.203).

Levado o feito a julgamento pela Segunda Seção, em 28/10/2015, após a prolação do voto do relator, Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, conferindo provimento ao recurso especial a fim de, afastando a preliminar de coisa julgada, determinar o processamento da ação na origem, pedi vista antecipada dos autos e ora apresento meu voto.

É o relatório.

De início, convirjo com o Relator no tocante à ausência da alegada negativa de prestação jurisdicional (artigo 535, inciso II, do Código de Processo Civil).

O Tribunal de origem agiu corretamente ao rejeitar os embargos declaratórios por inexistir omissão, contradição ou obscuridade no acórdão embargado, ficando patente, em verdade, o intuito infringente da irresignação, que objetivava a reforma do julgado por via inadequada.

A propósito: AgRg no Ag nº 1.176.665/RS, Rel. Ministro João Otávio de Noronha,

Superior Tribunal de Justiça

Quarta Turma, julgado em 10/5/2011, DJe 19/5/2011, e REsp nº 1.134.690/PR, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 15/2/2011.

Quanto ao mais, cinge-se a controvérsia a definir se, após o trânsito em julgado de decisão que julga improcedente ação coletiva para a defesa de direitos individuais homogêneos é possível a repetição da demanda coletiva com o mesmo objeto por outro legitimado em diferente estado da federação.

Em primeiro lugar, não há reparos quanto ao enquadramento dos direitos defendidos no caso dos autos na categoria de individuais homogêneos, porquanto decorrentes de origem comum, qual seja, o consumo de produto apontado como defeituoso, o que atrai a incidência dos artigos 81, inciso III, e 103, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor.

Em tais casos, como bem salientado pelo Relator, incidem relativamente à coisa julgada as disposições do inciso III do art. 103, e não aquelas atinentes aos direitos difusos e coletivos previstas respectivamente nos incisos I e II do mesmo artigo.

Confirmam-se:

"Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada:

I - erga omnes, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81;

II - ultra partes, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81;

III - erga omnes, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81.

(...)

§ 2º Na hipótese prevista no inciso III, em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual.

(...)".

" 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

Superior Tribunal de Justiça

decorrentes de origem comum".

A leitura açodada do disposto no inciso III do artigo 103 poderia levar à equivocada conclusão de que apenas a procedência da ação coletiva emanaria efeitos capazes de obstar a repositura de demanda coletiva idêntica.

Ocorre que a interpretação da referida norma deve se dar com a observância do que também dispõe o § 2º, que é claro ao estabelecer que, mesmo diante de solução judicial pela improcedência do pedido coletivo original, apenas os interessados que não tiverem nele intervindo na condição de litiscorsortes é que poderão propor análoga ação indenizatória e, ainda assim, única e exclusivamente a título individual.

Nesse sentido, os seguintes ensinamentos doutrinários:

"(...)

O inciso III do art. 103 do CDC prevê que a sentença fará coisa julgada somente no caso de procedência do pedido. Surge, então, a perplexidade de se saber o que aconteceria no caso de improcedência. Não haveria formação de coisa julgada material nesse caso? A coisa julgada seria apenas inter partes?

Resolve-se o problema com uma interpretação conjugada com o § 2º do mesmo artigo. Se esse dispositivo ressalva aos 'interessados que não tiverem intervindo no processo como litiscorsortes' a possibilidade de propor a sua ação individual, é porque, contrario sensu, aqueles interessados que intervieram, aceitando a convocação do edital a que se refere o art. 94, são atingidos pela coisa julgada inter partes. Além disso, é atingida pela coisa julgada ultra partes toda a comunidade de vítimas titular dos direitos individuais homogêneos, já que a pretensão coletiva dos seus direitos individuais não pode mais ser levada a juízo, e a mesma ação coletiva não pode mais ser reproposta por nenhum dos legitimados do art. 82. Fica obstada definitivamente, assim, a tutela coletiva desses direitos individuais.

"(...)

Em caso de improcedência da ação coletiva, haverá formação ultra partes da coisa julgada para atingir a lide coletiva e a comunidade titular dos direitos individuais homogêneos levados a juízo. Isto impede que os legitimados do art. 82 repropõem a mesma ação em defesa do mesmo direito. A tutela coletiva do direito individual estará definitivamente obstada, pela formação da coisa julgada material.

"(...)

Na improcedência da ação coletiva em defesa de direito individual homogêneo não ocorre exatamente o mesmo, porque os direitos em jogo são individuais e divisíveis, apenas tratados coletiva e indivisivelmente devido à origem comum. Nesses casos, apenas a tutela coletiva do direito individual fica trancada; porque a tutela individual do direito individual, como vimos, é irremovível do cidadão por uma garantia constitucionalmente assegurada (CF, art. 5º, XXXV). Por isso, ainda que a tutela coletiva do direito individual venha a ser frustrada, ainda há a possibilidade para o consumidor lesado em sua esfera individual ver o seu direito assegurado em ação individualmente proposta, sendo possível até mesmo obter a procedência do pedido individual com a reutilização do

Superior Tribunal de Justiça

mesmo material probatório produzido na ação coletiva julgada improcedente. Isso porque, em face do disposto no § 2º do art. 103, os efeitos decorrentes da imutabilidade do comando da sentença coletiva estendida à esfera individual de terceiros pelo inciso III nos casos de procedência não poderão prejudicá-los da hipótese de improcedência". (GIDI, Antonio. Coisa julgada e litispendência em ações coletivas. São Paulo: Saraiva, 1995, págs. 139-142 - grifou-se)

Nota-se, portanto, que a solução da controvérsia - que reside na apuração da extensão dos efeitos da sentença transitada em julgado proferida em ação coletiva para a defesa de direitos individuais homogêneos - passa pela interpretação conjugada dos artigos 81, inciso III, e 103, inciso III e § 2º, do Código de Defesa do Consumidor.

Da simples leitura dos referidos dispositivos legais, resulta evidente que, para a aferição da exata extensão dos efeitos da sentença proferida em ação coletiva que tenha por objeto direitos individuais homogêneos - diversamente do que ocorre em se tratando de direitos difusos e coletivos -, revela-se juridicamente irrelevante investigar se o provimento judicial de improcedência do pedido resultou ou não de eventual insuficiência probatória.

Com efeito, no caso de direitos difusos e coletivos, se a demanda coletiva for julgada improcedente por insuficiência de provas e, após o trânsito em julgado, advier nova prova, será possível a repositura da ação coletiva porque não terá havido coisa julgada. É o que se extrai dos incisos I e II do artigo 103.

A redação do inciso III do artigo 103, por outro lado, não repete a ressalva de que a sentença de improcedência por insuficiência de provas seria incapaz de fazer coisa julgada.

Para os direitos individuais homogêneos o legislador adotou técnica distinta, ressaltando a formação de coisa julgada somente em favor dos "*interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes*", de modo que somente estes poderão propor ação de indenização a título individual, independentemente do resultado negativo - de improcedência por qualquer motivo - da demanda coletiva anteriormente proposta.

É o que ensina a doutrina especializada:

"(...)

A coisa julgada nas ações coletivas para a tutela de direitos ou interesses individuais homogêneos difere da coisa julgada formada nas ações para a defesa de direitos ou interesses essencialmente transindividuais (difusos e coletivos em sentido estrito). Não há de se falar, por exemplo, em possibilidade de repropor a ação coletiva no caso de improcedência por insuficiência de provas.

A diferença de sistemática decorre das características inerentes aos direitos ou interesses individuais homogêneos, que consistem em direitos ou interesses propriamente individuais, os quais, considerados coletivamente, caracterizam-se pela homogeneidade e pela origem comum. Referidos direitos ou

Superior Tribunal de Justiça

interesses apresentam titulares determinados e determináveis, e seu objeto é perfeitamente divisível. Os direitos individuais homogêneos representam opção do legislador no sentido de considerar no processo esses direitos individuais como coletivos, viabilizando a sua tutela molecularizada.

(...)

Tendo em vista que os direitos ou interesses individuais homogêneos são apenas acidentalmente coletivos, apresentam perfil característico diferente em relação aos direitos ou interesses essencialmente coletivos. Em consequência, a legislação trata a coisa julgada nas ações coletivas para a tutela de direitos ou interesses individuais homogêneos de forma específica.

(...)

No caso de improcedência da ação coletiva para a tutela de direitos ou interesses individuais homogêneos, havendo suficiência ou insuficiência de provas, a coisa julgada impedirá a renovação da demanda coletiva, mas não haverá prejuízo em relação às ações individuais.

Uma vez que nas ações coletivas para a defesa de direitos ou interesses individuais homogêneos tutelam-se direitos essencialmente individuais, a legislação autoriza a intervenção dos indivíduos interessados como litisconsortes. A intervenção é possível porque eles têm interesse jurídico na solução da demanda que versa sobre direitos ou interesses dos quais são titulares. Nesse sentido, dispõe o art. 94 do CDC: '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'. (NUNES, Bruno José Silva. Coisa julgada nas ações coletivas. Belo Horizonte: D'Plácido, 2015, págs. 182-184 - grifou-se)

" (...)

A disciplina da coisa julgada nas ações coletivas fundamentadas em direitos individuais homogêneos é distinta daquela prevista para as demandas referentes a interesses difusos e coletivos.

(...)

Com base nessas peculiaridades, previu-se que nas demandas coletivas fundadas em direitos individuais homogêneos a sentença fará coisa julgada 'erga omnes, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores' (art. 103, III, da Lei nº 8.078/90).

(...)

Por outro lado, eventual decreto de improcedência da ação coletiva não possui eficácia erga omnes em relação aos titulares singulares, que poderão propor ações individuais para a proteção dos seus direitos, desde que preenchida uma condição: não tenham integrado a demanda coletiva como litisconsortes do autor ideológico, pois nesse caso, uma vez que participaram do contraditório, serão abrangidos pela coisa julgada, restando prejudicada qualquer ação individual com o mesmo título (art. 103, § 2º, da Lei nº 8.078/90).

(...)

Em relação aos entes legitimados para a tutela dos interesses individuais homogêneos, nas hipóteses de procedência ou improcedência do pedido, haverá sempre coisa julgada material, inclusive nos casos de improcedência por insuficiência de provas, o que obstará a propositura de nova demanda com o mesmo objeto e causa de pedir por qualquer autor ideológico, tenha ou não participado da demanda coletiva". (SANTOS, Ronaldo Lima dos. Amplitude da coisa julgada nas ações coletivas. Revista de Processo. ano 31. n. 142. dez. 2006, págs. 49-51 - grifou-se)

Superior Tribunal de Justiça

"(...)

O tratamento jurídico da coisa julgada nas ações coletivas que versem sobre direitos individuais homogêneos é diferente do dispensado aos direitos difusos e coletivos.

"(...)

(...) conhecendo o juízo competente da ação coletiva que verse sobre direitos individuais homogêneos e declarando improcedente o pedido, haverá coisa julgada material que atinge os participantes do processo coletivo (autor ideológico e eventuais interessados individuais) e obsta a propositura de nova ação coletiva idêntica. Porém os interessados individuais que não tomaram parte na demanda coletiva fracassada poderão entrar com ações individuais com a mesma causa de pedir. Os interessados que tomaram parte na demanda coletiva, como dito, já exerceram o direito de ação e, portanto, não lhes assiste o direito de obter nova prestação jurisdicional por meio de ações individuais". (FERREIRA, Rony. Coisa julgada nas ações coletivas. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2004, págs. 114-116 - grifou-se)

"(...)

(...) pode-se sistematizar a amplitude da autoridade da coisa julgada: a) procedência do pedido: a todos atingirá (erga omnes) para beneficiar; b) improcedência do pedido, por suficiência ou insuficiência de provas: haverá formação da coisa julgada coletiva, não podendo mais ser rediscutida a ação, mesmo no caso de improcedência por insuficiência de provas, ao contrário do que ocorre no caso dos interesses difusos ou coletivos. A autoridade da coisa julgada coletiva, portanto, atingirá aos legitimados coletivos, indistintamente, bem como aos interessados que intervieram no processo como litisconsorte, aceitando o 'convite' do art. 94. A autoridade da coisa julgada em caso de improcedência da ação (seja por suficiência ou insuficiência de provas) só não atingirá àqueles que não intervieram no processo, restando a estes imaculado o direito constitucional de proporem a ação de indenização a título individual (art. 5º, XXXV, da CF/88)". (LENZA, Pedro. Teoria geral da ação civil pública. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, págs. 234-235 - grifou-se)

Em resumo, a teor do artigo 103, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor, nas ações coletivas intentadas para a proteção de interesses ou direitos individuais homogêneos, a sentença fará coisa julgada *erga omnes* apenas no caso de procedência do pedido. No caso de improcedência, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual.

Não há espaço, portanto, para falar em repositura de nova ação coletiva, mas tão somente em resguardo do direito individual dos atingidos pelo evento danoso.

A diferença de tratamento dado à coisa julgada está intimamente ligada à natureza dos direitos envolvidos.

A tutela dos interesses individuais homogêneos não era prevista na Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/1985) que cuidava apenas dos direitos difusos e coletivos. A sua defesa foi instituída no Brasil pelo Código de Defesa do Consumidor sob a inspiração da *class action for*

Superior Tribunal de Justiça

damages do direito norte-americano na busca da proteção coletiva de vítimas de um evento danoso comum a vários consumidores (Conforme: BENJAMIN, Antônio Herman. Manual de direito do consumidor. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, pág. 388).

Em verdade, trata-se de mecanismo de facilitação da defesa dos direitos de vítimas de um evento de origem comum que, embora sejam tuteláveis de forma coletiva, não perdem a natureza de direitos subjetivos individuais, consoante a lição de Teori Albino Zavascki:

"(...)

Já os direitos individuais homogêneos são, simplesmente, direitos subjetivos individuais. A qualificação de homogêneos não altera nem pode desvirtuar essa natureza. É qualificativo utilizado para identificar um conjunto de direitos subjetivos individuais ligados entre si por uma relação de afinidade, de semelhança, de homogeneidade, o que permite a defesa coletiva de todos eles. Para fins de tutela jurisdicional coletiva, não faz sentido, portanto, sua versão singular (um único direito homogêneo), já que a marca da homogeneidade supõe, necessariamente, uma relação de referência com outros direitos individuais assemelhados. Há, é certo, nessa compreensão, uma pluralidade de titulares, como ocorre nos direitos transindividuais; porém, diferentemente desses (que são indivisíveis e seus titulares são indeterminados), a pluralidade, nos direitos individuais homogêneos, não é somente dos sujeitos (que são indivíduos determinados), mas também do objeto material, que é divisível e pode ser decomposto em unidades autônomas, com titularidade própria. Não se trata, pois, de uma nova espécie de direito material. Os direitos individuais homogêneos são, em verdade, aqueles mesmos direitos comuns ou afins de que trata o art 46 (nomeadamente em seus incisos II e IV), cuja coletivização tem um sentido meramente instrumental, como estratégia para permitir sua mais efetiva tutela em juízo. Em outras palavras, os direitos homogêneos 'são, por esta via exclusivamente pragmática, transformados em suas estruturas moleculares, não como fruto de uma indivisibilidade inerente ou natural (interesses e direitos públicos e difusos) ou da organização ou existência de uma relação jurídica-base (interesses coletivos stricto sensu), mas por razões de facilitação de acesso à justiça, pela priorização da eficiência e da economia processuais'. Quando se fala, pois, em 'defesa coletiva' ou em 'tutela coletiva' de direitos homogêneos, o que se está qualificando como coletivo não é o direito material tutelado, mas sim o modo de tutelá-lo, o instrumento de sua defesa". (ZAVASCKI, Teori Albino. Processo coletivo. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, págs. 39-40 - grifou-se)

Tendo em vista essa característica, exclusiva dos direitos individuais homogêneos - de um conjunto de direitos subjetivos individuais -, é que, conforme previsão do artigo 94 do Código de Defesa do Consumidor, proposta a ação coletiva, deverá ser dada, por meio de publicação de edital no órgão oficial e pelos meios de comunicação social por parte dos órgãos de defesa do consumidor, ampla divulgação a fim de que os interessados - os próprios titulares dos direitos - possam intervir no processo como litisconsortes e, desse modo, contribuir para o sucesso da demanda com a maior gama possível de elementos e provas.

Superior Tribunal de Justiça

Eis o teor do artigo 94:

"Art. 94. 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".

Essa convocação - dada a característica inerente somente aos direitos individuais homogêneos - não está prevista para os casos de defesa de direitos difusos e coletivos.

Além disso, nas demandas para defesa de direitos difusos e coletivos há um natural maior distanciamento dos fatos e das provas pelos legitimados do que quando se trata de direitos individuais homogêneos, o que justifica a propositura de nova demanda coletiva quando surja prova nova mais robusta capaz de alterar a cognição sobre a matéria apenas nos primeiros casos.

Nas ações coletivas para a defesa de direitos individuais homogêneos, por outro lado, não se justifica a repetição da ação quando aferida sua improcedência por insuficiência de provas. Isso porque, em tais casos, é conferida a todos os possíveis interessados no deslinde da controvérsia a oportunidade de participar ativamente da instrução processual.

Não é outra a orientação da doutrina:

"(...)

Na hipótese do art. 103, inciso III, (a qual é correlata à situação descrita no art. 81, parágrafo único, III, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor), a autoridade de coisa julgada, no plano da ação coletiva, revestirá a decisão judicial, quer em caso de improcedência, quer quando a ação for julgada procedente. Essa eficácia da sentença, porém, será similar à eficácia erga omnes, se a ação houver sido julgada procedente, caso em que beneficiará todos aqueles titulares de interesses e direitos individuais homogêneos, ou seus sucessores.

Ao reverso, no caso de improcedência, não se utiliza a lei (art. 103, inciso III), da expressão 'erga omnes'. Desta forma, podem as vítimas e sucessores agir individualmente (art. 103, § 3º), salvo os que haja sido litisconsortes, no bojo da ação coletiva (arts. 94, 103, § 3º c/c art 472, la frase, do Código de Processo Civil).

A diferença de redação entre os incisos I e II, do art. 103 e o inciso III, do mesmo art. 103, reside em que, nas duas primeiras hipóteses, admite-se que, se julgada improcedente por insuficiência de provas e em face de nova prova, que ocorra repropositura da ação coletiva pela inoccorrência de coisa julgada, o que não se passa com o caso do inciso III, do art. 103.

Isto assim é porque nas duas primeiras hipóteses inexistente colaboração possível, ou, ao menos, um 'convite' para que os interessados, propriamente ditos, possam atuar. Consequentemente, é possível e plausível que venha a surgir nova prova, porque a cognição dos legitimados do art. 82 é ou pode ser, por certo, compreensivelmente limitada, pela circunstância de maior distanciamento dos fatos e, pois, das possíveis provas a esses referentes.

Superior Tribunal de Justiça

Já no caso do art. 103, inciso III, em face da regra do art. 94, há uma intimação e 'convite/convocação', o mais amplo possível, para que os interessados compareçam pessoal e diretamente ao litígio. Desta forma, sendo estes os 'senhores' dos fatos e, em última análise do interesse ou do direito, e, devendo ser também os maiores interessados em comparecer, não se justifica a repetição de outra (na verdade, da mesma) ação coletiva, ainda que tenha havido improcedência por insuficiência de prova, quanto mais na hipótese de improcedência, pura e simples, quando nesta ação coletiva possivelmente muitos interessados litigaram direta e pessoalmente. E, se não litigaram, tiveram a possibilidade de o fazer (art. 94).

Por isto é que, no plano desta ação coletiva, se opera sempre coisa julgada, seja caso de procedência, seja de improcedência e mesmo que a ação tenha tido esse resultado de improcedência em face de insuficiência de prova'.

(...)

No caso de improcedência, independentemente do fundamento respectivo, portanto, é possível que os interessados (que não tenham intervindo no processo) movam a sua ação individual, pois o fim objetivado no art. 103, inciso III e no art. 103, parágrafo segundo, é o de beneficiar tais interessados. Neste caso, a coisa julgada só atinge os legitimados de que trata o art. 82 (e, os que foram litisconsortes) na precedente ação coletiva, mas cujo poder de convicção tenha sido, nesta sede, tido como insuficiente.

(...)

Problema que se coloca é o de que este inciso III aludindo a que no caso de procedência haverá coisa julgada 'erga omnes', suscita a questão consistente em se saber se, no caso de improcedência, não haveria coisa julgada, sequer para ação coletiva idêntica; e, portanto, se seria viável a repropositura da mesma ação coletiva. Ora, o parágrafo segundo, do art. 103 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, prescreve que só os interessados que não intervierem, como litisconsortes, podem mover ação individual. Isto parece conduzir à conclusão de que é inviável a mesma ação coletiva, para a mesma finalidade, com ou sem nova prova.

O texto do art. 103, inciso III, se linguisticamente lido, poderia suscitar dúvida. Isto porque se aí se diz que há coisa julgada 'erga omnes', apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas..., poder-se-ia, 'a contrario sensu', concluir que, no caso de improcedência (já que o objetivo seria 'apenas' o de beneficiar), incorreria coisa julgada em relação à ação coletiva. Isto conduziria à implicação - se assim fosse - de que a mesma ação coletiva poderia ser novamente movida. Como a conclusão é dogmaticamente inaceitável e, tendo-se presente que, quando o legislador quis (e, o fez nos termos em que o quis) excluir a ocorrência de coisa julgada, o fez claramente (incisos I e II, deste art. 103), deve-se entender que há sempre coisa julgada.

Para se explicar então o 'erga omnes', há de se entender a expressão com o sentido de que, se procedente, o benefício se estende a todos ou seja, todos os que são titulares de interesses ou direitos homogêneos. Mas, se improcedente, há coisa julgada, mas tomada, agora a expressão somente com o sentido de se referir ao(s) legitimado(s) que atuaram no processo, ou que nesse poderiam tê-lo feito também (i.e., os do art. 82)'. (ARRUDA ALVIM. Código do consumidor comentado. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, págs. 467-471 - grifou-se)

Cumprido observar que, em 2004, foi proposta na 4ª Vara Empresarial da Comarca

Superior Tribunal de Justiça

do Rio de Janeiro/RJ pela Associação Fluminense do Consumidor e Trabalhador - AFCONT ação coletiva com o mesmo objeto e contra as mesmas rés da ação que deu origem ao presente recurso especial.

Com o trânsito em julgado da sentença de improcedência ali proferida, ocorrido em 2009, não há espaço para prosseguir demanda coletiva posterior ajuizada por outra associação com o mesmo desiderato.

Nesse contexto, não está a merecer nenhuma censura o acórdão proferido pelo Tribunal local que manteve a sentença de extinção do processo sem resolução do mérito porque identificada a ocorrência de coisa julgada.

Ante o exposto, com a devida vênia, nego provimento ao recurso especial.

É o voto.

