

EDGAR FELIPPE ALVARENGA

**LIMITES DA COISA JULGADA NAS AÇÕES COLETIVAS DE
TUTELA DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS**

CURITIBA
2001

EDGAR FELIPPE ALVARENGA

**LIMITES DA COISA JULGADA NAS AÇÕES COLETIVAS DE
TUTELA DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do Bacharelado em Direito.

Orientador: Prof. Elton Venturi

CURITIBA
2001

TERMO DE APROVAÇÃO

EDGAR FELIPPE ALVARENGA

LIMITES DA COISA JULGADA NAS AÇÕES COLETIVAS DE TUTELA DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

Monografia aprovada como requisito parcial para a obtenção do Bacharelado em Direito, apresentada ao Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Prof. Mestre Manoel Caetano Ferreira Filho
Departamento de Direito Civil e Processual Civil

Prof. Doutor Luiz Guilherme Marinoni
Departamento de Direito Civil e Processual Civil

Prof. Mestre Elton Venturi
Departamento de Direito Civil e Processual Civil

A FABIANA.

SUMÁRIO

RESUMO	v
1 INTRODUÇÃO	01
2 DAS AÇÕES COLETIVAS PARA TUTELA DOS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS	02
2.1 As ações de classe no direito brasileiro	02
2.2 Os direitos individuais homogêneos	04
2.3 Artigo 95 do CDC e a sentença coletiva condenatória genérica que fixa a responsabilidade civil do réu	06
3 A DISCIPLINA DA COISA JULGADA NAS AÇÕES COLETIVAS DE TUTELA DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS NOS TERMOS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	08
3.1 As <i>Class Action</i> e o sistema da representação adequada	09
3.2 A opção do legislador brasileiro	11
3.3 A coisa julgada <i>secundum eventum litis</i>	15
3.4 A coisa julgada no processo coletivo nacional	16
3.5 A disciplina da coisa julgada nas ações coletivas de tutela de direitos individuais homogêneos	18
4 O ADVENTO DA LEI 9.494/97 E SUA REPERCUSSÃO NA DISCIPLINA DA COISA JULGADA NAS AÇÕES COLETIVAS	21
4.1 A nova redação do artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública	21
4.2 Alteração do artigo 16 da LACP sob o prisma dos princípios constitucionais	26
4.2.1 <i>Princípio da isonomia</i>	28
4.2.2 <i>Princípio da instrumentalidade do processo</i>	30
4.2.3 <i>Princípio da efetividade do processo</i>	32
4.3 Dos pressupostos de relevância e urgência	34
5 PODER, JURISDIÇÃO E COMPETÊNCIA	36
5.1 Da natureza da jurisdição	36
5.2 Competência, limites da jurisdição e juiz natural	39
5.3 Pedido, sentença e limites da coisa julgada	43
6 CONCLUSÃO	46
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	47

RESUMO

Este trabalho tem por objeto a análise dos limites da coisa julgada nas ações coletivas, em especial as de tutela de direitos individuais homogêneos, tendo em vista serem as mais visadas pelas limitações impostas pelo Poder Executivo à extensão dos provimentos judiciais. Nesse contexto, faz-se introdutoriamente um esboço do sistema processual coletivo pátrio, com destaque para a sistemática adotada para a coisa julgada e seus limites objetivos e subjetivos. Após, passa-se a analisar a aplicabilidade do novo artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública, com redação dada pela Lei 9.494/97, que vem restringir a eficácia da coisa julgada. Primeiramente, aborda-se o aspecto constitucional da alteração, tanto sob um prisma principiológico como formal. Em seguida, analisa-se a técnica legislativa empregada na redação do novo artigo, concluindo-se por sua impropriedade técnica e conseqüente inaplicabilidade, ante a confusão que opera entre os institutos do processo.

1 INTRODUÇÃO

O processo civil coletivo é tema de fundamental importância na realidade contemporânea, especialmente por ser o principal instrumento apto a garantir a efetividade de princípios constitucionais (como o do acesso à justiça e devido processo legal) numa sociedade caracteristicamente tecnológica e industrial marcada pela “coletivização” dos interesses, refletidos nos “direitos novos”.

Nesse contexto, toma destaque o tema dos limites da coisa julgada nas “ações de classe”, seara em que provavelmente residem as principais resistências à máxima efetividade desse instrumento processual. Os principais problemas que se verificam são os constantes ataques que o Poder Executivo – com a complacência do Legislativo – perpetrrou contra o verdadeiro alcance dos provimentos judiciais nas ações coletivas através de medidas provisórias, muitas vezes lamentavelmente convertidas em lei.¹

É diante dessa realidade que nasce, em especial aos aplicadores do direito, a tarefa de fiscalizar a efetividade das constantes limitações impostas à efetividade da tutela coletiva. No trabalho presente procura-se analisar a resistência dessas limitações (em especial a nova redação do artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública, dada pela Lei 9.494/97) diante dos imperativos constitucionais, dos princípios regentes do processo coletivo e mesmo dos próprios institutos do processo civil.

¹ Ao menos sob esse aspecto pode-se comemorar uma relativa evolução com a edição da Emenda Constitucional nº 32 de 11 de setembro de 2001. Ao dar nova redação ao artigo III e seus incisos, restringiu materialmente o alcance das medidas provisórias, impossibilitando que tratem de direito processual civil. Não obstante, a mesma Emenda garante a vigência das medidas provisórias já editadas até que expressamente revogadas ou definitivamente apreciadas pelo Congresso Nacional. De 11 de setembro de 2001.

2 DAS AÇÕES COLETIVAS PARA TUTELA DOS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGENEOS

2.1 As ações de classe no direito brasileiro

O direito processual moderno é caracteristicamente voltado para a preocupação de seus escopos políticos e sociais, além dos exclusivamente jurídicos. Tem calcado sua atuação em uma releitura e reestruturação de conceitos fundamentais do direito tradicional, centrado no indivíduo e em lides exclusivamente privadas. Tomam nova roupagem as concepções dos princípios do devido processo legal, do contraditório, da formação de coisa julgada apenas *inter partes*, a partir de novas exigências que se apresentam ao direito processual em decorrência das mutações no direito material.²

Já na década de setenta, Mauro CAPPELLETTI inclinava-se ao estudo da complexidade da sociedade contemporânea marcada pela produção e consumo de massa, cujas decorrências são as conflituosidades de massa e a insuficiência de uma tutela meramente individual.³

Nesse contexto de gigantescos fenômenos sociais, o autor analisa esse novo papel do direito que, na condição de instrumento de ordenamento da sociedade, deverá assumir tarefas até então ignoradas por uma codificação de inspiração marcadamente liberal-individualista.⁴

² BUENO, Cassio Scarpinella. As *class action* norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta. **Revista de Processo**, São Paulo, nº 87, RT, 1996, p. 101.

³ CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. **Revista de Processo**, São Paulo, nº 05, RT, 1977, p. 128-159.

⁴ É o que subscreve também a doutrina brasileira, a exemplo de Ada P. Grinover ao asseverar que “a tutela jurisdicional dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos representa, neste final de milênio, uma das conquistas mais expressivas do direito brasileiro. Colocados a meio caminho entre os interesses públicos e os privados, próprios de uma sociedade de massa e resultado de conflitos de massa, carregados de relevância política e capazes de transformar conceitos jurídicos estratificados, os interesses transindividuais têm uma clara dimensão social e configuram nova categoria política e jurídica” (A Ação Civil Pública no STJ. **Revista de Processo**, São Paulo, nº 99, RT, 2000, p. 09).

Intensifica-se, assim, o estudo da tutela dos chamados direitos difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos, mais propriamente através da análise das chamadas ações coletivas.⁵

Tomam destaque suas dimensões social, política e jurídica, o que acarreta o reconhecimento desses novos interesses sociais como verdadeira categoria de direitos fundamentais de solidariedade. Isto implica no plano constitucional a renovação do sentido das garantias fundamentais como jurisdição e ação, de forma a revisitar todos os institutos consolidados do processo, a exemplo da legitimação para agir, da coisa julgada e dos poderes e responsabilidades dos magistrados e Ministério Público.⁶

É nessa conjectura que o legislador brasileiro, diante das novas exigências sociais e inspirado nas *class actions* norte-americanas, aproveita a elaboração do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) para dar continuidade ao trabalho legislativo iniciado com a Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85) – coroado pela Constituição de 1988, determinando a aplicação dela a todos os interesses difusos, coletivos e a mais uma nova categoria, a dos “direitos individuais homogêneos”.⁷ Assim, consagra definitivamente a categoria das *class action for damages* no sistema brasileiro.⁸

⁵ MUNHOZ DA CUNHA, Alcides Alberto. Evolução das ações coletivas no Brasil. **Revista de Processo**, São Paulo, nº 77, RT, 1995, p. 224.

⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. A Ação Civil Pública no STJ. **Revista de Processo**, São Paulo, nº 99, RT, 2000, p. 10.

⁷ A Lei da Ação Civil Pública surge para a tutela do ambiente e do consumidor, adentrando assim à dimensão dos interesses difusos propriamente ditos; em seguida o constituinte de 1988 sublinha em diversos dispositivos a importância dos interesses coletivos, elevando a nível constitucional a defesa de todos os interesses coletivos, sem limites quanto à matéria, como função institucional do Ministério Público, com possibilidade de ampliação da legitimação ativa (art. 129, inc. III e § 1º), além da criação de outras formas de tutela desses direitos, como o mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX).

⁸ Cujá origem, na realidade, é do direito inglês, com o *Bill of Peace* em fins do século XIII, mas com hipóteses de cabimento bem mais restritas que as das conformações modernas desse instrumento processual, como a prevista em 1938 nos Estados Unidos, com a edição da Regra 23 das *Federal Rules of Civil Procedure*. Para maior aprofundamento, consultar José Rogério Cruz e Tucci em *Class action e Mandado de Segurança Coletivo*, São Paulo, Saraiva, 1990, e Cássio Scarpinella Bueno em *As class action norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta*, Revista de Processo, São Paulo, nº 82, RT, 1996, p. 92-151. A primeira forma desse tipo de ação no ordenamento brasileiro tem origem na Lei nº 7.913/89, no âmbito da ação civil pública, destinada à reparação pelos danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários, cuja legitimidade ativa atribuiu ao Ministério Público. Sua forma genérica vem

Essa modalidade de “*class action* brasileira” destina-se à produção de uma espécie de sentença até então excepcional no direito brasileiro, marcada por fixar uma responsabilidade genérica do fornecedor (em princípio, pois o uso do instrumento não se restringe às relações de consumo) em indenizar todo e qualquer consumidor que por ventura sofra um dano individual decorrente de ato ilícito praticado em relação ao consumo, independentemente dos prejuízos efetivamente sofridos por cada um.⁹

2.2 Os direitos individuais homogêneos

O objeto de tutela dessa nova modalidade de ação, os “direitos individuais homogêneos”, caracterizam-se por sua origem comum, porém marcados por serem direitos divisíveis, com titulares determinados, mas que podem ser coletivamente levados a juízo, enfeixados numa primeira fase da demanda e posteriormente individualizados.¹⁰

Aborda o conceito com precisão Alcides MUNHOZ DA CUNHA, ao lecionar que, além de serem aqueles decorrentes de origem comum, os interesses individuais homogêneos são aqueles voltados à obtenção de um mesmo bem. Uma mesma

atualmente disciplinada pelo Capítulo II do Título III do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90).

⁹ Antônio Gidi chega a afirmar que se trata de uma espécie de sentença “até então desconhecida (e repudiada) pelo direito positivo brasileiro” (**Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 138). Elton Venturi, no entanto, esclarece que “a sentença condenatória genérica não constitui exatamente novidade em nosso ordenamento”, pois o inciso II do art. 286 do CPC já previa a possibilidade de se formular um pedido genérico, caso em que, à semelhança do que ocorre na ação civil coletiva, “o *decisum* somente fixará o *an debeatur*, necessitando de posterior integração através do processo de liquidação” (**Execução da tutela coletiva**. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 125).

¹⁰ Já foi objeto de preocupação doutrinária qual seria a categoria terminológica mais apropriada, se “direito” ou “interesse” transindividual, porém a questão perdeu relevância quando o legislador ordinário referiu-se indiferentemente a “interesses ou direitos” (art. 82 do Código de Defesa do Consumidor e incisos; inciso IV do art. 1º da Lei 7.347/85, com redação dada pelo art. 110 do CDC). Impediu-se, dessa forma, que manipulações discursivas oportunistas causassem obstáculo à efetividade das ações coletivas, a exemplo do que se pretendeu com a Lei 9.494/97, como no decorrer do trabalho será demonstrado. E como bem aponta Ada Pellegrini Grinover, a distinção entre direitos e interesses tem importância em países que adotam o contencioso administrativo, porém no Brasil ela não tem qualquer valia prática; aqui o sistema de jurisdição é uno, razão pela qual, “inexistindo diversas competências para uns e outros, se pode concluir que no ordenamento brasileiro, todo interesse protegido pelo direito é um verdadeiro direito, apesar da indeterminação maior ou menor de

utilidade indivisível, consubstanciada em uma condenação genérica em favor de todas as vítimas ou seus sucessores, em razão de danos de origem comum e imputáveis à mesma parte. Sob esse aspecto, assevera que podem ser considerados como interesses meta-individuais, configurando uma “peculiar modalidade” de interesses difusos ou coletivos, uma vez que a divisibilidade se opera apenas em momento posterior ao processo de conhecimento, qual seja, na liquidação dos danos pessoalmente sofridos e na execução.¹¹

Teori Albino ZAVASCKI analisa que em decorrência de sua natureza, e ao contrário dos direitos difusos e coletivos, os direitos individuais homogêneos são: a) individuais e divisíveis, fazem parte do patrimônio individual do seu titular; b) são transmissíveis por ato *inter vivos* (cessão) ou *mortis causa*, salvo exceções (direitos extrapatrimoniais); c) são suscetíveis de renúncia e transação, salvo exceções (v.g. direitos personalíssimos); d) são defendidos em juízo, geralmente, por seu próprio titular, sendo que a defesa por terceiro o será na forma de representação (com aquiescência do titular) e o regime de substituição processual dependerá de expressa autorização em lei (CPC, art. 6º); e e) a mutação do polo ativo na relação de direito material, quando admitida, ocorre mediante ato ou fato jurídico típico e específico (contrato, sucessão *mortis causa*, usucapião, etc).¹²

No entanto, tal análise não pode pretender esgotar a caracterização desses direitos, sob pena de ignorar seu aspecto transindividual, supramencionado.

Como bem lembra Antônio GIDI, podem pretender alguns excluir *a priori* a possibilidade de o Ministério Público propor ação coletiva em defesa de direitos individuais homogêneos, valendo-se do “argumento falacioso de que a proteção ao direito patrimonial individual disponível não pode ser de interesse social”. Destaca que tais direitos globalmente considerados são indisponíveis pelo grupo de vítimas. Disponível é somente cada um dos direitos isoladamente considerados, por parte de

seus titulares” (A ação popular portuguesa: uma análise comparativa. **Revista de Processo**, São Paulo, nº 83, RT, 1996, p. 166/167).

¹¹ *Op. cit.*, p. 233. Em sentido contrário, ver Teori Albino ZAVASCKI em **Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos**, **Revista de Processo**, São Paulo, nº 78, RT, 1995, p. 33-35.

¹² *Op. cit.*, p. 34.

seu titular individual, jamais os direitos individuais homogêneos tomados coletivamente.¹³

2.3 Artigo 95 do CDC e a sentença coletiva condenatória genérica que fixa a responsabilidade civil do réu

A inserção da ação de classe pelo CDC em nosso ordenamento veio acompanhada da técnica da sentença condenatória genérica. Isso porque muitas vezes essa modalidade de demanda coletiva traduz, embora em caráter unitário, inúmeras pretensões indenizatórias perfeitamente individualizáveis, correspondentes a diferentes reparações voltadas à recomposição das esferas patrimoniais individualmente atingidas.¹⁴

Dessa forma, há um distanciamento das ações que tutelam direitos tipicamente transindividuais, na medida em que se restringe a sentença à fixação genérica do dever de ressarcir (*an debeat*), deixando a apuração efetiva do montante indenizatório para uma segunda fase, de liquidação e execução em processos individuais. Nota-se que até essa segunda fase, portanto, em termos processuais, o bem jurídico tutelado é considerado como indivisível.¹⁵

O fato de ser genérica não coloca em risco as exigências dos artigos 460 e 461 do Código de Processo Civil. A sentença será certa na medida em que estabeleça claramente os direitos e obrigações, de forma a permitir sua execução.¹⁶ O montante da indenização referente a cada beneficiário individualmente considerado (*quantum debeat*), assim como a própria existência do prejuízo em cada caso, tem sua aferição postergada ao momento da liquidação.

Em outras palavras, o pedido é formulado genericamente, sem indicação das vítimas e de seus sucessores. A sentença condenatória é ilíquida, pois só reconhece a

¹³ GIDI, p. 50.

¹⁴ VENTURI, p. 125.

¹⁵ *Ibid.*, p. 125.

¹⁶ A sentença genérica é portanto certa e ilíquida; reconhece em definitivo o direito e na liquidação se estabelece o “*quantum*, ou a *res*, ou o *facere* ou *non facere*” (GRINOVER, **Código brasileiro de defesa...**, p. 784).

existência do dano geral estabelecendo o dever do réu de indenizar. Através de processos de liquidação individualizados, que constituem nova relação processual com novo contraditório e ampla defesa, as vítimas e seus sucessores promovem sua habilitação à indenização. Nessa oportunidade deverão comprovar o nexos causal de seus prejuízos com o dano geral já aferido e quantificá-los.¹⁷

O legislador brasileiro não descartou a hipótese de a sentença condenatória não vir a ser objeto de liquidação pelas vítimas, ou ainda de os interessados que se habilitarem serem em número incompatível com a gravidade do dano, situação comum em relações de consumo.¹⁸ Há casos em que o dano globalmente causado é considerável, porém de mínima relevância o prejuízo individual de cada consumidor. É por isso que o artigo 100 do Código de Defesa do Consumidor prevê a destinação do montante indenizatório pelo dano globalmente causado ao Fundo criado pela Lei nº 7.347/85 (LACP).

A reversão ao Fundo, contudo, só ocorre residualmente no sistema brasileiro, nos casos em que não houver habilitação em número compatível com a gravidade do dano, decorrido o prazo de um ano. Decorre desse imperativo que a habilitação dos interessados na liquidação dos danos individualmente sofridos deve ocorrer no interregno de até um ano do trânsito em julgado da sentença condenatória genérica. A liquidação e destinação posteriores a este prazo estariam destinadas à denominada *fluid recovery*.

Todavia, não há previsão de um prazo prescricional ou decadencial em relação às pretensões de liquidação de danos individualmente sofridos. Conclui-se dessa forma que as habilitações individuais poderão se fazer mesmo ultrapassado tal prazo e mesmo que já em andamento ação de liquidação ou mesmo de execução da *fluid recovery*.¹⁹

¹⁷ GRINOVER, **A ação popular portuguesa...**, p. 174.

¹⁸ *Id.*, **Código brasileiro de defesa...**, p. 793.

¹⁹ VENTURI, p. 137.

3 A DISCIPLINA DA COISA JULGADA NAS AÇÕES COLETIVAS DE TUTELA DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS NOS TERMOS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

A coisa julgada é um fenômeno peculiar e exclusivo de um tipo especial de atividade jurisdicional.²⁰ Porém nem todo ato jurisdicional a produz, sendo certo que nenhum ato que não seja jurisdicional está apto a fazê-lo.

Com efeito, a eventualidade da formação da coisa julgada em determinadas hipóteses, e não em outras, decorre de uma opção de política legislativa, dentro daquilo que se conclui conveniente ou não tornar imutável no tempo e infenso à revisão posterior. Mostra disso é o fato de a maioria dos provimentos não fazer coisa julgada material (v.g. procedimentos de jurisdição voluntária, decisões interlocutórias, etc).²¹

Assim, percebe-se que a coisa julgada não é uma categoria processual monolítica, mas comporta graduações em sua eficácia, a exemplo de quando se opera *secundum eventum litis* (CDC, arts. 103 e 104).²² Esta “adaptabilidade” deve ser levada em consideração em se tratando de ações coletivas. Um “transplante” puro e simples do regime da coisa julgada nas ações individuais para as coletivas, sem as devidas adaptações, ocasionaria uma série de problemas na prática judiciária. Tampouco se deve adotar institutos de ordenamentos estrangeiros sem uma devida adaptação sistemática.²³

No caso brasileiro, o ponto sobre o qual convergem as maiores polêmicas e que dá a nota caracterizadora da coisa julgada nas ações coletivas em face da coisa julgada tradicional, é a forma como é delimitado o rol de pessoas que deverão ter as suas esferas jurídicas atingidas pela eficácia da coisa julgada.²⁴

²⁰ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A.. **Curso de Processo Civil: processo de conhecimento**. 5ª ed. Vol. 1, São Paulo: RT, 2001, p. 483.

²¹ MACUSO, Rodolfo de Camargo. **Manual do Consumidor em Juízo**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p.120.

²² *Ibid*, p. 121.

²³ GIDI, p. 57.

²⁴ Não é outra a conclusão de Ada P. Grinover ao constatar que os pontos sensíveis de qualquer processo civil coletivo residem justamente na adequada estruturação do esquema da coisa

3.1 As *Class Action* e o sistema da representação adequada

Nos Estados Unidos, com a *Federal Equity Rule* 38, de 1912, e posteriormente com a *Rule 23* das *Federal Rules of Civil Procedure*, de 1938, atualizada em 1966, dá-se o contorno das *class action*, baseadas no sistema inglês.

Elas podem ser definidas como “procedimento em que uma pessoa, considerada individualmente, ou um pequeno grupo de pessoas, enquanto tal, passa a representar um grupo maior ou classe de pessoas, desde que compartilhem, entre si, um interesse comum”.²⁵ Atende a um elevado número de titulares de direitos individuais no plano substancial, atribuindo um tratamento unitário e simultâneo a todos eles, com a presença de um só representante da classe em juízo.

Em tal país foi adotado o critério da “representatividade adequada”. Esta é um dos pressupostos de admissibilidade para a instauração da “ação de classe”, segundo o qual aquele ou aqueles que estiverem “representando” o grupo devem estar aptos a defender os interesses de todos de modo eficaz e adequado. É uma análise cuja fiscalização cabe ao julgador diante do caso concreto (e aqui percebe-se a relevância de seu papel nessas ações).²⁶

Dessa forma, não se trataria propriamente de uma ampliação *ultra partes* da extensão subjetiva da coisa julgada. Tal fenômeno em nenhuma hipótese é admitido pela Suprema Corte Americana, ainda que o resultado seja favorável aos que não tenham integrado a lide.²⁷

A técnica norte-americana pretende conciliar as garantias do devido processo legal com a sistemática peculiar das ações coletivas. Permite o controle das garantias de contraditório e ampla defesa justamente através da representação adequada, de

julgada, ao lado da legitimação ativa. Tais institutos tiveram de passar por profunda revisão, “rompendo grilhões que de um lado, exigiam a rigorosa correspondência entre a titularidade do direito material e a titularidade da ação e, de outro lado, não aceitavam exceções ao princípio da coisa julgada estritamente confinada às partes, quanto a seus limites subjetivos” (**Ação popular portuguesa...**, p. 168).

²⁵ BUENO, *As class action...*, p. 93.

²⁶ TUCCI, *Class action e...*, p. 20.

forma que os “adequadamente representados” não configuram propriamente terceiros. O esquema representativo seria apto a prover à categoria a melhor defesa judicial, de forma a justificar sua sujeição ao julgado como se partes de fato tivessem sido.²⁸

A regra da sujeição de terceiros ao julgado coletivo vem temperada pela garantia da possibilidade de exclusão do processo por aqueles que não desejem se submeter à coisa julgada, através do *right to opt out*. Dessa forma, especialmente dois fatores, a serem aferidos pelo Judiciário, passam a ser parâmetros para fixação do objeto e da extensão subjetiva da coisa julgada nas *class action*: a *adequacy of representation* e a comunicação efetiva dos integrantes da classe (a fim de possibilitar-lhes o exercício do direito de desvincular-se dos efeitos do provimento).²⁹

Trata-se de uma forma de conciliar os novos valores constitucionais e as modernas exigências de efetividade da tutela jurisdicional. Mas sem prejudicar, em contrapartida, as tradicionais garantias de imunidade dos terceiros com relação ao resultado de processos dos quais não tenham participado.

A fórmula, no entanto, não está isenta de críticas e já foi denominada por alguns autores como “uma forma legalizada de chantagem” (*a form of legalized blackmail*).³⁰

Em sendo adotado o critério do *opt out*, os que deixam de optar pela exclusão serão automaticamente abrangidos pela coisa julgada, sem necessidade de anuência expressa, desde que tenha havido notícia do ajuizamento da ação. Aqueles informados da ação pelos meios de comunicação de massa devem intervir no processo para declarar se aceitam ser representados pelo autor ou se pretendem se excluir da representação, sendo a passividade entendida como aceitação. A fórmula portuguesa segue o mesmo critério.³¹

Essa sistemática já suscitou enormes problemas na América. Chegou a culminar com manifestações da Suprema Corte no sentido de que o membro da *class*

²⁷ DIAS, Francisco Barros. Coisa julgada e execução no processo coletivo. **Revista de Processo**, São Paulo, nº 78, RT, 1995, p. 52.

²⁸ GRINOVER, **Código brasileiro de defesa...**, p. 804.

²⁹ VENTURI, p. 124.

³⁰ TUCCI, **Class action e...**, p. 09.

³¹ Lei 83/95.

action que não tenha optado expressamente pela exclusão tem sua submissão à coisa julgada vinculada à sua intimação pessoal, sob pena de não se poder considerar que foi adequadamente informado, maculando dessa forma o princípio do *due process of law*.³²

3.2 A opção do legislador brasileiro

O ordenamento pátrio não recepcionou a técnica da representatividade adequada nos moldes como praticada no sistema americano. Isso porque nas ações coletivas de tutela a direitos individuais homogêneos o grupo é representado por um dos entes legitimados à propositura da ação coletiva previstos no artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor. Pode-se afirmar que a adequada representatividade dos integrantes da classe em nosso sistema é presumida *ope legis*.³³

O legislador deu-se por satisfeito com o critério da existência legal e da pré-constituição das associações legitimadas às ações coletivas.³⁴ Posição que se justifica também pelas circunstâncias próprias de nosso país, tanto cultural como economicamente vulnerável.

A desinformação, ausência de conscientização, desconhecimento dos canais de acesso à justiça e distância entre povo e Poder Judiciário, constituiriam óbices intransponíveis a uma efetiva participação dos interessados. Mormente ao

³² GRINOVER, *Ação popular portuguesa...*, p. 170.

³³ VENTURI, p. 122.

³⁴ Nos Estados Unidos qualquer pessoa, física ou jurídica, pode ajuizar uma ação de classe, cabendo ao juiz, no caso concreto, aceitar ou não a legitimação considerando se está “adequada” a referida representatividade. Na fórmula portuguesa, criada com a Lei 83/95, inspirada em muitos pontos da fórmula norte-americana, não cabe ao juiz indeferir a inicial com base em tal análise, pois a legitimação é definida exclusivamente em lei. No Brasil, o legislador seguiu a esteira constitucional e permitiu ao cidadão somente legitimação para ação popular, instrumento pelo qual em regra exerce um direito de participação democrática na defesa em juízo de interesses ligados ao patrimônio estatal e à moralidade administrativa. Para defesa do consumidor, do ambiente e de outros interesses difusos ou coletivos, além também dos direitos individuais homogêneos, preferiu negar à pessoa física a legitimação à ação civil pública, atribuindo-a concorrentemente a uma série de entes, desde o Ministério Público às associações legalmente constituídas há pelo menos um ano, em cujos fins institucionais se incluem a defesa dos interesses em causa (o requisito da pré-constituição pode ser afastado pelo juiz ante presença de manifesto interesse social na demanda) (GRINOVER, *A ação popular portuguesa...*, p. 168).

comparecimento em juízo daqueles que pretendessem excluir-se de eventual coisa julgada.³⁵

O sistema americano tampouco parece melhor que a solução aqui adotada.

No juízo de valor que antecedeu a escolha do legislador brasileiro, verificou-se que a extensão da coisa julgada a terceiros, que não foram pessoalmente parte do contraditório, ofereceria riscos demasiados, não arredados pela técnica do *opt out*, calando fundo nas relações intersubjetivas, quando se tratasse de prejudicar direitos individuais; e suscitando, ainda, problemas de inconstitucionalidade, por infringência ao contraditório efetivo e real.³⁶

Diante dessa dicotomia que desafia o moderno processo civil brasileiro, “tutelar eficazmente os interesses disseminados em largo espectro social, sem contudo prejudicar os que não participaram do contraditório, seja por desconhecerem a existência da ação coletiva ou por não concordarem com a tese nela sustentada”, tem o legislador se valido de diversas técnicas para superá-la.³⁷ Em termos de tutela coletiva do consumidor, trata-se do sistema ou técnica da coisa julgada *secundum eventum litis*, ou ainda, *in utibilis*.

Essa matéria, todavia, não é pacífica. Novo debate se coloca com a edição da Medida Provisória 2.180-35, de 24 de agosto de 2001 (que por sua vez é fruto de uma série de reedições da Medida Provisória 1.798, de 13 de janeiro de 1999, com alterações substanciais de conteúdo), pois dispõe em seu artigo 4º que:

A Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997, passa a vigorar acrescida dos seguintes artigos:

(...)

“Art. 2º-A. A sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator.

Parágrafo único. Nas ações coletivas propostas contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas autarquias e fundações, a petição inicial deverá obrigatoriamente estar instruída com a ata da assembléia da entidade associativa que a autorizou, acompanhada da relação nominal dos seus associados e indicação dos respectivos endereços.” (NR)

³⁵ GRINOVER, *Código brasileiro de defesa...*, p. 806.

³⁶ GRINOVER, *A ação popular portuguesa...*, p. 171.

³⁷ MACUSO, p. 124.

A questão da limitação territorial será tratada nos capítulos subsequentes.³⁸ Importa aqui a previsão do parágrafo único, especificamente no que se refere à instrução da inicial com a ata da assembléia da entidade associativa que a autorizou.³⁹

Pergunta-se, diante dessa exigência, se não estaria descaracterizado – ao menos nos casos em que o Estado fosse réu – o regime da substituição processual comum às ações coletivas após o Código de Defesa do Consumidor.

Cassio Scapinella BUENO evita, por razões metodológicas, a análise da constitucionalidade do dispositivo e oferece algumas leituras possíveis ao intérprete.⁴⁰

Numa primeira hipótese, considera que se instaura uma duplicidade de regimes jurídicos. Nos casos em que o demandado na ação coletiva for o Estado, o caso é de representação processual, mas quando for proposta contra particulares trata-se de substituição processual.

Na segunda, aduz que a expressão “substituídos” do *caput* não foi utilizada em sentido técnico, sendo necessária a autorização assemblear mesmo para as ações coletivas dirigidas a pessoas de direito privado, restando portanto revogado o artigo 84, IV, do Código de Defesa do Consumidor.

Tampouco será defendida no presente trabalho a inconstitucionalidade do dispositivo. Afinal, a legitimidade ativa está aqui sendo abordada com fins meramente introdutórios. Não obstante, parece aconselhável, ainda que sem qualquer pretensão conclusiva, suscitar alguns questionamentos levantados pela doutrina acerca da previsão legal supramencionada.

³⁸ Muito embora a Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001, tenha vedado expressamente às Medidas Provisórias o tratamento de matérias relativas a direito processual (art. 1º, que dá nova redação ao art. 62 da Constituição e respectivos incisos), ela garante, ao mesmo tempo, a vigência destas mesmo nessa circunstância, desde que editadas em data anterior à da publicação de referida Emenda. A vigência está garantida até que nova medida provisória as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional. Por tal razão, mantém-se atual a crítica à Medida Provisória 2.180-35, de 24 de agosto de 2001, uma vez que se mantém plenamente vigente no ordenamento.

³⁹ Quanto à relação nominal dos associados e indicação dos respectivos endereços, entende Cassio Scapinella Bueno que cuida-se de medida salutar, e que decorre do próprio sistema da nova redação do art. 16 da Lei n. 7.347/85, bem como do *caput* do art. 2-A da Lei n. 9.494/97, podendo-se dizer que a previsão é até mesmo desnecessária, pois inerente a toda ação coletiva (**O Poder Público em Juízo**. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 112). Ressalta, contudo, que para concordar com esta conclusão é necessário aceitar a possibilidade da setorização territorial da coisa julgada destas ações, o que, como adiante se justificará, não é a posição adotada neste trabalho.

É pertinente, nesse mister, o trabalho de Kazuo WATANABE, segundo quem a previsão questionada viola os princípios da isonomia das partes e do acesso à justiça.⁴¹ Sem embargo, é possível dar continuidade à crítica e submeter o conteúdo do ato normativo a outros mandamentos constitucionais.⁴²

Nesse contexto, cumpre remeter à discussão doutrinária sobre o alcance das previsões constitucionais contidas no artigo 5º, em seus incisos XXI e LXX, bastante analisados na seara do mandado de segurança coletivo.

No primeiro inciso estabelece-se que as entidades associativas têm legitimidade para representar judicial e extrajudicialmente seus filiados, desde que “expressamente autorizadas”. O segundo dispõe que “o mandado de segurança coletivo poderá ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados”.

Indagou-se qual o sentido da “expressa autorização” do inciso XXI, especificamente se no caso se trata da autorização concedida por assembléia especialmente convocada para discussão do ingresso em juízo ou, ainda, apenas de uma autorização genérica ou abstrata, constante do estatuto de cada legitimado para a impetração coletiva.⁴³

Ora, a primeira ordem de questões diz respeito à possibilidade de lei infraconstitucional impor que a autorização a que se refere o artigo 5º, XXI, deva ser “autorização assemblear”, como pretende o parágrafo único do art. 2º -A, da Lei 9.494/97, em sua nova redação. Ainda, se ao se entender que é preciso uma assembléia especificamente convocada para deliberar sobre a ação coletiva não se estaria violando a liberdade de associação e de seu funcionamento, garantia insculpida nos incisos

⁴⁰ *Ibid.*, p. 114-123.

⁴¹ **Código brasileiro de defesa...**, p. 739. Assevera o autor que “do ponto de vista processual o dispositivo confunde a figura da representação, para a qual a própria Constituição prevê a necessidade de autorização dos associados (art. 5º, inc. XXI), com a da legitimação às ações coletivas, introduzindo regra própria dos processos individuais, em que as associações litigam em nome próprio, representando os associados para os processos de índole coletiva, em que as associações agem por direito próprio”.

⁴² Valem também para este caso as considerações tecidas nos itens 3.2 e 3.3.

XVII e XVIII do artigo 5º e, por conseguinte, minimizando a importância de seu inciso XXI.⁴⁴

Isso é apenas a ponta do “iceberg” que representa as críticas não apenas a este, mas a diversos artigos da Medida Provisória 2.180-35 de 2001. Uma abordagem aprofundada extravasaria em muito os limites deste trabalho. Fica, pois, a sugestão para o debate.

3.3 A coisa julgada *secundum eventum litis*

Se por um lado o fato de uma pessoa ter sido prejudicada em sua esfera jurídica por decisão em processo do qual não participou, sem ter tido a oportunidade de ser ouvida ou exercer defesa, ofenderia a base principiológica do processo contemporâneo, por outro a possibilidade de ser beneficiada por tal decisão é plenamente aceitável.⁴⁵ E de acordo com o já exposto, até mesmo necessária.

No Brasil o princípio já vem encampado no ordenamento desde a implantação da ação popular com a legitimação extraordinária dos Sindicatos para agir em nome da categoria. Constata-se, pois, que em nosso país vige a regra – em termos de processo coletivo – segundo a qual são beneficiados pela coisa julgada todos os titulares de direitos ou interesses envolvidos, nos casos de acolhimento da demanda. Consagra-se o princípio de que em havendo atendimento do pleito os efeitos da coisa julgada se estendem a todos, independentemente de terem ou não integrado a lide.⁴⁶

Antônio GIDI⁴⁷ esclarece que, a rigor, a coisa julgada nas ações coletivas do direito brasileiro não é *secundum eventum litis*. Assim ocorreria se ela se operasse nos casos de procedência e não o fizesse nos casos de improcedência. Porém em nosso sistema a coisa julgada se forma em ambos os casos, independente do resultado do processo.

⁴³ BUENO, *O Poder Público...*, p. 118.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 123.

⁴⁵ GIDI, p. 71.

⁴⁶ DIAS, *op. cit.*, p. 52.

⁴⁷ *Op. cit.*, p. 73.

Assevera que o que diferirá de acordo com o “evento da lide” não é a formação ou não da coisa julgada, mas a extensão subjetiva do julgado. *Secundum eventum litis* é a extensão da coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes* à esfera individual dos terceiros interessados. A isso se denomina extensão *in utibilis* da coisa julgada.

Portanto, somente no caso de procedência do pedido coletivo ocorre a extensão subjetiva *erga omnes* ou *ultra partes* – e *secundum eventum litis* – da coisa julgada em benefício (*in utibilis*) dos titulares interessados.

Todavia, o sistema difere na hipótese de improcedência do pedido nas ações coletivas em que tenha havido instrução suficiente. Nesse caso a coisa julgada impede que qualquer legitimado do artigo 82 do CDC reproponha a mesma ação coletiva pleiteando a mesma tutela para o mesmo direito através do mesmo pedido, invocando a mesma causa de pedir. Resguardadas estão, contudo, as ações individuais.⁴⁸

3.4 A coisa julgada no processo coletivo nacional

Arruda ALVIM⁴⁹ trata de demarcar os principais valores funcionais albergados pelo sistema do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, em contraste com o sistema do Código de Processo Civil, de tradição liberal-individualista:⁵⁰

I) No sistema comum a coisa julgada ocorre sempre, seja qual for o resultado da demanda, sendo estranha a esse sistema a ocorrência de coisa julgada segundo o evento ou resultado do julgamento. No sistema do consumidor a coisa julgada se opera

⁴⁸ A coisa julgada *secundum eventum litis*, segundo a qual a imutabilidade do julgado fosse estendida a terceiros apenas nos casos de procedência do pedido, sofreu severas críticas da doutrina, devidamente rebatidas por Ada P. Grinover (**Código brasileiro de defesa...**, p. 807-809).

⁴⁹ Notas sobre a coisa julgada coletiva. **Revista de Processo**, São Paulo, nº 88, RT, 1997, p. 31-33.

⁵⁰ Por um lado, o CPC busca instrumentar a solução de lides interpessoais, no plano da jurisdição singular, em que normalmente as partes litigam em nome próprio e na defesa de interesse próprio. De outro lado, considerando a necessidade de preservar situação de terceiros, estranhos à lide, que não tiveram oportunizado o contraditório, entende-se que a coisa julgada somente possa estender-se às partes do processo. É diferente, no entanto, o que se passa no plano da jurisdição coletiva, pois a resposta judiciária dirá diretamente com um segmento do universo coletivo, sendo compreensível que a autoridade da coisa julgada se projete extra-autos, “sob pena de se tornar juridicamente inócua e socialmente inopereante” (MACUSO, *op.cit.*, p. 122).

secundum eventum litis (sic). Pode-se concluir, à luz dos valores aí protegidos, que não ocorre coisa julgada em caso de julgamento desfavorável e cuja improcedência decorra de falta de provas.

Isso significa que a grandeza do bem protegido pela ação civil coletiva somente justifica que ocorra coisa julgada quando plenamente convencido o juiz de que toda a diligência probatória possível foi realizada. E então, diante disso, convencer-se da não existência de lesão ao bem jurídico que se pretendia proteger. Mas mesmo nesse caso, as ações individuais não ficam prejudicadas, observada a ressalva do artigo 94 c/c o artigo 103, § 2º.

A coisa julgada tem uma abrangência subjetiva correspondente àqueles que haverão de ser os beneficiários, considerando o bem jurídico coletivo protegido (coletividade, inc. I, art. 103; grupo, categoria ou classe, no inc. II; e no caso do inc. III, no caso de procedência). A contrário do que ocorre nos incisos I e II do art. 103, na hipótese do inc. III – interesses e direitos individuais homogêneos – não se considera a insuficiência de prova para a não-ocorrência da coisa julgada.

II) Em ocorrendo a coisa julgada coletiva, ela se circunscreve ao plano do processo coletivo, inibindo outra ação civil coletiva (§ 1º do art. 103). Ante o julgamento de procedência, o resultado é *erga omnes* e atinge positivamente todos os beneficiários. Restam obstadas tanto a propositura de nova ação coletiva como de ações individuais, pois as esferas individuais já foram satisfeitas. Isso porque a expressão *erga omnes* no caso de procedência compreende todos os possíveis beneficiários, inclusive refletindo-se nos legitimados, no sentido de impedir-lhes a propositura de nova ação coletiva. Havendo juízo de improcedência a coisa julgada atinge, no plano da ação coletiva, os legitimados do artigo 82. Ficam resguardadas as ações individuais para tutela de interesses e direitos individuais de integrantes de uma coletividade, grupo, categoria ou classe.

III) Em síntese, pode-se afirmar que a eficácia da sentença na ação civil coletiva colima atingir todos os que estejam relacionados com a situação posta em juízo, através da ação civil coletiva, porém sempre em seu benefício. Só haverá coisa julgada em duas hipóteses: primeiro, quando da procedência da ação e, segundo,

quando restar “comprovada” a inexistência de lesão ao bem jurídico, que se dizia lesado, o que se infere da improcedência da ação, sem qualquer adendo. Se não comprovado o dano mas o juiz vislumbrar a possibilidade de que possa existir nova prova, não há coisa julgada, podendo a ação ser reproposta com base na prova nova. E em qualquer caso não se prejudica a possibilidade de mover ações individuais (salvo hipótese do art. 94 c/c o art. 103, § 2º, como esclarecido).

3.5 A disciplina da coisa julgada nas ações coletivas de tutela de direitos individuais homogêneos

A matéria é disciplinada pelo inciso III do artigo 103, c/c seu § 2º, do Código de Defesa do Consumidor. A diferença de redação entre esse inciso e os incisos I e II do artigo 103 consiste na previsão de que apenas nessas duas hipóteses admite-se que se julgada improcedente a demanda coletiva, por insuficiência de provas, não ocorra a coisa julgada. Assim, resguarda-se a possibilidade de haver reproposição da ação civil coletiva em face de nova prova.

Uma possível justificativa para esse tratamento diferenciado é que somente na hipótese do inciso III há um “convite” para que os interessados, propriamente ditos, possam atuar como litisconsortes no processo. Isso em tese diminui as possibilidades de surgir nova prova.⁵¹

Parte-se da premissa que provavelmente muitos interessados litigaram direta e pessoalmente, voltando todos seus esforços para uma melhor instrução. Tal seria motivo suficiente para que nesta modalidade de ação coletiva sempre se opere a coisa julgada, seja o juízo de procedência ou improcedência, e neste caso, até mesmo quando por insuficiência de provas.

Por força do artigo 94 c/c com o artigo 103, § 2º, nos casos de improcedência, são atingidos pela coisa julgada não somente os legitimados de que trata o artigo 82, mas também os que foram litisconsortes na ação coletiva. Estes terão obstada a via da

⁵¹ ALVIM, *loc. cit.*, pg. 41.

ação individual, resguardada aos demais interessados que optaram por manter-se inertes e não participar do processo.

Ora, não há como deixar de notar certo recato no agir do legislador ao regular a ação coletiva de tutela de direitos individuais homogêneos.

Nota-se que de um lado faz-se nada mais que uma presunção de que a instrução probatória nessa modalidade de ação coletiva é exauriente, o que se demonstra pela não previsão da regra presente nos demais incisos, representada pela não ocorrência da coisa julgada por ausência de provas. Tal se justificaria, como já se mencionou, pela suposta participação ampla de interessados na instrução, produzindo todas as provas necessárias, sendo de se prever que não haverão novas provas que justifiquem nova demanda com o mesmo objeto.

Por outro lado, entretanto, ao estender o manto da coisa julgada de um juízo de improcedência sobre aqueles que atuaram na condição de litisconsortes, há um flagrante desestímulo à participação dos interessados. Afinal, poderão ser “penalizados” com a impossibilidade de propor ações individuais, ao contrário dos que não integrarem a lide, a quem se resguarda a possibilidade de um provimento favorável individualizado.

Portanto, a premissa que justifica a referida “presunção” está prejudicada. Em outras palavras, muito embora haja uma “ampla divulgação” para que os interessados integrem a lide, é bem provável que sua participação efetiva no processo, produzindo provas, seja exígua, considerando as conseqüências de um possível provimento negativo.

Ao que parece, o legislador não adotou, nesse tocante, a solução mais adequada. Seria recomendável que estendida a chamada coisa julgada *secundum eventum litis* também às ações coletivas do inciso III, excluindo sua formação no caso de improcedência por insuficiência de provas. Mesmo porque, como esclarecido no item 2.2, os direitos individuais homogêneos podem ser considerados uma subespécie dos direitos difusos ou coletivos, como esclarece Alcides Munhoz da Cunha.

Pode-se pensar aqui até mesmo um tratamento discriminatório entre os que participaram como litisconsortes e os que não o fizeram, tendo em vista ser irrelevante

o grau de atividade exercida na fase de conhecimento para a sujeição à coisa julgada *inter partes*, bastando ter sido parte, formalmente considerada.⁵²

Em síntese, o tratamento legislativo da matéria oferece uma sistemática própria para a coisa julgada nas ações coletivas de direitos individuais homogêneos. Em sendo procedente a demanda coletiva de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos, movida nos termos do artigo 91 do Código de Defesa do Consumidor, a sentença beneficiará todas as vítimas e seus sucessores. Os beneficiados poderão proceder à liquidação da sentença e posterior execução, individual ou coletiva, de acordo com o artigo 97 e seguintes. Em caso de improcedência, reserva-se àqueles que não participaram na condição de litisconsortes no polo ativo a propositura de ações indenizatórias individuais.

O § 3º do artigo 103 autoriza expressamente o transporte *in utibilis* da coisa julgada resultante de sentença proferida nessas ações para as ações individuais de indenização por danos sofridos. Há aqui uma ampliação *ope legis* do objeto do processo, em respeito ao princípio da economia processual, possibilitando as vítimas e seus sucessores que passem diretamente à liquidação e execução da sentença (arts. 97 a 100 do CDC). É o que já ocorre com os efeitos civis das sentenças penais condenatórias, a condenação penal torna certo a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime, passando-se de pronto à liquidação e execução da sentença em juízo cível.⁵³

⁵² ALVIM. *loc. cit.*, p. 43.

⁵³ GRINOVER, *Código brasileiro de defesa...*, p. 827.

4 O ADVENTO DA LEI 9.494/97 E SUA REPERCUSSÃO NA DISCIPLINA DA COISA JULGADA NAS AÇÕES COLETIVAS

4.1 A nova redação do artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública

Não obstante a tradição brasileira na promoção da ação civil pública e na busca da maior efetividade possível na proteção dos interesses transindividuais, em se tratando de tutela coletiva, muitas são as dificuldades e controvérsias em termos de aplicação e alcance *erga omnes* e mesmo *ultra partes* das decisões proferidas em sede de ações civis dessa natureza.⁵⁴

A Lei 9.494 de 10 de setembro de 1997 nasceu da conversão operada na Medida Provisória 1.570/97. Seu preâmbulo anunciava que se destinaria a disciplinar a aplicação da tutela antecipada quando seus efeitos se produzam em face das pessoas jurídicas de direito público e, ainda, alterar as Leis 8.437/92 e 7.347/85 (conhecida como Lei da Ação Civil Pública).

Ainda em sua primeira edição, referida Medida teve sua constitucionalidade questionada perante o Supremo Tribunal Federal, através de ação direta de inconstitucionalidade. Em relação aos dispositivos que cuidavam da antecipação de tutela, decidiu o Tribunal Supremo, por maioria, suspender a eficácia da mencionada medida provisória. Contudo, tal não foi o tratamento dispensado à nova disciplina dos limites subjetivos da coisa julgada para as ações coletivas.⁵⁵

Assim, com o advento da Lei 9.494/97, instaurou-se grande polêmica em torno do real alcance da decisão judicial proferida nas ações civis públicas, colocando em

⁵⁴ RAMOS, André de Carvalho. A abrangência nacional de decisão judicial em ações coletivas: o caso da Lei 9.494/97. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, nº 755, RT, 1998, p. 113.

⁵⁵ A ação direta de inconstitucionalidade em face desta Medida Provisória foi promovida pelo Partido Liberal. Em relação ao seu artigo 3º, que corresponde ao art. 2º da Lei 9.494/97 (que altera o art. 16 da Lei da Ação Civil Pública – 7.347/85), houve indeferimento da liminar para suspensão de seus efeitos (Adin 1576-1, Rel. Exmo. Min. Marco Aurélio). Posteriormente a ação direta foi considerada extinta por falta de aditamento da inicial, em virtude da reedição da Medida Provisória, como exige a jurisprudência do Supremo Tribunal.

risco a validade e eficácia dessas decisões.⁵⁶ Isto porque o art. 2º da Lei em tela dispõe que:

O art. 16 da Lei 7.347, de 24.07.1985, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator, 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”.⁵⁷

Ada Pellegrini GRINOVER, em seus comentários ao Código de Defesa do Consumidor⁵⁸, sustenta que além de contrariar todos os princípios que regem o processo coletivo, multiplicando as demandas ao invés de concentrá-las, tal alteração ao artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública é ineficaz.⁵⁹ Sua tese sustenta-se nos seguintes argumentos principais:

a) por força dos artigos 90 do Código do Consumidor e 21 da Lei da Ação Civil Pública, a leitura dos dispositivos desses diplomas deve ser fazer de forma integrada. O novo artigo 16 da LACP, portanto, deve ser interpretado considerando-se os artigos 93 e 103 do CDC, uma vez que os incisos do artigo 103 permanecem inalterados. Dessa forma, o artigo 16 da LACP só diria respeito ao regime da coisa julgada com relação aos interesses difusos (e quando muito coletivos), pois a regra permissiva do *non liquet* por insuficiência de provas (tratada na nova redação) é limitada aos incisos I e II do art. 103, relativos aos interesses transindividuais mencionados. Mais que isso, o artigo 16 da LACP utiliza a expressão *erga omnes*, enquanto o inciso II do 103 se refere à coisa julgada *ultra partes*. Conclui-se disso que

⁵⁶ Tal Medida teve sua edição motivada por uma série de decisões que paulatinamente estavam reconhecendo o verdadeiro alcance das disposições do CDC no tocante à eficácia *erga omnes* das decisões coletivas, atribuindo-lhes efeitos de escala nacional. Muitas vezes, entretanto, essas decisões contrariavam interesses fazendários ou de grupos econômicos de grande influência, como instituições financeiras (como atualização dos saldos devedores pelo INPC e não pela TR nos contratos habitacionais), motivo suficiente a ensejar tentativas de restrição à abrangência desses provimentos.

⁵⁷ A antiga redação do art. 16 dispunha: “A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, exceto se a ação for julgada improcedente por deficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

⁵⁸ **Código brasileiro de defesa...**, p. 818-821. A autora se referia, à época, à Medida Provisória nº 1.570/97, o que não prejudica a aplicação de seus argumentos também à Lei 9.494/97, tendo em vista que esta originou-se da conversão daquela em lei e as alterações que promoveram são literalmente idênticas.

⁵⁹ *Contrario sensu*, cf. Arruda Alvim em **Notas sobre a coisa julgada coletiva**. **Revista de Processo**, São Paulo, nº 88, RT, 1997, p. 57.

se coaduna apenas e tão-somente com o inciso I do art. 103, ou seja, aos interesses difusos, tendo-se que valer de analogia para aplicá-lo também ao inciso II do 103;

b) a alteração do artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública tampouco afetaria o regime da coisa julgada nas ações coletivas de tutela de direitos individuais homogêneos, em cujo caso o legislador adotou sistema próprio e redação totalmente diversa (art. 103, inc. III, CDC) do novel dispositivo. A categoria dos direitos individuais homogêneos é criação própria do Código de Defesa do Consumidor e deles não trata a Lei nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública). Esta, pelo que se conclui do seu art. 1º, inciso IV, disciplina somente a tutela jurisdicional dos interesses difusos e coletivos;

c) por força da alusão que a nova redação do artigo 16 da LACP faz à competência territorial, pode-se concluir que também é inoperante o novo dispositivo em se tratando de interesses difusos e coletivos. Isso porque a competência territorial nas ações coletivas é regulada expressamente pelo artigo 93 do CDC.⁶⁰ Por tal razão, a afirmação de que a coisa julgada se restringe aos “limites da competência do órgão prolator” corresponde a nada mais que uma necessidade de se buscar a especificação legal da competência, ou seja, os parâmetros traçados pelo artigo 93.⁶¹ Dessa forma, a própria lei especial amplia os limites da competência territorial, nos processos coletivos, no âmbito regional ou nacional;⁶²

d) por fim, alude que o âmbito da coisa julgada é determinado pelo pedido, e não pela competência.

Nota-se do exposto que a autora sustentou a inaplicabilidade da nova redação do artigo 16 da LACP basicamente em uma incoerência sistêmica da legislação,

⁶⁰ Na opinião da autora, por imperativo dos métodos de interpretação extensiva e analogia, o artigo regula a competência das três modalidades de processo coletivo, seja na defesa de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos (incisos I, II e III do artigo 103 CDC), ainda que faça referência expressa somente aos últimos (**A ação civil pública no STJ**, p. 22).

⁶¹ Estabelece a competência da capital do Estado ou Distrito Federal nas causas em que o dano ou perigo de dano for de âmbito regional ou nacional, respectivamente.

⁶² André de Carvalho Ramos complementa a crítica e ressalta o absurdo que uma interpretação literal da Lei 9.494/97 pode acarretar. Se em caso de dano nacional a ação civil pública deve ser promovida no Distrito Federal, como expressamente permite o art. 93 do CDC, os efeitos da decisão seriam *restritos ao próprio Distrito Federal*, como se dano local fosse (*Op. cit.*, p. 117).

bastando uma leitura conjunta entre o Código de Defesa do Consumidor e a Lei da Ação Civil Pública para se concluir pela inoperância do novo dispositivo.

Não obstante a solidez de seus argumentos, é possível deles concluir que, em tese, a aplicação de maior apuro técnico-legislativo, ou seja, um novo reparo na redação do artigo 16 da LACP, ou mesmo dos artigos 93 e 103 do CDC, poderia bastar para a solução da controvérsia, tornando a limitação do provimento coletivo plenamente eficaz.⁶³

Desse modo, parece prudente analisar até que ponto a alteração trazida pela Lei 9.494/97 resiste a uma leitura conforme os princípios constitucionais e até mesmo os próprios institutos do processo.

Tal tarefa se apresenta, diante do jurista comprometido com a Constituição, com importância e urgência maiores do que possam parecer. Isso porque o Poder Executivo, acompanhado por um complacente Legislativo, vem agindo na “contramão da história”, proferindo ataques em série às novas formas de tutela coletiva, em especial à Ação Civil Pública, tentando restringir sua eficácia impondo limites ao acesso à justiça.⁶⁴

Pode-se exemplificar tal desiderato com a já mencionada Medida Provisória 1.570 de 26.03.1997, convertida na Lei 9.494 de 10.09.1997, e pela Medida Provisória 1.798-1, de 11.02.1999 (felizmente ainda não convertida em lei). Esta vem acrescentar alguns artigos a essa malfadada lei, desta vez estabelecendo que “a sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses de seus associados, abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator”.

Em sua mais recente edição, sob o número 2180-35 de 2001, essa Medida Provisória coloca em risco também o alcance objetivo da coisa julgada nas ações coletivas. Traz em seu artigo 6º a seguinte disposição:

⁶³ É o que expressamente afirma Nelson Nery Jr. ao comentar o art. 16 da LACP (**Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**. 5 ed. São Paulo: RT, 2001, p. 1558.

⁶⁴ GRINOVER, A ação civil pública refém do autoritarismo. **Revista de Processo**, São Paulo, nº 96, RT, 1999, p. 29.

Os arts. 1º e 2º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, passam a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 1º (...)

V – por infração da ordem econômica e da economia popular.

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

Cassio Scarpinella BUENO, em uma das periódicas atualizações de seu livro, tece algumas críticas ao recente mandamento. Basicamente, coloca em debate se o Executivo pode “querer” que não caiba mais ação civil pública nos casos que menciona ou em qualquer outro que julgue indesejável.⁶⁵

Não há dúvidas que a ação civil pública é constitucionalizada, ao menos no princípio do acesso à justiça, que se manifesta também no acesso coletivo, e no princípio o devido processo legal (art. 5º, incisos XXXV, LIV e LV, respectivamente). Não obstante sob esses aspectos seja flagrante sua inconstitucionalidade, é possível questionar ainda a Medida Provisória em apreço sob o aspecto de seus pressupostos legitimadores de reedição (CF, art. 62) ou um evidente desvio de poder (de “função legislativa”) na edição do ato.

Esses problemas técnico-formais, contudo, restariam em parte superados com a aprovação do Projeto de Lei Complementar nº 77/99, de iniciativa do próprio Executivo Federal, que traz um comando no artigo 210-B semelhante ao perpetrado pela Medida Provisória: “Não cabe ação civil pública em matéria de natureza tributária e previdenciária”.

Frisa BUENO que há autores, a exemplo de Clèmerson Merlin Clève⁶⁶, que entendem injurídico medida provisória dispor sobre matérias reservadas para lei complementar.⁶⁷ A discussão perde objeto com a edição da Emenda Constitucional nº 32, que veda expressamente o uso de medidas provisórias para tratar de matéria processual.

⁶⁵ Disponíveis no site www.maxlimonad.com.br.

⁶⁶ **Medidas provisórias**. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 78.

⁶⁷ www.maxlimonad.com.br.

Causa espécie admitir a possibilidade de se modificar, de forma inequivocamente comprometida, o ordenamento jurídico em favor de interesses públicos secundários do Estado (se é que não é um exagero semântico classificá-los de públicos) sem um mínimo de participação popular, como a que se verifica no processo legislativo ordinário.

Não é tarefa fácil visualizar a legitimidade de alterações dessa natureza. O Executivo se resguarda, de certa forma, o direito de descumprir a lei e não se ver sujeito a medidas judiciais efetivas de reparação dos danos, colocando obstáculos à apreciação judiciária. Tal inversão de valores é insustentável diante do texto constitucional.

Portanto, resta aos órgãos do Poder Judiciário o dever de, na condição de protagonistas na condução dos processos em massa, assumir este novo papel de renovada importância. Nesse passo, fazer uma interpretação sistemática dos princípios constitucionais, das linhas mestras do processo coletivo e das próprias categorias fundamentais da teoria geral do processo, tal como os conceitos de jurisdição, competência e coisa julgada. Tudo no intuito de controlar, no uso de suas atribuições constitucionais, a legitimidade da atividade normativa do Executivo.

4.2 Alteração do artigo 16 da LACP sob o prisma dos princípios constitucionais

Como se pretendeu demonstrar no item anterior, a nova redação do artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública, dada pela Lei 9.494/97, é essencialmente ineficaz diante de uma leitura sistemática da legislação vigente. Não obstante, a crítica deve ser complementada com a submissão do dispositivo a um crivo constitucional, especificamente do ponto de vista substancial, a partir dos princípios agasalhados pela Carta Magna – ainda que de forma panorâmica.⁶⁸

⁶⁸ Afinal, “os princípios constitucionais são, precisamente, a síntese dos valores principais da ordem jurídica. A Constituição, como já vimos, é um sistema de normas jurídicas. Ela não é um simples agrupamento de regras que se justapõem ou que se superpõem. A idéia de sistema funda-se na harmonia, de partes que convivem sem atritos. Em toda ordem jurídica existem valores superiores e diretrizes fundamentais que ‘costuram’ suas diferentes partes. Os princípios constitucionais consubstanciam as premissas básicas de uma dada ordem jurídica, irradiando-se por todo o sistema.

Neste item serão tecidas considerações cuja aplicação, muito embora direcionada, não se restringe ao mencionado dispositivo. Antes, se voltam a todos os sucessivos ataques proferidos pelo Executivo através de Medidas Provisórias (muitas vezes lamentavelmente convertidas em lei) aos direitos e garantias constitucionalmente acolhidos, em especial em matéria processual, obstando dessa forma sua instrumentalização.

Como alerta BARROSO⁶⁹, por mais de uma razão determinada disposição constitucional deixa de ser cumprida, e uma delas é quando o próprio poder constituído impede sua concretização, por contrariar-lhe o interesse político. Por essa razão, leciona que se deve fazer um esforço para integrar o Direito Constitucional ao processo histórico de promoção da justiça e da igualdade no campo real e concreto, e não meramente teórico ou retórico.⁷⁰

Para tanto, os princípios e mandamentos constitucionais mostram-se como um dos principais instrumentos de luta, não se devendo poupar esforços para sua plena efetividade. Não há dúvida que a atividade dos três Poderes, portanto, deve buscar seu substrato no diploma fundamental. Ensina Celso Antônio B. de MELLO que violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma, pois a desatenção ao princípio “é a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra”.⁷¹

Cumprido alertar que as considerações que se seguem, de uma forma ou de outra, sempre remeterão a um denominador comum. Isso porque os princípios

Eles indicam o ponto de partida e os caminhos a serem percorridos” (BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p 285).

⁶⁹ *Ibid.*, p. 55.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 67. O autor dá continuidade à crítica e reconhece que “a técnica jurídica não é capaz de superar determinados juízos de conveniência e oportunidade na atividade de governo, que se situam fora do âmbito de previsibilidade objetiva. Nessa reduzida esfera de cunho estritamente político, insindicável em via jurisdicional, o mecanismo de sanção jurídica não é acionável” (pg. 81). Em tempo, esclarece que nem por tal razão haverá margem ao arbítrio, “pois é justamente em questões dessa natureza que avulta o controle recíproco entre os Poderes do Estado, dentro do sistema de freios e contrapesos” (p. 82).

⁷¹ **Curso de Direito Administrativo**. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 772.

abordados sempre dirão, direta ou indiretamente, com o princípio do “devido processo legal”, ou do *due process of law*. Afinal, este é o princípio fundamental do processo civil que serve de base sobre a qual todos os demais se sustentam.⁷²

Trata-se de um imperativo que sujeita todos os Poderes do Estado e que extravasa o âmbito da tutela meramente processual, sendo dotado também de uma dimensão material (*substantive due process*).

Por tal razão, dele decorre uma imperatividade de o legislativo produzir leis que satisfaçam o interesse público. Essa tarefa se traduz no princípio da “razoabilidade das leis”, segundo o qual a lei que não preenche um critério de razoabilidade é contrária ao direito e deve ser controlada pelo Poder Judiciário.⁷³ Tal é o caso do artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública com redação dada pela Lei 9.494/97, no qual não se vislumbra qual interesse coletivo norteou sua elaboração.

4.2.1 Princípio da isonomia

Ao estabelecer que a sentença coletiva fará coisa julgada *erga omnes* somente nos limites territoriais de competência do órgão prolator, o que primeiramente salta à percepção é o tratamento desigual que se dispensa aos titulares do bem jurídico envolvido.

Todos esses titulares encontram-se em situação jurídica substancialmente idêntica, muitas vezes vítimas de um dano de origem comum e proporções nacionais. O que os diferencia é unicamente o fato de residirem em localidades diversas. No entanto, perante a isonomia é inadmissível discriminar pessoas ou situações ou coisas mediante traço diferenciador que não resida nelas mesmas, estabelecendo regimes diferentes que tomem por base fator que delas não seja diretamente extraído.⁷⁴

⁷² NERY JR., Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. São Paulo: RT, 1992, p. 25.

⁷³ *Ibid.*, p. 34.

⁷⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 29.

A razão da área espacial em que os interessados estejam sediados é neutra em relação às situações a que estão sujeitos. É portanto um critério inidôneo, por si só, para atribuir a alguns tratamento mais favorável juridicamente.⁷⁵

Tampouco resiste às demais imposições que se colocam ao legislador para eleger um critério discriminador, pois o fator de discriminação adotado não guarda relação de pertinência lógica com a disparidade de regimes outorgados. Sequer está consoante os interesses prestigiados constitucionalmente.⁷⁶

Se por um lado não há um elemento jurídico material que justifique tratamento anti-isonômico entre os titulares do bem jurídico coletivo, especialmente distribuídos no território nacional, por outro não se visualiza, igualmente, razão de ordem processual para dispensar-lhes tratamento díspare.⁷⁷

Na lição de KELSEN, “os homens (assim como as circunstâncias externas) apenas podem ser considerados como iguais, ou, por outras palavras, apenas há homens iguais (ou circunstâncias externas iguais), na medida em que as desigualdades que de facto entre eles existem não sejam tomadas em consideração”. “Se não há que tomar em conta quaisquer desigualdades sejam elas quais forem, todos são iguais e tudo é igual”.⁷⁸

Não se sustenta, pois, o tratamento dispensado pelo artigo 16 da LACP nesse tocante. O vetor da igualdade é fundamentalmente o que justifica o tratamento de uma ação como coletiva. Com uma penada estará definida a situação normativa que deve ser a prevalente, desde que preenchidas as condições do regular processamento da ação de classe. Afinal, “como sustentar, sem receio de violar aquele pilar do Estado de Direito, que determinadas situações não estejam sujeitas ao pagamento de certo tributo, enquanto que outras – que não tragam em si qualquer fator de discriminação que

⁷⁵ *Ibid.*, p. 30

⁷⁶ A Carta de 1988, por exemplo, privilegia a tutela coletiva tanto num aspecto substancial como instrumental através de uma gama de previsões nesse sentido, como precisamente analisou Elton Venturi (*op. cit.*, p. 18). Segundo José Afonso da Silva, no processo de elaboração do constitucional, houve até mesmo forte tendência em abrir um capítulo especial para os direitos coletivos (**Curso de Direito Constitucional positivo**. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 262).

⁷⁷ *Vide cap.* 4.

⁷⁸ *Apud* GRAU, Eros Roberto. Licitação e prestação de serviços públicos – privatização e fornecimento de gás por tarifa diferenciada. **Revista Trimestral de Direito Público**. São Paulo, nº 20, Malheiros, 1997, p. 121.

justifique tratamento diverso – devam sujeitar-se àquela mesma exação, independentemente do montante monetário?”.⁷⁹

4.2.2 Princípio da instrumentalidade do processo

Os conflitos de massa são típicos na sociedade moderna e colocam em destaque direitos e interesses que, a par de serem reconhecidos como “direitos de solidariedade”, merecem do sistema jurídico uma tutela adequada que assegure sua fruição. Sem dúvida o processo assume o caráter instrumental na efetivação desses direitos.⁸⁰

Na medida em que a tutela coletiva integra os valores constitucionais, pode-se dizer que por um imperativo institucional o sistema processual deve se compatibilizar com essa realidade axiológica, cumprindo assim seu primeiro e mais importante fator de legitimidade.⁸¹

Há, portanto, objetivos individuais e coletivos, situados no plano jurídico, social e mesmo político, a serem realizados mediante o correto exercício da jurisdição. Esta busca sua legitimidade no grau de fidelidade aos seus escopos, mercê dos quais existe e é exercida.⁸²

Assim, o processo é o instrumento que transforma o direito declarado em direito assegurado. Em se tratando de processo coletivo, há ainda um dado político que altera o conceito de processo transformando-o em meio para solução de conflitos metaindividuais. Transmuda-se dessa forma sua própria finalidade funcional, que se desloca da mera atuação do direito objetivo para um papel promocional da aquisição de uma consciência do “coletivo” e do “social”.⁸³

⁷⁹ BUENO, *As class action norte-americanas...*, p. 96.

⁸⁰ GRINOVER, *Significado social, político...*, p. 11-12.

⁸¹ DINAMARCO, *op. cit.*, p. 137.

⁸² *Ibid.*, p. 145.

⁸³ GRINOVER. A problemática dos interesses difusos. **A tutela dos interesses difusos**, Série Estudos Jurídicos, nº 1, São Paulo: Max Limonad, 1984, p. 36.

Nesse contexto, as limitações impostas pela Lei 9.494/97 à coisa julgada nas ações coletivas demonstra um comportamento do Poder Executivo (chancelado pelo Legislativo) diametralmente oposto a esses valores.

Perpetra um impedimento à ampla participação dos interessados, que se não habitarem nos limites territoriais sobre os quais o julgador lide coletiva exerce competência terão contra si o argumento de que não dispõem de interesse processual para agir. Uma das conseqüências diretas disso é a mitigação do contraditório e o enfraquecimento da atuação dos demandantes, que será pulverizada pelo território nacional, com o risco de decisões contraditórias.

Socialmente, a limitação promove um descrédito da população no sistema judiciário, refletindo uma atividade legislativa interessada e desvinculada dos interesse coletivos. É uma tentativa de desviar a atuação jurisdicional de seus escopos, em especial da promoção do provimento mais justo, fator que lhe subtrai irremediavelmente a legitimidade.⁸⁴

Deve-se frisar que o direito processual moderno é também voltado a conferir a “maior utilidade aos provimentos jurisdicionais”, de forma a propiciar a maior produtividade possível. Isso coloca-se energeticamente como pressuposto para que a própria instrumentalidade do processo, como método, possa exaurir sua missão, sendo capaz de conduzir ao aperfeiçoamento do sistema.⁸⁵

A capacidade que todo sistema tenha de produzir realmente as situações de justiça desejadas pela ordem processual, política e jurídica, mostra-se sensivelmente pela efetividade do processo.

4.2.3 Princípio da efetividade do processo

⁸⁴ Como propriamente destaca Luiz Guilherme Marinoni, “impedir-se ao Poder Judiciário o uso de seus poderes implícitos fere o princípio da separação dos poderes. É precedente perigoso, que poderá, numa sequência de lógica nefanda, obstruir-lhe quem sabe o direito à cognição de algumas espécies de lesões direito, o que, lamentando-se a sombria mas necessária constatação, verificou-se em nossa história de não muito tempo atrás” (**Efetividade do processo e tutela de urgência**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1994, p. 70). A lição toma feição quase profética diante da limitação imposta pelo artigo 6º da Medida Provisória 2.180-33 de 2001 (*vide* item 3.1).

⁸⁵ DINAMARCO, p. 320.

A distribuição da justiça está diretamente relacionada com a predisposição de procedimentos adequados à tutela dos novos direitos.

Pode-se afirmar que o princípio do acesso à justiça faz emergir um verdadeiro direito à adequada tutela jurisdicional, o que implica num direito a um processo efetivo. Este decorre também do próprio princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, cujo acesso além de amplo deve ser adequadamente proporcionado, traço imanente ao próprio Estado de Direito.⁸⁶

Essa nova forma de pensar o processo reflete a assertiva segundo a qual o processo deve dar a quem tem um direito tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tem o direito de obter. Assim, para a efetividade do processo é imprescindível o correto manejo das técnicas de construção de tutelas jurisdicionais diferenciadas.⁸⁷

É notório que se por efetividade se entende aptidão de um meio ou instrumento para realizar os fins ou produzir os efeitos a que se ordena, poder-se-ia julgar necessário que qualquer discussão sobre o assunto deve ser precedida de uma tomada de posição acerca do fim que se atribuiu ao processo. Muito embora essa seja uma discussão tormentosa na doutrina, é possível identificar alguns requisitos básicos que o processo há de buscar satisfazer para merecer a qualificação de efetivo:⁸⁸

a) o processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados, na medida do possível, a todos os direitos ou posições jurídicas de vantagem contemplados no ordenamento, seja porque expressos normativamente, seja porque inferidos do sistema;

b) os instrumentos devem ser praticamente utilizáveis sejam quais forem os pressupostos dos titulares dos direitos cuja preservação ou reintegração se persegue, inclusive quando indeterminado ou indeterminável o círculo dos eventuais sujeitos;

c) devem ser asseguradas condições propícias à exata e completa reconstituição dos fatos relevantes, de forma a assegurar um convencimento do julgador que corresponda quanto puder à realidade;

⁸⁶ MARINONI, *op. cit.*, p. 7-8.

⁸⁷ *Ibid.*, p. 12.

⁸⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Notas sobre o problema da “efetividade” do Processo. **Estudos de Direito Processual em homenagem a José Frederico Marques**. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 203.

d) o resultado do processo deve assegurar à parte vitoriosa o gozo pleno da específica utilidade a que faz jus o ordenamento, em toda a extensão da possibilidade prática;

e) impende que se possa alcançar resultados semelhantes com o mínimo dispêndio de tempo e energias.

As limitações impostas pela Lei 9.494/97 à coisa julgada nas ações coletivas (assim com outras impostas por seguidas medidas provisórias) descumprem praticamente todos esses requisitos.

Primeiramente, depõem não apenas contra direitos, mas contra todo um sistema de tutela coletiva, mitigando o alcance dos instrumentos já existentes para uma tutela adequada e contrariando literalmente a busca pela máxima efetividade. A pulverização das ações, ainda que não absoluta, pode retirar a possibilidade prática de uso dos instrumentos processuais coletivos, mediante a imposição de obstáculos à maior participação possível e, conseqüentemente, ao mais amplo contraditório.⁸⁹

Não se visualiza no novel dispositivo a obediência à diretriz segundo a qual o processo deve alcançar resultado semelhantes com o dispêndio do mínimo de energias. Ele contraria toda a ética do sistema de tutela coletiva nacional multiplicando o número de demandas ao invés de concentrá-las.

Diante da conclusão de que o direito à adequada tutela quer dizer direito a um processo efetivo, ou seja, próprio às peculiaridades da pretensão de direito material de que se diz titular aquele que busca a tutela jurisdicional, há uma flagrante violação do princípio do devido processo legal pela nova redação do artigo 16 da LACP.⁹⁰

4.3 Dos pressupostos de relevância e urgência

⁸⁹ “Integrado fundamentalmente pela Lei da Ação Civil Pública e pelo Código do Consumidor – em razão do art. 90 do CDC, que manda aplicar às ações ajuizadas com base nesse Código as normas da Lei da Ação Civil Pública e do Código de Processo Civil, e do art. 21 da Lei da Ação Civil Pública, que afirma que são aplicáveis às ações nelas fundadas as disposições processuais que estão no Código de Defesa do Consumidor.” (MARINONI. **Tutela inibitória: individual e coletiva.** 2ª ed. São Paulo: RT, 2000, p. 78).

⁹⁰ MARINONI, **Efetividade do processo...**, p. 66.

Não obstante a suficiência dos argumentos expostos para se fundamentar uma declaração de inconstitucionalidade da nova redação do artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública, dada pela Lei 9.494/97, há ainda que se analisar a alteração sob o aspecto procedimental.

Considerando que a Lei 9.494/97 originou-se da conversão da Medida Provisória 1.570/97, esta figura como pressuposto de validade daquela. Assim, a circunstância de o Congresso Nacional ter convertido a medida provisória em lei “não afasta o exercício do controle jurisdicional, porque se a medida provisória é inconstitucional, padece de vício de nulidade que atinge desde o momento da adoção. Destarte, a conversão ocorrerá tendo em conta algo em si mesmo nulo”.⁹¹

A medida provisória, na condição de espécie normativa definitiva e acabada, apesar de seu caráter de temporariedade, está sujeita ao controle de constitucionalidade, assim como as demais leis e atos normativos.⁹² Ao Judiciário, quando provocado, cabe apreciar os pressupostos constitucionais da medida provisória e delimitar o alcance e a caracterização da locução “relevância e urgência” do artigo 62 da Constituição Federal.⁹³

Nesse diapasão, cumpre averiguar em cada caso a presença de dois elementos. Primeiro, a relevância autorizadora da medida provisória (que não se confunde com a relevância ordinária desafiadora do processo legislativo comum, mas possui caráter extraordinário, ou seja, é especialmente qualificada⁹⁴), respeitante à matéria. Em segundo lugar, a urgência, que se refere ao provimento.

Ainda, deve a medida provisória ser devidamente motivada, oportunidade que tem o Executivo de demonstrar a ocorrência dos pressupostos autorizadores. Decorrencia disso é a imperatividade de haver uma correlação estreita entre os motivos invocados e a disciplina normativa editada.⁹⁵

⁹¹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988**. São Paulo: RT, 1993, p. 184.

⁹² MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 517.

⁹³ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **As medidas provisórias e a Constituição Federal de 1988**. Curitiba: Juruá, 1991, p. 54.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 55.

⁹⁵ CLÈVE, *loc. cit.*, p. 56.

Ao aplicar esses preceitos à Medida Provisória 1570/97, é inevitável a perplexão. Ainda que se alcance justificar eventual relevância extraordinária na alteração do artigo 16 da LACP, o que já seria um grande mérito, não parece haver possibilidade de se caracterizar a urgência da medida. Sobretudo pelo fato de se tratar de alteração de uma norma que comemorou doze anos de vigência sem impugnação.⁹⁶ Ao menos nesse aspecto, a inconstitucionalidade do ato normativo é patente.

Pode-se imaginar perplexidade ainda maior diante de uma resposta se eventualmente fosse exigido do Executivo que motivasse o ato em comento. Os motivos que se pode cogitar, mesmo a título hipotético e na melhor das previsões, são inimagináveis num “Estado democrático de Direito”.

Basta, portanto, a ausência do pressuposto urgência (flagrante nesse caso), para concluir-se pela mácula na constitucionalidade da Medida Provisória 1570/97 e, conseqüentemente, da Lei 9.494/97, ao menos no que pertine à alteração que promoveu no artigo 16 da LACP.

⁹⁶ É o que constata Nelson Nery Jr. (**Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**. 5ª ed. São Paulo: RT, 2001, p. 1558).

5 PODER, JURISDIÇÃO E COMPETÊNCIA

As conclusões do presente trabalho não podem olvidar de um aprofundamento do conceito e da natureza da jurisdição, com ênfase em algumas de suas características. Assim também como da competência, imprescindível na análise da aplicabilidade do artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública, com redação dada pela Lei 9.494/97.

Ainda que já se tenha sustentado a inaplicabilidade do referido dispositivo a partir de uma integração sistemática do Código de Defesa do Consumidor, sua inconstitucionalidade tanto sob o aspecto material como formal, cabe exaurir a análise apontando a impropriedade técnica do legislador ao redigir indigitado comando, através de uma leitura dos institutos do processo.

5.1 Da natureza da jurisdição

Em síntese, a jurisdição pode ser analisada sob basicamente três panoramas, podendo-se dizer que é ao mesmo tempo *poder, função e atividade*⁹⁷.

Não obstante a relevância das demais abordagens, interessa mais de perto ao presente trabalho a apreciação da jurisdição como um *poder*. Sobre este, valendo-se de um aprofundado estudo de ciência política, conclui DINAMARCO: “em sua acepção mais ampla e necessariamente vaga, poder é a *capacidade de produzir os efeitos pretendidos* (ou simplesmente de alterar a probabilidade de obter esses efeitos), seja sobre a matéria ou sobre as pessoas”.⁹⁸

A análise etimológica da palavra “jurisdição” indica a união de duas expressões romanas: *juris* (direito) e *dictio* (dizer). E esse “dizer o direito”, a partir do instante que o Estado chama para si a responsabilidade de solucionar as lides,

⁹⁷ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 113.

⁹⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do Processo**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 85.

transforma essa função em nítido *poder estatal*⁹⁹. Poder este exercido não só pela obrigatoriedade da jurisdição estatal, mas também pela sujeição –contraposto negativo do poder – imposta à parte perdedora na demanda judicial de observar o julgado, sob pena de cumprimento coercitivo. Disso decorre o *princípio da inevitabilidade* da jurisdição¹⁰⁰.

Vale mencionar, nessa esteira, a síntese que opera o professor Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO ao tratar da jurisdição, asseverando que

diz ela, na essência, com o poder estatal, no caso, de dizer o direito: *dicere ius; iuris dictio*. Diz-se o direito, acertando-se os casos penais de forma definitiva, isto é, na medida daquilo que é levado pelo autor: *thema decidendum*. (...) Não é demais lembrar, também, em tempos de neoliberalismo e Estado mínimo (aos quais é preciso resistir com todas as forças e uma racionalidade que não se deixe enganar pelo câmbio epistemológico fundado por Hayek e calcado no eficientismo das ações), que a jurisdição, a par de ser um poder – e como tal deve ser estudado com proficiência –, é uma garantia constitucional do cidadão, da qual não se pode abrir mão.¹⁰¹

Corroborava essa conclusão o professor Clèmerson Merlin CLÈVE ao afirmar que a Constituição de 1998 privilegiou o Poder Judiciário ao atribuí-lo o monopólio da função jurisdicional e ao proibir a criação de contencioso administrativo.¹⁰²

Abordando uma possível exceção ao monopólio da jurisdição pelo Poder Judiciário, configurada pela competência atribuída ao Senado Federal para o julgamento de algumas autoridades pela prática de crimes de responsabilidade, assevera que essa hipótese, todavia, “não compromete a expressão desse Poder” (jurisdicional). Ressalta, ainda, a posição privilegiada do Judiciário brasileiro se comparado, por exemplo, ao francês, que sob o prisma constitucional não constitui verdadeiro “Poder Judiciário”, mas simplesmente uma “autoridade judiciária”,

⁹⁹ É uma das conclusões a que chega José Frederico Marques, expressando idéia já pacificada na doutrina processualista (**Elementos de Direito Processual Penal**. 1ª ed. Vol. I, Campinas/SP: Bookseller, 1998, p. 170).

¹⁰⁰ CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO. *Op. cit.*, p. 119.

¹⁰¹ Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito**, Curitiba, nº 30, 1998, p. 168.

¹⁰² CLÈVE. **Temas de Direito Constitucional**: e da Teoria do Direito. São Paulo: Acadêmica, 1993, p. 36-37. O que, de outro lado, faz surgir um *dever* do Estado de solucionar todo e qualquer tipo de lide submetida a seu crivo, tendo em vista que inexiste aos cidadãos outra forma de solução forçada de conflito, havendo portanto um dever constitucional de que nenhuma lesão ou ameaça de lesão deixará de ser apreciada pelo Poder Judiciário (art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal).

concluindo que “a verdade é que a Constituição francesa não concedeu à magistratura a significação que a Carta Brasileira a ela atribuiu”.¹⁰³

Essas primeiras considerações podem ser complementadas por uma síntese do amplo tratamento da jurisdição e do poder operado por DINAMARCO, tendo em vista a riqueza conceitual da abordagem.¹⁰⁴

O autor leciona que o poder é uma inerência do próprio Estado, conceituado como a capacidade de impor as próprias decisões. Outrossim, não há como se conceber a convergência de uma suposta pluralidade de poderes sobre uma entidade isoladamente considerada. Dispondo esta de poder – ou seja, daquela capacidade – poderá exercê-lo em diversas direções.

Dessa forma, segundo o processualista, a jurisdição pensada como um poder é apenas uma das diversas expressões do poder estatal soberano, que por sua vez é uno e indivisível. Assim, “a jurisdição, como expressão do poder estatal soberano, a rigor não comporta divisões, pois falar em diversas jurisdições num mesmo Estado significa afirmar a existência, aí, de uma pluralidade de soberanias, o que não faria sentido; a jurisdição é, em si mesma, tão una e indivisível quanto o próprio poder soberano”.¹⁰⁵

Portanto, a jurisdição é um poder que deriva diretamente da própria soberania do Estado, atribuído constitucionalmente. Caracterizado por ser *uno* e *indivisível*, é lícito afirmar que o órgão julgador que o detém o faz, naturalmente, como um *todo*. A natureza da atividade jurisdicional exercida por qualquer órgão dela investido é exatamente a mesma, não sendo viável uma hierarquia ou diferenciação que tome como ponto de partida a *essência* dos atos jurisdicionais.

Sintetiza esse pensamento o professor Ovídio Baptista da SILVA ao asseverar que:

A jurisdição, como atividade específica de um dos ramos de poder do Estado, é essencialmente idêntica no modo pelo qual se desenvolve, qualquer que seja a espécie de órgão em que ela internamente se desdobre e a natureza do conflito a ser dirimido, não perdendo, assim, não obstante as múltiplas subdivisões que lhe são impostas, seu caráter *unitário*, no sentido de que as distinções que se verificam entre jurisdição civil e criminal ou ainda entre jurisdições especiais e jurisdição comum não se fundam em diversidade

¹⁰³ CLÈVE, *op. cit.*, p. 37.

¹⁰⁴ DINAMARCO, *A instrumentalidade...*, p. 77-146.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 122.

funcional, mas simplesmente em critérios de conveniência baseada na diversidade do objeto sobre o qual a mesma atividade jurisdicional deve operar.¹⁰⁶

Destarte, só é possível imaginar que o exercício da jurisdição é sempre *soberano* e *exclusivo*, independente de qual o órgão jurisdicional legalmente competente e de qual sua posição na hierarquia dos órgãos do Poder Judiciário. O juízo estadual é tão soberano e sua competência tão exclusiva quanto a do mais alto tribunal do país.

Há assim um verdadeiro princípio de que não há subordinação hierárquica de qualquer espécie em se tratando de atividade jurisdicional (há, todavia, uma hierarquia administrativa, comum a todos os órgãos que compõem os três Poderes), o que garante absoluta independência dos juízes perante os órgãos superiores do Judiciário e, principalmente, perante os Poderes Executivo e Legislativo, corroborando o *princípio do juiz natural*.¹⁰⁷

5.2 Competência, limites da jurisdição e juiz natural

Revela-se, dessa forma, de todo infeliz a redação dada pelo legislador ao artigo 16 da LACP, através da Lei 9.494/97, uma vez que tenta indevidamente restringir a eficácia da coisa julgada, fruto de sentença proferida pelo juiz singular, ao espaço territorial sobre o qual exerce sua competência.

Percebe-se da leitura do dispositivo que o legislador deixou a desejar sob o aspecto técnico e incorreu em equívoco ao relacionar a extensão do provimento ao instituto da competência. É de se reconhecer, contudo, que tal confusão é fruto de uma impropriedade terminológica de uso já consolidado na doutrina brasileira, em especial por influência de Liebman. Este conceitua a competência como “a quantidade de jurisdição cujo exercício é atribuído a cada órgão ou grupo de órgãos”.¹⁰⁸

¹⁰⁶ BAPTISTA DA SILVA, *op. cit.*, p. 50.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 51.

¹⁰⁸ *Apud* CINTRA, DINAMARCO, GRINOVER, *op. cit.*, p. 194. Liebman, por sua vez, provavelmente emprestou a expressão da doutrina italiana, que já a tinha de uso corrente (v.g. Gian Domenico Pisapia em *Compendio di Procedura Penale*, 4ª ed., Padova, Cedam, 1985, p. 345).

A partir disso a doutrina tradicionalmente vem tratando a competência como a “medida de jurisdição”.¹⁰⁹

É de se considerar, entretanto, que a definição legal dos contornos da competência não pode pretender dar a “medida” da jurisdição, pois esta, *em si*, é face do próprio poder soberano, que por sua vez é seu único e exclusivo limite. O juiz que detém jurisdição conferida constitucionalmente a detém como um *todo e ilimitadamente*, por decorrência lógica do próprio conceito de poder, salvo os limites da própria soberania do Estado.¹¹⁰

Nesse tocante, é preciso recorrer à doutrina processualista penal, cujos estudos sobre a relação competência, jurisdição e princípio do juiz natural, por razões históricas, demonstra especial proficiência.

É preciso concordar com Franco CORDERO quando conclui que competência não é medida de jurisdição atribuída ao órgão. A todos os juízes “*spetta l’intero potere, ma uno solo (individuabile ante factum) è chiamato a procedere nel caso singolo; gli altri, devono astenersene*”.¹¹¹ Em seus comentários ao Código de Processo Penal italiano é didático ao afirmar que o discurso sobre a competência pressupõe um poder e diversos titulares; o poder compete a “n” juízes, mas apenas um é chamado a decidir no caso “x”.¹¹²

¹⁰⁹ Nesse sentido Celso Agrícola Barbi (**Comentários ao Código de Processo Civil**: arts. 1º ao 153. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 236), Frederico Marques (**Manual de Direito Processual Civil**. vol. I, Campinas: Bookseller, 1997, p. 261), Ovídio B. da Silva (*Op. cit.*, p. 53) e Ada P. Grinover (**Teoria Geral do Processo**, p. 194). Por óbvio que a expressão utilizada por esses autores para descrever a competência não prejudica a exatidão conceitual de seus trabalhos se analisados globalmente, os quais não merecem qualquer reparo. Em momento algum pretenderam descaracterizar a jurisdição como um “poder”. Apenas pretende-se mostrar que a expressão “medida da jurisdição” pode gerar um “oportunismo hermenêutico” e uma distorção discursiva de forma a justificar atitudes como a irrazoável redação do art. 16 da LACP dada pela Lei 9.494/97.

¹¹⁰ E mesmo nesse caso não há, do ponto de vista lógico, limites à jurisdição, pois como escreveu Celso Barbi, parafraseando lição de Carnelutti, “o sistema de um país pode pretender julgar quaisquer causas que sejam propostas perante seus juízes, independentemente de nacionalidade ou domicílio dos demandantes, a natureza do direito discutido, o local onde está o bem – objeto da demanda –, o lugar onde ocorreram os fatos que a originou, ou aquele em que vai ser executada a obrigação”. Não haveria no entanto finalidade prática, pois sofreria limitações o poder de *tornar efetivo* aquilo que foi decidido, tendo em vista que dependeria do reconhecimento pelos outros países da validade da sentença em seu território (BARBI, *op. cit.*, p. 239).

¹¹¹ **Procedura Penale**. Milano: Giuffrè, 1991, p. 133.

¹¹² **Códice di procedura penale commentato**. 2ª ed. Torino: UTET, 1992, p. 10.

Complementa Hélio TORNAGUI ao destacar que os juízes têm jurisdição, poder de julgar, pelo simples fato de serem juízes. Se tal poder não é restringido por nenhuma lei – critério negativo –, compete-lhes julgar tudo. Porém se ela lhes permite julgar “apenas determinadas controvérsias, então, o *exercício* da jurisdição fica demarcado pela competência”. Assim, a jurisdição é um poder, enquanto a competência é a permissão legal para *exercer* parte dele, com exclusão do resto, ou seja, a *possibilidade* (nem poder, nem potencialidade) de exercê-lo num campo legalmente traçado. Portanto, “o conceito de poder é ontológico, diz respeito ao poder em si, ao poder de julgar. O de competência é metodológico”.¹¹³

A partir do exposto, pode-se afirmar que resta a possibilidade de se impor limites tão-somente no que diga com o *exercício* do poder jurisdicional, através de mecanismos que não dizem propriamente com sua natureza.¹¹⁴

Um desses mecanismos é a competência, que antes de “limitar” a jurisdição (o que a descaracterizaria como poder) presta-se a dar efetividade ao “princípio do juiz natural”.¹¹⁵ Constitui umas das garantias fundamentais do cidadão, estabelecendo de antemão, por lei, qual juiz deve conhecer e julgar a causa.¹¹⁶ Afinal, é possível afirmar que “juiz natural é o juiz preconstituído”.¹¹⁷

Tal conclusão é fundamental para se frisar que a competência serve a dar a “posição pré-processual” do juiz, ou seja, “regras abstratas de atribuição das demandas

¹¹³ **Compêndio de Processo Penal**. Tomo I, Rio de Janeiro: J. Konfino, 1967, p. 294-295.

¹¹⁴ É o que ocorre, por exemplo, no caso da exigência legal de que seu exercício está condicionado a uma provocação da parte interessada, configurada pelo “princípio da ação” ou “princípio da demanda”, do que se conclui que a jurisdição é caracteristicamente sujeita ao princípio da inércia.

¹¹⁵ “Não obstante a unidade e identidade da respectiva atividade funcional, o **exercício efetivo e concreto** da função jurisdicional é atribuído internamente pelo Poder Judiciário, segundo a *competência* que a própria Constituição Federal e as leis de organização judiciária de cada Estado e da União conferem a seus juízes e tribunais superiores” (BAPTISTA DA SILVA, *op. cit.*, p. 53).

¹¹⁶ Franco Cordero faz uma profunda análise histórica do princípio, identificando sua origem nos movimentos sociais franceses que culminaram com a grande Revolução, e o relaciona com as exigências pela imparcialidade dos julgamentos através de critérios legais prestabelecidos, quais sejam, os de competência (**Procedura Penale**, p. 111-115). Pode-se dizer, pois, que a competência tem origem no princípio do juiz natural, adquirindo gradualmente autonomia sistemática e conceitual, em especial no processo civil, em razão dos rumos históricos que este trilhou, em que os autores já não costumam relacioná-los. No ordenamento brasileiro, tal princípio vem refletido nos incisos XXXVII e LIII do artigo 5º da Constituição Federal.

¹¹⁷ TORNAGUI, *op. cit.*, p. 234.

aos juizes”¹¹⁸. Uma vez que devidamente atribuída a causa ao juiz competente para conhecê-la e julgá-la, esgota-se a análise da competência antes mesmo da apreciação de seu mérito.¹¹⁹

Já se pode encontrar exemplos desse entendimento na jurisprudência pátria. Nesse sentido, em decisão anterior ao Código do Consumidor, já se manifestou o Exmo. Ministro do Superior Tribunal de Justiça Ilmar Galvão, na Reclamação 602-6, da qual foi relator:

Assim, segundo a tese do citado Banco¹²⁰, *não poderia o Tribunal de Alçada paulista decidir sobre jurisdicionados domiciliados em todo o território nacional sem ofender a competência do STF*¹²¹. Ora, tal tese, com a devida vênia, não encontra guarida em nossa Constituição justamente por ser a jurisdição verdadeiro *poder nacional e não local*.

Assim, o efeito *erga omnes* da coisa julgada é consequência da aceitação da forma coletiva de se tratar litígios macrossociais. Não pode ser restringido tal efeito por lei ou por decisão judicial sob pena de ferirmos a própria Constituição do Brasil.

Somente pode a lei processual estabelecer critérios para o conhecimento do litígio, como o fez o art. 93 do CDC. Por este citado artigo, se o dano for local, é competente o foro do local do dano. Sendo os danos de âmbito regional ou nacional, a ação civil pública deve ser promovida no foro da Capital do Estado ou no do Distrito Federal.

Isso tudo relaciona-se ao princípio da divisão do trabalho¹²², que rege o Judiciário brasileiro, com vistas a maior eficiência. Entretanto, *nada representa do ponto de vista dos limites subjetivos da coisa julgada*, que terá sua amplitude territorial delimitada pelo alcance e indivisibilidade do dano (ou ameaça deste).¹²³

Assim, a competência, como critério para “divisão do trabalho” – ainda que não apenas isso – é analisada *ex ante*, estabelecendo por lei um nexo entre determinada causa e o juiz que deverá dela conhecer e julgar. Uma vez definido esse nexo, a

¹¹⁸ MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**: arts. 46 a 153. 3ª ed. Tomo II, Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 195 e 197.

¹¹⁹ Prova disso é o próprio art. 87 do Código de Processo Civil, expresso ao esclarecer que o momento em que se determina a competência é o da propositura da ação.

¹²⁰ Banco Mercantil de São Paulo S/A.

¹²¹ Nesse caso houve a declaração, em sede de ação civil pública, de inconstitucionalidade em relação a alguns aspectos da Lei 7.730/89, com efeito *erga omnes*.

¹²² Como bem assevera Frederico Marques, “razões de ordem prática obrigam o Estado a distribuir o poder Jurisdicional entre vários juizes e tribunais, visto não ser possível que um só órgão judiciário conheça de todos os litígios e decida de todas as causas...Cada juiz ou tribunal exerce suas funções dentro dos limites impostos pela divisão do trabalho jurisdicional, derivando daí o instituto da competência” (*Apud RAMOS, op. cit.*, p. 117).

¹²³ Acompanham o voto do relator os Ministros José de Jesus e Geraldo Sobral, no entanto prevaleceu no Tribunal a posição do Ministro Vicente Chernicchiaro, entendimento segundo o qual os processos devem desenvolver-se separadamente, com eficácia das respectivas decisões na jurisdição de cada juízo.

competência não exercerá qualquer influência sobre a extensão dos efeitos do julgado, e com ele não terá qualquer relação.¹²⁴

O que determina essa extensão do provimento jurisdicional é o que se passa a analisar.

5.3 Pedido, sentença e limites da coisa julgada

Na opinião de André de Carvalho RAMOS a competência territorial serve apenas para determinar a “competência do juízo”. O que daí em diante traçará os limites dos efeitos da decisão do juiz será o “objeto do pedido”, que quando for relativo aos interesses transindividuais atingem a todos os que se encontram – na situação objetiva – em litígio, não importando onde o local de seu domicílio.¹²⁵

Concorda Ada Pellegrini GRINOVER ao afirmar que o indigitado dispositivo limitador (art. 16 da LACP, com redação dada pela Lei 9.494/97) em momento algum aludiu ao objeto do processo. O âmbito de abrangência da coisa julgada é determinada pelo pedido, e não pela competência. “Esta nada mais é do que a relação de adequação entre o processo e o juiz, nenhuma influência tendo sobre o objeto do processo. Se o pedido é amplo (de âmbito nacional) não será por intermédio de tentativas de restrições da competência que o mesmo poderá ser limitado”.¹²⁶

Não é outra a lição de Giuseppe CHIOVENDA ao constatar que entre a demanda e a sentença estabelece-se uma relação de correspondência. “O que, portanto, determina os limites objetivos da coisa julgada é a demanda de mérito da parte autora.”¹²⁷

¹²⁴ Giovanni Leone dá clareza ao mecanismo esclarecendo que dada a extensão do território do Estado, é inevitável a coexistência de vários juízes igualmente competentes por matéria, sendo indispensável a determinação de um critério para a escolha, dentre eles, do juiz ao qual se deva atribuir a *cognição* da causa. Tal critério obviamente precede tal *cognição* e se constitui na competência territorial (**Tratato di Diritto Processuale Penale**. Vol. I, Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1961, p. 365).

¹²⁵ *Op. cit.*, p. 119.

¹²⁶ **A ação civil pública no STJ**, p. 22-23, e **Ação Civil Pública refém do autoritarismo**, p. 34.

¹²⁷ **Instituições de Direito Processual Civil**. 2ª ed. Vol. I, Campinas/SP: Bookseller, 2000, p. 494.

Tal relação decorre de própria imposição legal. Estabelece o artigo 128 do Código de Processo Civil: “O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte”. Dessarte, ao juiz a lei impõe o dever de se ater “àquilo que lhe foi pedido, quer na decisão a favor do autor, quer contra o réu, salvo se há texto de lei que lhe dê o dever de aplicar a regra jurídica que não foi invocada pelo autor”.¹²⁸

É o autor, portanto, que fixa os limites da lide e da causa de pedir através da petição inicial. Ao juiz resta somente decidir de acordo com esse limite, sendo-lhe vedado proferir sentença acima (*ultra*), fora (*extra*) ou abaixo (*citra* ou *infra*) do pedido. Do contrário, a sentença estará eivada de vício, corrigível por via recursal.¹²⁹

Também o artigo 360 do Código de Processo Civil orienta para essa conclusão. Egas Moniz de ARAGÃO, ao comentá-lo, diz que “reflete o princípio dispositivo, pelo qual cabe exclusivamente à parte a iniciativa do processo e a fixação da pretensão”.¹³⁰ Dessa forma, “dado que a sentença responde ao pedido, o juiz deve ater-se à pretensão da parte”¹³¹, não havendo dúvidas de que o “princípio da congruência”, da relação entre o pedido e a sentença, aplica-se indistintamente a todas as situações.¹³²

É nesse diapasão que se pode concluir essa apreciação do artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública, com redação dada pela Lei 9.4.94/97, à luz dos institutos processuais, com as considerações de MANCUSO.

¹²⁸ MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**: arts. 444 a 475. 3ª ed. Tomo V, Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 71.

¹²⁹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. 4ª ed. São Paulo: RT, 1999, p. 460.

¹³⁰ ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. **Sentença e coisa julgada**: Exegese do Código de Processo Civil (arts. 444 a 475). Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 111. O autor retoma o tratamento dos limites da atividade jurisdicional ao tratar da coisa julgada: “Exige-se tanto do autor na petição inicial (art. 282, III), quanto do réu na contestação (art. 300 *in medio*), exponham a relação jurídica a cujo respeito versará o processo, a *res iudicium deducta* sobre a qual recairá a sentença do juiz, que também deverá examiná-la detidamente (art. 458, II) e sobre ela proferir o julgamento, solucionando as questões que lhe tenham sido submetidas (art. 458, III). ‘A *res iudicata*’, diz ainda CHIOVENDA, ‘com efeito não é, por sua vez, mais do que a *res iudicium deducta*, uma vez que foi julgada’. Em outra passagem acentuou: ‘A coisa julgada outra coisa coisa não é do que a *res de qua agitur*, depois que foi julgada devida ou não devida’.” (p. 192). “Assume grande relevo, portanto, saber exatamente qual é a *res* submetida a julgamento para saber, em consequência, qual é a *res iudicata*.” (p. 198).

¹³¹ *Ibid.*, p. 113.

¹³² *Ibid.*, p. 114.

Segundo o autor o dispositivo não trata propriamente de critério determinativo de competência, a exemplo do que ocorre com o território, mas sim de limites subjetivos da coisa julgada. Estes, no entanto, tratando-se de jurisdição coletiva, estendem-se a todos os sujeitos concernentes ao interesse metaindividual considerado. Mais que isso, na extensão que apresente esse mesmo interesse: “em modo indeterminado (*absolutamente*, no caso de difusos, ou *relativamente* ao grupo, categoria ou classe, no caso dos coletivos em sentido estrito) ou ainda em face de todos os indivíduos lesados e seus sucessores, no caso dos interesses individuais homogêneos”.¹³³

Ensina que “a expansão subjetiva dessa coisa julgada se dará até onde se encontre o interesse que constitui o objeto da demanda coletiva, e bem assim em face de todos os sujeitos concernentes a esse interesse”.¹³⁴

Com efeito, é possível concluir que a aferição dos limites subjetivos da coisa julgada nas ações coletivas para tutela de direitos individuais homogêneos não passa por uma análise de jurisdição. Esta, sendo una e indivisível, não difere de um órgão para outro dela investido, não havendo qualquer impedimento que um provimento venha a ter eficácia para além do território de atuação do órgão prolator.

Tampouco se refere à averiguação da competência, cuja análise antecede a análise do mérito e serve a definir qual é o juiz natural da causa, que dela deve conhecer e julgar, mediante critérios legalmente traçados de distribuição do trabalho. Uma vez definida, não guarda qualquer relação com a extensão do provimento jurisdicional.

São derradeiras as palavras de NERY JR., para quem “confundir jurisdição e competência é, no mínimo, desconhecer a ciência do Direito”. Portanto,

se o juiz proferiu a sentença na ação coletiva *tout court*, quer verse sobre direitos difusos, quer coletivos ou individuais homogêneos, for competente, sua sentença produzirá efeitos *erga omnes* ou *ultra partes* conforme o caso, em todo território nacional – e também no exterior –, independentemente da ilógica e inconstitucional redação dada à LACP, artigo 16, pela Lei 9.494/97. É da essência da Ação Coletiva a eficácia prevista no CDC artigo 103.¹³⁵

¹³³ *Op. cit.*, p. 130.

¹³⁴ *Ibid.*, p. 130.

¹³⁵ **Código de Processo Civil comentado...**, p. 1558.

6 CONCLUSÃO

A partir do exposto, pode-se concluir que as limitações impostas à efetividade da tutela coletiva não resistem a uma análise sistemática do ordenamento. A nova redação do artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública, dada pela Lei 9.494/97, assim como as constantes edições de medidas provisórias restritivas, não são suficientes para mitigar os efeitos e o alcance das decisões em ações coletivas, em especial as que tem por objeto direitos individuais homogêneos.

Primeiramente, verificou-se que referidos dispositivos são ineficazes, considerando os princípios que regem o processo coletivo, extraídos principalmente do Código de Defesa do Consumidor e da Lei da Ação Civil Pública (item 4.1). Tampouco resistem a uma análise de seu espectro constitucional, seja por contrariarem os princípios albergados pela Carta Magna (item 4.2), seja pela forma como se procedeu seu ingresso no ordenamento, descumprindo os pressupostos de relevância e urgência e os limites materiais impostos ao Executivo em sua atividade legislativa (item 4.3).

Não obstante, é possível ainda apontar a pobreza da técnica legislativa empregada na nova redação do artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública (capítulo 5). Conforme demonstrado, os limites subjetivos da coisa julgada nas ações coletivas para tutela de direitos individuais homogêneos não podem ser vinculado aos limites territoriais sobre os quais o órgão prolator exerça jurisdição. Esta, sendo una e indivisível, não difere de um órgão jurisdicional para outro.

A competência, por sua vez, serve apenas de critério de definição do juiz natural, ou seja, de distribuição de trabalho entre os diversos órgãos do Judiciário. É, assim, analisada *ex ante*, não guardando qualquer relação com a extensão dos efeitos das decisões proferidas nas demandas coletivas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AFONSO DA SILVA, José. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

ALVIM, Arruda. Notas sobre a coisa julgada coletiva. **Revista de Processo**, São Paulo, nº 88, RT, p. 31-57, 1997.

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. **Sentença e coisa julgada: Exegese do Código de Processo Civil (arts. 444 a 475)**. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 772.

_____. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Curso de Processo Civil: processo de conhecimento**. 5ª ed. Vol. 1, São Paulo: RT, 2001.

BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil: arts. 1º ao 153**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Notas sobre o problema da “efetividade” do Processo. **Estudos de Direito Processual em homenagem a José Frederico Marques**. São Paulo: Saraiva, 1982.

BARROSO, Luis Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

BUENO, Cassio Scarpinella. As *class action* norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta. **Revista de Processo**, São Paulo, nº 87, RT, p. 92-151, 1996.

_____. **O Poder Público em juízo**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. **Revista de Processo**, São Paulo, nº 05, p. 128-159, jan./mar. 1997.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **As medidas provisórias e a Constituição de 1988**. Curitiba: Juruá, 1991.

- _____. **Atividade legislativa do Poder Executivo no Estado contemporâneo e na Constituição de 1998.** São Paulo: RT, 1993.
- _____. **Medidas provisórias.** 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1999.
- _____. **Temas de Direito Constitucional:** e de Teoria do Direito. São Paulo: Editora Acadêmica, 1993.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo.** 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito, Curitiba,** nº 30, p. 163-198, 1998.
- CORDERO, Franco. **Codice di procedura penale commentato.** Seconda edizione, Torino: UTET, 1992.
- _____. **Procedura Penale.** Milano: Giuffrè, 1991.
- DIAS, Francisco Barros. Coisa julgada e execução no processo coletivo. **Revista de Processo,** São Paulo, nº 78, RT, p. 50-63, 1995.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do Processo.** 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- GIDI, Antonio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas.** São Paulo: Saraiva, 1995.
- GRAU, Eros Roberto. Licitação e prestação de serviços públicos: privatização e fornecimento de gás por tarifa diferenciada. **Revista Trimestral de Direito Público,** São Paulo, nº 20, Malheiros, 1997.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. A ação civil pública no STJ. **Revista de Processo,** São Paulo, nº 99, RT, p. 09-26, 2000.
- _____. A ação civil pública refém do autoritarismo. **Revista de Processo,** São Paulo, nº 96, RT, p. 28-36, 1999.
- _____. A ação popular portuguesa: uma análise comparativa. **Revista de Processo,** São Paulo, nº 83, RT, p. 165-176, 1996.
- _____. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto.** 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

_____. Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos. **Revista de Processo**, São Paulo, nº 97, RT, p. 09-15, 2000.

LEONE, Giovanni. **Tratatto di Diritto Processuale Penale**. Vol. 1, Napoli: Casa Editrice Dott. Eugênio Jovene, 1961.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Manual do Consumidor em Juízo**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Efetividade do processo e tutela de urgência**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1994.

_____. **Tutela inibitória**: individual e coletiva. 2ª ed. São Paulo: RT, 2000.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. Vol. 1, Campinas: Bookseller, 1997.

_____. **Manual de Direito Processual Civil**. Vol. I, Campinas: Bookseller, 1997.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**: arts. 46 a 153. 3ª ed. Tomo II, Rio de Janeiro: Forense, 1997.

_____. _____.: arts. 444 a 475. 3ª ed. Tomo V, 1997.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 1999.

MUNHOZ DA CUNHA, Alcides Alberto. Evolução das ações coletivas no Brasil. **Revista de Processo**, São Paulo, nº 77, RT, p. 224-235, 1995.

NERY JR., Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. São Paulo: RT, 1992.

_____; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**. 4ª ed. São Paulo: RT, 1999.

_____. _____. 5ª ed., 2001.

PISAPIA, Gian Domenico. **Compendio di Procedura Penale**. 4ª ed. Padova: Cedam, 1985.

RAMOS, André de Carvalho. A abrangência nacional de decisão judicial em Ações Coletivas: o caso da Lei 9.494/97. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, nº 755, p. 113-120, set. 1988.

TORNAGUI, Hélio. **Compêndio de Processo Penal**. Tomo I, Rio de Janeiro: J. Konfino, 1967.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Class Action e Mandado de Segurança Coletivo**. São Paulo: Saraiva, 1990.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ. Sistema de Bibliotecas. **Normas para apresentação de documentos científicos: citações e notas de rodapé**. Nº 6, Curitiba: Ed. da UFPR, 2000.

_____. _____.: redação e editoração. Nº 8, 2000.

_____. _____.: referências. Nº 6, 2000.

VENTURI, Elton. **Execução da Tutela Coletiva**. São Paulo: Malheiros, 2000.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. A Lei 9.494, de 10 de setembro de 1997, e a nova disciplina da coisa julgada nas Ações Coletivas: Inconstitucionalidade. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, nº 745, p. 67-72, nov. 1997.

ZAVASCKI, Teori Albino. Defesa de direitos coletivos e defesas coletiva de direitos. **Revista de Processo**, São Paulo, nº 78, RT, p. 32-49, 1995.