

**FACULDADES INTEGRADAS**  
**“ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

PÓS-GRADUAÇÃO DE DIREITO E PROCESSO CIVIL DE  
PRESIDENTE PRUDENTE

**A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 16 DA LEI DE AÇÃO  
CIVIL PÚBLICA**

Kamila Nunes

Presidente Prudente/SP

2013

**FACULDADES INTEGRADAS  
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

**PÓS-GRADUAÇÃO DE DIREITO E PROCESSO CIVIL DE  
PRESIDENTE PRUDENTE**

**A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 16 DA LEI DE AÇÃO  
CIVIL PÚBLICA**

Kamila Nunes

Monografia apresentada como requisito parcial de conclusão de curso para obtenção do título de especialização em Direito Civil e Processo Civil sob orientação da professora Fabiana Junqueira Tamaoki Neves.

Presidente Prudente/SP

2013

# **A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 16 DA LEI DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do título de Especialista.

---

Fabiana Junqueira Tamaoki Neves

---

Examinador 1

---

Examinador 2

Presidente Prudente/SP, \_\_\_\_ de \_\_\_\_ de 2013

*(...)Se você quiser atingir uma meta especial, terá que estudar no horário em que os outros estão tomando chope com batatas fritas. Terá de planejar, enquanto os outros permanecem à frente da televisão. Terá de trabalhar enquanto os outros tomam sol à beira da piscina. A realização de um sonho depende de dedicação, há muita gente que espera que o sonho se realize por mágica, mas toda mágica é ilusão, e a ilusão não tira ninguém de onde está, em verdade a ilusão é combustível dos perdedores pois... Quem quer fazer alguma coisa, encontra um MEIO. Quem não quer fazer nada, encontra uma DESCULPA."*

*Roberto Shinyashiki*

Dedico este trabalho aos meus pais, Donizete e Margarete, a quem devo todas as minhas conquistas. Fonte de todos os meus esforços, e que mesmo após a conclusão da graduação, continuam me apoiando e incentivando, sempre torcendo para que eu alcance os meus objetivos. Nada no mundo será capaz de expressar a minha gratidão. Obrigada por tanta força e positividade depositadas em meus projetos. Minha meta é corresponder às expectativas de vocês. Serei eternamente grata.

Aos meus avós, Isabel, Mauro e Fecunde, que sempre se lembram de mim em suas orações, torcendo para que eu realize meus sonhos.

A Dona Olinda, querida avó, sempre e cada dia mais inesquecível. Incomensurável a saudade.

Aos meus irmãos Carlos e Marllon. Por tudo que representam, por serem a alegria da família. Flávia e Katiúscia, cunhadas, hoje essenciais em nossa família.

Giovanna, Pedro Henrique, Anna Clara e Maria Júlia, pela pureza, preciosidade e ternura, amo vocês.

Finalmente, dedico este trabalho a todos os meus familiares e amigos que de alguma forma me apoiaram. A todos o meu muito obrigada.

## **AGRADECIMENTOS**

A Deus, único responsável pelas minhas conquistas e pela bondade em me permitir alcançar esse e tantos outros objetivos.

A minha orientadora, Fabiana Junqueira Tamaoki Neves. Agradeço-lhe por me aceitar como sua orientanda e por ter dispensado seu tempo a este trabalho, sempre de forma tão alegre, disposta, humilde e amiga. Obrigada pelos ensinamentos e pela paciência.

## RESUMO

O presente trabalho é resultado de uma série de pesquisas tendo em vista a conclusão da Pós-Graduação de Direito e Processo Civil da Faculdade Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente, cujo tema é: A Inconstitucionalidade do artigo 16 da Lei de Ação Civil Pública. Trata-se de um assunto polêmico na doutrina e na jurisprudência, e para melhor compreendê-lo, há uma série de questões abordadas no decorrer do texto, como o que é um direito coletivo, quais são suas características e quais as diferenças entre as espécies dos direitos transindividuais, e, como é essencial a todo assunto jurídico, foram destacados os principais Princípios norteadores do direito coletivo, que ajudam a compreender e interpretar melhor os problemas relacionados a matéria. Como o trabalho refere-se a inconstitucionalidade de um artigo infraconstitucional, foi abarcado assuntos como competência, legitimidade, coisa julgada e normas inconstitucionais, dando uma visão geral dos conceitos essenciais. É certo que, a compreensão de tal fenômeno, próprio do direito, é bastante complexo, pois, voltando os olhos para o passado, é possível identificar uma grande controvérsia na doutrina e na jurisprudência acerca do tema, mas que sutilmente vem sendo uniformizada. E por fim é possível concluir que o artigo 16 da Lei de Ação Civil Pública é inconstitucional, pois insere uma limitação territorial aos efeitos da sentença coletiva, que afronta diretamente os Princípios Constitucionais da Proporcionalidade, abrangendo necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito, que é corolário do Princípio do Devido Processo Legal, e também por ser uma ofensa a segurança jurídica e a isonomia. O intento deste trabalho é explicar qual é a razão para se afirmar que o dispositivo analisado é contra as normas constitucionais, por isso, foi preciso ir até a lei que alterou o artigo 16, e demonstrar a sua ineficácia perante o Código de Defesa do Consumidor. Para tanto, foram utilizados o método dedutivo, expondo alguns casos concretos já solucionados pelo judiciário, e também o comparativo, utilizando-se de doutrinas, jurisprudências e da legislação brasileira no que tange a tutela coletiva e a inconstitucionalidade do artigo 16 da Lei de Ação Civil Pública.

**Palavras-chave:** Processo Coletivo. Inconstitucionalidade. Lei de Ação Civil Pública.

## ABSTRACT

This work is the result of a series of surveys with a view to completing the Postgraduate Civil Procedure Law and the Faculty of Toledo Antonio Eufrásio of Presidente Prudente, whose theme is: The unconstitutionality of Article 16 of the Law on Public Civil Action. This is a controversial subject in doctrine and case law, and to better understand it, there are a number of issues addressed throughout the text, as it is a collective right, what are its characteristics and the differences between species trans rights, and, as is essential to any legal issue, we highlight the main principles guiding the collective right, which help better understand and interpret the problems related matter. As the work refers to the constitutionality of an article infra, was encompassed issues such as competence, legitimacy, res judicata and unconstitutional rules, giving an overview of the key concepts. Admittedly, the understanding of this phenomenon, the law itself is quite complex because, looking back to the past, it is possible to identify a major controversy in doctrine and jurisprudence on the subject, but it has been subtly uniform. Finally we conclude that Article 16 of the Law of Civil Class Action is unconstitutional because it inserts a territorial limitation to the effects of collective judgment, which directly affront the Constitutional Principles of Proportionality, covering necessity, appropriateness and proportionality in the strict sense, that is a corollary of the principle of Due Process of Law, and also because it is an offense to legal certainty and equality. The intent of this paper is to explain what is the reason for the claim that the device is analyzed against constitutional norms, so we had to go to the law that amended Article 16, and demonstrate its inefficiency to the Consumer Protection Code . For this, we used the deductive method, exposing some concrete cases already resolved by the judiciary, and also the comparison, using the doctrines, jurisprudence and legislation regarding the Brazilian collective protection and unconstitutionality of Article 16 of the Law of Civil Action Public.

**Keywords:** Collective Process. Unconstitutional. Public Civil Action Act.



## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	<b>11</b>
<b>2 DIREITOS COLETIVOS LATO SENSU</b> .....	<b>14</b>
2.1 Introdução .....	14
2.2 Direitos Difusos .....	15
2.3 Direitos Coletivos <i>Stricto Sensu</i> .....	17
2.4 Direitos individuais homogêneos .....	18
2.5 Princípios Específicos da Tutela Coletiva .....	20
<b>3. AÇÃO CIVIL PÚBLICA</b> .....	<b>27</b>
3.1 A Origem e Evolução da Lei de Ação Civil Pública no Direito Brasileiro .....	27
3.2 Natureza Jurídica da Ação Civil Pública .....	30
3.3. Legitimação .....	31
3.4 Objeto da lei de Ação Civil Pública .....	36
3.5 Juízo competente para a Ação Civil Pública .....	37
<b>4. COISA JULGADA NAS AÇÕES COLETIVAS</b> .....	<b>43</b>
4.1 Espécies de Coisa Julgada .....	44
4.1.1 Coisa Julgada Formal .....	44
4.1.2 Coisa Julgada Material .....	45
4.2 Limites Objetivos e Subjetivos da Coisa Julgada .....	47
4.3 Transporte <i>in utilibus</i> da Coisa Julgada Coletiva .....	50
<b>5 A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 16 DA LEI DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA</b> .....	<b>52</b>
5.1 Normas Inconstitucionais .....	52
5.2 Revisão Jurisprudencial .....	55
5.3 Ineficácia da Lei 9.494/1997 .....	57
5.4 A inconstitucionalidade do artigo 16 da Lei de Ação Civil Pública .....	59
<b>6 CONCLUSÃO</b> .....	<b>64</b>
<b>BIBLIOGRAFIA</b> .....	<b>67</b>



## 1 INTRODUÇÃO

O desígnio deste trabalho é expor quais são os fundamentos que sustentam a alegação de inconstitucionalidade do artigo 16 da lei de Ação Civil Pública, e para tanto, foi preciso compreender o que é o direito coletivo *lato sensu*, quais suas espécies e principalmente as diferenças entre elas, no que consiste a Ação Civil Pública delimitando o âmbito de sua competência e aclarar os conceitos de norma inconstitucional.

A prioridade por este tema deu-se por múltiplos fatores relevantes, como a ampla importância no âmbito do processo civil, principalmente no que tange ao âmbito da tutela coletiva; pelo risco que uma má aplicação da norma pode gerar, atingindo diretamente a segurança jurídica; e, principalmente, pelos prejuízos que a sociedade pode sofrer diante de decisões que, erroneamente, aplicam direitos divergentes a determinados grupos diante das mesmas situações jurídicas ou fáticas.

O intento primordial foi expor de forma breve quais são os fundamentos que sustentam a alegação de inconstitucionalidade do artigo 16 da Lei de Ação Civil Pública, analisando os sujeitos atingidos, o âmbito de competência do juízo que proferiu a sentença coletiva, as particularidades da coisa julgada, suas características, bem como os seus limites subjetivos e objetivos, que são essenciais para a compreensão do tema.

Para tanto, foi utilizado um método dedutivo, pesquisando a regra principal do sistema no que se refere aos limites da coisa julgada no âmbito coletivo, expondo os dispositivos do Código de Defesa do Consumidor, que não abrangem o texto inconstitucional, sendo este dispositivo, portanto, a norma aplicável nas sentenças coletivas; trazendo os posicionamentos dos doutrinadores e da jurisprudência sobre o limite territorial que o legislador buscou, com o fito de persuadir o interprete quanto aos motivos que alicerçam a inconstitucionalidade.

Com o intento de alcançar uma melhor captação sobre o tema, o trabalho foi subdividido em seis capítulos, iniciando com a Introdução e o último capítulo a conclusão. No segundo capítulo, Direitos Coletivos *Lato Sensu*, abordou-se o que são os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos bem como os

princípios norteadores, que servem de base para o direito coletivo, delimitando os caminhos que devem ser satisfeitos.

O estudo do processo coletivo, em qualquer âmbito, exige a compreensão plena do que são os interesses metaindividuais ou transindividuais, que englobam os direitos de certos grupos, classes ou categorias de pessoas. Esses direitos se dividem em: interesses difusos, interesses coletivos em sentido estrito e interesses individuais homogêneos.

Os interesses difusos são aqueles em que há uma indivisibilidade do objeto, em outras palavras, o bem jurídico tutelado não é passível de divisão e verifica-se uma indeterminação dos titulares. Já os direitos coletivos em sentido estrito representam os direitos que têm natureza indivisível, que abarcam titulares determinadas ou determináveis, ligados por uma relação jurídica base. E, os direitos individuais homogêneos são decorrentes de interesses individuais, em que o titular é determinado ou determinável, o objeto é divisível, de origem comum, decorrentes de uma mesma circunstância de fato.

No terceiro capítulo, Ação Civil Pública, analisou-se a história da Lei, origem e evolução, o objeto da tutela coletiva, a legitimidade e o âmbito de competência. Há nesta lei um sistema jurídico próprio disposto no artigo 129, inciso III, da Constituição Federal c.c. artigos 81 ao 104 do Código de Defesa do Consumidor, além de todos os artigos da Lei de Ação Civil Pública e demais leis posteriores. Trata-se de uma ferramenta de caráter constitucional, colocado à disposição da sociedade.

No quarto capítulo, Coisa Julgada nas Ações Coletivas, tratou-se do conceito da coisa julgada, seu âmbito de atuação no processo coletivo, os limites subjetivos e objetivos, e, de forma essencial, do transporte *in utilibus* da coisa julgada, que transporta o julgamento da sentença coletiva para as ações individuais. Mas um dado é indispensável, pois o transporte da coisa julgada somente é aplicado no âmbito coletivo para beneficiar o sujeito da tutela individual.

Indispensável instrumento foi inspirado no Princípio da economia processual e também na coisa julgada *secundum eventum litis*. Ocorre através deste instituto a ampliação do objeto processual, para poder desta forma incluir na coisa julgada a decisão sobre o dever de indenizar. Somente com as regras trazidas pelo Código de Processo Civil, jamais seria possível este importante resultado.

E por fim, no quinto capítulo, objetivo deste trabalho que como tema a Inconstitucionalidade do artigo 16 da Lei de Ação Civil Pública, foi abordado o que é norma inconstitucional, ou seja, que viola os preceitos constitucionais; no que consiste a revisão jurisprudencial, uma evolução do direito, que permite o aprimoramento das interpretações, e a ineficácia da lei 9.494/97, que tem como origem uma Medida Provisória.

Esta lei supracitada alterou o artigo 16 da Lei de Ação Civil Pública, inserindo nela exatamente o texto que tornou inconstitucional, ou seja, o limite territorial da sentença coletiva, que contrariou além dos princípios constitucionais da Proporcionalidade, Segurança Jurídica e Isonomia, o disposto do Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 103, que não faz menção a nenhum limite territorial.

Para que a alteração tivesse qualquer eficácia, o artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor também teria que ter sido alterado, sendo uma norma geral em face da Lei de Ação Civil Pública, os diplomas não podem ser contraditórios. Desta forma, majoritariamente entende-se que a lei 9.494/97 não produziu nenhum efeito. Além disso, o Código de Defesa do Consumidor não contém restrição territorial, e por força do microsistema, o CDC prevalece sobre as regras do artigo 16 da Lei de Ação Civil Pública, devendo ser seguido.

Destarte, o artigo 16 da lei em estudo é inconstitucional, inicialmente por confundir competência com coisa julgada, pois é fácil apreender que a competência do juiz que aprecia a causa não se confunde com os efeitos que uma sentença pode produzir fora da comarca em que foi proferida; e posteriormente também é contrária aos preceitos constitucionais por ofender princípios norteadores, que se não respeitados, estar-se-á limitando o acesso à justiça e aceitando decisões conflitantes sobre fatos idênticos.

## 2 DIREITOS COLETIVOS LATO SENSU

### 2.1 Introdução

Para uma melhor compreensão é preciso inicialmente esclarecer o que são os interesses metaindividuais ou transindividuais, que tratam dos direitos de certos grupos, classes ou categorias de pessoas. Tais direitos se dividem em: interesses difusos, interesses coletivos em sentido estrito e interesses individuais homogêneos.

Tradicionalmente a natureza de direitos sempre foi dividida entre direito público e direito individual. Todavia, os direitos metaindividuais (coletivos) fazem parte de uma terceira categoria. Desta forma, os interesses transindividuais ou também denominados de coletivos em sentido amplo não se amoldam ao interesse público nem ao privado, eles transcendem aos interesses individuais.

Desta forma ensina Fredie Didier Jr (2011, p.75):

Denominam-se direitos coletivos *lato sensu* os direitos coletivos entendidos como gênero, dos quais são espécies: os direitos difusos, os direitos coletivos *stricto sensu* e os direitos individuais homogêneos. Em conhecida sistematização doutrinária, haveria os direitos/interesses *essencialmente* coletivos (difusos e coletivos em sentido estrito) e os direitos acidentalmente coletivos (individuais homogêneos).

Tais interesses alcançam pessoas ligadas por algo em comum, os interesses aqui abordados ultrapassam a esfera individual, vez que amparam as pretensões de várias pessoas ligadas por uma situação de fato ou por todos os sujeitos estarem ligados por uma idêntica relação jurídica. Intensifica-se que interesse, aqui mencionado, tem o sentido de obter uma necessidade de um grupo de pessoas ou toda uma coletividade de pessoas de forma satisfativa.

Assim, são exemplos de interesses transindividuais aqueles interesses de todas as vítimas de um produto maléfico que foi colocado em um estabelecimento comercial. Veja, são pessoas que se unem por uma mesma relação, seja ela fática ou jurídica.

Desta forma, surgiram mecanismos para que algumas pessoas pudessem reclamar por interesses que não lhes pertenciam de forma direta, uma vez que determinados interesses pertencem a toda uma classe, grupo, categoria de pessoas, ou a todos indistintamente.

A evolução do direito e do processo coletivo trouxe algumas divergências, tais como quem teria legitimidade para a defesa dos interesses transindividuais, como analisaremos *a posteriori*, e também divergências quanto à coisa julgada, que historicamente sempre foi *ultra partes*, ou seja, sempre alcançou somente aqueles que faziam parte do processo, mas agora, no processo coletivo, se fez imprescindível estender a todos aqueles que se encontram na mesma situação, obtendo-se o efeito *erga omnes*, para que o processo atinja o seu fim.

## 2.2 Direitos Difusos

Com a transição da sociedade tradicional para uma sociedade moderna, após a revolução Francesa, não existia lugar para o homem particularmente considerado, surgiu uma sociedade de massa, onde por muitas vezes indivíduos são agrupados em numerosas classes ou categorias.

Neste momento constatou-se, então, a necessidade de tutelar outros direitos de forma a abarcar toda aquela categoria de pessoas, nasce neste momento os interesses difusos, que no ordenamento jurídico brasileiro encontra-se no artigo 81, parágrafo único, I do Código de Defesa do Consumidor (lei nº. 8.078/90).

Assim define o Código de defesa do Consumidor:

Artigo 81, parágrafo único, I do CDC:

Interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeito deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

Deste conceito supracitado é possível extrair algumas principais características para poder identificar quando estaria caracterizado um direito difuso. Inicialmente frisa-se que há uma indivisibilidade do objeto, ou seja, o bem jurídico tutelado não é passível de divisão. Verifica-se também a indeterminação dos titulares, tal indeterminabilidade é de natureza absoluta, porquanto não se sabe quem são os titulares hoje e seria impossível algum dia saber.

Não é possível, portanto, nos direitos difusos, quantificar ou fracionar a cada interessado a parcela que lhe cabe daquele interesse apetecido, porquanto, estes interessados aqui abarcados são sujeitos indeterminados ou indetermináveis, visto que estão distribuídos pela coletividade de forma a ser impossível quantificá-los.

Assim elucida Marcos Vinicius Rios Gonçalves (2011, p.15):

Isso demonstra que uma atividade pode violar mais de uma espécie de interesse. Por exemplo, se determinado fornecedor divulga pela televisão um produto farmacêutico que não contém o princípio ativo indicado e que pode causar danos ao consumidor, haverá interesse difuso (indivisível e entre pessoas não identificadas) de todos os consumidores potenciais expostos à propaganda, mas haverá interesse individual homogêneo daqueles que, tendo adquirido o produto, sofreram danos.

A relação que liga os sujeitos é uma relação de fato extremamente mutável, e esta é a diferença central entre os direitos difusos e coletivos em sentido estrito, nos difusos não há relação jurídica entre os titulares; e por fim, nota-se que há uma alta abstração, ou seja, por natureza são voláteis, amplos, *v.g.* a moralidade administrativa, a veracidade da propaganda, o dano ambiental, onde há uma poluição em um rio, atingindo toda a população que dele dependa. Note que não há uma relação jurídica entre essas pessoas, apenas uma situação de fato conexa.

Outro dano difuso ocorre no caso de publicidade enganosa ou abusiva, conduzida através de imprensa (falada, escrita ou televisionada) de forma que afete um número indeterminado de pessoas, inexistindo uma relação jurídica entre eles.



### 2.3 Direitos Coletivos *Stricto Sensu*

O direito coletivo *stricto sensu* está definido no artigo 81, parágrafo único, II, Código de Defesa do Consumidor, que afirma serem direitos transindividuais que têm natureza indivisível, onde são titulares grupo, categoria ou classe que abarcam titulares determinadas ou determináveis, ligados por uma relação jurídica base.

Assim elucida Marcus Vinicius Rios Gonçalves (2011, p. 16):

Os direitos coletivos são definidos de forma indivisível. Não é possível que a ação correspondente beneficie um dos titulares sem beneficiar os demais. Por isso a lei estabelece a coisa julgada *ultra partes*. A decisão judicial ou beneficia todos os que se encontram na situação jurídica base, ou não beneficia ninguém. Trata-se de situação muito diferente da que ocorreria se, em vez de proposta a ação coletiva, fossem inúmeras ações individuais que versassem sobre a cláusula impugnada. Neste caso não haveria indivisibilidade, sendo possível que o judiciário acolhesse algumas e não outras.

Da mesma forma ensina Fredie Didier Jr. E Hermes Zaneti Jr (2011, p. 76):

Nesse particular, cabe salientar que essa relação jurídica base pode dar-se entre os membros do grupo "*affectio societatis*" ou pela sua relação com a parte contrária. No primeiro caso temos os advogados inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil (ou qualquer associação de profissionais); no segundo, os contribuintes de determinado imposto. Os primeiros ligados ao órgão de classe, configurando-se como "classe de pessoas" (advogados); os segundos ligados ao ente estatal responsável pela tributação, configurando-se como "grupo de pessoas" (contribuintes).

Portanto, quis dizer o ilustre professor que a relação jurídica base pode ligar as pessoas de uma mesma classe de forma a motiva-las a alcançar determinado direito, ou uma relação jurídica base com a parte contrária. De um ou

de outro modo, o relevante é que o agrupamento de pessoas provoca uma despersonalização do interesse particular (individual), abrolhando neste momento um interesse que é coletivo, que cinge todos os sujeitos envolvidos.

Verifica-se que os direitos coletivos abrangem o homem socialmente vinculado, não o homem pessoa física. A análise é feita através de membro de grupos autônomos e juridicamente definidos, tais como o associado de um sindicato, o acionista de uma sociedade, o condômino, entre outros. Em razão disso, a satisfação ou lesão do interesse não se dará sem que atinja a todos os integrantes da categoria, grupo ou classe.

Verifica-se que quanto a tutela jurisdicional, importante é identificar um grupo, classe ou categoria, uma vez que aqui a tutela é indivisível. Nota-se, contudo, que a coisa julgada atingirá não só as partes, mas também todo aquele grupo, classe ou categoria de pessoas ligadas pela mesma relação jurídica base.

Por fim, se ao nascer o processo coletivo, anteriormente já havia um processo individual com o mesmo objeto, se os autores das ações individuais quiserem, podem optar pela suspensão do seu processo enquanto se processa a ação coletiva, para desta forma, sejam abrangidos por eventual sentença favorável.

## **2.4 Direitos individuais homogêneos**

A definição dos direitos individuais homogêneos está também no Código de Defesa do Consumidor, no art. 81, parágrafo único, inciso III, que descreve tais direitos como aqueles decorrentes de interesses individuais, em que o titular é determinado ou determinável, no entanto, o objeto é divisível, de origem comum, decorrentes de uma mesma circunstância de fato.

De tal forma, tais direitos têm como características a divisibilidade do objeto, a determinabilidade dos interessados, que tem origem comum em razão de uma natureza fática, como *v.g.* os adquirentes dos veículos, obviamente, são

pessoas indeterminadas, contudo, as vítimas de acidentes são determinadas ou determináveis, de tal modo, cada umas delas, individualmente, poderia propor sua ação de indenização, e o juiz julgar procedente em relação a umas e improcedente quanto as outras, pois o interesse é divisível.

Destarte, a origem comum de todos é o defeito de fabricação como causa originária do acidente e o fato de todos terem adquirido os veículos, portanto, é possível uma tutela coletiva. Veja, nos interesses individuais homogêneos não se nega que os titulares dos interesses tem relação jurídica com o fornecedor, no entanto, a origem do problema não foi o contrato firmado, mas sim o fato de que ocorreu um acidente com vítimas que foi provocado em razão do defeito no carro.

Alguns classificam os direitos individuais homogêneos como direitos acidentalmente coletivos. Estes direitos existem por questões de política legislativa, pois na verdade são pretensões individuais, podendo cada um mover ação individual, mas como muitas pessoas tem a mesma pretensão, por serem direitos individuais concentrados na sociedade, a ação torna-se coletiva.

O legislador permitiu o tratamento coletivo para estas pretensões individuais por várias razões, tais como a econômica processual, pois o único processo acaba solucionando um problema de muitos, assim acaba beneficiando o judiciário, principalmente. Outra razão é a molecularização dos conflitos, ou seja, resolve o problema de forma ampla, e não uma por vez, e impede que haja decisões contraditórias.

Desta feita, além das razões acima abarcadas há uma relevante, que há o aumento do acesso a justiça, uma vez que há direitos que são economicamente inviáveis, como *v.g.* caixinha de leite que vem com 30 ml a menos do que informado no rótulo ou a empresa telefônica que aumenta 1 (um) centavo na conta telefônica de cada um.

Imperioso mencionar que os titulares destes interesses, embora divisíveis, são toda a coletividade, indivisivelmente analisada. Portanto, o pedido feito em juízo nestas ações busca uma única tutela, indivisível. Observe que a divisibilidade apenas se manifestará na fase de liquidação e execução da sentença coletiva.

## 2.5 Princípios Específicos da Tutela Coletiva

Além dos princípios que serão abordados do decorrer do texto, ressalta-se que também se aplicam aos processos coletivos os princípios constitucionais do processo em geral, tais como o princípio do contraditório e da ampla defesa, da razoabilidade e proporcionalidade, isonomia, do juiz natural, da inafastabilidade do controle jurisdicional, da proibição da prova ilícita, da publicidade dos atos processuais, do duplo grau de jurisdição, da celeridade e da duração razoável do processo, dentre outros princípios que são também aplicados no processo coletivo.

Elucida Fredie Didier Jr e Hermes Zaneti Jr (2011, p. 111):

Ao contrário do que viemos expondo, aos princípios processuais propriamente ditos nunca se chegou a negar vigência e validade no âmbito da aplicação do direito. A problemática fundamental tratada em Alexy e Dworkin, bem como as contribuições relevantes prestadas por Humberto Ávila, na tentativa de diferenciar, regras, princípios e postulados como espécies normativas – de valor e relevância imediata no campo do direito constitucional – não chegaram, ainda, a idade madura na ciência processual. Sua transposição para uma dogmática efetiva do processo depende de ulteriores esforços da doutrina e seu valor será principalmente o de esclarecer qual a metódica de aplicação correta, conforme se trate de *norma-princípio*, *norma-regra* ou *postulado normativo aplicativo*.

A criação de uma tipologia dos princípios tem como meta observar as amplas linhas políticas de interpretação e aplicação das regras do processo coletivo. Cumpre ressaltar que são princípios gerais precisamente, pois devem prevalecer em relação a todas as espécies de processos coletivos.

Sempre que se examinam os princípios de determinado ramo do direito, deve-se ter em mente que há sempre desígnios duplos, pois serve de vetor legislativo e de também de vetor interpretativo. Vetor legislativo no sentido de que o legislador deve criar a lei visando cumprir os princípios; vetor interpretativo, uma vez que o aplicador do direito, ao aplicar a norma jurídica, deve potencializar o alcance do princípio.

O escopo do trabalho não é exaurir a análise dos princípios da tutela coletiva, nem obter uma explicação arraigada de cada um deles que aqui serão mencionados, mas tão somente trazer à baila alguns princípios diferenciadores do processo coletivo para uma melhor captação das particularidades deste ramo.

Inicialmente, é indispensável a análise do *princípio da indisponibilidade mitigada da ação coletiva*, que nos traz a ideia de ser vedada a desistência da ação coletiva, uma vez que o objeto da ação não pertence a quem ajuizou a ação, mas a toda coletividade. Porém, o dispositivo só proíbe a desistência infundada.

Neste sentido descreve o artigo 5º, § 3º, da Lei de Ação Civil Pública (lei nº. 7.347/1985):

Art. 5º, § 3º. Em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa.

Da mesma forma também prevê o artigo 9º da lei de ação popular (lei nº. 4.717/1965):

Art. 9º. Se o autor desistir da ação ou der motivo à absolvição da instância, serão publicados editais nos prazos e condições previstos no artigo 7º, II, ficando assegurado a qualquer cidadão, bem como ao representante do Ministério Público, dentro do prazo de noventa dias da última publicação feita, promover o prosseguimento da ação.

Este princípio também é conhecido por alguns doutrinadores de princípio da *disponibilidade motivada da ação coletiva*. Assim ensinam Adriano Andrade, Cleber Masson e Landolfo Andrade (2012, p. 44):

Dada a relevância social dos interesses objeto das ações coletivas, delas não se pode desistir sem um justo motivo, tampouco se pode simplesmente abandoná-las. Segundo esse princípio, a desistência infundada ou o abandono da ação coletiva demandam a assunção do polo ativo pelo Ministério Público ou por outro legitimado (LACP, art. 5º, § 3º; LAP, art. 9º). Se a desistência for fundada (motivada), até mesmo o Ministério Público estará dispensado de assumir o polo ativo.

Por derradeiro, se a parte trazer ao processo um fundamento coerente poderá haver desistência, caso em que o juiz deverá extinguir o processo sem extinção do mérito, conforme artigo 267, VIII, do Código de Processo Civil.

Outro fundamental princípio é o da *indisponibilidade da execução coletiva*, previsto no artigo 15 da Lei de ação civil pública, que descreve:

Art. 15: Decorridos sessenta dias do trânsito em julgado da sentença condenatória, sem que a associação autora lhe promova a execução, deverá fazê-lo o Ministério Público, facultada igual iniciativa aos demais legitimados.

Este princípio é também denominado de *princípio da obrigatoriedade da execução coletiva pelo Ministério Público*, pois diferente do processo coletivo comum, que se o autor deixar de executar o *parquet* é obrigado a executar, no caso da ação civil pública, tal obrigatoriedade só incide após o Trânsito em Julgado.

Adriano Andrade, Cleber Masson e Landolfo Andrade (2012, p. 44/45):

No processo coletivo comum, caso o autor da ação deixe de executar a sentença, o Ministério Público é obrigado a fazê-lo. No caso da ação civil pública, tal obrigação só incide depois do trânsito em julgado.

Um exemplo que aclara bem este princípio é aquele em que o sujeito move ação popular, o réu é condenado a pagar milhões de reais, após a condenação o réu procura o cidadão para que este não o execute, afirmando que pagará uma determinada quantia. O código quis afastar esta conduta criando este princípio e dando a ele natureza absoluta, por não existir exceção.

Uma particularidade do processo coletivo é o princípio do interesse jurisdicional no conhecimento do mérito, embora não haja previsão legal a prática mostra sua vasta aplicação, tal princípio determina uma maior flexibilidade na análise dos requisitos de admissibilidade da ação a bem da solução do conflito pelo mérito.

Um caso que bem exemplifica esta situação é *v.g.* uma ação popular em que durante o processo o autor é condenado, tendo suspenso os direitos políticos, desta forma a parte passaria a ser ilegítima; porém, este princípio permite

que terceiros sejam comunicados para assumir o polo ativo, e caso não encontre nenhum, chama-se o Ministério Público para assumir a titularidade da ação popular, veja, trata-se de uma clara flexibilização das regras processuais.

Além de ser em determinados casos flexibilizada as regras processuais há também o *princípio da prioridade na tramitação legal*, que tal como o anterior, não há previsão legal, mas é muito aplicado na prática e o *princípio da máxima efetividade* ou também conhecido como *princípio do ativismo judicial*, que traz a ampliação dos poderes do juiz para condução do processo, em nome do interesse público primário.

Neste sentido, os poderes ampliados do juiz no processo coletivo são três basicamente, os poderes instrutórios mais acentuados, o controle das políticas públicas pelo Judiciário para que ele possa intervir nas políticas públicas à luz dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, como *v.g.* o município que não tem creche, a Constituição Federal garante a creche para crianças de até 6 (seis) anos, e o prefeito não constrói a creche para fazer asfalto, neste caso o Judiciário pode intervir e determinar que o dinheiro não deve ser usado para o asfalto, mas sim para a creche.

Outro poder ampliado do juiz no processo coletivo é também a *flexibilização procedimental*, que tal como ocorre no princípio acima mencionado, aqui também aclara que o juiz não é preso as regras do Código de Processo Civil, uma vez que ele pode adequar o procedimento às particularidades da causa coletiva.

Para melhor compreender o princípio temos *v.g.* uma ação de improbidade administrativa, como regra o agente deve agir com dolo, caso ao final do processo se constate que houve dano ao patrimônio público, mas ausente o dolo, pelo Código de Processo Civil deveria extinguir o processo, porém, pelo princípio em tela, o juiz pode transformar esta ação em uma ação civil pública para reparação do dano.

Outro princípio que não pode ser esquecido, sobretudo por abranger o tema do presente trabalho, é o *princípio do máximo benefício da tutela jurisdicional coletiva*, previsto no artigo 103, § 3º, do Código de Defesa do Consumidor, que traz o seguinte texto:

Artigo 103 § 3º. Os efeitos da coisa julgada de que cuida o artigo 16, combinado com o artigo 13 da lei n.º 7.347/1985, não prejudica as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste Código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos artigos 96 a 99.

Adriano Andrade, Cleber Masson e Landolfo Andrade (2012, p. 45):

“Trata-se do princípio segundo o qual a imutabilidade dos efeitos da sentença de procedência da ação coletiva beneficia as vítimas e seus sucessores, que, para verem satisfeitas suas pretensões, poderão invocar o direito nela reconhecido, e proceder à liquidação e à execução do título, em proveito individual. Em outras palavras, elas não precisarão ajuizar ações individuais visando a obter um título judicial: desde que estejam incluídas na situação de fato que motivou a sentença coletiva, poderão utilizá-la para, desde já, promover a sua liquidação e execução no que disser respeito aos seus direitos individuais”.

Desta feita, o princípio em apreço diz que a coisa julgada coletiva só beneficia o indivíduo, e nunca poderá prejudicá-lo, pois caso a ação seja julgada improcedente, não fica impedido de mover uma ação individual. Ao tema dá-se o nome de *transporte in utilibus eventum litis* da coisa julgada coletiva, que será avaliado nos próximos capítulos de forma mais aprofundada.

O processo coletivo ainda conta com o princípio da máxima amplitude ou da atipicidade ou da não taxatividade do processo coletivo, previsto no artigo 83 do Código de Defesa do Consumidor, que ressalta:

“Art. 83. Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este Código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela”.

Da mesma forma prevê o artigo 212 do Estatuto da Criança e do Adolescente, conforme o texto que segue:

“Art. 212. Para defesa dos direitos e interesses protegidos por esta Lei, são admissíveis todas as espécies de ações pertinentes.



§1º Aplicam-se às ações previstas neste capítulo as normas do Código de Processo Civil.

§2º Contra atos ilegais ou abusivos de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público, que lesem direito líquido e certo previsto nesta Lei, caberá ação mandamental, que se regerá pelas normas de lei do mandado de segurança.

De tal modo, quis expor o legislador que o rol de ações coletivas não é taxativo, ou seja, qualquer tipo de ação ou procedimento pode ser coletivizado, como *v.g.* o Governo do Estado tem um parque ecológico, uma área de reserva ambiental, no entanto um grupo de moradores invade essa área e passa a morar lá. Neste caso, qualquer da coletividade pode ajuizar a ação possessória coletiva para a retirada dos invasores.

Não menos importante é o *princípio da divulgação da demanda coletiva*, conhecido nos Estados Unidos como *fair notice*, previsto no artigo 94 do Código de Defesa do Consumidor, que prevê a seguinte regra:

Art. 94. Proposta a ação, será publicado edital no órgão oficial, a fim de que os interessados possam intervir no processo como litisconsortes, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social por parte dos órgãos de defesa do consumidor.

Neste sentido, como o processo coletivo interessa a uma gama de pessoas, na medida do possível deve-se dar publicidade aos interessados, como *v.g.* publicação em edital, para que, em querendo, possam intervir no processo coletivo como litisconsortes.

No processo coletivo tem uma característica importante do microsistema representado pelo *princípio da integratividade do microsistema processual coletivo*. O princípio em comento surgiu em razão de haver muitas normas que tratam do processo coletivo. Normas estas que muitas vezes são repetitivas e, em alguns casos, conflitantes, assim, este princípio visa atenuar essa problemática.

Note que o núcleo do processo coletivo é o Código de Defesa do Consumidor e a Lei de Ação Civil Pública, e todas as regras definidas no artigo 21 da Lei de Ação Civil Pública se aplica ao Código de Defesa do Consumidor; e o artigo 90 do Código de Defesa do Consumidor diz que todas as normas previstas

neste dispositivo também se aplicam à Lei de Ação Civil Pública. A este fenômeno se dá o nome de norma de reenvio.

Ocorre que algumas vezes, não existe regulamento para o caso concreto em nenhum destes núcleos aludidos, logo, ao deparar-se com uma dessas situações de ausência de normas, deve-se buscá-la em outros diplomas legais, como *v.g.* no Estatuto da Cidade, Lei de Ação Popular, Lei do Mandado de Segurança, entre outros.

### 3. AÇÃO CIVIL PÚBLICA

#### 3.1 A Origem e Evolução da Lei de Ação Civil Pública no Direito Brasileiro

Quanto à evolução da lei de ação civil pública, no Brasil, com exceção da ação popular, não havia uma norma peculiar que tratasse da tutela dos interesses transindividuais. Ocorre que diante das desigualdades sociais, da destruição do meio ambiente, dentre outros motivos, a sociedade passou a exigir do Estado uma postura que atendesse os direitos da chamada “terceira geração”.

Após debates entre estudiosos do direito, a partir da década de 1970, sob forte influência do sistema jurídico *common law*, notaram que era preciso desenvolver ferramentas processuais aptas para solucionar os litígios de interesses transindividuais.

Com a compreensão destas indigências tornou-se evidente a necessidade de ampliar as hipóteses de legitimação processual para legalmente eleger entes que pudessem promover a defesa destes tipos de interesses que se revelavam como insusceptíveis de tutela sob o enfoque do Código de Processo Civil.

Neste contexto ensina a doutrinadora Susana Henriques da Costa (2006, p. 317/316):

Num contexto mais amplo tratou-se da necessidade de incorporar à nossa legislação aquela que, na lição de Mauro Cappelletti, caracteriza uma das três ondas de renovação do processo, na busca pela superação das limitações decorrentes de sua estruturação baseada numa filosofia liberal extremada. Em conformidade com as observações do mestre italiano, a segunda onda renovatória caracteriza-se, justamente, pela necessidade de serem plasmados institutos e técnicas processuais que possam atender aos conflitos produzidos pela sociedade de massa e que, a exemplo desta, são caracterizados por forte traço coletivo. Esta necessidade já há muito tempo era denunciada por nossa doutrina, merecendo destaque, ente outros, estudo pioneiro de Barbosa Moreira no qual o autor preconizava que o processo sofresse uma transmutação “do individual para o social”, numa indicação, hoje aceita de forma pacífica, de que o instrumento não deve estar predisposto unicamente para solução de conflitos individuais.

O primeiro direito a ser tutelado coletivamente foi o direito ambiental, com o decreto nº. 83.540/1979, que veio para regulamentar o decreto legislativo 74/1976, que passou a conferir legitimidade ativa ao *parquet* para a apuração da responsabilidade civil do causador do dano ambiental.

Poucos anos depois, nasceu a lei nº. 6.938/1981, estendendo a responsabilização civil para todos os casos de dano ambiental. Quatro meses após entrou em vigor a lei complementar nº 40 de 1981, estabelecendo função institucional do Ministério Público a promoção da ação civil pública.

Morauri Ciocchetti de Souza, no entanto, faz uma crítica a lei complementar (2003, p. 39):

Não obstante tenha introduzido no ordenamento jurídico a ação civil pública, a Lei Complementar 40 em momento algum esclareceu qual o objetivo de mencionado instrumento processual, apenas dizendo-o 'cabível na forma da lei.

Desta feita, a doutrina brasileira passou a se aprofundar nos estudos referentes ao tema, buscando amparo na legislação. Foi neste cenário que nasceu a lei de ação civil Pública, lei nº 7.347/1985, a mais expressiva lei de proteção dos interesses transindividuais, que inovou o sistema jurídico brasileiro, possibilitando que determinadas entidades, dentre elas o Ministério Público, pudessem promover a defesa dos interesses coletivos, tais como o meio ambiente, o patrimônio histórico, estético, turístico, paisagístico, artístico, e também a defesa dos direitos dos consumidores, dentre outros.

A referida lei foi oriunda do projeto de lei 3.034/1984 elaborado pelos doutrinadores Cândido Rangel Dinamarco, Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe, Waldemas Mariz de Oliveira Júnior e aprimorado pelos conhecimentos de José Barbosa Moreira. Na Câmara dos Deputados o projeto recebeu o número de 4.984/85 e no Senado Federal o número de 20/85.

Adriano Andrade, Cleber Masson e Landolfo Andrade (2012, p. 40):

O primeiro anteprojeto voltado para tal finalidade foi de autoria dos Professores Cândido Rangel Dinamarco, Ada Pellegrini Grinouver, Kazuo Watanabe e Waldemar Mariz de Oliveira Júnior, acolhido em projeto de lei do Deputado Federal Flávio Bierrembach (PL 3.034/1984). Os então Promotores de Justiça do Estado de São Paulo Antônio Augusto Mello de Camargo Ferraz, Édis Milaré e Nelson Nery Junior, efetuando algumas modificações ao trabalho daqueles acadêmicos, elaboraram outro anteprojeto, que acabou encampado pelo Executivo Federal na forma de projeto de lei. Este projeto foi enviado ao Legislativo em 1985 (PL 4.984/1985 no Senado), e, por questões regimentais, tramitou mais rapidamente que o “projeto Bierrembach”, resultando na Lei 7.347/2985.

Três anos após, com a Constituição Federal de 1988, o artigo 129, inc. III, ampliou o rol dos interesses difusos ao menos no que se refere ao Ministério Público, estabelecendo que promover a ação civil pública para a defesa dos interesses coletivos é função institucional do *parquet*.

Prestigiando a inovação da ação civil pública, várias leis estenderam também a estas ações a tutela de interesses transindividuais, como a lei que protege as pessoas portadoras de deficiência, lei nº. 7.853/1989; as crianças e os adolescentes, lei nº. 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente); dos consumidores, lei nº. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor); da probidade administrativa, lei 8.429/92; e também da proteção da ordem econômica, lei nº. 8.884/94.

Nota-se que a lei de ação civil pública, recepcionada pela Magna Carta de 1988, além de ensejar inegável progresso para o ordenamento brasileiro, ampliou a sociedade civil, pois abriu-se novos horizontes, onde valores coletivos passaram a ser tutelados perante a justiça.

A evolução é constante, inclusive no ano de 2007, entrou em vigor a lei 11.448/2007, que ampliou o rol que estabelece a legitimidade ativa para a propositura de ação civil pública, pois conferiu também a defensoria pública esta possibilidade. Neste sentido, destaca-se que muito há de ser feito em busca da tutela coletiva e do ideal de justiça, tutelando as gerações presentes e futuras.

A Ação Civil Pública traz consigo um sistema jurídico próprio, com qualidades peculiares. Este sistema está disposto no artigo 129, inciso III, da Constituição Federal c.c. artigos 81 ao 104 do Código de Defesa do Consumidor, além de todos os artigos da Lei de Ação Civil Pública e demais leis posteriores. Trata-se, portanto, de um instrumento de caráter constitucional, colocado à

disposição da sociedade, destinado à tutela de todos os interesses transindividuais existentes.

### 3.2 Natureza Jurídica da Ação Civil Pública

Imperioso mencionar que a natureza jurídica da lei de ação civil pública é analisada de acordo com seu objeto, uma vez que esta lei pode conter, ao mesmo tempo, normas de direito processual e material, assim como o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código de Defesa do Consumidor.

Autores como Pedro da Silva Dinamarco, Edis Milaré, Hely Lopes Meirelles, Nelson Nery Júnior, entendem que a referida lei tem natureza jurídica processual. De tal modo descreve Pedro da Silva Dinamarco (2001, p.47):

A lei n. 7.347/85, não visa a criação de regras de comportamento para as pessoas, na vida em sociedade. Ela contém apenas regras procedimentais a serem seguidas pelo juiz e pelas partes sempre que surgir um conflito de interesses envolvendo direitos e interesses metaindividuais que tenham sido lá especificados. Trata do foro, rito, legitimidade, atuação do Ministério Público, sentença, coisa julgada, execução, aplicação subsidiária do Código de Processo Civil etc. Ela depende essencialmente das normas de direito material para que possa ter vida.

Este mesmo entendimento seguem Adriano Andrade, Cleber Masson e Landolfo Andrade (2012, p. 51):

É possível vislumbrar, em uma determinada norma, uma natureza exclusiva ou predominantemente de direito material ou de direito instrumental, conforme o diploma em análise. A LACP, especificamente, é lei de natureza *predominantemente processual*, pois objetiva, basicamente, oferecer os instrumentos processuais aptos à efetivação judicial dos interesses difusos reconhecidos nos textos substantivos.

Em uma análise pautada da lei de ação civil pública é possível constatar que quase todos os artigos visam regrar um instrumento processual

voltado a proteção dos direitos coletivos, por esta razão afirma a melhor doutrina ser a lei em comento uma norma processual.

Porém, excepcionando esta regra, há apenas dois artigos que tratam de direito substantivo, quais sejam, o artigo 10, que descreve o crime de descumprimento das requisições formuladas pelo *parquet*, quando o atendimento for indispensável; e o outro dispositivo que excepciona a regra é o artigo 13, que trata do fundo para constituição dos bens lesados, com o fito de perceber os recursos provenientes das condenações em dinheiro.

### **3.3. Legitimação**

Inicialmente é preciso abordar alguns conceitos diretamente ligados ao tema para uma melhor abrangência, pois o nosso ordenamento jurídico diferencia a legitimidade ordinária da legitimidade extraordinária na defesa dos interesses em juízo.

A “legitimidade ordinária” encontra fundamento no Código de Processo Civil, no artigo 3º, que dispõe que para propor a ação é necessário ter interesse ou legitimidade. Legitimados, portanto, são aqueles que têm um interesse em conflito e são titulares do direito material ou substancial. Na legitimidade ordinária há uma concentração de um único sujeito como titular da relação de direito material e do direito de ação, trata-se de uma legitimação de caráter dúplice.

De outra feita, a legitimidade extraordinária é aquela que pode ser outorgada através de expressa autorização legal, conforme artigo 6º do Código de Processo Civil. Tal legitimidade contempla a possibilidade de se demandar em nome próprio um direito ou interesse alheio. A doutrina tem denominado esta legitimidade de “substituição processual”, uma vez que o legitimado ordinário é substituído pelo extraordinário.

Esta substituição pode ser realizada de forma concorrente ou exclusiva. Será concorrente quando a lei prever uma pluralidade de pessoas

legitimadas para propor a mesma ação, como ocorre na defesa do meio ambiente. Diferentemente, será substituição exclusiva quando a lei, e tão somente ela, reserva ao legitimado extraordinário a posição do legitimado ordinário do direito discutido.

Conforme exposto acima, a legitimidade ativa na ação civil pública é outorgada de forma extraordinária, autônoma, e disjuntiva, uma vez que os legitimados para a ação coletiva estão simultaneamente arrolados, sendo que a legitimidade de um não exclui a do outro, havendo possibilidade de litisconsórcio entre eles.

Desta forma ensinam os autores Adriano Andrade, Cleber Masson e Landolfo Andrade (2012, p. 59):

No tocante à natureza jurídica da legitimação para agir nas ações coletivas, anote-se, inicialmente, que se trata de legitimação concorrente e disjuntiva: Concorrente (como expressamente refere o art. 82, *caput*, do CDC), porque a legitimidade não foi deferida com exclusividade a determinado ente. Desde que preenchidos os requisitos legais, todos aqueles previstos nas citadas normas podem propor a ação civil pública; Disjuntiva, porque cada legitimado pode agir sozinho, caso queira. O litisconsórcio com qualquer ou quaisquer dos outros legitimados é facultativo, é o que se infere da leitura dos §§ 2º e 5º do art. 5º da LACP.

Quis o doutrinador aclarar que a natureza desta legitimidade da ação civil pública, qualquer que seja seu legitimado, se dará em regime de substituição processual. Os legitimados estão todos contemplados no artigo 5º da lei de Ação Civil Pública e no artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor. Ambos os estatutos consagram basicamente duas espécies de legitimados ativos, quais sejam, os órgãos públicos e as associações.

Assim exhibe Eurico Ferraresi (2009, p. 205):

O artigo 5º da lei de Ação Civil Pública, com a redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007, enumera os legitimados ativos à ação coletiva; infere-se do dispositivo que tem legitimidade: I – O Ministério Público; II – A defensoria Pública; III – a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; IV – A autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; V – a associação que, concomitantemente: a) esteja constituída há pelo menos 1 ano nos termos da lei civil; b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.



Portanto, quanto aos legitimados para a ação civil pública, não há um único titular que possa se afirmar dono do interesse objetivado, até porque o que se busca é a defesa da tutela de interesses metaindividuais, e, por esta razão, muitos são os que têm interesse em propor ações coletivas em prol da sociedade.

Inclusive, confirmando o exposto, foi incluída a legitimidade da Defensoria Pública para a ação civil pública, que, conforme menciona a Magna Carta, em seu artigo 134, é uma instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa em todos os graus. Tal legitimidade foi exposta no artigo 5º, II, da Lei de Ação Civil Pública.

Ressalta-se que ao incluir a defensoria como legitimado, o dispositivo não fez ressalvas, desta forma, em se tratando de direitos coletivos e individuais homogêneos, não há grandes problemas, pois o grupo é facilmente identificado, facilitando a análise da hipossuficiência. A dificuldade do tema surge quando se está diante de direitos difusos, como *v.g.* um dano decorrente de publicidade enganosa.

Neste ponto é possível verificar que o benefício da ação movida pela Defensoria Pública não será somente dos necessitados economicamente, mas de toda a coletividade. E deve-se entender como legítima esta atuação da defensoria, mesmo abrangendo pessoas não necessitadas, neste caso, o princípio da dignidade da pessoa humana deve prevalecer frente as atribuições da defensoria em prol dos necessitados.

Com relação ao Ministério Público, nota-se que esta legitimidade abarca o Ministério Público da União, que compreende o Ministério Público Federal, do trabalho, militar e do Distrito Federal e também o Ministério Público dos Estados, conforme dispõe o artigo 128 da Constituição Federal.

Neste sentido, é indispensável destacar a Súmula nº. 7 do Conselho Superior do Ministério Público Paulista que estabelece a seguinte redação:

O Ministério Público está legitimado à defesa de interesses individuais homogêneos que tenham expressão para a coletividade, como: a) os que digam respeito à saúde ou à segurança de pessoas, ou ao acesso das crianças e adolescentes à educação; b) aqueles em que haja extraordinária dispersão dos lesados; c) quando convenha à coletividade o zelo pelo funcionamento de um sistema econômico, social ou jurídico.

A lei 7.347/1985, nos incisos I e II do artigo 5º, previu dois requisitos imprescindíveis a determinados legitimados para a propositura da ação coletiva. O primeiro requisito é estar há pelo menos 1 (um) ano constituído, nos termos da lei civil, este é denominado de “requisito de pré-constituição”. E o segundo requisito é que inclua entre as suas finalidades institucionais a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, batizado de “requisito da pertinência temática”.

Tal pertinência temática é conhecida por alguns doutrinadores como representatividade adequada, conforme descreve Pedro da Silva Dinamarco (2001, p. 201 e 202):

Este termo é originário do sistema americano de tutela dos interesses metaindividuais. É utilizado pela doutrina para fazer menção ao binômio legitimidade e interesse de agir, os quais deverão estar presentes na propositura da ação. Entretanto, naquele país, a representatividade adequada representa um conjunto de fatores que devem ser aferidos concretamente pelo juiz durante todo o curso do processo, com o intuito de verificar se o autor é pessoa idônea para figurar como parte na demanda coletiva. Neste sistema, qualquer um do povo está legitimado à propositura da *class action* (ação de classe), desde que preencha alguns requisitos, como por exemplo, fazer parte da classe ou grupo. Alguns doutrinadores defendem que no Brasil não excite o instituto da representatividade adequada, pois, segundo eles, a legitimidade firmada em lei para a propositura da ação civil pública não permite que essa ação seja manejada pelo particular em defesa do bem transindividual, por derradeiro, a legitimidade para tal omissão somente é concedida aos representantes institucionais, o que, em essência, não configuraria a representatividade adequada nos moldes concebidos pelo direito norte-americano.

Cumpra elucidar que com relação ao “requisito da pré constituição” da pessoa jurídica, poderá o juiz dispensá-lo quando haver interesse social comprovado pela dimensão ou característica do dano, ou ainda, pela relevância do bem jurídico a ser tutelado. Já quanto ao “requisito da pertinência temática”, este não poderá ser dispensado pelo juiz, uma vez que as associações civis, sindicatos, fundações privadas e entidades da administração pública direta e indireta, devem especificamente estar destinados a defesa dos interesses transindividuais.

A lei de ação civil pública não trouxe em seus artigos quem teria legitimidade para figurar no polo passivo da demanda. No entanto, a doutrina entende que pelo fato de a lei de ação civil pública não ter especificado, poderá ser ajuizada em face de qualquer pessoa, seja ela física ou jurídica, de direito público ou privado.

Desta feita, a ação civil pública poderá ser intentada em face de todos aqueles que direta ou indiretamente deram ou dariam causa ao dano alegado. No entanto, não é possível propor ação civil pública contra os órgãos ou agentes do Estado desprovidos de personalidade jurídica, como o governo do Estado, o Ministério Público, o presidente do Tribunal de Justiça, e outros.

É o que dispõe Mazzilli (2002, p. 317-318):

A pretensão não pode voltar-se contra integrantes de um dos Poderes do Estado que tenham atingido impessoalmente na qualidade de órgão ou agente do Estado; nesse caso, a eventual ação civil pública a ser proposta deverá sim ser endereçada apenas contra a respectiva pessoa jurídica de direito público interno, que se vincula, pela relação de organicidade, à responsabilidade pelo ato praticado pelo seu agente. Não se tratando de caso em que a lei expressamente consinta aos órgãos do Estado desprovidos de personalidade jurídica que integrem o polo passivo da ação, sua intervenção no processo coletivo seria inadmissível.

Ressalta-se, no entanto, que embora o Ministério Público não possa ser réu em uma ação civil pública, por faltar-lhe personalidade jurídica, o mesmo não ocorre com seus membros se no exercício da função agir com dolo ou mesmo com fraude.

Destarte, os entes políticos, ou seja, a União, Estados e municípios são os que responderão pelos atos lesivos praticados pelos seus agentes no exercício da função pública. Veja que há claramente aqui uma influência da responsabilidade objetiva, neste caso é o ente político que, ao permitir a atividade nociva ou deixar de coibi-la, responderá de forma objetiva, podendo regressar contra seu agente, caso tenha agido com culpa ou dolo, ou seja, regresso de forma subjetiva.

### 3.4 Objeto da lei de Ação Civil Pública

A lei de Ação Civil Pública tem por escopo tutelar interesses metaindividuais, trata-se de direitos relacionados ao patrimônio cultural, ao meio ambiente, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, entre outros. Assim, verifica-se que qualquer interesse difuso ou coletivo pode ser defendido através da ação civil pública ou coletiva.

Ressalta-se que no ordenamento jurídico de forma geral inexistem uma taxatividade, vedação ou obstáculo à defesa dos interesses metaindividuais.

Veja neste sentido Adriano Andrade, Cleber Masson e Landolfo Andrade (2012, p. 102):

Não existe um rol exaustivo de direitos transindividuais passíveis de proteção via ação civil Pública, uma vez que a previsão legal é *numerus apertus*. Por tal razão, limitamo-nos a indicar aqueles cuja defesa por meio desse instrumento está expressamente prevista no ordenamento:

- a) Meio ambiente (sua integridade e seu equilíbrio ecológico), abrangendo seus componentes naturais, artificiais (ordem urbanística) e culturais (CF, LACP, LONMP, LOMPU, LPNMA, entre outras);
- b) Ordem econômica e a livre concorrência (LACP, LOMPU, Lei 12.529/2011);
- c) Economia popular (LACP);
- d) Direitos dos consumidores (CF, LONMP, LOMPU, Lei de Improbidade Administrativa, entre outras);
- e) Patrimônio público e social (CF, LONMP, LOMPU, Lei de Improbidade Administrativa, entre outras).
- f) Direitos dos portadores de deficiência (Lei 7.853/1989, entre outras);
- g) Direitos dos investidores no mercado de valores mobiliários (Lei 7.913/1989);
- h) Direitos da família (LOMPU);
- i) Direitos da criança e adolescentes (Estatuto da Criança e do Adolescente, LOMPU, entre outras);
- j) Direitos dos idosos (Estatuto do Idoso e LOMPU, entre outras);
- k) Direitos das comunidades indígenas e minorias étnicas (LOMPU);
- l) Integridade das mulheres nos meios doméstico e familiar (Lei 11.340/2006, conhecida como Lei “Maria da Penha”).

A lei nº 7.347/1985 prevê em seu artigo 3º as formas de tutela jurisdicional, e o dispositivo expõe que pode a ação civil pública ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer. E neste mesmo sentido o artigo 11 do mesmo diploma legal prescreve que quando o objeto for

obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se compatível, mesmo que não haja pedido do autor.

Note, portanto, que a ação civil pública tem natureza condenatória, uma vez que visa cominar ao infrator uma obrigação de fazer ou de não fazer, ou seja, que recomponha em espécie o interesse violado. Ressalta-se que ao estudar o artigo 4º da mesma lei, verifica-se que é possível utilizar a ação civil pública como um instrumento de prevenção, ou seja, com o fito de evitar um dano.

Logo, a lei em tela traz consigo três objetivos, quais sejam, a prevenção, reparação e o ressarcimento. A reparação se fará necessária quando não foi possível a prevenção, e o ressarcimento é a indenização quando a função preventiva foi ineficaz e o dano considerado irreparável tecnicamente.

### **3.5 Juízo competente para a Ação Civil Pública**

Quanto ao juízo competente para o ajuizamento da ação civil pública, têm-se algumas regras que dizem que se o interesse é difuso, coletivo ou individual homogêneo a ação deverá ser proposta no local do dano, em razão da facilidade, pois as chances de aquele juízo poder ter presenciado o dano e todo o impacto social é maior.

Neste sentido dispõe o artigo 2º, *caput*, da Lei de Ação Civil Pública c.c. o artigo 93 do Código de Defesa do Consumidor, que disciplinam sobre a competência territorial, levando em conta o local de onde o dano ocorreu ou poderá ocorrer.

Proclama o artigo 2º, *caput*, da lei em comento:

Artigo 2º. “As ações previstas nesta Lei serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo prejuízo terá competência funcional para processar a julgar a causa”.

No mesmo sentido, o artigo 93 do Código de Defesa do Consumidor dispõe, *in verbis*:

Artigo 93. Ressalvada a competência da Justiça Federal, é competente para a causa a justiça local:

- I- No foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local;
- II- No foro da Capital do Estado ou no Distrito Federal para os danos de âmbito nacional ou regional, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente.

Embora seja regra de direito territorial, a lei o reconhece como de natureza funcional, e, por consequência, de caráter absoluto e não relativo, não admitindo prorrogação, e, caso esta regra seja violada, gera nulidade absoluta.

Observa-se que em razão do artigo 21 da Lei de Ação Civil Pública e do artigo 90 do Código de Defesa do Consumidor, as normas dos dois diplomas citados são reciprocamente aplicáveis, pois estamos diante de um microsistema do direito processual coletivo.

Quanto aos direitos individuais homogêneos, esta regra acima mencionada desenvolve algumas particularidades em decorrência da extensão do dano. Assim, se o dano for regional, a competência para processar a ação será da Capital do Estado, se nacional, a competência será da Capital Federal.

No que diz respeito à Competência da Justiça Federal, aplicam-se o que prevê o artigo 109 da Constituição Federal. Ressalve que a Justiça Estadual não substitui a Justiça Federal, mesmo que não exista no local do dano uma Vara da Justiça Federal. Portanto, não se aplica a regra do artigo 109, § 3º, da Constituição Federal, pois falta expressa previsão legal.

Adriano Andrade, Cleber Masson e Landolfo Andrade (2012, p. 115):

A competência das Justiças Estaduais e da Distrital também é residual em relação à competência da Justiça Federal. Primeiro, verifica-se se a causa se insere dentre aquelas de competência da Justiça Federal. Caso contrário, será da competência de uma das Justiças Estaduais ou da Distrital, definida conforme a regra da competência de foro. A competência cível da Justiça Federal está determinada na própria Constituição Federal,

no seu art. 109. Dentre as hipóteses nele previstas, as que mais frequentemente se verificam são as do seu inciso I: “as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto das de falência, as de acidente de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho”. A locução *entidade autárquica* compreende, também as fundações públicas federais.

Salienta-se que para fixação da competência de acordo com o artigo 109 da Constituição Federal, que é *ratione personae*, é preciso analisar se as pessoas elencadas no rol do dispositivo figuram na redação jurídica processual. Caso estejam presentes, a Justiça Federal será competente, caso contrário, a competência será da Justiça Estadual, ressalvado a Justiça Eleitoral e trabalhista.

Vale advertir que alguns casos ainda são mais peculiares, como no caso de o dano coletivo ocorrer em comarcas contiguas, mas em Estados diferentes, a competência é do local do dano e aqui aplica-se a prevenção. Alerta-se que nas ações coletivas não cabe foro de eleição, e corroborando esta regra o Código de Defesa do Consumidor diz que a cláusula que fixa o foro de eleição será uma cláusula nula.

No que tange as ações de improbidade administrativa, a competência é do local do dano, ou pelo local da sede da pessoa jurídica prejudicada ou entidade integrante da Administração Pública. No caso do Estatuto da Criança e do Adolescente a competência difere, pois esta é fixada em razão do local da ação ou omissão, assim, destaca-se que pode haver situações em que o foro competente não será o do local do dano.

Embora exista previsão constitucional de competência originária por prerrogativa de função do STF e do STJ para processar algumas ações penais, como *v.g.* as ações em face do Presidente da República, em que a competência será do Supremo Tribunal Federal, e algumas ações constitucionais, como *v.g.* o Mandado de Segurança contra algumas autoridades, é indispensável elucidar que não existe norma neste sentido auferindo competência originária aos tribunais de superposição na ação civil pública.

Complementando esta ideia, Adriano Andrade, Cleber Masson e Landolfo Andrade (2012, p. 113):

A propósito, o STF já decidiu que o fato de o Presidente da República ou um Ministro de Estado estar no polo passivo de uma ação civil pública não o faz competente originariamente para processá-la, pois tal hipótese não está prevista no art. 102 da Lei Maior. Do mesmo modo, o fato de um Governador ou de um Deputado Estadual figurar no polo passivo de uma ação civil pública não afasta a competência originária dos órgãos de primeiro grau para processá-la e julgá-la. Em regra, portanto, não existe foro por prerrogativa de função para ações civis públicas.

Quanto a Improbidade Administrativa, a questão apresenta uma peculiaridade digna de nota, pois o STF entende que é sua a competência originária para ações de improbidade administrativa que for ajuizada em face de seus membros, pois não há neste caso previsão legal. A prerrogativa de foro neste caso decorre do sistema estabelecido na Constituição Federal, que prevê aos Ministros foro por prerrogativa nos crimes comuns, na Corte, e nos crimes de responsabilidade, no Senado Federal.

Por esta razão, estaríamos diante de um contrassenso se permitissem que um Ministro fosse julgado por outro órgão em ação diversa em que as sanções englobam também a perda do cargo. No sentido deste posicionamento do Supremo Tribunal Federal, partindo da premissa de que os Governadores de Estado igualmente desfrutam desta prerrogativa de foro nos crimes comuns e de responsabilidade, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que é sua a competência para processar as ações de improbidade administrativa em face do Governador.

Importante aludir a questão da conexão e da continência na Ação Civil Pública. Dispõe o artigo 103 do Código de Processo Civil que duas ações são conexas quando lhes for comum o objeto ou a causa de pedir, e destaca a doutrina que basta algum vínculo entre existente entre as ações, dispensando coincidência total do objeto ou dos fundamentos.

Neste sentido, Fábio Ramazzini Becharia (2009, p. 12):

Tem-se o fenômeno da conexão quando duas ou mais ações são propostas, sendo coincidentes apenas em parte. Já a continência pressupõe no mínimo duas ações, em que uma delas está contida na outra. E há litispendência quando duas ou mais ações são idênticas. Quando tais fenômenos ocorrerem na ação civil pública, na ação coletiva ou na ação popular, o procedimento será o abaixo descrito. Nestas ações é possível que autores diferentes estejam pedindo a mesma coisa (pedido), com a mesma causa de pedir, e com diferentes partes. Se não há ações idênticas, não se pode falar em litispendência. Já a conexão e a continência mostram-se possíveis, como na hipótese de suspensão da ação individual proposta simultaneamente à ação coletiva ou civil pública, como já estudado acima.



A continência, portanto, nos termos do artigo 104 do Código de Processo Civil, está presente sempre que houver as mesmas partes e à causa de pedir de duas ou mais ações, mas o objeto de uma ação, por ser mais amplo, engloba o da outra demanda.

A doutrina costuma chamar a continência de litispendência parcial, pois é na litispendência que se encontram as mesmas partes, pedido e causa de pedir. Assim, sempre que as ações forem continentes também serão conexas, uma vez que a relação da continência pressupõe também identidade de causa de pedir.

Imprescindível mencionar que uma vez constatada a conexão ou a continência, as ações podem ser reunidas e decididas conjuntamente para evitar conflito lógico ou prático de julgados. Observe, entretanto, que há uma certa discricionariedade do magistrado, que analisará no caso concreto.

Desta forma ensina Ricardo de Barros Leonel (2002, p. 249):

O primeiro, não obstante admitido pelo direito, causa o desprestígio e o descrédito na prestação jurisdicional. Com o segundo não pode conviver o ordenamento, pois implica dúvida concreta a respeito de qual das decisões praticamente conflitantes deve ser cumprida, com o conseqüente desrespeito de uma delas.

Deste feita, é possível a conexão e a continência nas ações civis públicas. Mas atenção, a identidade de autores das ações civis públicas, para efeitos da configuração da continência é diferente, uma vez que o que importam, em seu lugar, é a identidade dos titulares do direito material defendido pelos autores. Para que se verifique a continência entre ações coletivas, é somente necessário a coincidência dos réus e de causa de pedir, e o objeto de uma seja mais amplo que a outra.

Por fim, é também possível a conexão entre ações civis públicas, ações populares e mandados de segurança coletivos. E, no mesmo sentido, cabe conexão entre ação civil pública e ações individuais, bastando a identidade de causa de pedir ou de objeto.

Sendo o caso de reunião de ações, ela se verificará no juízo prevento, que terá sua jurisdição ampliada para abranger aquelas que tramitavam originariamente perante outros juízos. Note que nas ações civis públicas a prevenção se dará em face do juízo perante o qual houve a propositura da primeira ação, e, de acordo com o artigo 263 do Código de Processo Civil, considera proposta a ação quando a inicial é despachada ou simplesmente distribuída quando houver mais de uma vara naquele juízo.

## 4. COISA JULGADA NAS AÇÕES COLETIVAS

Ao longo dos séculos a história demonstrou que o homem, por si só, não reúne aptidão para acabar com conflitos de seus interesses. Para suprir esta deficiência, o Estado passou a delegar tal mister. No entanto, a composição de conflitos delegada não solucionou o inconformismo do ser humano frente às decisões que não lhe favorecia. Surgiu neste momento a necessidade de fazer com que as decisões fossem tomadas por um grau que tornasse a questão indiscutível.

A este fenômeno dá-se o nome de coisa julgada. Neste sentido adverte Cândido Rangel Dinamarco (2000, p. 212):

...as funções da coisa julgada *tout court* é a de proporcionar segurança nas relações jurídicas, sabendo-se que a insegurança é gravíssimo fato perverso que prejudica os negócios, o crédito, as relações familiares e, por isso, a felicidade das pessoas ou grupos. A imutabilidade da sentença e de seus efeitos é um dos mais importantes pesos responsáveis pelo equilíbrio entre exigências opostas, inerente a todo sistema processual.

Neste contexto, cumpre destacar que a coisa julgada não é um efeito autônomo da sentença, vez que trata-se de uma qualidade, um modo de ser, uma intangibilidade, definitividade de decisão. É a coisa julgada uma qualidade de os efeitos da sentença permanecerem imodificáveis no tempo. Logo a coisa julgada não é elemento essencial da sentença, uma vez que a existência desta independe daquela.

Frise-se que a coisa julgada não é instrumento de justiça, e sim uma garantia da segurança que impõe a definitividade da solução judicial acerca da situação jurídica. Em suma, entende-se por coisa julgada a imutabilidade da norma contida na parte dispositiva da decisão.

## 4.1 Espécies de Coisa Julgada

No ordenamento jurídico Brasileiro a Coisa Julgada pode incidir de duas formas, vislumbra-se que dependendo das circunstâncias processuais, a Coisa Julgada produzirá uma imutabilidade da sentença para dentro do processo ou, em outros casos, poderá a sentença ser imutável tanto dentro quanto fora do processo, e não será mais possível rediscutir judicialmente a matéria abarcada na sentença.

### 4.1.1 Coisa Julgada Formal

A coisa julgada formal decorre da imutabilidade da sentença dentro do processo em que foi proferida frente a preclusão dos prazos recursais, ou seja, daquela decisão que não pode mais ser impugnada por recurso, ou pelo fato de já se ter esgotada toda a via recursal.

Assim ensina Fredie Didier Jr. (2010, p. 408):

A coisa julgada formal é a imutabilidade da decisão judicial dentro do processo em que foi proferida, porquanto não possa mais ser impugnada por recurso – seja pelo esgotamento das vias recursais, seja pelo decurso do prazo do recurso cabível.

Ainda sobre o tema, explica Greco Filho (2009, p. 249):

Quando estiverem esgotados todos os recursos previstos na lei processual, ou porque foram todos utilizados e decididos, ou porque decorreu o prazo de sua interposição, ocorre a coisa julgada formal, que é a imutabilidade da decisão dentro do mesmo processo por falta de meios de impugnação possíveis, recursos ordinários ou extraordinários. Todas as sentenças, em certo momento, fazem coisa julgada formal.

Observa-se que a coisa julgada formal é um fenômeno endoprocessual, ou seja, refere-se a irrecorribilidade da decisão judicial dentro do processo, de tal forma que não impede que o objeto do julgamento volte a ser discutido em outro processo.

Desta feita, as sentenças que fazem coisa julgada formal são aquelas em que extinguem o processo sem o julgamento do mérito, permitindo a repropositura da mesma demanda em outro processo, o que não é mais possível é que se discuta novamente a questão naquele mesmo processo.

Para uma melhor compreensão, um corriqueiro caso de coisa julgada formal ocorre quando se percebe a falta de uma das condições da ação, caso em que se extingue o processo e fica impossibilitada de discutir aquela matéria, no entanto, é dada a escolha a parte para repropor a ação para que a lide seja solucionada.

No entanto, mesmo havendo a coisa julgada formal, não impede, conforme dispõe o artigo 463 do Código de Processo Civil, que uma vez publicada a sentença, o prolator a requerimento da parte interessada ou até mesmo de ofício sane os erros materiais ou meramente de cálculo.

#### **4.1.2 Coisa Julgada Material**

A coisa julgada material incide na imutabilidade dos efeitos da sentença para fora do processo em que ela foi proferida, impede-se que nova demanda seja reproposta. Tal instituto está expresso no Código de Processo Civil em seu artigo 467. Trata-se, portanto, da imutabilidade e indiscutibilidade da sentença, não sendo permitido mais a interposição de recurso ordinário ou extraordinário.

Assim entende Fredie Didier (2010, p. 409):

A coisa julgada material é a indiscutibilidade da decisão judicial no processo em que foi produzida e em qualquer outro. Imutabilidade que se opera dentro e fora do processo. A decisão judicial (em seu dispositivo) cristaliza-se, tornando-se inalterável. Trata-se de fenômeno com eficácia

endo/extraprocessual. Percebe-se, contudo que a coisa julgada formal é um degrau necessário, para que se forme a coisa julgada material. Em outros termos, a coisa julgada material tem como pressuposto a coisa julgada formal.

Como a coisa julgada material constitui um fenômeno interno do processo, há quem diga que ela têm a chamada eficácia panprocessual, pois a sentença transcende ao processo, não havendo a possibilidade de repropositura de uma demanda com as mesmas partes, pedido e causa de pedir.

Verifica-se que esta coisa julgada tem como escopo a necessidade social de se evitar a perpetuação dos litígios. Tal instituto está contemplado no Código de Processo Civil, nos artigos 467, 468 e 469. Em nosso Código, a coisa julgada material refere-se somente ao julgamento da lide, isto é, ao mérito da causa, logo, não há coisa julgada material nas sentenças terminativas.

Moacir Amaral dos Santos explica (1995, p. 44):

O comando emergente da sentença se reflete fora do processo em que foi proferida, pela *imutabilidade* de seus efeitos. A vontade da lei, que se contém no comando emergente da sentença, e que corresponde à expressão da vontade do Estado de regular concreta e definitivamente o caso decidido, tornou-se indiscutível, imutável, no mesmo ou em outro processo. O comando emergente da sentença, tornado imutável, adquire autoridade da coisa julgada, a impedir que a relação de direitos material decidida, entre as mesmas partes, seja reexaminada e decidida, *no mesmo processo ou em outro processo*, pelo mesmo ou outro juiz ou tribunal. Assim, fala-se em *coisa julgada material*, ou *substancial*, como *autoridade da coisa julgada*. A coisa julgada tem força de lei.

De outra feita, constata-se que a coisa julgada material possui duas eficácias, uma de “ordem negativa”, na qual se proíbe que qualquer órgão reaprecie a questão que foi atingida pela coisa julgada, e outra eficácia de “ordem positiva”, que obriga qualquer juiz que irá julgar questão cujo resultado dependa de uma questão já atingida pela imutabilidade, de respeitar aquele pronunciamento para apreciar a nova demanda.

Destarte, como se extrai de todo o exposto, a finalidade da coisa julgada material revela-se em assegurar estabilidade a tutela jurisdicional, ocasionando de forma satisfativa a pacificação do conflito de interesses levado à apreciação do Estado-juiz.

Para que a coisa julgada material atinja a decisão é preciso estar presente quatro pressupostos. O primeiro se revela pela necessidade de uma

decisão jurisdicional; o segundo pressuposto é que o provimento deve versar sobre o mérito da causa (objeto litigioso); o terceiro diz respeito ao mérito, que deve ser analisado em cognição exauriente; por fim, o quarto pressuposto exige que tenha havido preclusão máxima, ou seja, que tenha havido a coisa julgada formal.

Ressalta-se, preenchidos os pressupostos acima mencionados, qualquer espécie de decisão jurisdicional estará apta a fazer coisa julgada, decisão interlocutória ou sentença, não importa a nomenclatura, mas sim que tenha efetivamente preenchido os requisitos supracitados.

Deste modo, a coisa julgada material impossibilita a discussão sobre a justiça da sentença, salvo se surgir hipótese de cabimento de ação rescisória, que é uma ação capaz de desconstituir a coisa julgada. O cabimento desta ação está vinculada as hipóteses do artigo 485 do Código de Processo Civil e desde que não tenha ultrapassado o prazo de dois anos da data do término do último recurso.

## **4.2 Limites Objetivos e Subjetivos da Coisa Julgada**

É sabido que toda sentença compõe-se de alguns elementos, que se revelam pelo relatório, fundamentação (em que o juiz desenvolve o seu raciocínio) e dispositivo (o juiz aplica a lei de fato deferindo ou indeferindo o pedido). Para apurar o limite objetivo da coisa julgada, cabe indagar sobre qual deles incidirá imutabilidade.

Assim expõe Rony Ferreira (2004, p. 93):

A par do exposto, se a coisa julgada tem por finalidade pacificar o conflito de interesses, conferindo imutabilidade à decisão que defere ou indefere o bem da vida perseguido pelo autor, o que deve ficar protegido é a decisão que concedeu ou negou esse bem, e não os motivos utilizados pelo juiz para justificar sua decisão. Portanto, se o instituto da coisa julgada – como opção política que é – visa a tornar imutável apenas o que ficou decidido, não há razão para estender para a fundamentação da sentença a imutabilidade da coisa julgada.

No que tange aos limites objetivos da coisa julgada, o artigo 469 do Código de Processo Civil dispõe o que não faz coisa julgada, veja:

Art. 469. Não fazem coisa julgada:

I- Os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença;

II- A verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença;

III- A apreciação de questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo.

E fazendo uma análise deste dispositivo, verifica-se que a parte da fundamentação da sentença não é atingida pela coisa julgada, vez que tem finalidade apenas de dar suporte lógico e interpretativo ao comando da sentença. Verifica-se, por consequência, que somente a parte dispositiva da sentença que é alcançada pela coisa julgada.

Os motivos, ainda que determinantes para alcançar o mérito, não são atingidos pela coisa julgada. Logo, é no dispositivo que o Estado-juiz aplica a tutela jurisdicional concedendo ou não o bem da vida. No entanto, é preciso destacar que, se por erro do magistrado a decisão for antecipada na fundamentação, neste caso haverá a incidência da coisa julgada na fundamentação, pois o que é analisado é o momento em que o juiz se manifesta quanto a pretensão.

Neste contexto, há um mecanismo contemplado pelo artigo 470 do Código de Processo Civil, que amplia os limites objetivos da coisa julgada, que é a chamada Ação Declaratória Incidental. Tal instituto é utilizado quando a parte deseja que o julgamento de uma questão prejudicial também seja alcançado pela coisa julgada.

A parte interessada, neste caso, fará um requerimento ao magistrado para que declare na parte dispositiva da sentença a inexistência ou existência de uma relação ou de um fato (excepcionalmente), se tratar-se de falsidade documental.

De outra banda, no que tange aos limites subjetivos da coisa julgada, analisa-se quem está submetido à coisa julgada. Verifica-se neste ponto que a coisa julgada pode se revelar *ultra partes, inter partes ou erga omnes*.



A coisa julgada *inter partes* é aquela que só atinge as partes que figuram no polo do processo. É a regra geral consagrada no artigo 472 do Código de Processo Civil. As exceções a esta regra são os casos em que a coisa julgada se revê *ultra partes* e *erga omnes*.

*Ultra partes* é a coisa julgada que além de atingir as partes do processo, atinge também terceiros determinados, os exemplos são substituição processual, legitimação concorrente, decisão favorável a um dos credores solidários, que se estende aos demais nos termos do artigo 274 do Código Civil. E, indispensável destacar que a coisa julgada *ultra partes* se faz presente nas ações coletivas que trate de direitos coletivos em sentido estrito.

Neste contexto alude Fredie Didier (2010, p. 421):

Não se poderia deixar de mencionar a existência de coisa julgada *ultra partes* nas ações coletivas que versem sobre direitos coletivos em sentido estrito, conforme a letra do art. 103, II, CDC. A coisa julgada formada nestas ações não se limita a atingir as partes originárias do processo, alcançando, também, todos os membros da categoria, classe ou grupo, que são ligados entre si ou com a parte adversa por uma relação jurídica base.

A coisa julgada *erga omnes* atinge a todos, mesmo que não participaram do processo. Um exemplo é a ação de usucapião de imóveis, e o principal exemplo para o trabalho é a ação coletiva que versa sobre direitos difusos, individuais homogêneos (somente no caso de procedência do pedido para beneficiar as vítimas e os sucessores) e nas ações de controle concentrado de constitucionalidade.

A coisa julgada *erga omnes* atinge a todos os jurisdicionados, ou seja, todos integrantes da sociedade, salvo se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, pois neste caso qualquer legitimado poderá propor nova ação coletiva, com o mesmo fundamento, mas com provas novas.

Veja o que diz Marinoni (2000, p. 93):

...quando o legislador afirma que não há coisa julgada material quando a prova é insuficiente, há ruptura com o princípio (que é uma ficção necessária) de que a plenitude do contraditório é bastante para fazer surgir cognição exauriente. Há, em outras palavras, expressa aceitação das

hipóteses de que a participação do legitimado (do art. 82) no processo pode não ser capaz de fazer surgir cognição exauriente, e de que essa deficiente participação não pode prejudicar a comunidade ou a coletividade. É correto afirmar, portanto, que – nas ações que tutelam direitos metaindividuais – pode haver sentença de improcedência de cognição não exauriente, ou melhor, sentença de improcedência com carga declaratória insuficiente para a produção da coisa julgada material. Nas ações coletivas que tutelam direitos transindividuais, assim, a sentença de improcedência de cognição exauriente e a sua consequência, que é a formação de coisa julgada material, ocorrem *secundum eventum probationis*.

Logo, se a sentença coletiva for julgada improcedente por falta de provas, inexistente a coisa julgada material, somente a formal, vez que pode-se promover nova ação. Diferente se ocorre a improcedência por outro motivo diferente da falta de provas, que ocorrerá a coisa julgada material, limitando-se aos autores ideológicos, ou seja, outro legitimado não pode propor nova ação sobre o mesmo fato. Tal proibição não alcança os interesses individuais homogêneos, em que pode ajuizar nova ação individual (artigo 103, parágrafo 1º do CDC).

Nas ações individuais homogêneas, sendo improcedente o pedido, haverá a coisa julgada material para os participantes do processo. No entanto, os que não fizeram parte da demanda coletiva poderão entrar com novas ações individuais.

### **4.3 Transporte *in utilibus* da Coisa Julgada Coletiva**

Corroborando o que menciona o artigo 103, parágrafo 1º do Código de Defesa do Consumidor, o parágrafo 3º afirma que os efeitos da sentença coletiva não prejudicarão as ações de indenização por danos que forem pessoalmente sofridos. Trata-se da transferência *in utilibus* da coisa julgada coletiva, tal instituto somente é utilizado para beneficiar os litigantes em ações individuais.

O parágrafo 3º aqui mencionado foi inspirado no princípio da economia processual e também na coisa julgada *secundum eventum litis*. Ocorre através deste

instituto a ampliação do objeto processual, para poder desta forma incluir na coisa julgada a decisão sobre o dever de indenizar.

Sobre o tema, ensina Rony Ferreira (2004, p. 123):

O artigo 103, § 3º, do CDC, além de reforçar o pensamento encerrado no § 1º do mesmo artigo, enfatizando uma vez mais que os efeitos da ação coletiva não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, inova o ordenamento pátrio permitindo a transferência *in utilibus* da coisa julgada coletiva, para beneficiar todos os litigantes em ações individuais.

Note que o causador do dano terá que recompô-lo integralmente em face dos individualmente lesados também, uma vez que a decisão da demanda coletiva determina a responsabilidade do réu para que componha todos os danos oriundos de sua ação ou omissão. O seu objeto é ampliado, porquanto mesmo não constando do pedido, será também o causador do dano obrigado a recompor os danos causados aos autores das ações individuais.

Se não houvesse uma norma expressa autorizando o transporte *in utilibus* da sentença coletiva, somente pelas regras do Código de Processo Civil não seria possível transportar o julgamento da coletiva para as ações individuais, pois são ações diferentes.

Verifica-se que no que diz respeito a eficácia da sentença coletiva há um efeito que é vinculante em relação a obrigação de indenizar o causador do prejuízo. Entretanto, é óbvio que os lesados deverão comprovar o dano e o nexo causal em sua esfera individual.

## 5 A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 16 DA LEI DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA

### 5.1 Normas Inconstitucionais

A Constituição Federal seja sob o ângulo político, sociológico ou jurídico é vista como um juízo de valores. Assim, a inconstitucionalidade antes de ser analisada sob o âmbito jurídico é primeiro vista como um fenômeno social que é regulado pelo direito.

A norma inserida no ordenamento jurídico ou é constitucional ou inconstitucional. Entende-se que a lei inconstitucional revela-se como uma contradição do ordenamento brasileiro, pois desrespeita, é contrária ao que foi vedado, a inconstitucionalidade, portanto, viola os preceitos constitucionais e os princípios por ela consagrados. A lei pode ser inconstitucional também em razão de uma omissão, aliás, o conceito atual de norma inconstitucional considera a presença de uma norma ou de uma omissão legislativa.

No direito positivo, os problemas que surgem pela inconstitucionalidade devem ser resolvidos a partir da análise do que é oposição à Constituição e do que a realiza, e em qual intensidade. O Direito insere esse fenômeno como um desvalor. O controle de constitucionalidade busca sancionar esse desvalor.

Importante mencionar neste tema o Princípio da Supremacia da Constituição, em que a Constituição posiciona-se na ponta do sistema jurídico do país, uma vez que ela é a lei suprema do país e nela está a própria estrutura do Estado. Neste sentido ensina Pedro Lenza (2012, p.239):

Trata-se do princípio da supremacia da constituição, que, nos dizeres do professor José Afonso da Silva, reputado por Pinto Ferreira como “pedra angular, em que assenta o edifício do moderno direito político”, significa que a constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida

em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. É, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as *normas fundamentais do Estado* e só nisso se notará sua superioridade em relação as demais normas jurídicas. Desse princípio, continua o mestre, “resulta o da compatibilidade vertical das normas da ordenação jurídica de um país, no sentido de que as normas de grau inferior somente valerão se forem compatíveis com as normas de grau superior, que é a constituição. As que não forem compatíveis com ela são inválidas, pois a *incompatibilidade vertical* resolve-se em favor das normas de grau mais elevado, que funcionam como fundamento de validade das inferiores.

Desta feita, vislumbra-se que a Constituição Federal está no topo do ordenamento, aclarando e orientando todas as demais normas infraconstitucionais espalhadas pelo sistema jurídico brasileiro. Por esta razão, estas normas de grau inferior devem estar em total consonância com a norma suprema, sob pena de serem declaradas inconstitucionais por ofensa as suas regras ou princípios.

Constatada a presença de norma inconstitucional, o Brasil adotou a Teoria da Nulidade. A norma é tida como inconstitucional através de um ato declaratório que reconhece uma situação pretérita. Assim o ato legislativo quando declarado inconstitucional deve ser considerado absolutamente nulo, logo, desprovido de força normativa.

Assim nos ensina Pedro Lenza (2012, p. 240):

Pode-se afirmar que a maioria da doutrina brasileira acatou, inclusive por influencia do direito norte-americano, a caracterização da teoria da nulidade ao se declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo (afetando o plano da validade). Trata-se, nesse sentido, de ato declaratório que reconhece uma situação pretérita, qual seja, o “vício congênito”, de “nascimento” do ato normativo. A ideia de a lei ter “nascido morta” (natimorta), já que existe enquanto ato estatal, mas em desconformidade (seja em razão de vício formal ou material) em relação a noção de “bloco de constitucionalidade” (ou paradigma de controle), consagra a teoria da nulidade, afastando a incidência da teoria da anulabilidade.

Contra esse entendimento da teoria da nulidade, adotada majoritariamente, destaca-se o entendimento defendido por Hans Kelsen no livro Teoria Pura do Direito (1984, p. 374/376) que defende a aplicação da teoria da anulabilidade da norma inconstitucional (ineficácia a partir da decisão), mas ressalta-se, trata-se de teoria minoritária.

No entanto, cumpre destacar que a regra geral da teoria da nulidade no direito brasileiro vem sendo relativizada em alguns momentos tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência. Este fenômeno dá-se em razão da ponderação de princípios de igual hierarquia ao da supremacia da Constituição, tal como os Princípios da boa-fé e da segurança jurídica. Um exemplo que afirma o raciocínio é o artigo 27 da lei n. 9.868/99, que traz o seguinte texto:

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

A norma acima exposta refere-se da denominada técnica de modulação dos efeitos da decisão, que com fundamento na segurança jurídica, no interesse social e da boa-fé, permite uma adequação da declaração de inconstitucionalidade ao caso concreto.

Note que o artigo acima mencionado também aplica-se ao controle difuso por analogia em casos específicos. Veja neste sentido o exemplo dado por Pedro Lenza (2012, p. 245):

Em importante precedente, destaca-se ação civil pública ajuizada pelo MP de São Paulo objetivando reduzir o número de vereadores do Município de Mira Estrela, de 11 para 9, adequando-se ao mínimo constitucional previsto no art. 29, IV, da CF/88. Pouco razoável seria um Município com 2.651 habitantes ter 11 vereadores, 2 além do mínimo constitucional. O MP de São Paulo pedia a devolução dos subsídios indevidamente pagos e a declaração incidental da inconstitucionalidade da lei (controle difuso), com efeitos retroativos. Contudo, conforme ponderou o Min. Maurício Corrêa na parte final de seu voto, "...a declaração de nulidade com os ordinários efeitos *ex tunc* da composição da Câmara representaria um verdadeiro caos quanto à validade, não apenas, em parte, das eleições já realizadas, mas dos atos legislativos praticados por esse órgão sob o manto presuntivo da legitimidade. Nessa situação específica, tenho presente excepcionalidade tal a justificar que a presnete decisão prevaleça tão somente para as legislaturas futuras, assegurando-se a prevalência, no caso, do sistema até então vigente em nome da segurança jurídica" .... CF. RE 197.917/SP – Rel. Min. Maurício Corrêa.

Portanto, o Supremo Tribunal Federal, sob a ótica dos Princípios Constitucionais da segurança jurídica, da confiança, da ética jurídica, da boa-fé, tem

muitas vezes realizado uma ponderação de valores e no caso concreto relativizando os efeitos da norma declarada inconstitucional, preservando-se deste modo as situações passadas consagradas da lei objeto do controle de constitucionalidade.

Conclui-se, portanto, que toda norma inconstitucional deverá ser retirada do sistema jurídico, pois se apresenta como uma negação do ordenamento, que quebra com a harmonia e coerência existente entre a Constituição Federal e as normas infraconstitucionais.

## **5.2 Revisão Jurisprudencial**

Como o presente trabalho tem como tema a inconstitucionalidade do artigo 16 da Lei de Ação Civil Pública, é imprescindível abordar alguns aspectos relativos a revisão jurisprudencial uma vez que os tribunais em momentos remotos já entenderam pela constitucionalidade do artigo em tela, mas hodiernamente a maioria dos tribunais mudaram seus entendimentos.

As normas podem ser construídas pela jurisdição a partir de um caso concreto, e pode ser aplicado a casos semelhantes e futuros. A norma jurídica geral serve exatamente para isso, pois os tribunais a utilizam como um paradigma, facilitando as soluções para casos semelhantes aquele.

Esta norma jurídica geral a que nos referimos é chamada de precedente. Quando um precedente passa a ser adotado de forma reiterada pelos tribunais surge a jurisprudência, que nada mais é do que uma reiterada aplicação de um precedente. Note que quando a jurisprudência se consolida em um certo tribunal surge a jurisprudência dominante, o que pode originar a súmula.

No entanto, é necessário cautela ao interpretar um precedente, haja vista que muitas vezes é preciso fazer a confrontação entre o caso em análise com o caso que gerou precedente para assim saber em que medida eles são semelhantes, e somente se o precedente for semelhante ao caso analisado que haverá a sua aplicação.

Veja que a eficácia do precedente é sempre erga omnes, ou seja, todos podem utilizar o precedente a seu favor. Sua aplicação pode ser como um efeito persuasivo, podendo utiliza-lo como argumento ou como reforço de argumentação. E, se o precedente for consolidado em súmulas do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça pode a parte utiliza-lo para impedir meio de impugnação da decisão que se baseia nele.

Imperioso mencionar que há os precedentes vinculantes ou vinculativos, que como o próprio nome diz, são aqueles que devem ser obrigatoriamente observados, como *v.g.* a súmula vinculante. Não é unanime na doutrina, mas há quem sustente que qualquer precedente em matéria constitucional que provenha do plenário do Supremo Tribunal Federal é vinculante.

Acertadas estas exposições, destaca-se que os precedentes podem ser superados, e faz parte da essência do sistema brasileiro permitir o cancelamento dos precedentes, pois assim como o direito evolui, a jurisprudência igualmente o acompanha, e muitas ocasiões para que seja plausível tal evolução ou mesmo para que haja uma uniformização entre os tribunais, faz-se indispensável sua alteração ou cancelamento.

No que diz respeito ao tema do presente trabalho, o Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial nº. 243.407/SP, entendeu válida a restrição territorial do artigo 16 da Lei de Ação Civil Pública, que diz ter a sentença coletiva efeito *erga omnes* nos limites territoriais do órgão que prolatou a sentença.

Ocorre que mais recentemente, no julgamento do recurso especial nº 1.243.887/2011, o Superior Tribunal de Justiça parece ter mudado de entendimento, uma vez que estabeleceu que o que define a extensão dos efeitos da coisa julgada é a sentença, e o Ministro mencionou que era preciso rever a posição do Superior Tribunal de Justiça sobre a aplicação do artigo 16 da Lei de Ação Civil Pública.

Assim, finalmente, em 12 de junho de 2012, uma Ação Civil Pública foi decidida no Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial 1.243.386/RS, e nesta ocasião a Ministra Nancy Andrighi mencionou que a ação tinha repercussão nacional e mandou aplicar a sentença ao país todo, e não somente no âmbito de jurisdição do órgão prolator da sentença.



### 5.3 Ineficácia da Lei 9.494/1997

O primeiro texto legal que mencionou sobre a coisa julgada em ações coletivas foi a Lei 4.717/1965, lei de Ação popular, que dispunha em seu artigo 18 o seguinte texto:

Art.18: A sentença terá eficácia de coisa julgada oponível *erga omnes*, exceto no caso de haver sido a ação julgada improcedente por deficiência de prova.

Após, a Lei de Ação Civil Pública (lei n. 7.347/1985) da mesma forma, também dispôs sobre a coisa julgada no âmbito da tutela coletiva no seu artigo 16, que trazia a seguinte redação:

Art. 16: 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.

Posteriormente o Código de Defesa do Consumidor também tratou expressamente do tema nos seus artigos 103 e 104. E, além disso, o artigo 117 do Código de Defesa do Consumidor acrescentou o artigo 21 à Lei de Ação Civil Pública, com o seguinte texto:

Art. 21: Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da Lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor.

Desta feita, percebe-se que o Título III do Código de Defesa do Consumidor faz às vezes de um código de processo civil coletivo, porquanto realizou a interligação dos dois diplomas, sendo os institutos aplicáveis reciprocamente, um completando o outro.

No entanto, o Código de Defesa do Consumidor ao tratar de forma plena sobre a coisa julgada no processo coletivo, revogou o artigo 16 da Lei de Ação Civil Pública, uma vez que refere-se a uma lei posterior (Código de Defesa do Consumidor) que regula inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior (Lei de Ação Civil Pública).

Neste contexto veja o ensinamento de Rony Ferreira (2004, p. 138):

Neste contexto, ao ter instituído um regime de coisa julgada e considerando a interligação e integração desse regime à LACP, a norma posterior (no caso o CDC) revogou a anterior por tratar sobre o mesmo tema. Portanto, ao arts. 103 e 104 do CDC, ao disciplinarem de forma integral a coisa julgada nas ações coletivas, incontestavelmente revogaram o art. 16 da LACP, pois, conforme dispõe o art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-lei 4.657/1942), “a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava da lei anterior.

A despeito, no dia 26 de março de 1997, foi editada a Medida Provisória nº. 1.570/1997, que foi convertida na Lei 9.494/1997, alterando o artigo 16 da Lei de Ação Civil Pública, dando-lhe o seguinte texto:

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.

A lei acima aludida inseriu no artigo uma restrição da eficácia extensiva da coisa julgada coletiva. Na verdade, o que buscou a lei foi limitar a eficácia *erga omnes* da coisa julgada nas sentenças coletivas através do critério territorial daquele órgão que proferiu a sentença. O que se pretende ressaltar é que mesmo que eventualmente se admita que o artigo 16 da Lei de Ação Civil Pública não tivesse sido revogado, a alteração feita pela Lei 9.494/1997 é ineficaz e inconstitucional.

O executivo errou na edição da Medida Provisória 1.570/97 por apresentar uma série de absurdos técnicos. A principal ofensa diz respeito a indivisibilidade do interesse, que reclama e exige uma disciplina diferenciada, qual seja, a tutela coletiva. Mas, mesmo sendo indivisível no sentido de que basta uma ofensa para que todos sejam atingidos e que uma satisfação beneficia a todos, o

legislador ignora a lógica do mecanismo e cria um artigo que ofende e distorce o sistema.

Para que pudesse a alteração ter alguma eficácia, deveria ter sido o artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor também alterado, pois ele é uma norma geral em face da Lei de Ação Civil Pública, e não podem ser divergentes, e como isso não ocorreu, a lei 9.494/97 não produziu nenhum efeito. Ademais, o Código de Defesa do Consumidor não contém restrição territorial, de modo que, por força do microsistema, o CDC prevalece sobre as regras do artigo 16 da Lei de Ação Civil Pública.

#### **5.4 A inconstitucionalidade do artigo 16 da Lei de Ação Civil Pública**

Conforme abordado no tópico anterior, o artigo 16 da Lei de Ação Civil Pública se revela inconstitucional e, portanto inaplicável, uma vez que se apresenta com uma abrangência restrita, sendo o sistema do Código de Defesa do Consumidor, no seu artigo 103, mais completo e adequado a satisfação das necessidades do processo coletivo.

Neste sentido, veja o posicionamento de Nelson Nery Júnior e Rosa M. de Andrade Nery (2006, p. 258):

O CDC 103 aplica-se a todas as ações coletivas que versem sobre direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, ainda que ajuizadas com base na LACP. Essa incidência se dá por força da LACP 21. O regime da coisa julgada da LACP 16, com a redação dada pela L 9494/97, não mais se aplica a nenhuma ação coletiva. Não se aplica porque tem abrangência restrita, sendo que o sistema do CDC 103 é mais completo e atende às necessidades das sentenças proferidas nas ações coletivas. A LACP 16 também não pode ser aplicada a nenhuma ação coletiva por ser inconstitucional, já que ofende os princípios constitucionais do direito de ação (CF 5º XXXV), da razoabilidade e da proporcionalidade. Qualquer modificação da LACP 16 ou no CDC 103 para restringir os limites subjetivos da coisa julgada a território, o que *per se* é um absurdo jurídico impar, abstraindo-se de sua inconstitucionalidade, para que pudesse ter eficácia, deveria ter sido feita não apenas na LACP 16, mas também no CDC 103. Como isso não ocorreu, a L 9494/97 não produziu nenhum efeito. O juiz não poderá restringir os limites subjetivos da coisa julgada como preconizado

pela LACP 16: deve aplicar o CDC 103, ignorando aquela norma inconstitucional.

Confirmando que este posicionamento é da maioria da doutrina, também afirma Vidal Serrano Nunes Júnior (2009, p. 121):

Questão temerosa que se coloca é a da possibilidade de limitação territorial dos efeitos da coisa julgada, mercê da redação conferida ao art. 16 da LACP pela Lei nº. 9.494/1997 (“a sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator...”). Sobre o tema, a doutrina posiciona-se, majoritariamente, pela absoluta inaplicabilidade e inocuidade do art. 16 da LACP, bem como, segundo alguns autores, pela inconstitucionalidade da alteração promovida pela lei nº. 9.494/97.

Observa-se, que não é coerente o dispositivo, primeiro, por confundir os conceitos de coisa julgada e competência, como se a primeira pudesse ser restringida pela segunda, e segundo porque se até a sentença do processo individual tem eficácia na comarca vizinha, quiçá no exterior, não haveria lógica para a sentença coletiva se ela fosse restringida aos limites territoriais do órgão prolator da sentença.

A inconstitucionalidade do dispositivo tem como escopo vários Princípios, tais como o Princípio da Proporcionalidade, que é corolário do Princípio do Devido Processo Legal. Estes Princípios fundamentam a inconstitucionalidade do artigo 16 da Lei de Ação Civil Pública porquanto não é razoável exigir-se o ajuizamento de centenas de ações coletivas, quando o propósito do processo coletivo é exatamente o contrário.

No que diz respeito a análise da proporcionalidade, a limitação que pretendeu a lei 9.494/97 com a alteração do artigo 16 da Lei de Ação Civil Pública não reverencia os subprincípios da adequação da medida adotada; da necessidade, ou seja, da sua indispensabilidade em face do objetivo almejado; e da proporcionalidade em sentido estrito, que representa o equilíbrio entre os valores confrontados.

Os subprincípios da adequação e necessidade são ofendidos porque os institutos da litispendência, conexão e continência bem como da prevenção são suficientes para que somente um juízo processe a ação coletiva. E, a

proporcionalidade em sentido estrito também é desconsiderada quando se verifica o desequilíbrio entre os objetivos buscados pela limitação territorial e os valores da tutela coletiva.

O processo coletivo nasceu com o fito de evitar a multiplicação de demandas, desafogando o judiciário, e para aplicar o direito de forma harmônica e, principalmente, com a observância do Princípio da Isonomia. Todos aqueles que se encontram na mesma situação, jurídica ou de fato, tem o direito de ter suas demandas decididas de modo a não haver benefícios para uns e injustiças para outros em razão de diferentes interpretações do judiciário.

O legislador não deve, em hipótese alguma, cometer um erro crasso de confundir jurisdição com competência. De forma simples, é indispensável ter em mente que todo juiz tem jurisdição, porém nem todos tem competência para certa matéria. Um juiz incompetente continua sendo um juiz com jurisdição.

O artigo 93 do Código de Defesa do Consumidor dispõe:

Artigo 93: Ressalvada a competência da justiça federal é competente para a causa a justiça local: I – no foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local; II – no foro da Capital do Estado ou do Distrito Federal, para os danos de âmbito nacional ou regional, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente.

É pacífico o entendimento de que essa competência absoluta, inderrogável e improrrogável é aplicada a todas as espécies de ações de natureza coletiva e às espécies de interesses transindividuais. Em razão disso, se o dano ocorreu em um município, o juízo da Comarca será competente; se ultrapassar os limites do município, mas permanecer dentro do mesmo Estado, será competente qualquer juízo das Comarcas atingidas pelo dano. Neste caso, se alcançar as proporções regionais, competente será a Capital do Estado.

Em uma visão mais abrangente, se o dano envolver mais de um Estado, será um dano regional, neste caso será competente qualquer Estado envolvido ou o Distrito Federal, por se tratar de competência concorrente, resolve-se pela prevenção, ou seja, fica prevento o juízo que primeiro tomar conhecimento da demanda.

E por último, se a extensão do dano abranger considerável proporção do Brasil, o dano será de âmbito nacional, logo, a competência será da Capital de qualquer Estado ou do Distrito Federal, também resolvendo-se a competência pela prevenção.

Por esta razão, tendo o Estado brasileiro natureza federativa, a eficácia da coisa julgada *erga omnes*, não deve ficar adstrita aos limites da competência territorial de um órgão que proferiu determinada sentença. A prestação jurisdicional decorre da jurisdição, que tem a característica de ser uma em todo território brasileiro.

Fixada a competência e a abrangência da prestação jurisdicional, que pode ser prestada pelo juízo do Mato Grosso do Sul, como pelo do Maranhão, desde que competentes para conhecer da demanda, que será determinada pelo objeto do direito em tela e não pela competência.

De tal modo, o limite territorial de eficácia da coisa julgada *erga omnes* não pode ser referente ao âmbito de competência do órgão que prolatou a sentença, mas sim os limites do território da República Federativa do Brasil. Por isso, uma decisão proferida por juiz competente tem validade e eficácia em todo território nacional.

Veja-se o que entende Nelson Néri Júnior (2008, p. 1197):

...Confundiram-se os limites subjetivos da coisa julgada *erga omnes*, isto é, quem são as pessoas atingidas pela autoridade da coisa julgada, com jurisdição e competência, que nada tem a ver com o tema. Pessoa divorciada em São Paulo é divorciada no Rio de Janeiro. Não se trata de discutir se os limites territoriais do juiz de São Paulo podem ou não ultrapassar seu território, atingindo o Rio de Janeiro, mas quem são as pessoas atingidas pela sentença paulista (...).

Portanto, a competência do juiz que aprecia a causa não se confunde com os efeitos que uma sentença pode produzir fora da comarca em que foi proferida. Ao pretender restringir os limites da jurisdição, feriu o legislador o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, previsto no artigo 5º, XXXV, da CF/1988.

As ações coletivas, pela sua própria natureza, objetivam a proteção de interesse coletivo, difuso e individual homogêneo. Verifica-se que implicam uma

categoria de direitos que envolvem um conjunto de interessados, assim, suas pretensões ultrapassam o sujeito individualmente, mesmo em se tratando de direitos individuais homogêneos.

Ademais, como já abordado nas páginas anteriores, a tutela coletiva conglomera direitos que tem como característica a indivisibilidade do objeto, fato este que faz jus a um destaque, pois impossibilita o fracionamento da demanda, tornando-se indispensável uma solução uniforme para o litígio. Por esta razão que deve ser desconsiderada a restrição territorial descrita no dispositivo em comento.

De todo o exposto, o dispositivo analisado no trabalho é inconstitucional; e, embora a jurisprudência recente do Superior Tribunal de Justiça, mesmo de forma incidental, tenha considerado inconstitucional o dispositivo, o tema ainda está em desenvolvimento. Ambiciona-se que o Supremo Tribunal Federal delibere e não aceite a limitação territorial, pois do contrário estar-se-á restringindo o acesso à justiça e aceitando que a sociedade conviva com decisões conflitantes sobre fatos idênticos, colocando em risco a segurança jurídica, a igualdade e a justiça que tanto se persegue.

## 6 CONCLUSÃO

No âmbito do processo coletivo é preciso compreender de forma plena o que são os interesses metaindividuais ou transindividuais, que englobam os direitos de certos grupos, classes ou categorias de pessoas. Tais direitos se dividem em: interesses difusos, interesses coletivos em sentido estrito e interesses individuais homogêneos.

Nos interesses difusos há uma indivisibilidade do objeto, o bem jurídico tutelado não é divisível e os titulares são indeterminados. Por outro lado, os direitos coletivos em sentido estrito referem-se aos direitos que têm natureza indivisível, abarcam titulares determinadas ou determináveis, ligados por uma relação jurídica base. Já os direitos individuais homogêneos são oriundos de interesses individuais, em que o titular é determinado ou determinável, o objeto é divisível, de origem comum, decorrentes de idêntica circunstância de fato.

O primeiro direito a ser tutelado coletivamente foi o direito ambiental, com o decreto nº. 83.540/1979, que regulamentou o decreto legislativo 74/1976. Posteriormente, nasceu a lei nº. 6.938/1981, estendendo a responsabilização civil para todos os casos de dano ambiental.

Prestigiando a inovação, surgiram novas leis, como a lei que protege as pessoas portadoras de deficiência, lei nº. 7.853/1989; as crianças e os adolescentes, lei nº. 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente); dos consumidores, lei nº. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor); da probidade administrativa, lei 8.429/92; e também da proteção da ordem econômica, lei nº. 8.884/94.

A Ação Civil Pública traz um sistema jurídico próprio. Este sistema está disposto no artigo 129, inciso III, da Constituição Federal c.c. artigos 81 ao 104 do Código de Defesa do Consumidor, além de todos os artigos da Lei de Ação Civil Pública e demais leis posteriores, e tem como objetivo tutelar interesses metaindividuais, direitos relacionados ao patrimônio cultural, ao meio ambiente, aos



bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, entre outros.

Em 1997, surgiu a lei 9.494/97 que alterou o artigo 16 da lei de Ação Civil Pública, inserindo no dispositivo um limite territorial para a sentença coletiva, com o fito de que a sentença coletiva tenha efeito *erga omnes*, mas somente nos limites da competência territorial do órgão prolator da sentença. Ou seja, quis o legislador que, mesmo que houvesse em outras regiões pessoas naquela idêntica situação, a sentença que já apreciou a decisão não os atingissem, de modo a não ter nenhuma eficácia. O legislador, de forma clara, confunde competência com jurisdição.

Quanto a Coisa Julgada, verifica-se a presença da coisa julgada formal, aquela em que a imutabilidade se projeta para dentro do processo, e a coisa julgada material, cuja imutabilidade transcende ao processo, não sendo mais possível rediscutir aquela mesma matéria. E, não menos importante são os limites subjetivos, que dizem respeito as partes do litígio, e os limites objetivos da coisa julgada, que esclarece que somente a parte dispositiva da sentença que será alcançada pela imutabilidade, e para alcançar também a parte da fundamentação, far-se-á necessário a utilização da ação declaratória incidental.

Desta feita, destaca-se que na tutela coletiva há uma especificidade que surge no âmbito na coisa julgada, que é o instituto do transporte *in utilibus* da coisa julgada, que confere ao autor da tutela individual o transporte do julgamento da sentença coletiva para a sua ação individual, sendo somente aplicado no âmbito coletivo para beneficiar o sujeito da tutela individual, nunca para prejudica-lo.

Em razão de o dispositivo prever a limitação territorial nos limites de jurisdição do órgão que prolatou a sentença, verifica-se claramente a Inconstitucionalidade do artigo 16 da Lei de Ação Civil Pública, pois afrontou os princípios constitucionais da Proporcionalidade, que abrange a adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, a Segurança Jurídica e o Princípio da Isonomia, por permitir que sejam proferidas decisões conflitantes para aqueles que encontram-se na mesma situação jurídica ou fática.

Além do mais, para que a alteração do artigo 16 da lei em tela tivesse qualquer eficácia, o artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor também teria

que ter sido modificado, pois os diplomas não podem ser conflitantes. Por isso, majoritariamente entende-se que a lei 9.494/97 não lançou efeitos. Além disso, o Código de Defesa do Consumidor não contém restrição territorial, e por força do microsistema, o CDC prevalece sobre as regras do artigo 16 da Lei de Ação Civil Pública, devendo ser seguido.

## BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA JUNIOR, Jesualdo Eduardo de. **O controle da coisa julgada inconstitucional**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2006.

ANDRADE, Adriano. CLEBER, Masson. ANDRADE, Landolfo. **Interesses difusos e coletivos**. 2ª ed. São Paulo: Método, 2012.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BECHARA, Fábio Ramazzini. **Interesses difusos e coletivos**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

COSTA, Susana Henriques. **Lei de Ação Civil Pública e Lei de Ação Popular**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2006.

DIDIER JR. Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 5ª ed. Salvador: Juspodivm, 2010.

DIDIER JR. Fredie; ZANETI JR. Hermes. **Curso de direito processual civil, processo coletivo**. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2011.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do processo**. 8. Ed. Rev. Atual. São Paulo: Malheiros, 2000.

DINAMARCO, Pedro da Silva. **Ação Civil Pública**. São Paulo: Saraiva, 2001.

FERRARESI, Eurico. **Ação Popular, Ação Civil Pública e Mandado de Segurança**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

FERREIRA, Rony. **Coisa julgada nas ações coletivas: Restrição do artigo 16 da lei de ação civil pública**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris. Ed., 2004.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Tutela de interesses difusos e coletivos**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**, vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Tradução de João Batista Machado. 6. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1984.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 16ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

LEONEL, Ricardo de Barros. **Comentários ao art. 11 da lei de Ação Popular**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença**. Trad. Alfredo Buzaide e Benvindo Aires. Notas: Ada Pellegrini Grinover. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 3. Ed. rev. Ampl. São Paulo: Malheiros, 2000.

MILARÉ, Édis. **Ação Civil Pública Lei 7.347/1985 – 15 anos.** 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo.** 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

NERY JUNIOR, Nelson. **Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor.** 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Mandado de segurança: mandado de injunção, ação civil pública, ação popular, habeas corpus.** 2ª Edição. São Paulo: Verbatim, 2009.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de Direito Processual Civil.** 15. Ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

SOUZA, Motaury Cioncchetti de. **Ação Civil Pública – competência e efeitos da coisa julgada.** São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.