A TUTELA PROCESSUAL NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA E O PRINCÍPIO CONSTITUCIONALIZADO DA PROTEÇÃO NACIONAL DO CONSUMIDOR

Pedro Dias de Araújo Júnior, Procurador do Estado de Sergipe. Pós-graduado em Direito Constitucional e Processual Civil pela UFS. Membro do Conselho Consultivo do Instituto Brasileiro da Advocacia Pública. Membro do Conselho Superior da Advocacia Pública no Estado de Sergipe. Professor de Processo Civil da ESMESE e da ESMP.

RESUMO: O presente trabalho extrai da Constituição o princípio da tutela nacional protetiva do consumidor, confrontando-a com o Código de Defesa do Consumidor e a lei da Ação Civil Pública, concluindo que qualquer interpretação restritiva desta tutela que prejudique o consumidor será tida por inconstitucional.

PALAVRAS-CHAVE: princípios constitucionais, direitos do consumidor, efeito expansivo da coisa julgada, ação civil pública, restrição do alcance da sentença, Lei 9.494/97.

ABSTRACT: The present work extracts of the Constitution the principle of the national protection guardianship of the consumer, collating it with the Code of Defense of the Consumer and the law of the Public Civil action (in the system of *common law, class action*, with brazilian some differences), concluding that any restrictive interpretation of this guardianship that harms the consumer will be had by unconstitutional.

KEY WORDS: principles constitutional, rights of the consumer, expansive effect of the judged thing, public civil action (brazilian *class action*, with some differences), restriction of the reach of the sentence, Law 9.494/97.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. O princípio constitucional da proteção do consumidor; 2.1 Aspectos gerais; 2.1.1 Evolução axiológica dos princípios no ordenamento jurídico brasileiro; 2.1.2. Distinção entre princípios e regras constitucionais; 2.1.3. Conceito de princípios constitucionais; 2.2 O princípio da máxima efetividade das normas constitucionais; 2.3. O princípio constitucional da máxima proteção aos direitos do consumidor; 3. Aspectos processuais da tutela coletiva do consumidor; 3.1 . Análise da tutela substitutiva processual; 3.2. O interesse (ou necessidade) de agir dos entes federados; 3.3. A conceituação dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos abrangidos pela ação civil pública; 3.3.1. Direitos difusos – *a chi apartiene l´aria che respiro*? 3.3.2. Interesses coletivos *stricto sensu;* 3.3.3 Interesses individuais homogêneos; 3.4 Os limites subjetivos na coisa julgada coletiva *lato sensu;* 3.4.1. Efeitos da sentença em direitos difusos; 3.4.2. O alcance da sentença nos direitos coletivos *stricto sensu;* 3.4.3. A sentença prolatada em direitos individuais homogêneos – alcance e considerações de ordem prática; 4. A inconstitucionalidade e ineficácia do artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública; 5. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Recentemente, o Governo Federal editou a Medida Provisória nº 1.570-5, de 21 de agosto de 1997, posteriormente convertida na Lei 9.494/97, que alterou o artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública e tentou restringir o alcance da coisa julgada das ações civis públicas para "os limites da competência territorial do órgão prolator".

Sem a pretensão de esgotar o tema, este trabalho visa dar um novo enfoque constitucional e processual civil à interpretação do alcance da coisa julgada nas ações civis públicas consumeristas.

2. O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PROTEÇÃO NACIONAL DO CONSUMIDOR

2.1 Aspectos gerais

2.1.1 Evolução axiológica dos princípios no ordenamento jurídico brasileiro

Segundo Paulo Bonavides, a juridicidade ou normatividade dos princípios passou por três fases distintas: a do jusnaturalismo, a do juspositivismo e a do pós-positivismo[1].

No jusnaturalismo, os princípios de direito vinham das regras sobre-humanas, divinas. Não estavam positivados. Eram abstratos e metafísicos, indicavam valores a serem seguidos pelos cidadãos, sob pena de um castigo de ordem superior. Eram indicadores de um ideal de justiça, cuja eficácia se cingia a uma dimensão ético valorativa do direito. Como conseqüência, tinham pouca ou duvidosa força normativa.

No juspositivismo, os princípios foram incluídos nas legislações sob diversas formas[2]. Entretanto, sua força normativa era secundária, posto que eram fonte subsidiária do direito. Confira-se, a propósito, o artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil[3].

Nesta fase, os princípios não são encarados como superiores à lei, mas delas *deduzidos* para suprirem a omissão legislativa. São fontes integrativas do direito.

---

[1] BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed., São Paulo: Malheiros, 1993, p. 232.

[2] Noberto Bobbio cita exemplo do caso italiano: "A expressão 'princípios gerais do direito' foi usada pelo legislador de 1865; mas pelos equívocos que podia suscitar, quanto a se deveria entender por 'Direito' o Direito natural ou o direito positivo, o projeto do novo código havia adotado a fórmula 'princípios gerais do direito vigente', modificada na última redação para a atual fórmula: 'princípios gerais do ordenamento jurídico do Estado'.

Esta mudança foi explicada no Relatório do Ministro através das seguintes palavras: 'Em lugar da fórmula 'princípios gerais do Direito vigente', que poderia parecer extremamente limitativa para o intérprete, julguei preferível a de 'princípios gerais do ordenamento jurídico do Estado'. Nesta, o termo 'ordenamento' torna-se compreensivo em seu amplo significado, para além das normas e dos institutos, e para além, ainda, da orientação político-legislativa estatal e da tradição científica da Nação (Direito romano, Direito comum etc.). Esse ordenamento, adotado ou sancionado pelo Estado, seja ele privado ou público, dará ao intérprete todos os elementos necessários para a pesquisa da norma reguladora'. Citamos integralmente este trecho do Relatório porque as últimas linhas são uma expressão bastante característica do dogma da completude e, de outra parte, a alusão à 'tradição científica da Nação' pode levar à idéia de uma evasão, talvez inconscientemente, para a heterointegração.", *in Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10. ed., Brasília: Universidade de Brasília, p. 157.

[3] "Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito".

Assim sendo, a regra jurídica era a fonte principal do direito, enquanto que os princípios somente atuavam na sua lacuna.

No pós-positivismo, os princípios de direito ganham em qualidade. Passaram para as constituições não mais como uma fonte subsidiária do direito, mas sim com grande destaque, posto que são considerados as balizas-mestras de todo o sistema constitucional. Onde há uma regra constitucional ou uma norma inferior reputada por constitucional, haverá um princípio que lhe dará legitimidade.

Como esclarece Paulo Bonavides:

> A passagem dos princípios da especulação metafísica e abstrata para o campo concreto e positivo do Direito, com baixíssimo teor de densidade normativa; a transição crucial da ordem jusprivatista (sua antiga inserção nos Códigos) para a órbita juspublicística (seu ingresso nas constituições); a suspensão da distinção clássica entre princípios e normas; o deslocamento dos princípios da esfera da jusfilosofia para o domínio da Ciência Jurídica; a proclamação de sua normatividade; a perda de seu caráter de normas programáticas; o reconhecimento definitivo de sua positividade e concretude por obra sobretudo das Constituições; a distinção entre regras e princípios, como espécies diversificadas do gênero norma, e, finalmente, por expressão máxima de todo esse desdobramento doutrinário, o mais significativo de seus efeitos: a total hegemonia e preeminência dos princípios[4].

2.1.2 Distinção entre princípios e regras constitucionais

A norma jurídica é um gênero, cujas espécies podemos citar, na teoria de Canotilho, os princípios e as regras jurídicas. Os princípios

---

[4] *Curso de direito constitucional*, p. 237-238, cf. ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. São Paulo: RT, 1999, p. 59.

seriam as normas abstratas, metafísicas, enquanto que as regras teriam conteúdo já delimitado para incidir num padrão específico.

Neste ponto, tanto o princípio quanto a regra jurídica possuem uma característica em comum: seu conteúdo é mais amplo do que a simples descrição semântica.

Os princípios são normas que ordenam que algo deva ser realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais (fáticas) existentes, constituindo mandados de otimização.

Os princípios podem ser cumpridos em graus diversos, sendo que a medida de seu atendimento depende de possibilidades reais e jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras opostos.

Ao contrário, as regras são normas que podem ser cumpridas ou não. Se é ela válida - a regra -, há que se cumpri-la. Constituem as regras verdadeiras determinações. No conflito de regras, a solução advém da introdução de uma cláusula de exceção em uma delas ou da eliminação de uma das regras. Duas regras antagônicas não podem coexistir no mesmo ordenamento.

Uma situação de hermenêutica jurídica pode bem demonstrar a raiz da *quaestio*, sem, entretanto, enfrentá-la. Partindo do ordenamento jurídico infraconstitucional, se duas regras se colidem, existem critérios técnicos para elucidar qual está em vigor. Se é a mais nova, se é a mais específica, e assim por diante. Se, entretanto, em uma mesma lei específica recentemente publicada existem dois artigos de mesmo *status* em completo antagonismo (decorrente às vezes da falha de publicação), a melhor interpretação que se dá para o caso é a de se negar validade aos ***dois*** artigos.

Já quanto aos princípios, também considerados sob a ótica infraconstitucional (para dar tratamento eqüânime), se vierem no mesmo diploma normativo (*v.g.,* a lei dos procedimentos administrativos), uma vez verificado o aparente antagonismo entre eles no caso concreto, a solução será pelo peso do princípio, e não pela anulação de um ou outro para o caso concreto.

Na colisão de princípios, um cederá espaço para o outro (como na clássica visão de um cabo de guerra), mas isso não implica sua invalidação e tampouco que haja sido introduzida uma cláusula de

exceção. Essas colisões ocorrem no campo à luz do caso concreto, o que nada tem de anormal.

A solução ideal para a colisão de princípios seria a *busca da concordância prática*, onde *todos* os princípios conservariam um mínimo de eficácia mas que, diante do caso concreto, um teria maior peso, ou, se preferir, maior prevalência[5].

Feitas as distinções iniciais, passaremos agora à análise das principais diferenças entre os princípios e as regras jurídicas constitucionais.

As regras possuem, segundo expressão de Hebert Hart, "ferrão semântico"[6] sobre plano empírico. Uma regra constitucional atuaria em cima da legislação infraconstitucional, dando-lhe ou retirando-lhe sua validade. Os princípios – em sua modalidade constitucional – por sua vez, possuem as rédeas da interpretação das regras constitucionais.

---

[5] Indicam-se, em determinados casos, as condições pelas quais um princípio estaria precedendo outro. Por exemplo, na colisão entre o princípio da intimidade e vida privada *versus* liberdade de informação, verifica-se que a solução dita caminhará para a informação nua e crua da verdade, sem opiniões, e sem procurar se distanciar da mera prestação de informação jornalística.

Nesta situação de princípios conflitantes, a linha de demarcação entre um e outro é bastante delicada: "A mesma tênue linha entre o público e privado impõe ao órgão informador, muito especialmente, mais uma tarefa, consistente em obedecer a uma pauta ética. Desbordar desta pauta é desonrar a missão que lhe é atribuída. Como já se assinalou, 'los mayores enemigos de la libertad no son queines la oprimen, sino quienes la deshonran'". CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de. *Direito de informação e liberdade de expressão*. Biblioteca de teses Renovar, Rio de Janeiro : Renovar, 1999, p. 15. Destaques do original. A citação é de FILIPPINI, Aníbal – Ética y periodismo. Responsabilidad por Daños en el Tercer Milenio, p. 589/597, cuja frase foi atribuída a Gioberti.

E continua o autor, ainda de forma brilhante: "incluir a opinião como objeto do direito de informação é confundir espécies diferentes: sob o enfoque que foi defendido ao longo do trabalho, opinião é uma forma de expressão de idéias e, portanto, ***informação não é.*** Mas o restante da lição da autora se aplica inteiramente ao nosso estudo: um fato real, procedente do mundo exterior, é uma notícia". E continua: "Não se pode concordar em inserir na liberdade de informação qualquer produto do intelecto, melhor situado como liberdade de expressão", p. 86-87.

Por fim, com pena de ouro, narra o citado autor: "Somente o interesse público caracteriza a liberdade de informação como direito fundamental. Não qualquer interesse ***do*** público, porque o público tem interesses às vezes menos dignos daquela liberdade. A mera curiosidade, o prazer pela desgraça alheia, a fofoca, não podem ser considerados como informação jornalística", p. 88.

[6] HART, Herbert L.A.. *O conceito de direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, tradução do original inglês intitulado *The concept of law*, por MENDES, Armindo Ribeiro, 1994, p. 307.

No Direito Constitucional, as regras jurídicas, enquanto sejam regras de aplicação imediata, impõem uma espécie de *comando coercitivo verticalizado* no plano empírico/dogmático, onde as demais regras infraconstitucionais lhes devem obediência hierárquica.

Por sua vez, os princípios constitucionais, por ditarem ou serem elementos de interpretação destas normas (tanto das regras constitucionais quanto das infraconstitucionais), têm a função tanto de retificar (no sentido de desequivocar) quanto de *impulsionar* a interpretação da regra jurídica, levando ela, muitas vezes, a um significado além do seu enunciado prescritivo.

Um comentário importante merece ser feito. Trata-se da colisão entre princípios constitucionais e regras constitucionais.

Quando há a colisão entre princípio constitucional e regra infraconstitucional, o princípio prevalece, retificando ou impulsionando a interpretação dessa norma.

Entretanto, quando a colisão se dá entre princípio constitucional e a regra constitucional, datadas de mesma época, a regra constitucional terá a função de ser a *exceção* daquele princípio.

Se a colisão se dá entre princípio constitucional precedente e regra constitucional posterior (através de emendas à Constituição), a nova regra terá que se adaptar ao princípio[7].

Os princípios são indetermináveis quanto à sua extensão. Note-se que Hart afirma que os princípios são "não conclusivos". Os princípios não possuem, de fato, uma delimitação *prima facie*.

Entretanto, não concordo com esta opção semântica, posto que a isto poder-se-ia chocar a idéia central de princípio como fator determinante na interpretação da regra jurídica, onde o mesmo irá – face ao caso concreto – finalizar e *concluir* a interpretação da regra. Melhor seria afirmar que os princípios são não *conclusíveis* quando de

---

[7] Como exemplo, podemos citar o absurdo inconstitucional que foi cometido por ocasião da Emenda Constitucional nº 3, de 17.03.1993. Criou-se, àquela época, a autorização para a implantação do antecessor da CPMF, que vinha a ser o IPMF.

Naquele diploma constitucional havia duas previsões que assim estavam prescritas:

> Art. 2º.....
>
> §2º. Ao imposto que trata este artigo não se aplica o art. 150, III, *b*, e VI, nem o disposto no § 5º do art. 153 da Constituição.

sua apreciação apriorística, mas conclusível quando da interpretação da regra jurídica.

Em suma: os princípios constitucionais se distinguem das regras jurídicas:

a)pela gradualidade: os princípios ordenam que se realize algo na maior medida possível. As regras, ao revés, são cumpridas ou não;

b)pela otimização (ou impulso/freio constitucional): o cumprimento dos princípios é feito na maior medida possível na concorrência com outras normas do sistema;

c)pela *hierarquização móvel*: os princípios cedem face a outros em virtude de determinadas circunstâncias. Não existem princípios *absolutos*. Todo e qualquer princípio *stricto sensu* terá a potencialidade de ceder face a um outro no caso concreto.

Os princípios constitucionais são como uma espécie de força gravitacional: puxam para dentro de si as normas infraconstitucionais, dando-lhes eficácia tão somente enquanto estiverem inseridas no feixe principiológico. Ainda na mesma visão, as normas principiologicamente inconstitucionais enfrentarão a força repulsiva dos princípios, sendo expelíveis do ordenamento jurídico, quer seja por ADINs, quer pelo controle difuso de constitucionalidade.

2.1.3 Conceito de princípios constitucionais

Realizadas algumas análises iniciais, cumpre-nos agora a árdua tarefa de tentar conceituar o que sejam os princípios constitucionais.

O Ministro sergipano Carlos Britto, em sua peculiar captação do fenômeno constitucional moderno, indica que os princípios

---

> §3º O produto da arrecadação do imposto de que trata este artigo não se encontra sujeito a qualquer modalidade de repartição com outra entidade federada

Ao mesmo tempo, este dispositivo feria de morte dois fortes princípios constitucionais: um, na seara tributária, que era a *anterioridade* tributária, cujo escopo era evitar o descontrolado ataque tributário na economia nacional; o outro, desta feita mais gravemente atingido, era o princípio do *federalismo*, onde os novos impostos criados pela União deveriam ser repassados em percentual de 20% para os Estados. A nova regra constitucional jamais deveria contrariar, pois, os princípios constitucionais que lhes eram antecedentes.

> ostentam um núcleo e uma periferia em sua própria circunferência deôntica. Naquele núcleo, a imutabilidade. Na periferia, a possibilidade de mudança. Desde que tal mudança tenha o significado de aumentar a perspectiva de funcionalidade do núcleo mesmo. Com que os princípios axiais da Constituição operam, ambivalentemente, como fator de estabilidade e de atualização constitucional.
>
> Há como que uma dialeticidade no próprio interior de certos princípios, no âmbito de sua própria circunferência semântica, fazendo com que a Lei das Leis ganhe essa possibilidade de se ajustar mais facilmente à irrupção de fatos novos ou a novas valorações de fatos velhos. A tensão entre permanecer incólume e experimentar alterações ocorre no imo, no recôndito de cada princípio mesmo e o atrito se resolve por uma solução endógena de compromisso que leva a Constituição a mudar para permanecer idêntica a si mesma.[8]

Para nós, princípios constitucionais são valores maiores da sociedade positivados (de forma implícita ou explícita) com caráter normativo na lei maior, que servem como pilastras-mestras razoavelmente flexíveis onde a Constituição se sustenta, ditando a interpretação das demais regras do ordenamento, quer reduzindo o seu alcance, quer impulsionando a sua amplitude normativa, moldando, desta forma, a interpretação *axiológica* das normas jurídicas.

Por serem valores positivados na Constituição, os princípios constitucionais dão *legitimidade axiológica* às normas que não lhe contraditam.

Por isso, com total razão os dizeres do mestre José Souto Maior Borges:

> a violação de um princípio constitucional importa em ruptura da própria Constituição, representando por isso mesmo uma

[8] BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro : Forense, 2003, p. 171-172.

> inconstitucionalidade de conseqüências muito mais graves do que a violação de uma simples norma, mesmo constitucional[9].

2.2 O princípio da máxima efetividade das normas constitucionais

A ciência da Hermenêutica Jurídica, com muita propriedade, identificou que existem normas no ordenamento jurídico que, embora não escritas, são dotadas de plena eficácia através de uma construção lógica das normas preexistentes.

Assim, mesmo sendo implícito um princípio, ele terá carga de efetividade e poderá moldar a interpretação de outras regras jurídicas. Um destes princípios constitucionais implícitos – desta feita com relação às regras hermenêuticas – é o princípio da *máxima efetividade da Constituição*.

Pelo *princípio da máxima efetividade* ou *princípio da eficiência* ou *princípio da interpretação efetiva* pode-se considerar que a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. Trata-se de um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais.

Isto se dá porque a retração da eficácia da norma constitucional em face de um diploma infraconstitucional traria, inegavelmente, uma indevida "inversão de valores" na feliz expressão de Carlos Ayres Britto, quando leciona que

> o prejuízo que se causa à constituição com uma interpretação indevidamente restritiva é maior do que o sofrido, exemplificativamente, por uma lei comum também indevidamente interpretada de modo amesquinhado. É que, no bojo da relação entre a Lei maior e a lei menor, o que se sonegar à primeira passa a pertencer à segunda (...).
> Estas considerações apontam para a adoção de um critério seguro de resolução de eventual dúvida interpretativa quanto a maior ou menor

[9] *Lei Complementar Tributária*. São Paulo: RT, 1975, p. 13.

> compleição eficacial de uma norma genuinamente constitucional. A dúvida, em linha de princípio, é de ser resolvida em favor da interpretação eficacial de maior porte. Não se pode fazer cortesia com o chapéu da Constituição (outra vez não resistimos à tentação do prosaísmo), porque isto seria transformar a lei maior em lei menor e a lei menor em lei maior. O que se traduz em disparata inversão de valores.[10]

2.3 O princípio constitucional da máxima proteção aos direitos do consumidor

Para que o direito possa ter plena efetividade, há a necessidade de se observar a realidade como um todo e não só adequá-lo ao subsistema social, mas também balancear as diversas exigências dos diferentes sistemas sociais. Daí por que a adequação do sistema jurídico na sociedade implica no estudo da capacidade cognitiva do sistema jurídico.

O sistema jurídico constitucional, por sua excelência, não pode ser considerado um sistema fechado de interpretação. Peter Härbele já mencionava que uma correta hermenêutica constitucional deve levar, necessariamente, a uma evolução interpretativa *de uma sociedade fechada dos intérpretes da Constituição para uma interpretação constitucional* ***pela*** *e* ***para*** *uma sociedade aberta.*

Em outras palavras, o sistema jurídico não precisa apenas ser consistente por que se ele fosse só consistente e hermeticamente fechado ele cairia no **autismo jurídico.** O sistema jurídico precisa também estar aberto, adequado ao social, implicando em alta capacidade cognitiva/evolutiva.

Esta alta capacidade cognitiva em termos de proteção ao consumidor é delimitada pela Constituição Federal em vários de seus artigos.

No artigo 5º, XXXII, existe uma norma programática indicando que "o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor". No artigo 24, há a previsão de que compete à União, Estados e Distrito

---

[10] *Ob. cit.,* p. 199-200.

Federal legislar *concorrentemente* sobre a responsabilidade por danos ocasionados ao consumidor. Na parte tributária (art. 150, § 5º), há a previsão de que "A lei determinará medidas para que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços".

Já no capítulo relativo à ordem econômica, há duas previsões principiológicas que são de vital importância para a interpretação do princípio constitucional da máxima proteção aos direitos do consumidor:

> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
> (...)
> V - defesa do consumidor;
> (...)
> VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

Estes dois incisos se complementam e possuem força redobrada quando interpretados com os princípios maiores da República nacional esculpidos no 3º da Constituição, quando se afirma que:

> Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
> I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
> (...)
> III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
> IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação

Ora, se um dos objetivos do sistema federativo brasileiro é reduzir as "desigualdades sociais e **regionais**", promovendo o "bem de todos", e que a ordem econômica é baseada na "defesa do consumidor" e "redução das desigualdades regionais e sociais", tem-se que, indiscutivelmente, há um princípio constitucional implícito que

não só autoriza – mas determina – a existência de tutela **nacional** de proteção aos direitos dos consumidores como forma de ***redução*** das desigualdades regionais.

Noutros termos: qualquer norma infraconstitucional que restrinja a proteção ampla e efetiva dos consumidores em caráter nacional será eivada de indiscutível inconstitucionalidade, posto que ela provocaria uma proteção do consumidor mitigada, ou seja, uma proteção "regionalizada" do consumidor, criando bolsões de exclusão consumerista, o que aumentaria as diferenças regionais e tal interpretação criaria um choque efetivo com os valores constitucionais maiores de proteção ao consumidor.

Uma interpretação excludente da proteção consumerista traria, ainda, diversos outros problemas constitucionais. Se agente interpretador considera os fatores jurídico-sistêmicos, pode-se considerar fundamentalmente que o elemento básico de interpretação da Constituição é a consistência do sistema como um todo. Sendo o Brasil formado pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e levando-se em consideração uma violação nacional aos direitos do consumidor, teria sentido uma proteção dita por "coletiva" a apenas os consumidores de uma determinada (por que não dizer delimitada) cidade?

Neste caso, haveria uma interpretação restritiva do termo coletividade consumerista, chocando-se com as prescrições constitucionais e tornando este tipo de interpretação inconstitucional por *fomentar desigualdades regionais*.

O direito de tutela protetiva do consumidor ***comunica-se nacionalmente por força constitucional***, instrumentalizado por normas infraconstitucionais**.** A comunicação jurídica vai orientar que determinados padrões de constitucionalidade e legalidade deverão ser uniformizados em todo o país.

A consistência nacional da proteção consumerista é um fator fundamental da ordem econômica e é vinculada intrinsecamente à redução das desigualdades regionais, oportunizando a máxima efetividade do direito. Afinal, o sistema jurídico tem que dar a resposta mais adequada às exigências da sociedade e dos sistemas sociais para que se possa tornar efetivo.

No próximo tópico, será analisada a consonância do Código de Defesa do Consumidor e da Lei da Ação Civil Pública com os princípios maiores da Constituição Federal.

3. ASPECTOS PROCESSUAIS DA TUTELA COLETIVA DO CONSUMIDOR

3.1 Análise da tutela substitutiva processual

Como regra oriunda da primeira onda de acesso ao Judiciário (individualista), o pedido de tutela jurisdicional só poderia ser formulado "por quem se afirme titular do direito litigioso. Apenas o suposto integrante da relação jurídica substancial está autorizado a pleitear em juízo a satisfação de algum interesse por ela regulado"[11].

Até pouco tempo, a atuação em juízo se fazia no plano individual, ainda que as partes pudessem agir em litisconsórcio. Entretanto, esta fórmula era falha, posto que nem todas as vítimas atingidas por um ilícito civil ingressariam em juízo e a salvaguarda judiciária seria dada apenas às pessoas que tivessem condições de acesso ao Judiciário, causando distorções isonômicas.

Mauro Cappelletti, analisando a evolução oriunda da segunda onda de acesso ao Judiciário, leciona que

> a visão individualista do devido processo judicial está cedendo lugar rapidamente, ou melhor, está se fundindo com uma concepção social, coletiva. Apenas tal transformação pode assegurar a realização dos direitos públicos relativos a interesses difusos"[12].

No direito brasileiro e em situações excepcionais, admite-se que o autor formule pedido de tutela jurisdicional em nome próprio, mas

---

[11] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *In Código de Processo Civil interpretado*. Coordenação Antônio Carlos Marcato. São Paulo : Atlas, 2004, p. 53.

[12] CAPPELLETI, Mauro. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris 1988, p. 51.

no interesse e satisfação de terceiros. Nestes casos, a parte é legitimada a figurar em um dos pólos da relação processual, embora não seja titular da situação de direito material afirmada na inicial. É a legitimação extraordinária outorgada ao *substituto processual* pelo ordenamento jurídico e que possui expressiva legitimação social[13].

O substituto que ajuíza demanda pública cognitiva tem os mesmos ônus e deveres processuais de qualquer parte, respondendo inclusive por eventuais custas e despesas processuais, embora não possa – por se tratar de direitos indisponíveis – confessar, renunciar e dispor sobre o direito postulado. Assim, trata-se de *legitimidade autônoma protetiva*.

A possibilidade de um co-legitimado ajuizar ação civil pública não exclui a do substituído e nem a de outros órgãos de proteção aos interesses do consumidor. Assim, pode ser ela:

a)concorrente, onde os órgãos protetivos podem ingressar com ações civis públicas ou coletivas paralelamente às demandas particulares individuais, inclusive sem induzir litispendência, ressaltando-se que a coisa julgada com efeitos *erga omnes* ou *ultra partes* não beneficiará "os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva"[14];

b)disjuntiva, onde a simples existência de um órgão protetivo do consumidor não exclui a possibilidade de ajuizamento de outro órgão igualmente protetivo. É o caso dos Ministérios Públicos estaduais e federais, Procon's, associações civis fundadas para este fim, União, Estados e Municípios.

Kazuo Watanabe leciona que

---

[13] GIMARÃES, Lázaro. *As ações coletivas e as liminares contra atos do poder público*. 2ª Edição, revista e ampliada. Brasília : Brasília Jurídica, 1993, p. 50.

[14] CDC. art. 104, mas o consumidor poderá desistir da ação antes do julgamento de primeiro grau e se beneficiar da coisa julgada coletiva, pagando as custas e honorários advocatícios, quando cabíveis.

> a ampla legitimação dos entes públicos para a tutela dos interesses ou direitos dos consumidores decorre de mandamento constitucional. O inc. XXXII do art. 5º, CF, com efeito, dispõe expressamente que incumbe 'ao Estado (no sentido amplo) promover, na forma da lei, a defesa do consumidor'. E a defesa em juízo é, certamente, uma das formas mais importantes no exercício dessa atribuição.[15]

Muito já se discutiu sobre a legitimidade do *parquet* federal e estadual, bem como dos Procon´s e associações de consumidores. Entretanto, pouco se falou da legitimidade dos entes federados na proteção e defesa do consumidor em juízo.

De forma inusitada, estão os entes federados acostumados judiciariamente a serem partes passivas em ações civis públicas fundadas no interesse público primário e não como partes ativas, ou melhor, atores sociais ativos na proteção da sociedade, incumbindo, de regra, esta proteção aos sempre diligentes membros dos ministérios públicos estadual e federal e demais associações protetivas[16].

Trata-se, pois, de um fenômeno antagônico, uma vez que os Estados possuem poderes administrativos para a proteção dos interesses públicos primários (inclusive seus governantes são eleitos com base nesta plataforma eleitoral), mas normalmente não exercitam seu poder de ajuizamento de ações na proteção destes interesses, igualmente outorgado pelo ordenamento jurídico.

Pedro da Silva Dinamarco registra a sua indignação pela inércia estatal na diminuta experiência de ações civis públicas propostas pela União, Estados e Municípios:

---

[15] *In Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. GRINOVER, Ada Pellegrini *et alii*. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 2004, p. 820.

[16] Curiosamente, observa-se que o poder estatal para a defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos não é pequeno. Boa parte da legitimação ativa destinada aos ministérios públicos estaduais e federais para as ações coletivas também contempla as ***procuradorias estaduais***. Como exemplo, citem-se os casos de proteção e defesa do consumidor (art. 82, II, Lei 8.078/90); proteção à criança e adolescente (art. 210, II, Lei 8.069/90); coibição de concentração de mercados (art. 29, Lei 8.884/93), proteção ao idoso (art. 81, II, Lei 10.741/03), dentre outros.

> Essa legitimidade ora tratada é muito pouco exercida na prática forense (...). Talvez por isso mesmo a doutrina não lhe dispense maior atenção. Aliás, essa *desmotivação estatal* causa certa perplexidade, pois os entes políticos são, presumivelmente, os maiores interessados na tutela dos interesses metaindividuais, enquanto gestores da coisa pública e do bem comum.[17]

Em tema de proteção aos direitos dos consumidores e levando-se em consideração *expressivo comando constitucional* ("o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor") somado à legitimidade ativa outorgada pelo CDC (art. 82, II), entende-se que a legitimidade dos entes federados é *ampla e irrestrita*, desde que a ocorrência da lesão encontre-se dentro de seu território para justificar o interesse de agir, conforme será melhor apreciado no tópico a seguir.

3.2 O interesse (ou necessidade) de agir dos Entes Federados

Para que os Estados atuem em ação civil pública na defesa de interesses difusos ou coletivos é necessário que haja um interesse público fulcrado em questão social relevante.

Ada Pellegrini Grinover afirma que o interesse de agir é

> uma imposição do princípio da **economia processual**, desdobrando-se em necessidade e adequação, o que significa, na prática, que o Estado (-juiz) se nega a desempenhar sua atividade jurisdicional até o final, quando o processo, no caso concreto, não é necessário e quando o provimento pedido não é adequado para atingir o escopo de atuação da vontade da lei, no caso concreto, mediante a solução da lide.[18]

---

[17] *Ação Civil Pública*. São Paulo : Saraiva, 2001, p. 257.

[18] GRINOVER, Ada Pellegrini; ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*, 9ª Ed., São Paulo : Malheiros, 1992, p. 88-89.

Para Joel Dias Figueira Júnior,

> o interesse de agir é um outro requisito de validade da demanda, e, como tal, aparece no plano jurídico processual como afirmação hipotética do autor, referente à sua **necessidade de obter a tutela jurisdicional do Estado** (juiz) **à satisfação das pretensões deduzidas**.[19]

Embora o termo interesse público seja de difícil conceituação (posto que varia de acordo com os tempos), a ele se agrega um valor, um sentimento. Herman Benjamin, a propósito do interesse público nas ações civis públicas, averbou que

> nesse sentido moderno e macro que se pretende agregar ao tema e sem que isso signifique excluir a intervenção judicial, pode-se dizer que o campo ideal de conformação, manifestação e implementação do interesse público é o universo das políticas públicas. Protegê-lo não depende, fatalmente, da organização de seus titulares, já que, presume-se, os formuladores de políticas públicas estão conscientes da sua importância; aliás, toda a atividade legislativa, administrativa e judicial orienta-se e legitima-se pela pregação da defesa do interesse público.[20]

Lúcia Valle Figueiredo, discorrendo sobre o tema, lecionou que

> interesse público, dentro de determinado ordenamento jurídico-positivo, é aquele a que a Constituição e a lei deram tratamento especial;

---

[19] FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Volume 4 – Tomo II. Do processo de conhecimento, art.s 282 a 331. São Paulo : RT, 2001, p. 167.

[20] BENJAMIM, Antônio Herman. A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico. Apontamentos sobre a opressão e libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor. *Ação civil pública*, coord. Edis Milaré., p. 70.

> fins públicos são aqueles que o ordenamento assinalou como metas a serem persegidas pelo Estado, de maneira especial, dentro do regime jurídico de dieito público. E, conseqüentemente, deverá a administração persegui-los.[21]

No caso da defesa coletiva por parte dos entes federados (União, Estados e Municípios), um aspecto deve ser obrigatoriamente observado. Trata-se de uma *adequação* do interesse de agir em ação coletiva.

Materialmente falando, todas as matérias que versem sobre direitos dos consumidores podem e devem ser objeto de ação civil pública estatal. A restrição que se faz é que a interpretação do interesse de agir nas ações coletivas dos entes federados parte de ***dentro para fora***.

Explique-se melhor. Todos os órgãos públicos destinados à proteção do consumidor, como o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC) do Ministério da Justiça, os Procon's estaduais e os municipais (quando existam) possuem legitimidade para investigar e tentar solucionar os conflitos consumeristas ocorridos dentro de sua área de jurisdição administrativa.

Por sua vez, esta jurisdição administrativa não irá delimitar o alcance da coisa julgada – posto que isto é matéria essencialmente processual, mas sim irá ***condicionar a propositura da ação***.

Uma conclusão, *a priori*, nos parece óbvia: a competência da Advocacia Geral da União para a propositura de ações consumeristas será apenas condicionada à existência de lesão dentro do território nacional.

Portanto, para que um ente federado ingresse com ação coletiva de proteção ao direito do consumidor, é necessário que a lesão ocorra, primeiramente, dentro de sua área de jurisdição administrativa, ou, em termos mais precisos, *dentro de seu território*. Daí esta proteção, somada à Constituição Federal e ao sistema protetivo do CDC e da Lei da Ação Civil Pública que irradiam efeitos da sentença *erga omnes* e *ultra*

---

[21] FIGUEIREDO, Lúcia Valle. "Ação civil pública – gizamento constitucional". *In* Ação Civil Pública – Lei 7.347/1985 – 15 anos. Coordenador Édis Milaré. São Paulo : RT, 2001, 485.

partes (em nítido efeito subjetivo *expansivo* da sentença coletiva, que otimiza a proteção nacional do consumidor), ser consubstanciada de *dentro* para *fora* de seu território.

Não é necessário, contudo, que esta lesão esteja de fato presente no território do ente federado. Basta a ameaça àquela lesão para legitimar a propositura de ações civis públicas pelos entes estatais.

3.3 A conceituação dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos abrangidos pela ação civil pública

Para uma correta análise dos efeitos de uma ação civil pública, é necessário conhecermos a distinção entre direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos.

Segundo o artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor,

> Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.
> Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:
> I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;
> II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;
> III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

3.3.1 Direitos difusos – *a chi apartiene l´aria che respiro?*

O termo difuso significa "disperso, fragmentado, espalhado"[22]. São interesse de grupo menos determinado de pessoas, sendo que entre elas não há vínculo jurídico ou fático muito preciso. Sua característica marcante, segundo o CDC, art. 81, I, é ser transindividual, "de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato". Fazendo um paralelo com o litisconsórcio, haveria de ser necessário – posto ser impossível a sua proteção sem abranger a todos - e unitário, com decisão idêntica a todos os beneficiários.

Nos interesses difusos, não se pode proteger um indivíduo isoladamente sem proteger a todos ao mesmo tempo. Seus titulares são pessoas indetermináveis. Não há, também, uma relação jurídica base entre os interessados no aspecto subjetivo.

Para José Marcelo Menezes Vigliar,

> pode-se afirmar que difusos são os interesses em que os titulares não são passíveis de ser determinados ou determináveis e se encontram ligados por meras circunstâncias de fato, ainda que não muito precisas. São interesses indivisíveis e, embora comuns a uma categoria mais ou menos abrangente de pessoas, não se pode afirmar, com precisão, a quem pertençam, tampouco a parcela destinada a cada um dos integrantes desse grupo indeterminado.[23]

No mesmo sentido, Rodolfo de Camargo Mancuso leciona que os interesses difusos:

> são interesses metaindividuais que, não tendo atingido o grau de agregação e organização necessário à sua afetação institucional junto a certas entidades ou órgãos representativos dos interesses já socialmente definidos, restam em estado fluido, dispersos pela sociedade civil como um todo (v.g.

---

[22] DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação Civil Pública*. São Paulo : Saraiva, 2001, p.51.
[23] VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Ação Civil Pública*. 5ª edição. São Paulo : Atlas, 2001, p. 47.

> o interesse à pureza do ar atmosférico), podendo, por vezes, concernir a certas coletividades de conteúdo numérico indefinido (v.g., os consumidores). Caracterizam-se: pela indeterminação dos sujeitos, pela indivisibilidade do objeto, por sua intensa litigiosidade interna e por sua tendência à transição ou mutação no tempo e no espaço.[24]

Cite-se, como exemplo, o caso de uma propaganda de tabaco proibida mas veiculada na TV nacionalmete. Sua retirada irá beneficiar a todos e não há como beneficiar apenas um único telespectador.

3.3.2 Interesses coletivos *stricto sensu*

Também são transindividuais e indivisíveis, mas diferem dos interesses difusos porque os interesses coletivos *stricto sensu* possui como seu titular "grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base".

Segundo Rodolfo de Camargo Mancuso, existe também uma diferença entre a indivisibilidade dos dois interesses. Enquanto que no difuso ela é absoluta, no interesse coletivo ela é relativa, pois passível de afetação a um ente especial (grupo, categoria ou classe)[25].

Ao meu ver, a indivisibilidade relativa do interesse coletivo também pode ser encarada de outra forma, desta feita recorrendo-se à experiência norte-americana nas *class actions*. Tratando-se de direito coletivo, tanto o indivíduo particularmente quanto o co-legitimados podem ingressar com a ação para proteger seus interesses, mas o direito posto em questão é de uma abrangência – através de uma classe, grupo ou categoria numerosa – cuja dimensão e interesse social na causa são extremamente relevantes, fazendo com que a tutela individual possa dar ensejo a outra tutela coletiva com o mesmo fundamento jurídico.

Como exemplo, pode-se citar recente ação civil pública ajuizada por este procurador contra uma determinada instituição financeira.

---

[24] MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos*: *conceito e legitimação para agir*. 3ª edição. São Paulo : RT, 1994, p. 114-115.

[25] *Comentários ao Código de Proteção ao consumidor*. Art. 81, p. 276.

Na ação, foi pedida a tutela dos direitos do *consumidor idoso* de acesso ao *Programa de Arrendamento Residencial – PAR*, que estavam sendo discriminados por conta da idade.

Antes do ajuizamento da ação estatal, uma senhora de idade também ajuizou a sua ação individual e obteve a medida liminar. E não há dúvidas de que o direito em questão seja passível de salvaguarda de forma individual, como foi o caso.

Na experiência norte-americana, há para casos deste jaez a figura do *class certification*. Quando o indivíduo move ação singular contra um determinado réu e o juiz, verificando que aquela demanda seria melhor decidida se fosse coletiva, o magistrado pode conceder, em decisão precária, *ex officio,* com vasta discricionariedade e fundado na eqüidade, o *certificado de classe* à ação e determinar que o autor seja o representante de toda classe no processo. Esta medida judicial serve para otimizar o processo e as relações jurídico processuais, concentrando todos os questionamentos em uma única ação para a formação de uma coisa julgada que irá beneficiar a todos. Além disso, pode-se evitar a insolvência do devedor principal se a condenação for uniforme para todos, ao invés de uma condenação milionária para um titular e insolvência (portanto, ineficácia da sentença final) para os demais consumidores que estivessem na mesma situação.

Volvendo-se ao direito brasileiro (fundado na *civil law*), há uma segunda acepção para o termo indivisível nos direitos coletivos *stricto sensu*: a decisão judicial deverá ser ***igual*** para todo o grupo, categoria ou classe de pessoas que estejam na mesma situação, concedendo-se ou negando-se o direito posto em bloco (molecularmente e não atomicamente), observando-se, é claro, o fenômeno da coisa julgada *secundum eventum litis*. Fazendo-se um paralelo com o litisconsórcio, seria ele unitário, mas não necessário.

3.3.3 Interesses individuais homogêneos

Para o CDC, os interesses individuais homogêneos são "assim entendidos os decorrentes de origem comum." São verdadeiros interesses individuais postos em juízo de forma circunstancialmente coletiva para facilitar o seu acesso ao Judiciário.

Apesar da parca distinção conceitual no CDC, a doutrina se esmera em produzir suas diferenças, embora na prática judiciária a distinção carece injustificadamente de contornos científicos.

Rodolfo de Camargo Mancuso lembra que há interesses que geram conflitos *essencialmente coletivos* e outros que geram conflitos *acidentalmente coletivos*, lembrando lição de José Carlos Barbosa Moreira[26].

Homogeneidade, origem comum e divisibilidade são os traços característicos dos direitos individuais homogêneos. Segundo Ada Pellegrini Grinnover,

> objetivam tais ações a reparação, por processos coletivos, dos danos pessoalmente sofridos pelos consumidores, numa adaptação dos esquemas da *class action*, de idêntica destinação, às categorias do Direito Processual romano-germânico, com particular atenção às garantias do contraditório e da ampla defesa.[27]

O ponto nodal da distinção seria a disponibiliade/ indisponibilidade do direito posto em questão. É certo que a doutrina não conseguiu, até hoje, colocar uma fronteira suficientemente delimitada sobre este assunto (e nem nós temos esta pretensão), mas urge, para o presente caso, trazermos mais critérios distintivos destes dois interesses juridicamente protegidos.

No caso dos direitos coletivos, a primeira distinção que se faz é que os seus titulares são "grupo, categoria ou classe", ligados fortemente sob um aspecto jurídico com a parte adversa, sendo impossível a disposição sobre o direito. No direito individual homogêneo, podem os titulares moverem ações isoladamente, e nestas ações praticarem a disposição de seus direitos.

Um direito poderá ser disponível quando o seu titular puder renunciá-lo ou submetê-lo a transação. Trata-se, pois, de direitos

---

[26] MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Manual do Consumidor em juízo*. São Paulo : Saraiva, 1994, p. 6.

[27] *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. Comentado pelos autores do anteprojeto. 8ª Edição. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 2004, p. 867.

patrimoniais dos indivíduos (maiores e capazes, é claro), cuja patrimonialidade só poderá ser objeto de disposição de forma *direta* por seu titular.

Assim, pela prática forense, uma primeira conclusão se revela: haverá causas submetidas ao crivo de uma decisão em ação civil pública em que coexistirão interesses coletivos e individuais homogêneos, para cada qual o magistrado terá de dispensar um tratamento diferenciado, posto que no primeiro não caberá qualquer tipo de transação, enquanto que no segundo esta é admitida.

Tome-se, como exemplo, uma causa envolvendo acesso de consumidor idoso a programas de habitação formado por fundos públicos. Seu acesso está garantido pelo Estatuto do Idoso. Vamos supor que o agente financeiro vede o acesso a pessoas que tenham uma idade maior do que "x". Um dos co-legitimados ingressa com ação para retirar a barreira e, paralelamente, pede a oferta do crédito para que os idosos com condições de obter o financiamento o obtenham.

Neste caso, o direito de acesso ao financiamento do consumidor idoso é *direito coletivo stricto sensu*. Pode o seu titular, se assim o quiser, não exercê-lo, mas jamais poderá renunciá-lo. As condições de financiamento deverão ser as mesmas para os consumidores de outras idades (é direito do idoso ter tratamento igualitário), mas, como envolve direitos patrimoniais, o consumidor idoso poderá dele *dispor*, reduzindo o prazo de amortização da dívida.

Logo, uma vez ofertado e aceito o crédito, as condições de sua amortização são direitos individuais homogêneos, que, uma vez asseguradas em sentença judicial, poderá o consumidor idoso dela dispor. O que o consumidor idoso não pode fazer é dispor do acesso ao programa, posto que este direito é coletivo *stricto sensu* e, *a fortiori*, indisponível.

Uma outra distinção entre direitos individuais homogêneos e os coletivos *stricto sensu* reside em seu núcleo interior. A essência dos direitos individuais homogêneos é o fato de que são eles *cindíveis*. Neste sentido, a coletivização dos litígios será elemento acidental, como no caso de uma fraude financeira que venha a causar prejuízo a um número determinado de consumidores, ainda que este número seja elevado.

3.4 Os limites subjetivos na coisa julgada coletiva *lato sensu*

Uma pergunta que usualmente é feita na proteção dos direitos coletivos consumeristas *lato sensu* é: quem são os destinatários da tutela jurisdicional contida no dispositivo da sentença? De acordo com a disciplina do artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor:

> Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada:
> I - *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81;
> II - *ultra partes*, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81;
> III - *erga omnes*, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81.
> § 1° Os efeitos da coisa julgada previstos nos incisos I e II não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe.
> § 2° Na hipótese prevista no inciso III, em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual.
> § 3° Os efeitos da coisa julgada de que cuida o art. 16, combinado com o art. 13 da Lei n° 7.347, de 24 de julho de 1985, não prejudicarão 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 arts. 96 a 99.

O artigo supracitado disciplina os efeitos da coisa julgada *secundum eventum litis*, que, em suma, pode assim ser representada:

a) se a ação coletiva é julgada improcedente por insuficiência de provas, qualquer outro legitimado poderá propô-la novamente, havendo apenas aqui a coisa julgada formal, com a condicionante de que a ação poderá ser novamente ajuizada com novos documentos suficientes à prova dos fatos alegados;

b) se a ação coletiva é rejeitada por motivo que não a insuficiência de prova, a sentença judicial fará coisa julgada *erga omnes* contra todos os co-legitimados ativos para a ação coletiva. Os particulares – titulares de direitos individuais – não são alcançados pela sentença de improcedência coletiva no mérito, desde que não tenham participado do processo como litisconsortes do substituto processual;

c) se a ação coletiva é julgada procedente, os particulares serão beneficiados pelos efeitos da sentença, desde que não tenham ingressado em juízo ou, se o tiverem, tenham requisitado a suspensão do processo dentro de 30 dias do conhecimento nos autos do ajuizamento daquela ação coletiva.

Adiante serão tecidas considerações peculiares sobre a extensão dos efeitos subjetivos em cada tipo de sentença coletiva.

3.4.1 Efeitos da sentença em direitos difusos

Combinando-se o artigo 103 com o 81 do CDC, chega-se à conclusão de que os efeitos nas sentenças que envolvam direitos *difusos* são *erga omnes*. Mas, precisamente, o que isto quer dizer?

Os direitos difusos são aqueles direitos que pertencem a toda uma gama indeterminável de pessoas e são indivisíveis em sua essência. A sentença deste processo coletivo irá abranger todas estas pessoas excepcionalmente substituídas pelo legitimado jurídico incluso no artigo

82 do CDC. Ocorre, porém, que o termo *erga omnes* merece uma reflexão e uma restrição de ordem constitucional.

A tutela coletiva *lato sensu* foi criada tendo-se por meta a proteção dos substituídos processualmente. Assim, o termo *erga omnes* abrange toda uma comunidade *beneficiada* com a decisão e a parte passiva que foi *inclusa no processo*, não atingindo outras pessoas físicas ou jurídicas que não integraram a lide em seu pólo passivo.

Isto se dá porque a Constituição Federal giza, em seu artigo 5º, LIV e LV, que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal" e "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes". Logo, a sentença *erga omnes* não tem a força de impor condenação judicial a quem não foi parte no processo. Ela beneficia os consumidores, mas não tem por escopo prejudicar os fornecedores de produtos e serviços que não participaram da lide.

3.4.2 O alcance da sentença nos direitos coletivos *stricto sensu*

De acordo com o artigo 103, II, do CDC, a sentença em direitos coletivos *stricto sensu* terá efeitos "*ultra partes*, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe ...".

Pedro da Silva Dinamarco leciona que

> quando a ação civil pública em análise for ajuizada por uma associação ou sindicato, não raro haverá a proteção de pessoas não pertencentes ao quadro associativo do autor, tanto que a coisa julgada dar-se-á *ultra partes*, limitadamente ao grupo, categoria ou classe (CDC, art. 103, inc. II). Ou seja, não precisa ser associado do ente-autor para gozar as vantagens trazidas pelas demandas por ele ajuizadas.

> Além disso, o interesse coletivo é a *síntese* dos interesses individuais e não mera soma, sendo necessário que haja uma alma coletiva.[28]

Movendo o Estado de Sergipe, *v.g.*, ação civil pública de proteção ao consumidor idoso, e se partisse da proposição equívoca de que o Estado apenas teria legitimidade para proteger os consumidores de seu território, o próprio CDC, fundado no princípio de máxima proteção do consumidor, determinou a extensão da coisa julgada ou um verdadeiro ***efeito subjetivo expansivo da coisa julgada***, dando eficácia *ultra partes* à sentença na ação civil pública para todas as pessoas que estivessem na mesma situação, em qualquer área do Brasil.

A mesma restrição que foi feita quanto aos efeitos *erga omnes* far-se-á quanto ao conceito de *ultra partes* no que tange à parte passiva. A pessoa jurídica privada, de abrangência nacional ou regional, que não tenha feito parte do processo, não pode ser atingida pelos efeitos jurídicos da decisão prolatada na ação coletiva.

3.4.3 – A sentença prolatada em direitos individuais homogêneos – alcance e considerações de ordem prática

Por fim, a sentença também terá efeitos *erga omnes* nos casos em que houver direitos individuais homogêneos como fundamento do processo coletivo.

Diante da especificidade desta categoria de direitos, observe-se, pois, a redação do artigo 103, III, do CDC, *verbis*:

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

Conforme já fora antes fundamentado, os interesses individuais homogêneos são *acidentalmente coletivos*, ou seja, a sua alma coletiva é mais tênue que a linha que une os interesses coletivos *stricto sensu*.

---

[28] *Ação Civil Pública*. São Paulo : Saraiva, 2001, p. 56.

Por outro lado, conforme já demonstrado no início deste trabalho, há o princípio da proteção nacional do consumidor, o que poderia levar a crer que, nestes casos de direitos individuais homogêneos, a tutela proposta em um dos Estados da federação teria amplitude nacional, beneficiando a todos os consumidores no território brasileiro.

Esta assertiva possui temperamentos para a proteção dos interesses individuais homogêneos. E isto se dá porque a parte final do dispositivo legal ressalta – em técnica redacional invertida das anteriores – que a coisa julgada será *erga omnes* apenas para *beneficiar todas as vítimas* e seus sucessores.

De regra, os direitos individuais homogêneos são reflexos de interesses *patrimoniais*. Sendo patrimoniais, pressupõe-se que a sentença prolatada possua efeito *condenatório*. E neste ponto o nosso CPC não está preparado para suportar, sem discussões, uma execução de sentença fora da competência do juízo que proferiu o título executivo judicial.

Noutros termos: vamos supor que um dano nacional aos consumidores tenha sido produzido por uma empresa "X". O Ministério Público do Rio Grande do Sul, diligentemente, move ação civil pública em Porto Alegre para a proteção dos interesses individuais homogêneos de todos os brasileiros naquela situação. E vence a demanda, cuja condenação é a empresa "X" pagar uma indenização a cada consumidor lesionado.

Um indivíduo que estivesse nessa condição, mas que residisse na cidade de Belém, Aracaju ou Brasília, teria que contratar um advogado em Porto Alegre para liquidar/executar sua sentença, o que poderia causar um desestímulo protecional. Se o mesmo indivíduo quisesse mover ação para obter idêntico título executivo, só que de forma individual e na sua cidade, haveria o título executivo judicial coletivo *lato sensu*, fazendo com que seu processo fosse extinto sem julgamento do mérito por ausência de interesse de agir.

A restrição à proteção nacional do consumidor se impõe em tema de direitos individuais homogêneos enquanto o CPC, o CDC ou a Lei da Ação Civil Pública não estiverem compatíveis com a possibilidade de dissociação da execução de título executivo judicial, sob pena de dificultar, em excesso, a efetividade das decisões judiciais.

4. A INCONSTITUCIONALIDADE E INEFICÁCIA DO ARTIGO 16 DA LEI DA ACP

De acordo com o artigo 16, reformado pela Lei 9.494/97, há a prescrição de que "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."

Quando o artigo menciona que a sentença civil fará coisa julgada *erga omnes* nos limites da competência territorial do órgão prolator, restou nítido o intuito do Governo Federal em tentar restringir o alcance da coisa julgada para a comarca do magistrado prolator da decisão final.

Esta tentativa desastrosa do Governo não conseguiu, entretanto, atender a seu desiderato. A atecnia processual restou evidente quando houve a prescrição de que a competência territorial do juiz limitará o alcance da coisa julgada.

Ocorre, entretanto, que esta competência territorial é determinada pelo artigo 93, II, do CDC (que restou inalterado pela MP), que assim giza, *verbis*:

> Art. 93. Ressalvada a competência da justiça federal, é competente para a causa a justiça 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.

Conforme se observa, o foro da capital ou do Distrito Federal terá competência territorial *nacional* ou *regional* a depender da extensão do dano, que faz parte da causa de pedir e é elemento legítimo para delimitar a abrangência da coisa julgada. E quando o artigo 16 da lei da Ação Civil Pública menciona que a coisa julgada terá como limite a competência territorial do órgão prolator, este artigo não contradiz o disposto no artigo 93, II, do CDC. Muito pelo contrário, vai nele buscar sua fonte de integração interpretativa.

Recentemente, este dispositivo foi analisado judicialmente pelo Exmo. Sr. Juiz Federal Edmilson da Silva Pimenta da 3ª Vara da Secção Judiciária Federal de Sergipe, em processo movido pelo Estado de Sergipe contra uma instituição financeira de âmbito nacional em sede de tutela antecipada. No caso concreto, proibia-se o idoso de ter acesso ao *Programa de Arrendamento Residencial – PAR*, e se questionou o âmbito dos efeitos de uma possível tutela final procedente para o Estado de Sergipe em ação civil pública envolvendo direito coletivo *stricto sensu,* cujo raciocínio também serve para os direitos *difusos*.

A decisão reconheceu a legitimidade nacional dos entes federados afastando uma interpretação restritiva falsamente imposta pelo artigo 16 da Lei da ACP por uma série de razões, deixando transcrever*, verbis*:

> Primeiro, porque a nova redação dada ao art. 16 da Lei nº 7.347/85, pela Medida Provisória nº 1.570-5, posteriormente convertida na Lei nº 9.494/97, não poderia restringi-la aos limites da competência territorial do órgão julgador, por ser flagrantemente inconstitucional, por ofensa aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e da isonomia, pois fulmina o principal objetivo de uma decisão coletiva, isto é, a eficácia *erga omnes* irrestrita. Segundo, porque não constitui critério determinante da extensão da eficácia da decisão na ação civil pública a competência territorial do juízo, mas a amplitude e a indivisibilidade do dano que se pretende evitar. Terceiro, porque a alteração do art. 16 da Lei nº 7.347/85, ainda que constitucional fosse, restou inócua, tendo em vista que a Lei nº 9.494/97 não alterou o art. 103 do Código de Defesa do Consumidor – CDC que dispõe sobre os efeitos *erga omnes* e *ultra partes* das sentenças e aplica-se, face ao art. 117 do CDC a todas as ações civis públicas e não somente àquelas que versem sobre relação de consumo, como deflui das razões aduzidas pelo autor.[29]

[29] Processo nº 2004.85.00.4624-1 - Classe 5023 - 3ª Vara, Ação Civil Pública. Partes: Autor(a): ESTADO DE SERGIPE; Ré(u) : CAIXA ECONÔMICA FEDERAL – CEF. Publicada no site http://www.jfse.gov.br/decisoes/administrativas/decadm2004/decadmedm2004850046241.htm

A inócua tentativa de limitação ao alcance das sentenças nas ações civis públicas encontra limites também na interpretação sistemática do ordenamento jurídico. Para que o mesmo seja consistente – e retomando ao já explanado no início deste trabalho – ele não pode ser considerado apenas em si mesmo, sob pena de se tornar um ordenamento *autista*.

Os adversários da tutela nacional de proteção ao consumidor poderiam, ainda, argumentar que o artigo 93 do CDC se refere apenas à proteção dos direitos individuais homogêneos. Esta interpretação não merece prosperar. Segundo Ada Pellegrini Grinover, "É necessária coerência interna do sistema jurídico que exige a formulação de regras idênticas em que se verifica a identidade de razão. Se o art. 93 do CDC fosse aplicável apenas aos interesses individuais homogêneos, o resultado seria a regra da competência territorial de âmbito nacional ou regional só para as ações em defesa dos aludidos direitos, enquanto nos processos coletivos em defesa de interesses difusos e coletivos ficaria vedada a competência nacional ou regional. O absurdo do resultado dessa posição é evidente, levando a seu repúdio pela razão e pelo bom senso, para o resguardo da coerência do ordenamento.

Mas há mais: o indigitado dispositivo da medida provisória tentou (sem êxito) limitar a competência, mas em lugar algum aludiu ao objeto do processo. Ora, o âmbito da abrangência da coisa julgada é determinado pelo pedido, e não pela competência. Esta nada mais é do que a relação de adequação entre o processo e o juiz, nenhuma influência tendo sobre o objeto do processo. Se o pedido é amplo (de âmbito nacional) não será por intermédio de tentativas de restrições da competência que o mesmo poderá ficar limitado."[30]

---

[30] GRINOVER, Ada Pellegrini. *In Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, comentado pelos autores do anteprojeto. 8ª edição. Rio de Janeiro : Forense, 2004, p. 922-3.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *In Código de Processo Civil interpretado*. Coordenação Antônio Carlos Marcato. São Paulo : Atlas, 2004.

BENJAMIM, Antônio Herman. "A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico. Apontamentos sobre a opressão e libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor". *Ação civil pública*, coord. Edis Milaré.

BOBBIO, Noberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico.* 10. ed., Brasília: Universidade de Brasília.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional.* 4. ed., São Paulo: Malheiros, 1993.

BORGES, José Souto Maior. *Lei Complementar Tributária.* São Paulo: RT, 1975.

BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição.* Rio de Janeiro : Forense, 2003.

CAPPELLETI, Mauro. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre : Fabris 1988.

CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de. *Direito de informação e liberdade de expressão.* Biblioteca de teses Renovar, Rio de Janeiro : Renovar, 1999, p. 15.

DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação Civil Pública.* São Paulo : Saraiva, 2001, p.51.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais.* São Paulo: RT, 1999.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Comentários ao Código de Processo Civil.* Volume 4 – Tomo II. Do processo de conhecimento, art.s 282 a 331. São Paulo : RT, 2001.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. "Ação civil pública – gizamento constitucional". *In Ação Civil Pública* – Lei 7.347/1985 – 15 anos. Coordenador Édis Milaré. São Paulo : RT, 2001.

GIMARÃES, Lázaro. *As ações coletivas e as liminares contra atos do poder público.* 2ª Edição, revista e ampliada. Brasília : Brasília Jurídica, 1993.

GRINOVER, Ada Pellegrini; ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*, 9ª Ed., São Paulo : Malheiros, 1992, p. 88-89.

HART, Herbert L.A.. *O conceito de direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, tradução do original inglês intitulado *The concept of law*, por MENDES, Armindo Ribeiro, 1994.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos*: conceito e legitimação para agir. 3ª edição. São Paulo : RT, 1994.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Manual do Consumidor em juízo*. São Paulo : Saraiva, 1994, p. 6.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Ação Civil Pública*. 5ª edição. São Paulo : Atlas, 2001.

WATANABE, Kazuo. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. GRINOVER, Ada Pellegrini *et alii*. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 2004.