

DIREITO DO CONSUMIDOR

A COISA JULGADA "ERGA OMNES" NAS AÇÕES COLETIVAS (CÓDIGO DO CONSUMIDOR) E A LEI Nº 9.494/97

Paulo Valério Dal Pai Moraes

Paulo Valério Dal Pai Moraes - Promotor de Justiça Coordenador da Promotoria de Defesa do Consumidor de Porto Alegre, Especialista em Direito Processual Civil pela PUC/RS, Mestre em Direito do Estado pela PUC/RS, Professor da Escola da Magistratura/RS, da Escola Superior do Ministério Público/RS e da Escola de Polícia Civil/RS.

1 - Introdução; 2 - Realidade de direito material e realidade de direito processual; 3 - Conceito de indivisibilidade; 4 - Negativa de vigência ao artigo 4º do CDC; 5 - Negativa de vigência ao artigo 93 do CDC; 6 - Diferenças entre Ação Civil Pública e Ação Coletiva de Consumo; 7 - Negativa de vigência aos artigos referentes à coisa julgada, no CDC; 8 - A existência de dissídio jurisprudencial; 9 - Conclusões.

1 - INTRODUÇÃO:

A Lei nº 9.494/97 tentou instituir uma nova sistemática na questão relativa à coisa julgada nas ações civis públicas, tendo disciplinado que o artigo 16 da Lei nº 7.347/85 passaria a ter

nova redação, no sentido de que os efeitos “erga omnes” estariam restritos à competência territorial do órgão prolator da decisão.

Reza o artigo 16, na redação dada pela Lei 9494/97:

“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”.
(grifo nosso)

Inicialmente, devem ser buscadas as origens do dispositivo, identificando-se que a Lei 9.494/97 decorreu de interesse direto do Poder Executivo Federal, que estava sendo constantemente restringido nas suas políticas governamentais, especificamente no trato dos problemas salariais dos funcionários públicos e no que tange ao processo de privatizações.

De fato, várias decisões, em sede de juízo de verossimilhança, foram concedidas pelo Poder Judiciário contra atos administrativos do Poder Executivo Federal, obrigando a serem efetuados pagamentos imediatos a servidores públicos ou, até mesmo, suspendendo leilões, sob pena de sanções, inclusive de responsabilidade criminal, além de multas.

Em decorrência disso, foi exarada a medida provisória 1.570/97 sobre o assunto, a qual se converteu na Lei nº 9.494/97, cujo texto se encontra “sub judice” no Supremo Tribunal Federal, eis que foi intentada ação de inconstitucionalidade e, recentemente, proposta pelo Presidente da República e pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal ação de constitucionalidade, a qual tem o número 4.

A lei não terá, por uma série de motivos, qualquer relevância prática, os quais passamos a declinar.

2 - REALIDADE DE DIREITO MATERIAL E REALIDADE DE DIREITO PROCESSUAL (mundos completamente distintos):

O primeiro argumento que importa, diz respeito ao fato de que deve ser feita a distinção entre ação de direito material e ação de direito processual.

Com efeito, ação **de direito material** é, ao contrário de uma mera tentativa, uma ação idônea para a realização de determinada atividade no âmbito do direito material, capaz de realizar de maneira cogente aquilo que o infrator não tenha desejado fazer voluntariamente.

Por isso, a correta definição de jurisdição é também fundamental para o entendimento do ora comentado, pois somente com o reconhecimento da **atividade substitutiva do estado-juiz** é que se torna possível apreender o significado real da ação de direito material.

Tolhido que foi o homem que vive em sociedade relativamente à possibilidade de realizar privadamente ações tendentes à efetivação da defesa dos seus direitos subjetivos, necessitará sempre da tutela estatal para tanto, oportunidade em que o Juiz objetivará fazer, em substituição, exatamente aquilo que o lesado faria, caso possuísse tal possibilidade.

Obviamente falamos em tese, haja vista que existe um grande número de variáveis que influem em um julgamento final. Assim, dificuldades de provar determinados elementos técnicos, provas testemunhais falsas, dificuldades financeiras das partes, carências técnicas dos profissionais envolvidos nos litígios e muitos outros fatores podem fazer com que o conhecimento dos fatos controvertidos não seja feito da maneira desejável, resultando em algum desvio em relação ao que deveria ocorrer, em termos ideais de justiça, caso fosse possível uma atividade privada, direta, imediata e proporcional do lesado, no sentido de proteger seu direito subjetivo.

É preciso salientar, na forma do que aponta o Professor Ovídio A. Baptista da Silva¹, que “ter direito é ter, em última análise, a faculdade de gozá-lo”.

Em assim sendo, somente podemos dizer que possuímos o direito de ação quando temos todo o poder, o domínio de efetivá-lo. Ou seja, para gozar plenamente do direito de ação, não basta uma mera tentativa ou uma exortação ao infrator do direito subjetivo para que faça algo, sendo necessário, isto sim, a ampla imposição de determinada alteração da realidade a ele, sendo irrelevante a sua vontade.

A ação de direito material, portanto, em rápidas palavras, é o exercício cogente do direito inato do ser humano de proteger seus direitos subjetivos, que se orienta contra um eventual opositor, com vistas à manutenção ou consecução de determinado bem-da-vida, que poderá ser alcançado até mesmo em uma ação predominantemente declaratória.

A partir da revolução industrial, com a massificação da produção, e, conseqüentemente, das lesões ao mercado de consumo, a concepção de defesa judicial “duelística”, baseada no individualismo e no conceito de direitos subjetivos, tornou-se insuficiente, estimulando, assim, novas idéias tendentes a abarcar em apenas uma ação inúmeros sujeitos lesados. Surgem, desta forma, os interesses transindividuais, cujas origens, segundo Márcio Flávio Mafra Leal², estariam já no direito medieval ou no direito inglês do século XVII.

¹ Curso de Processo Civil, volume 1, Editor Sergio Antonio Fabris, 2ª edição, Porto Alegre, 1991, p. 64.

² Ações Coletivas: História, Teoria e Prática, Sérgio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1998, pp. 22 e 27. “Stephen Yeazell, na obra referida, sobre a genealogia e o desenvolvimento histórico dos processos coletivos, localiza as primeiras ações do gênero na Inglaterra medieval (século XII)...A maioria da doutrina, entretanto, prefere localizar os antecedentes da moderna ação coletiva no século XVII como uma variante do *bill of peace*. O *bill* era uma autorização para processamento coletivo de uma ação individual e era concedida quando o autor requeria que o provimento englobasse os direitos de todos que estivessem envolvidos no litígio, tratam-

Na atualidade, os entes coletivos passam a atuar como substitutos processuais, representando inúmeros lesados e recebendo toda a “herança” dos direitos que foram lesados ou estão na iminência de ser lesados no mundo material, ou seja, toda a necessidade de ação que os substituídos materialmente possuem de obrigar o futuro demandado a fazer, deixar de fazer ou pagar alguma coisa. Em suma, os substituídos devem obter, por intermédio da jurisdição, exatamente aquelas “ações materiais” imprescindíveis para a concretização da justiça e satisfação dos direitos transsubjetivos, que assumiram esta condição por fatores reais e não meramente conceituais.

Ação processual, por sua vez, corresponde ao exercício do direito público subjetivo à tutela jurisdicional, de caráter abstrato e dirigido contra o Estado.

O titular deste direito subjetivo age contra o Estado, posto que ele é o devedor por excelência da obrigação de fornecer ordem e segurança, por intermédio do cumprimento das atividades jurisdicionais precípua, as quais tendem a realizar a paz social, dirimindo eventuais conflitos, sejam eles reais ou meramente imaginários.

De fato, grande número de demandas postas ao poder judiciário não possuem qualquer fundamento fático, devendo o Estado, mesmo assim, prover o pedido de tutela jurídica, nem que seja para certificar a inexistência dos direitos subjetivos materiais que o demandante alegava ou imaginava existirem.

do a questão de maneira uniforme, evitando a multiplicação de processos...O ser humano medieval estava indissociavelmente ligado à comunidade ou corporação a que pertencia, sendo fácil visualizar essa categoria como uma entidade homogênea e *unitária* (de certa forma, um *indivíduo*), fazendo-se representar tacitamente por alguns de seus membros...Não havia, portanto, discussão acerca da representatividade do autor da ação coletiva, por não se discernir *indivíduo de comunidade* como se concebe hoje.”

Em assim fazendo, fica evidenciado, então, que a ação processual é abstrata, no sentido de que independe da real existência de amparo concreto em circunstâncias fáticas ou jurídicas, bastando o mero “agir” processual, ou seja, o mero exercício de pretensão processual frente ao Poder Judiciário, para que se concretize a ação processual.

O agir do interessado contra o Estado será constante ao longo da demanda, podendo ser identificado simultaneamente a esta atitude também um agir contra o demandado ou réu.

Com efeito, entendemos que a ação processual também é orientada diretamente contra o obrigado, existindo uma série de atos processuais concretos orientados em oposição a ele, obrigando-o a exercer defesa.

Veja-se, também, que se a ação é o exercício de um direito preexistente, e que todos indistintamente possuem o direito à jurisdição, não há como negar que o demandado, quando exerce este direito à jurisdição, também aciona o Estado, buscando o cumprimento da obrigação de fornecer, em substituição, a resolução de algum conflito.

Seja através da reconvenção, que ninguém nega que seria legítima ação, seja por intermédio de um agravo de instrumento ou uma apelação, o demandado age objetivando algum provimento estatal que lhe beneficie frente ao autor da demanda, sendo uma atividade positiva e de ataque ao autor, o qual, nestas circunstâncias, deverá reagir, apresentando réplicas, contra-razões ou realizando qualquer conduta tendente a impedir que a “ação” do réu predomine em relação a sua.

O importante, realmente, é identificar a existência da **realidade de direito material** e a realidade de direito processual, a fim de que melhor possam ser compreendidos os fenômenos jurídicos, bem como para que o trabalho forense, que tende à obtenção de utilidade, possa ser desenvolvido da maneira mais profícua possível.

Postos estes conceitos, podemos dizer que **as conceituações existentes no artigo 81 do CDC, quais sejam as de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, não dizem respeito ao âmbito do direito processual, mas material**, definição esta importantíssima.

De fato, os interesses acima citados possuem natureza fática imutável por qualquer tipo de determinação legal que venha a tentar o estabelecimento de novas regras processuais, ou seja, **o direito material não pode ser desarticulado por aspectos instrumentais (processuais)**, pois, na forma já vista, são mundos completamente apartados.

Assim, jamais uma regra instrumental terá o condão de dispor, por exemplo, que os efeitos de uma publicidade enganosa veiculada por televisão ou rádio não engloba interesses difusos, pois isto é uma realidade em si mesma, independentemente de qualquer ficção que tenha o objetivo de dispor em contrário.

O mesmo se diga de uma sentença de divórcio. Ela será exarada em uma determinada jurisdição, mas os efeitos positivo e negativo da coisa julgada se espalharão por todo o território do país, em que pese existirem no sentido regras de competência territorial (processuais) restritivas.

Desta forma, se os interesses são difusos, coletivos ou individuais homogêneos, eventual decisão que conceda a ação de direito material veiculada na ação processual para a defesa daqueles somente poderá ter como limite o espectro de abrangência das lesões perpetradas, bem como a localização dos sujeitos que se enquadrem naquelas realidades jurídicas (juridicizadas pelo reconhecimento de que são realidades fáticas que merecem a proteção da norma legal).

Exemplo claro está nos já referidos contratos de adesão, que são oferecidos nacionalmente por grandes empresas. Se forem consideradas nulas determinadas cláusulas abusivas destes “pactos”, em ação coletiva de consumo, a eficácia deverá ser “erga

omnes” e limitada às pessoas lesadas e ao campo de existência de lesões, potenciais ou efetivas, na forma já vista.

No mesmo sentido é o comentário de Márcio Mafra³, quando escreve que “...não se deve deixar de atribuir razão a Grinover, na passagem transcrita, quando chama atenção para a transindividualidade (ou indivisibilidade) do direito material e suas conseqüências em termos de eficácia objetiva e subjetiva do que é determinado em sentença (o seu *comando*), pois o cumprimento ou implementação de um direito difuso inexoravelmente aproveitará de maneira uniforme ao grupo ou à comunidade a quem esse direito já atribuído, mesmo que não participe do processo...”. Continuando (fl. 44 da obra), “...quando um juiz determina a interrupção de uma publicidade enganosa, da emissão de um poluente ou a recuperação de um área histórica, a decisão que atender ao direito material formará uma coisa julgada que beneficiará toda a comunidade, sem que a norma processual necessariamente diga que esta coisa julgada tenha de ser “*erga omnes*”.

Como resultado, o regime da coisa julgada nas ações que envolvem interesses difusos é completamente inócuo, pois **a extensão do julgado será comandada pelo direito material, cuja realidade em si é suficiente para o delineamento dos limites subjetivos e objetivos da “res iudicata”**.

Por isso, não há como limitar a eficácia de uma sentença da forma tentada pela Lei 9.494/97. O processo é instrumento a serviço do direito material, jamais podendo atropelá-lo.

³Ob. cit., p. 44 e 93.

3 - O CONCEITO DE INDIVISIBILIDADE:

Confirmando o acima dito, Arruda Alvim, Thereza Alvim, Eduardo Arruda Alvim e James Marins⁴ assim abordam o assunto:

“O sistema do Código de Proteção e Defesa do Consumidor considera, opera e trabalha, especialmente, com o bem jurídico dos interesses e direitos difusos, tanto no plano material, quanto no plano processual. A partir das regras constantes no plano do direito material e da possibilidade de serem infringidas, caracterizam-se os ilícitos (ou lesões), os quais podem atingir a coletividade, i. e., pessoas indeterminadas; e, no plano processual, foram previstas as defesas coletivas, inibidoras, impeditória, ou mesmo reparatorias de lesões materiais, se consumadas...

A atomização dos interesses e direito difusos, espalhados e desagregados em relação a inumeráveis titulares dispersos, configura e se traduz, no plano do direito processual, pela impotência dos lesados para o agir individual, até porque torna a respectiva defesa extremamente difícil, dispendiosa e na verdade, quando se realiza exclusivamente através da tutela individual, inviável em termos práticos.”

Ada Pellegrini Grinover⁵ ensina: “...a própria indivisibilidade do objeto estenderá necessariamente os efeitos favoráveis da sentença a todos que se encontrarem na mesma situação em relação à parte contrária...”

Também sobre o tema são os comentários de José Menezes Vigliar⁶:

⁴ Código do Consumidor Comentado, 2ª edição, Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 366.

⁵ CDC Comentado pelos Autores do Anteprojeto, Editora Forense Universitária, 3ª edição, 1993, p. 585.

⁶ Ação Civil Pública, São Paulo, Atlas, 1997, p. 106.

“...se o interesse é essencialmente indivisível e o da modalidade difuso: como limitar os efeitos da coisa julgada a determinado território? Ainda: quando o dano for de proporção tal (como por exemplo o chamado dano regional, ou seja, aquele que atinge mais de uma comarca ou até mais de um Estado-membro) que vá além dos limites de uma determinada comarca (foro, já que é a isso que a medida deve estar se referindo), como se aplicaria o preceito?”

Ou seja, se o dano é de âmbito nacional, por exemplo, uma publicidade enganosa, um contrato bancário de adesão, um remédio falso produzido em todo o Brasil, a indivisibilidade dos interesses difusos ou coletivos “stricto sensu” que emergem destas situações FÁTICAS, REAIS, CONCRETAS, MATERIAIS, necessariamente fará com que eventual sentença de procedência **ABRANJA EXATAMENTE A MESMA EXTENSÃO DO OBJETO LITIGIOSO EXAMINADO PELO PODER JUDICIÁRIO.**

A Lei nº 9.494/97 busca impedir esta abrangência óbvia, trazendo como consequência o que segue:

a - busca limitar a utilidade do Poder Judiciário, pois intenta, por intermédio de um argumento falacioso, restringir por regra de competência (processual - ficção jurídica) a realidade das coisas, como se o direito processual pudesse evitar as ocorrências do mundo material;

b - concretiza evidente negativa de vigência a lei federal, dado que, por obra do artigo 117 do CDC, toda a parte processual do CDC se aplica à Lei nº 7.347/85 (ressalte-se este argumento, pois a Lei nº 9.494 somente alterou a Lei da Ação Civil Pública e não as regras do CDC).

A negativa de vigência acontece porque não respeitado o conceito de **indivisibilidade** (art. 81, parágrafo único, incisos I e II, do CDC), o qual determina que a **resolução do problema de um dos lesados, por intermédio da ação coletiva, acarretará automaticamente a resolução do problema de todos os lesados.**

Falando em termos mais práticos, por exemplo, se declarada nula a cláusula 5 de um contrato de adesão de banco, o provimento beneficiará não somente o consumidor que representou ao Ministério Público para que este intentasse a ação necessária, mas automaticamente a todos os que eventualmente também tenham sido ou venham (art. 29 do CDC - expostos as práticas abusivas) a ser maculados pela mesma ilegalidade.⁷

O mesmo ocorre em uma publicidade enganosa ou com remédios que causam danos à saúde ou perigo de morte. Acolhida a sentença coletiva iniciada por representação de consumidor (não que isto seja necessário, apenas se usa o exemplo para facilitar a compreensão), automaticamente, todos os lesados, em qualquer parte do Brasil, devem ser beneficiados, **sob pena de o requisito da indivisibilidade ser completamente inócuo.**

De fato, **como algo indivisível poderia ser dividido por uma regra que diz que a sentença se restringirá “à competência territorial do órgão prolator”?**

Pois se a coisa julgada das supra referidas sentenças se limitasse à competência territorial do órgão prolator e tal competência se restringe a um Estado da Federação, obviamente estaria sendo **dividido, por regra de processo (ficção, criação jurídica), o que é indivisível no mundo da realidade, da matéria.**

Como resultado, acolhido que fosse o argumento, um contrato em que foram reconhecidas pelo Poder Judiciário gaúcho como existentes inúmeras ilegalidades, abusividades de pleno direito, oferecido em todo o Brasil, seria considerado nulo somente no Rio Grande do Sul, em que pese ter sido declarada a nulidade em ação coletiva.

⁷ Sobre o “Controle Prévio e Abstrato dos Contratos de Massa”, Paulo Valério Dal Pai Moraes, Revista Direito do Consumidor, volume 26, editora RT, São Paulo, 1998.

Como resultado, também, os jurisdicionados, a sociedade, indagariam: “O Banco pode abusar, ofender, macular o mercado de consumo de forma massificada, mas o Poder Judiciário, agindo nos termos da lei e com todo o respaldo de poder concedido constitucionalmente (princípio da jurisdição única) não pode restringir também em massa os abusos?”

Em outra situação: O Poder Judiciário gaúcho, em ação coletiva, define que determinado remédio causa a morte de pessoas e determina a retirada do produto do mercado. A ordem de exclusão do remédio do mercado tenta ser executada no Paraná, em Goiás, em todos os demais Estado e não se concretiza porque será dito que a Lei nº 9.494/97 limitou a eficácia da coisa julgada “erga omnes” ao Estado do Rio Grande do Sul. Desta forma, enquanto não é intentada a mesma ação já proposta neste Estado em todos os demais, simplesmente pessoas desavisadas continuam a morrer.

Este não é um argumento teratológico, é um exemplo de realidades que acontecem diariamente.

Por isso, preferir uma interpretação formal e afastada da realidade, com a devida vênia, é desprestigiar o princípio maior da DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.

Em situações ambientais as questões fáticas evidenciam ainda mais o descabimento do que pretende a Lei nº 9.494/97.

Figuremos a situação em que uma determinada indústria com filiais em vários estados se utilize de insumo tóxico que causa danos de monta ao meio ambiente e à vida das pessoas. Trânsito em julgado no Rio Grande do Sul decisão que determine à empresa que suste a utilização do insumo, é possível conceber que os efeitos da coisa julgada se limitem ao nosso Estado e que os danos ao meio ambiente e à saúde das pessoas residentes em outros Estados continuem a sofrer os prejuízos já identificados.

Estes exemplos demonstram que as alterações introduzidas no sistema jurídico e constantes no CDC, especificamente no artigo 81 (tipos de interesses coletivos) e 103 (coisa julgada nas

ações coletivas), precisam ser de uma vez por todas implementadas, sob pena de o sistema estimular o seu próprio descrédito junto aos jurisdicionados, ocorrências estas que a história demonstra serem muito fáceis de acontecer, e que de fato acontecem, quando as criações normativas humanas não possuem unidade, coerência e adequação axiológica aos anseios dos destinatários.

Assim, a Lei nº 9.494/97 preconiza a negativa de vigência ao artigo 81, parágrafo único, incisos I e II, do CDC, nas situações em que incorretamente são estendidos os efeitos das novas disposições do alterado artigo 16 da Lei nº 7.347/85, pois, como se demonstrará, a Lei nº 9.494 não se aplica ao Código de Defesa do Consumidor.

4 - NEGATIVA DE VIGÊNCIAS AO ARTIGO 4º DO CDC:

Caso a Lei nº 9.494/97 fosse aplicável ao CDC, a restrição dos efeitos “erga omnes” de uma sentença coletiva infringiria os mais importantes dispositivos da Lei Consumerista, dificultando a defesa dos consumidores coletivamente considerados, maculando os princípios da vulnerabilidade do consumidor e da repressão eficiente aos abusos praticados ao mercado de consumo, além de afrontar os direitos básicos do consumidor, constantes no artigo 6º do CDC.

Conforme ensinou Eros Roberto Grau⁸, os princípios acima citados são o alicerce do microsistema consumerista, pelo que a infração a eles se constitui em flagrante lesão ao sistema jurídico como um todo, configurando, assim, evidente aplicação incorreta da norma legal que concretizar a infração.

⁸ Revista Direito do Consumidor, Volume 5, Editora RT, pp. 183 e seguintes.

A Lei nº 9.494/97, sem dúvida, fere estes princípios, pois intenta criar uma limitação à ampla, rápida e eficaz defesa dos consumidores vulneráveis, haja vista que busca fazer com que várias ações com o mesmo objeto e interesses lesados sejam propostas em juízos diversos, quando apenas uma seria necessária.

Em assim o fazendo, diminuiria o poder de barganha, a força dos consumidores coletivamente considerados, os quais poderiam contribuir para harmonizar (equilibrar) o mercado de consumo, pois os agentes econômicos, sabedores de que com o ingresso de apenas uma ação judicial eventuais abusos massificados seriam prontamente neutralizados, prefeririam dialogar diretamente com os consumidores, seja individual, seja coletivamente, alcançando-se, assim, a auto-regulação sem a intervenção do Estado.

Aliás, lembre-se a fabulosa palestra proferida pelo Doutor Paulo Salvador Frontini (na época diretor de um grande banco com abrangência nacional) no Congresso do Consumidor ocorrido no Banco Central em março de 1994 (a fita foi degravada judicialmente em processo que impugnava a existência de várias cláusulas abusivas existentes em contratos de banco oferecidos massificadamente em todo o Brasil), quando afirmou que a maioria dos contratos bancários contém inúmeras abusividades, mas que elas não são retiradas dos formulários, porque os dirigentes fazem um cômputo dos prejuízos que auferem com a perda de poucas ações individuais que impugnam algumas disposições ilegais e comparam com os ganhos que auferem com os resultados decorrentes das cláusulas abusivas (muito superiores às perdas), concluindo, obviamente, pela manutenção das mesmas.

Esta incrível realidade ainda não foi integralmente compreendida por alguns Tribunais brasileiros, o que somente contribui para que não seja concretizado um dos principais objetivos do direito, que é a PREVENÇÃO, bem como para que os foros continuem a ser entulhados por discussões sobre cláusulas, que poderiam ter sido evitadas.

Por último, estaria sendo ferido o princípio da repressão eficiente aos abusos no mercado de consumo, na medida em que, por mera ficção, criação processual, óbvio formalismo, estariam sendo exigidas inúmeras demandas iguais, quando elas são completamente desnecessárias.

Desta forma, estariam sendo desrespeitados e sendo negada vigência ao artigo 4º, inciso I (reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo), inciso III (harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo) e inciso VI (coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo).

Também estaria sendo negada vigência ao artigo 4º, inciso II (ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor) e o inciso VII (racionalização e melhoria dos serviços públicos), já que o serviço público de prestação da jurisdição não estaria tendo a abrangência que a lei lhe determina.

5 - NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ARTIGO 93 DO CDC:

A Lei nº 9.494/97 dispôs que os efeitos da decisão ficarão restritos à competência territorial do órgão prolator.

Ora, conforme ensina Ada Pellegrini Grinover⁹ “... a competência territorial nas ações coletivas é regulada expressamente pelo art. 93 do CDC...E a regra expressa da *lex specialis* é no sentido da competência da Capital do Estado ou do Distrito Federal nas causas em que o dano ou perigo de dano for de âmbito regional ou nacional...Assim, afirmar que a coisa julgada se restringe aos `limites da competência do órgão prolator’ nada mais indica do que a necessidade de buscar a especificação dos limites legais

⁹ Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto, editora Forense Universitária, 5ª edição, Rio de Janeiro, p. 724.

da competência, ou seja, os parâmetros do art. 93 do CDC, que regula a competência territorial nacional e regional para os processos coletivos.”

Por isso, **as regras de competência continuam as mesmas, nada tendo sido alterado**. Aliás, o fato de ser estabelecida a competência no foro da Capital do Estado ou do Distrito Federal para os danos de âmbito nacional ou regional, em nada interferiria nos efeitos da coisa julgada “erga omnes”, sendo e continuando a ser evidentemente compatíveis as regras do artigo 93 com as do artigo 103 do CDC.

Neste particular, deve ser evidenciada uma interpretação óbvia, qual seja: **por que existiria a previsão no artigo 93 das situações de dano local, regional e nacional se, ao final, e neste último caso, a resolução dos danos de âmbito NACIONAL SE LIMITARIAM, EM TERMOS DE COISA JULGADA, AO ESTADO?**

Esta é a demonstração de que uma coisa é o direito processual e outra o direito material.

Esta é a demonstração de que uma coisa é a competência e outra, bastante diferente, a eficácia da coisa julgada. São institutos que não podem ser confundidos.

As regras de competência, segundo Athos Gusmão Carneiro¹⁰ servem para “...encontrar critérios a fim de que as causas sejam adequadamente *distribuídas* aos juízes, de conformidade não só com o **superior interesse de uma melhor aplicação da Justiça**, como, também, buscando na medida do possível atender ao interesse particular, **à comodidade das partes litigantes**.”

Especificamente tratando do tema, escreve o mesmo autor as seguintes lições:

¹⁰ Jurisdição e Competência, Editora Saraiva, 1982, p. 43.

“Conforme dispõe o art. 2º da Lei n. 7.347, as ações civis públicas devem ser propostas ‘no foro do local onde ocorrer o dano’, competência dita ‘funcional’, o que se justifica, como acentua Hely Lopes Meirelles (Mandado de Segurança, Ação Popular e Ação Civil Pública, 11.ed., p. 120), pela facilidade de obtenção da prova testemunhal e de realização das convenientes perícias.

Em se tratando de danos ocorridos em escala nacional ou regional, o foro competente será o da capital do Estado, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrentes (aplicação analógica do art. 93 da Lei n. 8.078 - Código de Proteção ao Consumidor)”

A transcrição supra, aliás, foi reproduzida em petição do Ministério Público Federal (Dr. André de Carvalho Ramos - Procurador da República) juntada ao processo nº 97.0047171-3, que tramita na 18ª Vara Cível de São Paulo, referente a ação coletiva que impugna conduta da TELESP relativamente a obstáculos impostos aos consumidores para a livre transferência dos direitos de uso à linha telefônica.

Nas palavras do referido Procurador da República, “...seria totalmente descabido considerar que em caso de **dano nacional**, sendo a ação civil pública promovida no Distrito Federal, os efeitos da decisão seriam **RESTRITOS AO PRÓPRIO DISTRITO FEDERAL**, como se dano local fosse. Tal interpretação desconsideraria a divisão entre dano local e dano nacional...”.

No mesmo trabalho é citado José Frederico Marques¹¹:

“Razões de ordem prática obrigam o Estado a distribuir o poder jurisdicional, entre vários juízes e tribunais, visto não ser possível que um só órgão judiciário conheça de todos os

¹¹ Instituições de Direito Processual Civil, vol. 1. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 3ª ed. 1966.

litígios e decida de todas as causas... Cada juiz ou tribunal exerce suas funções dentro dos limites impostos pela divisão do trabalho jurisdicional, derivando daí o instituto da competência.”

Também relevantes são os comentários de Rodolfo de Camargo Mancuso¹², buscando esclarecer a diferença entre a competência e os efeitos das sentenças nas ações coletivas:

*“É preciso sempre ter presente que a coisa julgada material não é efeito de um julgado (como o são a **ordem, a condenação, a declaração, a desconstituição**), e sim, como demonstrado por Liebman, uma **qualidade** que num determinado momento cronológico, se agrega àqueles efeitos, tornando-os imutáveis. Essa imutabilidade, que num momento cronológico anterior já se formara ‘para dentro’ do processo, assim introjetada perante as próprias partes, ante o esgotamento dos prazos recursais (= preclusão máxima, coisa julgada formal), passa a ter potencializada sua eficácia, na medida em que esta se projeta também em face dos terceiros (dito efeito **erga omnes**), até como condição para a plena realização prática do bem de vida assegurado no comando jurisdicional, dado o entrelaçamento das relações interpessoais na sociedade civil.*

De sorte que a questão de saber quais as pessoas atingidas por essa ‘autoridade da coisa julgada’ deve ser tratada sob a rubrica dos limites subjetivos desse instituto processual dito ‘coisa julgada’ e não, nos parece, sob a óptica de categorias outras, como a jurisdição, a competência, a organização judiciária. Aqueles limites...no âmbito das ações de tipo coletivo - justamente porque aí se lida com indeterminação de sujeitos e

¹² Ação Civil Pública, 5ª edição, editora Revista dos Tribunais, São Paulo, pp. 206 e seguintes.

com indivisibilidade do objeto - o critério deve ser outro, porque impende atentar para a projeção social do próprio interesse metaindividual. Tudo assim reflui para que a resposta judiciária, no âmbito da jurisdição coletiva, desde que promanada de juiz competente, deve ter eficácia até onde se revele a incidência do interesse objetivado, e por modo a se estender a todos os sujeitos concernentes, e isso, mesmo em face do caráter unitário desse tipo de interesse, a exigir uniformidade do pronunciamento judicial.

Por exemplo, se o pedido numa ação civil pública em curso perante juiz competente (Lei 7.347/85, art. 2º, c/c CDC, art. 93) é que se interdite a fabricação de medicamento tido como nocivo à saúde humana, a resposta judiciária (inclusive como liminar) não pode, a nosso ver, sofrer condicionamento geográfico, seja porque não caberia falar numa 'saúde paulista', distinta de uma 'saúde gaúcha', seja porque, de outro modo, se teria que admitir a virtualidade de ação coletiva concomitante, em outra sede, ao risco da proliferação de julgados porventura contraditórios, gerando caos e perplexidade. Ou, ainda, suponha-se uma ação civil pública ambiental onde se pede a interdição do uso de mercúrio no garimpo de ouro, atividade realizada ao longo de um rio que atravessa vários Estados: como a decisão judicial que acolhe a ação poderia ser realmente eficaz, se os seus efeitos práticos ficassem circunscritos em termos dos limites territoriais do Juízo prolator da decisão?(Nem por outro motivo, aliás, o art. 93 do CDC distingue entre 'dano nacional, regional e local'...)"

Ora, o que ocorre se o litigante é um ente coletivo? Se é, por exemplo, o Ministério Público, na busca de defesa do interesse público e da relevância social, não haveria como ser aplicada uma regra que viesse a tornar incômoda e dificultosa sua atuação, pois seria afrontosa ao interesse de "...uma melhor aplicação da Justiça" (citação do Prof. Athos Gusmão Carneiro).

Seria igualmente afrontoso à aplicação da justiça não considerar que o trânsito em julgado de uma ação coletiva, julgada por vários Juízes e Desembargadores, não pudesse espraiar seus efeitos para todos aqueles que eventualmente tenham sido lesados pela mesma “origem comum” (seja ela decorrente de uma circunstância fática - interesses difusos – ou de uma relação jurídica base - interesses coletivos “stricto sensu”).

Por isso, evidentemente que a Lei nº 9.494, quando objetivou alterar o artigo 16 da Lei nº 7.347/85, na interpretação, “data venia”, incorreta que eventualmente é feita, feriria frontalmente o artigo 93 do Código de Defesa do Consumidor.

Não se olvide que o artigo 93 do CDC alterou as regras de competência para o processo individualista (duelístico) do Código de Processo Civil, quando a questão “sub judice” diga respeito à relação de consumo e a danos de massa.

6 -DAS DIFERENÇAS ENTRE AÇÃO CIVIL PÚBLICA E AÇÃO COLETIVA DE CONSUMO:

Tudo o que até aqui foi dito considerou uma interpretação incorreta, em nosso entender, de que a Lei nº 9.494/97 se aplicaria ao Código de Defesa do Consumidor.

Em realidade, a Lei nº 9.494/97 foi orientada apenas para as ações civis públicas, não atingindo, portanto, as ações coletivas a que se refere a Lei Consumerista.

Várias evidências reforçam este entendimento, todas de ordem prática e voltadas para a utilidade do sistema:

a - O artigo 90 do CDC é assim escrito:

“Aplicam-se às ações previstas neste Título as normas do Código de Processo Civil e da Lei nº 7347, de 24 de julho de 1985, inclusive no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições.” (grifo nosso).

Interpretando esta chamada norma de intercâmbio das duas leis, fácil é a conclusão de que não se aplica toda a Lei da Ação Civil Pública ao CDC, MAS SOMENTE AQUELAS PREVISÕES QUE NÃO CONTRARIAREM AS DISPOSIÇÕES DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. A LEI É CLARA NO SENTIDO.

Ora, se não se pode utilizar a ação civil pública integralmente para a defesa dos interesses consumeristas, como consequência, impossível dizer que eventual ação de consumo seja ação civil pública.

Na verdade, no Código de Defesa do Consumidor existem AÇÕES COLETIVAS DE CONSUMO, as quais possuem regras próprias, somente a elas pertencentes, que, eventualmente, recebem o acréscimo, o auxílio, a complementação das AÇÕES CIVIS PÚBLICAS, quando isto não venha a contrariar as disposições consumeristas.

Aliás, a mesma regra existe na outra norma de intercâmbio do CDC, constante em seu art. 117. Transcreva-se:

“Acrescente-se à Lei nº 7347, de 24 de julho de 1985, o seguinte dispositivo, renumerando-se os seguintes:

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”.

O TÍTULO III - DA DEFESA DO CONSUMIDOR EM JUÍZO - (assim está escrito nos Códigos), corresponde exatamente à parte processual do CDC, indo do artigo 81 até o artigo 104.

Verifica-se no dispositivo a mesma exceção: “...**no que for cabível...**”.

Assim, somente se aplicam as disposições do CDC à Lei da Ação Civil Pública naquilo que for cabível.

Como resultado, as disposições das Ações Coletivas do CDC também podem complementar, auxiliar, acrescer às Ações Civil Públicas regras de processo que sejam compatíveis.

Diante disso, seria aceitável dizer, “contrario sensu”, que as AÇÕES CIVIS PÚBLICAS são as mesmas AÇÕES COLETIVAS DE CONSUMO?

Seria o mesmo, “data venia”, que dizer que AÇÃO POPULAR e AÇÃO CIVIL PÚBLICA são a mesma ação, somente porque alguns dispositivos da primeira embasaram a criação da segunda.

Portanto, para nós a resposta à pergunta supra é óbvia, somente podendo ser negativa.

Por isso que o artigo 16 da Lei nº 7.347 (Lei da Ação Civil Pública), alterado pela Lei nº 9.494/97, não se aplica ao Código de Defesa do Consumidor.

Primeiro porque a Lei nº 9.494/97 nenhuma referência fez ao Código do Consumidor.

Segundo porque as disposições do artigo 16 alterado, quando incorretamente interpretadas, CONTRARIAM AS DISPOSIÇÕES CONSUMERISTAS, não podendo, portanto, ser aplicadas, por expressa determinação do artigo 90.

Aplicar o artigo 16 da Lei nº 7.347, desta forma, nega vigência ao artigo 90 do CDC e ao próprio artigo 117 do mesmo Código.

b - Uma série de outros elementos comprovam as diferenças entre as ações civis públicas e as ações coletivas de consumo.

Veja-se que a denominação do Capítulo II, do Título III, do CDC é “Das ações coletivas para a defesa de interesses individuais homogêneos”.

No artigo 87 também é vista a mesma denominação:

“Nas ações coletivas de que trata este Código...”

O mesmo se vê no artigo 103 do CDC, que trata da coisa julgada:

“Nas ações coletivas de que trata este Código, a sentença fará coisa julgada...”

Para solidificar estes conceitos, cita-se Carlos Maximiliano¹³, o qual apresenta algumas regras importantes de aplicação do direito:

“Odiosa restringenda, favorabilia amplianda: restrinja-se o odioso; amplie-se o favorável;

Commodissimum est, id accipi, quo res de qua agitur, magis valeat quam pereat: prefira-se a inteligência dos textos que torne viável o seu objetivo, em vez da que os reduza à inutilidade;

Verba cum effectu sunt accipienda; as leis não contém palavras inúteis;”

Restrinja-se o “odioso”, que seria obrigar a que indivíduos lesados por remédios letais continuem a estar submissos a esta situação.

Restrinja-se o “odioso”, que seria permitir que um contrato de massa bancário, que lesa todo um país, somente tenham suas abusividades reprimidas no Estado a que pertence o Tribunal prolator, criador da coisa julgada “erga omnes”.

Restrinja-se o “odioso”, que seria autorizar que uma publicidade televisiva nacional - existia uma que induzia crianças a furtar, outra em que um biscoito era atirado em um precipício e um rapaz se atirava para salvar o biscoito (soubemos que crianças

¹³ Hermenêutica e Aplicação do Direito, sétima edição, Livraria Freitas Bastos S.A., Rio de Janeiro, pp. 307 a 309, 310 e 311 a 312.

teriam sofrido conseqüências letais tentando fazer a mesma coisa) -, que eventualmente tenha o Poder Judiciário determinado a sua retirada da mídia, se limitasse somente ao Estado a que pertence o Tribunal, enquanto os graves reflexos da publicidade continuam a ocorrer nos outros Estados.

Aliás, e quando o Tribunal “prolator da decisão” final for o STF ou o STJ? Como ficará o problema? Pelas regras do “novo” artigo 16 da Lei nº 7.347/85, **a eficácia “erga omnes” irá sendo ampliada na exata proporção em que, por decorrência dos sucessivos recursos das partes, houver a passagem da 1ª para a 2ª instância e desta para os Tribunais Superiores referidos e outros, o que não é admissível.**

Deve ser preferida, igualmente, a exegese que torne os textos legais viáveis e úteis, como ensina Carlos Maximiliano, pois **não existe qualquer utilidade em não estender a eficácia de uma sentença coletiva à toda a extensão do dano.**

Também não existe qualquer utilidade em obrigar o Ministério Público, as associações, etc, a propor a mesma ação coletiva que já foi ajuizada e que, após longos anos de trâmite, chegou ao seu final com um resultado positivo para a sociedade.

Por último, se a lei contém uma ação que se chama de “civil pública” e outra chamada “ação coletiva”, necessário que se faça uma interpretação que as distinga, a fim de que sejam respeitadas as regras de aplicação do direito e os próprios fundamentos da lei do consumidor, cujo maior mérito foi, justamente, reconhecer o necessário tratamento coletivo para a coibição das agressões massificadas do mercado de consumo, não sendo admissíveis, portanto, operações de interpretação que impeçam tais objetivos.

Assim, se a lei distinguiu, foi por motivos de necessidade, cabendo ao intérprete obedecer a esta realidade dogmático-jurídica, sob pena de ser desvirtuada a natureza das normas, o que ocorreria, caso fosse realizada uma operação hermenêutica que tornasse a denominação do CDC sobre “ação coletiva” inútil.

Sem dúvida, então, que a restrição tentada pela Lei nº 9.494/97, por não ser adequada às situações veiculadas no Código do Consumidor, deve ficar limitada às ações que objetivem pagamentos de salários ou vantagens do funcionalismo, pois este foi o motivo original do seu surgimento, sendo este o processo hermenêutico mais correto.

c - A diferença entre ação civil pública e as ações coletivas do CDC também se evidencia pela existência de disposições processuais que não estão no título III (parte processual do CDC - arts. 81 até 104) e que, portanto, não se aplicariam, de “lege lata”¹⁴, à Lei da Ação Civil Pública, dado que o artigo 117 transcrito remete para a Lei nº 7.347 apenas o Título III.

Com efeito, no artigo 6º, inciso VIII, do CDC é dito o que segue:

“Art. 6º- São direitos básicos do consumidor:

VIII- a facilitação da defesa de seus direitos, com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência”;

Esta é a regra “ope iudice” de inversão do ônus da prova, existente no CDC.

Também nos artigos 12, parágrafo 3º, e 14, parágrafo 3º, ambos do CDC, constam regras distintas:

“O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar...”

¹⁴ Existe artigo dos Colegas Cláudio Bonatto, Sílvia Cappelli e Orci Paulino Bretanha Leal sobre a inversão do ônus da prova em matéria ambiental “in” Livro de Teses do 9º Congresso Nacional do Ministério Público, Tomo II, p. 389, Salvador, setembro de 1992.

“O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quanto provar...”

Estas duas das regras de inversão do ônus da prova “ope legis”, portanto obrigatórias e não sujeitas à discricionariedade do juiz como no caso anterior, que somente existem, de “lege lata”, para as ações coletivas de consumo.

Outra regra de inversão do ônus da prova “ope legis” está no artigo 38 do CDC:

“O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina.”

Tais regras não existem na Lei nº 7.347, pelo que não é possível, também por estes argumentos, dizer que AÇÃO CIVIL PÚBLICA é a mesma coisa que AÇÃO COLETIVA DE CONSUMO, quando muitas são as diferenças.

d - Por fim, o “nomen juris” da ação civil pública é criticado na doutrina, pois não se identifica um motivo coerente para tal designação.

Seria “civil pública” por causa do objeto tutelado? Teria este nome por causa da legitimação do Ministério Público? O nome teria sido utilizado para diferenciar da ação penal pública? Mas outros entes também podem ser autores e, neste caso, porque chamar de pública a ação?

Tudo isto fez com que o legislador passasse a adotar denominações específicas para ações específicas, o que ocorre no Código de Defesa do Consumidor, que possui as ações coletivas de consumo para a defesa dos interesses envolvidos nas relações jurídicas de consumo.

A doutrina acolhe esta evidente distinção, apenas a título de ilustração sendo citada passagem em que Rodolfo de Camargo Mancuso¹⁵ assim se manifesta:

“Na ação civil pública, na ação popular e nas ações fundadas no Código de Defesa do Consumidor...”.

Todos estes aspectos, portanto, esclarecem que regras de direito processual e regras de direito material distintas não podem ser tratadas igualmente.

7 - DA NEGATIVA DE VIGÊNCIA DOS ARTIGOS REFERENTES À COISA JULGADA E AS CONSEQÜENTES INCONSTITUCIONALIDADES DA LEI Nº 9.494/97:

a - Verifica-se, ainda, que a Lei nº 9.494/97 fere frontalmente os fundamentos da coisa julgada.

Em abordagem por nós realizada¹⁶, afirmamos que o fundamento político da coisa julgada reside precisamente no fato de que “...as relações interpessoais, muitas vezes dividindo, permutando, criando ou simplesmente realizando a circulação dos bens-da-vida, necessitam de relativa estabilidade e segurança, tudo com vistas à continuidade de desenvolvimento. Assim, não haveria progresso econômico e social, caso as contendas surgidas nas atividades antes mencionadas não fossem definitivamente solucionadas, ficando pacificado o convívio coletivo.”

No Código de Defesa do Consumidor, a coisa julgada está no artigo 103, o qual é assim escrito:

¹⁵ Ação Civil Pública, 5ª edição, editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 253.

¹⁶ Paulo Valério Dal Pai Moraes, Conteúdo Interno da Sentença, editora Livraria do Advogado, 1ª edição, p. 23.

“Nas ações coletivas de que trata este Código, a sentença fará coisa julgada:

I - erga omnes...na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81;

II - ultra partes...quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81;

III - erga omnes, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81.”

Os incisos se referem aos interesses difusos, coletivos “stricto sensu” e individuais homogêneos.

A questão da negativa de vigência do artigo 103, Lei Federal, é abordada com perfeição por Ada Pellegrini Grinover¹⁷, pelo que transcrevemos:

“De início, os Tribunais não perceberam o verdadeiro alcance da coisa julgada erga omnes, limitando os efeitos da sentença e das liminares segundo critérios de competência. Logo afirmamos não fazer sentido, por exemplo, que ações em defesa dos interesses individuais homogêneos dos pensionistas e aposentados da Previdência Social ao recebimento da diferença de 147% fossem ajuizadas nas capitais dos diversos Estados, a pretexto dos limites territoriais dos diversos órgãos da Justiça Federal. O problema não é de competência: o juiz federal, competente para processar e julgar a causa, emite um provimento (cautelares ou definitivo) que tem eficácia erga omnes, abrangendo todos os aposentados e pensionistas do Brasil. Ou a demanda é coletiva, ou não é; ou a coisa julgada é erga omnes ou não o é. E se o pedido for efetivamente coletivo, haverá uma clara relação de litispendência entre as várias ações ajuizadas nos diversos Estados da Federação.

¹⁷ CDC Comentado pelos Autores do Anteprojeto, Editora Forense Universitária, 5ª edição, Rio de Janeiro, pp. 718 e 719.

Por isso sustentamos que a limitação operada por certos julgados afronta o art. 103 CDC e despreza a orientação fornecida pelo art. 91, II, por onde se vê que a causa que verse sobre a reparação de danos de âmbito nacional ou regional deve ser proposta no foro da Capital do Estado ou no Distrito Federal, servindo, evidentemente, a decisão para todo o território nacional.”

É evidente, então, a afronta ao artigo 103 do CDC, sendo por mais este argumento passível a eventual interposição de Recurso Especial.

Todavia, o que mais impressiona é confundir o instituto processual da “competência” com o da “eficácia `erga omnes’ da coisa julgada”.

A competência, na forma já dita, serve apenas para dividir racionalmente a diversidade de causas, conforme ensina Athos Gusmão Carneiro, nada tendo a ver com as eficácias ou os efeitos das sentenças.

Sobre eficácias e efeitos das sentenças, não pode ser omitida a precisa lição de Ovídio A. Baptista da Silva¹⁸:

*“Levando em conta o que acaba de ser visto, cremos chegado o momento de estabelecer uma distinção fundamental, nem sempre levada em conta pelos processualistas, entre **eficácias e efeitos** da sentença. A primeira categoria - das eficácias - faz parte do `conteúdo’ da sentença, como virtualidade operativa capaz da produção de efeitos, ao passo que estes, quer se produzam no mundo jurídico, quer no mundo dos fatos, hão de ter-se como **atualizações**, no sentido aristotélico, das eficácias. Estas fazem parte do `conteúdo’ da sentença,*

¹⁸ Sentença e Coisa Julgada, Sergio Antonio Fabris Editor, 2ª edição, Porto Alegre, pp. 214 e 215.

assim como se diz que este ou aquele medicamento possui tais ou quais virtudes (ou eficácias) curativas. Evidentemente não se podem confundir a virtude curativa com o efeito produzido pelo medicamento sobre o organismo enfermo. A eficácia ainda não é o efeito o medicamento. Assim também numa ação de mandado de segurança, por exemplo, haverá sempre como componente de seu 'conteúdo', a refletir-se na sentença de procedência, o verbo correspondente à ordem para que se expeça o mandado; e, num momento posterior, a expedição e o cumprimento do mandado. O efeito representado, no caso da sentença em mandado de segurança, pela efetiva expedição e cumprimento do mandado, é resultado que está fora do 'conteúdo' da sentença; e que poderá, até mesmo, jamais se tornar efetivo, sem que o ato jurisdicional perca qualquer de suas eficácias."

Trazendo o exemplo esclarecedor dado pelo Mestre Ovídio Baptista para a situação analisada, a eficácia "erga omnes" é o remédio que o juiz concede à sociedade para a cura da doença que são as ilegalidades, as abusividades, etc.

Seria aceitável que a "receita" dada, o "remédio" fornecido, somente surtisse efeitos na cidade ou no Estado em que o médico reside?

Como seria possível restringir por qualquer forma uma eficácia curativa que é da própria natureza do remédio, ou seja, é real, material, concreta?

Será que se o "paciente" saísse do Estado levando consigo o remédio, ao atravessar para o Estado de Santa Catarina o remédio automaticamente perderia sua eficácia curativa?

Em uma situação jurídica mais fácil de ser visualizada: será que a sentença do juiz de Porto Alegre que dissolveu o vínculo matrimonial (divórcio) vale somente para o Rio Grande do Sul?

Ora, a competência do juiz é estabelecida como sendo a Comarca de Porto Alegre porque o casal aqui reside. Entretanto,

as virtualidade do conteúdo sentencial, as eficácias do provimento definitivo necessariamente se espalharão para todo o Brasil, pois nada tem a ver com a competência do magistrado.

Aliás, o mesmo exemplo é dado por Nelson Nery Jr. e Rosa Nery Júnior¹⁹:

*“A MedProv 1570/97 3º, que modificou a redação da LACP 16, para impor limitação territorial aos limites subjetivos da coisa julgada, não tem nenhuma eficácia e não pode ser aplicada às ações coletivas. 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 têm 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. O equívoco da Med Prov 1570/97 demonstra que quem a redigiu não tem noção, mínima que seja, do sistema processual das ações coletivas.”*

Caso fosse entendido de forma diversa e teriam de ser propostas ações de divórcio em cada um dos Estados da Federação para que a nova condição de solteiros do casal pudesse ser reconhecida e respeitada.

Podemos transpor o exemplo da sentença desconstitutiva negativa do divórcio, que dissolve um “contrato de casamento”, para a situação, por exemplo, dos “contratos de massa”.

Quando o juiz declara nula uma cláusula de um contrato bancário e determina a sua exclusão do formulário, não está desconstituindo um vínculo contratual como o fizera o juiz do

¹⁹ Código de Processo Civil Comentado, 3ª edição, editora Revista dos Tribunais, pp. 1157 e 1158.

divórcio? Sem dúvida que sim. Por isso que tal decisão, quando adotada em nível coletivo, deve ser respeitada “erga omnes”, por todos, em todo o Brasil, não existindo motivo para que situações iguais sejam tratadas de maneira diferente.

Também sobre o exemplo comentam Nelson Nery Júnior e Rosa Nery Júnior²⁰:

“Por exemplo, a condenação de empresa de convênio médico (Amil, Golden Cross etc...), em obrigação de retirar de seus contratos cláusula considerada abusiva (CDC 51), atinge a empresa como um todo, bem como todos os seus associados, estejam onde estiverem dentro do território nacional. Não é relevante indagar-se qual a justiça que proferiu a sentença, se federal ou estadual, para que se dê o efeito extensivo da coisa julgada. A questão não é de jurisdição nem de competência, mas de limites subjetivos da coisa julgada, dentro da especificidade do resultado da ação coletiva, que não pode ter a mesma solução dada pelo processo civil ortodoxo às lides intersubjetivas. Na mesma senda, se coloca Antonio Gidi: ‘Se através de uma ação coletiva uma publicidade for considerada enganosa (violação de um direito difuso) por um juiz de direito em Florianópolis, este deve condenar a empresa a retirá-la do ar em todo o território nacional.’”

Em realidade, o problema está na consideração dos efeitos da coisa julgada, quais sejam o efeito negativo e o efeito positivo. João de Castro Neves²¹ assim leciona:

“Toda a eficácia do caso julgado...pode traduzir-se em duas ordens de efeitos: pode impedir a colocação no futuro da ques-

²⁰ Apud Rodolfo Mancuso, ob. cit., p. 208.

²¹ Limites Objectivos do Caso Julgado em Processo Civil, Coleção Jurídica Portuguesa, São Paulo, Ática, pp. 38 e 39.

tão decidida ou pode impor a adoção no futuro da solução que a decidiu.”

Desta forma, se uma determinada **relação jurídica de massa** foi julgada e transitou tal decisão, deve ser obedecida por todos os jurisdicionados, ou seja, **ERGA OMNES**.

Entender de maneira diversa é criar uma verdadeira impossibilidade jurídica e fática, pois não é possível aceitar a existência de **algo que é para todos (erga omnes) e, ao mesmo tempo, só para alguns. Isto corresponde a incontestável paradoxo!**

Com a devida “venia”, a confusão entre competência e eficácia da sentença leva à negativa de vigência do artigo 103 do CDC.

b - As inconstitucionalidades que decorrem da incorreta interpretação principiam pela exigência da Lei nº 9.494/97 de que sejam propostas tantas ações iguais quantas sejam as divisões da competência, ferindo, assim, o princípio da inafastabilidade da jurisdição, consubstanciado no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, no qual é dito que “... a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito ...”.

De fato, dando a entender que deveriam ser intentadas várias ações com o mesmo objeto e os mesmos interesses lesados em juízos com competência distinta, muitas lesões ou ameaças de lesões seriam perpetradas, tendo em vista que são inúmeras e variadas as dificuldades de demandar, seja por carência de poder econômico, por falta de informação, pela incrível diferença entre as condições gerais de litigar entre o litigante habitual e o eventual²², pela inexistência de associações que congreguem consumidores, pela ausência de promotorias e varas específicas nas comarcas e sequer nas grandes capitais, tudo isto a ressaltar que,

²² Ver Adroaldo Furtado Fabrício, Revista Direito do Consumidor nº 7, editora RT, p. 30.

em realidade, e não meramente em forma, estaria sendo negada a legítima prestação jurisdicional e estaria sendo negada, também, vigência ao artigo 6º, incisos VI (“efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos”) VII (“o acesso aos órgãos judiciários... com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos...”) e VIII (“facilitação da defesa dos seus direitos...”), todos do CDC.

Inconstitucionalidade de várias ordens igualmente se configurariam, dado que estaria sendo ofendida a coisa julgada em sua própria essência, que é a pacificação do convívio e a garantia de segurança e estabilidade das relações inter-humanas.

Também decorreria o desrespeito ao artigo 170 da Constituição Federal, o qual prevê como princípios da ordem econômica o que segue:

“III- a função social da propriedade;

...

V- a defesa do consumidor;”

Assim, desconsiderar a sentença “erga omnes” de uma ação coletiva de consumo, não a estendendo para todos os lugares e para todos aqueles que tenham sido lesados pela mesma circunstância fática (interesse difuso) ou relação jurídica base (interesse coletivo “stricto sensu”) é, sem dúvida, não efetivar a defesa do consumidor e, simultaneamente, permitir que os proprietários dos meios de produção de serviços e produtos não exerçam seus direitos dominiais pautados pela função social que possuem.

Na forma já dita, nenhuma função social desempenha um remédio letal que permaneça no mercado de consumo. Nenhuma função social é cumprida por um contrato de adesão de massa bancário, ou de plano de saúde, ou de incorporação, ou imobiliário, que esteja eivado de nulidades e ilegalidades, assim como nenhuma função social é cumprida por uma publicidade abusiva

que possa ser capaz de causar até a morte, ou a geração de desvios de conduta em crianças.

Destarte, qualquer determinação instrumental (processual) que venha a infringir os objetivos do instituto jurídico da coisa julgada, quais sejam a segurança, a definitividade e a obtenção de harmonia no convívio social, é afrontosa ao sistema jurídico como um todo, devendo ser repudiada por injusta, reconhecido como injusto tudo aquilo que fere os princípios maiores do ordenamento jurídico.

c - Também é inconstitucional a Lei nº 9.494, na parte em que tenta alterar a coisa julgada “erga omnes”, posto que a confirmação do interesse veiculado nesta Lei ofende o artigo 127 da Constituição Federal.

Com efeito, o Ministério Público não terá condições de cumprir suas funções constitucionais, quais sejam a defesa da ordem jurídica (diga-se do sistema jurídico como um todo, com unidade, coerência e adequação axiológica), do regime democrático e dos interesses sociais, caso seja mantida tamanha ofensa ao princípio da efetividade processual.²³

d - O artigo 5º, inciso XXXII, da CF igualmente é ofendido, pois a criação de uma “coisa julgada `erga omnes’ relativa” não obedeceria ao mandamento maior de que o “Estado promoverá...a defesa do consumidor”;

e - Igualmente o artigo 5º, inciso XXXV, da CF, na forma já apontada, seria ofendido, pois a restrição da coisa julgada “erga omnes” aos Estados excluiria da abrangência da decisão judicial

²³ José Augusto Garcia, “O Princípio da Dimensão Coletiva das Relações de Consumo: Reflexos no “Processo do Consumidor”, Especialmente Quanto aos Danos Morais e Às Conciliações”, Revista Direito do Consumidor, volume 28, editora RT, outubro/dezembro de 1998, p. 84.

todo o restante do país, constituindo-se tal situação em evidente exclusão da apreciação do Poder Judiciário de lesões ou ameaças de lesão massificadas.

Isto é evidente, pois teriam de ser proposta, para cada lesão de massa, a mesma ação coletiva em cada uma das Capitais Brasileiras, devendo ser considerado não só o absurdo de tal ocorrência, como as naturais dificuldades de acesso aos órgãos de defesa coletiva, a falta de aparato Estatal para que fossem veiculadas temporaneamente as demandas e tudo mais que normalmente acontece no mundo real e não meramente formal ou teórico;

f - o artigo 5º, inciso XXXVI, da CF é ofendido, pois a odiosa restrição desrespeita a determinação da Lei Maior, no sentido de que "... a lei não prejudicará ... a coisa julgada";

8 - DA EXISTÊNCIA DE DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL:

O Primeiro Grupo Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, na data de 18 de junho de 1999, julgou ação coletiva de consumo em que foram acolhidos os argumentos da Lei nº 9.494, posto que ela teria alterado o artigo 16 da Lei nº 7.347/85, pelo que não foram consideradas as questões lançadas neste trabalho.

A jurisprudência de outros tribunais, todavia, não adotou a mesma tese, sendo uma das decisões divergentes a consubstanciada no Ac. da 2ª Câmara Cível do TJSC, o Ag. In. 10.335 - Rel. Des. Gaspar Rubik - julgado em 02.04.1996, cuja ementa é a que segue:

“O comando do art. 93 do CDC foi aprioristicamente dirigido apenas às ações coletivas para a defesa de interesses individuais homogêneos. A simbiose legal promovida pela conju-

gação do art. 90 daquele codex com o art. 21 da LACP, entretanto, autoriza que tal regra de competência abranja também as ações coletivas para a defesa de interesses e direitos difusos e coletivos (art. 81, I e II, do CDC).

Sendo o dano ao direito do consumidor de âmbito nacional - como é o caso do de propaganda enganosa, veiculada em todo o país -, é competente para a respectiva ação coletiva, a exemplo do caso dos danos regionais, o foro da Capital do Estado ou o do Distrito Federal (art. 93, II, do CDC), eis que a referência do legislador a este ente deve-se apenas a mero apego ao rigor técnico, tendo em vista sua natureza de Estado-membro anômalo.

...
*O processo não é um fim em si mesmo. É, ao revés, um meio para a promoção da justiça: facilita-a, desembaraça-a, democratiza-a. E só imbuído por estes conceitos é que pode o exegeta interpretar a norma processual, sem o que estará em flagrante choque com a 'mens' do direito material, do qual é ela veículo concretizador.*²⁴

Na mesma linha é a decisão da Juíza Anna Maria Pimentel, do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, exarada no processo nº 9603064677-6, fundamentos que são transcritos:

“Acontece que o local onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, pode ultrapassar os limites de uma Seção Judiciária da Justiça Federal, como na hipótese em discussão, alcançando interesses em todo o território nacional.

Nesse caso, a solução decorre da integração da sistemática entre a Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do

²⁴ Revista Direito do Consumidor, volume 20, editora RT, outubro/dezembro de 1996, São Paulo, pp. 191, 192 e 195.

Consumidor (art. 21 daquela, introduzido pelo art. 117 deste), aplicando-se à espécie, a norma do artigo 93, inciso II do CDC.

Assim, na possibilidade de dano de âmbito nacional, ou mesmo regional (pois a lei não faz distinção restritiva) a competência é de uma das Varas Federais da Capital de qualquer Estado-Membro ou do Distrito Federal, em cuja Seção Judiciária o resultado danoso configurou-se ou possa vir a configurar-se, aplicando as regras do diploma processual relativas aos casos de competência concorrente, critério que permite extensiva e efetiva defesa dos interesses/direitos coletivos.

Convém destacar que os efeitos que uma decisão ou sentença venham a produzir em todo território nacional, previstos e desejados pela nova ordem constitucional, não se confundem com a fatia de competência (jurisdição) do juízo que a proferiu, também haurida da Lei Fundamental.

Além de ampliar o acesso à propositura de valioso instrumento de tutela de interesses, essa construção interpretativa conforma-se com a almejada uniformidade de decisões sobre ações conexas, isonomia entre as Seções Judiciárias dos Estados e Distrito Federal, bem como dos respectivos Tribunais Regionais Federais...'²⁵

Igualmente sobre o tema foi a decisão do Juiz Newton de Lucca, no agravo de instrumento nº 98.03.017990-0, julgado em 3.04.1998²⁶:

“Não há dúvida que, em certos casos, tal restrição aos limites objetivos da coisa julgada em ação civil pública traduz-se em

²⁵ Apud André de Carvalho Ramos, “A abrangência nacional de decisões judiciais em ações coletivas: o caso da Lei 9494/97”, Revista do Tribunais, 755, setembro de 1998, p. 118.

²⁶ Apud André de Carvalho Ramos, ob. cit., p. 119.

flagrante retrocesso, especialmente quando se tem em mente que esse tipo de processo é essencial à manutenção da Democracia e do Estado-de-direito. Por outro lado, ele tem o condão de evitar que decisões conflitantes surjam ao redor desse país continental, inviabilizando políticas públicas relevantes, tomadas no centro do poder.

...

É preciso ter em mente que o interesse em jogo é indivisível, difuso, não sendo possível limitar os efeitos da coisa julgada a determinado território.

Perceba-se que a portaria impugnada foi editada por autoridade com competência nacional, e sua área de ação também pretende ser nacional. Por sua vez, o autor da demanda é o Ministério Público Federal, que é uma entidade una, cuja área de atuação, por sua vez, também abrange todo o território nacional.

Assim, não me parece atender aos encômios da boa jurisdição exigir-se a propositura de tantas ações civis públicas quantas forem as subsidiárias da TELEBRÁS.”

Na reclamação nº 602-6²⁷ procedente de São Paulo, julgada pelo Supremo Tribunal Federal em 03 de setembro de 1997 (Relator Ministro Ilmar Galvão, reclamante Banco Mercantil de São Paulo e reclamado Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo), esta foi a decisão:

“O Banco Mercantil de São Paulo S/A ajuizou a presente reclamação alegando que na Ação Civil Pública nº 580.262-2, que lhe moveu o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor - IDEC, o Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, pela sua 11ª Câmara, declarou a inconstitucionalidade

²⁷ Ob. cit., André de Carvalho Ramos, p. 116.

dade, em relação a alguns aspectos da Lei nº 7730/89, com efeito erga omnes, para todo o território nacional, ampliando, assim, a competência da Justiça local e dando-lhe a possibilidade de fixar normas para todo o Brasil em matéria de inconstitucionalidade de lei.

...

Afastadas que sejam as mencionadas exceções processuais - matéria cuja exame não tem aqui cabimento - inevitável é reconhecer que a eficácia da sentença, no caso, haverá de atingir pessoas domiciliadas fora de jurisdição do órgão julgador, o que não poderá causar espécie, se o Poder Judiciário, entre nós, é nacional ou local. Essa propriedade, obviamente, não seria exclusiva da ação civil pública, existindo, ao revés, outros remédios processuais, como o mandado de segurança coletivo, que pode reunir interessados domiciliados em unidades diversas da federação e também fundar-se em alegação de inconstitucionalidade de ato normativo, sem que essa última circunstância possa inibir o seu processamento e julgamento em Juízo de primeiro grau que, entre nós, também exerce controle constitucional das leis.”

Colhidos todos estes precedentes e considerados os aspectos abordados, resulta que a Lei nº 9.494/97 é inócua para o efeito de causar alteração ao direito positivo existente, principalmente no que diz respeito ao Código de Defesa do Consumidor, pelo que se espera que, brevemente, a jurisprudência possa consagrar tal entendimento, pois é o mais consentâneo com a busca da justiça material e não meramente formal.

9 - CONCLUSÕES:

a) As regras que falam dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos tratam de questões de direito material. Assim, a coisa julgada que emanar de demandas que envolvam estes interesses terá a mesma natureza e abrangência objetiva e subjetiva;

b) O direito processual serve para auxiliar, instrumentalizar o direito material, não tendo o condão de limitá-lo, sob pena de eventual tentativa de limitação não possuir qualquer respaldo real, fático, material, mas meramente formal e tendencioso;

c) O Código de Defesa do Consumidor contém apenas **AÇÕES COLETIVAS DE CONSUMO**, não tratando de ações civis públicas;

d) A Lei nº 9.494/97 não se aplica ao Código de Defesa do Consumidor, posto que este é lei especial, prevalecendo suas regras, princípios e valores, especialmente porque a Lei nº 7.347/85 somente se aplica ao CDC, nos termos do artigo 90 deste, "...naquilo que não contrariar suas disposições";

e) A menção da Lei nº 9.494/97, de que a coisa julgada estará limitada à competência do órgão prolator da decisão, é inócua, dado que a competência estipulada pelo artigo 93 do CDC justamente é ditada pela natureza local, regional ou nacional do dano, acolhida que foi a teoria do resultado danoso na lei consumerista;

f) A Lei nº 9.494/97 não faz qualquer referência a eventuais alterações do Código de Defesa do Consumidor, pelo que não é possível a aceitação de uma interpretação extensiva, quando ela venha a dificultar a defesa dos vulneráveis e da sociedade como um todo;

g) As regras de competência nada tem a ver com o instituto da eficácia "erga omnes" da coisa julgada, sendo coisas completamente distintas;

h) É impossível a existência de uma coisa julgada “erga omnes relativa”, pois o que é para todos não pode beneficiar somente a alguns;

i) A interpretação que limita a eficácia “erga omnes” nega vigência a uma série de dispositivos da Lei Consumerista, autorizando, assim, a interposição de recurso especial;

j) A interpretação que limita a eficácia “erga omnes” fere vários dispositivos constitucionais, autorizando, assim, a interposição de recurso extraordinário;

l) A interpretação que limita a eficácia “erga omnes” nega a prestação jurisdicional, consideradas as dificuldades de litigar que os indivíduos, e até mesmo os entes coletivos, em realidade possuem, pelo que é estimuladora do conflito social e do abarrotamento dos foros com inúmeras ações individuais decorrentes da mesma origem comum;

m) A interpretação que limita a eficácia “erga omnes” traz o descrédito ao sistema jurídico, pois não está afinada com a necessária coerência e unidade das regras e princípios que o integram, além de não ser axiologicamente adequada aos anseios da comunidade, que deseja, para as agressões de massa, repressão na mesma medida.