

AÇÃO CIVIL PÚBLICA E ACESSO À JUSTIÇA

Hugo Filardi

Advogado militante no Rio de Janeiro

1. EVOLUÇÃO DA TUTELA COLETIVA NO DIREITO BRASILEIRO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA E DEMOCRATIZAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA.

A adequação da prestação da tutela jurisdicional aos anseios dos jurisdicionados e a transformação de sua concepção liberal individualista para a dogmática social, visando trazer ao processo a certeza da presença do julgamento justo e credibilidade do Poder Judiciário, em vez de somente privilegiar o litigante melhor representado e com maior poderio socioeconômico, *é uma exigência do Estado Democrático de Direito*. Tal movimento foi *iniciado* com a entrada em vigor do Código de Processo Civil austríaco de 1895, elaborado pelo notável jurista Franz Klein, momento em que as amarras do conservadorismo e do rigor das formas começaram a ser postas de lado em favor da instrumentalidade do processo, a busca incessante da verdade real e a facilitação do acesso à justiça.

Muito embora tenhamos, por nossa forte influência lusitana, tendência a recepcionarmos em nosso ordenamento jurídico, instrumentos processuais da Europa continental, a evolução no sentido da utilização do processo socialmente efetivo ocorreu de forma destacada com a aproximação do direito anglo-saxão, mais especificamente com o devido processo legal substantivo, a criação dos juizados especiais e as ***class actions***¹. Inclusive, Cândido

¹ Sobre a aproximação do direito processual brasileiro a elementos processuais dos países da ***common law***, faz-se imperiosa a leitura do artigo "O processo civil brasileiro entre dois mundos", de José Carlos Barbosa Moreira, publicado na **Revista Forense**, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2002, Volume 359, páginas 123-130.

Rangel Dinamarco² entende que esta afinação com o sistema processual da *common law* possibilita que nosso sistema processual "possa desvencilhar-se dos rigores de vetustas regras herdadas dos romanos, em si mesmas responsáveis pela segurança do processo, mas que, em certa medida, impedem a agilidade que se pretende na preparação e outorga da tutela jurisdicional. O legislador moderno, comprometido com o método que se qualifica como processo civil de resultados, opta por ousar prudentemente, renunciando a exigências que retardam a tutela e permitindo soluções e condutas que, sem criarem grandes riscos de males prováveis, concorram para maior aderência do processo à realidade econômica dos conflitos e dos litigantes, com maior aptidão abreviar a penosa duração dos juízos".

Verificamos, então, que a tutela coletiva e, em especial, a Ação Civil Pública, guarda direta relação com a democratização do acesso à justiça, já que esta deve ser utilizada como meio de economia judicial e processual, impossibilitando que demandas muito dificultosas sirvam como óbice ao direito de ação, além de permitir o desafogamento do Poder Judiciário e conseqüente diminuição da propositura de ações similares. Outro fator importante para a propagação deste instituto é a segurança jurídica advinda da impossibilidade de provimentos jurisdicionais meritórios conflitantes, respeitando definitivamente o princípio da igualdade diante da lei. O princípio da isonomia também é observado quando a Ação Civil Pública permite que partes em desnível econômico, jurídico e técnico possam litigar em um mesmo patamar. Aluisio Gonçalves de Castro Mendes³ retrata com precisão este fenômeno ao afirmar que "a possibilidade dos interesses e direitos lesados serem defendidos concomitantemente faz com que a correlação de forças entre os litigantes seja redimensionada em benefício da parte individualmente fraca, mas razoavelmente forte quando agrupada, levando por terra, assim, a política maquiavélica da divisão para reinar".

² Dinamarco, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**, Tomo II, 4a Edição, Malheiros Editores, São Paulo, página 733.

³ Mendes, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações Coletivas no direito comparado e nacional**. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil, página 38.

A defesa dos interesses metaindividuais teve seu marco inicial na Constituição de 1934 que influenciada pela Constituição de Weimar, tentou de modo infrutífero⁴ firmar uma estrutura democrático-social mais atinente às expectativas populares, instituindo a Ação Popular que preceituava que "qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados e dos Municípios."⁵ Tal instrumento de defesa dos interesses difusos e coletivos foi obviamente suprimido na Carta de 1937, sendo novamente inserido no ordenamento jurídico pela Constituição democrática de 1946.

Entretanto, a proteção dos interesses metaindividuais somente adquiriu amplitude e solidez quando da edição da Lei 4.717 de 1965, oportunidade em que estabeleceu uma conceituação mais específica de patrimônio e alargou-se o leque de pessoas tuteladas por provimentos jurisdicionais proferidos impulsionados por tal instituto⁶. Mesmo assim, era necessária uma via mais eficaz, e graças aos esforços intelectivos de José Carlos Barbosa Moreira, Ada Pellegrini Grinolver e Waldemar Mariz de Oliveira Júnior entre outros, foi sancionada pelo então presidente José Sarney a Lei 7.347, quando se consagrou a Ação Civil Pública como instrumento protetivo responsável pelo meio ambiente, consumidor e bens e direitos de valor paisagístico, artístico, estético, histórico e turístico (Artigo 1º da LACP).

Caminhando na trilha de alargamento das opções de proteção dos interesses metaindividuais, surgiu o Código de Defesa do Consumidor, estendendo a incidência da Ação Civil Pública a todo interesse difuso ou coletivo. Observando com inigualável precisão, a tendência de abertura trazida por este instrumento de tutela coletiva, seja pela legitimidade adequada ou pelo próprio objeto protegi-

⁴ Há de ser ressaltado que a Constituição de 1934 foi taxada de infrutífera em razão de ter vigorado por apenas três anos, sendo substituída pela Carta totalitária de 1937, a Polaca, em alusão à Constituição violadora de direitos fundamentais Polonesa, permitindo assim a legalidade do regime ditatorial varguista.

⁵ Constituição de 1934. Artigo 113.

⁶ Ver Barbosa Moreira, José Carlos, "Ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados 'interesses difusos'" in **Temas de Direito processual**, Editora Saraiva, 1977.

do, constatou José Carlos Barbosa Moreira⁷ que "avanços nesta direção podem abrir (ou alargar) um dos canais utilizáveis para dar vazão às crescentes necessidades de tutela dos "interesses coletivos" ou "difusos", como tais designados, aqui, os interesses que se caracterizam, do ponto de vista subjetivo, por uma pluralidade de titulares em número indeterminado (e, ao menos para fins práticos, indeterminável) e, ao ângulo objetivo pela indivisibilidade do objeto: interesses relacionados com defesa do meio ambiente, ligados a valores culturais ou espirituais - v.g, à proteção dos bens de valor histórico ou artístico -, orientados para a "proteção do consumidor", e assim em diante. Defrontamo-nos neste passo com outro fenômeno característico da "irrupção" do social na paisagem do processo: se o tratamento judicial dos interesses "difusos" postula o uso de novos instrumentos, ou pelo menos de uma adaptação cuidadosa dos instrumentos conhecidos, é justamente porque os litígios a eles relativos ultrapassam a medida dos indivíduos, e até a dos grupos bem definidos de indivíduos, para envolver coletividades de contornos amplíssimos, e em todo caso imprecisos."

Não há como negar a importância ímpar da Ação Civil Pública como fator preponderante na dinamização da tutela jurisdicional, cumprindo assim o preceito de efetividade trazido pelo direito processual constitucional. A eliminação de inúmeros processos individuais, através da Ação Civil Pública, nos traz a certeza da desobstrução da já castigada máquina judiciária, além de permitir que pretensões de viabilidade econômica debilitada fossem entregues à tutela judicial, sendo eliminada a litigiosidade reprimida por fatores ilegítimos.

Sob o prisma da democracia participativa, onde todos devem ter respeitados seus direitos fundamentais e a possibilidade de questionar e influir nas decisões governamentais, a Ação Civil Pública, calcada na legitimidade adequada e representativa, e de provimentos jurisdicionais aproveitáveis aos tutelados, mostra-se um eficaz instrumento na distribuição de justiça e na retomada do respeito e

⁷ Barbosa Moreira, José Carlos. "Tendências contemporâneas do direito processual civil" in **Temas de Direito Processual**, 3ª Série, Editora Saraiva, São Paulo, 1984, páginas 9 e 10.

confiança dos indivíduos nas instituições estatais. Com a explosão do sistema capitalista, da sociedade de massa e os conseqüentes conflitos de interesse, encontram-se cada vez mais disparidades sociais, que infelizmente tendem a refletir negativamente com mais facilidade nos processos individuais. Portanto, a tutela coletiva desponta como meio justo de solução destes conflitos, e o Poder Constituinte originário a consagrou também com a previsão dos institutos do mandado de segurança coletivo e do mandado de injunção coletivo⁸.

Enfim, os interesses metaindividuais podem plenamente ser exercidos, pois como ressalta Mauro Cappelletti⁹ "a concepção tradicional do processo civil não dá lugar à defesa dos direitos difusos pelos particulares. Desde há muito, entende-se que o processo é uma contenda entre duas partes, acerca de seus próprios direitos. Os direitos de um grupo determinado da população ou de algum setor social não eram levados em consideração".

2. INTERESSES TUTELÁVEIS.

Apenas para fins terminológicos, convém destacar que adotamos a nomenclatura utilizada pelo Código de Defesa do Consumidor, ou seja, a expressão "interesse", sem qualquer adjetivação, para que não recaiamos na infundável e pouco prática discussão sobre a sinonímia entre "interesses" e "direitos". No entanto, cabe uma pequena digressão sobre a possibilidade destas expressões "interesses" e "direitos" serem utilizadas de forma equivalente. Kazuo Watanabe,¹⁰ um dos autores do anteprojeto da Lei 8.070/90, afirma que os termos "interesses" e "direitos" foram aplicados como sinônimos, defenden-

⁸ "Writ deferido. Mandado de injunção coletivo - admissibilidade. Entidades sindicais dispõem de legitimidade ativa para a impetração do mandado de injunção coletivo, que constitui instrumento de atuação processual destinado a viabilizar, em favor dos integrantes das categorias que essas instituições representam, o exercício de liberdades, prerrogativas e direitos assegurados pelo ordenamento constitucional. Precedentes sobre a admissibilidade do mandado de injunção coletivo." (STF - Tribunal Pleno - Ministro Relator Celso de Mello - MI 472 / DF - Julgado em 06.09.1995).

⁹ Cappelletti, Mauro e Garth, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução Ellen Gracie. Porto Alegre. Sérgio A. Fabris, Editor, 1988, página 49.

¹⁰ Watanabe, Kazuo. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. 6ª Edição, Editora Forense Universitária, Rio de Janeiro, 2000, Página 719.

do que os interesses quando ganham relevância jurídica tornam-se direitos. Contudo, entendo mais acertado defender que os "interesses" estão numa escala antecedente de formação do direito subjetivo, o que me permite concluir que em Ações Coletivas preventivas, interesses são tutelados, enquanto nas demandas coletivas repressivas, busca-se a satisfação de direitos violados.

Ultrapassada esta questão, que como já mencionado, tem pouca relevância para os destinatários do comando legislativo, passamos a delinear os contornos dos conceitos de interesses difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos, e suas repercussões no que tange a sua proteção pela Ação Civil Pública. A Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 129, e a introdução do inciso IV pelo Código de Defesa do Consumidor ao artigo 1º da Lei 7.347/85, ampliaram definitivamente o âmbito de incidência da Ação Civil Pública à proteção de qualquer interesse transindividual.

Os incisos do parágrafo único do artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor trazem a definição das três espécies de interesses metaindividuais tuteláveis coletivamente. Assim, o legislador optou por abreviar embates conceituais na doutrina, e desde logo, procurou distinguir os interesses difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos. Os interesses difusos possuem como características marcantes a indeterminação do titular da relação jurídica de direito material e indivisibilidade do bem jurídico a ser protegido. Já os interesses coletivos *stricto sensu* também têm como característica a transindividualidade e a indivisibilidade do bem jurídico tutelado, muito embora o titular da relação jurídica de direito material possa ser individualizado coletivamente.

Buscando distinguir os interesses difusos dos coletivos *stricto sensu* a partir de um conceito de pluralidade determinável de indivíduos, afirma Luís Roberto Barroso¹¹ que "assim como os difusos, os interesses coletivos em sua acepção estrita também são indivisíveis relativamente a seu objeto; mas a diferença em relação àqueles é

¹¹ Barroso, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**. Editora Renovar, 5ª Edição, Rio de Janeiro, 2001, páginas 221.

que se está diante de uma pluralidade *determinada* ou *determinável* de pessoas, todas *ligadas em virtude da mesma relação jurídica básica*". Outro fator distinto é a existência nos interesses coletivos de relação jurídica base entre os interessados. Como exemplo de interesse difuso, podemos mencionar um desastre ecológico numa base de extração de petróleo ou até a veiculação de propaganda enganosa por empresa prestadora de serviços. Já no que concerne aos interesses coletivos e determinabilidade de seus titulares, cabe trazer à tona o caso de uma indústria que institui jornada de trabalho a seus trabalhadores em cabal contrariedade à CLT.

Há de ser enfatizado, que ambos os exemplos refletem a indivisibilidade do bem jurídico tutelado, além da pluralidade de titulares indeterminado (ou ao menos indeterminável), não comportando divergência de soluções para os interessados, sob pena de violação ao princípio da isonomia. Tal fenômeno já não necessariamente ocorre na tutela dos interesses individuais homogêneos, de caráter socialmente coletivo, dada a divisibilidade do objeto da prestação jurisdicional. Segundo Aluisio Gonçalves de Castro Mendes¹² a defesa destes interesses acidentalmente coletivos "atende aos ditames da economia processual; representa medida necessária para desafogar o Poder Judiciário, para que possa cumprir com qualidade e em tempo hábil as suas funções; permite e amplia o acesso à justiça, principalmente para conflitos em que o valor diminuto do benefício pretendido significa manifesto desestímulo para a formulação da demanda; e salvaguarda o princípio da igualdade da lei, ao resolver molecularmente as causas denominadas repetitivas, que estariam fadadas a julgamentos de teor variado, se apreciadas de modo singular".

Visivelmente inspirada nas ***class actions*** do direito estadunidense¹³, a tutela coletiva dos interesses individuais homogêneos ocorre quando há pluralidade de sujeitos e o objeto tutelado

¹² Mendes, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional**. Editora Revista dos Tribunais, Volume 4, São Paulo, 2002, página 230.

¹³ Inclusive Pedro da Silva Dinamarco *in Ação Civil Pública*, Editora Saraiva, 1a Edição, São Paulo, 2001, página 59, defende a aplicabilidade da ***class actions*** norte-americanas no direito brasileiro através de analogia, utilizando o artigo 126 do Código de Processo Civil como base legal.

decorrer de uma situação comum. Convém destacar que os sujeitos das relações jurídicas de direito material são determinados, podendo demandar individualmente no sentido de obter provimento jurisdicional cognitivo ou exercer seus direitos na liquidação e execução da sentença condenatória genérica proferida em sede de processo coletivo.

Indubitável acerto cometeu o legislador ao tutelar coletivamente estes direitos tecnicamente individuais, pois *conferiu* a determinados entes a responsabilidade de promoção de justiça e inseriu uma gama da população que jamais imaginou ter representatividade junto ao Poder Judiciário. As desigualdades econômicas, culturais, emocionais e operacionais, não mais se constituem óbice, já que a tutela de interesses individuais homogêneos pela Ação Civil Pública respeita o princípio da isonomia processual e, por conseguinte, gera aceitação dos provimentos jurisdicionais pelo povo.

O artigo 94 do Código de Defesa do Consumidor prevê expressamente a publicação de edital (instituto similar a *notice* do direito estadunidense) para que os interessados possam intervir no processo coletivo como litisconsortes, fato que se respeitado pelos magistrados, gerenciadores da demanda, traria mais credibilidade e maior grau de cognição às decisões judiciais. Contudo, o que se vê, na prática, é o desrespeito a esta norma e a certeza de que nossos juízes estão ainda muito arraigados a concepções processuais conservadoras e antidemocráticas.

Questão não menos interessante é a da não existência de litispendência entre o processo coletivo e demanda instaurada individualmente, tendo o Autor desta, a faculdade de, em 30 (trinta) dias a partir da ciência da Ação coletiva, requerer a suspensão da demanda que instaurara. Esta faculdade deve-se única e exclusivamente ao respeito ao instituto da legitimidade adequada e da isonomia processual, já que o demandante pode eleger qual processo pode lhe propiciar mais eficazmente o exercício do direito material invocado.

Entendo perfeitamente sustentável também que, em respeito aos princípios fomentadores da Ação Civil Pública e suas origens no direito estadunidense, exista viabilidade de um autor individual ter a faculdade de aderir como litisconsorte ulterior a demanda proposta

por outro autor individual, por acreditar que este tem melhores condições de representar seus interesses em juízo, muito embora nosso ordenamento não tenha recepcionado a possibilidade de aferição da ***adequacy of representation*** pelo Poder Judiciário, sendo os autores ideológicos taxativamente expressos por lei. Tal requerimento de suspensão de demanda individual em detrimento de outra poderia se fundar claramente no artigo 265, IV, alíneas a e b, do Código de Processo Civil, que dispõe que se suspende o processo quando a sentença de mérito, depender do julgamento de outra causa que constitua objeto principal da demanda a ser suspensa, e não puder ser proferida sem análise de fato ou prova produzida em outro processo.

Contudo, a escola positivista nos cerceia o direito a maiores construções doutrinárias com base no direito comparado, já que nossos magistrados parecem mais preocupados com a dogmática formal do que com a exploração de mecanismos aptos a deflagrar uma tutela jurisdicional eficiente, célere e justa. O magistrado deve romper as amarras do formalismo e empregar sim, por meio de analogia e da ***equity***, o conceito do processo civil de resultado, obtendo a disseminação de provimentos jurisdicionais sábios e apaziguadores das desigualdades sociais existentes.

3. LEGITIMAÇÃO.

Para que o magistrado possa proferir sentença de mérito, empregando a atuação concreta da vontade da lei à demanda, devem ser observados alguns óbices ao alcance da possibilidade de um provimento final meritório. Segundo a notável pena do processualista Giuseppe Chiovenda¹⁴, "entendem-se como condições da ação as condições necessárias a que o juiz declare existente e atue a vontade concreta de lei invocada pelo autor".

Em outro estudo, voltado para o processo de execução e mais especificamente sobre sua modalidade de defesa endoprocessual,

¹⁴ Chiovenda, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**, trad. bras. de J. Guimarães Menegale, 3a Edição, São Paulo, Editora Saraiva.

já nos manifestamos quanto às condições da ação afirmando: "Interesse processual, possibilidade jurídica da demanda e legitimidade de partes. Estes três obstáculos à obtenção de um provimento final meritório constituem-se em matéria de ordem pública cuja inobservância acarreta nulidade absoluta do processo. Justamente por isso, faz-se cabível o exercício da exceção de executividade, visto que independe de dilação probatória e a sua argüição não prejudica em nada a efetividade do processo de execução. O direito de ação consiste em um direito público-subjetivo posto à disposição dos jurisdicionados para a obtenção de um provimento judicial sobre a *res in judicium deducta*. De acordo com os abstrativistas, as condições da ação, juntamente com os pressupostos processuais, são um filtro mínimo para que as demandas temerárias não importunem indevidamente os demandados".¹⁵

No campo das ações coletivas¹⁶, o óbice à análise meritória das demandas postas em Juízo de maior relevância para este artigo é justamente a legitimação ativa, já que o legislador elegeu na LACP e no Código de Defesa do Consumidor determinadas pessoas para defesa dos interesses metaindividuais. Em uma precisa definição de legitimidade ativa sob o prisma da acessibilidade e da efetividade da tutela jurisdicional, sustentou Leonardo Greco¹⁷ que "a garantia constitucional do amplo acesso à tutela jurisdicional efetiva confere esse direito a todo aquele que alegue ser titular do direito material em que a demanda se fundamenta e apresente ao juiz o mínimo de provas necessárias para demonstrar a possibilidade de efetivamente deter essa titularidade".

A legitimidade é a titularidade do direito de ação. Por conseguinte, parte legítima é aquela à qual a lei deferiu o direito de in-

¹⁵ Filardi, Hugo. "Aspectos Controvertidos da Exceção de Executividade. A adequação da demanda executória aos modernos princípios de Direito Processual Civil, inserindo-lhe carga de cognição em respeito ao **Due Process of Law**". Trabalho monográfico de conclusão do Curso de Graduação em Direito na UFRJ, páginas 55 e 56.

¹⁶ Hugo Nigro Mazzilli in **A Defesa dos interesses difusos em juízo**, 11a Edição, Editora Saraiva, São Paulo, 1999, páginas 51 e 52 sustenta que o legislador se equivocou ao instituir co-legitimados com o Ministério Público ao tratar da Ação Civil Pública. O mencionado autor destaca que tecnicamente correto seria nomear de Ação Civil Pública somente a demanda coletiva proposta pelo MP, enquanto os "co-legitimados" propõem Ação Coletiva. Ao meu ver, tal distinção se afigura mero tecnicismo, sem eficácia prática nenhuma para os jurisdicionados.

¹⁷ Greco, Leonardo. **A teoria da ação no processo civil**. Dialética, 1a Edição, 2003, página 40.

gressar em Juízo e requerer determinada prestação jurisdicional. No caso da Ação Civil Pública, os legitimados legais são o Ministério Público, a União, os Estados, os Municípios, autarquias, fundações, sociedades de economia mista ou associações. A estes legitimados para a tutela coletiva, o Código de Defesa do Consumidor acrescentou entidades e órgãos da administração pública, cuja finalidade seja a defesa de interesses metaindividuais, mesmo que estes não possuam personalidade jurídica.

Dada a natureza dos interesses tutelados pela Ação Civil Pública, a titularidade ativa no processo coletivo foge à regra da congruência entre a relação jurídica de direito material e a relação jurídica de direito processual. Visando à determinação da natureza jurídica da legitimação na Ação Civil Pública, convém destacar que a legitimidade ordinária é justamente a coincidência entre jurisdicionados afetáveis por fato ou ato jurídico e demandantes na defesa de seus interesses, enquanto na legitimidade extraordinária, a lei confere a titularidade do direito de ação a um terceiro para defender interesse alheio.

No que concerne à tutela dos interesses difusos e coletivos *stricto sensu*, compartilhamos da mesma opinião de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery¹⁸ que afirmam que "a dicotomia clássica da legitimação ordinária-extraordinária só tem cabimento para a explicação de fenômenos envolvendo direito individual. Quando a lei legitima alguma entidade a defender o direito não individual (coletivo ou difuso), o legitimado não estará defendendo direito alheio em nome próprio, porque não se pode identificar o titular do direito. Não poderia ser admitida ação judicial proposta pelos 'prejudicados da poluição', pelos 'consumidores de energia elétrica', enquanto classe ou grupos de pessoas. A legitimidade para a defesa dos direitos difusos e coletivos em juízo não é extraordinária (substituição processual), mas sim *legitimação autônoma para a condução do processo (selbständige Prozebführungsbefugnis)*: a lei

¹⁸ Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery in **Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**, 5ª Edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2001, página 1885.

elegeu alguém para a defesa de direitos porque seus titulares não podem individualmente fazê-lo".

Assim, resta claro que não concordamos com a posição doutrinária¹⁹ de que a natureza jurídica da legitimação na Ação Civil Pública seria ordinária, sob o argumento de que o interesse em defesa seria público e com a tese de legitimidade extraordinária sustentada pelo STF²⁰. Como já dito, a legitimidade não pode ser considerada ordinária, pois os legitimados não são titulares da relação jurídica de direito material, e muito menos extraordinária, pelo simples fato de ser impossível a identificação dos titulares dos interesses tutelados.

Apenas no que tange aos interesses individuais homogêneos, considerados apenas socialmente coletivos, vislumbro a hipótese de legitimidade extraordinária concorrente ou disjuntiva, pois tanto o titular do direito material, quanto o legitimado extraordinariamente estão autorizados a defender o interesse em juízo. Somente na tutela desta espécie de interesse o posicionamento do STF deve prosperar, já que admitir substituição processual sem conseguir diagnosticar os substituídos, nos parece o mesmo que comprar um presente sem saber a quem destiná-lo.

Diferentemente do que ocorre nos países da *common law*, a verificação da legitimidade adequada para propositura de demandas coletivas no direito brasileiro encontra-se preestabelecida pelo legislador que, de forma taxativa, concedeu a determinadas pessoas a titularidade da ação na defesa de interesse metaindividuais. Tais entes eleitos pelo legislador não são pessoas naturais, fato que impede que um dos lesados individualmente exerça o direito de ação pelos demais interessados. A exceção presente em nosso ordenamento e que guarda, mesmo que longínqua correlação, com

¹⁹ Paulo Cezar Pinheiro Carneiro in **O Ministério Público no processo civil e penal: promotor natural, atribuição e conceito com base na Constituição de 1988**, 5a Edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1999, página 24, defende que a natureza jurídica da legitimação nas demandas coletivas é ordinária.

²⁰ "Constitucional. Ministério Público. Ação civil pública para proteção do patrimônio público. Art. 129, III, da CF. Legitimação extraordinária conferida ao órgão pelo dispositivo constitucional em referência, hipótese em que age como substituto processual de toda a coletividade e, conseqüentemente, na defesa do autêntico interesse difuso, habilitação que, de resto, não impede a iniciativa do próprio ente público na defesa de seu patrimônio, caso em que o Ministério Público intervirá como fiscal da lei, pena de nulidade da ação (art. 17, § 4º, da lei nº 8.429/92). Recurso não conhecido." (STF - 1a Turma - Ministro Relator Moreira Alves - RESP 267023 / MA - Julgado em 30.04.2002).

o conceito de autor ideológico do direito norte-americano é a Ação popular, que concede a qualquer cidadão a defesa dos interesses metaindividuais tutelados pela Lei 4.717/65.

3.1. Ministério Público na defesa dos interesses individuais homogêneos.

As funções do Ministério Público foram estabelecidas pela Constituição da República, nos artigos 127 a 130, onde resta evidente sua incumbência da propositura de Ação Civil Pública na defesa do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos. O texto constitucional não contemplou expressamente a legitimação do Ministério Público para a defesa de interesses individuais homogêneos, muito embora tendamos, com pequenas ressalvas, a incluí-los no seu campo de atuação. Até mesmo porque, o legislador constitucional originário não poderia explicitar um interesse que ainda não havia sido delimitado pela doutrina. Então, entendemos que as interpretações lógico-extensivas admitindo a tutela de interesses individuais homogêneos pelo Ministério Público são plenamente favoráveis à eficácia do princípio constitucional de livre acesso ao Judiciário e colimam para o fim primordial do Estado Democrático de direito que é a propagação da paz social através da distribuição de justiça.

Em sentido contrário, opinando inclusive pela inconstitucionalidade de qualquer lei infraconstitucional que institua a defesa dos interesses individuais homogêneos ao Ministério Público²¹, manifestou-se Miguel Reale²², com base nas discussões durante a Assembléia Nacional Constituinte que excluíram do anteprojeto a possibilidade de tutela pelo *Parquet* de interesses jurídicos gerais. Para o renomado jurista paulista, o simples fato de o legislador ter suprimido a expressão "interesses jurídicos gerais" do âmbito de proteção do Ministério Público impossibilita qualquer extensão normativa

²¹ Código de Defesa do Consumidor e Lei Orgânica do Ministério Pública da União.

²² Reale, Miguel. "Da Ação Civil Pública" in **Questões de Direito Público**, Editora Saraiva, 1997, São Paulo, páginas 130-132.

que amplie os interesses, por este, tuteláveis. No entanto, consideramos que a não inclusão do termo jurídico mencionado se deu em função de sua precária precisão terminológica que poderia acarretar numa ilegítima intervenção do MP em interesses que não os de relevância social.

Vislumbramos sim a intenção do poder constituinte originário em conferir também a tutela dos nomeados interesses individuais homogêneos ao MP, mas em virtude da imprecisão em delimitar tais interesses, o legislador constituinte preferiu se omitir a legalizar uma indevida participação do *Parquet* nas relações jurídicas de direito privado. Ademais, sob o prisma da acessibilidade seria uma infeliz contradição impedir que o Ministério Público atuasse com destaque na defesa de interesses socialmente e acidentalmente coletivos, visando distribuir justiça e minimizar as desigualdades processuais que adviriam das milhares de demandas individuais, normalmente mais frágeis, perante grandes potências econômicas.

Neste sentido, faz-se claramente oportuna a legitimação do Ministério Público para a defesa dos interesses individuais homogêneos em que o bem jurídico envolvido tenha relevância social e a tutela coletiva proporcione a prestação jurisdicional mais efetiva para os jurisdicionados do que a demanda individual. Como a proteção do patrimônio social faz parte das atribuições constitucionais do Ministério Público, não existe razão para não entender lícita a sua atuação como substituto processual na tutela destes interesses "coletivos" em virtude da mesma origem fática. Oportuno destacar a posição do Ministro Luiz Fux²³, que em recente provimento jurisdicional emanado pelo Superior Tribunal de Justiça, relatou que "com a promulgação da Constituição Federal de 1988 houve alargamento do campo de atuação do *Parquet* que, em seu art. 129, III, prevê, como uma das funções institucionais do Ministério Público a legitimidade para promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros direitos difusos e coletivos. O Ministério Público está legi-

²³ STJ - Primeira Turma - Ministro Relator Luiz Fux - RESP 506511 / MG - Julgado em 25.11.2003.

timado a defender os interesses transindividuais, quais sejam os difusos, os coletivos e os individuais homogêneos".

Já Pedro da Silva Dinamerco²⁴ sustenta que somente os interesses individuais homogêneos indisponíveis poderiam ser tutelados pelo Ministério Público, sob o prisma de estar havendo indevida interferência do Parquet na esfera de interesse dos lesados. O renomado processualista, para ilustrar sua respeitável tese, recorre à lição jurisprudencial proferida pelo Desembargador Araken de Assis²⁵ que preconizou que "nos termos do art.129, inc. III, da Constituição Federal, o Ministério Público só tem legitimidade para promover ação civil pública em defesa de interesses difusos e coletivos, que são os 'interesses sociais' inesculpidos no *caput* do art.127. Não são direitos de índole diversa, e, muito menos, direitos patrimoniais disponíveis, como se verifica na espécie. Conceber a esfera legitimante do *Parquet* diversamente levaria à aniquilação de direitos privados, à alteração, por órgão do Estado, do objeto litigioso, em qualquer demanda; bastaria autorizar a intervenção do Ministério Público num organismo com poderes ainda maiores do que a *Prokuradura* soviética".

Talvez o tema que mais desperte discussões sobre a legitimação do MP para defesa dos interesses individuais homogêneos seja justamente o relativo à cobrança de tributos. Em razão da disponibilidade da tutela destes interesses e pela argumentação de que não se aplicaria o Código de Defesa do Consumidor aos contribuintes, o Supremo Tribunal Federal²⁶ vem se posicionando pela ilegitimidade ativa do MP para propositura de Ações coletivas questionando a legalidade da imposição de tributos pelo Estado. Contudo,

²⁴ Dinamerco, Pedro da Silva. **Ação Civil Pública**, Editora Saraiva, 1a Edição, São Paulo, 2001, página 215-219.

²⁵ TJ/RS - Apelação 92.13468-8 - 1a Câmara Cível - Desembargador Relator Araken de Assis, *apud* Dinamerco, Pedro da Silva. **Ação Civil Pública**, Editora Saraiva, 1a Edição, São Paulo, 2001, página 215-216.

²⁶ "O Ministério Público não tem legitimidade para aforar ação civil pública para o fim de impugnar a cobrança e pleitear a restituição de imposto $\frac{3}{4}$ no caso o IPTU $\frac{3}{4}$ pago indevidamente, nem essa ação seria cabível, dado que, tratando-se de tributos, não há, entre o sujeito ativo (poder público) e o sujeito passivo (contribuinte) uma relação de consumo (Lei 7.374/85, art. 1º, II, art. 21, redação do art. 117 da Lei 8.078/90 (Código do Consumidor); Lei 8.625/93, art. 25, IV; C.F., art. 129, III), nem seria possível identificar o direito do contribuinte com 'interesses sociais e individuais indisponíveis'" (STF - Tribunal Pleno - Ministro Relator Carlos Veloso - RE 195056 /PR - Publicado em 30.05.2003 - Vencido o Ministro Marco Aurélio Mello).

tal orientação adotada pela corte "constitucional" parece servir muito mais aos interesses arrecadatários do fisco do que efetivamente impedir que o *Parquet* intervenha ilegitimamente na esfera de interesses exclusivamente privados. Como é um órgão essencialmente político, até mesmo pela forma de sua investidura, o STF se mostra muito reticente em respeitar os direitos fundamentais previstos na Constituição da República Federativa do Brasil quando estes colidem com os interesses do Estado enquanto parte processual.

O escopo da tutela coletiva abranger os chamados interesses individuais homogêneos é assegurar a eficácia da tutela jurisdicional, proporcionando a distribuição de justiça para todos os jurisdicionados interessados através da preservação do ***substantive due process of law*** e da isonomia entre os litigantes. Por se tratarem de interesses apenas socialmente coletivos, a defesa dos interesses individuais homogêneos visa a transformar indivíduos em jurisdicionados e impedir que a diferença no êxito de demandas de mesma matéria motivada contribua para o descrédito do Judiciário perante a sociedade civil. Definitivamente, os magistrados devem deixar de apegos a técnicas processuais de pouca utilidade prática e defender irrestritamente o pleno acesso ao Judiciário no sentido de conferir efetividade aos comandos constitucionais abstratos.

3.2. Princípio da obrigatoriedade da ação civil pública para o Ministério Público.

Partindo da idéia preconizada por Paulo Cezar Pinheiro Carneiro²⁷ de facilitar o acesso à justiça com a propositura de Ação Civil Pública pelo Ministério Público ao afirmar que esta "foi um importante passo para garantir o princípio da acessibilidade especificamente no plano do direito individual, permitindo a defesa coletiva de um grande número de pessoas lesadas (que possivelmente não procurariam a justiça) e assegurando um adequado desempenho processual, de sorte a manter o equilíbrio material - igualdade de armas entre as partes", podemos facilmente deduzir a existência do princí-

²⁷ Pinheiro Carneiro, Paulo Cezar. **Acesso à justiça**. 2a Edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2000, páginas 117 e 118.

pio da obrigatoriedade desta modalidade de tutela coletiva pelo *Parquet*.

Assim, o Ministério Público somente poderá deixar de propor a Ação Civil Pública, se após a realização de todas as diligências cabíveis, alcançar a conclusão que inexistente fundamentação para a utilização desta medida judicial. Cumpre ser asseverado que no sentido de eliminar qualquer ilegalidade na verificação de ausência de fundamentação para propositura da Ação Civil Pública, o Conselho Superior do Ministério Público exerce controle deste parecer de inviabilidade da demanda coletiva, podendo inclusive designar outro membro do *Parquet* para a confecção e distribuição da Ação Civil Pública.

Decorre também da obrigatoriedade do Ministério Público na propositura da Ação Civil Pública, a imperiosa necessidade deste assumir a legitimidade ativa, em caso de desistência infundada ou abandono da demanda coletiva por associação legitimada²⁸. Há de ser ressaltado que a substituição processual somente poderá prosperar quando estivermos diante de conduta inerte ou infundada de determinada associação, sob pena de configurar indevida intervenção do MP na esfera de interesses privados.

Saliente-se ainda, que a participação do Ministério Público na Ação Civil Pública é obrigatória mesmo quando não figura como demandante, já que existe expressa previsão legal lhe atribuindo o papel de fiscal da lei nestas demandas. Tal disposição tem por objeto impedir a utilização do processo coletivo como forma de obtenção de vantagem ilícita ou de pressionamento do demandado através da propositura de demandas temerárias, zelando sempre pelos princípios da efetividade da tutela jurisdicional e da igualdade de condições entre os litigantes.

3.3. Associação e a dispensa do requisito temporal para sua legitimação em virtude do interesse social.

A Lei 7.347/1985 também confere legitimidade ativa às associações para a defesa de interesses metaindividuais através de de-

²⁸ Muito embora o texto legal disponha "associação legitimada", acertadamente a jurisprudência dominante vem adotando interpretação extensiva, preconizando a obrigatoriedade de substituição sucessiva no pólo ativo pelo MP quando de desistência infundada ou abandono por parte de qualquer outro legitimado ativo.

manda coletiva, desde esta esteja devidamente registrada de acordo com a legislação civil vigente há pelos menos um ano e que os interesses tuteláveis façam parte de suas finalidades institucionais. Deve ser destacado que estes requisitos para a plena legitimação ativa visam a evitar o uso desvirtuado da demanda coletiva, impedindo assim que associações de duvidosa solidez possam propor demandas consideradas temerárias. Afinal, o direito de ação tem por escopo secundário impossibilitar que pessoas sejam indevidamente demandadas.

Porém, tais exigências legais não podem servir de óbices ilegítimos à tutela dos interesses metaindividuais, permitindo a Lei da Ação Civil Pública que o magistrado possa dispensar o requisito temporal da pré-constituição, quando restar caracterizado o manifesto interesse social. Assim, sempre que da exigência legal de pré-constituição de um ano, decorrer risco de impedimento de tutela de interesses coletivos *lato sensu* e conseqüente dano irreparável, o Juiz estará autorizado a legitimar a associação para propositura de demanda coletiva.

4. COMPETÊNCIA.

A prestação da tutela jurisdicional deve ser pautada especialmente pelos princípios da moralidade e eficiência, havendo claramente uma necessidade de divisão de tarefas no sentido de que o Poder Judiciário possa atender plenamente aos anseios de seus jurisdicionados. A Jurisdição é una, sendo encarada como um poder, enquanto a competência nada mais é do que o exercício delimitado deste. Então, através de notórias divisões de competência no órgão judiciário como o escopo de dinamizar e prestar de forma adequada à tutela jurisdicional, o Estado buscou na especificidade/distributividade a imparcialidade e justiça em suas decisões judiciais.

No que concerne à fixação da competência para demandas coletivas, devemos mencionar os artigos 2º e 21, da Lei da Ação Civil Pública e os artigos 90 e 93 da Lei 8.078/90 que estipulam regras de natureza funcional²⁹ para o processamento destes processos. Tais artigos consagram a perfeita compatibilidade e

²⁹ Cumpre asseverar que se trata de incompetência absoluta, atacável através de preliminar de contestação, e não por exceção de incompetência. Tal impropriedade técnica pode acarretar inclusive em decretação revelia.

harmonização entre os dois diplomas legais para o regramento das demandas coletivas, sendo certo que inexistente qualquer revogação da Lei 7.347/85. Então, podemos afirmar com precisão que é competente para o processamento e julgamento para demandas coletivas, ressalvada a competência da Justiça Federal e da Justiça do Trabalho, o foro em que ocorreu o dano.

Quando o dano for de âmbito nacional ou regional, são competentes para o enfrentamento da demanda os foros da Capital do Estado ou no Distrito Federal, sendo os conflitos eventuais de competência concorrente dirimidos pela regra de prevenção prevista no Código de Processo Civil. Convém destacar que efetivamente não há competência exclusiva do foro do Distrito Federal para julgamento de demanda coletiva de âmbito nacional, justamente pela redação do 93 da Lei 8.078/90 consagrar a competência concorrente, até mesmo para atender ao princípio da acessibilidade e aproximação da população ao Poder Judiciário.

5. INQUÉRITO CIVIL E COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA.

Justamente em atenção ao princípio da operosidade, no qual as pessoas envolvidas na atividade jurisdicional devem atuar da forma mais proba e eficiente possível para perfeito exercício do direito de ação, a Lei da Ação Civil Pública instituiu o inquérito civil e o compromisso de ajustamento de conduta como meios dar maior efetividade às demandas coletivas. Tais institutos têm o condão de propiciar aos jurisdicionados uma sensação de proteção maior quanto à credibilidade dos julgados, e propiciam aos magistrados uma convicção ampla para prolação de sentença.

O compromisso de ajustamento de conduta se consubstancia num reconhecimento de uma obrigação legal a ser cumprida, sendo a conduta acordada um dever jurídico para aquele que se dispôs a adequar seus procedimentos aos anseios comportamentais do Estado e da sociedade civil. Cumpre estabelecer clara distinção com o instituto da transação, já que não ocorrem concessões recíprocas, propiciando a aplicação do compromisso de ajustamento de conduta inclusive para proteger interesses individuais homogêneos.

Já o inquérito civil visa a propiciar ao julgador elementos probatórios mais elucidativos para a perfeita entrega da tutela jurisdicional, averiguando a viabilidade da propositura da Ação Civil Pública. A instauração deste inquérito se dá pela provocação de qualquer pessoa, seja ela natural, formal ou jurídica, e ainda de ofício pelo Ministério Público. Neste sentido, com entusiasmo se posicionou Paulo Cezar Pinheiro Carneiro³⁰ atestando que "quanto melhor instruído estiver o inquérito, maiores serão as possibilidades da utilização com êxito dos instrumentos processuais previstos para garantir a efetividade do processo".

6. TUTELA DE URGÊNCIA EM SEDE DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA.

Diante da esquematização processual sugerida pelo Código de Processo Civil, a tutela de urgência foi instaurada visando a propiciar a extinção das mazelas temporais a que podem ser submetidos os processos. Considerando o processo como o meio mais democrático de aplicação da vontade da lei ao caso concreto, devem surgir mecanismos que mitiguem a plena participação de todos os jurisdicionados interessados na demanda em detrimento da prolação de decisões judiciais emergenciais. Torna-se evidente que tais proventos jurisdicionais são provisórios, já que são emanados sem que todos os interessados na questão possam influir eficazmente.

Assim, a tutela de urgência se manifesta através da propositura de Ação Cautelar ou do instituto da antecipação de tutela. A primeira surge com o escopo de resguardar uma outra relação processual, sendo um instrumento assegurador de efetividade de uma demanda principal. Já a antecipação de tutela ocorre no bojo da demanda principal, não estando relacionada a efetividade processual tão-somente, mas contribuindo de forma decisiva para a realização da tutela de um direito material.

O artigo 12 da Lei da Ação Civil Pública, de 24 de julho de 1985, dispõe que "poderá o juiz conceder mandado liminar, com ou sem justificção prévia". Logicamente este comando legislativo se refere tanto às medidas cautelares, quanto à antecipação de tutela,

³⁰ Pinheiro Carneiro, Paulo Cezar. **Acesso à justiça**. 2a Edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2000, páginas 119.

muito embora esta somente tenha sido introduzida em nosso ordenamento jurídico em 1994. Ambas formas de manifestação da tutela de urgência são compatíveis ao procedimento que rege as demandas coletivas, cabendo ao requerente instrumentalizar de forma correta os pedidos, sob pena de incorrer em cabal impropriedade técnica³¹.

Buscando distinguir a tutela cautelar da tutela antecipada, recorreremos aos ensinamentos do ilustre Prof. José Carlos Barbosa Moreira³², que enaltece o caráter instrumental da Ação Cautelar: "O processo de conhecimento, tendente à formulação da norma jurídica concreta que deve reger determinada situação, e o processo de execução, por meio do qual se atua, praticamente, a essa norma jurídica concreta, têm um denominador comum: visam um e outro à tomada de providências capazes de, conforme o caso, preservar ou reintegrar *em termos definitivos* a ordem jurídica e o direito subjetivo ameaçado ou lesado. Por isso se diz que constituem modalidades de tutela jurisdicional imediata ou satisfativa. A ambos se contrapõe, em tal perspectiva, o processo cautelar, cuja finalidade consiste apenas, segundo a concepção clássica, em assegurar, na medida do possível, a eficácia prática de providências quer cognitivas, quer executivas. Tem ele, assim, função meramente *instrumental* em relação às duas outras espécies de processo, e por seu intermédio exerce o Estado tutela jurisdicional *mediata*".

O processo cautelar tem natureza instrumental, visando a salvaguardar direito para o pleno exercício de Ação principal, relacionando-se com esta de forma acessória. Pode dar-se de forma preparatória ao processo principal, ou ser instaurada no curso deste.

Já a tutela antecipada é forma de prestação jurisdicional satisfativa, tendo como fulcro o Juízo de probabilidade. Alexandre Freitas Câmara³³ discorre sobre o assunto ao escrever que "é de se

³¹ Em razão do princípio da instrumentalidade das formas, as recentes reformas no Código Processo Civil consagram a fungibilidade entre a tutela cautelar e a tutela antecipada.

³² Barbosa Moreira, José Carlos. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. Editora Forense, Rio de Janeiro, 20ª Edição, página 301.

³³ Câmara, Alexandre Freitas. **Lições de Processo Civil**, V.I, Editora Lumen Iuris, 2ª edição, 1999, pág. 79.

notar que tal tutela jurisdicional, consistente em permitir a produção dos efeitos (ou, ao menos, de alguns deles) da sentença de procedência do pedido do Autor desde o início do processo (ou desde o momento em que o Juiz tenha se convencido da probabilidade de existência do direito afirmado pelo demandante), exige alguns requisitos para sua concessão. Não basta estar presente a probabilidade de existência do direito alegado, fazendo-se necessário que haja uma situação capaz de gerar fundado receio de grave dano, de difícil ou impossível reparação, ou que tenha ocorrido abuso do direito de defesa por parte do demandado."

Dessa forma é que o juiz, como gerenciador da efetividade do processo, deve deferir tutela de urgência quando o tempo se constituir em óbice ilegítimo ao alcance do direito material. Não é concebível ainda, que seja utilizada como fundamento para indeferimento da tutela de urgência pleiteada, a irreversibilidade da medida, pois tal exigência é mitigada pelo princípio da razoabilidade. O magistrado tem o dever de analisar a conveniência da concessão de uma tutela de urgência, utilizando o instituto do *balance of convenience* existente na *common law*.

Sobre a concessão de tutela antecipada, mesmo esta se mostrando irreversível, sob o prisma da efetividade do processo e do princípio da razoabilidade/proporcionalidade, faz-se mister colacionar os ensinamentos de Luiz Fux³⁴: "Entretanto, há providências cujos os resultados são irreversíveis e urgente a necessidade de tutela. Sob este prisma, o juízo, desincumbindo-se de seu poder/dever, há que responder de tal maneira, que malgrado o estado irreversível das coisas, a decisão não cause prejuízo irreparável ao demandado. Em essência, é a contrapartida da regra que não permite ao juízo, para conjurar um perigo, criar outro de maior densidade."

Por fim, partindo da premissa de que o processo não é um campo exclusivo de atuações dos demandantes, não vislumbramos

³⁴ Fux, Luiz. **Tutela de segurança e tutela de evidência**. Editora Saraiva, São Paulo, 2002, página 351.

³⁵ Bedaque, José Roberto dos Santos. **Tutela cautela e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência**. Malheiros Editores, São Paulo, 1998, página 336.

qualquer óbice à concessão de tutela de urgência em favor do demandado. José Roberto Bedaque³⁵ sustenta que "não se pode excluir, todavia, em caráter absoluto, a possibilidade de o réu formular pedido de tutela antecipada na própria contestação, ainda que não se trate de ação dúplice".

7. COISA JULGADA E A MANIFESTA INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI 9.494/97 NO QUE TANGE À RESTRIÇÃO DE SEUS LIMITES SUBJETIVOS NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA.

A formação da coisa julgada ocorre quando o provimento jurisdicional se torna irrecurável, sendo definida como a qualidade de imutabilidade da parte dispositiva da sentença. Instrumento de pacificação social às relações processuais, a coisa julgada tem o condão de consagrar a segurança jurídica às situações fáticas sujeitas à apreciação do Poder jurisdicional. Trata-se de um direito fundamental assegurado aos cidadãos pela Constituição da República Federativa do Brasil, visando à estabilidade das situações jurídicas. Assim, a coisa julgada mostra-se de importância indiscutível na defesa do interesses de uma sociedade de consumo e de massa, devendo ser preservada de modo indevassável³⁶.

Quanto aos seus limites objetivos não existem maiores discussões, sendo evidente que apenas a parte dispositiva da sentença transita em julgado. Tema que adquire especial relevância, ainda mais quando tratamos de tutela coletiva, é justamente o da delimitação dos limites subjetivos da coisa julgada. Tradicionalmente, a regra existente nas demandas individuais é de que o dispositivo da sentença somente afeta as partes que puderam eficazmente exercer seus direitos de ação e de defesa. A coisa julgada faz a sentença imutável e indiscutível entre as partes, mas definitivamente este fenômeno não pode atingir a terceiros estranhos e alheios ao processo.

³⁶ Os mais tradicionalistas, de maneira exagerada, afirmavam que a coisa julgada era capaz de transformar o preto em branco (*res iudicata nigrum albiu facit*). Ver o posicionamento de Scassia in Eduardo Juan Couture, **Fundamentos do direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, trad. bras. de Rubens Gomes de Souza, 1946, p. 329.

Contudo, esta regra não se aplica ao sistema de propagação dos efeitos da coisa julgada contemplados por nosso ordenamento legal para as demandas coletivas, já que se adotou a eficácia **erga omnes** ou **ultra partes** (dependendo do tipo de interesse tutelado³⁷) **secundum eventus litis**. Assim, não é necessário que o jurisdicionado interessado venha a aderir à demanda coletiva para que seja agraciado com a entrega da tutela jurisdicional, bastando apenas o acolhimento da pretensão coletiva. Em caso de improcedência, apenas a insuficiência de provas, não vincula os jurisdicionados envolvidos na demanda. Ao tratar especificamente da tutela dos interesses individuais homogêneos, definiu que o julgamento contrário à parte que propôs a demanda jamais produzirá efeitos **erga omnes**.

Nesta esteira, o legislador pátrio não consagrou o sistema de vinculação da **common law**, ou seja, o **opt in** no caso da Inglaterra e **opt out** nos Estados Unidos. O sistema de inclusão inglês funciona com o jurisdicionado interessado manifestando expressamente a sua vontade de ser atingido pelos efeitos do provimento jurisdicional coletivo. O sistema estadunidense é justamente o oposto, já que é calcado na comunicação prévia e ostensiva dos interessados sobre a propositura de determinada demanda coletiva, para que estes espontaneamente requeiram sua exclusão em relação aos efeitos da tutela coletiva.

Faz-se mister destacar ainda sobre o tema, a inconstitucionalidade do artigo 2º-A da Lei 9.494/97 que, ao alterar o artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública, tratou de restringir o alcance da tutela coletiva, violando claramente os modernos preceitos do processo de efetividade e eficiência. Limitar os efeitos da demanda coletiva aos "substituídos" que, na época da propositura da demanda, tenham domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator da decisão, é o mesmo que disseminar insegurança jurídica e conceder aos jurisdicionados tratamento desigual.

³⁷ Nas ações coletivas que tutelam interesses difusos, a coisa julgada tem efeitos **erga omnes**, enquanto nas que são garantidoras de interesse coletivos, a coisa julgada é **ultra partes**, limitada ao grupo, categoria ou classe. No que concerne aos interesses individuais homogêneos, a vinculação é **erga omnes** apenas em caso de procedência.

Não se pode admitir a disseminação de coisa julgada **erga omnes** que não atinja a todos irrestritamente. É um grande contrasenso restringir territorialmente os efeitos de um provimento jurisdicional. Tal imposição normativa somente estimula a extenuante interposição de recursos, visando a levar a demanda às instâncias superiores apenas para que a limitação territorial prevista seja desconsiderada. Portanto, a redação atual do artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública é manifestamente inconstitucional por afrontar o **substantive due process of law**, o princípio da razoabilidade, o princípio da eficiência da Administração Pública também aplicável ao Poder Judiciário, a inafastabilidade da tutela jurisdicional, o próprio poder de jurisdição, ao juiz natural e o imperioso tratamento isonômico entre as pessoas. ☐