

SEÇÃO CÍVEL

A Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997 e a nova disciplina da coisa julgada nas ações coletivas: inconstitucionalidade

José Marcelo Menezes Vigliar

Promotor de Justiça - SP

A Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997, nasce da conversão operada na Medida Provisória nº 1.570/97, cujo preâmbulo anunciava que a mesma se destinaria a disciplinar a aplicação da tutela antecipada quando seus efeitos se produzam em face das pessoas jurídicas de direito público e, ainda, a alterar as leis nºs 8.437/92 e 7.347/85 (esta conhecida como Lei da Ação Civil Pública).

Posto que inconstitucional, a referida medida, ainda na sua primeira edição, foi questionada perante o Supremo Tribunal Federal, através de ação direta de inconstitucionalidade

Em relação aos dispositivos que cuidavam da antecipação da tutela, decidiu o Supremo Tribunal Federal, por maioria, suspender a eficácia da mencionada medida provisória. O mesmo não ocorreu em relação à nova disciplina dos limites subjetivos da coisa julgada para as ações coletivas.

Aproveito essa oportunidade para apresentar os motivos que me levaram a suspeitar da constitucionalidade da medida provisória, inclusive no que tange à disciplina da antecipação da tutela, embora a Lei nº 9.494/97 tenha inovado apenas em relação aos limites subjetivos da coisa julgada, derogando a Lei nº 7.347/85.

Muito já se escreveu sobre a tutela antecipada.⁽¹⁾ Excluindo-se algumas opiniões neofobistas, a maioria dos autores deu boas-vindas ao instituto disciplinado pelo "novo" art. 273 do Código de Processo Civil. Não disponho

(1) Permitto-me remeter o leitor ao artigo que escrevi e que se encontra inserido na Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos - Divisão Jurídica, da Instituição Toledo de Ensino - Bauru, nº 13, novembro de 1995-março de 1996, pág. 169-193, onde menciono a posição doutrinária de vários autores que escreveram sobre a mais importante das novidades instituídas pela chamada "Reforma do Código de Processo Civil".

de estatísticas, mas suspeito que tal instituto processual vem cumprindo o seu papel, principalmente em face da União, porque do contrário não se justificaria o conteúdo do art. 2º da Medida Provisória nº 1.570/97, cuja eficácia, repito, foi suspensa em liminar de ação direta de inconstitucionalidade.

Com efeito, lanço duas perguntas que justificam a suspeita: qual a razão de ser do seu art. 2º que exige a "prestação de garantia real ou fidejussória" para a concessão da antecipação da tutela jurisdicional, quando no pólo passivo se encontra alguma "pessoa jurídica de direito público"? Por que esse tratamento desigual, que privilegia apenas as pessoas contempladas pelo dispositivo?

Sem a preocupação de discutir a constitucionalidade ou não da medida nesse particular, porque tal discussão não integra o núcleo do presente estudo e porque já enfrentada pelo próprio Supremo Tribunal Federal, poderia afirmar que o Executivo "assassinou" a novidade mais importante da chamada "Reforma do Código de Processo Civil". Contudo, convenhamos, o fez de forma elegante: (a) não "proibiu" o judiciário de conceder a tutela antecipada (antes, complicou a sua concessão, modificando o procedimento²) de tal forma que, na prática, impede a concessão); assim agindo, preservou o princípio da separação dos poderes previsto na Constituição Federal; (b) não alterou o procedimento para a concessão em todas as hipóteses: o fez apenas para beneficiar a si mesmo (diriam alguns "legisla em causa própria", ainda que a medida se submeteria ao legislativo), impossibilitando, diante do procedimento que adotou, a concessão da antecipação da tutela, apenas quando as pessoas jurídicas de direito público estiverem no pólo passivo.

Mas, como a história vem demonstrando, toda vez que o Executivo "legisla", tomando o lugar do legislativo (muitas vezes por inércia e culpa deste), ele acaba errando. No caso, ainda para considerarmos a concessão da tutela antecipada, algumas hipóteses foram "esquecidas" e, assim, não solucionadas pela então Medida Provisória nº 1.570/97: (a) quando o Ministério Público, por exemplo, pleitear a tutela antecipada em face das pessoas jurídicas de direito público, como prestaria as garantias exigidas pelo Executivo-legislador? (b) nas ações coletivas (na maioria esmagadora ajuizadas pelo próprio Ministério Público, o que potencializa o problema anterior), haveria a aplicação do preceito instituído pelo seu art. 2º, diante do princípio que, implicita-

(2) Se a atividade jurisdicional se realiza sempre mediante o processo (é o que ensinam CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, ADA PELLEGRINI GRINOVER e ANTONIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA, in "Teoria Geral do Processo" 12ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996, p. 129-130), basta complicar a concessão, mediante a complicação do procedimento, que isso equivalerá a impedi-la.

mente, vem descrito no art. 18 da Lei nº 7.347/85?³ (c) ainda no âmbito das ações coletivas, como se exigir do legitimado, que não deduz em juízo pretensão sua, a referida garantia? Onde o incentivo de levar os conflitos ao judiciário?

A jurisprudência e a doutrina teriam um árduo trabalho pela frente, caso essa parte da medida não tivesse sido "fulminada", mediante o controle concentrado da constitucionalidade, porque, convenhamos, a referida medida tentava criar, inquestionavelmente: (a) um obstáculo ao exercício da atividade jurisdicional; (b) com a finalidade exclusiva de proteger o Executivo (porque, repito, para as demais pessoas poderá o judiciário aplicar o art. 273 na sua plenitude, sem a exigência das garantias).

O Executivo teria conseguido o que pretendia: não "engessou" a parcela de poder (jurisdicional) que cabe ao judiciário proibindo o seu exercício; antes, retirou o poder que o art. 273 do Código de Processo Civil concedera ao judiciário, complicando de tal forma a concessão da tutela antecipada que em muitas hipóteses ela não seria sequer pleiteada.

O Executivo vem dando, reiteradamente, o seu recado: pretendo ser um "poder soberano". O Poder Judiciário e o Ministério Público, cada dia mais, sofrem toda sorte de retaliações, com a finalidade exclusiva de se proporcionar a governabilidade, ainda que não fundada nos valores que a sociedade abraçou e ainda que conseguida pelo abuso na utilização das medidas provisórias. Portanto, essa Medida Provisória, que não disfarça o seu intento, deveria mesmo ter sido julgada inconstitucional, diante dos privilégios que pretendia criar e diante da autoproteção que veiculava.

Salva a tutela antecipada, restou, infelizmente, inatacada a alteração dada ao art. 16 da Lei nº 7.347/85. Justamente essa alteração converteu-se na Lei nº 9.494/97.

De fato, a problemática envolvendo a antecipação da tutela, na forma acima analisada, não parece o capítulo mais lamentável da atividade legislativa que o executivo exerceu, quando editou a Medida Provisória nº 1.570/97 (hoje a Lei nº 9.494/97).

Quando o Executivo alterou o art. 16 da Lei nº 7.347/85 errou bem mais e realizou uma série de absurdos técnicos.

(3) É verdade que tal dispositivo refere-se a custas processuais, que não se confundem com as garantias que a medida provisória analisada contempla. Contudo, o princípio resta prejudicado, porque o que se pretendeu com a total isenção de adiantamento de despesas foi justamente proporcionar um maior acesso ao judiciário, mediante as demandas coletivas. Se as garantias exigidas se traduzirem em óbices intransponíveis em determinados casos, como se utilizar da ação civil pública, que necessite veicular pedido de antecipação de tutela?

Ninguém desconhece que a disciplina da coisa julgada (os seus limites subjetivos, na realidade) nas demandas coletivas, disciplinada pelo art. 16 da Lei nº 7.347/85, sofreu uma profunda modificação com o advento da Lei nº 8.078/90 (Código Brasileiro de Defesa do Consumidor).

Lembremos, ainda, que os dois instrumentos legislativos (Lei da Ação Civil Pública e Código Brasileiro de Defesa do Consumidor) tornaram-se recíprocos, bastando a análise conjunta do art. 21 da Lei nº 7.347/85 (introduzido pela própria Lei nº 8.078/90) e o art. 90 da Lei nº 8.078/90. Dessa forma, após o advento da Lei nº 8.078/90, o art. 16 da Lei nº 7.347/85 perdera, inquestionavelmente, a sua atualidade.

Com efeito, o que previa o art. 16 da Lei da Ação Civil Pública? Que a imutabilidade dos efeitos da sentença não ficaria adstrita aos partícipes da relação processual, ou seja, aqueles que, efetivamente, tivessem participado do contraditório instituído perante o juiz. A eficácia seria *erga omnes* (leia-se: atingiria todos os interessados), com uma única exceção, idêntica àquela que a Lei da Ação Popular já veiculava; ou seja, exceto se a demanda fosse julgada improcedente por falta ou insuficiência de provas. Nesse caso, a demanda poderia ser novamente ajuizada. É o que se convencionou denominar de coisa julgada *secundum eventum litis* (a motivação da sentença de improcedência determina a ocorrência ou não da imutabilidade dos seus efeitos).

A disciplina do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor é bem mais elaborada. Prevê (art. 103 e seus incisos) uma determinada eficácia da coisa julgada para cada uma das modalidades de interesses supra-individuais. Utiliza, ainda, uma linguagem bem mais apurada, abandonando a única expressão identificadora dos limites subjetivos (*erga omnes*). Assim, diz a Lei nº 8.078/90, para os interesses difusos, a eficácia será *erga omnes*, exceto se a demanda for julgada improcedente por falta ou insuficiência de provas, quando se viabiliza um novo ajuizamento de uma nova demanda coletiva, desde que acompanhada de novos elementos probantes. Para os coletivos, a eficácia será *ultra partes*. Essa expressão parece-me mais adequada aos interesses coletivos em sentido estrito, porque expressa que a eficácia não se limita aos litigantes, mas se estende a todos os demais interessados que se encontrem sob a mesma relação jurídica-base, elemento essencial na caracterização dos interesses coletivos. A mesma exceção mencionada tem aplicação na hipótese dos interesses coletivos, ou seja, se a demanda for julgada improcedente por falta de provas, ou por insuficiência das mesmas, viabiliza-se o ajuizamento de nova demanda coletiva. Finalmente, prevê a Lei nº 8.078/90 que a eficácia da coisa julgada será *erga omnes* para os interesses individuais homogêneos, desde que a demanda seja julgada procedente e somente nessa hipótese (seria uma espé-

cie de coisa julgada *secundum eventum litis*, denominada coisa julgada *in utilibus*, vale dizer, somente atingirá a todos se procedente a demanda, se o resultado for útil aos interessados).

Esse tratamento diferenciado da coisa julgada, que não é novidade alguma, porque já presente na própria Lei da Ação Popular (Lei nº 4.717/65), chegou a provocar em muitos processualistas nomeadas manifestações de descontentamento, porque vislumbravam ali uma inconstitucionalidade.

Quem bem resumiu a problemática, quem bem selecionou as opiniões da doutrina e se posicionou (de resto de forma absolutamente correta) pela constitucionalidade da sistemática da coisa julgada para as demandas coletivas foi Rodolfo de Camargo Mancuso⁽⁴⁾. Obrigatória é a leitura dos argumentos que sustenta, porque demonstra que há a necessidade de instituição de uma disciplina diferenciada sobre os limites subjetivos da coisa julgada para as demandas coletivas. Não se pode pensar na coisa julgada com a mesma visão que se dispensa aos interesses individuais.

Onde se fundamentaria essa disciplina diferenciada?

Justamente na natureza dos interesses que são veiculados na ação civil pública. É a indivisibilidade do interesse (seja essencial, seja accidental), na concepção de José Carlos Barbosa Moreira⁽⁵⁾ que reclama e exige uma disciplina diferenciada.

O julgado deve ser idêntico aos interessados que não estão, posto que não legitimados, por si mesmos perante o juiz, em contraditório. A indivisibilidade, lembra Barbosa Moreira, com outras palavras, implica que o benefício de um dos interessados deve implicar o benefício de todos, bem assim eventuais prejuízos. Não se pode cindir e quantificar o prejuízo ou benefício de cada qual que, em algumas hipóteses, sequer podem ser identificados (como ocorre com os interesses difusos).

A tutela jurisdicional, da mesma forma, deverá ser idêntica a todos: procedente ou improcedente (com a exceção da improcedência fundada na insuficiência ou falta de provas, justamente para que não se obtenha uma sentença imutável que venha a prejudicar os interessados, diante de eventual atividade desidiosa daquele que figura na demanda, daquele que, efetivamente, atuará).

O que significaria a adoção do novo art. 16 da Lei nº 7.347/85, dada pela Lei nº 9.494/97, que tem a seguinte redação, idêntica na essência àquela que lhe dava a Medida Provisória nº 1.570/97:

(4) Cf. "Manual do consumidor em juízo". São Paulo Ed. Saraiva, 1994, especialmente a partir da p. 95.

(5) Cf. "Ações coletivas na Constituição Federal de 1988". Revista de Processo nº 61, p. 188 e ss.

"A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado imprecisamente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova."

Com o seu ato legislativo, pretendeu o Presidente da República vincular os efeitos subjetivos da coisa julgada a um determinado território sobre o qual verifica-se a competência do órgão prolator da sentença (obviamente que pensa na sentença de procedência)

As críticas são muitas:

1^a) a alteração, ainda que equivocada, deveria ter sido operada no Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, diante dos motivos acima elencados: o Executivo teria demonstrado que conhecia a sistemática da reciprocidade criada pelas Leis n^{os} 7.347/85 e 8.078/90 e, assim, optado pela reforma do sistema da coisa julgada num diploma mais atual, mais completo etc.;

2^a) relacionada a anterior, como fica a disciplina da coisa julgada no caso dos interesses coletivos em sentido estrito, já que ali não se estende o limite subjetivo da coisa julgada com a expressão *erga omnes* e sim *ultra partes*? (o que é diferente, até porque a lei não contém - diz o princípio interpretativo - expressões destituídas de sentido);

3^a) sem se analisar as diferenças (que são muitas e essenciais) entre os interesses difusos e os individuais homogêneos, a que tipo de interesse a Medida Provisória n^o 1.570/97 fez referência, já que ambas as modalidades de interesses metaindividuais fazem referência a uma eficácia da coisa julgada *erga omnes*?

Pior que tudo isso: se o interesse é essencialmente indivisível e 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?

Não há resposta satisfatória para tais questões e, em relação à primeira delas, cabe lembrar o magistério de Rodolfo de Camargo Mancuso,⁽⁶⁾ baseado nas premissas doutrinárias de Kazuo Watanabe que aborda uma questão que guarda grande similitude com o assunto dos limites subjetivos da coisa julgada e o absurdo do ajuizamento de mais de uma demanda coletiva. Lembra o autor:

(6) Ob cit., p. 104

"Por outro lado, em princípio não deveria ser possível a concorrência conflituosa ou contraditória entre ações coletivas sobre o mesmo tema, por que a propositura da ação 'n. 1' já preveniria a jurisdição (CPC, art. 219) e configuraria litispendência em face da ação 'n. 2'. É preciso que assim se entenda, caso contrário criar-se-á o caos, ao invés de resolver, inteligentemente, a questão do acesso à justiça dos interesses metaindividuais. A questão foi, com muita propriedade, posta por Kazuo Watanabe. Ele alerta para a 'total displicência' demonstrada no trato da questão fundamental dos elementos da ação coletiva (partes, pedido, causa de pedir), ocasionando uma inadmissível multiplicidade de demandas coletivas com o mesmo objeto, como vem acontecendo na questão do aumento de 147,06% nos benefícios dos aposentados, e tem provocado, o que é pior, a contradição de julgados, uns concedendo a atualização pretendida pelos inativos de alguns Estados e denegando-a outros aos aposentados dos demais Estados (...). Não faz qualquer sentido admitir-se uma segunda demanda para a tutela desses interesses ou direitos difusos ou coletivos, ou mesmo interesses ou direitos individuais homogêneos, mormente se veiculados por um ente legitimado para todo o País, como o Ministério Público'. A entender-se de outro modo, conclui o autor se 'comprometeria, sem qualquer razão plausível, o objetivo colimado pelo legislador, que foi o de tratar molecularmente os conflitos de interesses coletivos, em contraposição à técnica tradicional de solução atomizada, para com isso conferir peso político maior às demandas coletivas, solucionar mais adequadamente os conflitos coletivos, evitar decisões conflitantes e aliviar a sobrecarga do Poder Judiciário, atulhado de demandas fragmentárias."

Na mesma obra, mais adiante, lembra Mancuso que se fosse possível a concepção teórica de mais de uma demanda coletiva versando sobre o mesmo objeto, nós teríamos que admitir que uma determinada ação civil pública que julgasse que o remédio "X" faz mal à saúde em São Paulo, poderia receber solução diversa no Rio de Janeiro, onde uma outra demanda coletiva, agora julgada imprecisamente, viesse reconhecer que aquele mesmo remédio "X" era inócuo. Então, diz Mancuso, com grande presença de espírito, teríamos que admitir a existência de uma saúde humana paulista e outra carioca, o que é absurdo.

Pois bem, transportemos essas constatações para a disciplina que a medida provisória pretende impor (eficácia da coisa julgada *erga omnes*, mas apenas dentro dos limites territoriais da competência do órgão prolator) e veremos o absurdo que se pretende

Para argumentar, teríamos que a eficácia da coisa julgada de uma demanda coletiva proposta na Comarca de São Caetano do Sul, por exemplo, não teria eficácia alguma em São Bernardo do Campo, ainda que o interesse fosse

o mesmo e de natureza indivisível. Os interessados de São Bernardo do Campo deveriam esperar o resultado de uma outra demanda, ainda que ela versasse sobre o mesmo objeto daquela já julgada em São Caetano de Sul, com a possibilidade de nesta segunda demanda receberem a improcedência

Esse tratamento desigual reservado a pessoas que se encontram na mesma situação, unidas por vínculos indivisíveis (ainda, lembrando a conceituação de José Carlos Barbosa Moreira), seria intolerável

A Medida Provisória nº 1.570/97 e, agora, a Lei nº 9.494/97 representam um retrocesso O Governo Federal, sob a alegação de que precisa realizar grandes mudanças para manter o Plano Real, está veiculando hipóteses que, além de revelarem pouca técnica, veiculam hipóteses discriminadoras, que não se coadunam com o princípio da isonomia.

Dessa forma, é fácil governar Prevendo possíveis demandas coletivas, diante das reformas constitucionais (que ninguém desconhece que necessitam ser realizadas) que se operarão, desde já o Executivo busca se acautelar de futuras demandas coletivas que responderá.

O efetivo acesso à Justiça mais uma vez fica comprometido. O legislativo, como era de se esperar, não percebeu a manobra oculta que a Medida Provisória veiculava. Restará ao Judiciário, para a sua própria sobrevivência, reconhecer, se provocado for, a inconstitucionalidade da Lei nº 9.494/97