

Limites da Eficácia Subjetiva de Sentença Proferida em Ação Coletiva: a recente fixação de tese pelo Supremo Tribunal Federal

Felipe de Vasconcelos Pedrosa*

Introdução. 1 Críticas ao artigo 16 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. 2 Limites da eficácia subjetiva da sentença proferida em ação proposta por associação para a tutela de direitos individuais homogêneos. 3 Constitucionalidade do artigo 2º-A e respectivo parágrafo único da Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997. 4 Apreciação pelo Supremo Tribunal Federal do tema 499 da repercussão geral e fixação de tese. Considerações finais.

Resumo

Em maio de 2017, o Supremo Tribunal Federal, em sede de julgamento de recurso extraordinário (nº 612.043) com repercussão geral, reputou constitucional dispositivo de lei (art. 2º-A da Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997) que limita a eficácia subjetiva da sentença proferida em ação coletiva proposta por associação, e fixou tese definindo o momento de exigir-se a comprovação de filiação do substituído processual, a fim de que possa ser abrangido pela eficácia subjetiva da sentença. A tese fixada, embora contribua para ensejar uniformidade na interpretação de um dos aspectos disciplinados pelo referido dispositivo, foi vazada em texto que denota má compreensão de institutos afetos ao processo coletivo, da própria norma cuja aplicação pretende balizar e do art. 16 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Pretende-se, pois, a partir de críticas à tese, delinear moldura para a sua válida aplicação e, conseqüentemente, para a dos citados preceitos legais.

Palavras-chave: Processo coletivo. Sentença. Eficácia. Associações.

* Graduado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE) e Procurador do Banco Central do Brasil.

Limits of the Subjective Effectiveness of the Sentence Given in Collective Action: the recent fixation of thesis by the Federal Supreme Court

Abstract

In May 2017, the Federal Supreme Court, in the headquarters of extraordinary appeal judgment (No. 612,043) with general repercussion, restated constitutional device of law (Article 2a of Law No. 9,494, of September 10, 1997) limiting the subjective effectiveness of the sentence given in collective action proposed by association, and has set a thesis defining the time of requiring the proof of membership of the procedural substitute, so that it may be covered by the subjective effectiveness of the sentence. The thesis fixed, although it contributes to the interpretation of one of the aspects disciplined by the said device, has been leaked in text that denotes poor understanding of institutes affecting the collective process, of the standard whose application aims to beacon and art. 16 of Law No. 7,347, of July 24, 1985. It is therefore intended as a criticism of the thesis, outlining the framework for its valid application and, consequently, for the aforementioned legal precepts.

Keywords: *Collective process. Sentence. Effectiveness. Associations.*

Introdução

A progressiva positivação de direitos transindividuais no ordenamento jurídico brasileiro e a ocorrência cada vez mais comum de conflitos de massas, em que há lesão ou ameaça ao direito individual de muitos litigantes eventuais por fato antijurídico praticado por litigante habitual, criaram a necessidade de também se positivarem remédios processuais destinados à proteção dessas emergentes situações jurídicas.

Grandes marcos na introdução de instrumentos processuais para a tutela dos novos direitos e para a tutela coletiva de direitos individuais foram a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, em que se previu a ação civil pública; a Constituição de 1988, por meio da qual se conferiu legitimação extraordinária às associações e sindicatos, previu-se o mandado de segurança coletivo e atribuiu-se ao Ministério Público a defesa de direitos difusos e coletivos; bem como o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990), com sistematização mais completa do processo para a tutela de direitos individuais homogêneos¹.

Com o passar do tempo, alguns ajustes nesse sistema de jurisdição coletiva foram sendo feitos, entre eles a alteração no art. 16 da Lei nº 7.347, de 1985 (LACP)², por meio da qual se buscou limitar a eficácia territorial da coisa julgada na ação civil pública, e a positivação do art. 2º-A da Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997³, visando à limitação da eficácia subjetiva da sentença proferida em sede de ação coletiva proposta por associação para a tutela de direitos individuais homogêneos.

¹ Para um panorama mais abrangente sobre o surgimento e a evolução de institutos afeitos à tutela de direitos coletivos e à tutela coletiva de direitos individuais homogêneos, consultar, por exemplo, Rodolfo de Camargo Mancuso (2006, p. 19-55).

² “Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.”

³ “Art. 2º-A. A sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator. Parágrafo único. Nas ações coletivas propostas contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas autarquias e fundações, a petição inicial deverá obrigatoriamente estar instruída com a ata da assembleia da entidade associativa que a autorizou, acompanhada da relação nominal dos seus associados e indicação dos respectivos endereços.”

A aplicação pelos tribunais do art. 2º-A da Lei nº 9.494, de 1997, bem como do art. 16 da LACP, no entanto, tem revelado pouca familiaridade com os institutos afetos à tutela de direitos coletivos e à tutela coletiva de direitos individuais homogêneos. Cada um daqueles dispositivos, embora concebido para regular distinta espécie de direito, não tem tido sua aplicação limitada ao universo de situações a ele subsumíveis. Sequer tem tido sua aplicação ou sua não incidência uniformemente asseguradas pelos tribunais superiores, que os aplicam ou deixam de aplicá-los em situações assemelhadas por razões das mais diversas, quase sempre incoerentes.

Nesse contexto, em 10 de maio de 2017, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 612.043, em regime de repercussão geral, objetivando “definir o momento oportuno de exigir-se a comprovação de filiação do substituído processual, para fins de execução da sentença proferida em ação coletiva ajuizada por associação”⁴, declarou incidentalmente a constitucionalidade do art. 2º-A da Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997, e fixou a seguinte tese:

A eficácia subjetiva da coisa julgada formada a partir de ação coletiva, de rito ordinário, ajuizada por associação civil na defesa de interesses dos associados, somente alcança os filiados, residentes no âmbito da jurisdição do órgão julgador, que o fossem em momento anterior ou até a data da propositura da demanda, constantes da relação jurídica juntada à inicial do processo de conhecimento.

A tese fixada, no entanto, pode ser objeto de críticas, em razão de, em alguns aspectos, denotar interpretação não condizente com princípios hermenêuticos e institutos da tradição jurídica brasileira.

Apontar em que aspectos a tese é harmônica com o espírito da lei e em quais lhe é contrária – objeto do presente arrazoado – exige incursão histórica e conceitual, ainda que breve, sobre alguns institutos e particularidades da tutela de direitos transindividuais e da tutela coletiva de direitos individuais homogêneos, o que se fará na medida de sua necessidade, ao longo dos quatro tópicos que sucedem esse breve introito: o primeiro, em que se examina o alcance do art. 16 da LACP; o segundo, em que se analisa a limitação da eficácia subjetiva da sentença proferida em sede de ação coletiva proposta por associação para a tutela de direitos individuais homogêneos, fixada pelo art. 2º-A da Lei nº 9.494, de 1997; o terceiro, na qual se avalia a constitucionalidade do art. 2º-A; o quarto, em que as conclusões deduzidas no primeiro, no segundo e no terceiro tópicos são confrontadas com a tese delimitada pelo Supremo Tribunal Federal.

1 Críticas ao artigo 16 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985

Antes de se positivar o art. 2º-A da Lei nº 9.494, de 1997, por meio do qual se limitou a eficácia subjetiva da sentença proferida em sede de ação proposta por associação para a tutela coletiva de direitos individuais, buscou-se, com a edição da Medida Provisória nº 1.570, de 21 de agosto de 1997, circunscrever a **eficácia territorial** da coisa julgada formada em sede de ação civil pública. O art. 2º da referida medida provisória, para esse fim, atribuiu nova redação ao art. 16 da LACP. Veja-se, respectivamente, a redação original do dispositivo e seu novo texto:

4 A repercussão geral foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal conforme a seguinte ementa: “AÇÃO COLETIVA – SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL – ARTIGO 5º, INCISO XXI, DA CARTA DE 1988 – ALCANCE TEMPORAL – DATA DA FILIAÇÃO. Possui repercussão geral a controvérsia acerca do momento oportuno de exigir-se a comprovação de filiação do substituído processual, para fins de execução de sentença proferida em ação coletiva ajuizada por associação – se em data anterior ou até a formalização do processo”.

Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, exceto se a ação for julgada improcedente por deficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, **nos limites da competência territorial do órgão prolator**, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova (grifo nosso).

O Poder Executivo foi alvo de inúmeras críticas por parte de jusprocessualistas, que, por diversas razões, apontaram a inocuidade da nova redação atribuída ao art. 16 da LACP, e anteviram causa comum para os diferentes problemas identificados: enorme confusão conceitual do emissor da norma.

A confusão, como se tornará claro, decorre em parte da má compreensão do que é direito coletivo *stricto sensu*, espécie de direito transindividual muitas vezes confundido com direito individual homogêneo não só pelo legislador, mas também pela jurisprudência e pela doutrina especializada.

Destoando dessa confusão reinante, Teori Albino Zavascki (2008, p. 38-46) soube, como poucos, apartar as duas espécies de direitos transindividuais (difusos e coletivos *stricto sensu*), bem como distinguir ambas de direitos individuais homogêneos.

O presente trabalho toma apenas alguns dos critérios distintivos por ele indicados, suficientes, contudo, à vista do objeto em análise. É bastante distinguirem-se direitos individuais homogêneos dos direitos transindividuais, já que a disciplina da tutela processual dos direitos difusos e coletivos *stricto sensu* é a mesma, porém bastante diferente daquela dada à tutela coletiva de direitos individuais homogêneos.

Sob o aspecto objetivo, pois, os direitos transindividuais são necessariamente **indivisíveis**, ou seja, “não podem ser satisfeitos nem lesados senão em forma que afete a todos os possíveis titulares” (ZAVASCKI, 2008, p. 42) e, em decorrência de sua não divisibilidade entre os membros do grupo, categoria ou classe de pessoas que o titulariza, são **insuscetíveis de apropriação individual**.

Além de exemplo de direito coletivo *stricto sensu* lembrado por Zavascki (2008, p. 42) e previsto no art. 94 da Constituição⁵, o da classe de advogados de ter representante na composição dos Tribunais, pode-se acrescentar o direito do condomínio de, representado judicialmente pelo síndico (art. 1.348, II, do Código Civil⁶), exigir a abstenção de ato danoso à coisa comum. Nenhum desses dois direitos é divisível ou suscetível de apropriação individual.

Todavia, exprimindo a confusão conceitual que paira sobre a matéria, Kazuo Watanabe (GRINOVER *et al*, 2007, p. 825), em comentário ao art. 81 do Código de Defesa do Consumidor, fornece exemplo de direito coletivo *stricto sensu* que, todavia, não atende aos critérios de indivisibilidade e não suscetibilidade de apropriação individual. Veja-se:

O mesmo se pode dizer em relação à demanda coletiva ajuizada por Associação de Pais de Alunos contra uma ou várias escolas. Desde que objetive ela um provimento jurisdicional comum a todos e que tutele, de modo uniforme, o interesse ou direito indivisível de todos os alunos, por exemplo, o critério de para a atualização das mensalidades, a coisa julgada, se favorável à

5 “Art. 94. Um quinto dos lugares dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais dos Estados, e do Distrito Federal e Territórios será composto de membros, do Ministério Público, com mais de dez anos de carreira, e de advogados de notório saber jurídico e de reputação ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional, indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação das respectivas classes.”

6 “Art. 1.348. Compete ao síndico: [...] II - representar, ativa e passivamente, o condomínio, praticando, em juízo ou fora dele, os atos necessários à defesa dos interesses comuns.”

Associação, beneficiará todos, inclusive os alunos que não estejam a ela filiados. Estamos diante de uma ação coletiva para a tutela de interesses ou direitos coletivos, de natureza indivisível.

No exemplo dado, o critério para atualização das mensalidades, se ilegal, lesa, na verdade, direito individual de todos os alunos, não propriamente da categoria de alunos. Note-se que, ainda que todos os membros de dada categoria tenham seus direitos individuais uniformemente lesados, o direito individual não se transmuda em direito coletivo da categoria. Se de direito coletivo *stricto sensu* se tratasse, nenhum aluno poderia ingressar individualmente em juízo para pleiteá-lo, pois sua titularidade não pertenceria aos **membros** da categoria de alunos, mas à própria **categoria**, dada a indivisibilidade dos direitos transindividuais bem como a impossibilidade de sua apropriação individual.

A falta de precisão em torno desses conceitos tem trazido dificuldades para o legislador e para o Judiciário, que não raras vezes têm tratado de remédios processuais originalmente concebidos para a tutela de direitos transindividuais como se fossem igualmente preordenados à defesa coletiva de direitos individuais homogêneos⁷.

Incidindo nesse erro, o Poder Executivo, por meio do mencionado art. 2º da Medida Provisória nº 1.570, 1997, atribuiu nova redação ao art. 16 da LACP, ansiando restringir a eficácia subjetiva de sentenças concedidas para a tutela de direitos individuais homogêneos, mas promovendo, entretanto, de forma contraditória, alteração em instrumento destinado unicamente à defesa de direitos transindividuais – a ação civil pública. Tentar-se-á demonstrar, sinteticamente, esse descasamento entre desígnio e ação.

A ação civil pública, disciplinada de forma inédita por lei em 1985, teve, como marca de nascença, a finalidade **exclusiva** de tutelar direitos difusos. Contudo, sobreveio a Constituição de 1988, que, em seu art. 129, III⁸, previu a utilização daquele remédio processual também para a defesa de direitos coletivos *stricto sensu*. Com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor, em 1990, os direitos coletivos *stricto sensu* foram formalmente incorporados no rol do art. 1º, IV, da LACP⁹ e, desde então, a finalidade atribuída à ação civil pública de tutelar direitos transindividuais tem sido preservada, como se infere, a *contrario sensu*, pelo que dispõe o parágrafo único do art. 1º da LACP¹⁰, incluído pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 24 de agosto de 2001.

Nesse quadro, embora não completamente imune a críticas, a redação original do art. 16 da LACP era adequada, e, ao prever a extensão subjetiva da coisa julgada *secundum eventus litis*, alterava apenas num aspecto a coisa julgada operada em processos individuais.

7 A necessidade de a doutrina e a jurisprudência apartarem os remédios para tutela de direitos coletivos dos que se destinam à tutela coletiva de direitos individuais homogêneos tem sido questionada. Veja-se, à guisa de exemplo, opinião de José Marcelo Menezes Vigliar (2002, p. 224), para quem “a terminologia ação civil pública para mais nada mais serve e só se justifica a partir das premissas históricas lembradas; mais: foi o termo que a praxe forense cristalizou. O que realmente importa à conclusão de que se trata de interesses transindividuais incindíveis é a indivisibilidade. Mas mesmo os divisíveis (os interesses transindividuais que o Código Brasileiro de Defesa do Consumidor denominou interesses individuais homogêneos) podem, se originados de uma fonte comum, merecer um tratamento idêntico: ao invés de várias demandas (atomização de conflitos, como falou Kazuo Watanabe), opta-se por uma única demanda, não se fechando a via de formação de litisconsórcio e concedendo uma eficácia da coisa julgada in utilibus: é a molecularização dos conflitos (Kazuo Watanabe, mais uma vez)”. Reputa-se, todavia, na trilha de Zavascki, útil a distinção, tendo em vista, entre outras marcas, a **necessária repartição da atividade cognitiva** em procedimento que visa tutelar direitos individuais homogêneos, indispensável para se preservar a **liberdade de adesão** do titular do direito ao provimento coletivo (2008, p. 172-174). Cuidando-se de direitos transindividuais, entretanto, a repartição da atividade cognitiva não é pertinente, pois tais direitos só podem ser pleiteados judicialmente pelo legitimado extraordinário e não podem ser apropriados ou titularizados por indivíduos.

8 “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: [...] III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.”

9 “Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: [...] IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo.”

10 “Art. 1º [...] Parágrafo único. Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados.”

Explica-se: como ocorre nos processos para tutela de direitos individuais, a coisa julgada na ação civil pública torna imutável e indiscutível a norma concreta veiculada na sentença. Tem força de lei “nos limites da questão principal expressamente decidida” (art. 503 do Código de Processo Civil), é dizer, encontra balizas no **pedido formulado**, inclusive, sob o aspecto subjetivo, nos sujeitos que têm sua **esfera jurídica** atingida pelo provimento jurisdicional. A coisa julgada material, pois, torna a norma concreta imutável para **as partes** da relação de direito material, que são, ordinariamente, as partes legitimadas a discutir no processo a relação litigiosa. Nesse sentido, de que as partes alcançadas pela coisa julgada material são as da relação litigiosa e não necessariamente as da relação processual, leia-se o aduzido por Antônio Carlos de Araújo Cintra (2008, p. 326-327) em comentário ao art. 472 do Código de Processo Civil de 1973¹¹:

Nos termos do disposto no artigo 468 do Código de Processo Civil, a sentença passada em julgada tem força de lei nos limites da lide deduzida no processo. Isto quer dizer, ensina Carnelutti [Sistema di Diritto Processuale Civile, vol. I. Padova: Cedam, 1936-1939, p. 289], que a autoridade da coisa julgada não vai além das partes, uma vez que estas constituem um dos elementos da lide. Assim, parece claro que a disposição em exame, afirmando que a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, apenas explicita o que já está contido no art. 468.

Nessa perspectiva, a palavra partes não está na lei no seu sentido de sujeitos do contraditório no processo, nas indica os sujeitos da relação litigiosa. Em outras palavras, o bom entendimento da disposição em exame decorre da distinção formulada por Carnelutti entre parte em sentido material e parte em sentido formal, o que nada tem de surpreendente, diante da influência exercida por Carnelutti na elaboração do anteprojeto do Código de Processo Civil brasileiro. Esse entendimento, permite a aplicação, sem maiores dificuldades, da regra explicitada pelo art. 472, à coisa julgada tanto nos casos de legitimação ordinária como naqueles de legitimação extraordinária. Realmente, assim se explica porque, no caso de substituição processual, o substituto fica sujeito à coisa julgada formada em processo de que não participou.

Ao confirmar que a coisa julgada material possui eficácia para as partes do direito litigioso – não necessariamente as partes no processo –, Fredie Didier Jr. (2015, p. 519) afirma, a propósito do que rezam os §§ 2º e 4º do art. 337 do Código de Processo Civil¹², que

No plano das causas individuais, é desnecessária a identidade das partes nos casos de colegitimação ativa para a configuração da coisa julgada – ou seja, nos casos de litisconsórcio unitário facultativo ou legitimação concorrente, fenômenos relacionados à legitimação extraordinária¹³.

Logo, em que pesasse a desnecessidade do emprego do termo *erga omnes* para que a coisa julgada material formada em processos para a tutela de direitos transindividuais pudesse alcançar todos os sujeitos da relação de direito difuso ou coletivo *stricto sensu* deduzida em juízo, a utilização da fórmula, em rigor, não deve ter provocado dificuldades de ordem prática, tendo em vista o reconhecimento pela doutrina especializada de que a expressão *erga omnes* deveria ser interpretada com temperamento. Zavascki (2008, p. 79), por exemplo, entende que “a cláusula *erga omnes* certamente não vai a ponto de comprometer a situação jurídica de terceiros”, aplicando-se também

¹¹ “Art. 468. A sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas.”

¹² “Art. 337. [...] § 2º Uma ação é idêntica a outra quando possui as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido. [...] § 4º Há coisa julgada quando se repete ação que já foi decidida por decisão transitada em julgado.”

¹³ Na verdade, se em vez de como fez Fredie Didier Jr., considerar-se que o § 2º do art. 337 do Código de Processo Civil, ao mencionar “partes”, também se refere às partes da lide – e não às partes do processo –, torna-se desnecessário criar a ressalva não prevista em lei.

“à coisa julgada nas ações civis públicas a limitação, constante do art. 472 do CPC [de 1973, correlato ao art. 506 do Código de Processo Civil em vigor]”. Também Mancuso (2006, p. 265), ao abordar a dicotomia partes/terceiros para efeito da extensão da coisa julgada material formada em processo para a tutela de interesses transindividuais, consignou o seguinte:

[...] se é inviável a presença efetiva dos sujeitos concernentes ao interesse judicializado e se esses sujeitos estão adequadamente representados no processo por um autor credenciado *ope legis*, então a rigor não se pode tê-los como terceiros, porque, de duas uma: ou bem os sujeitos realmente concernem ao conflito judicializado, e nesse caso eles tecnicamente participam do processo coletivo através do autor ideológico; ou bem eles são estranhos ao *thema decidendum*, e então, enquanto terceiros indiferentes, não se lhes toca o trâmite da ação coletiva, inclusive a coisa julgada que aí se venha formar.

Assim, a redação original do art. 16 da LACP, ao fixar os limites da coisa julgada na ação civil pública, inovou em relação ao Código de Processo Civil somente quanto à previsão de que, se o pedido fosse julgado improcedente por insuficiência de provas, qualquer legitimado poderia intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova. Estabeleceu-se, destarte, que a coisa julgada em ação civil pública seria *pro et contra e secundum eventum probationis*, ou seja, ela se produziria tanto na procedência quanto na improcedência, somente não se produzindo quando a improcedência fosse por falta de provas. Essa disciplina foi mantida para as ações civis públicas pelo art. 103, I e II, do Código de Defesa do Consumidor¹⁴, diploma que, por outro lado, estendeu de modo mais restrito a coisa julgada aos substituídos nas ações para a tutela coletiva de direitos individuais homogêneos (art. 103, III, do Código de Defesa do Consumidor). Essa diversidade de tratamento pelo Código de Defesa do Consumidor conjugada à manutenção de uma única disciplina da coisa julgada nas ações civis públicas veio a confirmar, ademais, a vocação exclusiva da ação civil pública para a tutela de direitos transindividuais.

Sobreveio, então, com a edição da Medida Provisória nº 1.570, de 1997, nova redação ao art. 16 da LACP, em que se circunscreveu a **eficácia territorial** da coisa julgada formada em sede de ação civil pública aos “limites da competência territorial do órgão prolator”.

A alteração, como dito, foi alvo de inúmeras críticas. Reproduz-se a formulada por Zavascki (2008, p. 80-81), devido à sua já apontada precisão no trato da matéria:

Há, no art. 16 da Lei 7.347/85, um segundo limitador à eficácia da coisa julgada: o dos “limites da competência territorial do órgão prolator”. Interpretação literal do dispositivo sugere que a coisa julgada estaria circunscrita a um determinado espaço físico. Ora, seria difícil compatibilizar essa espécie de limitação com a natureza jurídica da coisa julgada (que nada mais é do que uma qualidade da sentença, a da sua imutabilidade). O que faz coisa julgada (ou seja, o que se torna

¹⁴ “Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada: I - erga omnes, **exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas**, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81; II - ultra partes, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, **salvo improcedência por insuficiência de provas**, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81; III - *erga omnes*, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81. § 1º Os efeitos da coisa julgada previstos nos incisos I e II não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe. § 2º Na hipótese prevista no inciso III, em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual. § 3º Os efeitos da coisa julgada de que cuida o art. 16, combinado com o art. 13 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos arts. 96 a 99. § 4º Aplica-se o disposto no parágrafo anterior à sentença penal condenatória (grifos nossos).”

imutável) nas sentenças de mérito é o juízo, que nelas se contém, a respeito da existência ou da inexistência ou do modo de ser da relação jurídica objeto do litígio, e isso não é diferente nas ações civis públicas. Embora indeterminados os titulares do direito tutelado, também nessas ações a atividade cognitiva visa a obter sentença com declaração de certeza a respeito de uma relação jurídica determinada, nascida de específica situação de fato, que gera, ou pode gerar, lesão a direito transindividual (pertencente a uma coletividade ou a sujeitos indeterminados). É esse juízo de certeza que, pelo efeito da coisa julgada, se torna imutável. [...] **considerando que a coisa julgada não altera o conteúdo da sentença, nem compromete a sua eficácia, o eventual limitador territorial importaria, na prática, a produção de uma estranha sentença, com duas qualidades: seria válida, eficaz e imutável em determinado território, mas seria válida, eficaz e mutável fora desse território.**

A interpretação literal do art. 16 leva, portanto, a um resultado incompatível com o instituto da coisa julgada. Não há como cindir territorialmente a qualidade da sentença ou da relação jurídica nela certificadas. Observe-se que, tratando-se de direitos transindividuais, a relação jurídica litigiosa, embora com pluralidade indeterminada de sujeitos no seu pólo ativo, é única e incidível (indivisível). Como tal, a limitação territorial da coisa julgada é, na prática, ineficaz em relação a ela. Não se pode circunscrever territorialmente (circunstância do mundo físico) o juízo de certeza sobre a existência ou a inexistência ou o modo de ser de relação jurídica (que é fenômeno do mundo dos pensamentos) (grifos nossos)¹⁵.

A se adotar, pois, uma interpretação literal do art. 16 da LACP, poder-se-ia chegar a situação verdadeiramente esdrúxula, conforme se percebe do exemplo a seguir. Hipotético sindicato ajuíza ação civil pública contra sociedade empresária, na comarca em que se situa a sede da empresa, com pedido de que seja instalada Comissão Interna de Prevenção de Acidentes (Cipa), nos moldes do art. 163 da Consolidação das Leis do Trabalho¹⁶. A sentença é de improcedência com suficiência de provas e transita em julgado. Caso a empresa transfira sua sede para outra comarca, poderia o Ministério Público do Trabalho, sob o argumento de que a coisa julgada material só se operou “nos limites da competência territorial do órgão prolator”, ajuizar nova ação civil pública, com o mesmo pedido e a mesma causa de pedir? Embora interpretação literal conduza a resposta positiva, não se afigura tenha sido essa a intenção do legislador, nem tem sido essa a aplicação dada ao art. 16 da LACP, pelo Judiciário.

Com efeito, o Judiciário, como parte da doutrina, fez tábula rasa dos preceitos normativos delimitadores da finalidade da ação civil pública, imaginando-a adequada também para a tutela coletiva de direitos individuais homogêneos¹⁷. Quando há cúmulo de pedidos de tutela de direito

15 Ada Pellegrini Grinover também formula crítica contundente, alicerçada, contudo, noutras premissas. Embora sustente que o art. 16 da Lei nº 7.347, de 1985, em princípio, só poderia se referir a direitos difusos e coletivos *stricto sensu* – posição com a qual se concorda em razão da exclusiva finalidade legal de proteção de direitos transindividuais da ação civil pública –, assim explica o porquê de sua inoperância: “É a necessária coerência interna do sistema jurídico que exige a formulação de regras idênticas em que se verifica a identidade de razão. Se o art. 93 do CDC fosse aplicável apenas aos interesses individuais homogêneos, o resultado seria a regra da competência territorial de âmbito nacional ou regional só para as ações em defesa dos aludidos direitos, enquanto nos processos coletivos em defesa de interesses difusos e coletivos ficaria vedada a competência nacional ou regional. O absurdo do resultado dessa posição é evidente, levando a seu repúdio pela razão e pelo bom senso, para o resguardo da coerência do ordenamento” (GRINOVER *et al.*, 2007, p. 942). Diverge-se da premissa eleita para a apontada inocuidade do art. 16. Primeiro, em razão de a nova redação do art. 16 ser posterior à regra do art. 93 do CDC, o que atrairia a aplicação da norma de direito intertemporal segundo a qual lei posterior revoga a anterior quando seja com ela incompatível (art. 2º, § 1º, do Decreto-Lei nº 4.4657, de 4 de setembro de 1942). Segundo, porque o fato de direitos individuais homogêneos serem divisíveis por sua própria natureza pode justificar tratamento processual distinto do conferido aos direitos transindividuais, em atenção à instrumentalidade do processo, conforme afirmado na nota de rodapé nº 7.

16 “Art. 163 - Será obrigatória a constituição de Comissão Interna de Prevenção de Acidentes (CIPA), de conformidade com instruções expedidas pelo Ministério do Trabalho, nos estabelecimentos ou locais de obra nelas especificadas.”

17 Veja-se, por exemplo, a posição de Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. (2008, p. 160), que, embora num primeiro momento reconheçam que “o art. 16 da LACP aplica-se às demandas que dizem respeito às causas coletivas em sentido estrito”, abandonam mais à frente a precisão no seguinte exemplo: “[a] caso admitíssemos que uma ação civil pública – cujo objeto diga respeito a uma categoria de servidores públicos federais, por exemplo – pudesse produzir efeitos apenas para os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da

transindividual e de tutela de direitos individuais homogêneos – hipótese que se entende admissível, desde que respeitadas as regras processuais relativas a uns e outros –, o Judiciário, não raras vezes, vale-se das mesmas razões para aplicar ou afastar, indistintamente, no julgamento dos referidos pedidos, o art. 16 da LACP¹⁸.

Nesse cenário, não é de se surpreender que os atores envolvidos na interpretação e aplicação do art. 16 da LACP tenham considerado que o dispositivo, em vez de restringir a eficácia territorial da coisa julgada nas ações ajuizadas para a tutela de direito transindividual, limita, na verdade, a eficácia subjetiva da **sentença** concessiva de tutela a direitos individuais homogêneos, para alcançar apenas os substituídos que tenham domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator.

Parece, ademais, ter sido essa a intenção do legislador, conforme igualmente anotou Grinover (2007, p. 941):

[...] é justamente no campo da tutela jurisdicional dos interesses individuais homogêneos que a jurisprudência vinha admitindo com maior firmeza a abrangência em nível nacional da coisa julgada *erga omnes*, provocando a reação do Executivo [consistente na alteração da redação do art. 16 da LACP]¹⁹.

Tendo sido essa a intenção do emissor da norma, afigura-se natural que, bombardeado pelas críticas à redação e à eficácia do art. 16, o Poder Executivo tenha, por medida provisória, positivado o art. 2º-A da Lei nº 9.494, de 1997, dispositivo cujo alcance será examinado no tópico seguinte.

Antes, destarte, há que se declinar o entendimento, à vista das considerações já feitas, segundo o qual a interpretação literal do art. 16, acima esmiuçada, é também a única objetivamente extraível da norma. Conjugando-se a limitação finalística da ação civil pública estabelecida por lei com a orientação de que restrições legais à eficácia de mecanismos asseguradores de direito devem ser interpretados estritamente, descabe fazer preponderar a intenção do legislador sobre o sentido objetivo da norma – que deve ser extraído principalmente à luz do ordenamento vigente e das

competência territorial do órgão prolator, estaríamos, por tabela, defendendo: a) que seria possível o ajuizamento de outras tantas ações civis públicas, cada uma ajuizada em uma seção judiciária, de igual teor àquela que já fora ajuizada e julgada; b) que essas outras causas poderiam chegar a resultado diverso daquele primeiramente alcançado; c) que, em razão disso, poderiam os servidores desses outros estados não lograrem obter o reconhecimento judicial de um direito que outros, em igual situação, já obtiveram” (DIDIER JR e ZANETTI JR, 2008, p. 164).

18 Confirmam-se as seguintes ementas, a primeira delas consignando aplicação do art. 16 da Lei nº 7.347, de 1985, aos efeitos de sentença que concede tutela a direitos individuais homogêneos e a segunda afastando a aplicação do preceito tanto para direitos transindividuais como para direitos individuais homogêneos:

“RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. DIREITO DO CONSUMIDOR. ART. 39, I, DO CDC. VENDA CASADA. VENDA DE ALIMENTOS. ESTABELECIMENTOS CINEMATOGRAFICOS. LIBERDADE DE ESCOLHA. ART. 6º, II, DO CDC. VIOLAÇÃO. AQUISIÇÃO DE PRODUTOS EM OUTRO LOCAL. VEDAÇÃO. TUTELA COLETIVA. ART. 16 DA LEI Nº 7.347/1985. SENTENÇA CIVIL. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. EFICÁCIA ERGA OMNES. LIMITE TERRITORIAL. APLICABILIDADE. [...] 2. Ao compelir o consumidor a comprar dentro do próprio cinema todo e qualquer produto alimentício, o estabelecimento dissimula uma venda casada (art. 39, I, do CDC), limitando a liberdade de escolha do consumidor (art. 6º, II, do CDC), o que revela prática abusiva. 3. A restrição do alcance subjetivo da eficácia erga omnes da sentença proferida em ação civil pública envolvendo direitos individuais homogêneos aos limites da competência territorial do órgão prolator, constante do art. 16 da Lei nº 7.347/1985, está plenamente em vigor. 4. É possível conceber, pelo caráter divisível dos direitos individuais homogêneos, decisões distintas, tendo em vista a autonomia de seus titulares. 5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.” (REsp 1331948/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÓAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/06/2016, DJe 05/09/2016).

“PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÕES CIVIS PÚBLICAS. TELEFONIA MÓVEL. SERVIÇO DE INTERNET. REDUÇÃO DA VELOCIDADE DE NAVEGAÇÃO APÓS O ESGOTAMENTO DA FRANQUIA DE DADOS. INTERESSE NACIONAL. ART. 16 DA LEI Nº 7.347/85. INAPLICABILIDADE. CRITÉRIO DA PREVENÇÃO. ART. 253, III, DO CPC E 2º, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI Nº 7.347/85. 1. Conflito de competência suscitado pela OI MÓVEL S.A. tendo em vista as inúmeras ações propostas relacionadas à manutenção da velocidade reduzida de navegação da internet, telefone celular, mesmo após o término da franquia de dados contratada pelos usuários desse serviço no sistema pré-pago. [...] 3. O art. 16 da Lei nº 7.347/85, apenas tem aplicabilidade quando a ação civil pública envolver dano de âmbito regional, o que não é o caso dos autos. 4. Aplicável, portanto, o critério da prevenção, previsto nos arts. 253, III, do CPC, e 2º, parágrafo único, da Lei nº 7.347/85. 5. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo de Direito da 5ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro/RJ.” (CC 141.322/RJ, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 25/11/2015, DJe 11/12/2015).

19 No mesmo sentido, Zavaski (2008, p. 81).

condições sociais atuais –, ainda mais quando aquela só foi descortinada a contento com a ulterior positividade do art. 2º-A da Lei nº 9.494, de 1997.

Logo, a despeito das opiniões no sentido de que, com a superveniência do art. 2º-A da Lei nº 9.494, de 1997, tornou-se possível a atribuição de outro sentido à norma veiculada pelo art. 16 da LACP, em quase tudo coincidente com o da própria regra inscrita no citado art. 2º-A²⁰, entende-se mais adequado o juízo segundo o qual o art. 16, em sua nova redação, é e sempre foi inoperante: (i) pelo *nonsense* que seria considerar-se coisa julgada formal ao mesmo tempo mutável e imutável, a depender do lugar em que mesma ação for mais uma vez proposta; (ii) pela finalidade atribuída pela lei à ação civil pública, de tutelar de modo exclusivo direitos transindividuais, não sendo razoável enxergar-se em uma única norma da LACP, disciplina que diz respeito unicamente à tutela direitos individuais homogêneos; (iii) pela necessidade de se observarem regras hermenêuticas, uma que impede a prevalência da *mens legislatoris* sobre a *mens legis* e outra que confere máxima efetividade a direitos e garantias fundamentais; e, finalmente, (iv) porque, se o art. 16 da LACP veicula norma cuja compreensão só foi alcançada com a posterior positividade de norma semelhante por meio do art. 2º-A da Lei nº 9.494, de 1997, sua aplicação, para limitar a eficácia subjetiva de sentenças proferidas antes da entrada em vigor do art. 2º-A, constitui flagrante ofensa a ato jurídico perfeito e a direito processual adquirido.

2 Limites da eficácia subjetiva da sentença proferida em ação proposta por associação para a tutela de direitos individuais homogêneos

Visto que o art. 16 da LACP, pela completa confusão que faz de institutos jurídico processuais, não tem aplicabilidade prática, admite-se que o art. 2º-A da Lei nº 9.494, de 1997, inovou, de fato, no ordenamento jurídico, ao impor limites à, até então, ampla eficácia subjetiva da sentença proferida em ação proposta por associação para a tutela de direitos individuais homogêneos, definida pelo art. 103, III, do Código de Defesa do Consumidor.

É possível, em exame mais ligeiro do art. 2º-A, verificar maior apuro técnico do legislador, que dispôs sobre eficácia da sentença, em vez de eficácia da coisa julgada – que apenas agrega o caráter de imutabilidade à norma concreta criada na sentença. Percebe-se, também de imediato, clara opção política em restringir-se a eficácia subjetiva da sentença na hipótese de a ação ser proposta por associações, uma das várias espécies de entes coletivos para a defesa de direitos transindividuais e para a defesa coletiva de direitos individuais homogêneos elencadas pelo Código de Defesa do Consumidor²¹.

O art. 2º-A também foi mais claro do que seu predecessor ao limitar sua incidência para os casos de “defesa de interesses e direitos dos seus associados”, é dizer, dos direitos individuais dos membros da associação. Caso pretendesse normatizar também a tutela de direitos transindividuais, deveria ter se referido não só ao direito dos associados, mas também aos de coletividades substituídas, como os direitos de grupo, classe ou categoria, expressões já adotadas no Código de Defesa do Consumidor (art. 81, II) e utilizadas pela doutrina²².

²⁰ É, por exemplo, a respeitável opinião de Zavascki (2008, p. 81).

²¹ Segundo o art. 82 do Código de Defesa do Consumidor, “são legitimados concorrentemente: I - o Ministério Público, II - a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal; III - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código; IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear”.

²² Segundo Zavascki (2008, p. 43), “[o]s direitos transindividuais [...] são indivisíveis e não têm titulares individuais certos, pois pertencem não a

Não apenas em virtude de a lei referir-se a direitos dos associados, mas também por razão de ordem lógico-jurídica, pode-se entender excluídos da incidência do dispositivo as ações propostas para a tutela de direitos transindividuais. Basta lembrar que direitos transindividuais são indivisíveis, e o reconhecimento do direito para parcela da coletividade necessariamente aproveita todo o grupo, classe ou categoria. A situação é análoga em litisconsórcios unitários, quando, nas palavras de Didier Jr. (2005, p. 256), também por envolver uma relação jurídica incindível, “o provimento jurisdicional tem que regular de modo uniforme a situação jurídica dos litisconsortes, não se admitindo, entre eles, julgamentos diversos”.

Os direitos individuais homogêneos, todavia, admitem tratamento fracionado, sem que isso comprometa sua essência. Nada impediria – a não ser, eventualmente, opção política vazada em lei – cisão da tutela jurisdicional, reduzindo-se ou ampliando-se a eficácia subjetiva da sentença proferida em ação para a tutela coletiva de direitos individuais homogêneos.

Outro aspecto a ser realçado, relativamente à limitação subjetiva dos efeitos da sentença, é que ela importa, necessariamente, em redução do grupo substituído pelo legitimado extraordinário. O art. 2º-A, portanto, na mesma medida em que reduz o alcance subjetivo dos efeitos da sentença proferida em ação proposta por associações para a tutela coletiva de direitos individuais homogêneos, reduz, sob outra ótica, o universo de pessoas substituídas pela associação autora.

O universo de pessoas substituídas será delimitado, no caso concreto, conjugando-se o art. 2º-A, da Lei nº 9.494, de 1997, com o art. 93 do Código de Defesa do Consumidor²³.

Enquanto nas ações de reparação de dano regidas pelo Código de Processo Civil a competência é determinada pelo lugar de ocorrência do ato ou fato (art. 53, VI, “a”), tanto na ação civil pública como na ação coletiva para tutela de direito individual homogêneo a competência é fixada pelo local onde ocorrer o dano (art. 2º da LACP, e art. 93 do Código de Defesa do Consumidor). Pode ocorrer, entretanto, que o ato ou o fato provoque danos em território vasto, o que permitiria que vários foros fossem competentes concorrentemente.

Embora a aventada competência concorrente seja possível no caso da ação civil pública, ante a disposição mais genérica da LACP, no caso das ações coletivas para a tutela de direitos individuais homogêneos, o legislador optou por estabelecer que, se os danos forem de âmbito nacional ou regional, terá atribuição para julgar o foro da Capital do Estado ou do Distrito Federal, reduzindo, assim, significativamente, o número de foros competentes no caso concreto.

De qualquer sorte, ante a conjugação do art. 2º-A da Lei nº 9.494, de 1997, e do art. 93 do Código de Defesa do Consumidor, têm-se que: (i) quando o dano for de âmbito local, será competente o foro do lugar onde ocorrer o dano e a sentença espalhará seus efeitos sobre todos os filiados à associação com domicílio no foro; e (ii) quando o dano for de âmbito nacional ou regional, serão competentes os foros da capital do Estado ou do Distrito Federal, e a sentença produzirá efeitos para todos os filiados com domicílio na região ou no território nacional.

indivíduos, mas a grupos, a categorias ou a classes de pessoas”.

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

3 Constitucionalidade do art. 2º-A e respectivo parágrafo único da Lei nº 9.494, de 1997

Humberto Theodoro Júnior (2008, p. 146) externa opinião conforme a qual o art. 2º-A teria vindo “em atenção ao escopo da Carta Constitucional” e para dar “interpretação autêntica ao alcance da legitimação processual” prevista no art. 5º, XXI, da Constituição²⁴. Segundo o renomado professor, o Código de Defesa do Consumidor, na parte em que disciplina a legitimação extraordinária conferida às associações para ajuizamento de ações coletivas na defesa de direitos individuais homogêneos, sempre esteve limitado pelo art. 5º, XXI, da Constituição, no sentido de restringir a legitimidade das associações somente à defesa de seus filiados, e a entrada em vigor do art. 2º-A da Lei nº 9.494, de 1997, apenas confirmou a restrição imposta pelo dispositivo constitucional (THEODORO JÚNIOR, 2008, p. 147).

Discorda-se, no entanto. Embora se considere, como Theodoro Júnior e Zavascki (2008, p. 187), que o art. 5º, XXI, da Constituição, tenha previsto hipótese de **substituição** processual limitada à tutela de direitos individuais homogêneos dos filiados²⁵, reputa-se que a previsão constitucional estabelece **garantia mínima**, passível de ampliação por meio de lei. Essa ampliação deu-se, por exemplo, com a recepção da LACP, que conferiu legitimidade extraordinária às associações igualmente para a defesa de direitos transindividuais, como também com a entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor, que permitiu a substituição não apenas dos filiados nas ações para tutela de direitos individuais homogêneos. O art. 2º-A, assim, em vez de interpretar de forma autêntica o art. 5º, XXI, da Constituição, revogou, naquilo que dispõe, o Código de Defesa do Consumidor, restaurando **em parte** a disciplina constitucional relativa à legitimidade das associações para a defesa de direitos individuais homogêneos dos associados.

Diz-se “em parte” porque o art. 2º-A, além de restaurar a legitimação extraordinária das associações para defenderem direitos individuais homogêneos **somente** dos filiados, reduziu o universo de substituídos aos “que tenham, na data de propositura da ação, domicílio no âmbito de competência territorial do órgão prolator”. Releva, nesse passo, distinguir que, embora o art. 2º-A tenha reduzido o alcance da **legitimação** dada pelo Código de Defesa do Consumidor às associações, não a restringiu em relação ao que previra a Constituição. As associações continuam, como dispõe o texto constitucional, legitimadas para a defesa em nome próprio do direito de **todos** os seus associados. O detalhe é que, no atual marco normativo, a associação terá de, eventualmente, ingressar com mais de uma ação coletiva para tutelar o direito individual homogêneo de todos os seus associados, se seus domicílios não estiverem compreendidos no âmbito de competência territorial de um único órgão jurisdicional.

O parágrafo único do art. 2º-A, outrossim, renovou a exigência, constante do art. 5º, XXI, da Constituição, de que os associados **expressamente** autorizem a associação a agir na defesa de

24 “Art. 5º [...] XXI - as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente.”

25 Conquanto no art. 5º, XXI, da Constituição, empregue-se a expressão **representar**, a garantia ali prevista seria inútil se compreendida como mera autorização para a associação atuar como **representante** processual. O que a Constituição garante às associações é, na verdade, legitimação extraordinária para defender, em nome próprio, direito dos associados, desde que presente autorização expressa. Essa é a razão de Celso Ribeiro Bastos (1988-1989, p. 353) entender desnecessária autorização **específica** – o que, no fundo, equivaleria a mandato – e reputar suficiente, para a associação atuar como substituta processual, que a autorização expressa referida na Constituição tenha feições **genéricas**, como a que é dada “por uma reunião dos membros da entidade em Assembléia”. Partindo-se dessa observação a respeito do art. 5º, XXI, da Constituição, torna-se fácil a tarefa de interpretar o parágrafo único do art. 2º-A da Lei nº 9.494, de 1997. Ao exigir que as associações instruam a petição inicial das ações coletivas com a ata da assembleia que autorizou sua atuação judicial e com a “relação nominal dos seus associados e indicação dos respectivos endereços”, a norma explícita de que modo se deve dar a autorização expressa referida no dispositivo constitucional, bem como torna possível ao réu da ação coletiva, em eventual e subsequente fase de liquidação e cumprimento, apontar a legitimidade de quem não foi substituído pela associação e/ou não foi atingido pela eficácia subjetiva da sentença coletiva.

seus direitos, requisito esse que havia sido legitimamente dispensado pelo Código de Defesa do Consumidor. Por conseguinte, devem as associações, por força do citado parágrafo único, instruir a petição inicial das ações coletivas com a ata da assembleia que autorizou sua atuação judicial e com a “relação nominal dos seus associados e indicação dos respectivos endereços”. Com esta última exigência, os réus da ação coletiva poderão, em eventual fase de liquidação e cumprimento da sentença genérica, discutir se o liquidante/exequente foi ou não abrangido pelos efeitos subjetivos da sentença, ou seja, se ele figura ou não num dos polos da relação de direito material discutida no caso específico.

Por fim, duas exceções à incidência do art. 2º-A, por terem assento constitucional, devem ser mencionadas. Embora consistam em espécies do gênero associações, os sindicatos não substituem apenas seus filiados, mas toda a categoria – na defesa de direitos coletivos *stricto sensu* – e/ou todos os membros da categoria – na defesa de direitos individuais homogêneos. Assim dispõe o art. 8º, III, da Constituição, de maneira expressa: “ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas”. Além disso, a impetração de mandado de segurança coletivo por associação na defesa de interesses dos associados prescinde de autorização expressa, a teor do art. 5º, LXX, “b”, da Constituição²⁶. Em ambas as hipóteses, portanto – ações coletivas propostas por sindicatos e mandados de segurança coletivos por associações –, interpretação conforme a Constituição afasta a incidência do art. 2º-A da Lei nº 9.494, de 1997.

Vê-se, pois, que o art. 2º-A da Lei nº 9.494, de 1997, se interpretado da forma proposta, não contraria o art. 5º, XXI, da Constituição. O dispositivo legal veio sim para calibrar a regulamentação dada à garantia constitucional, com atenção a advertências feitas, por exemplo, por Celso Ribeiro Bastos (1988-1989, p. 115) e por Egas Moniz de Aragão (*apud* MANCUSO, 2006, p. 250), acerca da necessidade de que haja representação adequada dos interesses coletivizados, evitando-se abuso de personalidade jurídica por parte de associações de fachada e prevenindo-se para que a proteção a direitos coletivos não seja outorgada sem que o interesse contrário seja igualmente posto a salvo do arbítrio, da violência, ou da chantagem.

4 Apreciação pelo Supremo Tribunal Federal do tema 499 da repercussão geral e fixação de tese

À tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal, ao declarar a constitucionalidade do art. 2º-A, da Lei 9.494, de 1997, opõem-se três críticas.

A primeira diz respeito à referência feita à limitação da eficácia subjetiva operada pelo art. 2º-A como se fosse relativa à coisa julgada, e não à sentença. Coisa julgada material, entretanto, conforme exposto acima, é a imutabilidade de que se reveste a norma concreta estabelecida na sentença de mérito transitada em julgado. Da forma como escrita, a tese fixada pelo Supremo pode dar a entender que a imutabilidade da sentença somente alcança os filiados da associação autora residentes no âmbito da jurisdição do órgão julgador, sugerindo que a sentença proferida lançaria seus efeitos também sobre os não filiados ou sobre os filiados residentes fora do âmbito de jurisdição do órgão prolator, mas que esses poderiam rediscuti-la a qualquer tempo, por não estarem abrangidos pela imutabilidade da sentença.

26 “Art. 5º [...] LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.”

Tomar-se a eficácia da sentença como se fosse eficácia da coisa julgada, ademais, pode ensejar a indevida aplicação do art. 2º-A em processo cuja sentença tenha sido proferida antes da entrada em vigor do dispositivo, mas que ainda tenha recurso pendente de apreciação. Isso ocorre porque as normas processuais, ao entrarem em vigor, alcançam os atos processuais pendentes²⁷ e, se os efeitos de sentença já prolatada não podem ser coartados por lei posterior, sob pena de ofensa às garantias do ato jurídico perfeito e do direito adquirido processual, a coisa julgada, que é efeito atribuído pela lei ao trânsito em julgado da sentença de mérito²⁸, pode, em tese, ser ampliada ou reduzida por lei, enquanto estiver pendente do processo.

Na parte em que se reporta aos efeitos da coisa julgada, logo, a tese fixada pelo Supremo deve ser compreendida como se fizesse referência aos efeitos principais da sentença. Essa interpretação não se choca com o precedente firmado no julgamento do Recurso Extraordinário nº 612.043, que gerou a tese, já que, da leitura do acórdão, é possível verificar que os ministros se valem indistintamente das duas expressões para designar o mesmo fenômeno.

Uma segunda crítica possível concerne à confusão entre *domicílio*, expressão contida no dispositivo legal, e *residência*, termo usado na redação da tese. Ocorre que há pessoas naturais cujo domicílio não corresponde, necessariamente, ao lugar onde tenham residência habitual, como os servidores públicos (art. 76, parágrafo único, do Código Civil). Pessoas jurídicas, por sua vez, conquanto não tenham *residência*, têm domicílio (art. 75 do Código Civil). Assim, para se delimitar a extensão da eficácia subjetiva da sentença, deve-se considerar o domicílio, e não a residência, sob pena de alteração substancial no conteúdo da norma legislada. Também quanto a isso, pelo que se extrai do acórdão que julgou o Recurso Extraordinário nº 612.043, a escolha do termo foi puramente acidental, não tendo sido objeto de debates.

Terceira e última censura se faz em virtude de ter-se declarado a constitucionalidade do dispositivo legal de forma genérica, sem que se tenha excluído de sua incidência ações coletivas ajuizadas por sindicatos, que substituem não apenas seus filiados, mas toda a categoria. A utilização da expressão **rito ordinário**, por outro lado, parece ter tido por escopo evitar a aplicação do dispositivo em mandado de segurança coletivo, que não exige, para sua impetração, autorização expressa dos filiados da associação autora. Importa destacar que, embora as duas exceções tenham sido reconhecidas noutras oportunidades pelo Supremo Tribunal Federal²⁹ e apontadas no próprio

27 Extrai-se do art. 1.046 do Código de Processo Civil, segundo o qual as disposições do código aplicam-se desde logo aos processos pendentes, que se adotou o sistema do isolamento dos atos processuais, em que a lei nova não atinge os atos processuais já praticados nem seus efeitos.

28 Muitas vezes incompreendido nesse aspecto, entendeu Pontes de Miranda (1974, p. 138), a nosso ver com razão, que “a imutabilidade que caracteriza a coisa julgada material é efeito atribuído à coisa julgada [formal]. A imutabilidade da sentença como ato de prestação da tutela jurídica que o Estado prometera e cumpriu é a coisa julgada, dita por isso formal. A coisa julgada material é a eficácia da coisa julgada [formal] consistente em não se poderem mudar os seus efeitos”.

29 Vejam-se, a propósito, as seguintes ementas de acórdãos:

“MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PROCURADORES DO TRABALHO. COMPOSIÇÃO DOS TRIBUNAIS REGIONAIS DO TRABALHO EM DECORRÊNCIA DA EXTINÇÃO DA REPRESENTAÇÃO CLASSISTA NA JUSTIÇA LABORAL. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 24/99. VAGAS DESTINADAS A ADVOGADOS E MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. CRITÉRIO DE PROPORCIONALIDADE. 1 - Legitimidade do Presidente da República para figurar no polo passivo do writ, tendo em vista ser ele o destinatário da lista triplíce prevista no § 2º do art. 111 da Constituição Federal, visando ao provimento dos cargos em questão. Precedente: MS nº 21.632, rel. Min. Sepúlveda Pertence. 2 - **Não aplicação, ao mandado de segurança coletivo, da exigência inscrita no art. 2º-A da Lei nº 9.494/97, de instrução da petição inicial com a relação nominal dos associados da impetrante e da indicação dos seus respectivos endereços. Requisito que não se aplica à hipótese do inciso LXX do art. 5º da Constituição.** Precedentes: MS nº 21.514, rel. Min. Marco Aurélio, e RE nº 141.733, rel. Min. Ilmar Galvão. 3 - Composição do Tribunal Superior do Trabalho. Proporcionalidade. Emenda nº 24/99. Artigos 111, § 1º, 94 e 115, caput da Constituição Federal. Por simetria com os TRFs e todos os demais tribunais de grau de apelação, as listas triplíces deverão de ser extraídas das listas sextuplas encaminhadas pelos órgãos representativos de ambas as categorias, a teor do disposto no art. 94, in fine. A regra de escolha da lista triplíce, independentemente de indicação pelos órgãos de representação das respectivas classes é restrita aos tribunais superiores (TST e STJ). Não procede a pretensão de aplicar aos Tribunais Regionais do Trabalho a regra especial de proporcionalidade estatuída pelo § 1º do art. 111 da Constituição, alusiva ao Tribunal Superior do Trabalho. Segurança denegada (grifo nosso).” (MS 23769, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 03/04/2002, DJ 30-04-2004 PP-00033 EMENT VOL-02149-07 PP-01231 RTJ VOL-00191-02 PP-00519).

“PROCESSO CIVIL. SINDICATO. ART. 8º, III DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. LEGITIMIDADE. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. DEFESA DE DIREITOS E INTERESSES COLETIVOS OU INDIVIDUAIS. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. O artigo 8º, III da

juízo do Recurso Extraordinário nº 612.043 pelo Ministro Gilmar Mendes, apenas a segunda foi excepcionada na forma como escrita a tese.

Afora essas três ressalvas, reputa-se a tese adequada. Seu texto refere-se, como exige o art. 2º-A, somente às ações coletivas propostas para a tutela de direitos individuais homogêneos, que, por serem divisíveis, admitem cisão do provimento jurisdicional entre todos os potenciais substituídos do ente legitimado.

Durante o julgamento do Recurso Extraordinário nº 612.043, vale ainda ressaltar, debateu-se se a Constituição imporia que as Associações atuassem como meras representantes processuais. Alguns ministros, como o relator Marco Aurélio, entenderam que sim, abraçando interpretação literal e restritiva do art. 5º, XXI, bem como alheia ao entendimento de que as garantias fundamentais constituem pauta mínima, passível de ampliação pelo legislador ordinário. Entretanto, conforme esclareceu o próprio relator nas discussões orais em torno da proposta de tese, “o descompasso quanto à qualificação: substituta ou representante” não foi matéria devolvida ao conhecimento do tribunal. Examinou-se e decidiu-se no precedente, apenas, para usar termos empregados pela Ministra Rosa Weber, a “legitimidade da adoção de marco temporal relativamente à filiação de associado para efeito da execução de sentença proferida em ação coletiva de rito ordinário, ajuizada por associação civil”.

Finalmente, na parte final de seu texto – a única pretensamente vinculativa dos demais órgãos jurisdicionais do Poder Judiciário³⁰ –, a tese descortina a *ratio essendi* do parágrafo único do art. 2º-A da Lei nº 9.494, de 1997, explicitando que a sentença “somente alcança os filiados, residentes [sic] no âmbito da jurisdição do órgão julgador, que o fossem em momento anterior ou até a data da propositura da demanda, constantes da relação jurídica [rectius: nominal] juntada à inicial do processo de conhecimento”, tudo segundo já se explanou no tópico anterior.

Considerações finais

O Supremo Tribunal Federal, ao fixar tese sobre a aplicabilidade do art. 2º-A da Lei nº 9.494, de 1997 – dispositivo que limita a eficácia subjetiva de sentenças proferidas em ação coletiva proposta por associação para a tutela de direito individual homogêneo –, empregou os termos **coisa julgada** e **residência** para, respectivamente, referir-se a **sentença** e **domicílio**, vocábulos constantes do dispositivo legal.

As palavras, no entanto, não são intercambiáveis.

Enquanto a coisa julgada é o efeito de imutabilidade atribuído por lei à norma concreta estabelecida na sentença para as partes do litígio, a sentença, no sentido empregado pelo art. 2º-A, é a própria norma concreta. O legislador, ao fixar hipóteses de substituição processual, considerando a real representatividade do substituto e a possibilidade de ele defender com efetividade os direitos em litígio, pode limitar o universo de pessoas substituídas e, por consequência, a eficácia subjetiva da norma concreta dada em ação coletiva. Não seria minimamente razoável, contudo, que ele

Constituição Federal estabelece a legitimidade extraordinária dos sindicatos para defender em juízo os direitos e interesses coletivos ou individuais dos integrantes da categoria que representam. Essa legitimidade extraordinária é ampla, abrangendo a liquidação e a execução dos créditos reconhecidos aos trabalhadores. Por se tratar de típica hipótese de substituição processual, é desnecessária qualquer autorização dos substituídos. Recurso conhecido e provido.” (RE 210029, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 12/06/2006, DJe-082 DIVULG 16-08-2007 PUBLIC 17-08-2007 PP-00025 EMENT VOL-02285-05 PP-00900).

³⁰ Diz-se “pretensamente” porque algumas das espécies de precedentes jurisdicionais vinculantes previstos no art. 927 do Código de Processo Civil, a exemplo de acórdão em julgamento de recurso extraordinário repetitivo, não têm previsão constitucional. Alguns doutrinadores, como Cassio Scarpinella Bueno (2015, p. 567-568) e Nelson Nery Jr. (2016, p. 1962-1964), veem, aí, flagrante ofensa ao princípio da separação dos poderes.

limitasse subjetivamente a coisa julgada, ou seja, que ele tornasse a norma concreta produzida em ação coletiva imutável somente para alguns dos substituídos e mutável para outros.

A limitação subjetiva dos efeitos da sentença aos associados domiciliados numa determinada região também não equivale à limitação daqueles efeitos aos associados que residem na região. Como se aclarou, pessoa jurídica não tem residência, de modo que o equívoco terminológico terminaria por excluir a possibilidade de associações tutelarem coletivamente direitos individuais homogêneos de sociedades empresárias, fundações, partidos políticos e outros.

Além da imprecisão vocabular, explanou-se que faltou na tese ressalva da hipótese em que o próprio Supremo entende não existir limitação subjetiva dos efeitos da sentença, mesmo quando a ação coletiva é proposta por associação, para a defesa de interesses individuais homogêneos, sob o rito ordinário. Trata-se daquela ajuizada por sindicato, espécie do gênero associação, mas que pode substituir toda a categoria numa mesma ação, e não apenas os sindicalizados domiciliados no âmbito de jurisdição do órgão prolator da sentença.

As falhas identificadas na tese, todavia, referem-se a questões não devolvidas pelo Recurso Extraordinário nº 612.043 ao exame do Supremo. O que em verdade se decidiu na assentada e teria de ser seguido pelos demais órgãos jurisdicionais relaciona-se à aplicação de norma implícita no parágrafo único do art. 2º-A: segundo o Supremo, o dispositivo estabeleceria que a sentença só alcança os associados, domiciliados no âmbito de jurisdição do órgão prolator, que o fossem em momento anterior ou até a data da propositura da demanda, constantes da relação nominal juntada à inicial do processo de conhecimento.

A fixação de tese pelo Supremo Tribunal Federal, ainda que, à vista do precedente em que firmada, limitada a apenas um dos aspectos que tem ensejado divergência de aplicação o art. 2º-A, não deixa de trazer certo alento à comunidade jurídica, que contará, agora, nessa particularidade, com um *minimum minimorum* de previsibilidade, segurança e isonomia jurídicas.

Espera-se, ao cabo, que o presente trabalho sirva de orientação aos sujeitos envolvidos na interpretação e aplicação da tese fixada e, mais amplamente, do dispositivo legal a que ela se refere e ao art. 16 da LACP.

Referências

ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de. **Comentários ao Código de Processo Civil**, vol. IV. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988, v. 2. São Paulo: Saraiva, 1988-1989.

BRASIL. **Código Civil (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002)**. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 12/07/18.

_____. **Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990)**. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em 12/07/18.

_____. **Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015)**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm> Acesso em: 12/07/18.

_____. **Código de Processo Civil de 1973 (Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973)**. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm>. Acesso em: 12/07/18.

_____. **Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943)**. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 12/07/18.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 12/07/18.

_____. **Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7347orig.htm>. Acesso em: 12/07/18.

_____. **Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997**. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9494.htm>. Acesso em: 12/07/18.

_____. **Medida Provisória nº 1.570, de 21 de agosto de 1997**. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/1996-2000/1570.htm>. Acesso em: 12/07/18.

_____. **Medida Provisória nº 2.180-35, de 24 de agosto de 2001**. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/2180-35.htm>. Acesso em: 12/07/18.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil Anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015.

DIDIER JR, Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**, v. 2. Salvador: Jus Podivm, 2015.

DIDIER JR, Fredie. ZANETI JR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**, v. 4. Salvador: Jus Podivm, 2008.

DIDIER JR., Fredie. **Direito Processual Civil: tutela jurisdicional individual e coletiva**. Salvador: Jus Podivm, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição Coletiva e Coisa Julgada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NERY JR, Nelson. **Código de Processo Civil Comentado**. 16ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo V. São Paulo: Forense, 1974.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário nº 612.043**. Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 10/05/2017, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-229 DIVULG 05-10-2017 PUBLIC 06-10-2017.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direito do Consumidor: a busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do Código de Defesa do Consumidor e os princípios gerais do direito civil e do direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. A causa de pedir e os interesses individuais homogêneos. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério. BEDAQUE, José Roberto dos Santos (Coords). **Causa de Pedir e Pedido no Processo Principal – Questões Polêmicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Causa de Pedir e Pedido no Processo Civil, 2002, p. 191-234.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 3ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.