

O CONTROLE DIFUSO DA CONSTITUCIONALIDADE E A COISA JULGADA *ERGA OMNES* DAS AÇÕES COLETIVAS

ADA PELLEGRINI GRINOVER

1. Controle difuso e concentrado da constitucionalidade. Eficácia da declaração de inconstitucionalidade

Nem é preciso lembrar que o controle da constitucionalidade, no Brasil, exerce-se em duas modalidades, quais sejam:

a) pelo controle difuso, no processo comum, quando a parte alega, como fundamento da ação ou da defesa, a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo: esta argüição é feita *incidenter tantum* e constitui sempre *questão prejudicial*;

b) pelo sistema concentrado, por meio de ação direta, intentada pelos legitimados pela Constituição, em que o objetivo próprio do processo é a declaração da inconstitucionalidade.

Se a declaração da inconstitucionalidade ocorre incidentalmente, pela acolhida da questão prejudicial que é fundamento do pedido ou da defesa, a decisão não tem autoridade de coisa julgada, nem se projeta — mesmo *inter partes* — fora do processo no qual foi proferida.

A matéria submete-se ao regime das questões prejudiciais, que não têm aptidão para fazer coisa julgada material (art. 469, III, CPC).

Também nesse caso, porém, pode haver suspensão da execução da lei declarada inconstitucional pelo Poder Legislativo. O que era já incontroverso, a partir da Constituição de 1934 — que introduziu o instituto da suspensão, pelo Senado, da execução da lei ou ato declarado inconstitucional —, ficou ainda mais claro na Constituição de 1988:

“Art. 52 — Compete privativamente ao Senado Federal:

X — suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.”

E, como foi bem observado, o termo “definitiva” aponta para a conclusão de uma série de decisões, próprias do controle difuso.

É esta a pedra de toque do sistema difuso de controle da constitucionalidade, no Brasil. A decisão declaratória de inconstitucionalidade, operada *incidenter tantum*, não tem o condão de fazer coisa julgada material.

A lei continua eficaz, podendo qualquer juiz, e inclusive o próprio Supremo Tribunal Federal, aplicá-la por entendê-la constitucional, enquanto o Senado Federal, por resolução, não suspender sua executoriedade.

A partir deste momento, a manifestação do Senado — que não revoga nem anula a lei — simplesmente lhe retira a eficácia *erga omnes* mas, por isso mesmo, *ex nunc*, consoante a que parece ser a melhor doutrina.

E isto porque a decisão incidental sobre a questão constitucional não faz coisa julgada, não tendo o condão de declarar a nulidade ou anular lei inconstitucional. E a resolução do Senado não revoga nem anula a lei, limitando-se a suspender sua eficácia.

Diversamente se passam as coisas no sistema concentrado, em que a ação direta tem por objeto a própria questão da inconstitucionalidade, decidida *principaliter*.

A sentença que decretar a inconstitucionalidade fará coisa julgada material, nos termos dos arts. 467 e 468, CPC.

E essa coisa julgada valerá *erga omnes*, por força da própria substituição processual que se opera na pessoa ou ente titular da ação, o qual age em nome próprio, mas como substituto processual da coletividade; e também por força da titularidade passiva da ação, que se configura no próprio órgão público do qual emanou a lei ou ato inconstitucional.

Já tive oportunidade de escrever expressamente a esse respeito, assemelhando a hipótese à da lei da ação popular, em que a sentença também se reveste de eficácia *erga omnes*.

Donde se infere que qualquer interessado, independentemente da suspensão da execução da lei pelo Senado Federal, poderá arrogar a exceção de coisa julgada para impedir novo pronunciamento judicial sobre a matéria: a coisa julgada abrange o substituto e o substituído.

Conclui-se disso tudo que inteiramente diversos são os efeitos práticos sobre a eficácia da lei, conforme a declaração de inconstitucionalidade tenha vindo por via de ação direta ou pela via difusa.

2. O alcance da coisa julgada *erga omnes* e *ultra partes* na ação civil pública

O regime geral dos limites subjetivos da coisa julgada, traçado pelo Código de Defesa do Consumidor, é de sua extensão *erga omnes* ou *ultra partes*.

Isto demandou, desde logo, que se atentasse para a amplitude de uma coisa julgada que verdadeiramente atuasse *erga omnes* ou *ultra partes*, nos termos da lei.

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

Por isso, sustentamos que a limitação operada por certos julgados afrontava o art. 103, CDC, e desprezava a orientação fornecida pelo art. 91, II, por onde se vê que a causa que verse sobre a reparação de danos de âmbito nacional ou regional deve ser proposta no foro da capital do Estado ou no Distrito Federal, servindo, evidentemente, a decisão para todo o território nacional. Esse dispositivo aplica-se aos demais casos de interesses que alcancem grupos e categorias de indivíduos, mais ou menos determináveis, espalhados pelo território nacional.

Rigorosamente acertado foi o voto do ministro relator, Ilmar Galvão, no Conflito de Competência nº 971-DF, julgado pela 1ª Seção do STJ em 13.2.90, reconhecendo a prevenção da competência da 30ª Vara Federal do Rio de Janeiro para conhecer e julgar ação civil pública visando a proibir a mistura e distribuição de metanol adicionado ao álcool para venda ao consumidor, em todo o território nacional, em relação à causa com o mesmo objeto intentada perante a Justiça Federal do DF. Reconhecida a conexão e a prevenção da competência da Justiça Federal do Rio de Janeiro — que havia inclusive concedido medida liminar —, afirmava o ministro relator:

“Meditei detidamente quanto à possibilidade de admitir-se que uma decisão de juízo monocrático, da natureza da que se busca nas ações em tela, possa estender seus efeitos para além dos limites do território onde exerce ele sua jurisdição, não tendo encontrado nenhum princípio ou norma capaz de levar a uma conclusão negativa.

A regionalização da Justiça Federal não me parece que constitua óbice àquele efeito, sendo certo que, igualmente, no plano da Justiça Estadual, nada impede que uma determinada decisão proferida por juiz com jurisdição num estado projete seus efeitos sobre pessoas domiciliadas em outro.

Avulta, no presente caso, tratar-se de ações destinadas à tutela de interesses difusos..., não sendo razoável que, v.g., eventual proibição de emanções tóxicas seja forçosamente restrita a apenas uma região, quando todas as pessoas são livres para nela permanecer ou transitar, ainda que residam em outra parte.”

O voto do relator foi acompanhado pelos ministros José de Jesus e Geraldo Sobral, mas prevaleceu no tribunal a posição do ministro Vicente Cernicchiaro, que entendeu deverem os processos desenvolver-se separadamente, com eficácia das respectivas decisões na jurisdição de cada juízo.

Essa decisão, anterior ao Código de Defesa do Consumidor, ainda marcou a posição de muitos tribunais, que limitaram a abrangência da coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes* em função das regras de competência. A postura chegou a influir na formulação de alguns pedidos, que se cingiram, de acordo com a referida orientação, ao âmbito territorial coberto pelas regras de regionalização dos tribunais brasileiros.

Em outros casos, porém, continuaram os autores a postular corretamente em termos mais abrangentes, pleiteando e obtendo liminares com extensão para todo o território nacional. E em diversos processos, a sentença condenatória de primeiro grau começou a não fazer restrições territoriais à amplitude da coisa julgada *erga omnes*.

Aos poucos, a jurisprudência foi se solidificando no sentido de a coisa julgada *ultra partes* ou *erga omnes* transcender o âmbito da competência territorial, para realmente assumir dimensão regional ou nacional.

A título meramente exemplificativo, vale lembrar algumas decisões de caráter nacional.

O Tribunal Regional Federal da 3^a Região manteve a liminar do juízo da 17^a Vara de São Paulo, em tema de cessação da cobrança de tarifas bancárias, autorizadas pelo Banco Central, em contas de poupança inativas ou não cadastradas, com eficácia para o território nacional.¹

Também a Justiça Federal da Seção do Estado de Mato Grosso, em primeira instância, beneficiou servidores federais inativos de todo o país, concedendo liminares em matéria de proventos para reconhecer a inexigibilidade da contribuição social e determinar à União que não procedesse ao lançamento de débitos em contas de poupança ativas, inativas ou não recadas-tradas.²

Em assunto ligado ao sistema financeiro, atinente à atualização dos saldos devedores pelo INPC e não pela TR, a Justiça Federal de Mato Grosso concedera liminares visando à suspensão da aplicação da TR com índice de correção monetária em todos os contratos habitacionais, substituindo-a pelo INPC, com fornecimento de demonstrativos dos saldos devedores e informação aos mutuários.³ Na referida matéria, atuara do mesmo modo a 10ª Câmara do Primeiro Tribunal de Alçada do Estado de São Paulo, em ação civil pública ajuizada pelo IDEC perante a Justiça Estadual⁴, provocando Reclamação ao Supremo Tribunal Federal, ajuizada pelo Banco Mercantil de São Paulo, em que o relator, min. Carlos Velloso, suspendeu liminarmente a decisão do Tribunal Estadual, reportando-se a precedentes em que o STF já havia concedido liminares no mesmo sentido⁵, por entender existir o *fumus boni iuris* no sentido de a ação civil pública, de âmbito nacional, fundada na inconstitucionalidade, representar usurpação da competência do STF⁶. No mérito, contudo, várias reclamações foram julgadas improcedentes, por ter a inconstitucionalidade sido argüida *incidenter tantum*, embora a sentença tivesse eficácia *erga omnes*⁷.

Certamente foram situações como essas, contrárias aos interesses fazendários, que motivaram o Poder Executivo a incluir, na malfadada Medida Provisória nº 1.570, de 26 de março de 1997⁸, transformada na Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997, a norma do art. 3º, que pretendeu restringir os efeitos da sentença *erga omnes* aos limites territoriais da competência. Já escrevemos a respeito da ineficácia do dispositivo⁹, mas não é esta a questão que nos interessa agora.

3. O controle difuso da constitucionalidade e a coisa julgada *erga omnes*

Como se viu, diversas reclamações chegaram ao Supremo Tribunal Federal, alegando que a coisa julgada *erga omnes* das ações coletivas, fundadas numa questão de inconstitucionalidade, estariam usurpando a competência exclusiva daquela Corte em relação ao controle abstrato da constitucionalidade. Mas, após conceder as liminares, o Supremo, julgando o mérito, entendeu

que tal usurpação não se dera, porquanto a inconstitucionalidade, apreciada em via prejudicial pelo controle difuso, não se projeta fora do processo, não fazendo coisa julgada e ficando esta restrita, com efeitos *erga omnes*, ao dispositivo da sentença coletiva¹⁰.

Na verdade, nas ações coletivas que se fundamentam numa questão de inconstitucionalidade, o controle é evidentemente difuso, nada apresentando de especial em relação ao controle difuso exercido numa ação individual. A questão da constitucionalidade, tanto numa ação coletiva como na individual, é colocada como questão prejudicial, a ser enfrentada pelo juiz antes do julgamento da causa, e não faz coisa julgada, nem mesmo entre as partes. O que faz coisa julgada é exclusivamente o julgamento da questão principal, e nenhuma diferença faz que a sentença que passa em julgado tenha eficácia *inter partes* ou *erga omnes*.

Exemplifique-se: num processo individual, o cidadão “A” pede a condenação ao pagamento da diferença da correção monetária, que lhe foi creditada numa caderneta de poupança, fundamentando-se na inconstitucionalidade de determinado plano econômico do governo que adotou determinados índices. Procedente a demanda, a questão prejudicial da inconstitucionalidade, que foi apreciada *incidenter tantum*, não se projeta fora daquele processo, não fazendo coisa julgada. O que faz coisa julgada (*inter partes*, por tratar-se de processo individual) é simplesmente a condenação ao pagamento da diferença devida a título de correção monetária. A situação não muda num processo coletivo, em que o legitimado pede a condenação ao pagamento da diferença devida a toda a categoria dos poupadore, fundamentando-se na questão prejudicial da inconstitucionalidade dos índices fixados no referido plano. Aqui também a questão da constitucionalidade é resolvida *incidenter tantum*, e por isso não se projeta fora do processo nem faz coisa julgada, podendo ser reapreciada a qualquer momento, em outros julgamentos. O que faz coisa julgada *erga omnes* é exclusivamente a condenação ao pagamento da diferença da correção monetária.

Não há, portanto, como afirmar a usurpação da competência privativa do Supremo Tribunal Federal para o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade por juízes e tribunais que se limitaram ao controle difuso, em que a questão da inconstitucionalidade é apreciada *incidenter tantum*, podendo a ela se voltar em qualquer processo futuro.

O que se deve reconhecer, entretanto, é que pode surgir um processo coletivo desconectado de um litígio concreto, visando exclusivamente à declaração da inconstitucionalidade, como objeto da ação. Se isso ocorrer, haverá,

sem dúvida, usurpação da função do Supremo Tribunal Federal, privativa em relação ao controle abstrato. Mas não é disso que se tratava nos casos submetidos ao Supremo por via de reclamação.

NOTAS

1. Agravo nº 96.03.064677-6, 3^a Turma, rel. Annamaria Pimentel, v.u., 30.10.96. O relatório destaca que os efeitos de uma decisão ou sentença não se confundem com a fatia de competência do juízo que a proferiu.

2. Proc. nº 96.003183-5 da 1^a Vara e Proc. 96.0003379-0/7100 da 3^a Vara, liminares de 21.6.96 e 20.9.96, respectivamente. Nesta última decisão o magistrado utiliza o argumento de que o juiz federal teria jurisdição afeta a todo o território nacional, o que se distancia de nossa linha de raciocínio.

3. Procs. nºs 96.2838-9 (1^a Vara, liminar de 4.9.96) e 96.0002974-1/7100 (3^a Vara, liminar de 26.9.96), sendo diversos os bancos acionados juntamente com a União Federal. Ambas as decisões aludem à competência concorrente e opcional do Distrito Federal.

4. Ac. nº 581.942-1.

5. As liminares haviam sido concedidas pelo Juízo Federal da 1^a Vara de Minas Gerais (Recls. nº 559, 564 e 557-MG).

6. Reclamação nº 601-8/SP, *in DJU* 7.5.96, p. 14.584.

7. RCL 597-SP (rel. para o ac. min. Néri da Silveira), RCL 600-SP (mesmo rel.), RCL 602-SP (rel. min. Ilmar Galvão), j.3.9.97, *in Informativo* nº 82, Brasília, 1º a 5.9.97.

8. Em ação direta de inconstitucionalidade ajuizada contra a medida provisória, o Supremo Tribunal Federal concedeu medida liminar exclusivamente para suspender a eficácia do art. 2º, que exige caução para a concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública.

9. V. Grinover, Ada Pellegrini *et alii*, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, comentado pelos autores do anteprojeto, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 7^a ed., 2001, pp. 848/852.

10. As decisões de mérito não foram publicadas até o presente momento.