

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

FACULDADE DE DIREITO

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

TESE DE DOUTORADO

**PROCESSO COLETIVO: TUTELA DE
DIREITOS COLETIVOS E TUTELA
COLETIVA DE DIREITOS**

AUTOR: TEORI ALBINO ZAVASCKI

ORIENTADOR: PROFESSOR CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA

PORTO ALEGRE, SETEMBRO DE 2005

SUMÁRIO

RESUMO	1
RÉSUMÉ	2
PARTE A: INTRODUÇÃO	3
CAPÍTULO I – EVOLUÇÃO DO SISTEMA DE TUTELA JURISDICIONAL: DO INDIVIDUAL AO COLETIVO	3
1. Bases do sistema original do Código de Processo Civil	3
2. Modificações da primeira fase: novos mecanismos.....	5
3. Modificações da segunda fase: a reforma do próprio Código de Processo Civil.....	9
4. Conseqüência da mudança: renovação do sistema.....	12
CAPÍTULO II – O SUBSISTEMA DO PROCESSO COLETIVO: TUTELA DE DIREITOS COLETIVOS E TUTELA COLETIVA DE DIREITOS INDIVIDUAIS 15	15
1. Antecedentes históricos.....	15
2. A “revolução” brasileira no domínio do processo coletivo	22
3. Tutela coletiva e direito coletivo: importância da adequada conceituação.....	24
4. Direitos transindividuais (coletivos <i>lato sensu</i>) e direitos individuais homogêneos: definições	26
5. Quadro comparativo das distinções	28
6. Situações jurídicas heterogêneas.....	32
7. Danos morais transindividuais?	34
8. Interesses sociais como direitos coletivos.....	37
9. Direitos individuais homogêneos como direitos acidentalmente coletivos	41
10. Instrumentos de tutela jurisdicional de direitos coletivos e de direitos individuais homogêneos	43
11. O controle concentrado de constitucionalidade como instrumento de tutela coletiva de direitos	45
PARTE B: TUTELA DE DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS (DIFUSOS E COLETIVOS)	48
CAPÍTULO III – A TUTELA DE DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS POR AÇÃO CIVIL PÚBLICA	48
1. Gênese da ação civil pública	48
2. Direitos transindividuais como finalidade específica	51
3. Cumulação de pedidos	54
3.1. Cumulação de tutelas preventiva e reparatória e de prestações com distinta natureza. 54	
3.2. Cumulação de pedidos para tutela de direitos transindividuais e individuais homogêneos	58
4. Legitimação ativa e interesse de agir	59
5. Legitimação ativa e regime de substituição processual	61

6. Sentença e coisa julgada	62
7. Efeito secundário da sentença de procedência	66
8. Cumprimento das sentenças	66
CAPÍTULO IV – AÇÃO POPULAR: O CIDADÃO EM DEFESA DE DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS	69
1. Origem e evolução legislativa	69
2. A natureza transindividual dos interesses tutelados	71
3. Objeto da ação popular: “anular ato lesivo”	73
4. Lesividade e ilegalidade do ato	75
5. Lesão à moralidade administrativa	77
6. Lesão ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural	82
7. Tutela preventiva e providências de recomposição do estado anterior	83
8. Medidas cautelares e antecipatórias	85
9. Aspectos processuais da ação popular	86
CAPÍTULO V – A TUTELA DO DIREITO TRANSINDIVIDUAL À PROIBIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: A AÇÃO DE IMPROBIDADE. 90	90
1. Origem da ação de improbidade administrativa	90
2. Caráter repressivo da ação	92
3. Sanções legais para a improbidade	95
4. Tipificação dos atos de improbidade	98
5. Sujeito ativo do ilícito	100
6. A dupla face da ação	102
7. Ônus da prova	103
8. Prerrogativa de foro	104
9. Aplicação da pena	107
10. Tutela cautelar na ação de improbidade	110
10.1. Medidas para garantia da execução: indisponibilidade e seqüestro de bens	110
10.2. Medida para garantia da instrução: o afastamento do cargo	113
11. Processo e procedimento na ação de improbidade	115
CAPÍTULO VI – A TUTELA DE DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO.....	120
1. Legitimação ativa como função institucional	120
2. Organização do Ministério Público mediante distribuição interna de atribuições	122
3. Repartição das atribuições para promover demandas judiciais: critério geral	124
4. Repartição de atribuições para promover demandas perante a Justiça Comum	124
4.1. Distribuição da competência jurisdicional comum entre Justiça Federal e Justiça Estadual	124
4.2. Fixação da competência jurisdicional na ação civil pública	127
5. Repartição de atribuições entre Ministério Público Federal e Ministério Público Estadual para ações civis públicas	129
6. Ação civil pública para tutela do patrimônio público	131
7. Regime da legitimação ativa: substituição processual	134
8. Impossibilidade de celebrar transação	135
9. Inviabilidade da desistência da ação	138
PARTE C: TUTELA COLETIVA DE DIREITOS INDIVIDUAIS	141

CAPÍTULO VII – TUTELA COLETIVA DE DIREITOS INDIVIDUAIS	
HOMOGÊNEOS: A AÇÃO CIVIL COLETIVA	141
1. Estrutura dos direitos individuais homogêneos	141
2. Tutela coletiva: do litisconsórcio ativo à ação coletiva	144
3. Características da ação coletiva	148
3.1. Repartição da atividade cognitiva	148
3.2. Legitimação ativa por substituição processual.....	150
3.3. Sentença genérica.....	151
3.4. Liberdade de adesão do titular do direito individual.....	157
4. Legitimação ativa para ações coletivas:	160
4.1. Ações coletivas nas relações de consumo.....	160
4.2. A tutela de direitos individuais homogêneos pelo Ministério Público	161
4.3. Legitimação das entidades associativas	162
5. Espécies de tutela cabíveis na ação coletiva	164
5.1. Tutela preventiva.....	164
5.2. Tutela repressiva (reparatória) e as várias espécies de sanção jurídica	166
5.3. Tutela repressiva constitutiva.....	170
5.4. Tutela repressiva condenatória.....	171
5.5. Tutela de urgência (cautelares e antecipatórias)	172
6. Restrições à ação coletiva impostas pelo legislador ordinário	174
7. Procedimento da ação coletiva.....	175
7.1. Visão Geral	175
7.2. Coisa julgada.....	176
7.3. Relação entre ação coletiva e ação individual.....	177
7.4. Aplicação subsidiária a outras ações coletivas.....	178
8. A Ação de cumprimento: liquidação e execução da sentença genérica.....	179
8.1. Natureza, procedimento e competência	179
8.2. Objeto da ação de cumprimento, na fase de liquidação	181
8.3. Natureza da sentença de liquidação	182
8.4. Procedimento da liquidação:	184
8.5. Fase de execução.....	185
8.6. Sucumbência na ação de cumprimento	185
8.7. Legitimação ativa para a ação de cumprimento	187
9. Ação coletiva e prescrição	189
CAPÍTULO VIII – TUTELA COLETIVA POR MANDADO DE SEGURANÇA... 192	
1. Mandado de segurança individual e coletivo: fundamento constitucional	192
2. O mandado de segurança como ação coletiva.....	194
3. Legitimação ativa de partidos políticos	198
4. Legitimação ativa das organizações sindicais, entidades de classe e associações	200
5. Processo e procedimento da ação coletiva de mandado de segurança: critérios para a sua construção	202
5.1 Aplicação, por analogia, das normas e princípios do mandado de segurança individual	205
5.2. Aplicação, por analogia, das normas e princípios das ações coletivas	206
6. Litispendência e coisa julgada	208

CAPÍTULO IX – O MINISTÉRIO PÚBLICO E A DEFESA DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS	210
1. Legitimação do Ministério Público e direitos individuais disponíveis: a questão constitucional	210
2. Hipóteses de legitimação previstas expressamente em lei.....	211
3. Fundamento constitucional da legitimação.....	215
4. Outros direitos individuais homogêneos.....	217
4.1. Auto-aplicabilidade do art. 127 da Constituição como norma de legitimação processual.....	222
4.2. Conteúdo da norma de legitimação para tutela de interesses sociais.....	224
5. Procedimento e limites da legitimação	227
6. Suma conclusiva.....	229
PARTE D: PROCESSO COLETIVO, LEI EM TESE E PROCESSO OBJETIVO	231
CAPÍTULO X – PROCESSO COLETIVO, INTERPRETAÇÃO DA LEI EM TESE E CONTROLE INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDADE	231
1. Jurisdição, fato e norma	231
2. Eficácia objetiva da coisa julgada.....	232
3. Tutela coletiva e sentença genérica.....	234
4. Inviabilidade de ação coletiva contra lei em tese.....	237
5. Tutela coletiva e controle incidental de constitucionalidade	238
6. Sentença com eficácia <i>erga omnes</i> e controle incidental de constitucionalidade.....	239
7. Ação popular e mandado de segurança coletivo contra lei em tese.....	241
CAPÍTULO XI – TUTELA COLETIVA POR AÇÕES DE CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE.....	245
1. Supremacia da Constituição e controle de constitucionalidade	245
2. Controle concentrado de constitucionalidade e tutela coletiva.....	248
3. A norma em abstrato como objeto do processo	249
4. Os sujeitos do processo: função institucional	249
5. A dupla face da demanda e das sentenças.....	252
6. Tutela antecipada: a “medida cautelar”	253
7. Eficácia executiva das liminares	256
8. Revogação da liminar e ajustamento das situações jurídicas atingidas	258
9. A eficácia das sentenças.....	259
9.1. Eficácia material (declaratória e <i>ex tunc</i>).....	259
9.2. Eficácia processual (<i>erga omnes</i> e vinculante)	261
10. Eficácia executiva: o cumprimento das sentenças	262
CONCLUSÕES	267

RESUMO

Trata-se de estudo sobre o processo coletivo no direito brasileiro. Com base nas modificações legislativas implementadas nos últimos anos, ele busca identificar as características principais desse ramo do processo civil, bem como os seus princípios norteadores, os seus objetivos e os seus instrumentos de atuação. A Parte A faz uma resenha histórica da evolução do processo civil desde a implantação do Código de 1973, para mostrar como surgiu e com que perfil se afirmou entre nós o processo coletivo. As duas partes seguintes são dedicadas ao estudo dos seus principais instrumentos, os destinados à tutela de direitos coletivos (Parte B) e os destinados à tutela coletiva de direitos individuais (Parte C). Na parte final, são analisadas as relações entre o processo coletivo, os fatos jurídicos e os preceitos normativos, culminando com o exame das ações de controle concentrado de constitucionalidade na sua condição de instrumento para tutelar, ainda que indiretamente, direitos subjetivos individuais.

RÉSUMÉ

Il s'agit d'une étude du procès collectif dans le droit brésilien. On y cherche d'identifier les principales caractéristiques de cette branche du procès civil, fondée sur les modifications législatives opérées dans les dernières années au Brésil, ainsi que les principes qui le régissent, ses objectifs et ses instruments d'actuation. Dans la partie A, on présente l'histoire de l'évolution du procès civil dès le Code de 1973, pour démontrer l'origine du procès collectif au Brésil et le profil qu'il a pris dans le droit brésilien. Les deux parties suivantes sont dédiées à l'étude des principaux instruments destinés à la protection des droits collectifs (Partie B) et de ceux destinés à la protection collective des droits individuelles (Partie C). Dans la dernière partie, on analyse les rapports du procès collectif avec des faits juridiques et des préceptes normatifs, pour culminer avec l'examen des actions du contrôle concentré de la constitutionnalité des lois comme des instruments qui servent à la protection, même que de façon indirecte, des droits subjectifs individuels.

PARTE A: INTRODUÇÃO
CAPÍTULO I – EVOLUÇÃO DO SISTEMA DE TUTELA JURISDICIONAL: DO
INDIVIDUAL AO COLETIVO

SUMÁRIO: 1. Bases do sistema original do Código de Processo Civil 2. Modificações da primeira fase: novos mecanismos 3. Modificações da segunda fase: a reforma do próprio Código de Processo Civil 4. Conseqüência da mudança: renovação do sistema

1. Bases do sistema original do Código de Processo Civil

O Código de Processo Civil Brasileiro, de 1973, foi estruturado a partir da clássica divisão da tutela jurisdicional em tutela de conhecimento, tutela de execução e tutela cautelar. Para cada uma destas espécies o Código destinou um Livro próprio, disciplinando o respectivo "processo", com suas "ações" e seus "procedimentos" autônomos. Fez-se sentir, também nesse aspecto, de modo marcadamente acentuado, a doutrina de Enrico Tullio Liebman, quando, referindo-se às ações, sustentava que "no sistema do direito processual, a única classificação legítima e importante é a que se refere à espécie do provimento pedido", sendo que, "sob este ponto de vista, as ações distinguem-se em três categorias: a) as ações de conhecimento; b) as ações executivas; c) as ações cautelares"¹.

Tal sistema, por outro lado, foi moldado para atender a prestação da tutela jurisdicional em casos de lesões a direitos subjetivos individuais, mediante demandas promovidas pelo próprio lesado. Assim, como regra, "ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei" (CPC, art. 6º). Não se previu, ali, instrumentos para tutela coletiva desses direitos, salvo mediante a fórmula

¹ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. Traduzido por Cândido Rangel Dinamarco. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 162.

tradicional do litisconsórcio ativo, ainda assim sujeito, quanto ao número de litisconsortes, a limitações indispensáveis para não comprometer a defesa do réu e a rápida solução do litígio (art. 46, § único). Não se previu, igualmente, instrumentos para tutela de direitos e interesses transindividuais, de titularidade indeterminada, como são os chamados "interesses difusos e coletivos".

Outro marco norteador da estrutura do sistema processual civil codificado decorreu da concepção segundo a qual a função jurisdicional - e o processo, como seu instrumento - se destinam a formular e fazer atuar a regra jurídica em face de um conflito de interesses *concretizado*, ou seja, de um específico fenômeno de incidência da norma abstrata sobre um suporte fático, já ocorrido (hipótese que comportaria tutela *reparatória*) ou em vias de ocorrer (o que ensejaria pedido de tutela *preventiva*). Em outras palavras, o Código partiu do pressuposto de que a função jurisdicional "*existe por causa de um conflito e para solucioná-lo*"². Conseqüentemente, nele não foram previstos instrumentos para dar solução a conflitos verificáveis no plano abstrato (= independentemente da consideração de específicos fenômenos de incidência), como é o conflito que se estabelece entre preceitos normativos ou, mais especificamente, entre normas constitucionais e normas infraconstitucionais.

Todavia, as diversas modificações legislativas supervenientes, ocorridas principalmente a partir de 1985, alteraram de modo substancial não apenas o Código de Processo, mas o próprio sistema processual nele consagrado. Novos instrumentos processuais foram criados e importantes reformas foram aprovadas, a tal ponto que, do exame sistemático do conjunto da legislação processual, impõe-se, hoje, concluir que o processo civil já não se limita à prestação da tutela jurisdicional nas modalidades clássicas ao início referidas e nem se restringe a solucionar conflitos de interesses individualizados e concretizados. O sistema processual é, atualmente, mais rico e mais sofisticado. Basta, para essa constatação, ter presente, ainda que em forma sintética e panorâmica, os principais tópicos das reformas, a seguir enunciados.

2 LACERDA, Galeno. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, v. VIII, tomo I, 1987, p. 20.

2. Modificações da primeira fase: novos mecanismos

As modificações do sistema processual civil operaram-se em duas fases, ou "ondas", bem distintas. Uma primeira onda de reformas, iniciada em 1985, foi caracterizada pela introdução, no sistema, de instrumentos até então desconhecidos do direito positivo, destinados (a) a dar curso a demandas de natureza coletiva, (b) a tutelar direitos e interesses transindividuais³, e (c) a tutelar, com mais amplitude, a própria ordem jurídica abstratamente considerada. E a segunda onda reformadora, que se desencadeou a partir de 1994, teve por objetivo, não o de introduzir mecanismos novos, mas o de aperfeiçoar ou de ampliar os já existentes no Código de Processo, de modo a adaptá-lo às exigências dos novos tempos.

São marcos importantes da primeira etapa as diversas leis regulamentadoras das chamadas "ações civis públicas", a começar pela Lei nº 7.347, de 24/07/85 (que disciplinou "a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico", e aos direitos e interesses difusos e coletivos de um modo geral). Seguiram-na outras, provendo sobre a tutela de interesses transindividuais de pessoas portadoras de deficiências (Lei nº 7.853, de 24/10/89), de crianças e adolescentes (Lei nº 8.069, de 13/07/90), de consumidores (Lei nº 8.078, de 11/09/90), da probidade na administração pública (Lei nº 8.429, de 02/06/92), da ordem econômica (Lei nº 8.884, de 11/06/94) e dos interesses das pessoas idosas (Lei nº 10.741, de 01/10/2003).

Destinadas a tutelar direitos e interesses transindividuais, isto é, direitos cuja titularidade é subjetivamente indeterminada, já que pertencentes a grupos ou classes de pessoas, as ações civis públicas caracterizam-se por ter como legitimado ativo um substituto processual: o Ministério Público, as pessoas jurídicas de direito público ou, ainda, entidades ou associações que tenham por finalidade institucional a defesa e a proteção dos bens e valores ofendidos. Caracterizam-se, também, pelo especial regime

3 No particular, a onda reformadora, tendente a aperfeiçoar as condições de acesso à justiça, acompanhou movimento no mesmo sentido verificado em outros países, especialmente na Europa e nos Estados Unidos da América, preocupados, também, com a inaptidão das concepções tradicionais do processo para fazer frente à tutela de interesses transindividuais (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Traduzido por Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 49-50).

da coisa julgada das sentenças nelas proferidas, que têm eficácia *erga omnes*, salvo quando nelas for proferido juízo de improcedência por falta de provas, hipótese em que qualquer dos legitimados ativos poderá renovar a ação, à base de novos elementos probatórios.

Além desses instrumentos para tutela de direitos transindividuais, criaram-se, nessa primeira etapa, instrumentos para tutela coletiva de direitos subjetivos individuais. O Código de Proteção e Defesa do Consumidor - CDC (Lei nº 8.078, de 1990) trouxe, nesse sentido, como contribuição expressiva, a disciplina específica da tutela, nas relações de consumo, dos "direitos individuais homogêneos", assim entendidos o conjunto de diversos direitos subjetivos individuais que, embora pertencendo a distintas pessoas, têm a assemelhá-los uma origem comum, o que lhes dá um grau de *homogeneidade* suficiente para ensejar a sua defesa coletiva. Diferentemente do sistema codificado, que prevê tutela conjunta apenas mediante litisconsórcio ativo, a ação civil coletiva permite que tais direitos sejam tutelados em conjunto mediante a técnica da substituição processual. Legitimam-se como substitutos processuais o Ministério Público, certas pessoas de direito público e entidades e associações privadas que tenham por função institucional a defesa dos interesses lesados. A sentença de procedência será *genérica*, "fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados" (art. 95 do CDC). Haverá coisa julgada apenas em caso de procedência, hipótese em que a sentença beneficiará "a vítima e seus sucessores" (CDC, art. 103, III). Com base em tal sentença, cada um dos atingidos pela lesão (substituídos processuais) poderá promover ação de cumprimento, mediante liquidação e execução do seu próprio direito individual lesado (art. 97 do CDC).

Foi destacadamente significativo, nessa primeira onda reformadora, o advento da Constituição de 1988. Entre os direitos e garantias individuais e sociais nela arrolados consagrou-se a legitimação das associações de classe e das entidades sindicais para promover, em juízo, a defesa dos direitos e interesses dos respectivos associados e filiados (art. 5º, XXI e art. 8º, III). Previu-se também que o mandado de segurança - ação sumária para tutela de direitos líquidos e certos ameaçados ou violados por ato abusivo ou ilegal de autoridade pública - pode ser impetrado não apenas pelo titular do direito,

mas também, em regime de substituição processual, por partidos políticos com representação no Congresso Nacional, ou por organização sindical, ou por associação ou entidade de classe, em defesa de interesses dos seus membros ou associados. Esse novo instrumento – o mandado de segurança coletivo -, a exemplo da ação civil coletiva acima referida, potencializou, em elevado grau, a viabilidade da tutela coletiva de direitos individuais e, conseqüentemente, o âmbito da eficácia subjetiva das decisões judiciais, nomeadamente as que envolvem apreciação de direitos que tenham sido lesados, de forma semelhante, em relação a grupos maiores de pessoas.

Relativamente à tutela de direitos transindividuais, a nova Constituição ampliou o âmbito de abrangência da ação popular, que pode ser promovida por "qualquer cidadão" para "anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico ou cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência" (art. 5º, LXXIII). Também a ação civil pública mereceu atenção do legislador constituinte, que a sagrou como ação constitucional para tutela de direitos e interesses difusos e coletivos, a ser promovida pelo Ministério Público (art. 129, III), sem prejuízo da legitimação conferida por lei a outras entidades.

De enorme significado para o sistema de tutela jurisdicional foi a opção do constituinte de ampliar o acesso aos instrumentos de controle concentrado de constitucionalidade dos preceitos normativos, ou seja, ao sistema de tutela da ordem jurídica abstratamente considerada. A Constituição de 1988, além de manter a via de controle difuso da validade das normas (que permite a qualquer juiz, em qualquer processo, mesmo de ofício, deixar de aplicar uma lei que considere inconstitucional) ampliou o rol dos legitimados a promover, perante o Supremo Tribunal Federal, a ação direta de inconstitucionalidade, destinada a declarar a nulidade de preceitos normativos que sejam, formal ou materialmente, contrários às normas constitucionais. Legitimam-se a promovê-la não apenas o Procurador-Geral da República, como era no sistema anterior, mas também o Presidente da República, as Mesas das Casas Legislativas, os Governadores dos Estados, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados, os Partidos Políticos com representação no Congresso Nacional e até mesmo as confederações

sindicais e as entidades de classe de âmbito nacional (art. 103 da Constituição Federal). Com a Emenda Constitucional nº 3, de 17/03/93, foi criada a ação declaratória de constitucionalidade, que, originalmente, podia ser proposta pelo Presidente da República, pelas Mesas do Senado Federal e da Câmara dos Deputados e pelo Procurador-Geral da República, e que, a partir da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, com a nova redação do art. 103, tem como legitimados ativos os mesmos da Ação Direta de Inconstitucionalidade, neles incluídos os governadores e as mesas das assembleias dos Estados e do Distrito Federal. Sua finalidade é a de obter, do Supremo Tribunal Federal, sentença positiva de legitimidade constitucional de preceito normativo contestado seriamente perante os juízes e tribunais inferiores. O processo e o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade foram disciplinados por norma especial (Lei n. 9.868, de 10/11/99).

Esses instrumentos de controle concentrado de constitucionalidade (a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade) têm características muito peculiares. Instaurados em relação à norma jurídica abstratamente considerada (isto é, sem levar em consideração uma específica controvérsia ou situação concretamente estabelecida em decorrência da incidência do preceito normativo cuja legitimidade é contestada), são instrumentos processuais marcados pela ausência de partes (são "processos objetivos"). Em contrapartida, propiciam eficácia subjetiva universal às suas sentenças, cuja força vinculante é *erga omnes*, com indiscutível vantagem para a celeridade da prestação da tutela jurisdicional que, de outra forma, se multiplicaria em demandas pulverizadas pelos foros e tribunais do País.

Por lei especial (Lei 9.882, de 03/12/99) foi regulamentado o processo e julgamento da ação prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal, segundo o qual “a argüição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei”. Seu objeto é “evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do poder público” (art. 1º da Lei 9.882/99), sendo também cabível “quando for relevante o fundamento constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição” (art. 1º, parágrafo único). Os legitimados para a propositura dessa ação

são os mesmos da ação direta de inconstitucionalidade (art. 2º) e a sentença de mérito que nela vier a ser proferida terá eficácia *erga omnes* e efeito vinculante (art. 10, § 3º). Essas características evidenciam, por si só, que também a argüição de descumprimento de preceito fundamental tem perfil típico de ação de controle abstrato e concentrado de legitimidade constitucional de atos normativos.

3. Modificações da segunda fase: a reforma do próprio Código de Processo Civil

Uma segunda onda reformadora teve início no ano de 1994. Em nome da efetividade do processo, reclamo mais urgente de uma sociedade com pressa, foram produzidas modificações expressivas no Código de Processo Civil, destacando-se, pela ordem cronológica, a Lei nº 8.950, de 13/12/94, que alterou dispositivos referentes aos recursos, a Lei nº 8.951, de 13/12/94, que tratou dos procedimentos especiais para as ações de consignação em pagamento e de usucapião, a Lei nº 8.952, de 13/12/94, que modificou inúmeros dispositivos do processo de conhecimento e do processo cautelar, a Lei nº 8.953, de 13/12/94, que alterou dispositivos do processo de execução, a Lei nº 9.139, de 30/11/95, que reformulou o recurso de agravo, cabível contra as decisões interlocutórias, e a Lei nº 9.079, de 14/07/95, que tratou da ação monitória. Novas e importantes alterações foram produzidas no Código de Processo a partir de 2001, especialmente pela Lei nº 10.352, de 26/12/01, sobre recursos e reexame necessário, pela Lei nº 10.358, de 27/12/01 e pela Lei nº 10.444, de 07/05/02, sobre dispositivos do Processo de Conhecimento e da execução.

Foram profundas as modificações produzidas por esse conjunto normativo no sistema do processo civil. Basta lembrar, como ilustração, a ampliação dada aos títulos executivos extrajudiciais, que atualmente podem comportar também obrigações de prestação pessoal (fazer e não fazer) e de entregar coisa, antes só previstas em título executivo judicial e a consagração da denominada ação executiva *lato sensu* para obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa. No particular, o sistema sofreu inversão completa: aquelas obrigações, que originalmente dependiam, necessariamente, de prévia sentença condenatória e de execução por ação autônoma, agora podem ser objeto de título extrajudicial e somente nessa hipótese é que seu cumprimento forçado está sujeito

a ação própria. Nos demais casos, o seu regime processual é o previsto nos artigos 461 e 461-A do CPC, segundo os quais tanto a atividade cognitiva quanto a executiva são promovidas no âmbito de uma única relação processual. Vista à luz do sistema, essa mudança processual quebra uma das características básicas do regime estabelecido pelo Código de 1973, o da rígida e praticamente incomunicável distribuição das atividades jurisdicionais cognitivas e executivas em ações e procedimentos separados.

Convém acentuar, ainda no que se refere às obrigações de prestação pessoal, as inovações destinadas a dotar o sistema de mecanismos de tutela específica, desconhecidas no regime de 1973. Com o advento da Lei n. 8.952, de 13/12/94, sem eliminar os mecanismos de tutela já existentes, deu-se nova redação ao art. 461 do Código, em cujo *caput* ficou estabelecido que “na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento”. E, nos termos do § 1º, “a obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente”. Para tornar possível a prestação da tutela específica, o legislador conferiu ao juiz poderes para “impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito” (§ 4º). Estabeleceu, mais ainda, que, para a efetivação da tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar “as medidas necessárias”, tais como a busca e apreensão, remoção de pessoas ou coisas, desfazimento de obras, impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial (§ 5º). A possibilidade de “imposição de multa por tempo de atraso” como meio coercitivo, foi expressamente reafirmada com a nova redação desse parágrafo 5º dada pela Lei 10.444, de 07/05/2002, que também acrescentou o parágrafo 6º, segundo o qual “o juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva”.

A nova redação do art. 461 do CPC, importado, praticamente *ipsis litteris*, do art. 84 da Lei n. 8.078, de 11/09/90 (Código de Proteção e Defesa do Consumidor),

trouxe, como se percebe, inovações expressivas, todas inspiradas no princípio da maior coincidência possível entre a prestação devida e a tutela jurisdicional entregue. No sistema anterior, a alternativa que se oferecia ao credor para a impossibilidade (ou, eventualmente, seu desinteresse) de obter tutela específica era a de converter tal prestação em sucedâneo pecuniário de perdas e danos. Agora, nova alternativa é apresentada: a de substituir a prestação específica por outra prestação que assegure “resultado prático equivalente ao do adimplemento”. Ao se propor ação com o objetivo de obter o cumprimento de obrigação de fazer ou de não fazer há nela embutido, como pedido implícito, o da determinação de outras providências que assegurem referido resultado prático (art. 461, *caput*), de modo que a compensação pecuniária de perdas e danos somente se dará se assim o requerer expressamente o autor, ou se “impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente” (§ 1º).

A notável valorização que se deu à busca da tutela específica está acentuada, sobretudo, nos dispositivos que conferiram ao juiz uma espécie de “poder executório genérico”, habilitando-o a utilizar, inclusive de ofício, além dos mecanismos “nominados” nos §§ 4º e 5º, outros mecanismos de coerção ou de sub-rogação “inominados”, que sejam aptos a induzir ou a produzir a entrega *in natura* da prestação devida ou de seu sucedâneo prático de resultado equivalente.

Outra das mais significativas modificações, em termos de sistema, foi a que universalizou a tutela antecipada, que, na versão original do Código, somente era admissível em alguns procedimentos especiais, como o das ações possessórias. Atualmente, presentes determinadas circunstâncias e preenchidos certos requisitos, pode o juiz, por decisão interlocutória, antecipar efeitos da tutela pretendida (CPC, art. 273), bem como deferir medidas cautelares (§ 7º), tudo mediante simples pedido incidental do autor, dispensada a propositura de ação própria para essa finalidade. A antecipação da tutela, que não se confunde com a antecipação da *sentença*, consiste, na verdade, em *antecipar os efeitos executivos* que poderão decorrer da futura sentença de procedência. Em outras palavras, é provimento que antecipa a *fruição* - ainda que em caráter provisório - do bem da vida que o autor busca obter com a demanda proposta. Em termos processuais, a medida quebra - como também ocorre com as ações executivas

lato sensu - a rígida distribuição, que o sistema original do Código previa, das atividades cognitivas e executivas em ações e procedimentos autônomos e praticamente incomunicáveis.

Esses exemplos são suficientes para demonstrar que, mais que simples alteração tópica deste ou daquele dispositivo legal, as supervenientes modificações do Código representaram profunda reforma na própria estrutura do sistema. No que se refere especificamente à universalização da tutela antecipada, sua aprovação constituiu mudança dos rumos ideológicos do processo, um rompimento definitivo da tradicional segmentação das atividades jurisdicionais, separadas, na estrutura original do Código, em ações e processos autônomos, de conhecimento, de execução e cautelar. Grande número dessas atividades, desenvolvidas tradicionalmente em processos apartados, foram transpostas de sua sede autônoma para dentro do processo de conhecimento, onde passaram a ser cumpridas mediante ordens ou mandados expedidos ali mesmo pelo juiz. Em mais uma batalha da eterna luta entre segurança jurídica e efetividade do processo, ampliaram-se os domínios dessa última. Novos espaços foram abertos para as medidas de tutela provisória dos direitos, produzidas em regime de cognição sumária e à base de juízos de simples verossimilhança.

4. Conseqüência da mudança: renovação do sistema

Na medida em que os novos instrumentos vão sendo experimentados na prática e que os valores por eles perseguidos vão ganhando espaço na consciência e na cultura dos juristas, fica perceptível a amplitude e o grau de profundidade das mudanças que o ciclo reformador dos últimos anos produziu no processo civil brasileiro. Não mudou apenas o Código de Processo: mudou o sistema processual. A estrutura original do Código de 1973, moldada para atender demandas entre partes determinadas e identificadas, em conflitos tipicamente individuais, já não espelha a realidade do sistema processual civil.

É inegável, ainda hoje, a importância da classificação tradicional da tutela dos direitos, em tutela de conhecimento, de execução e cautelar. Mas certamente ela já não

pode ser tida como única e mais importante, como a considerava Liebman. Pela nova configuração que o sistema processual assumiu com a *segunda onda de reformas*, especialmente em decorrência da universalização do instituto da tutela antecipada, muito mais importante e apropriado será considerá-la nas duas dimensões novas que agora evidentemente ocupa, cada qual com suas características, com seus princípios e com seus resultados, a saber: (a) a *tutela definitiva*, aquela formada à base de cognição exauriente e que produzirá a eficácia de coisa julgada, privilegiado o princípio da segurança jurídica; e (b) a *tutela provisória*, concedida mediante juízos de verossimilhança, à base de cognição sumária, para ter eficácia limitada no tempo, sujeita a ser revogada ou confirmada pela superveniente sentença que julgar o mérito, e que privilegia o princípio da efetividade do processo.

Por outro lado, em decorrência da *primeira fase de reformas*, podemos, hoje, classificar os mecanismos de tutela jurisdicional em três grandes grupos: (a) mecanismos para *tutela de direitos subjetivos individuais*, subdivididos entre (a.1) os destinados a tutelá-los individualmente pelo seu próprio titular (disciplinados, basicamente, no Código de Processo) e (a.2) os destinados a tutelar coletivamente os direitos individuais, em regime de substituição processual (as ações civis coletivas, nelas compreendido o mandado de segurança coletivo); (b) mecanismos para *tutela de direitos transindividuais*, isto é, direitos pertencentes a grupos ou a classes de pessoas indeterminadas (a ação popular e as ações civis públicas, nelas compreendida a chamada ação de improbidade administrativa); e (c) instrumentos para *tutela da ordem jurídica*, abstratamente considerada, representados pelos vários mecanismos de controle de constitucionalidade dos preceitos normativos e das omissões legislativas.

Bem se vê, mesmo a um primeiro olhar sobre esse modelo classificatório da tutela jurisdicional, que, à medida em que se passa de um para outro dos grupos de instrumentos processuais hoje oferecidos pelo sistema do processo civil, maior ênfase se dá à solução dos conflitos em sua dimensão coletiva. É o reflexo dos novos tempos, marcados por relações cada vez mais impessoais e mais coletivizadas. O conjunto de instrumentos hoje existentes para essas novas formas de tutela jurisdicional, decorrentes da primeira onda de reformas, constitui, certamente, um subsistema processual bem

caracterizado, que se pode, genérica e sinteticamente, denominar de processo coletivo. Mas, sem a tradição dos mecanismos da tutela individual dos direitos subjetivos, os instrumentos de tutela coletiva, trazidos por leis extravagantes, ainda passam por fase de adaptação e de acomodação, suscitando, por isso mesmo, muitas controvérsias interpretativas. O tempo, a experimentação, o estudo e, eventualmente, os ajustes legislativos necessários, sem dúvida farão dos mecanismos de tutela coletiva uma via serena de aperfeiçoamento da prestação da tutela jurisdicional.

O certo é que o subsistema do processo coletivo tem, inegavelmente, um lugar nitidamente destacado no processo civil brasileiro. Trata-se de subsistema com objetivos próprios (= a tutela de direitos coletivos e a tutela coletiva de direitos), que são alcançados à base de instrumentos próprios (ações civis públicas, ações civis coletivas, ações de controle concentrado de constitucionalidade, em suas várias modalidades), fundados em princípios e regras próprios, o que confere ao processo coletivo uma identidade bem definida no cenário processual. É o que se pretende demonstrar no curso do presente estudo.

CAPÍTULO II – O SUBSISTEMA DO PROCESSO COLETIVO: TUTELA DE DIREITOS COLETIVOS E TUTELA COLETIVA DE DIREITOS INDIVIDUAIS

SUMÁRIO – 1. Antecedentes históricos 2. A “revolução” brasileira no domínio do processo coletivo 3. Tutela coletiva e direito coletivo: importância da adequada conceituação 4. Direitos transindividuais (coletivos *lato sensu*) e direitos individuais homogêneos: definições 5. Quadro comparativo das distinções 6. Situações jurídicas heterogêneas 7. Danos morais transindividuais? 8. Interesses sociais como direitos coletivos 9. Direitos individuais homogêneos como direitos acidentalmente coletivos 10. Instrumentos de tutela jurisdicional de direitos coletivos e de direitos individuais homogêneos 11. O controle concentrado de constitucionalidade como instrumento de tutela coletiva de direitos.

1. Antecedentes históricos

Aponta-se a experiência inglesa, no sistema da *common law*, como origem dos instrumentos do processo coletivo e, mais especificamente, da tutela coletiva de direitos⁴. Desde o século XVII, os tribunais de equidade (“*Courts of Chancery*”) admitiam, no direito inglês, o “*bill of peace*”, um modelo de demanda que rompia com o princípio segundo o qual todos os sujeitos interessados devem, necessariamente, participar do processo, com o que se passou a permitir, já então, que representantes de determinados grupos de indivíduos atuassem, em nome próprio, demandando por interesses dos representados ou, também, sendo demandados por conta dos mesmos

4 MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas no direito comparado e nacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 43.

interesses⁵. Assim nasceu, segundo a maioria dos doutrinadores, a ação de classe (“*class action*”)⁶. Embora se registre, na jurisprudência da época, casos ilustrativos da sua utilização⁷, esse modelo procedimental enfrentava dificuldades de ordem teórica e prática, relacionadas sobretudo com a ausência de definição de seus contornos. Foi modesta a aplicação e a evolução do instituto até o final do século XIX⁸. Em 1873, o advento do “*Court of Judicature Act*” deu-lhe uma definição mais clara⁹, mas, ainda assim, sua utilização permaneceu contida, inclusive em virtude das interpretações restritivas impostas pela jurisprudência¹⁰.

O certo é que da antiga experiência das cortes inglesas originou-se a moderna ação de classe (*class action*), aperfeiçoada e difundida no sistema norte-americano, especialmente a partir de 1938, com a “*Rule 23*” das “*Federal Rules of Civil Procedure*”, e da sua reforma, em 1966, que transformaram esse importante método de tutela coletiva em “algo único e absolutamente novo”¹¹ em relação aos seus antecedentes

5 VIGORITI, Vincenzo. **Interessi collettivi e processo**. Milano: Giuffrè, 1979, p. 261. Há quem aponte origens ainda mais remotas, da época medieval, ao processo coletivo. Sobre o tema: LEAL, Márcio Flávio Mafra. **Ações coletivas: história, teoria e prática**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998, p. 21.

6 Nesse sentido: TUCCI, José Rogério Cruz e. “**Class action**” e **mandado de segurança coletivo**. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 11; ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. **Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 17-18.

7 VIGORITI, Vincenzo. **Op. cit.**, p. 261, nota 16.

8 VIGORITI, Vincenzo. **Op. cit.**, p.262. GRINOVER, Ada Pellegrini. A tutela jurisdicional dos interesses difusos no direito comparado. In: _____ (coord.). **A tutela jurisdicional dos interesses difusos**. São Paulo: Editora Max Limonad, 1984, p. 79-80.

9 Estabeleceu, v.g., a “*Rule 10*” desse Ato: “Havendo multiplicidade de partes comungando do mesmo interesse em uma controvérsia, uma ou mais das partes podem acionar ou serem acionadas ou serem autorizadas pela Corte para litigar em benefício de todas as demais” (TUCCI, José Rogério Cruz e. **Op. cit.**, p. 12).

10 LEAL, Márcio Flávio Mafra. **Op. cit.**, p. 140.

11 VIGORITI, Vincenzo. **Op. cit.**, p. 264. Na mesma obra, em suas “*riflessioni conclusive*” anotou Vigoriti o seguinte: “La class action è un istituto predisposto per la tutela di una serie di situazioni individuali di uguale contenuto e ugualmente orientate. Sul piano dei contenuti, lo strumento processuale non appare finalizzato alla tutela di alcuna particolare situazione sostanziale e deve ritenersi invece utilizzabile per la tutela dei diritti più diversi. L’esperienza mostra che vi sono situazioni sostanziali che meglio di altre si prestano ad essere difese con la class action, situazioni che se potrebbero definire ‘naturalmente’ o ‘necessariamente’ collettive, como ad esempio quelle che riguardano la tutela dell’ambiente, i consumatori, il risarcimento dei danni provocati da lesioni di massa, ecc., ma è certo comunque che l’utilizzazione della class action non è esclusa per nessun tipo di situazione sostanziale a dimensione superindividuale” (**op. cit.**, p. 284). Todavia, é no campo dos direitos individuais homogêneos que atua, preponderantemente, a “class action”, conforme anotou Antônio Herman H. Benjamin, na obra **A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico**. Apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor. In: MILARÉ, Edis (coord.). **Ação civil pública:**

históricos. Assim, segundo a referida norma¹², admite-se que um ou mais membros de

Lei 7.347/85 – Reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 96.

12 É o seguinte o texto da Regra 23 das “Federal Rules of Civil Procedure”, segundo a versão constante de apêndice da obra **Ação Civil Pública**, de Pedro da Silva Dinamarco (2001, p. 327-329):

“(a) Pressupostos da ‘class action’. Um ou mais membros da classe podem demandar, ou serem demandados, como representantes, no interesse de todos, se (1) a categoria for tão numerosa que a reunião de todos os membros se torne impraticável; (2) houver questões de direito e de fato comuns ao grupo; (3) os pedidos ou defesas dos litigantes forem idênticos aos pedidos ou defesas da própria classe; e, (4) os litigantes atuarem e protegerem adequadamente os interesses da classe.

(b) Pressupostos de desenvolvimento da ‘class action’. Uma ação pode desenvolver-se como ‘class action’ desde que os pressupostos da alínea a sejam satisfeitos, e ainda, se:

(1) o ajuizamento de ações separadas por ou em face de membro do grupo faça surgir risco de que (A) as respectivas sentenças nelas proferidas imponham ao litigante contrário à classe comportamento antagônico; ou que (B) tais sentenças prejudiquem ou tornem extremamente difícil a tutela dos direitos de parte dos membros da classe estranhos ao julgamento; ou se

(2) o litigante contrário à classe atuou ou recusou-se a atuar de modo uniforme perante todos os membros da classe, impondo-se um final ‘injunctive relief’ ou ‘declaratory relief’ em relação à classe globalmente considerada; ou se

(3) o tribunal entende que as questões de direito e de fato comuns aos componentes da classe sobrepujam as questões de caráter estritamente individual, e que a class action constitui o instrumento de tutela que, no caso concreto, mostra-se mais adequado para o correto e eficaz deslinde da controvérsia. Na análise de todos esses aspectos, o tribunal deverá considerar: (A) o interesse individual dos membros do grupo no ajuizamento ou na defesa da demanda separadamente; (B) a extensão e o conteúdo da demanda já ajuizadas por ou em face dos membros do grupo; (C) a conveniência ou não da reunião das causas perante o mesmo tribunal; (D) as dificuldades inerentes ao processamento da demanda na forma de ‘class action’.

(c) Pronunciamentos sobre a possibilidade de processamento na forma de ‘class action’: notificação, sentença, demandas parcialmente conduzidas como ‘class action’

(1) Na primeira oportunidade, logo após o ajuizamento de uma ‘class action’, o tribunal deverá determinar se a demanda pode desenvolver-se como ‘class action’. Tal decisão pode ser condicional e pode ser alterada ou revogada antes da sentença de mérito.

(2) Em qualquer ‘class action’, fundada na alínea b (3), o tribunal deverá ordenar sejam notificados da existência da demanda todos os componentes do grupo. A notificação poderá ser pessoal àqueles cuja identificação seja possível com razoável esforço, e deverá ser a mais eficaz dentro das circunstâncias. Pela notificação, os componentes do grupo deverão ser informados de que (A) podem requerer, no prazo fixado pelo tribunal, a exclusão da classe; (B) a sentença, favorável ou contrária, será vinculante para todos os componentes do grupo que não requererem a sua exclusão; (C) qualquer componente da classe, que não requereu fosse excluído, pode, se desejar, intervir no processo, representado por seu advogado.

(3) A sentença proferida em uma ‘class action’ fundada na alínea b (1) ou b (2), favorável ou contrária, será vinculante a todos aqueles que o tribunal declarar serem integrantes da classe. A sentença proferida em uma ‘class action’ fundada na alínea b (3), favorável ou contrária, será vinculante a todos aqueles que o tribunal declarar serem integrantes da classe, bem como àqueles que foram notificados na forma da alínea c (2), e não requereram a sua exclusão.

(4) Se for entendido oportuno (A) uma demanda pode ser ajuizada e processada como ‘class action’ apenas para certas questões; ou (B) uma classe pode ser dividida em subclasses, e cada uma destas será tratada como autônoma, aplicando-se-lhes as normas desta lei.

(d) Pronunciamentos sobre a condução da demanda.

Durante o procedimento das demandas reguladas por esta lei, o tribunal pode: (1) disciplinar o curso do processo ou adotar medidas para evitar inúteis repetições ou delongas na apresentação da defesa e das

uma classe promova ação em defesa dos interesses de todos os seus membros, desde que (a) seja inviável, na prática, o litisconsórcio ativo dos interessados, (b) estejam em debate questões de fato ou de direito comuns à toda a classe, (c) as pretensões e as defesas sejam tipicamente de classe e (d) os demandantes estejam em condições de defender eficazmente os interesses comuns. Duas grandes espécies de pretensões podem ser promovidas mediante “*class action*”: (a) pretensões de natureza declaratória ou relacionadas com direitos cuja tutela se efetiva mediante provimentos com ordens de fazer ou não fazer, geralmente direitos civis (“*injunctive class actions*”); e (b) pretensões de natureza indenizatória de danos materiais individualmente sofridos (“*class actions for damages*”)¹³. Destaca-se, na ação de classe, o importante papel desempenhado pelo juiz, a quem é atribuída uma gama significativa de poderes, seja para o exame das condições de admissibilidade da demanda e da adequada representação ostentada pelos demandantes, seja para o controle dos pressupostos para o seu desenvolvimento e a sua instrução. Atendidos os requisitos de admissibilidade e de desenvolvimento do processo, a sentença fará coisa julgada com eficácia geral, vinculando a todos os membros da classe, inclusive os que não foram dele notificados, desde que tenha ficado reconhecida a sua adequada representação.

provas; (2) dispor, para a tutela dos membros do grupo ou, ainda, para o correto desenvolvimento do processo, que todos ou apenas alguns componentes sejam informados, mediante notificação, do estado da demanda, ou da extensão dos efeitos da sentença, ou para saber se consideram a representação adequada e correta, para intervirem formulando pedido ou deduzindo defesa, ou, ainda, para participarem da demanda; (3) impor condições aos representantes e aos intervenientes; (4) dispor que dos autos sejam excluídas alegações referentes à tutela de membros ausentes do processo, e que a ação prossiga de conformidade com os termos da lei; (5) regular todas as questões procedimentais. Tais determinações devem ser tomadas em consonância com a Regra 16, e podem ser modificadas ou revogadas conforme o caso sob exame.

(e) Renúncia e transação. Os litigantes não podem renunciar ou transigir no âmbito da ‘class action’ sem autorização do tribunal, que disporá sobre a notificação, na forma em que determinar, do conteúdo da renúncia ou da transação a todos os membros do grupo.

(f) Recursos. O tribunal de recursos pode em sua discricionariedade admitir um recurso de uma sentença emanada de um juízo distrital concedendo ou negando a certidão da ‘class action’ sob o fundamento desta lei, se a solicitação for feita no prazo de 10 (dez) dias após o registro da sentença. O recurso não prosseguirá nesse juízo distrital a menos que o juiz distrital ou tribunal de recursos assim ordene.”

13 ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. **Ações coletivas**: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 26. LEAL, Márcio Flávio Mafra. **Ações coletivas**: história, teoria e prática. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998, p. 158. VIGORITI, Vincenzo. **Interessi collettivi e processo**. Milano: Giuffrè, 1979, p. 277.

Nos países do *civil law*, a preocupação de aperfeiçoar os sistemas processuais tradicionais, no intuito de dotá-los de mecanismos adequados a promover a tutela de direitos coletivos, bem como a tutela de direitos individuais atingidos ou ameaçados por atos lesivos de grande escala, se fez notar, de modo bem acentuado, a partir dos anos 70 do século XX. O fenômeno se deveu especialmente à tomada de consciência, pelos meios sociais mais esclarecidos, de ser inadiável a operacionalização de medidas destinadas (a) a preservar o meio ambiente, fortemente agredido pelo aumento cada vez maior do número de agentes poluidores¹⁴, e (b) a proteger os indivíduos na sua condição de consumidores, atingidos, com acentuada intensidade, pelas conseqüências negativas de uma economia de mercado cegamente voltada para o lucro, num ambiente caracterizado por renitentes crises inflacionárias¹⁵.

Preservação do meio ambiente e defesa do consumidor constituíram, portanto, embora não exclusivamente¹⁶, o ponto de partida para o movimento reformador, verificado em vários sistemas jurídicos, que acabou gerando o aparecimento, por um lado, de regras de direito material (civil e penal) destinadas a dar consistência normativa às medidas de tutela daqueles bens jurídicos ameaçados¹⁷ e, por outro, de correspondentes mecanismos de natureza processual para operacionalizar sua defesa em juízo. Tomou-se consciência, à época, da quase absoluta inaptidão dos métodos processuais tradicionais para fazer frente aos novos conflitos e às novas configurações

14 ALPA, Guido; BESSONE, Mario; GAMBARO, Antonio. Aspetti privatistici della tutela dello ambiente: L'esperanza americana e francese. In: GAMBARO, A. (coord.). **La tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato**. Milano: Giuffrè, 1976, p. 297.

15 ALPA, Guido; BESSONE, Mario; CARNEVALI, Ugo; GHIDINI, Gustavo. Tutela giuridica di interessi diffusi, con particolare riguardo alla protezione dei consumitiri. Aspetti privatistici. In: GAMBARO, A. (coord.). **Op. cit.**, p. 182.

16 A propósito, referindo-se ao sistema italiano, escreveu Villone: “D'altronde, se è vero che si parla oggi di interesse diffuso con particolare riguardo all'ecologia ed allá tutela del consumatore, è anche vero che il concetto si mostra applicabile ad um numero indeterminato di altri interessi. Vi è certamente um interesse (diffuso) allá correttezza e completezza dell'informazione, allá pacifica integrazione di componenti sociali e raziali diverse, al buon funzionamento della pubblica amministrazione, alla rapida ed efficace utilizzazione da parte dell'esecutivo dei fondi stanziati dal legislativo” (VILLONE, Massimo. La collocazione istituzionale dell'interesse diffuso. In: GAMBARO, A. (coord.). **Op. cit.**, p. 73).

17 Resenha significativa da evolução do direito material no direito comparado, em tema de proteção ao meio ambiente, foi feita por José Sarney, no prefácio da obra “Ação Civil Pública: Lei 7.347/85 – Reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação”. In: MILARÉ, Edis (coord.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 13-19.

de velhos conflitos, especialmente pela particular circunstância de que os interesses atingidos ou ameaçados extrapolavam, em muitos casos, a esfera meramente individual, para atingir uma dimensão maior, de transindividualidade.

Conforme constataram Cappelletti e Garth, em 1978, “uma verdadeira ‘revolução’ está-se desenvolvendo dentro do processo civil” com foco de preocupação centrado “especificamente nos interesses difusos”, uma vez que “a concepção tradicional do processo civil não deixava espaço para a proteção (...)” desses interesses: “O processo era visto como um assunto entre as partes, que se destinava à solução de uma controvérsia entre essas mesmas partes a respeito de seus próprios interesses individuais. Direitos que pertencem a um grupo, ao público em geral ou a um segmento do público não se enquadravam bem nesse esquema. As regras determinantes da legitimidade, as normas de procedimento e a atuação dos juízes não eram destinadas a facilitar as demandas por interesses difusos intentadas por particulares”¹⁸.

Os pontos mais sensíveis para a estruturação de um processo capaz de dar resposta às exigências e aos desafios do novo tempo foram detectados desde logo: a legitimação ativa, que deveria despojar-se de seus vínculos estritamente individualistas, a fim de permitir “que indivíduos ou grupos atuem em representação dos interesses difusos”; e a coisa julgada, que também deveria assumir contornos mais objetivos, para vincular “a todos os membros do grupo, ainda que nem todos tenham tido a oportunidade de ser ouvidos”¹⁹. A nova compreensão desses dois institutos deu ensejo a que se percebesse, com clareza, que “a visão individualista do devido processo judicial está cedendo lugar rapidamente, ou melhor, está se fundindo com uma concepção social, coletiva. Apenas tal transformação pode assegurar a realização dos ‘direitos públicos’ relativos a interesses difusos”²⁰.

No particular, porém, as legislações surgidas em países da Europa Continental, relativamente à tutela coletiva, não obtiveram a dimensão e a profundidade que a “*class action*” experimentou no sistema norte-americano. Mesmo assim, importa mencionar,

18 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Traduzido por Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 49-50.

19 Idem, *ibidem*, p. 50.

20 Idem, *ibidem*, p. 51.

pela influência que exerceu como inspiração do modelo que veio a ser adotado posteriormente no Brasil²¹, a experiência francesa da *Loi Royer*, de 1973, modificada em 1988, em cujo art. 46 ficou estabelecido que “as associações regularmente declaradas como tendo por objeto estatutário explícito a defesa dos interesses dos consumidores podem, quando autorizadas para esse fim, atuar perante a jurisdição civil relativamente a fatos que produzam prejuízo direto ou indireto ao interesse coletivo dos consumidores”.

Solução semelhante foi adotada na Espanha pela Lei 20/84 (*Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*), que conferiu legitimação ativa às associações para promover demandas coletivas, em questões relacionadas com o consumo e a prestação de serviços, “incluindo a informação e educação dos consumidores e usuários, seja em caráter geral, seja em relação a produtos ou serviços determinados” (art. 26). Posteriormente, a *Ley Orgánica del Poder Judicial*, de 1985, propiciou uma abertura maior, para permitir que a proteção dos direitos ou interesses coletivos pudesse ser exercitada em juízo pelas “corporações, associações e grupos atingidos ou que estejam legalmente habilitados para a sua defesa” (art. 7º, § 3º).

Na Itália, algumas das primeiras modificações em direção à tutela coletiva ocorreram pela via pretoriana, influenciada pelo significativo peso da sua doutrina²². As alterações no plano normativo se deram especialmente por influência do Tratado da União Européia, de 1992, que cuidou do tema da proteção ambiental e do consumidor em seus artigos 129 e 130. Atendendo às recomendações do Tratado, foi editada a Lei 281, em 1998, reconhecendo os direitos coletivos dos consumidores e estabelecendo a forma de sua tutela jurisdicional. Antes disso, em 1996, criara-se, mediante modificação do Código Civil (art. 1469-sexies), uma espécie de ação inibitória, a ser promovida por entidades associativas de consumidores, em casos de urgência, para coibir a utilização abusiva de contratos.

21 Na exposição de motivos que deu origem à Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347, de 1985), a *Loi Royer* francesa foi expressamente invocada como paradigma para a legitimação ativa das entidades associativas. Em relação a esse e outros pontos, notadamente o que se refere à adequada representação, foi também invocada a “class action” do sistema norte-americano.

22 MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas no direito comparado e nacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 100.

Na Alemanha, o sistema processual admitiu forma de tutela coletiva, a ser exercida por associações, também circunscrita basicamente às relações de consumo e ao meio ambiente²³. Significativo avanço ocorreu em Portugal, onde o procedimento básico para a tutela de interesses coletivos é a ação popular prevista na Constituição de 1976 (artigos 20, nº 1 e art. 52, nº 2), que tem entre suas finalidades a de prestar tutela preventiva, reparatória e sancionatória de lesões à saúde pública, ao meio ambiente e à qualidade de vida e ao patrimônio cultural. A posterior regulamentação dessa ação, pela Lei 83/95, bem assim da que trata da defesa dos consumidores (Lei 24/96), já tiveram “clara inspiração da legislação brasileira”²⁴.

2. A “revolução” brasileira no domínio do processo coletivo

Foi o legislador brasileiro, na verdade, que protagonizou, de modo muito mais profundo e mais rico do que nos demais países do *civil law* a “revolução” mencionada por Cappelletti e Garth, em prol da criação de instrumentos de tutela coletiva. Já na década de 70, a Lei 6.513, de 20/12/77, introduziu significativa modificação no art. 1º, § 1º, da Lei da Ação Popular, a fim de considerar como patrimônio público “os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico e turístico”. Com isso, viabilizou-se a possibilidade de tutela dos referidos bens e direitos, de natureza difusa, pela via da ação popular. Todavia, foi a Lei nº 7.347, de 24/07/85, que assentou o marco principal do intenso e significativo movimento em busca de instrumentos processuais

23 LEAL, Márcio Flávio Mafrá. **Ações coletivas**: história, teoria e prática. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998, p. 181.

24 ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. **Ações coletivas**: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 39. Significativo, no particular, o precedente mencionado pelo autor (p. 42, nota 9), colhido na jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça português, no Processo 503/97, de 1997, em cuja ementa se lê: “I - O art. 1º da Lei 83/95, de 31 de agosto, abarca não só os ‘interesses difusos’, mas também os ‘interesses individuais homogêneos’. II – Os ‘interesses difusos’ são radicados na própria colectividade, deles sendo titular uma pluralidade indefinida de sujeitos, reportando-se a bens por natureza indivisíveis e insuscetíveis de apropriação individual. III - Os ‘interesses individuais homogêneos’ representam todos aqueles casos em que os membros da classe são titulares de direitos diversos, mas dependentes de uma única questão de facto ou de direito, pedindo-se para todos um provimento jurisdicional de conteúdo idêntico. IV – O direito de reparação de danos ao consumidor por incumprimento de contrato inclui-se na categoria dos ‘interesses individuais homogêneos’. V – A Associação dos Consumidores Portugal (ACOP) tem legitimidade para propor acção popular tendo por objeto o pedido de indemnização dos assinantes de contratos do serviço telefónico público por violação do mesmo por parte da Portugal Telecom, S.A.” (íntegra do acórdão na **Revista de Direito do Consumidor**, nº 27, p. 88-102).

para a tutela dos chamados *direitos e interesses difusos e coletivos*. Essa Lei, conhecida como *lei da ação civil pública*, veio preencher uma importante lacuna do sistema do processo civil, que, ressalvado o âmbito da ação popular, só dispunha, até então, de meios para tutelar direitos subjetivos individuais. Mais que disciplinar um novo procedimento qualquer, a nova Lei veio inaugurar um autêntico sub-sistema de processo, voltado para a tutela de uma também original espécie de direito material: a dos direitos transindividuais, caracterizados por se situarem em domínio jurídico, não de uma pessoa ou de pessoas determinadas, mas sim de uma coletividade.

Com o advento da Constituição de 1988, ficou expressamente consagrada, com a marca da sua estatura superior, a tutela material de diversos direitos com natureza transindividual, como o direito ao meio ambiente sadio (art. 237), à manutenção do patrimônio cultural (art. 216), à preservação da probidade administrativa (art. 37, § 4º) e à proteção do consumidor (art. 5º, XXXII). A Carta Magna também elevou à estatura constitucional os instrumentos para a tutela processual desses novos direitos. Foi alargado o âmbito da ação popular (art. 5º, LXXIII), que passou a ter por objeto explícito um significativo rol de direitos transindividuais (moralidade administrativa, meio ambiente, patrimônio histórico e cultural) e conferiu-se legitimação ao Ministério Público para promover inquérito civil e ação civil pública destinados a tutelar qualquer espécie de direitos e interesses difusos e coletivos (art. 129, III).

Contemporaneamente à introdução dos mecanismos destinados a tutelar direitos transindividuais, foram também criados instrumentos para a tutela coletiva de direitos individuais. No sistema consagrado no Código de Processo Civil, era admitida a defesa conjunta de direitos individuais afins ou comuns de vários titulares, mas desde que ocorresse por regime de litisconsórcio ativo facultativo (CPC, art. 46), ou seja, com a presença dos próprios litisconsortes no pólo ativo da relação processual. A Constituição de 1988 expandiu notavelmente uma forma alternativa de tutela coletiva de tais direitos, e o fez adotando a técnica da substituição processual. Com esse desiderato, outorgou legitimação a certas instituições e entidades para, em nome próprio, defender em juízo direitos subjetivos de outrem. Foi o que ocorreu com as entidades associativas (art. 5º, XXI) e sindicais (art. 8º, III), a quem foi conferida legitimação para defender em juízo os

direitos dos seus associados e filiados. Da mesma forma, aos partidos políticos com representação no Congresso Nacional, às organizações sindicais, às entidades de classe e às associações atribuiu-se legitimação para impetrar mandado de segurança coletivo “em defesa de seus membros ou associados” (art. 5º, LXX).

Surgiu, logo depois, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11/09/90), que, entre outras novidades, disciplinou, no âmbito das relações de consumo, procedimento – que denominou de ação civil coletiva (art. 91) - para defesa conjunta de *direitos individuais homogêneos*, valendo-se, também para esse fim, da técnica da legitimação por substituição processual (art. 82).

Formado todo esse cabedal normativo, não há como deixar de reconhecer, em nosso sistema processual, a existência de um subsistema específico, rico e sofisticado, aparelhado para atender aos conflitos coletivos, característicos da sociedade moderna. Conforme observou Barbosa Moreira, “o Brasil pode orgulhar-se de ter uma das mais completas e avançadas legislações em matéria de proteção de interesses supraindividuais”, de modo que, se ainda é insatisfatória a tutela de tais interesses, certamente “não é a carência de meios processuais que responde” por isso²⁵.

3. Tutela coletiva e direito coletivo: importância da adequada conceituação

A entusiástica utilização que se seguiu à criação dos novos mecanismos processuais, nem sempre se deu de modo apropriado, às vezes por inexperiência de seus operadores, o que é compreensível, outras vezes por se imaginar, equivocadamente, que enfim se tinha em mãos o remédio para todos os males: para destravar a máquina judiciária e para salvar a sociedade de todas as agressões, do Governo e dos poderosos em geral. A ação civil pública passou a ser a tábua de salvação, utilizada, indistintamente, para tutelar direitos individuais (homogêneos) e direitos transindividuais. Vozes experientes se fizeram ouvir, alertando contra os excessos

25 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A ação civil pública e a língua portuguesa. In: MILARÉ, Edis (coord.). **Ação civil pública** – Lei 7.347/1985 – 15 anos. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 345.

(verificados, aliás, também na prática da “*class action*” norte-americana)²⁶. Kazuo Watanabe, escrevendo sobre “demandas coletivas e os problemas emergentes da práxis forense”, afirmou: “É preciso evitar-se, a todo o custo, que graves erros, dúvidas e equívocos, principalmente os decorrentes de mentalidade incapaz de captar com sensibilidade social as inovações e os provocados por vedetismo ou espírito político-eleitoreiro, possam comprometer irremediavelmente o êxito de todo esse instrumental, que tem tudo para solucionar adequadamente os inúmeros conflitos de interesses coletivos que marcam a sociedade contemporânea. Nos Estados Unidos, onde a *class action* tem longa tradição, há opiniões favoráveis (...) e também negativas (...), e não são poucos os que manifestam a preocupação a respeito de sua correta utilização de modo a não transformá-las em instrumento de proveito egoístico de quem as propõe, em vez de fazê-las cumprir objetivos sociais a que se vocacionam. Com maior razão, preocupação redobrada devemos ter no Brasil, onde o individualismo é mais acentuado e não temos ainda tradição no trato com as demandas coletivas”²⁷.

Uma das principais causas, senão a principal, dos equívocos nesse novo domínio processual foi a de confundir *direito coletivo* com *defesa coletiva de direitos*, que trouxe a consequência, à toda evidência equivocada, de se imaginar possível conferir aos direitos subjetivos individuais, quando tutelados coletivamente, o mesmo tratamento que se dá aos direitos de natureza transindividual. A origem contemporânea e comum dos mecanismos de tutela de um e outro desses direitos, acima referida, explica, talvez, a confusão que ainda persiste em larga escala, inclusive na lei e na jurisprudência. Com efeito, a partir do advento do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, que introduziu mecanismo especial para defesa coletiva dos chamados *direitos individuais homogêneos*, passou-se, não raro, a considerar tal categoria de direitos, para todos os efeitos, como espécie dos *direitos coletivos e difusos*, lançando-os todos eles em vala

26 ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. **Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 21.

27 WATANABE, Kazuo. Demandas coletivas e os problemas emergentes da práxis forense. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **As garantias do cidadão na justiça**. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 186. Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci, com a mesma preocupação, dedicaram capítulo especial sobre “ação civil pública e sua abusiva utilização pelo ministério público” (TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. **Devido processo legal e tutela jurisdicional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993).

comum, como se lhes fossem comuns e idênticos os instrumentos processuais e as fontes normativas de legitimação para a sua defesa em juízo. Não é assim, todavia. É sabido, por exemplo, que o Ministério Público está constitucionalmente legitimado para tutelar todo e qualquer direito ou interesse transindividual, difuso ou coletivo (CF, art. 129, III), seja no processo de conhecimento, seja na execução das sentenças; entretanto, como adiante se procurará demonstrar²⁸, não está legitimado a defender em juízo, irrestritamente, todos e quaisquer direitos individuais homogêneos. A sua legitimidade para tutelar tais direitos, quando ocorre, se dá, não por força do art. 129, III, da Constituição (já que de direitos coletivos não se trata), e sim porque a sua tutela, em forma coletiva, constitui, em determinadas situações, providência que interessa à toda a sociedade, o que atrai a regra de legitimação do art. 127 da Carta Constitucional.

Isso tudo evidencia a importância da adequada identificação da natureza do direito material lesado ou ameaçado, identificação essa que servirá de guia para a subsequente definição dos meios, dos modos e dos instrumentos de natureza processual que podem ser utilizados para a sua proteção em juízo²⁹.

4. Direitos transindividuais (coletivos *lato sensu*) e direitos individuais homogêneos: definições

É preciso, pois, que não se confunda defesa de direitos coletivos com defesa coletiva de direitos (individuais). Direitos coletivos são direitos subjetivamente *transindividuais* (= sem titular determinado) e materialmente *indivisíveis*. Os direitos

28 Capítulo IX.

29 Não tem razão, sob este aspecto, a doutrina segundo a qual a correta distinção entre direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos depende do pedido e da causa de pedir formulados na demanda (v.g.: **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 747). Ela produz um resultado absurdo: o de negar que o direito tenha alguma natureza antes de ser objeto de litígio em juízo. Ela retira do processo o seu caráter meramente instrumental e ancilar, de servir de meio de proteção ao direito material (o qual, portanto, preexiste ao processo, necessariamente). Conforme esclareceu apropriadamente BEDAQUE, “o interesse ou direito é difuso, coletivo ou individual homogêneo independente da existência de um processo. Basta que determinado acontecimento da vida o faça surgir. De resto, é o que o ocorre com qualquer categoria de direito. Caso não se dê a satisfação espontânea, irá o legitimado bater às portas do Judiciário para pleitear a tutela jurisdicional, ou seja, àquele interesse metaindividual, preexistente ao processo” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo**. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 35).

coletivos comportam sua acepção no singular, inclusive para fins de tutela jurisdicional. Ou seja: embora indivisível, é possível conceber-se uma única unidade da espécie de direito coletivo. O que é múltipla (e indeterminada) é a sua titularidade e daí a sua transindividualidade. “Direito coletivo” é designação genérica para as duas modalidades de direitos transindividuais: o difuso e o coletivo *stricto sensu*. É denominação que se atribui a uma especial categoria de direito material, nascida da superação, hoje indiscutível, da tradicional dicotomia entre interesse público e interesse privado³⁰. É direito que não pertence à administração pública e nem a indivíduos particularmente determinados. Pertence, sim, a um grupo de pessoas, a uma classe, a uma categoria, ou à própria sociedade, considerada em seu sentido amplo. Na definição de Péricles Prade, “...são os titularizados por uma cadeia abstrata de pessoas, ligadas por vínculos fáticos exurgidos de alguma circunstancial identidade de situação, passíveis de lesões disseminadas entre todos os titulares, de forma pouco circunscrita e num quadro abrangente de conflituosidade”³¹.

Já os direitos individuais homogêneos são, simplesmente, direitos subjetivos individuais. A qualificação de *homogêneos* não altera e nem pode desvirtuar essa sua natureza. É qualificativo utilizado para identificar um conjunto de direitos subjetivos individuais ligados entre si por uma relação de afinidade, de semelhança, de *homogeneidade*, o que permite a defesa coletiva de todos eles. Para fins de tutela jurisdicional *coletiva*, não faz sentido, portanto, sua versão singular (um único direito homogêneo), já que a marca da *homogeneidade* supõe, necessariamente, uma relação de

30 “L’interesse pubblico, cui è per definizione e per tradizione preposta la pubblica amministrazione. n.º sempre e nom necessariamente coincide com l’interesse dell’intera collettività all’interno dello Stato-comunità. Se così fosse, la dicotomia pubblico-privato avrebbe ancora un valore: mentre, per capire la realtà che ci circonda e la sua evoluzione, è necessario superare tale dicotomia e parlare (...) anche di interessi diffusi e collettivi, cioè di un fenomeno non riducibile né al pubblico né al privato così come sono tradizionalmente intesi, Gli interessi diffusi non appartengono a singoli individui o soggetti, ma a interi gruppi, classi, categorie di soggetti: in questo senso superano la tradizionale categoria dell’interesse privato. D’altro canto, la formula delle interesse pubblico, pur nella sua genericità, non riesce a fornire una tutela agli interessi diffusi; del resto, in una visione non neutralistica del fenomeno statuale, si deve riconoscere che spesso tale formula è insincera, contribuendo a mascherare il perseguimento da parte dello Stato e dei gruppi ad esso legati di interessi particolari” (ARENA, Gregorio. La partecipazione dei privati al procedimento amministrativo nell’esperienza statunitense. In: GAMBARO, A. (coord.). **La tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato**. Milano: Giuffrè, 1976, p. 97).

31 PRADE, Péricles. **Conceito de interesses difusos**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987, p. 61.

referência com outros direitos individuais assemelhados. Há, é certo, nessa compreensão, uma pluralidade de titulares, como ocorre nos direitos transindividuais; porém, diferentemente desses (que são indivisíveis e seus titulares são indeterminados), a pluralidade, nos direitos individuais homogêneos, não é somente dos sujeitos (que são determinados), mas também do objeto material, que é divisível e pode ser decomposto em unidades autônomas, com titularidade própria. Não se trata, pois, de uma nova espécie de direito material. Os direitos individuais homogêneos são, em verdade, aqueles mesmos direitos comuns ou afins de que trata o art. 46 do CPC (nomeadamente em seus incisos II e IV), cuja coletivização tem um sentido meramente instrumental, como estratégia para permitir sua mais efetiva tutela em juízo. Em outras palavras, os direitos homogêneos “são, por esta via exclusivamente pragmática, transformados em estruturas moleculares, não como fruto de uma indivisibilidade inerente ou natural (interesses e direitos públicos e difusos) ou da organização ou existência de uma relação jurídica-base (interesses coletivos *stricto sensu*), mas por razões de facilitação de acesso à justiça, pela priorização da eficiência e da economia processuais (...)”³². Quando se fala, pois, em “defesa coletiva” ou em “tutela coletiva” de direitos homogêneos, o que se está qualificando como coletivo não é o direito material tutelado, mas sim o modo de tutelá-lo, o instrumento de sua defesa.

5. Quadro comparativo das distinções

*Direitos ou interesses coletivos (lato sensu) e direitos ou interesses individuais homogêneos*³³, constituem, portanto, categorias de direitos ontologicamente

32 BENJAMIN, Antônio Herman H. A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico. Apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor. In: MILARÉ, Edis (coord.). **Ação civil pública: Lei 7.347/85 – Reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 96.

33 Embora admitindo que, a rigor, “há interesses que não são direitos”, a doutrina reconhece que, no sistema normativo do processo coletivo, nomeadamente no CDC, os dois termos (direito e interesse) são tomados como sinônimos (TESHEINER, José Maria Rosa. **Ações coletivas pró-consumidor**. **Revista Ajuris**, Porto Alegre: Ajuris, v. 19, n. 54, mar. 1992, p. 75-106. WATANABE, Kazuo. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 739. FERREIRA, Rony. **Coisa julgada nas ações coletivas**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2004, p. 56. Sobre o tema: MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir**. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 19. SOUZA,

diferenciadas. É o que se pode verificar da sua conceituação, plasmada em texto normativo (artigo 81, parágrafo único, da Lei nº 8.078, de 1990) e adotada, por constituir expressão de conceitos doutrinários assentados, não apenas para os efeitos daquela Lei (Código do Consumidor), mas para todos os efeitos de direito. Segundo a definição dada pelo legislador, são interesses e direitos difusos “*os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstância de fato*” (art. 80, parágrafo único, inciso I); são interesses e direitos coletivos “*os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base*” (inciso II); e são direitos individuais homogêneos “*os decorrentes de origem comum*” (inciso III). A esses últimos, poder-se-ia adicionar, para melhor compreensão, os qualificativos do artigo 46 do CPC: direitos derivados “*do mesmo fundamento de fato ou de direito*” (inciso II) ou que tenham, entre si, relação de afinidade “*por um ponto comum de fato ou de direito*” (inciso IV).

As definições permitem traçar o seguinte quadro comparativo³⁴:

Motauri Ciochetti de Souza. **Ação civil pública**: competência e efeitos da coisa julgada. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 23.

34 O presente quadro comparativo é reprodução do que constou em nosso texto Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília: Senado Federal, v. 32, n. 127, jul./set. 1995, p. 83-96.

DIREITOS	DIFUSOS	COLETIVOS	INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS
1) Sob o aspecto subjetivo são:	<i>Transindividuais</i> , com indeterminação <i>absoluta</i> dos titulares (= não têm titular individual e a ligação entre os vários titulares difusos decorre de mera circunstância de fato. Exemplo: morar na mesma região.)	<i>Transindividuais</i> , com determinação relativa dos titulares (= não têm titular individual e a ligação entre os vários titulares coletivos decorre de uma relação jurídica-base. Exemplo: O Estatuto da OAB.)	<i>Individuais</i> : (= há perfeita identificação do sujeito, assim da relação dele com o objeto do seu direito). A ligação que existe com outros sujeitos decorre da circunstância de serem titulares (individuais) de direitos com “origem comum”.
2) Sob o aspecto objetivo são:	<i>Indivisíveis</i> (= não podem ser satisfeitos nem lesados senão em forma que afete a todos os possíveis titulares).	<i>Indivisíveis</i> (= não podem ser satisfeitos nem lesados senão em forma que afete a todos os possíveis titulares).	<i>Divisíveis</i> : (podem ser satisfeitos ou lesados em forma diferenciada e individualizada, satisfazendo ou lesando um ou alguns sem afetar os demais).
3) Exemplo:	Direito ao meio ambiente sadio (CF, art. 225).	Direito de classe dos advogados de ter representante na composição dos Tribunais (CF, art. 94).	Direito dos adquirentes a abatimento proporcional do preço pago na aquisição de mercadoria viciada (CDC, art. 18, § 1º, III).
4) Em decorrência de sua natureza:	a) – são insuscetíveis de apropriação individual;	a) – são insuscetíveis de apropriação individual;	a) – individuais e divisíveis, fazem parte do patrimônio individual do seu

	<p><i>b)</i> – são insuscetíveis de transmissão, seja por ato <i>inter vivos</i>, seja <i>mortis causa</i>;</p> <p><i>c)</i> - são insuscetíveis de renúncia ou de transação;</p> <p><i>d)</i> – sua defesa em juízo se dá sempre em forma de substituição processual (o sujeito ativo da relação processual não é o sujeito ativo da relação de direito material), razão pela qual o objeto do litígio é indisponível para o autor da demanda, que não poderá celebrar acordos, nem renunciar, nem confessar (CPC, 351) nem assumir ônus probatório não fixado na Lei (CPC, 333, parágrafo único, I);</p>	<p><i>b)</i> – são insuscetíveis de transmissão, seja por ato <i>inter vivos</i>, seja <i>mortis causa</i>;</p> <p><i>c)</i> - são insuscetíveis de renúncia ou de transação;</p> <p><i>d)</i> – sua defesa em juízo se dá sempre em forma de substituição processual (o sujeito ativo da relação processual não é o sujeito ativo da relação de direito material), razão pela qual o objeto do litígio é indisponível para o autor da demanda, que não poderá celebrar acordos, nem renunciar, nem confessar (CPC, 351) nem assumir ônus probatório não fixado na Lei (CPC, 333, parágrafo único, I);</p>	<p>titular;</p> <p><i>b)</i> – são transmissíveis por ato <i>inter vivos</i> (cessão) ou <i>mortis causa</i>, salvo exceções (direitos extrapatrimoniais);</p> <p><i>c)</i> - são suscetíveis de renúncia e transação, salvo exceções (v.g. direitos personalíssimos);</p> <p><i>d)</i> – são defendidos em juízo, geralmente, por seu próprio titular. A defesa por terceiro o será em forma de representação (com aquiescência do titular). O regime de substituição processual dependerá de expressa autorização em lei (CPC, art. 6º);</p>
--	--	--	--

	e) – a mutação dos titulares ativos difusos da relação de direito material se dá com <i>absoluta</i> informalidade jurídica (basta alteração nas circunstâncias de fato).	e) a mutação dos titulares coletivos da relação jurídica de direito material se dá com <i>relativa</i> informalidade (basta a adesão ou a exclusão do sujeito à relação jurídica-base).	e) – a mutação de pólo ativo na relação de direito material, quando admitida, ocorre mediante ato ou fato jurídico típico e específico (contrato, sucessão <i>mortis causa</i> , usucapião, etc.)
--	---	---	---

Nem sempre são perceptíveis com clareza as diferenças entre os direitos difusos e os direitos coletivos, ambos transindividuais e indivisíveis, o que, do ponto de vista processual, não tem maiores conseqüências, já que, pertencendo ambos ao gênero de direitos transindividuais, são tutelados judicialmente pelos mesmos instrumentos processuais. Pode-se, pois, sem comprometer a clareza, identificá-los em conjunto, pela sua denominação genérica de direitos coletivos ou de direitos transindividuais. No entanto, os direitos individuais, não obstante homogêneos, são direitos subjetivos individuais. Peca por substancial e insuperável antinomia afirmar-se possível a existência de *direitos individuais transindividuais*. Entre esses e os direitos coletivos, portanto, as diferenças são mais acentuadas e a sua identificação, conseqüentemente, é mais perceptível.

6. Situações jurídicas heterogêneas

É importante anotar, todavia, que os conceitos e institutos jurídicos, concebidos, no plano teórico e para fins didáticos, em seu estado puro, nem sempre se amoldam tão harmoniosamente assim à realidade social, que é dinâmica e multiforme. O pragmatismo da vida é mais fecundo em novidades do que a capacidade intuitiva do legislador e do intérprete do direito. As situações jurídicas novas assumem, não raro, configurações

insuscetíveis de ser, desde logo, conciliadas ou apropriadas por modelos legais ou doutrinários pré-estabelecidos.

Portanto, nem sempre os conceitos acima desenvolvidos – de direitos transindividuais e individuais homogêneos - se manifestam de modo claro no plano da realidade. Há situações em que os direitos tuteláveis se apresentam como transindividuais ou como individuais homogêneos, ou ainda em forma cumulada de ambos, tudo a depender das circunstâncias de fato³⁵. A tutela do meio ambiente e do consumidor, domínio clássico de atuação do processo coletivo, oferece exemplos bem elucidativos dessa afirmação. Assim, entre os direitos básicos do consumidor, estabelecidos no art. 6º do seu Código de Defesa (Lei nº 8.078/90), está o de “proteção contra publicidade enganosa e abusiva” (inciso IV). Ora, enquanto não ocorrer, concretamente, um evento lesivo, ou seja, enquanto nenhuma propaganda enganosa seja efetivamente veiculada, esse direito tem configuração típica de transindividualidade: é direito difuso, já que, considerado nesse estágio dos fatos, é indivisível e sem titular determinado e pode, como tal, ser tutelado em juízo, notadamente por medidas de natureza preventiva, caso haja ameaça de lesão. Todavia, violado o preceito normativo com a veiculação da publicidade, o dano material correspondente se concretizará no patrimônio de pessoas determinadas, ensejando tutela reparatória em favor dos lesados, cujos direitos, divisíveis e individualizáveis, assumem aí configuração típica de direitos individuais homogêneos. Em outras palavras: na fase anterior à lesão (quando enseja tutela preventiva), o direito tem feição transindividual; já a tutela reparatória é em favor de direitos individuais homogêneos. Pode-se aventar, ainda, a hipótese de cumulação de ambas: persistindo a veiculação da propaganda enganosa, viabiliza-se (a) a busca de tutela jurisdicional para fazê-la cessar (= tutela em favor de pessoas indeterminadas, que ainda possam ser atingidas pelo ilícito) e, simultaneamente, (b) a tutela reparatória dos direitos individuais homogêneos das pessoas já vitimadas.

35 GIDI, Antônio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 20-21. ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Mandado de Segurança coletivo: aspectos processuais controvertidos**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2001, p. 68.

Outro exemplo, no campo do direito ambiental: o transporte irregular de produto tóxico constitui ameaça ao meio ambiente, direito de natureza transindividual e difusa. Mas constitui, também, ameaça ao patrimônio individual e às próprias pessoas moradoras na linha de percurso do veículo transportador (= direitos individuais homogêneos). Eventual acidente com o veículo atingirá o ambiente natural (v.g, contaminando o ar ou a água), o que importa ofensa a direito difuso, e, ao mesmo tempo, à propriedade ou à saúde das pessoas residentes na circunvizinhança, o que configura lesão coletiva a direitos individuais homogêneos.

A existência de situações desse jaez, que fogem dos padrões conceituais rígidos, de modo algum infirma as distinções antes empreendidas, nem desautoriza o esforço metodológico que se deve desenvolver no trato doutrinário da matéria. Quando as peculiaridades do fato concreto não podem ser subsumidas direta e imediatamente aos gêneros normativos existentes e nem submetidas aos padrões conceituais pré-estabelecidos, cumprirá ao aplicador da lei a tarefa de promover a devida adequação, especialmente no plano dos procedimentos, a fim de viabilizar a tutela jurisdicional mais apropriada para o caso. Também no domínio do processo coletivo, que, como todo o processo, tem vocação essencialmente instrumental, há de imperar o princípio da adequação das formas: o instrumento deve ser amoldado para servir a seus fins. Nesses momentos, mais do que em qualquer outro, é indispensável que o juiz assuma efetivamente seu papel de condutor e dirigente, o que inclui a tarefa de ordenar as situações novas, valendo-se, para tal fim, dos recursos hermenêuticos e das linhas de princípios que o sistema oferece.

7. Danos morais transindividuais?

Questão interessante e polêmica é provocada pelo art. 1º da Lei 7.347/85, segundo o qual “regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados (...)” aos bens e valores ali elencados (meio ambiente, consumidor, bens culturais e “qualquer outro interesse difuso e coletivo”). Fundada na interpretação literal do texto normativo,

formou-se corrente de opinião³⁶ sustentando a possibilidade de ocorrer dano moral de natureza transindividual, ou seja, dano moral causado, não a pessoas determinadas, mas a pessoas indeterminadas e indetermináveis.

Não há dúvida de que a lesão a um direito de natureza difusa, como por exemplo um dano ao ambiente natural ou ecológico, pode, em tese, acarretar também dano moral. Assim, a destruição de um conjunto florestal plantado por antepassado de determinado indivíduo, para quem as plantas teriam, por essa razão, grande valor afetivo, certamente pode ensejar a configuração de duplo dano: ambiental e moral. Da mesma forma, a destruição de um patrimônio artístico ou cultural ou a ofensa a outros direitos transindividuais, são eventos que, teoricamente, podem desencadear danos de diversa natureza, inclusive moral. Todavia, isso não significa que o dano moral, nesses casos, assumo, ele próprio, a natureza transindividual.

Com efeito, a vítima de dano moral é, necessariamente, uma pessoa. É que o dano moral envolve, necessariamente, dor, sentimento, lesão psíquica, afetando "a parte sensitiva do ser humano, como a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas"³⁷, ou seja, "tudo aquilo que molesta gravemente a alma humana, ferindo-lhe gravemente os valores fundamentais inerentes à sua personalidade ou reconhecidos pela sociedade em que está integrado"³⁸. Assim, não se mostra compatível com o dano moral a idéia da transindividualidade (= da indeterminabilidade do sujeito passivo e da indivisibilidade da ofensa e da reparação) da lesão.

Refutando a doutrina segundo a qual "sempre que houver um prejuízo ambiental objeto de comoção popular, com ofensa ao sentimento coletivo, estará presente o dano moral ambiental"³⁹, sustentou Rui Stoco, com razão, que, "o primeiro reparo que se impõe é no sentido de que não existe 'dano moral ao meio ambiente'. Muito menos ofensa moral aos mares, rios, à Mata Atlântica ou mesmo agressão moral a

36 LEITE, José Rubens Morato. **Dano ambiental**: do individual ao coletivo extrapatrimonial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 286.

37 REIS, Clayton. **Os novos rumos da indenização do dano moral**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 236.

38 CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 20.

39 LEITE, José Rubens Morato. **Dano ambiental**: do individual ao coletivo extrapatrimonial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 300.

uma coletividade ou a um grupo de pessoas não identificadas. A ofensa moral sempre se dirige à pessoa enquanto portadora de individualidade própria; de um *vultus* singular e único. Os danos morais são ofensas aos direitos da personalidade, assim como o direito à imagem constitui um direito de personalidade, ou seja, àqueles direitos da pessoa sobre ela mesma. (...) A Constituição Federal, ao consagrar o direito de reparação por dano moral, não deixou margem à dúvida, mostrando-se esmerada sob o aspecto técnico-jurídico, ao deixar evidente que esse dever de reparar surge quando descumprido o preceito que assegura o direito de resposta nos casos de calúnia, injúria ou difamação ou quando o sujeito viola a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (art. 5º, incisos V e X), todos estes atributos da personalidade. Ressuma claro que o dano moral é personalíssimo e somente visualiza a pessoa, enquanto detentora de características e atributos próprios e invioláveis. Os danos morais dizem respeito ao foro íntimo do lesado, pois os bens morais são inerentes à pessoa, incapazes, por isso, de subsistir sozinhos. Seu patrimônio ideal é marcadamente individual, e seu campo de incidência, o mundo interior de cada um de nós, de modo que desaparece com o próprio indivíduo (...). Do que se conclui mostrar-se impróprio, tanto no plano fático como sob o aspecto lógico-jurídico, falar em dano moral ao ambiente, sendo insustentável a tese de que a degradação do meio ambiente por ação do homem conduza, através da mesma ação judicial, à obrigação de reconstituí-lo, e, ainda, de recompor o dano moral hipoteticamente suportado por um número indeterminado de pessoas⁴⁰.

Bem se vê que a interpretação a ser dada ao art. 1º da Lei 7.347/85, no que se refere a danos morais, não pode ser a estritamente literal. Tratando-se de Lei com objetivo eminentemente processual, ela por certo não teve em mira criar nova modalidade de direito material: um exótico dano moral supraindividual. Afastada a viabilidade de compatibilizar a natureza do dano moral (que é necessariamente individual, porque personalíssimo), com a idéia da transindividualidade, própria dos direitos difusos e coletivos *stricto sensu* (que são indivisíveis e com titularidade indeterminada), o que se deve extrair, do dispositivo comentado, no particular, é a

40 STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**: com comentários ao Código Civil de 2002. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 855-857.

autorização para cumular, no processo em que se busca a responsabilização do réu pelas lesões causadas a direitos transindividuais, a reparação dos danos morais eventualmente decorrentes do mesmo fato.

8. Interesses sociais como direitos coletivos

A consagração dos interesses sociais como categoria jurídica suscetível de tutela jurisdicional autônoma e independente decorre da própria Constituição Federal, nomeadamente do seu art. 127, que, tratando do Ministério Público, atribuiu-lhe a incumbência de “defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”. Duas ordens de questionamento despertam aquele dispositivo: a primeira, a de saber de seu alcance no plano processual, ou seja, de sua suficiência normativa como regra de legitimação ativa para operar na via judicial. E a segunda, a de estabelecer o seu alcance no domínio do direito material, ou seja, a de identificar a natureza e a essência dessa categoria jurídica denominada interesses sociais.

Quanto ao primeiro aspecto, conforme se procurará demonstrar adiante⁴¹, o preceito constitucional que confere ao Ministério Público a incumbência de promover a defesa dos interesses sociais (art. 127) é, em tudo, assemelhado ao preceito legal contido no art. 82, III, do CPC, que atribui ao Ministério Público a competência para intervir em todas as causas em que há interesse público. Muito se questionou a respeito da extensão de tal comando processual, mas jamais se duvidou de sua auto-aplicabilidade. A mesma atitude interpretativa se há de ter frente à norma constitucional do art. 127: pode-se questionar seu conteúdo, mas não sua suficiência e aptidão para gerar, desde logo, a eficácia que lhe é própria, a cujo respeito trataremos adiante.

Partindo-se, assim, da premissa de que o art. 127, da CF é auto-suficiente, completo, apto a, desde logo, irradiar todos os efeitos, pode-se afirmar que os interesses sociais constituem categoria jurídica suscetível de defesa jurisdicional própria, a ser promovida pelo Ministério Público, inclusive mediante a utilização de todos os instrumentos processuais para a devida tutela perante o Poder Judiciário.

41 Capítulo IX.

Posta a primeira questão nestes termos, resta examinar a segunda: a de estabelecer o alcance, no domínio do direito material, da natureza e essência dessa categoria jurídica denominada *interesses sociais*. Nesse aspecto, *mutatis mutandis*, o conceito de interesse social, aludido no art.127 da Constituição, desperta as mesmas indagações que assaltam os intérpretes do art. 82, III, do CPC, que atribui ao Ministério Público competência para intervir nas “causas em que há interesse público”. O que se deve entender por *interesses sociais*?

Não é possível, como todos reconhecem, determinar, no plano teórico, o alcance objetivo dessa expressão normativa, em virtude de sua formulação à base de um conceito jurídico extremamente aberto. Mas isso é inerente e natural às normas dessa natureza. A utilização da técnica legislativa de cláusulas abertas e de conteúdo indeterminado tem justamente a finalidade de delegar ao juiz a tarefa de estabelecer o seu sentido em face do caso concreto. São normas estruturadas para que o seu conteúdo seja definido, não em sua inteireza abstrata, mas em sua virtualidade empírica. Dessa forma, o problema de interpretação é muito mais agudo para o doutrinador, na sua tentativa de traçar teoricamente os domínios objetivos da norma, do que para o juiz, que atua à vista da experiência. Embora não se conheça, *a priori*, todos os limites do conceito de *interesse social* ou *interesse público*, o caso concreto apresenta, quase sempre, elementos aptos a fornecer ao intérprete as condições para definir ali a sua presença ou não.

A definição concreta e tópica, entretanto, supõe e baseia-se em moldura geral, estabelecida abstratamente. E não há dúvida de que, mesmo no plano teórico, os contornos principais do conceito podem ser identificados com boa margem de segurança, permitindo estabelecer limites entre o que, com certeza, constitui e o que não constitui interesse social. O primeiro limite é o que decorre de sua contraposição a interesse particular. O interesse social tem âmbito de abrangência necessariamente maior que o interesse que se limita à esfera individual. Essa contraposição é que dá sentido ao princípio de direito administrativo da *supremacia do interesse público sobre o particular*.

Um segundo limite é o que se estabelece a partir da distinção entre

interesse social (ou interesse público) e interesse da Administração Pública. Embora a atividade administrativa tenha como objetivo próprio o de concretizar o interesse público, é certo que não se pode confundir tal interesse com o de eventuais interesses próprios das entidades públicas. Daí a classificação doutrinária que distingue os interesses primários da Administração (que são os interesses públicos, sociais, da coletividade) e os seus interesses secundários (que se limitam à esfera interna do ente estatal). “Assim”, escreveu Celso Antônio Bandeira de Mello, “independentemente do fato de ser, por definição, encarregado dos interesses públicos, o Estado pode ter, tanto quanto as demais pessoas, interesses que lhes são particulares, individuais, e que, tal como os interesses delas, concebidas em suas meras individualidades, se encarnam no Estado enquanto pessoas. Estes últimos não são interesses públicos, mas interesses individuais do Estado, similares, pois (sob o prisma extrajurídico), aos interesses de qualquer sujeito”⁴². Nessa linha distintiva, fica claro que a Administração, nas suas funções institucionais, atua em representação de interesses sociais e, eventualmente, de interesses exclusivamente seus. Portanto, embora com vasto campo de identificação, não se pode estabelecer sinonímia entre interesse social e interesse da Administração.

Pode-se afirmar, utilizando a classificação de Engisch, que interesse social encerra conceito jurídico *indeterminado* (porque o seu “*conteúdo e extensão são em larga medida incertos*”) e *normativo* (porque “*carecido de um preenchimento valorativo*”), e sua função “em boa parte é justamente permanecer abertos às mudanças das valorações”⁴³. Conforme observou o Ministro Sepúlveda Pertence, em voto proferido no Supremo Tribunal Federal, “é preciso ter em conta que o interesse social não é um conceito axiologicamente neutro, mas, ao contrário – e dado o permanente conflito de interesses parciais inerente à vida em sociedade – é idéia carregada de ideologia e valor, por isso, relativa e condicionada ao tempo e ao espaço em que se deva afirmar”⁴⁴. É natural, portanto, que os interesses sociais não comportem

42 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 57.

43 ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Traduzido por J. Batista Machado. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1972, p. 173, 177 e 198.

44 Voto proferido: STF. Pleno. RE 195.056. Relator: Carlos Velloso, DJ de 14/11/2003, p. 18.

definições de caráter genérico com significação unívoca. Como demonstrou J. J. Calmon de Passos, “a individualização do interesse público não ocorre, de uma vez por todas, em um só momento, mas deriva da constante combinação de diversas influências, algumas das quais provêm da experiência passada, enquanto outras nascem da escolha que cada operador jurídico singular cumpre, *hic et nunc*, no exercício da função que lhe foi atribuída. Assim, a atividade para individualização dos interesses públicos é uma atividade de interpretação de atos e fatos e normas jurídicas (recepção dos interesses públicos fixados no curso da experiência jurídica anterior) e em parte é uma valoração direta da realidade pelo operador jurídico, atendidos os pressupostos ideológicos e sociais que o informam e à sociedade em que vive, submetidos à ação dos fatos novos, capazes de modificar juízos anteriormente irreversíveis”⁴⁵.

Genericamente, como Calmon de Passos, pode-se definir interesse público ou interesse social o “interesse cuja tutela, no âmbito de um determinado ordenamento jurídico, é julgada como oportuna para o progresso material e moral da sociedade a cujo ordenamento jurídico corresponde”⁴⁶.

A Constituição identifica claramente vários exemplares dessa categoria de interesses, como, por exemplo, a preservação do patrimônio público e da moralidade administrativa, cuja defesa pode ser exercida inclusive pelos próprios cidadãos, mediante ação popular (CF, art. 5º, LXXII), o exercício probo da administração pública, que sujeita seus infratores a sanções de variada natureza, penal, civil e política (CF, art. 37, § 4º), e a manutenção da ordem econômica, que “tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social” (CF, art. 170). São interesses, não apenas das pessoas de direito público, mas de todo o corpo social, de toda a comunidade, da própria sociedade como ente coletivo.

Os parâmetros até aqui postos são fundamentais para elucidar os devidos limites da identificação, que às vezes se faz, entre interesses sociais e direitos coletivos.

45 CALMON DE PASSOS, J.J. Intervenção do Ministério Público nas causas a que se refere o art. 82, III, do CPC. **Revista Forense**, Rio de Janeiro: Forense, v. 268, n. 916/918, out./dez. 1979, p. 56. No mesmo sentido: PINTO, Maria Hilda Marsiaj. **Ação civil pública: fundamentos da legitimidade ativa do Ministério Público**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 81.

46 Idem, *ibidem*, p. 55.

Deixou-se claro que não se pode confundir *interesses sociais* com *interesses de entes públicos*. Todavia, em muitos casos, a tutela dos interesses sociais supõe, necessariamente, a tutela também de interesses de entes públicos. Por exemplo, quando, *em defesa do interesse social*, é pleiteada a reparação de danos causados ao patrimônio público ou a restituição de valores indevidamente apropriados por administrador ímprobo, o que se estará tutelando não são apenas interesses sociais, mas também os direitos subjetivos das pessoas de direito público lesadas, para as quais, aliás, será canalizado o produto da condenação. Ora, o que importa ter presente, nesses casos, é que o interesse social vai além e acima dos meros direitos subjetivos dos entes públicos. Sua dimensão social está, exatamente, na relação que tem com valores e instituições de alcance mais elevado, a preservação das condições de vida em sociedade, da manutenção da organização estatal e da democracia. Em casos tais, a tutela dos direitos subjetivos dos entes públicos se dará, não pela importância que nessa dimensão relativa possam ter, e sim pelo que eles representam para a comunidade como um todo, para a sociedade organizada no seu mais amplo sentido.

Assim compreendidos esses interesses é que se pode dar um passo adiante: tratando-se de *interesses tutelados juridicamente*, aptos inclusive a serem defendidos em juízo, eles, na verdade, se revestem da condição de genuínos *direitos*. E, por se tratar de direitos que pertencem não exclusivamente a um patrimônio jurídico determinado, mas ao da sociedade como um todo, é apropriado incluí-los na categoria de direitos transindividuais (coletivos *lato sensu*).

9. Direitos individuais homogêneos como direitos acidentalmente coletivos

Também a afirmação segundo a qual os direitos individuais homogêneos assumem, às vezes, a “roupagem” de direito coletivo e, como tal, podem ser classificados como “acidentalmente coletivos”⁴⁷, ou, ainda, como “subespécie dos

47 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Ações coletivas na Constituição de 1988. **Revista de Processo**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v.16, n. 61, jan./mar. 1991, p. 187.

interesses coletivos”⁴⁸, deve ser entendida com reservas. É classificação decorrente, não de um enfoque *material* do direito, mas sim de um ponto de vista estritamente *processual*. O “coletivo”, conseqüentemente, diz respeito apenas à “roupagem”, ao acidental, ou seja, ao modo como aqueles direitos podem ser tutelados⁴⁹. Porém, é imprescindível ter presente que o direito material – qualquer direito material - existe antes e independentemente do processo⁵⁰. Na essência e por natureza, os direitos individuais homogêneos, embora tuteláveis coletivamente, não deixam de ser o que realmente são: genuínos direitos subjetivos individuais. Essa realidade deve ser levada em consideração quando se busca definir e compreender os modelos processuais destinados à sua adequada e mais efetiva defesa.

Todavia, a exemplo do que ocorre com os direitos subjetivos das pessoas de direito público, a lesão a certos direitos individuais homogêneos pode assumir tal grau de profundidade ou de extensão que acaba comprometendo também interesses sociais. Realmente, há certos interesses individuais que, quando visualizados em seu conjunto, em forma coletiva e impessoal, têm a força de transcender a esfera de interesses puramente individuais e passar a representar, mais que a soma de interesses dos respectivos titulares, verdadeiros interesses da comunidade como um todo. É o que ocorre, por exemplo, com os direitos individuais homogêneos dos atingidos por dano ambiental. Se, nos termos da Constituição, “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações” (CF, art. 225); e se “as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou

48 Assim foram qualificados em certos precedentes da jurisprudência, como, v.g: STF. Pleno. RE 163231-3. Relator: Maurício Corrêa, DJ de 29/06/2001; e STF. Pleno. RE 195.056-1. Relator: Carlos Velloso, DJ de 30/05/2003. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 30/09/2005.

49 WATANABE, Kazuo. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 739. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Sobre a legitimação do Ministério Público em matéria de interesses individuais homogêneos. In: MILARÉ, Edis (coord.). **Ação civil pública: Lei 7.347/85 – Reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 439.

50 LENZA, Pedro. **Teoria geral da ação civil pública**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 93.

jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados” (CF, art. 225, § 3º), parece evidente que a condenação dos responsáveis por aquelas condutas, seja no que diz respeito à reparação dos danos difusamente causados, seja também no que diz com os danos causados diretamente a pessoas individualizadas e aos seus bens, constitui interesse de toda a comunidade, na medida em que isso representa a defesa de um bem maior, que a todos diz respeito: o de preservar o direito à boa qualidade de vida e de sobrevivência da espécie. Ora, a defesa desse bem maior, que é de interesse social, acaba englobando também, ainda que indireta ou parcialmente, a defesa de direitos subjetivos individuais.

Mesmo quando isso ocorre, entretanto, é possível – e, mais ainda, indispensável – estabelecer os adequados limites distintivos, especialmente no plano conceitual, entre interesse social (= interesse de preservação de valores relevantes para a comunidade como um todo) e direitos individuais homogêneos. Aqueles são qualificáveis como direitos transindividuais; mas estes são, essencialmente, direitos subjetivos individuais que, embora passíveis de tutela coletiva na via judicial, nem por isso perdem a sua natureza, sob o ponto de vista material, de direitos pertencentes a pessoas determinadas, que sobre eles mantém o domínio jurídico.

10. Instrumentos de tutela jurisdicional de direitos coletivos e de direitos individuais homogêneos

Das considerações feitas, é possível estabelecer, com mais objetividade, a relação entre os direitos (materiais) a serem tutelados e os seus correspondentes instrumentos processuais. Se do ponto de vista do direito material são distintos e inconfundíveis os direitos coletivos *lato sensu* (= transindividuais, difusos e coletivos *stricto sensu*) e os direitos individuais homogêneos, não se pode estranhar que, para tutelá-los em juízo, sejam também distintos os instrumentos criados pelo legislador, nomeadamente no que se refere aos modos e aos limites da legitimação ativa e à natureza das providências suscetíveis de postulação em juízo. É equivocada, por exemplo, a suposição, largamente difundida, de que a ação civil pública, criada pela Lei 7.347, de 1985, e destinada a tutelar direitos transindividuais, pode ser também

indiscriminada e integralmente utilizada para a tutela de direitos individuais. Diferentemente do que ocorre em relação a esses últimos, os conflitos a respeito de direitos transindividuais geram, por sua própria natureza, o que Barbosa Moreira denominou, corretamente, de “litígios essencialmente coletivos”, já que caracterizados, sob o aspecto subjetivo, como “concernentes a um número indeterminado e, pelo menos para efeitos práticos, indeterminável de sujeitos” e, sob o aspecto objetivo, “porque o seu objeto é indivisível”⁵¹. “Não se trata de uma justaposição de litígios menores, que se reúnem para formar um litígio maior”, esclarece o mesmo autor. “O seu objeto é por natureza indivisível”, já que “é impossível satisfazer o direito ou o interesse de um dos membros da coletividade sem ao mesmo tempo satisfazer o direito ou o interesse de toda a coletividade, e vice-versa: não é possível rejeitar a proteção sem que essa rejeição afete necessariamente a coletividade como tal. Se quiserem um exemplo, podemos mencionar o caso de um litígio que se forme a propósito de uma mutilação da paisagem. É impensável que a solução, seja ela qual for, aproveite a alguns e não aproveite a outros dos membros dessa coletividade. A solução será, por natureza, unitária e incindível”⁵². Ora, a formatação processual da ação civil pública foi desenvolvida para atender a essa espécie de litígios, e não a outros, relativos a direitos individuais⁵³.

Na verdade, ressalvadas as aplicações subsidiárias admitidas por lei ou impostas pelo princípio da analogia, pode-se identificar, em nosso sistema processual, um subsistema que delineia claramente os modos e os instrumentos de tutela dos direitos coletivos (que são as ações civis públicas e a ação popular) e os modos e os instrumentos

51 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Ações coletivas na Constituição de 1988. **Revista de Processo**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v.16, n. 61, jan./mar. 1991, p.187-188.

52 Idem, ibidem, p. 188.

53 Sobre esse equívoco, de pretender-se utilizar, em qualquer circunstância, ilimitada e indiscriminadamente, a Lei da Ação Civil Pública como instrumento de tutela de direitos individuais homogêneos, advertiu Ada Pellegrini Grinover: “... a Lei 7.347, de 1985, só disciplina a tutela jurisdicional dos interesses difusos e coletivos, como se vê pelo próprio art. 1º (inc. IV) e pelo fato de a indenização pelo dano causado destinar-se ao fundo por ela criado, para a reconstituição dos bens – indivisíveis – lesados (art. 13). A criação da categoria dos interesses individuais homogêneos é própria do Código de Defesa do Consumidor e deles não se ocupa a lei, salvo no que diz respeito à possibilidade de utilização da ação civil pública para a defesa de interesses individuais homogêneos, segundo os esquemas do CDC (art. 21 da LACP)” (GRINOVER, Ada Pellegrini. **A ação civil pública no STJ**. In: STJ 10 Anos: obra comemorativa, 1989-1999. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 1999, p. 29).

para tutelar coletivamente os direitos subjetivos individuais (que são as ações civis coletivas, nelas incluído o mandado de segurança coletivo).

11. O controle concentrado de constitucionalidade como instrumento de tutela coletiva de direitos

A função jurisdicional do Estado é exercida, de um modo geral, para tutelar direitos ameaçados ou lesados. O conceito de jurisdição, conseqüentemente, está relacionado com a atividade estatal de identificar e fazer atuar a norma jurídica em casos concretos, vale dizer, a partir da verificação da ocorrência (ou da iminência) de uma situação de fato. Dizia Liebman, sintetizando doutrina tradicional⁵⁴, que jurisdição é “a atividade dos órgãos do Estado, destinada a formular e atuar praticamente a regra jurídica concreta que, segundo o direito vigente, disciplina determinada situação jurídica”⁵⁵. É definição que parte do pressuposto básico de que a função jurisdicional somente atua quando há conflito de interesses (“a jurisdição existe por causa de um conflito e para solucioná-lo” disse Galeno Lacerda⁵⁶), o que significa que ela supõe dissídio a respeito da incidência, ou não, da norma jurídica (“A jurisdição não é mais, nos nossos dias, do que instrumento para que se respeite a incidência”, escreveu Pontes de Miranda⁵⁷).

54 É o que se pode constatar, apenas como amostragem, em CHIOVENDA, que definiu jurisdição como “a função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade dos órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva” (CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Traduzido por J. Guimarães Menegale. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1969, vol. II, p. 3). Para CALAMANDREI, o caráter da função jurisdicional é a sua finalidade, que é “fazer observar o direito objetivo em seus preceitos individualizados” (CALAMANDREI, Piero. **Instituciones de derecho procesal civil**. Traduzido por Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, v. I, 1986, p. 178). Esse é também o conceito geralmente adotado na doutrina brasileira, como se pode ver, por exemplo, em PONTES DE MIRANDA (“Jurisdição é a atividade do Estado para aplicar as leis, como função específica”), **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, tomo I, 1974, p. 104; em JOSÉ FREDERICO MARQUES, **Manual de direito processual civil**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 1987, vol. I, p. 8; em JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, **O novo processo civil brasileiro**. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 3; em CELSO NEVES, **Estrutura fundamental do processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 28; em CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, **Execução civil**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 185.

55 LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. Traduzido por Cândido Rangel Dinamarco. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 7.

56 LACERDA, Galeno. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, v. VIII, tomo I, 1987, p. 15.

57 PONTES DE MIRANDA, Francisco C. **Op. cit.**, 1974, tomo I, p. 105.

Tal conceito, embora adequado ao processo civil quando visto exclusivamente em suas estruturas codificadas, é certamente insuficiente para definir os limites cada vez mais amplos que, modernamente, de modo especial no Brasil, assumiu a função jurisdicional. Atualmente, a jurisdição é exercida não apenas quando há lides individualizadas, estabelecidas entre pessoas identificadas ou identificáveis, em que se faz necessária a formulação da norma concretizada para, deste modo, promover a justa composição do litígio. Ela pode ser invocada também para buscar proteção a direitos e interesses transindividuais, difusos e coletivos, de titularidade indeterminada, o que já representa significativo alargamento do âmbito da tutela jurisdicional, se comparado com o dos limites delineados no sistema original do Código de Processo. Mas, mais que isso, a função jurisdicional tem, hoje, também a finalidade de dar proteção à própria ordem jurídica, independentemente da consideração de um específico fenômeno de incidência e de surgimento de relações jurídicas concretas. É o que se dá nas ações destinadas ao controle concentrado da constitucionalidade das leis e demais atos normativos (ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, ação de inconstitucionalidade por omissão), notavelmente expandidas em nosso sistema a partir da Constituição de 1988.

Trata-se de atuação objetivando dar efetividade à ordem jurídica abstratamente considerada, em processo em que não há lide e nem, conseqüentemente, partes, no sentido com que tal terminologia é adotada pelo Código de Processo. Conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, nessas ações o que se tem é “processo objetivo por ser processo de controle de normas em abstrato, em que não há prestação de jurisdição em conflitos de interesses que pressupõem necessariamente partes antagônicas, mas em que há, sim, a prática, por fundamentos jurídicos, do ato político de fiscalização dos Poderes constituídos decorrente da aferição da observância, ou não, da Constituição pelos atos normativos deles emanados”.⁵⁸

58 Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 1, voto do relator Min. Moreira Alves, RTJ 157/382. Nesse sentido a doutrina de GILMAR FERREIRA MENDES (**Controle de constitucionalidade** – aspectos jurídicos e políticos. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 249; e **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 130).

Esta peculiar forma de processo, inteiramente desprendida de uma específica situação conflituosa e, por isso mesmo, não amoldada às estruturas desenhadas no regime geral do Código de Processo, deu margem a que se duvidasse de sua natureza jurisdicional. Há quem pensa, com efeito, que a decisão proferida nos processos de controle concentrado de constitucionalidade é “apenas formalmente jurisdicional”, sendo, “materialmente, de natureza legislativa”⁵⁹. A afirmação, todavia, não tem procedência, por várias razões, entre as quais esta: as sentenças de mérito proferidas nas ações de controle concentrado de constitucionalidade têm não apenas a eficácia direta de tutelar a ordem jurídica, mas também, indiretamente, a de autorizar ou desautorizar a incidência da norma, objeto da ação, sobre os fatos jurídicos, confirmando ou negando a existência dos direitos subjetivos individuais. Ora, considerando essa circunstância, e, ainda mais, que ditas sentenças têm eficácia *ex tunc*, do ponto de vista material, e *erga omnes*, na sua dimensão subjetiva, não há como negar que o sistema de controle concentrado de constitucionalidade constitui, mais que modo de tutelar a ordem jurídica, um poderoso instrumento para tutelar, ainda que indiretamente, direitos subjetivos individuais, tutela que acaba sendo potencializada em elevado grau, na sua dimensão instrumental, pela eficácia vinculante das decisões.

Sob este prisma, é adequado classificar e incluir as ações de controle concentrado de constitucionalidade entre os instrumentos de tutela coletiva de direitos.

59 MACHADO, Hugo de Britto. Ação declaratória de constitucionalidade. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira Mendes (coord.). **Ação declaratória de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 117. No mesmo sentido: CARNEIRO, Athos Gusmão. Jurisdição – noções fundamentais. **Revista Ajuris**, Porto Alegre: Ajuris, v. 7, n. 20, 1980, p. 22-48.

**PARTE B: TUTELA DE DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS (DIFUSOS E
COLETIVOS)**

**CAPÍTULO III – A TUTELA DE DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS POR AÇÃO
CIVIL PÚBLICA**

SUMÁRIO: 1. Gênese da ação civil pública 2. Direitos transindividuais como finalidade específica 3. Cumulação de pedidos 3.1. Cumulação de tutelas preventiva e reparatória e de prestações com distinta natureza 3.2. Cumulação de pedidos para tutela de direitos transindividuais e individuais homogêneos 4. Legitimação ativa e interesse de agir 5. Legitimação ativa e regime de substituição processual 6. Sentença e coisa julgada 7. Efeito secundário da sentença de procedência 8. Cumprimento das sentenças

1. Gênese da ação civil pública

Ação civil pública é a denominação atribuída pela Lei nº 7.347, de 1985, ao procedimento especial, por ela instituído, destinado a promover a tutela de direitos e interesses transindividuais. Compõe-se de um conjunto de mecanismos destinados a instrumentar demandas preventivas, reparatórias e cautelares de quaisquer direitos e interesses difusos e coletivos, nomeadamente “as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais” causados ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem urbanística, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, à ordem econômica e à economia popular (art. 1º). Depois dela, algumas variantes de ações civis públicas foram instituídas, tais como: pela Lei nº 7.853, de 24/10/89, que nos artigos 3º a 7º disciplina a tutela dos direitos e interesses coletivos e difusos das pessoas portadoras de deficiência; pela Lei nº 8.069, de 13/07/90 (“Estatuto da Criança e do Adolescente”), que, em seus artigos 208 a 224, disciplina a tutela dos direitos e interesses coletivos e difusos das crianças e adolescentes; pela Lei nº 8.078, de 11/09/90 (“Código de Proteção

e Defesa do Consumidor”), cujos artigos 81 a 104 (salvo a parte especificamente relacionada com direitos individuais homogêneos, arts. 91 a 100) disciplinam a tutela dos direitos e interesses difusos e coletivos dos consumidores; e pela Lei 10.741, de 1º/10/2003 (“Estatuto do Idoso”), que, em seus artigos 69 a 92, traça regras processuais específicas para a tutela dos direitos coletivos e individuais das pessoas idosas. Apesar da variedade, essas “ações” mantiveram, na essência, a linha procedimental adotada originalmente na Lei nº 7.347, de 1985, que tem aplicação subsidiária para todas as demais, sendo apropriado, por isso mesmo, conferir-lhes a denominação comum de *ação civil pública*.

Em geral, a denominação dos procedimentos cíveis especiais tem relação com a pretensão de direito material neles deduzida. A ação de consignação em pagamento, por exemplo, é assim denominada porque se destina a tutelar o direito material de pagar em consignação e desta forma obter a quitação. Também a ação de depósito (= procedimento destinado a obter a entrega do bem depositado), as ações possessórias, de reintegração, de manutenção (destinadas a obter a restituição da posse ou a garantir a sua manutenção), a ação de prestação de contas, de usucapião de terras particulares, de demarcação, de inventário e partilha, são procedimentos cuja denominação permite, desde logo, identificar o objeto da pretensão material a que servem. Em alguns casos, a denominação está relacionada com a providência instrumental solicitada como pedido imediato. É o caso do interdito proibitório e do mandado de segurança, assim denominados em face da natureza da medida pretendida pelo demandante e deferida pelo juiz em caso de procedência. Finalmente, em outras situações, mais raras, a denominação do procedimento cível está relacionada, a exemplo do que ocorre no processo penal (v.g., ação penal pública, ação penal privada, ação pública condicionada), com a titularidade e o modo de ser da legitimação ativa. É o caso da ação popular, cujo legitimado ativo é o cidadão, integrante do povo, que atua em nome próprio na defesa de interesses do povo.

Na ação civil pública a denominação não está relacionada com a pretensão do direito material nela deduzida (que é, invariavelmente, uma das espécies de direito transindividual). Não diz respeito, tampouco, às providências de natureza processual que

podem ser deduzidas como pedido imediato no processo (condenação, constituição, declaração, ordem, mandado). Trata-se, a exemplo da ação popular e das ações penais, de denominação relacionada com a legitimação ativa. Fazendo contraponto com as ações (civis) “privadas”, isto é, propostas por particulares, em defesa de seus próprios interesses privados, a ação civil pública tem como titular ativo o Ministério Público ou outro ente eleito pelo legislador, a quem cabe tutelar, não direito próprio seu (= particular), e sim direito pertencente a uma coletividade indeterminada de pessoas⁶⁰.

Embora se saiba que a denominação, em si, não constitui elemento essencial para identificar a natureza dos procedimentos, é certo que ela desempenha um papel de inegável realce prático e didático, que não deve ser desprezado. Qualquer que seja o nome que se atribua a um procedimento (= qualquer que seja o rótulo que se aponha a uma vasilha), é importante que se saiba que, sob aquela denominação (= sob aquele rótulo), existe um instrumento (= um conteúdo) especial, diferente do contido em outros procedimentos (= em outros recipientes)⁶¹. No domínio do processo coletivo, seria importante ter presente que, quando se fala em ação civil pública (seja adequada ou não essa denominação que a Lei 7.347, de 1985, lhe atribuiu), está-se falando de um procedimento destinado a implementar judicialmente a tutela de direitos transindividuais, e não de outros direitos, nomeadamente de direitos individuais, ainda que de direitos individuais homogêneos se trate. Para esses, o procedimento próprio é outro, ao qual também seria importante, para efeitos práticos e didáticos, atribuir por

60 Nesse sentido: CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Ação civil pública**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2004, p. 2; LENZA, Pedro. **Teoria geral da ação civil pública**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 153. Há quem defina ainda mais simplesmente a ação: “recorrendo a um conceito doutrinário, ação civil pública é a ação não penal, proposta pelo Ministério Público” (MAZZILLI, Hugo Nigro. **Tutela dos interesses difusos e coletivos**. 3 ed. São Paulo: Editora Damásio de Jesus, 2003, p. 17). Todavia, essa definição não abarca uma gama enorme de ações civis públicas: as que não são propostas pelo Ministério Público. Melhor seria, nessa fórmula sintética, defini-la como a ação não penal que pode ser proposta pelo Ministério Público, definição que não operaria o efeito de excluir a legitimidade concorrente.

61 Conforme lembra Agustín Gordillo, “as palavras não são mais que rótulos nas coisas: colocamos rótulos nas coisas para que possamos falar delas e, daí por diante as palavras não têm mais relação com as coisas, do que as têm rótulos de garrafas com as próprias garrafas”. E, citando John Hospers, acrescenta: “Qualquer rótulo é conveniente na medida em que nos ponhamos de acordo com ele e o usemos de maneira conseqüente. A garrafa conterá exatamente a mesma substância, ainda que coloquemos nela um rótulo distinto, assim como a coisa seria a mesma ainda que usássemos palavra diferente para designá-la” (GORDILLO, Agustín. **Princípios gerais de direito público**. Traduzido por Marco Aurélio Greco. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1977, p. 2).

isso mesmo outra denominação (“ação coletiva” e “ação civil coletiva” foi como a denominou o Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 91).

Todavia, essa distinção terminológica, é bom reiterar, não constitui exigência científica. Sua importância é apenas prática e didática, e somente por isso a adotamos. Convém anotar, também, que ela não está sendo observada, nem pelo legislador e nem pela jurisprudência, que, de um modo geral, conferem a denominação de ação civil pública para todas, ou quase todas, as ações relacionadas com o processo coletivo, inclusive para as que tratam de direitos individuais homogêneos. A Lei 7.913, de 1989, por exemplo, denomina de ação civil pública a “de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários”, embora seja patente que os direitos dos lesados tem, na espécie, típico caráter de direitos individuais homogêneos. Fenômenos semelhantes são comuns na jurisprudência, inclusive do STF⁶² e do STJ⁶³.

2. Direitos transindividuais como finalidade específica

A ação civil pública é procedimento moldado à natureza dos direitos e interesses a que se destina tutelar: direitos transindividuais (difusos e coletivos). A variedade e a amplitude das pretensões que nela podem ser deduzidas são identificáveis por exame sistemático das disposições normativas antes referidas, especialmente as da Lei 7.347/85, devendo-se evitar, com especial cuidado, interpretações isoladas e literais de seus dispositivos. Assim, a teor do art. 1º da citada Lei, a ação civil pública é via apta a deduzir pretensões decorrentes de responsabilidade por danos morais e patrimoniais, causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, por infração da ordem econômica e da economia popular, à ordem urbanística e, em geral, a qualquer outro interesse difuso e coletivo⁶⁴.

62 A título ilustrativo, veja-se: STF. 2ª Turma. RE 204200 (AgR). Relator: Carlos Velloso, DJ de 08/11/2002. STF. 1ª Turma. AI 491195 (AgR). Relator: Sepúlveda Pertence, DJ de 07/07/2004. Disponíveis em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 30/09/2005.

63 Ver, por exemplo: STJ. 3ª Turma. REsp 547.170. Relator: Castro Filho, DJ de 09/02/2004; STJ. 5ª Turma. REsp 463.975, Relator: Jorge Scartezini, DJ de 02/06/2003; STJ. 3ª Turma. REsp 308.486. Relator: Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 02/09/2002. Disponíveis em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 30/09/2005.

64 Quanto aos danos morais e à sua natureza, já observamos que a referência feita na lei deve ser interpretada com olhar processual, e não de direito material, dada a inviabilidade de compatibilizar o

Visto isoladamente, o art. 1º da Lei poderia conduzir à suposição de que a ação civil pública tem finalidade puramente *reparatória*, ou seja, seria destinada unicamente a obter condenação de ressarcimento de danos já causados. Todavia, no art. 3º, prevê-se a possibilidade de obter, também, provimentos que imponham prestações de fazer ou não fazer. E no seu artigo 4º, a Lei prevê a possibilidade de “ser ajuizada ação cautelar (...) objetivando, inclusive, evitar o dano (...)” aos bens jurídicos por ela tutelados. Ora, apesar de denominada de *cautelar*, a ação destinada a evitar dano a direito material é evidentemente vocacionada a obter tutela *preventiva*. Não se trata, portanto, de tutela cautelar (= provisória, formada à base de juízos de verossimilhança, para conferir garantia à utilidade do processo, sujeita a modificação ou revogação), mas de tutela *definitiva* (embora preventiva) do próprio direito material (= tutela formada à base de cognição exauriente, apta a formar coisa julgada material)⁶⁵.

Bem se vê, destarte, à luz desses dispositivos, que a ação civil pública é instrumento com múltipla aptidão, o que a torna meio eficiente para conferir integral tutela aos direitos transindividuais: tutela preventiva e reparatória, para obter prestações de natureza pecuniária (indenizações em dinheiro) ou pessoais (de cumprir obrigações de fazer ou de não fazer), o que comporta todo o leque de provimentos jurisdicionais:

caráter personalíssimo da lesão moral com a transindividualidade própria dos direitos difusos e coletivos (Capítulo II, item 7).

65 Não se pode confundir ação cautelar, destinada a obter provimento de natureza cautelar, com ação preventiva, destinada a obter tutela específica para evitar a lesão ao direito material. A propósito, já tivemos oportunidade de anotar, alhures, o seguinte: “É comum afirmar-se que a tutela cautelar, e, por certo, também a antecipatória, é espécie de tutela preventiva, cuja matriz constitucional estaria no inciso XXXV do art. 5º da Carta, que assegura proteção jurisdicional não apenas em caso de lesão, mas também em caso de ameaça a direito. Esta, porém, não é justificação suficiente, até porque, no regime constitucional anterior, a cláusula que garantia a inafastabilidade de acesso ao Judiciário não continha referência à hipótese de ameaça (art. 163, § 4º, da Constituição de 1969) e nem por isso se poderia duvidar da legitimidade constitucional da tutela cautelar. Com efeito, a tutela preventiva assegurada pela Constituição é tutela definitiva (isto é, formada à base de cognição exauriente e apta a produzir coisa julgada material, ou seja, semelhante à tutela conferida para o caso de direito já lesado) e não provisória, como o é a tutela cautelar e a antecipatória. Diferentemente dessas, a tutela preventiva, como enfatizou Barbosa Moreira, “visa proteger de maneira direta a situação material em si, razão porque a providência judicial descansará no prévio accertamento do direito (‘lato sensu’) e jamais assumirá feição de provisoriedade, nem podendo qualificar-se de instrumental senão no sentido genérico em que o é todo o processo, mas apresentando em qualquer caso caráter definitivo — ou, se quisermos usar uma linguagem tipicamente carneluttiana, ‘satisfativo’ ” (ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 60).

condenatórios, constitutivos, inibitórios, executivos, mandamentais e meramente declaratórios⁶⁶.

Ademais, a ela se aplicam, subsidiariamente, as disposições do Código de Processo Civil (art. 19), e, portanto, os significativos avanços nele incorporados com as reformas havidas a partir de 1994. O regime da antecipação da tutela, com a sua variada e rica potencialidade (CPC, art. 273)⁶⁷ e o da prestação específica de obrigação de entregar coisa (CPC, art. 461-A) são apenas dois exemplos de hipóteses de aplicação subsidiária, à ação civil pública, de preceitos do Código de Processo Civil. A ela se aplicam, também (art. 21 da Lei 7.347/85), os dispositivos processuais previstos nos artigos 81 a 104 do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90). Dentre todos, pela sua especialidade e adequação a certos direitos transindividuais, notadamente ao da preservação do meio ambiente, é relevante o art. 84 (atualmente reproduzido no art. 461 do CPC), segundo o qual “na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento”. Nesse particular, o art. 11 da Lei já trouxera dispositivo de largo alcance, inovador do regime processual vigente à época da sua edição, permitindo tutela jurisdicional mandamental, inclusive inibitória, a ser garantida com aplicação de *astreintes*, de acordo com as circunstâncias do caso. Atualmente, o potencial de eficácia da ação civil pública em casos de cumprimento dessas espécies de obrigações pessoais está ainda mais enriquecido, seja pelo artigo 84 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), seja pelo art. 461 do CPC, que, conforme reiterado, lhes são aplicáveis subsidiariamente (Lei 7.347/85, arts. 19 e 21). Enaltece-se, sobretudo, a viabilidade da ação civil pública inibitória, cuja função preventiva a coloca entre os mais importantes instrumentos de tutela jurisdicional de direitos transindividuais⁶⁸.

66 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 695.

67 VAZ, Paulo Afonso Brum. **Manual da tutela antecipada**: doutrina e jurisprudência. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2002, p. 54.

68 MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória** (individual e coletiva). 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 92. SPADONI, Joaquim Felipe. **Ação inibitória** – a ação preventiva prevista no art. 461 do CPC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 226. TALAMINI,

Verifica-se, portanto, que o procedimento da ação civil pública incorpora, enriquecendo suas virtualidades, uma variada gama de instrumentos processuais. É que aos direitos transindividuais, prestigiados superlativamente pelo legislador constituinte, aplicam-se não apenas os meios de tutela expressamente previstos na Lei 7.347/85, como também qualquer outro mecanismo, que for considerado adequado e necessário, hoje disponível em nosso sistema de processo, para a defesa dos demais direitos ameaçados ou violados.

Todavia, deve-se ter presente que a ação civil pública é cercada de peculiaridades processuais, naturalmente decorrentes da transindividualidade dos direitos que por ela são tutelados. É dessas peculiaridades que se cuidará nos tópicos que seguem.

3. Cumulação de pedidos

3.1. Cumulação de tutelas preventiva e reparatória e de prestações com distinta natureza

Segundo dispõe o art. 3º da Lei 7.347/85, "*a ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer*", o que levou certa corrente jurisprudencial⁶⁹ a ver aí um comando de alternatividade, a impedir a cumulação de pedidos condenatórios de obrigação de prestação pessoal (fazer e não fazer) com obrigação de pagar quantia. Essa conclusão, fundada em exegese literal, traz, como se percebe, conseqüências extremamente limitadoras da eficácia da ação civil pública, comprometendo sua aptidão para viabilizar adequadamente a tutela dos direitos coletivos e difusos. Na verdade, mesmo à luz de uma interpretação estritamente gramatical é possível dar àquele dispositivo um sentido diferente. A utilização, em texto normativo, do conectivo "ou", nem sempre expressa a idéia de alternatividade excludente. Não raras vezes a conjunção está associada ao significado de adição,

Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 447.

69 STJ. 1ª Turma. AgResp 180620/SP, Relator: Francisco Falcão, DJ de 26/03/2001, p.372; STJ. 1ª Turma. Resp 205153/GO. Relator: Francisco Falcão, DJ de 21/08/2000 (disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 30/09/2005); STJ. 6ª Turma. RESP 277162/RO, Relator: Fernando Gonçalves, DJ de 21/10/2002, p.73; STJ. 1ª Turma. Resp 94298/RS. Relator: Garcia Vieira, DJ de 21/06/99, p.76.

expressando idéia de exemplificação, em substituição a "ou também" e a "e". Por isso, o sentido da norma, quando aquele conectivo se faz presente, não é aferível de modo suficiente e seguro com o simples método gramatical. Será indispensável a agregação de outros métodos interpretativos, especialmente o sistemático e o teleológico.

Em se tratando de interpretar norma processual, como é o caso, há de se ter presente que processo é instrumento de “programação do debate judicial”⁷⁰, é meio para servir a um fim: a tutela do direito material. Como todo instrumento, o processo está necessariamente submetido ao princípio da adequação: “*suas regras e ritos devem adequar-se, simultaneamente, aos sujeitos, ao objeto e ao fim*”, ensinou o Professor Galeno Lacerda⁷¹. A visão teleológica do processo, assim demarcada, é elemento essencial e decisivo para a interpretação do alcance das regras que o compõe. Se o processo é instrumento, há de se entender que suas formas devem ser interpretadas de acordo com a finalidade para a qual foram criadas. Ora, a ação civil pública destina-se a tutelar direitos e interesses difusos e coletivos. Há de se entender, conseqüentemente, que é instrumento com aptidão suficiente para operacionalizar, no plano jurisdicional, a proteção ao direito material da melhor forma e na maior extensão possível. Somente assim será adequado e útil. Se não puder servir ao direito material, a ação civil pública será ferramenta desprezível.

Tome-se, a título ilustrativo, a tutela, por ação civil pública, do direito transindividual ao meio ambiente sadio (CF, art. 129, III). Segundo a Constituição “*todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações (...)*” (art. 225), sendo que “*as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados*” (§ 3º). Percebe-se que a norma constitucional atribuiu ao Poder Público e à coletividade o dever

70 COUTURE, Eduardo J. **Interpretação das leis processuais**. Traduzido por Gilda Maciel Corrêa Meyer Russomano. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 36.

71 LACERDA, Galeno. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, v. VIII, tomo I, 1987, p. 25.

de defesa e preservação do meio ambiente e, especificamente ao autor de conduta lesiva, a obrigação de reparar o dano. Prevenção e repressão são, portanto, valores constitucionalmente agregados ao sistema de proteção ambiental. Daí afirmar-se, no plano doutrinário, a submissão do direito ambiental aos princípios da prevenção - “como forma de antecipar-se ao processo de degradação ambiental”⁷², do poluidor-pagador - “como mecanismo de alocação da responsabilidade pelos custos ambientais associados à atividade econômica”⁷³ e do ressarcimento integral - “a lesão causada ao meio ambiente há de ser recuperada em sua integridade (...); por isso mesmo, quando não for possível a reparação do dano, ainda assim será devida indenização pecuniária correspondente”⁷⁴. Os mesmos princípios estão incorporados ao sistema normativo infraconstitucional, nomeadamente na Lei 6.938/81, que regula a Política Nacional do Meio Ambiente (art. 2º, VIII e IX; e art. 4º, VI e VII).

Não há dúvida, portanto, que, examinada à luz do direito material, a tutela do meio ambiente comporta deveres e obrigações de variada natureza, impondo aos seus destinatários prestações de natureza pessoal (fazer e não fazer) e de pagar quantia (ressarcimento pecuniário), prestações essas que não se excluem, mas, pelo contrário, se acumulam, se for o caso. Acentua-se, para o que interessa à questão aqui em debate, o disposto no art. 4º, VII, da Lei 6.938/81, acima aludida, que, ao tratar da responsabilização do poluidor, refere a obrigação de *recuperar e/ou indenizar os danos causados*. E do princípio da prevenção, de que nasce o “*dever jurídico de evitar a consumação de danos ao meio ambiente*”⁷⁵ decorre, ainda, necessariamente, a obrigação pessoal negativa, de não-fazer. Em suma, do ponto de vista do direito material, a tutela ambiental impõe prestações variadas - e cumuladas - de fazer, não fazer e pagar quantia.

Pois bem, se essa é a tutela que o direito material - constitucional e infraconstitucional - assegura ao meio ambiente, não se poderia imaginar que o legislador tivesse negado ao titular da ação correspondente os meios processuais

72 SAMPAIO, José Adércio Leite; WOLD, Chris; NARDI, Afrênio. **Princípios de direito ambiental**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 70.

73 Idem, ibidem, p. 23.

74 MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 757.

75 MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2003, p.72.

adequados a essa finalidade. Tal pecado o legislador não poderia ter cometido. É por isso que, na interpretação do art. 3º da Lei 7.347/85, a conjunção “ou” deve ser considerada com o sentido de adição (o que atende ao princípio da adequação) e não com o de exclusão (que tornaria a ação civil pública instrumento inadequado, para não dizer inútil).

Essa conclusão é confirmada por interpretação sistemática, à luz, especialmente, da legislação superveniente, como o art. 83 da Lei 8.078/90 (*"Art. 83. Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela."*) e o art. 25, IV, a, da Lei 8.625/93, que é a Lei Orgânica do Ministério Público (*"Art. 25. Além das funções previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, incumbe, ainda, ao Ministério Público:(...)IV - promover o inquérito civil e a ação civil pública, na forma da lei: a) para a proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao meio ambiente (...)"*).

A outorga de meios processuais variados (“todas as espécies de ações”), com a cumulação das múltiplas formas de provimento (“proteção, prevenção e reparação”), evidencia a intenção do legislador de dotar o autor da ação civil pública de instrumentos com elevado grau de aptidão para obter tutela jurisdicional a mais completa possível, segundo as circunstâncias de cada caso. Não teria sentido imaginar que a tutela de direitos transindividuais (difusos e coletivos) que demandasse prestações variadas devesse ser prestada em demandas separadas, uma para cada espécie de prestação. Isso, além de atentar contra o princípio da instrumentalidade e da economia processual, acarretaria a possibilidade de sentenças contraditórias e incompatíveis para a mesma situação de fato e de direito. Se a tal ônus estivesse submetido o autor da ação civil pública, melhor seria que utilizasse, simplesmente, o procedimento comum ordinário para tutelar os direitos transindividuais, já que nesse seria permitida, sem empecilho, a cumulação aventada. Ora, não se pode negar à ação civil pública, criada especialmente

como alternativa para melhor viabilizar a tutela dos direitos difusos, o que se permite para a tutela de todo e qualquer outro direito, pela via do procedimento comum⁷⁶.

3.2. Cumulação de pedidos para tutela de direitos transindividuais e individuais homogêneos

Conforme observamos anteriormente⁷⁷, há hipóteses em que, de uma única situação de fato decorrem, ou podem decorrer, simultânea ou sucessivamente, lesões a direitos transindividuais e a direitos individuais homogêneos. Exemplificamos com a veiculação de publicidade enganosa e com o transporte irregular de produtos tóxicos, fatos que acarretam ameaça a pessoas indeterminadas (consumidores em geral) e ao meio ambiente (direito de natureza transindividual e difusa), e, havendo aquisição da mercadoria objeto da publicidade ou o derramamento do produto tóxico transportado, acarretam também danos a patrimônios jurídicos de pessoas determinadas.

Em situações dessa natureza, o direito processual há de oferecer meios adequados para permitir a proteção integral e efetiva de todos direitos ameaçados ou violados, inclusive, se for o caso, mediante cumulação de pedidos e de causas. No que se refere especificamente a danos morais (que, por natureza, não podem ser considerados transindividuais), o art. 1º da Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85), enseja a hipótese dessa cumulação. À falta de previsão expressa em lei extravagante permite, de qualquer sorte, que se invoque, para esse fim, as regras gerais do Código de Processo Civil. Ora, o art. 292 e parágrafos do CPC permitem a cumulação de pedidos contra o mesmo réu, desde que sejam compatíveis entre si, que o juízo para conhecer de todos eles seja o mesmo e que o procedimento seja adequado para todos. Salvo, quem sabe, o requisito da competência (que, em algumas hipóteses, poderá ser de autoridades judiciárias distintas,

76 Admitem a cumulação de pedidos em ação civil pública: CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Ação civil pública**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2004, p.79-80; MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 850; TOPAN, Luiz Renato. O Ministério Público e a ação civil pública ambiental no controle dos atos administrativo. **Justitia**, v. 56, n.165, jan./mar. 1994, p. 46-55; LEITE, José Rubens Morato. **Dano ambiental**: do individual ao coletivo extrapatrimonial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 244 - 247.

77 Capítulo II.

em razão das pessoas envolvidas na causa), nenhum outro desses empecilhos existe, em princípio, que possa inibir a cumulação de causas, nas situações acima aventadas.

É certo, de qualquer modo, no que diz respeito aos direitos individuais homogêneos, que a sentença de procedência eventualmente proferida no processo em que se der a cumulação, deverá ter natureza genérica. Para o seu posterior cumprimento, as pessoas lesadas deverão promover demanda autônoma, em nome próprio (ação de cumprimento), na qual serão identificados e liquidados os danos individualmente indenizáveis, cujo produto reverterá ao seu próprio patrimônio individual (e não, como ocorre com os direitos transindividuais, ao Fundo a que se refere o art. 13 da Lei). É que a possibilidade de cumulação é questão de natureza processual, que não altera e nem compromete a natureza material do direito lesado ou ameaçado. Não é porque pode ter sua proteção postulada em ação civil pública que os direitos individuais homogêneos vão deixar de ser direitos individuais para se transformar em transindividuais. O direito material não nasce com o processo ou por causa dele, mas é anterior a ele. O processo, que é logicamente um *posterius*, somente terá razão de ser quando o direito – afirmado como já existente – estiver ameaçado ou for atacado por ato lesivo.

4. Legitimação ativa e interesse de agir

Segundo dispõe o art. 5º da Lei 7.347/85, a ação civil pública e a cautelar correspondente “poderão ser propostas pelo Ministério Público, pela União, pelos Estados e Municípios. Poderão também ser propostas por autarquia, empresa pública, fundação, sociedade de economia mista ou por associação que: I – esteja constituída há pelo menos um ano, nos termos da lei civil; II – inclua, entre suas finalidades institucionais a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico”.

Quanto ao Ministério Público, sua legitimação para a tutela de direitos ou interesses difusos e coletivos constitui função institucional que tem a chancela superior da Constituição Federal (art. 129, III). Não há limitador explícito para a legitimação, a não ser o decorrente da natureza dos bens tutelados. A legitimação é para a defesa de “interesses difusos e coletivos”, que não se confundem com direitos ou interesses de

entidades públicas (cujo patrocínio, pelo Ministério Público, é expressamente vedado pelo inciso IX do art. 129 da Constituição) ou com direitos individuais (cujo patrocínio, por esse órgão, só é admitido quando forem indisponíveis ao seu titular – art. 127). Em outras palavras: o Ministério Público tem legitimação ampla e irrestrita para promover ação civil pública, mas desde que o bem tutelado tenha natureza típica de direito ou interesse difuso e coletivo.

Não é assim tão ampla e incondicionada a legitimação das pessoas de direito público referidas na Lei da Ação Civil Pública (União, Estados, Municípios). É que a legitimação ativa deve ser associada, necessariamente, ao interesse de agir. “Para propor ou contestar ação”, diz o artigo 3º do CPC, “é necessário ter interesse e legitimidade”. No caso do Ministério Público, o interesse na defesa de direitos difusos e coletivos se configura pela só circunstância de que ela representa o cumprimento de suas próprias funções institucionais. É diferente, entretanto, com os demais legitimados, cujas funções primordiais são outras e para as quais a atuação em defesa de direitos transindividuais se constitui atividade acessória e eventual. Embora sem alusão expressa no texto normativo, há, em relação a eles, uma condição de legitimação implícita: não é qualquer ação civil pública que pode ser promovida por tais entes, mas apenas as que visem a tutelar direitos transindividuais que, de alguma forma, estejam relacionados com interesses da demandante. Seja em razão de suas atividades, ou das suas competências, ou de seu patrimônio, ou de seus serviços, seja por qualquer outra razão, é indispensável que se possa identificar uma relação de pertinência entre o pedido formulado pela entidade autora da ação civil pública e seus próprios interesses e objetivos como instituição.

Essa mesma relação de interesse deve estar presente quando a demanda for promovida pelos demais legitimados do art. 5º da Lei 7.347/85: autarquias, empresas públicas, fundações, sociedades de economia mista e associações. Também para a adequada legitimação ativa de qualquer delas há de ficar evidenciada a situação de vantagem, ainda que em sentido genérico, para seus próprios interesses, da eventual procedência do pedido. Relativamente às associações, há, ainda, os limitadores dos incisos I e II: o primeiro, que reserva a legitimação ativa a associações com certa

estabilidade (um ano de existência), o que desestimula eventuais excessos ou abusos na propositura de ações civis públicas; e o segundo, mais diretamente ligado ao interesse de agir, que impõe liame objetivo, expresso nos estatutos, entre a pretensão deduzida na demanda e os fins institucionais da demandante.

5. Legitimação ativa e regime de substituição processual

Considerada a natureza transindividual dos direitos tutelados, não há como, em ação civil pública, imaginar a hipótese de legitimação ativa ordinária de que trata o art. 6º do CPC, ou seja, a legitimação pessoal de quem se afirma titular do direito material. Tratando-se de direitos difusos ou coletivos (= sem titular determinado), a legitimação ativa é exercida, invariavelmente, em regime de substituição processual: o autor da ação defende, em nome próprio, direito de que não é titular. Pode-se afirmar, por isso mesmo, que esse regime, de natureza extraordinária no sistema comum do processo civil é o regime ordinário na ação civil pública.

A substituição processual tem eficácia apenas no plano do processo. Quem defende em juízo, em nome próprio, direito de outrem, não substitui o titular na relação de direito material, mas sim e apenas na relação processual. Como consequência, ao substituto é vedado praticar qualquer ato que, direta ou indiretamente, importe em disposição do direito material tutelado. São dessa natureza a transação e o reconhecimento do pedido, atos que, conseqüentemente, não estão abrangidos pelas faculdades próprias da substituição processual. Sendo indisponível, para o substituto processual, o direito material objeto da demanda, fica igualmente fora dos seus poderes a prática de atos que, mesmo tendo natureza processual, podem, ainda que indiretamente, comprometer a higidez daquele direito. É o caso da confissão, que não tem valor em juízo quando feita por substituto processual (CPC, art. 351). Da mesma forma, não se produzem efeitos da revelia contra o substituto processual (art. 320, II), sendo-lhe vedado, ainda, assumir ônus probatório não previsto em lei (art. 333, parágrafo único, I).

Esse temário será examinado com mais vagar em capítulo próprio, sobre a legitimação ativa do Ministério Público⁷⁸.

6. Sentença e coisa julgada

Na ação civil pública, a procedência do pedido importará, conforme o caso, outorga da tutela jurisdicional geral ou específica, líquida ou ilíquida, condenatória, declaratória, constitutiva, mandamental ou executiva, mediante sentença que seja congruente com a natureza do que foi postulado. E, conforme já referido, a ação civil pública permite a postulação de tutela de qualquer natureza. Em se tratando de obrigação de fazer ou não fazer e de entregar coisa, a sentença será executiva *lato sensu*, subordinada ao regime dos artigos 461 e 461-A do CPC. Isso significa que o seu cumprimento será promovido no âmbito da mesma relação processual em que foi proferida, e não em ação autônoma de execução.

A natureza da sentença proferida na ação civil pública é mais uma importante diferença a ser anotada em relação ao que ocorre nas ações coletivas para tutela de direitos individuais homogêneos. Nas ações coletivas, conforme se verá, a sentença tem natureza peculiar, já que confere apenas tutela de conteúdo genérico, com juízo limitado ao âmbito da homogeneidade dos direitos objeto da demanda, ficando relegada a outra sentença a decisão a respeito das situações individuais e heterogêneas, relativas a cada titular lesado. Já em se tratando de ação civil pública, a sentença fará, desde logo, juízo amplo e específico, o mais completo possível, a respeito da controvérsia. Trata-se de “demanda plenária”, para usar a linguagem de Victor Fairen Guillén⁷⁹. A ela se aplica a regra estrita do artigo 286 do CPC, segundo o qual o pedido deve ser certo, e não genérico, do que resultará, pelo princípio da congruência (CPC, art. 460), uma sentença com caráter semelhante.

Estabelece o artigo 16 da Lei 7.347/85 que, na ação civil pública, “a sentença fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator,

78 Capítulo VI.

79 GUILLÉN, Victor Fairen. **El juicio ordinario y los plenarios rápidos**. Barcelona: Boch Casa Editorial, [s/d], p. 53.

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”. Entende-se por coisa julgada material, na definição do art. 467 do CPC, “a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário e extraordinário”. Coisa julgada, portanto, é um fenômeno que se passa exclusivamente no plano do direito. É uma qualidade da sentença: a sua imutabilidade. Antes e depois da coisa julgada, o *conteúdo* da sentença não se altera. Permanece exatamente o mesmo. O que se acrescenta, com a coisa julgada, é apenas a sua condição de já não mais poder ser reformada ou anulada por via recursal.

O conceito de coisa julgada, como previsto no art. 467 do CPC, é universal para todas as sentenças de mérito. Também em relação às sentenças proferidas nas ações civis públicas, a coisa julgada é “a eficácia, que a torna imutável e indiscutível”. O que distingue essas das demais sentenças são (a) os pressupostos para adquirir a imutabilidade e (b) os limites de sua eficácia. No regime do CPC, a sentença adquire imutabilidade quando “não mais sujeita a recurso, ordinário e extraordinário” (CPC, art. 467) e a sua eficácia subjetiva é extensiva “às partes entre as quais é dada, não beneficiando nem prejudicando terceiros” (CPC, art. 472). Já em ações civis públicas a sentença só adquire a qualidade de imutável quando, além de não estar mais sujeita a recurso, for sentença de procedência ou quando a improcedência não tiver sido decorrente de insuficiência probatória. Não adquire imutabilidade, em outras palavras, a sentença que, ante a falta de prova dos fatos, julga improcedente o pedido de tutela do direito transindividual.

No que se refere ao âmbito de eficácia, a imutabilidade da sentença na ação civil pública, segundo o art. 16 da Lei 7.347/85, é “‘*erga omnes*’, nos limites da competência territorial do órgão prolator”. A extensão subjetiva universal (*erga omnes*) é consequência natural da transindividualidade e da indivisibilidade do direito tutelado na demanda. Se o que se tutela são direitos indivisíveis e pertencentes à coletividade, a sujeitos indeterminados, não há como estabelecer limites subjetivos à imutabilidade da sentença. Ou ela é imutável, e, portanto, o será para todos, ou ela não é imutável, e, portanto, não faz coisa julgada. Por outro lado, a cláusula *erga omnes* certamente não

vai a ponto de comprometer a situação jurídica de terceiros. Aplica-se também à coisa julgada nas ações civis públicas a limitação, constante do art. 472 do CPC: os terceiros, embora possam ser beneficiados, jamais poderão ser atingidos negativamente pela sentença proferida em processo em que não tenham sido partes.

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 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. Ora, é incompreensível como se possa cindir territorialmente a imutabilidade assim constituída, limitando-a, por exemplo, a uma Comarca, ou a uma cidade ou até, em caso de juiz que atua em vara distrital, a apenas uma parte da cidade. Por outro lado, 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 certificada. 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 incindível (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).

O sentido da limitação territorial contida no art. 16, antes referido, há de ser identificado por interpretação sistemática e histórica. Ausente do texto original da Lei 7.347/85, sua gênese foi a nova redação dada ao dispositivo pelo art. 2º da Lei 9.494, de 10/09/97. Essa Lei, por sua vez, tratou de matéria análoga no seu art. 2º-A, que assim dispôs: “A sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa de direitos e interesses dos seus associados, abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator”. Aqui, o desiderato normativo se expressa mais claramente. O que ele visa é limitar a eficácia subjetiva *da sentença* (e não *da coisa julgada*), o que implica, necessariamente, limitação do rol dos substituídos no processo (que se restringirá aos domiciliados no território da competência do juiz). Ora, entendida nesse ambiente, como se referindo à sentença (e não à coisa julgada), em ação para tutela coletiva de direitos subjetivos individuais (e não em ação civil pública para tutela de direitos transindividuais), a norma do art. 16 da Lei 7.347/85 produz algum sentido. É que, nesse caso, o objeto do litígio são direitos individuais e divisíveis, formados por uma pluralidade de relações jurídicas autônomas, que comportam tratamento separado, sem comprometimento de sua essência. Aqui sim é possível cindir a tutela jurisdicional por critério territorial, já que as relações jurídicas em causa admitem divisão segundo o domicílio dos respectivos titulares, que são perfeitamente individualizados.

Compreendida a limitação territorial da eficácia da sentença nos termos expostos, é possível conceber idêntica limitação à eficácia da respectiva coisa julgada. Nesse pressuposto, em interpretação sistemática e construtiva, pode-se afirmar, portanto, que a eficácia territorial da coisa julgada a que se refere o art. 16 da Lei 7.347/85 diz respeito apenas às sentenças proferidas em ações coletivas para tutela de direitos individuais homogêneos, de que trata o art. 2º-A da Lei 9.494, de 1997 e não, propriamente, às sentenças que tratem de típicos direitos transindividuais.

7. Efeito secundário da sentença de procedência

Tal qual ocorre com a sentença penal condenatória, que tem como efeito secundário, produzido *ex lege*, o de “tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime” (CP, art. 91, I), também a sentença de procedência na ação civil pública produz, automaticamente, o efeito de tornar certa a obrigação do réu de indenizar os danos individuais decorrentes do ilícito civil objeto da demanda, permitindo aos respectivos titulares do direito à reparação (vítimas e seus sucessores) a imediata liquidação e execução, independentemente de nova sentença condenatória. É o que estabelece o art. 103, § 3º, da Lei 8.078/90 (Código de Proteção e Defesa do Consumidor), a saber: “Os efeitos da coisa julgada de que cuida o art. 16, combinado com o art. 13 da Lei n. 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”.

Trata-se de efeito secundário inerente, não apenas às sentenças relacionadas a danos decorrentes de infração às normas do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, mas a todas as sentenças proferidas em ações civis públicas. É o que se infere do dispositivo acima reproduzido, bem como dos demais preceitos legais que consagram o sistema de recíproca aplicação subsidiária entre Código de Proteção e Defesa do Consumidor (art. 90 da Lei 8.078/90) e a Lei da Ação Civil Pública (art. 21 da Lei 7.347/85).

Assim, reconhecida a responsabilidade do réu por infrações que causem lesão a direitos de natureza transindividual, fica desde logo afirmada também a sua responsabilidade pelos danos individuais decorrentes do mesmo evento. Nesse caso, havendo concurso entre créditos por danos a direitos transindividuais e créditos por “indenizações pelos prejuízos individuais resultantes do mesmo evento danoso, estas terão preferência no pagamento” (art. 99 da Lei 8.078/90).

8. Cumprimento das sentenças

Ressalvadas as peculiaridades inerentes à natureza transindividual do direito a ser satisfeito, as sentenças proferidas na ação civil pública estão subordinadas, na fase de seu cumprimento, ao regime do Código de Processo Civil, como ocorre com qualquer outra sentença proferida em procedimento comum. O procedimento a ser adotado, portanto, dependerá da natureza da prestação a ser cumprida. Em se tratando de obrigação de fazer e não fazer ou de obrigação de entrega de coisa, observar-se-á ao disposto nos artigos 461 e 461-A do Código de Processo Civil. Nesses casos, portanto, o cumprimento da sentença independe de ação autônoma de execução, sendo promovido no âmbito da mesma relação processual em que foi proferida. E, em se tratando de obrigação de pagar quantia, a sentença será considerada título executivo, que dará ensejo a postulação das providências próprias do regime previsto no Capítulo IV, do Título II, do Livro II, do CPC, vale dizer, o da ação de execução por quantia certa contra devedor solvente. Ilíquida a sentença condenatória, a execução será antecedida, como sempre ocorre em casos semelhantes, de prévia liquidação, que observará o regime comum previsto no Capítulo VI, do Título I, do Livro II, do CPC.

Salienta-se essa aderência procedimental ao regime comum da execução para demonstrar que, sob esse aspecto, a sentença a respeito de direitos transindividuais, proferidas em ação civil pública, guarda profunda semelhança com as demais sentenças proferidas em procedimento comum. O que ela tem de peculiar é, justamente, a natureza do direito material tutelado, que é transindividual. Isso tem, na execução, duas conseqüências importantes. A primeira, relacionada com a legitimidade ativa: tratando-se de satisfazer direito sem titular determinado, o cumprimento da sentença será invariavelmente requerido (ou a execução autônoma promovida) em regime de substituição processual, sendo seus legitimados ativos os mesmos entes e instituições habilitados para a fase cognitiva, arrolados no art. 5º da Lei 7.347/85. Caso o substituto processual que demandou no processo de conhecimento não promova a execução ou não requeira o cumprimento da sentença no prazo de sessenta dias, será dever do Ministério Público assumir esse encargo. É o que determina o art. 15 da Lei. O mesmo deverá ocorrer se, no curso da execução, houver desistência ou abandono da causa, aplicando-se, por analogia, o disposto no art. 5º, § 3º, da mesma Lei.

A outra peculiaridade da execução diz respeito ao destino a ser dado ao produto da prestação. Havendo condenação em dinheiro, o respectivo valor reverterá, não ao patrimônio de uma ou de algumas pessoas determinadas (o que seria incompatível com a natureza transindividual do direito a ser reparado), e sim a um Fundo, gerido por um Conselho, com a participação obrigatória do Ministério Público e de representantes da comunidade, e os recursos serão “destinados à reconstituição dos bens lesados” (Lei 7.347/85, art. 13). Trata-se do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, previsto na Lei 9.008, de 21/03/95, e no Decreto 1.306, de 09/11/94.

CAPÍTULO IV – AÇÃO POPULAR: O CIDADÃO EM DEFESA DE DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS

SUMÁRIO 1. Origem e evolução legislativa 2. A natureza transindividual dos interesses tutelados 3. Objeto da ação popular: “anular ato lesivo” 4. Lesividade e ilegalidade do ato 5. Lesão à moralidade administrativa 6. Lesão ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural 7. Tutela preventiva e providências de recomposição do estado anterior 8. Medidas cautelares e antecipatórias 9. Aspectos processuais da ação popular

1. Origem e evolução legislativa

A ação popular entrou em nosso constitucionalismo pela Carta Política de 1934, nele se mantendo até hoje, com um único intervalo, na vigência da Carta de 1937, outorgada pelo Estado Novo. E desde seus primórdios, duas de suas linhas estruturais se mantiveram praticamente inalteradas: a da legitimidade ativa (invariavelmente atribuída a “qualquer cidadão”) e a da finalidade (de “pleitear a declaração de nulidade ou a anulação dos atos lesivos” ao patrimônio público). Mudou, no correr do tempo, o rol das entidades cujo patrimônio fica sujeito à sua tutela, mudança que acompanhou, sob esse aspecto, a evolução do sistema da administração pública (paulatinamente descentralizada) e do perfil dos organismos estatais (crescentemente intervencionistas)⁸⁰. A Constituição de 1934 considerava tutelável por ação popular apenas o patrimônio da União, dos Estados e dos Municípios (art. 113, inc. 38); na de 1946, foi acrescentado o das entidades autárquicas e das sociedades de economia mista (art. 141, § 38); e as Constituições de 1967 (art. 150, § 31) e 1969 (art. 153, § 31) referiam-se, genericamente, a “atos lesivos ao patrimônio de entidades públicas”. A essa altura,

80 SILVA, José Afonso da. **Ação popular constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1968, p. 35.

todavia, já se achava em vigor a Lei 4.717, de 29/06/65, que até hoje “regula a ação popular”, em cujo artigo 1º o sentido de patrimônio público ficara detalhado e ampliado: “patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista, de sociedades mútuas de seguros nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, de empresas incorporadas ao patrimônio da União, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos”.

Uma substancial e significativa alteração do conceito de patrimônio público foi introduzida pela Lei 6.513, de 20/12/77, que deu a seguinte redação ao § 1º do art. 1º da Lei da Ação Popular: “consideram-se patrimônio público, para os fins referidos neste artigo, os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico”. Era o primeiro e importante passo em direção à formalização, em texto legislativo, da tutela jurisdicional de interesses tipicamente transindividuais (= não pertencentes ao patrimônio jurídico próprio de qualquer pessoa, pública ou privada), constituindo motivo de justo orgulho para nossas instituições: “com os defeitos que possa ter”, dizia em 1985 Barbosa Moreira, “o instrumento da ação popular faz honra à criatividade do nosso legislador e dispensa o direito brasileiro, no particular, de receber lições estrangeiras”⁸¹.

Foi assim que chegamos à Constituição de 1988, que deu à ação popular o seu contorno atual: “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência” (art. 5º, LXXIII). Chamam a atenção dois significativos acréscimos aos bens tuteláveis: a moralidade administrativa e o meio ambiente. É reflexo natural da valorização desses bens jurídicos pelo novo regime constitucional, que erigiu a

81 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tutela Jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. **Revista de Processo**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 10, n. 39, 1985, p. 74.

moralidade como princípio de administração pública (art. 37) e que alçou o meio ambiente ecologicamente equilibrado à condição de “bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações” (art. 225).

2. A natureza transindividual dos interesses tutelados

O que caracteriza a ação popular, desde as suas mais remotas origens romanas, “é o exercício da ação por qualquer membro da coletividade, com maior ou menor amplitude, para a defesa de interesses coletivos”⁸². Essa peculiaridade é extremamente significativa, tanto do ponto de vista processual, quando do ponto de vista da cidadania. Processualmente, atribuir a alguém a legitimidade ativa para tutelar direito de que não é titular representou um desafio ao dogma, cuja essência ainda hoje é preservada como regra pelo CPC (art. 6º), de afirmar a necessária compatibilidade entre o titular da relação de direito processual com o da relação de direito material deduzida na demanda. Sob esse aspecto, “a ação popular parece contrariar esses princípios básicos da processualística”, já enfatizava, em 1937, Machado Guimarães⁸³.

Por outro lado, a faculdade de promover a ação popular, com o poder que dela decorre no controle de atos da Administração Pública, conferiu aos membros da comunidade um meio de participação na vida política⁸⁴, um significativo marco de afirmação dos direitos de cidadania. É o cidadão tutelando em juízo “o direito que tem a coletividade a um governo probo e a uma administração honesta”, lembrava Frederico

82 SILVA, José Afonso da. **Ação popular constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1968, p. 2., lembrando a definição de PAULO: “Eam popularem actionem, quae suum ius populi tuetur”. Invoca também PALADIN, Lívio. Azioni Popolari, *Novissimo Digesto Italiano*, II, p. 88: “Aspetto caratteristico di tutti i tipi di azione popolare, finora succedutisi nelle varie fasi di trasformazione storica dell’istituto è l’esperibilità dell’azione stessa da parte di ogni componente di una collettività, in difesa di un pubblico interesse ad essa spettante”.

83 GUIMARÃENS, Luiz Machado. A ação popular e coisa julgada. **Boletim do Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros**, v. XIV, outubro 1938, Anexo II, p. 232. Convém observar que, no texto, o autor se mostrava francamente contrário à ação popular, por considerá-la “fórmula perigosa de tutela, lâmina de dois gumes, que tanto poderá ser usada na defesa do interesse público, como servir a perseguições políticas e a retaliações pessoais” (**op. cit.**, p. 227-228), dando notícia de que, após três anos de vigência da Constituição de 1934, que a instituíra, “o dispositivo aludido, que ressuscitou as ações populares, continua letra morta” (**op. cit.**, p. 229).

84 RAMOS, Elival da Silva. **A ação popular como instrumento de participação política**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

Marques⁸⁵. Trata-se, inegavelmente, de um direito político fundamental, da mesma natureza de outros direitos políticos previstos na Constituição, como os de alistar-se, habilitar-se a candidaturas para cargos eletivos (CF, art. 14, §§ 1º a 4º) e a nomeações para certos cargos públicos não eletivos (CF, art. 87; 89, VII; 101; 131, § 1º), participar de sufrágios, votar em eleições, plebiscitos e referendos e apresentar projetos de lei pela via da iniciativa popular (CF, arts. 14, *caput* e 61, § 2º)⁸⁶. Visualizado em seu contexto e em seu sentido histórico (como é apropriado para avaliar adequadamente essa espécie de atributo⁸⁷), o direito à ação popular sempre representou um traço importante nos direitos de cidadania, de muito significado ainda hoje, quando tais direitos assumem novos contornos, mais complexos e multiformes⁸⁸.

A transindividualidade dos interesses tutelados por ação popular fica evidenciada, não apenas quando seu objeto é a proteção do meio ambiente ou do patrimônio histórico e cultural (direitos tipicamente difusos, sem titular determinado), mas também quando busca anular atos lesivos ao patrimônio das pessoas de direito público ou de entidades de que o Estado tenha participação. Nesse caso, embora o patrimônio tutelado esteja sob o domínio jurídico-formal (= sob a propriedade) de uma pessoa jurídica identificada, ele, real e substancialmente, pertence à coletividade como um todo. Afinal de contas, as referidas entidades - que constituem, *latíssimo sensu*, a administração pública - existem para atender, direta ou indiretamente, aos interesses da sociedade, e os bens que compõem o seu patrimônio estão ali afetados para servir à mesma finalidade. “Sinal distintivo dos bens do domínio público e do patrimônio administrativo é o fato de participarem da atividade administrativa”, dizia Ruy Cirne Lima, acrescentando em seguida: “Ora, o traço característico da administração pública é estar vinculado – não a uma vontade – porém a um fim. Logo, este há de ser, também,

85 MARQUES, José Frederico. As ações populares no direito brasileiro. **Revista Forense**, Rio de Janeiro: Forense, v. 55, n.178, jul./ago. 1958, p. 47.

86 ZAVASCKI, Teori Albino. Direitos políticos: perda, suspensão e controle jurisdicional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília: Senado Federal, v. 31, n. 123, jul./set. 1994, p. 177-183.

87 PINSKY, Jaime. Introdução. In: _____; PINSKY, Carla. **História da cidadania**. São Paulo: Contexto, 2003, p. 9.

88 Sobre o conceito e o sentido de cidadania, ontem e hoje: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla. **História da cidadania**. São Paulo: Contexto, 2003.

um dos atributos dos bens do domínio público e do patrimônio administrativo. Costuma dizer-se que os bens do domínio público, por natureza, e os bens do patrimônio administrativo, por destino, são insusceptíveis de propriedade, quer dizer, de vincular-se, por laço de direito real, a uma vontade ou personalidade”⁸⁹. Por isso mesmo, “formam o domínio público e o patrimônio administrativo todos os bens, pertençam a quem pertencerem, que participam da atividade administrativa e se acham, por isso mesmo, vinculados aos fins desta”⁹⁰.

A dimensão e o sentido que atualmente detém a administração pública vão muito além do núcleo fechado da chamada administração direta. Também as entidades da administração indireta e das suas subsidiárias, ainda quando voltadas imediatamente à exploração da atividade econômica, têm por finalidade primordial, ainda que indireta, o cumprimento de uma função social, e estão sujeitas, por isso mesmo à “fiscalização pelo Estado e pela sociedade”, por expressa determinação constitucional (art. 173, § 1º, I). Não há dúvida, portanto, que a ação popular, ao zelar pela higidez e boa administração do patrimônio pertencente às pessoas de direito público e às entidades direta ou indiretamente controladas pelo Estado, está defendendo não apenas interesses particulares dessas pessoas, mas sobretudo os interesses superiores da própria coletividade a que servem. Eis aí plasmada, portanto, a transindividualidade dos interesses tutelados.

Em suma, a ação popular representa, em nosso sistema, além de uma quebra de paradigmas, o instrumento precursor e pioneiro de defesa jurisdicional de interesses difusos da sociedade, mediante a legitimação ativa dos cidadãos, pela técnica da substituição processual.

3. Objeto da ação popular: “anular ato lesivo”

Segundo decorre do texto constitucional expresso – que, no particular, reproduz a essência do que também já previam as Constituições anteriores – a ação popular tem por

89 CIRNE LIMA, Ruy. **Princípios de direito administrativo**. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987, p. 75.

90 Idem, *ibidem*, p. 76.

objeto específico o de “anular ato lesivo” a um dos seguintes bens jurídicos: (a) ao patrimônio público, (b) à moralidade administrativa, (c) ao meio ambiente ou (d) ao patrimônio histórico ou cultural (art. 5º, LXXIII). A lesividade constitui, portanto, requisito indispensável para que o ato fique submetido a controle por essa especial via judicial⁹¹. É certo que, ao especificar os casos de nulidade e de anulabilidade de atos administrativos a que se referia, a Lei da Ação Popular fez menção explícita ao requisito da lesividade em relação a uns (os aludidos em seus artigos 2º e 3º), mas não o fez em relação a outros (os alinhados em seu art. 4º). Para compatibilizar a falta de referência específica, por parte da lei, com a exigência afirmada expressamente na Constituição, a doutrina assentou entendimento de que, nos casos do art. 4º, a lesividade é presumida (presunção *iuris tantum*)⁹². Ela, portanto, não está dispensada. O autor é que está dispensado de demonstrá-la, cabendo ao réu, se for o caso, provar que, naqueles casos, a lesão não ocorreu. Há, na jurisprudência mais recente do STF, uma nítida tendência no sentido de ampliar os casos de presunção de lesividade, que, “na maioria das vezes (...) decorre da própria ilegalidade do ato impugnado”⁹³.

O requisito da lesividade resulta ainda mais evidente quando se leva em conta a possibilidade de convalidação dos atos administrativos, que é forma de restaurar a ordem jurídica atingida pelo ato inválido: “o princípio da legalidade não predica necessariamente a invalidação, como se poderia supor, mas a invalidação ou a convalidação, uma vez que ambas são formas de recomposição da ordem jurídica violada”⁹⁴. Ora, conforme prevê o art. 55 da Lei 9.784, de 1999, são passíveis de convalidação os atos administrativos, atingidos por irregularidades sanáveis, quando “se

91 GRAU, Éros Roberto. Requisito da lesividade na ação popular. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de (coord.). **Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba**: Direito administrativo e constitucional. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 339; PRADE, Péricles. Lesividade e ilegalidade como pressupostos da ação popular constitucional. **Revista de Processo**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 11, n. 42, abr./jun. 1986, p. 259-270.

92 GRAU, Éros Roberto. *Ibidem*, p. 340; MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança**. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 138.

93 STF. 2ª Turma. RE 160.381-0. Relator: Marco Aurélio, DJ de 12/08/94. Também na mesma linha: STF. RE 120.768. Relator: Ilmar Galvão, DJ de 13/08/99; STF. 1ª Turma. RE 113.729-1, Relator: Moreira Alves, DJ de 25/08/89, RTJ 129:1339; STF. 1ª Turma. RE 105.520. Relator: Octávio Gallotti, RTJ 118:717.

94 ZANCANER, Weida. **Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 56.

evidencie não acarretarem lesão ao interesse público, nem prejuízo a terceiro”. A convalidação, nesses casos, não é mero ato discricionário, cuja prática fica a critério do administrador, mas é ato vinculado, constituindo-se em dever da administração⁹⁵. Se o ato inválido não causou lesão, ele poderá, ou melhor, deverá (desde que presentes os demais requisitos para tanto), ser convalidado, sendo descabida, conseqüentemente, a sua anulação, mesmo por ação popular.

Assim, ressalvadas as hipóteses de lesividade presumida (presunção que cabe ao réu desfazer) e a de lesão à moralidade administrativa (que dispensa qualquer prova, porque se configura em plano estritamente jurídico), cumpre ao autor, conforme estabelece a regra processual de distribuição do ônus da prova (CPC, art. 333, I), demonstrar em que consistiu, na prática, a conseqüência lesiva provocada pelo ato atacado.

4. Lesividade e ilegalidade do ato

Discute-se, em doutrina, sobre a necessidade de cumular, ao requisito da lesividade, o da ilegalidade do ato⁹⁶. A discussão não tem sentido algum quando se trata de ato lesivo à moralidade administrativa, já que, conforme se procurará demonstrar adiante, o princípio da moralidade pertence ao mundo da normatividade (= legalidade), e isso significa dizer que o ato que o lesa é, por natureza, um ato juridicamente ilegítimo (= ilegal, *lato sensu*). A lesão à moralidade administrativa é, pois, em si mesma, uma ilegalidade. Nos demais casos (lesão ao patrimônio público, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural), o dilema da cumulação ou não de lesividade e ilegalidade somente poderia existir a partir da suposição (que não é verdadeira) de que os atos lesivos podem ser classificados como (a) atos lesivos ilegítimos (= ilegais) e (b) atos lesivos legítimos (= legais). Ora, é difícil, sob o aspecto estritamente jurídico,

95 ZANCANER, Weida. **Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 59.

96 Sobre o tema, ver a exaustiva resenha das posições doutrinárias levantada por Péricles Prade, em seu estudo sobre “Lesividade e ilegalidade como pressupostos da ação popular constitucional”, **Revista de Processo**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 11, n. 42, abr./jun. 1986, p. 261 e seguintes).

admitir a hipótese de uma lesão “legítima”. Se o ato é legítimo, a “lesão” que ele causa não pode ser considerada, juridicamente, uma lesão. Se o fosse, seria uma lesão “legítima”, e, como tal, insuscetível de ser desfeita.

Com efeito, nem todos os atos que provocam redução no patrimônio público ou de terceiro são, só por isso, nulos ou anuláveis. A cobrança de um tributo, por exemplo, importa invasão coativa no patrimônio do contribuinte, causando-lhe uma redução material. Mas essa circunstância de fato não acarreta necessariamente a invalidade do ato, não podendo, juridicamente, ser qualificada como “lesão”. Tenha-se presente que a nulidade é uma sanção jurídica⁹⁷, e, como tal, opera em plano exclusivamente jurídico, pois decorre (= tem como causa necessária) da injuridicidade (= ilegitimidade, ilegalidade) do ato, e não dos efeitos materiais que ele acarreta. Sob essa ótica, é evidente que o ato legítimo não pode ser anulado, nem por ação popular e nem por qualquer outra ação judicial.

É preciso considerar, nessa discussão, que, ao submeter certos atos a invalidação por via de ação popular, o legislador certamente não quis ampliar as causas de nulidade de tais atos, matéria, aliás, estranha ao direito processual. Pelo contrário, resulta clara do texto normativo a intenção do legislador de selecionar certos atos (e selecionar importa reduzir o número) que, por estarem revestidos de uma característica especial e adicional em relação aos demais atos nulos ou anuláveis (= a sua lesividade), ficaram submetidos ao controle jurisdicional também por iniciativa popular. As causas de nulidade (= de direito material) não ficaram, portanto, modificadas em virtude dessa seleção, que tem caráter eminentemente processual.

A conclusão a que se chega é, em suma, esta: somente atos ilegítimos e não suscetíveis de convalidação é que podem ser anulados; e somente podem ser anulados por ação popular os atos que, além de ilegítimos, sejam também lesivos aos bens e valores enunciados no inciso LXXIII, do art. 5º da Constituição⁹⁸.

97 MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da validade. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 45.

98 Nesse sentido: SILVA, José Afonso da. **Ação popular constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1968, p. 169; MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança**. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 138; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Ações coletivas na Constituição de 1988**.

5. Lesão à moralidade administrativa

A mais arrojada inovação constitucional foi a de conferir ao autor da ação popular a faculdade de pleitear anulação de atos lesivos à moralidade administrativa. É arrojada sobretudo porque abre ensejo a que se questione a legitimidade dos atos da administração pública em face de uma cláusula normativa extremamente aberta, de conteúdo valorativo de difícil preenchimento. Em que consiste, afinal, a moralidade administrativa, que fulmina de nulidade os atos a ela contrários? Essa a desafiadora pergunta que cumpre aos juristas e aos juízes responder.

Ao estabelecer a moralidade administrativa como “princípio” da administração pública (art. 37) e como requisito de validade dos atos administrativos (art. 5º. LXXIII), o legislador constituinte impôs aos agentes públicos um modelo de conduta, uma regra de comportamento, um modo de proceder, que deve ser conforme àquele princípio e cujo descumprimento acarreta sanções, nomeadamente a de nulidade do ato. Se é norma de conduta, se é coercitiva, se o seu descumprimento acarreta conseqüências sancionatórias, o princípio da moralidade administrativa, bem se percebe, pertence ao mundo da normatividade jurídica. Ele não está fora, nem ao lado do direito. Ele é parte do direito, tem natureza idêntica à de outros princípios de direito. Ele não é incompatível, mas, pelo contrário, está necessariamente associado aos demais princípios que compõem o elenco dos direitos e garantias fundamentais, nomeadamente o da legalidade, por força do qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (CF, art. 5º, II). Sua força normativa tem, portanto, a mesma base de todos os demais princípios e regras jurídicas, cuja fonte primeira e mais importante é a própria Constituição.

Como ocorre com todas as normas que impõem coercitivamente modelos de comportamento humano, a força sancionadora do princípio da moralidade supõe prévia definição das condutas ilícitas (princípios da tipicidade do ilícito e da irretroatividade

Revista de Processo, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v.16, n. 61, jan./mar. 1991, p. 192; MARQUES, José Frederico. As ações populares no direito brasileiro. **Revista Forense**, Rio de Janeiro: Forense, v. 55, n.178, jul./ago. 1958, p. 47; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. **Ação popular**: aspectos polêmicos. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 7.

das normas). Ofenderia ao princípio da legalidade – que é o mais elementar e essencial princípio de qualquer estado democrático de direito – aplicar sanção jurídica a agente que, à época que o praticou, não tinha como saber se o ato praticado atendia ou não à moralidade administrativa, e, portanto, se era válido ou inválido, sancionável ou não. O que se quer afirmar, com isso, é que o conteúdo do princípio da moralidade deve necessariamente ser extraído de um sistema normativo previamente existente, conhecido e acessível a todos os seus destinatários e determinado democraticamente, isto é, por quem tem o poder de produzir regras de conduta (= normas jurídicas). Ora, está dito no art. 1º, parágrafo único, da Constituição que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente (...)”. Seria absurdo, portanto, imaginar que o conteúdo do princípio da moralidade fugisse ao regime democrático de direito e fosse ou pudesse ser, validamente, aquele porventura definido *a posteriori*, por parâmetros fixados ou só conhecidos do próprio aplicador ou do julgador. Seria a consagração da pura arbitrariedade: o ato seria válido ou não, o agente seria penalizado ou não, segundo o que viesse a ser estabelecido no futuro, por padrões extraídos de origens incertas e desconhecidas.

A fonte normativa do princípio da moralidade outra não é, portanto, senão a mesma de onde provém todos os princípios e normas jurídicas. Não se trata de um puro produto do jusnaturalismo, ou da ética, ou da moral ou da religião. É o sistema de direito, o ordenamento jurídico e, sobretudo, o ordenamento jurídico-constitucional, a sua fonte por excelência, e é nela que se deve buscar a substância e o significado do referido princípio.

Todavia, os valores humanos que inspiram e subjazem ao ordenamento jurídico constituem, em muitos casos, inegavelmente, a concretização normativa de valores retirados da pauta dos direitos naturais, ou do patrimônio ético e moral consagrado pelo senso comum da sociedade. Sob esse aspecto, há vasos comunicantes entre o mundo da normatividade jurídica e o mundo normativo não-jurídico (natural, ético, moral), razão

pela qual, esse último, tendo servido como fonte primária do surgimento daquele, constitui também um importante instrumento para a sua compreensão e interpretação⁹⁹.

É por isso mesmo que o enunciado do princípio da moralidade administrativa – que, repita-se, tem natureza essencialmente jurídica - está associado à gama de virtudes e valores de natureza moral e ética: honestidade, lealdade, boa-fé, bons costumes, equidade, justiça¹⁰⁰. São valores e virtudes que dizem respeito à pessoa do agente administrativo. Conseqüentemente, os vícios do ato administrativo por ofensa à moralidade são derivados de causas subjetivas, relacionadas com a intimidade de quem o edita: as suas intenções, os seus interesses, a sua vontade. Estará atendido o princípio da moralidade administrativa quando a força interior e subjetiva que impulsiona o agente à prática do ato guardar adequada relação de compatibilidade com os interesses públicos a que deve visar a atividade administrativa. Se, entretanto, essa relação de compatibilidade for rompida – por exemplo, quando o agente, ao contrário do que se deve razoavelmente esperar do bom administrador, for desonesto em suas intenções, for desleal para com a administração pública, agir de má-fé para com o administrado, substituir os interesses da sociedade pelos seus interesses pessoais – estará concretizada ofensa à moralidade administrativa, causa suficiente de nulidade do ato. A quebra da moralidade caracteriza-se, portanto, pela desarmonia entre a expressão formal (= a aparência) do ato e a sua expressão real (= a sua substância), criada e derivada de impulsos subjetivos viciados quanto aos motivos, ou à causa ou à finalidade da atuação administrativa. É por isso que o desvio de finalidade e o abuso de poder (vícios originados da estrutura subjetiva do

99 “Na vida real”, observou com propriedade Juarez Freitas, “a interpretação ponderada, construtiva e sistemática do Direito aparece guiada por uma visão que nunca será moralmente neutra (...) Para além das falácias formalistas, no exame da legitimidade da produção do direito (...) torna-se imprescindível investigar os discursos jurídicos no espaço que transcende a ‘completude’ preconizada pela escola da exegese ou, mais sofisticadamente, pela teoria da norma geral exclusiva, exercitando-se a inafastável permeabilidade do jurídico em face de argumentações marcadamente morais (...) Não se deveria mais tentar resolver dilemas jurídicos recorrendo à suposta separação rígida entre Direito e Moral, a qual não se coaduna nem com discursos constitucionais democráticos, nem com avançadas teorias da interpretação que preconizam a compreensão do Direito à luz de paradigmas pronunciadamente axiológicos” (FREITAS, Juarez. O princípio jurídico da moralidade e a Lei de Improbidade Administrativa. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (coord.). **Direito administrativo contemporâneo**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004, p. 136-137).

100 SANTOS, Marcelo de Oliveira Fausto Figueiredo. **O controle da moralidade na Constituição**. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 86-88.

agente) são considerados defeitos tipicamente relacionados com a violação à moralidade¹⁰¹.

Não há como deixar de associar o princípio da moralidade administrativa também ao princípio da boa-fé objetiva. “A inter-relação humana”, escreveu Ruy Rosado de Aguiar a respeito desse princípio geral de direito, “deve pautar-se por um padrão ético de confiança e lealdade, indispensável para o próprio desenvolvimento normal da convivência social. A expectativa de um comportamento adequado por parte do outro é um componente indissociável da vida de relação, sem o qual ela mesma seria inviável. Isso significa que as pessoas ‘devem adotar um comportamento leal em toda a fase prévia à constituição de tais relações (diligência *in contrahendo*); e que devem também comportar-se lealmente no desenvolvimento das relações jurídicas já constituídas por eles. Este dever de comportar-se segundo a boa-fé se projeta à sua vez nas direções em que se diversificam todas as relações jurídicas: direitos e deveres. Os direitos devem exercitar-se de boa-fé; as obrigações têm de cumprir-se de boa-fé’. O princípio regula a vida das pessoas e serve de parâmetro para a avaliação de suas condutas, tendo em vista o sistema jurídico global”¹⁰². Ora, também as relações entre administrador e administrado devem ser pautadas por padrão ético de lealdade e de confiança mútuas. A sociedade em geral e cada um dos destinatários da ação administrativa em particular, têm a justa expectativa de que o administrador público pautar a sua atuação segundo um modelo de comportamento próprio do bom administrador. Tal comportamento outro não é senão aquele conduzido pelas idéias que subjazem ao conceito de boa-fé objetiva, a saber: “a boa-fé *como regra de conduta* fundada na honestidade, na retidão, na lealdade e, principalmente, *na consideração para*

101 HAURIUO, Maurice. **Précis de droit administratif et de droit public**. 11 ed. Paris: Recueil Sirey, 1927, p. 420; COUTO E SILVA, Almiro do. Parecer. **Revista da Procuradoria Geral do Município de Porto Alegre**, n. 9, 1996, p. 79; MARTINS-COSTA, Judith H. As funções do princípio da moralidade administrativa (o controle da moralidade na administração pública). **Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul**, v. 11, n. 19, jul./dez. 1993, p.134.

102 AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor (resolução)**. 2 ed. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1991, p. 244.

com os interesses do 'alter', visto como um membro do conjunto social que é juridicamente tutelado"¹⁰³.

Pode-se afirmar, por isso mesmo, que, além do seu notável papel como parâmetro de interpretação e de compreensão do direito público, o princípio da boa-fé objetiva desempenha, nesse campo, em relação aos agentes administrativos, funções semelhantes às que tem no direito privado: de criar deveres secundários de conduta e de impor limites ao exercício dos direitos¹⁰⁴. Do agente público o que se espera, antes e no desenrolar da atuação administrativa, é um comportamento "que demonstre haver assumido como móbil da sua ação a própria idéia do dever de exercer uma boa administração"¹⁰⁵. A quebra dessa justa e natural expectativa da sociedade importa quebra do princípio da boa-fé objetiva. Tal princípio tem, portanto, inteira aplicação às relações de direito público¹⁰⁶, sendo componente importante do princípio da moralidade¹⁰⁷.

Considerado todo o exposto, pode-se concluir, em suma, que a lesão ao princípio da moralidade administrativa é, rigorosamente, uma lesão a valores e princípios incorporados ao ordenamento jurídico, constituindo, portanto, uma injuridicidade, uma ilegalidade *lato sensu*. Trata-se, ademais, de uma ilegalidade qualificada pela gravidade do vício, o que é razão suficiente, segundo a Constituição, para ensejar sua anulação por ação popular, independentemente da perquirição, que é exigida para as demais hipóteses, a respeito da sua efetiva lesividade patrimonial.

103 MARTINS-COSTA, Judith H. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 412.

104 AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor (resolução)**. 2 ed. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1991, p. 249; MARTINS-COSTA, Judith H. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 427.

105 DELGADO, José Augusto. O princípio da moralidade administrativa e a Constituição Federal de 1988. **Revista dos Tribunais**, v. 81, n. 680, jun. 1992, p. 35.

106 COUTO E SILVA, Almiro do. A responsabilidade do Estado no quadro dos problemas jurídicos resultantes do planejamento. **Revista Forense**, Rio de Janeiro: Forense, v. 78, n. 278, abr./jun. 1982, p. 370; FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 73; GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. **El principio general de la buena fe en el derecho administrativo**. 3 ed. Madrid: Editorial Civitas, 1999.

107 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 109; GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 227.

6. Lesão ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural

Tradicionalmente destinada a anular atos lesivos ao patrimônio público, a ação popular teve ampliados os seus horizontes a partir da Lei 6.513, de 20/12/77, que, modificando o § 1º do art. 1º da Lei da Ação Popular, inclui no conceito de patrimônio público, “para os fins referidos neste artigo, os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico”. Com a Constituição de 1988, inseriu-se nos objetivos da ação também os de anular atos lesivos “ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural”. No particular, afora a menção explícita ao meio ambiente, não houve grandes alterações no quadro já existente. E nesse específico domínio há nítida confluência de objetivos com a ação civil pública, já que a proteção ambiental e dos bens históricos e culturais consta de modo explícito entre os direitos e interesses difusos e coletivos arrolados no art. 1º da Lei 7.347, de 1985, quando traça a finalidade daquela ação.

Podem praticar atos lesivos àqueles direitos e interesses não apenas os agentes da administração pública, direta ou indireta, e os representantes das demais entidades arroladas no art. 1º da Lei da ação popular, mas também todas as outras pessoas. Essa circunstância altera, marcadamente, o sentido tradicional da ação popular, que, conforme referido, sempre esteve de algum modo relacionada com entidades detentoras de “patrimônio público”, *lato sensu* considerado, cuja proteção constituiu seu objeto primordial.

Pode-se afirmar, em face dessas circunstâncias, que, ao admitir a propositura de ação popular destinada à anulação de atos lesivos ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, o que a Constituição fez, na prática, foi conferir ao cidadão a legitimidade para, nos limites próprios dessa ação (= de tutela predominantemente desconstitutiva, mas também preventiva ou ressarcitória, conforme se fará ver) promover uma peculiar ação civil pública em defesa daqueles específicos direitos

transindividuais. As mínimas diferenças verificadas nos procedimentos de cada uma das duas ações¹⁰⁸ de modo algum infirma essa constatação.

7. Tutela preventiva e providências de recomposição do estado anterior

A interpretação literal das normas de regência pode sugerir que, ao estabelecer como objeto da ação popular a anulação ou a declaração de nulidade de ato lesivo, o legislador tenha limitado a tutela jurisdicional às providências desconstitutivas ou declaratórias negativas. Não é assim, todavia. A ação popular comporta também a tutela preventiva bem como, se for o caso, a de eliminação dos efeitos danosos do ato nulo (restauração do estado de fato anterior ou a de reparação de danos).

O requisito da lesividade não se confunde com a efetiva ocorrência da lesão. Deve-se considerar lesivo (e, conseqüentemente, desde logo passível de nulidade) qualquer ato que produz efeitos lesivos, mesmo que a lesão ainda não se tenha consumado. Basta, para a propositura da ação e a procedência do pedido, a demonstração da potencialidade lesiva. Ato lesivo, portanto, é não apenas o ato que já produziu efeitos lesivos, mas também o que tem potencial para produzir tais efeitos. A ação popular promovida após a ocorrência do ato mas antes da consumação dos seus efeitos tem, quanto à nulidade do ato, natureza repressiva, e, quanto aos seus efeitos, natureza preventiva: invalidando o ato, impede-se a consumação da lesão.

Pode ocorrer situação em que o próprio ato, com potencialidade lesiva, não tenha sido ainda praticado, ou que, sujeita a sua execução à formação de um conjunto de atos sucessivos, nem todos estejam ainda concluídos. Exemplo: licitação pública, viciada por ilegalidade, em vias de ter seu resultado homologado. Sendo iminente a prática do ato lesivo, ou a sua conclusão, seria cabível o ajuizamento preventivo de ação popular? Poder-se-ia ampliar o objeto da ação, expresso no texto constitucional (= anular ato lesivo), para nele fazer compreender também a pretensão de ver sustada a prática de atos da espécie?

108 BARROSO, Luis Roberto. Ação popular e ação civil pública: aspectos comuns e distintivos. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**. Editora Revista dos Tribunais, v. 1, n. 4, jul./set.1993, p. 238.

A resposta é positiva. O âmbito da ação popular deve ser composto a partir de uma visão finalística e não estritamente literal: ao conferir ao cidadão legitimidade para anular atos lesivos ao patrimônio público, à moralidade, ao meio ambiente e a bens históricos e culturais, o fez com a finalidade de preservar aqueles valores e bens. Ora, o modo mais eficiente de preservar é prevenir. Em certos casos, aliás, a prevenção é a única forma de preservação. Um monumento histórico, quando destruído, não comporta reparação *in natura*, o que significa dizer que, para sua efetiva tutela, as medidas preventivas são indispensáveis. O mesmo ocorre com o meio ambiente, cujas normas de proteção (v.g., Lei 6.938/81, que regula a Política Nacional do Meio Ambiente, art. 2º, VIII e IX; e art. 4º, VI e VII) realçam a sua necessária dependência ao princípio da prevenção (“como forma de antecipar-se ao processo de degradação ambiental”¹⁰⁹). Por outro lado, a tutela preventiva (= proteção em caso de ameaça a direito), hoje consagrada de modo explícito no art. 5º, XXXV, da Constituição, é instrumento definitivamente incorporado ao próprio conceito de efetividade da função jurisdicional.

Por outro lado, a função jurisdicional não estaria inteiramente atendida se ficasse limitada à mera providência desconstitutiva do ato nulo. Para que haja proteção integral e completa dos bens jurídicos postos sob proteção é indispensável, se for o caso, a determinação de providências complementares para eliminar os efeitos danosos causados pelo ato nulo. A própria Lei 4.717, de 1965, em seu artigo 11, já traz previsão a respeito: “a sentença que, julgando procedente a ação popular, decretar a invalidade do ato impugnado, condenará ao pagamento de perdas e danos os responsáveis pela sua prática e os beneficiários dele, ressalvada a ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando incorrerem em culpa”. Todavia, devem-se agregar à ação popular – e isso decorre necessariamente da aplicação subsidiária das normas do CPC, recomendada pela própria Lei 4.717/65, em seus artigos 7º e 22 - as regras e princípios que consagram a tutela específica, nomeadamente as previstas no art. 461 do CPC. Assim, comporta-se também no âmbito da sentença de procedência a determinação (a) de providências destinadas à restauração *in natura* da situação anterior ou (b) de

109 SAMPAIO, José Adércio Leite; WOLD, Chris; NARDI, Afrênio. **Princípios de direito ambiental**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 70.

medidas que importem resultados práticos equivalentes. Tais providências serão cumpridas com apoio, se necessário, dos meios executivos previstos nos parágrafos do art. 461 do CPC, e a substituição por perdas e danos somente deverá ser determinada em último caso (CPC, art. 461, § 1º).

8. Medidas cautelares e antecipatórias

Dispõe o § 4º do art. 5º da Lei da Ação Popular que “na defesa do patrimônio público caberá a suspensão liminar do ato lesivo impugnado”. Trata-se de medida antecipatória dos efeitos da tutela, incluída no texto pela Lei 6.513, de 1977. Chama a atenção que medida dessa natureza, tão rara à época, tenha sido introduzida na ação popular. Isso revela a preocupação do legislador de conferir efetividade máxima a esse instrumento constitucional de defesa dos interesses dos cidadãos. Ora, se a esse procedimento especial o legislador atribuiu meios tão sofisticados, mais do que os então previstos para o procedimento comum, parece evidente a conclusão de que, hoje, são aplicáveis à ação popular, em sua maior amplitude, os supervenientes instrumentos de tutela antecipada, nomeadamente os previstos no art. 273 e 461, § 3º do CPC. Não bastasse a interpretação teleológica do sistema, milita em favor dessa conclusão também o disposto no art. 22 da Lei 4.717, de 1995, segundo o qual “aplicam-se à ação popular as regras do Código de Processo Civil naquilo em que não contrariarem os dispositivos desta Lei, nem à natureza específica da ação”.

Cumprido observar, ademais, que as medidas antecipatórias não se limitam aos casos de “defesa do patrimônio público”, e nem a providências destinadas à simples “suspensão” do ato impugnado, como sugeriria uma interpretação puramente literal do § 4º do art. 5º acima transcrito. A aplicação do instituto da tutela antecipada se dá qualquer que seja o objeto específico da ação, sendo cabível tanto em caso de medidas preventivas quanto de repressivas, devendo a providência antecipatória ser a que mais eficazmente possa atender à finalidade a que se destina, de defesa efetiva dos bens e valores tutelados em juízo.

O art. 14, § 4º, da Lei prevê também que “a parte condenada a restituir bens ou valores ficará sujeita a seqüestro e penhora, desde a prolação da sentença condenatória”.

Trata-se de medida cautelar que, pela sua singularidade, revela mais uma vez a preocupação do legislador em fazer da ação popular um instrumento de eficiência máxima. À luz dessa indisfarçável intenção, não há como negar ao autor popular a faculdade de requerer, também, qualquer outra medida cautelar prevista no CPC, quando necessária e adequada, conforme as circunstâncias do caso.

9. Aspectos processuais da ação popular

Do ponto de vista estritamente processual, a ação popular tem características do procedimento comum ordinário, com aplicação subsidiária das normas do Código de Processo Civil, salvo quanto às peculiaridades indicadas na Lei 7.417, de 1965. É o que está previsto no seu artigo 7º. Algumas dessas peculiaridades (e curiosidades) merecem indicação.

A legitimação ativa é reservada a “qualquer cidadão” (art. 1º), sendo que a prova da cidadania é o título eleitoral ou documento equivalente (art. 1º, § 3º). Outros cidadãos podem habilitar-se como litisconsortes ou assistentes do autor (art. 6º, § 5º), ou assumir o seu lugar em caso de desistência (art. 9º). A própria pessoa jurídica lesada “poderá atuar ao lado do autor, desde que isso se afigure útil ao interesse público, a juízo do respectivo representante legal ou dirigente” (art. 6º, § 3º). O Ministério Público não está legitimado a promover a ação, mas, curiosamente, está legitimado (o que representa um verdadeiro dever legal) a assumir a posição de sujeito ativo e dar seguimento ao processo em caso de desistência por parte do primitivo demandante (art. 9º).

No pólo passivo devem figurar, segundo a Lei (art. 6º), três categorias de réus: a) “as pessoas públicas ou privadas e as entidades referidas no art. 1º”, ou seja, as que têm a titularidade sobre o patrimônio atingido pelo ato atacado; (b) as pessoas responsáveis pela prática do ato lesivo e as que, por omissão, “tiverem dado oportunidade à lesão”; e c) as pessoas diretamente beneficiadas pelo ato lesivo. A curiosidade está na posição das primeiras, que, figurando como réus, podem também “abster-se de contestar” ou, como já referido, “atuar ao lado do autor” (art. 6º, § 3º). Permanecendo como réus e contestando, serão ainda assim beneficiadas com o produto final da condenação, em caso de procedência do pedido, podendo, se for o caso, promover a respectiva execução (art. 17).

Quanto às pessoas das categorias *b* e *c*, a lei admite sua intervenção superveniente, nos casos em que sua “existência ou identidade se torne conhecida no curso do processo e antes de proferida sentença final de primeira instância”, promovendo-se, se tal ocorrer, a citação para contestar e produzir prova (art. 7º, III).

O Ministério Público funciona, em regra, como *custos legis*, obrigatoriamente. Mas é um *custos legis* com instruções específicas: “acompanhará a ação, cabendo-lhe apressar a produção da prova e promover a responsabilidade, civil ou criminal, dos que nela incidirem, sendo-lhe vedado, em qualquer hipótese, assumir a defesa do ato impugnado ou dos seus autores” (art. 6º, § 4º). Essa cláusula final certamente não se compatibiliza com os princípios que, no regime da atual Constituição, regem a instituição e sob os quais deve se pautar a sua atividade. A função institucional de “defesa da ordem jurídica” (CF, art. 127) e o princípio que assegura a sua independência funcional (CF, art. 127, § 1º) impõe ao representante do Ministério Público que atua no processo o dever de posicionar-se na defesa da melhor posição jurídica, esteja ela com o autor ou com o réu. Aprovada em época em que o Ministério Público desempenhava também, em muitos casos, a defesa judicial da administração pública, a proibição de “assumir a defesa do ato impugnado ou dos seus autores” deve ser entendida, apenas, como se referindo à de atuar como representante judicial da parte ré. É a única interpretação que se mostra compatível com o atual regime constitucional (CF, art. 129, IX). Qualquer outra, especialmente a que acarreta limites à sua livre atuação como *custos legis*, deve ser tida como não recepcionada pela Constituição de 1988.

A Lei tem vários dispositivos específicos no sentido de agilizar o andamento do processo. Prevê “pena de desobediência” a quem, sem justo motivo devidamente comprovado, se nega a fornecer ou atrasa a entrega de informações ou documentos necessários à instrução da causa (art. 8º), cabendo ao Ministério Público a incumbência de providenciar para que as requisições, determinadas pelo juiz, sejam atendidas no prazo estabelecido (art. 7º, § 1º). Prevê, também, penalidades administrativas (não inclusão por dois anos em lista de merecimento e perda de tempo de serviço, equivalente ao do retardamento, para efeito de promoção por antiguidade) ao juiz que, sem justo

motivo “comprovado perante o órgão disciplinar competente”, deixar de proferir a sentença no prazo estabelecido (art. 7º, parágrafo único).

Quanto à sentença, sendo ela de procedência, deverá, além de “decretar a invalidade do ato impugnado”, também (a) condenar “ao pagamento de perdas e danos os responsáveis pela sua prática e os beneficiários dele” (art. 11) e (b) condenar os réus no “pagamento, ao autor, das custas e demais despesas judiciais e extrajudiciais, diretamente relacionadas com a ação e comprovadas, bem como os honorários de advogado” (art. 12). Improcedente o pedido, o autor só estará sujeito a ônus sucumbenciais em caso de ficar reconhecida “lide manifestamente temerária”, caso em que será condenado “ao pagamento do décuplo das custas” (art. 13). É o que, com outras palavras, está dito também na Constituição: “(...) ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência” (art. 5º. LXXIII, parte final).

A sentença que extinguir o processo sem julgar o mérito e a que julgar improcedente o pedido estarão sujeitas a reexame necessário (art. 19), sem prejuízo do recurso de apelação, que poderá ser interposto, não só pelo autor, como também pelo Ministério Público e por qualquer cidadão (art. 19, § 2º). Embora a Lei não faça menção expressa a respeito, é de se entender, por imperativo lógico, que a regra ampliadora da legitimação para o recurso de apelação estende-se aos demais recursos posteriormente cabíveis (embargos de declaração, embargos infringentes, recurso especial, recurso extraordinário).

A execução seguirá o rito comum do CPC, com peculiaridade quanto à legitimação ativa. Ela poderá ser promovida pelo autor ou por outro cidadão que para tanto se habilitar. Caso nenhum deles o faça no prazo de sessenta dias “da publicação da sentença condenatória de segunda instância (...) o representante do Ministério Público a promoverá nos trinta dias seguintes, sob pena de falta grave” (art. 16). Legitimam-se a promover a execução, também, “no que as beneficiar” as pessoas e entidades que sofreram a lesão patrimonial, “ainda que hajam contestado a ação” (art. 17). Quanto ao termo “a quo” do prazo de sessenta dias, referido no art. 16, a sua interpretação não pode ser literal, já que importaria ao exequente o ônus de, em certos casos (pendência de recurso especial ou extraordinário), promover a execução provisória, o que não parece razoável.

O que a norma buscou, na verdade, foi criar um mecanismo que não retardasse demasiadamente o cumprimento do julgado. Assim considerando, é de se entender, à base de interpretação teleológica, que o referido termo *a quo* é o da publicação do acórdão que, em instância definitiva, julgou a causa.

O regime da coisa julgada é peculiar à natureza do direito tutelado (direito transindividual) e à circunstância de ter sido defendido em juízo por substituto processual. Assim, “a sentença terá eficácia de coisa julgada *erga omnes*, exceto no caso de ter sido julgada improcedente por deficiência de prova; nesse caso, qualquer cidadão poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova” (art. 18). Com tal regime (*secundum eventum litis*), põe-se o bem jurídico tutelado (que pertence a toda a coletividade) a salvo da atuação deficiente do substituto processual (autor da ação), que, por desídia, má-fé ou colusão, pode eventualmente ter favorecido ou concorrido para o juízo de improcedência.

CAPÍTULO V – A TUTELA DO DIREITO TRANSINDIVIDUAL À PROIBIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: A AÇÃO DE IMPROBIDADE

SUMÁRIO: 1. Origem da ação de improbidade administrativa 2. Caráter repressivo da ação 3. Sanções legais para a improbidade 4. Tipificação dos atos de improbidade 5. Sujeito ativo do ilícito 6. A dupla face da ação 7. Ônus da prova 8. Prerrogativa de foro 9. Aplicação da pena 10. Tutela cautelar na ação de improbidade 10.1. Medidas para garantia da execução: indisponibilidade e seqüestro de bens 10.2. Medida para garantia da instrução: o afastamento do cargo 11. Processo e procedimento na ação de improbidade

1. Origem da ação de improbidade administrativa

O adequado funcionamento das instituições é condição essencial ao Estado Democrático de Direito. À democracia (= governo do povo e para o povo) não basta um estatuto jurídico que organize o Estado e que distribua, entre seus vários organismos, as competências para o exercício do poder. A Constituição é apenas a face formal do Estado democrático. A democracia verdadeira é a democracia vivenciada, a que se realiza na prática, a que decorre do desempenho eficiente das funções estatais em busca dos grandes objetivos da República: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza, a redução das desigualdades, a promoção do bem de todos (CF, art. 3º). E entre os vários pressupostos para que isso ocorra, um deles é certamente a existência de um governo probo, que zele pelo patrimônio público (*res publica*) e que adote, em suas práticas, os princípios da boa administração: legalidade, impessoalidade, publicidade e eficiência (CF, art. 37). O direito a um governo honesto, eficiente e zeloso pelas coisas públicas, tem, nesse sentido, natureza transindividual: decorrendo, como decorre, do Estado Democrático, ele

não pertence a ninguém individualmente; seu titular é o povo, em nome e em benefício de quem o poder deve ser exercido.

Se a probidade administrativa é da essência da democracia, é natural que a Constituição, ao organizar o Estado, tivesse se preocupado em estabelecer meios de controle dos atos e das condutas dos seus agentes. No que se refere ao controle jurisdicional, além de prever a ação judicial como instrumento universal de defesa (inclusive em face do Estado) em caso de lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV) e de criar instrumento específico para a tutela de direitos individuais líquidos e certos violados por ato de autoridade (art. 5º, LXIX e LXX), a Constituição instituiu também mecanismos para a tutela do direito transindividual à preservação dos bens públicos e da boa administração. É o caso da ação popular, que se destina prioritariamente a providências de natureza desconstitutiva (“*anular atos lesivos*” - CF, art. 5º, LXXIII), mas que também comporta, secundariamente, providências de caráter preventivo e a condenação ao pagamento de danos, tudo para preservar o patrimônio estatal e a moralidade administrativa. Igualmente a ação civil pública se direciona, entre outros objetivos, à proteção do patrimônio público e social (art. 129, III), comportando um espectro de providências jurisdicionais mais abrangentes: além da estritamente desconstitutiva (própria da ação popular), admite medidas preventivas, condenatórias de prestações pessoais (fazer e não fazer), de entregar coisa, de pagar quantia, inclusive por perdas e danos, bem como medidas inibitórias em geral, que forem necessárias ou apropriadas à efetiva tutela dos bens patrimoniais do Estado. Ambas as ações, como se percebe, têm como ponto de referência e objetivo principal a preservação e, se necessário, a recomposição do patrimônio público e a legitimidade e a moralidade dos atos administrativos.

Na mesma linha da preocupação de tutelar o direito transindividual à probidade da administração pública, a Constituição Federal, no seu artigo 37, § 4º, estabeleceu que “os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”. O ponto de referência, aqui, já não é o de *preservar* ou *recompor* o patrimônio público ou os atos da

administração (objetivo primordial da ação civil pública e da ação popular), mas sim, fundamentalmente, o de *punir* os responsáveis por atos de improbidade. Foi, pois, com esse objetivo que, regulamentando o dispositivo da Constituição, surgiu a Lei 8.429, de 02/06/92. Segundo a ementa, é Lei que “dispõe sobre sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na Administração Pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências”. Entre as “outras providências”, há regras de natureza processual disciplinando a ação judicial para a imposição das referidas sanções. É a ação de improbidade administrativa. Trata-se, portanto, de ação com caráter eminentemente repressivo, destinada, mais que a tutelar direitos, a aplicar penalidades. Sob esse aspecto, ela é marcadamente diferente da ação civil pública e da ação popular. Todavia, há, entre elas, um ponto comum de identidade: as três, direta ou indiretamente, servem ao objetivo maior e superior de tutelar o direito transindividual e democrático a um governo probo e a uma administração pública eficiente e honesta.

2. Caráter repressivo da ação

A ação de improbidade administrativa tem, como se disse, caráter eminentemente repressivo. Ela não se presta a prevenir a lesão ao direito, mas se destina, sim, a aplicar sanções, o que tem por pressuposto necessário a anterior ocorrência do ilícito. Cumpre enfatizar que o termo sanção, aqui, é utilizado no seu sentido lato, para significar a generalidade das conseqüências jurídicas decorrentes do descumprimento da norma. Considerar essa circunstância é importante para a adequada compreensão e interpretação da Lei de Improbidade, na qual, conforme se verá, há previsão de sanções diversas, com naturezas distintas, regidas por princípios diferentes.

Considerada em sentido lato, sanção é qualquer conseqüência jurídica decorrente do descumprimento de um preceito normativo. As normas jurídicas em geral (e não apenas as estritamente punitivas) estão estruturadas à base de dois distintos enunciados: o da *endonorma* (ou norma primária) e o da *perinorma* (ou norma

secundária, ou norma sancionatória¹¹⁰). O primeiro dispõe sobre a conduta (= prestação, dever jurídico) do sujeito passivo em face do ativo, a ser observada ante determinado fato; e o outro estabelece a consequência jurídica (= sanção, em sentido genérico), a ser aplicada pelo Estado, em face do não atendimento da prestação, ou seja, do não cumprimento do primeiro enunciado. Os dois enunciados estão enlaçados entre si, formando um único juízo hipotético-disjuntivo, que pode ser esquematizado da seguinte maneira: dado um fato temporal, deve ocorrer a prestação do sujeito passivo em favor do sujeito ativo; ou, não ocorrendo a prestação, deve ocorrer a sanção por parte do Estado¹¹¹. Nesse sentido, como escreveu Norberto Bobbio, a sanção nada mais é do que “a resposta à violação”, ponto relevante para distinguir o sistema normativo dos sistemas científicos (ciências exatas): “num sistema científico, quando os fatos desmentem uma lei, gera-se a modificação da lei; num sistema normativo, quando a ação não se adéqua à norma, nos orientamos a modificar a ação e a salvar a norma. No primeiro caso, a contradição se resolve modificando a lei, e, por conseguinte, redimensionando o sistema; no segundo caso, modificando a ação desconforme e, por conseguinte, tratando de fazer com que a ação não se leve a cabo, ou, pelo menos, tratando de neutralizar suas consequências”. E conclui: “A ação que se desenvolve para anular a conduta desconforme, ou, pelo menos, para anular suas consequências danosas, é, precisamente, o que se denomina ‘sanção’”¹¹².

As sanções jurídicas, nesse sentido genérico de “reação do direito à inobservância ou à violação das suas normas”¹¹³, são de variada natureza e comportam

110 CALAMANDREI, Piero. **Instituciones de derecho procesal civil**. Traduzido por Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, v. I, 1986, p. 136.

111 CÓSSIO, Carlos. **La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad**. 2. ed. Buenos Aires: Abelardo-Perrot, 1964, p. 333. Segundo relatou CARLOS CÓSSIO, em outro escrito, a tese da disjuntividade do enunciado normativo ganhou a adesão de HANS KELSEN: “o problema da norma jurídica, como juízo hipotético ou disjuntivo, foi por Kelsen examinado. Reconheceu que minha tese de ser a norma um juízo disjuntivo era mais completa do que a tese defendida pela Teoria Pura, de ser a norma um juízo hipotético. Mas, depois, disse-me que em vez de ‘ou’, que coloco entre a endonorma e a perinorma, seria melhor colocar ‘e se não’” (CÓSSIO, Carlos. **La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad**. 2. ed. Buenos Aires: Abelardo-Perrot, 1964, p. 47).

112 BOBBIO, Norberto. **Teoría general del derecho**. Traduzido por Jorge Guerrero R. 2. ed. Santa Fé de Bogota, Colombia: Editorial Temis, 1992, p. 105.

113 MACHADO, J. Batista. **Introdução ao direito e ao discurso legitimador**. Coimbra: Almedina, 1993, p. 133.

diferentes formas de classificação. Há sanções civis, administrativas, disciplinares, penais. No campo puramente civil, se a lesão tem natureza patrimonial, a consequência (= sanção) prevista na norma pode consistir (a) na reconstituição *in natura* da situação anterior à lesão ou (b) na reparação por equivalente pecuniário (perdas e danos e lucros cessantes). São sanções de conteúdo concreto, que demandam, para sua aplicação, providências para manter ou modificar o estado dos fatos (fazer, desfazer, entregar, pagar). Ainda no campo civil, se a lesão tem apenas natureza jurídico-formal, as correspondentes sanções assumem feição semelhante: consistem na nulidade ou na anulabilidade do ato desconforme com o direito, sendo impostas mediante atuação em plano eminentemente formal (tutela constitutiva negativa). A sanção civil de reparar danos – que, conforme se verá, é uma das consequências dos atos de improbidade – decorre, fundamentalmente, do sistema do direito das obrigações (responsabilidade civil), bastando, para atrair sua incidência, condutas meramente culposas e, em certos casos, até mesmo sem culpa (responsabilidade objetiva).

Por outro lado, há sanções com natureza eminentemente punitiva. Ao contrário das sanções civis, sua função não é a de recompor o patrimônio material ou moral lesado e nem a de desfazer os atos contrários ao direito (= recomposição do patrimônio jurídico), e sim a de punir o infrator, aplicando-lhe um castigo. Realça-se, nelas, o elemento aflitivo, do qual decorre, entre outras consequências, a força pedagógica e intimidadora de inibir a reiteração da conduta ilícita, seja pelo apenado, seja por outros membros da sociedade. Tais sanções (aqui num sentido estrito) compõem o *ius puniendi* do Estado, cuja face mais evidente é a da repressão de ilícitos penais, mas que se manifesta também em ilícitos administrativos e disciplinares. Relativamente a elas, o regime jurídico é completamente diferente do previsto para as sanções civis. Sujeitam-se, entre outros, aos princípios da legalidade, da tipicidade, da individualização da pena, da presunção de inocência, o que traz significativos reflexos no plano do processo. As condutas típicas são, em regra, dolosas. As culposas constituem exceção e, como tais, supõem lei que expressamente as admita. A responsabilidade objetiva não é compatível com essa espécie de sanção.

Pois bem, a ação de improbidade administrativa destina-se a aplicar sanções; e as sanções previstas para tais ilícitos são variadas, umas de natureza tipicamente civil e outras de natureza punitiva. A atenção para essa circunstância é indispensável para a adequada compreensão da Lei 8.249/92 e para a solução dos diversos problemas, inclusive de ordem processual, suscitados na sua aplicação.

3. Sanções legais para a improbidade

Os atos de improbidade administrativa ficam sujeitos, segundo o art. 37, § 4º da CF, às seguintes cominações: “suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei”. Já a Lei 8.429/92 acrescentou, no seu art. 12, mais as seguintes: perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, multa civil, proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por meio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário.

A indisponibilidade de bens não constitui, propriamente, uma sanção. Trata-se, na verdade, de medida de garantia destinada a assegurar a base patrimonial para a efetivação de sentença condenatória de danos ou de reposição dos acréscimos materiais havidos ilicitamente.

O “ressarcimento ao erário” é, conforme salientado, uma sanção em sentido genérico, sendo disciplinada pelo regime jurídico da responsabilidade civil. Trata-se da mais elementar e natural sanção jurídica para os casos de infração ao direito que acarretam lesões patrimoniais ou morais, sendo cabível como objeto próprio de ação judicial proposta pelo lesado e da ação civil pública em defesa do erário. Constitui objeto acessório da ação popular (Lei 4.717/65, art. 11) e efeito secundário da sentença penal condenatória (CP, art. 91, I), sentença essa que, para esse efeito, é considerada título executivo judicial (CPC, art. 584, II). Pode-se afirmar, por isso mesmo, que, para aplicar a sanção de reparar danos, não havia necessidade de criação de novo procedimento judicial. Não foi essa, portanto, a causa determinante da edição da Lei de Improbidade e nem a finalidade específica das regras de natureza processual nela

constantes. Quanto a essa pretensão (de ressarcir o erário), a ação de improbidade nada mais é do que uma ação civil pública semelhante às demais com objeto idêntico, razão pela qual fica submetida, no que lhe for concernente, ao regime da Lei 7.347/85.

A Lei de Improbidade foi editada visando, fundamentalmente, à aplicação das sanções de natureza punitiva, a saber: suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, a multa civil, e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios. A perda de bens, a suspensão de direitos e a multa são penas que têm, do ponto de vista substancial, absoluta identidade com as decorrentes de ilícitos penais, conforme se pode ver do art. 5º, XLVI da Constituição. A suspensão dos direitos políticos é, por força da Constituição, consequência natural da “condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem os seus efeitos” (art. 15, III). Também é efeito secundário da condenação criminal a perda “do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso” (CP, art. 91, II, b). A perda de “cargo, função pública ou mandato eletivo” é, igualmente, efeito secundário da condenação criminal, nos casos previstos no art. 92, I, do Código Penal: “quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a administração pública” e “quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a quatro anos, nos demais casos”.

Não há dúvida de que as sanções aplicáveis aos atos de improbidade, previstas na Lei 8.429/92, não têm natureza penal. Todavia, há inúmeros pontos de identidade entre as duas espécies, seja quanto à sua função¹¹⁴ (que é punitiva e com finalidade pedagógica e intimidatória, visando a inibir novas infrações), seja quanto ao conteúdo. Com efeito, não há qualquer diferença entre a perda da função pública ou a suspensão dos direitos políticos ou a imposição de multa pecuniária, quando decorrente de ilícito penal e de ilícito administrativo. Nos dois casos, as consequências práticas em relação ao condenado serão absolutamente idênticas. A rigor, a única diferença se situa em plano puramente jurídico, relacionado com efeitos da condenação em face de futuras infrações:

114 VITTA, Heraldo Garcia. **A sanção no direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 67.

a condenação criminal, ao contrário da não-criminal, produz as conseqüências próprias do antecedente e da perda da primariedade, que podem redundar em futuro agravamento de penas ou, indiretamente, em aplicação de pena privativa de liberdade (CP, artigos 59; 61, I; 63; 77, I; 83, I; 110; 155, § 2º e 171, § 1º). Quanto ao mais, entretanto, não há diferença entre uma e outra. Somente a pena privativa de liberdade é genuinamente criminal, por ser cabível unicamente em casos de infração penal. A prisão civil, nas hipóteses admitidas pela Constituição (“inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a de depositário infiel” - art. 5º, LXVII), não é pena, mas simples meio executivo para compelir o devedor a cumprir a obrigação: atendida a prestação, cessa a medida constritiva, mesmo que decretada por prazo maior. Assim, excetuada a pena privativa de liberdade, qualquer outra das sanções previstas no art. 5º, XLVI, CF, pode ser cominada tanto a infrações penais, quanto a infrações administrativas, como ocorreu na Lei 8.429/92.

Ora, é justamente essa identidade substancial das penas que dá suporte à doutrina da unidade da pretensão punitiva (*ius puniendi*) do Estado, cuja principal conseqüência “é a aplicação de princípios comuns ao direito penal e ao Direito Administrativo Sancionador, reforçando-se, nesse passo, as garantias individuais”¹¹⁵. Realmente, não parece lógico, do ponto de vista dos direitos fundamentais e dos postulados da dignidade da pessoa humana, que se invista o acusado das mais amplas garantias até mesmo quando deva responder por infração penal que produz simples pena de multa pecuniária e se lhe negue garantias semelhantes quando a infração, conquanto administrativa, pode resultar em pena muito mais severa, como a perda de função pública ou a suspensão de direitos políticos. Por isso, embora não se possa traçar uma absoluta unidade de regime jurídico, não há dúvida de que alguns princípios são comuns a qualquer sistema sancionatório, seja nos ilícitos penais, seja nos administrativos, entre eles o da legalidade, o da tipicidade, o da responsabilidade subjetiva, o do *non bis in idem*, o da presunção de inocência e o da individualização da pena, aqui enfatizados pela

115 OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 102; ENTERRIA, Eduardo García de; FERNANDEZ, Tomás-Ramon. **Curso de direito administrativo**. Traduzido por Arnaldo Setti. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991, p. 890.

importância que têm para a adequada compreensão da Lei de Improbidade Administrativa.

4. Tipificação dos atos de improbidade

Conforme anotou Fábio Medina Osório, “o princípio da tipicidade das infrações administrativas decorre, genericamente, do princípio da legalidade, vale dizer, da garantia de que ‘ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (art. 5º, II, CF/88), sendo que a Administração Pública, ademais, está submetida ao regime da legalidade administrativa (art. 37, *caput*, CF/88), o que implica necessária tipicidade permissiva para elaborar modelos de conduta e sancioná-los. Além disso, a garantia de que as infrações estejam previamente tipificadas em normas sancionadoras integra, por certo, o processo legal da atividade sancionatória do Estado (art. 5º, LIV, CF/88), visto que sem a tipificação do comportamento proibido resulta violada a segurança jurídica da pessoa humana, que se expõe ao risco de proibições arbitrárias e dissonantes”¹¹⁶.

Reflexo da aplicação dos princípios da legalidade e da tipicidade é a descrição, na Lei 8.429, de 1992, dos atos de improbidade administrativa e a indicação das respectivas penas. Tais atos estão divididos em três grandes “tipos”, cujos núcleos centrais estão assim enunciados: “...auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício do cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta Lei” (art. 9º); ensejar, por “qualquer ação ou omissão dolosa” (...) a “perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta Lei” (art. 10º); e violar, por “qualquer ação ou omissão”, (...) os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições” (art. 11).

116 OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 208.

Apenas para as condutas do art. 10 está prevista a forma culposa, o que significa dizer que, nas demais, o tipo somente se perfectibiliza mediante dolo¹¹⁷. A tal conclusão se chega por aplicação do princípio da culpabilidade, associado ao da responsabilidade subjetiva, por força dos quais não se tolera responsabilização objetiva e nem, salvo quando houver lei expressa, a penalização por condutas meramente culposas. O silêncio da lei, portanto, tem o sentido eloqüente de desqualificar as condutas culposas nos tipos previstos nos artigos 9º e 11.¹¹⁸

Na tipificação dos ilícitos, a Lei utilizou a técnica da descrição do núcleo central do tipo, seguida de especificações exemplificativas de condutas nele enquadráveis. O rol expressamente não exaustivo das condutas especificadas de modo algum compromete o princípio da tipicidade: o tipo está suficientemente descrito no *caput* de cada um dos dispositivos tipificadores (arts. 9º, 10 e 11 da Lei). Assim, embora esteja aberta a possibilidade de existirem outras condutas além das descritas nos vários incisos de cada um daqueles dispositivos, a tipicidade, em qualquer caso, supõe necessariamente a adequação da conduta ao núcleo central do tipo, previsto no *caput*. A norma, sob este aspecto, não dá margem a qualquer interpretação ampliativa do tipo, nem permite juízos discricionários a respeito. Embora a Lei se utilize, em certos casos, de conceitos abertos, cujo conteúdo indeterminado carece de preenchimento valorativo, tal técnica não é incompatível com o princípio da tipicidade. O próprio Código Penal lança mão de termos semelhantes. Não se pode dizer que a Lei 8.429/92, sob esse aspecto, tenha se valido de técnica diferente da utilizada, por exemplo, na tipificação do estelionato:

117 LUCON, Paulo Enrique dos Santos. Litisconsórcio necessário e eficácia da sentença na Lei de Improbidade Administrativa. In: BUENO, Cássio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (coordenadores). **Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 354; DAL POZZO, Antônio Araldo Ferraz; DAL POZZO, Augusto Neves. Afastamento de prefeito municipal no curso do processo instaurado por prática de ato de improbidade administrativa. In: BUENO, Cássio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (coordenadores). **Op. cit.**, p. 93.

118 MELLO, Cláudio Ari. Improbidade administrativa: considerações sobre a Lei 8.429/92. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciências Políticas**, Revista dos Tribunais, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 3, n. 11, abr./jun. 1995, p. 49-62. Há quem entenda que a forma culposa não é adequada à natureza do ilícito, que tem como substrato a desonestidade do agente, razão pela qual é inconstitucional, no particular, o art. 10º: ALVARENGA, Aristides Junqueira. Reflexões sobre improbidade administrativa no direito brasileiro. In: BUENO, Cássio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (coordenadores.). **Op. cit.**, p. 108; DELGADO, José Augusto. Improbidade administrativa: algumas controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais sobre a Lei de Improbidade Administrativa. In: BUENO, Cássio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (coordenadores). **Op. cit.**, p. 274.

“Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento” (CP, art. 171). O mesmo se pode dizer em relação aos crimes praticados por funcionários públicos contra a Administração, como, por exemplo, o de concussão (“Exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida” - CP, art. 316) e o de corrupção passiva (“Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem” – CP, art. 317). A margem de indeterminação desses tipos penais não é diferente da utilizada pela Lei de Improbidade Administrativa.

A necessária vinculação do ilícito ao princípio da tipicidade estrita permite uma definição bem objetiva e pragmática do ato de improbidade administrativa, para efeito da Lei 8.429/92: considera-se como tal qualquer conduta enquadrável no núcleo central dos tipos descritos nos artigos 9º, 10 e 11 da referida Lei, de que são exemplo as especificadas em seus diversos incisos.

5. Sujeito ativo do ilícito

A precisa definição normativa do sujeito ativo do ilícito é decorrência necessária do princípio da legalidade, aplicável a qualquer sistema punitivo. Relativamente aos atos de improbidade, a definição do agente é obtida pela conjugação dos artigos 1º a 3º da Lei. No artigo 1º estão enumeradas as entidades contra as quais o ilícito pode ser praticado, a saber: “(...) a Administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de 50% do patrimônio ou da receita anual”. O parágrafo único arrola outras entidades contra cujo “patrimônio” o ilícito pode ser também praticado: “(...) entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de 50% do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nesses casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito

sobre a contribuição dos cofres públicos”. A limitação referida na parte final do dispositivo é compatível com o bem jurídico tutelado, restrito ao “patrimônio” dessas entidades, formado ou sustentado, ainda que parcial ou indiretamente, também por recursos públicos.

Sujeito ativo de ato de improbidade é “qualquer agente público, servidor ou não” (art. 1º), reputando-se como tal “(...) todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior” (art. 2º). Completando o âmbito de incidência subjetiva das normas sancionadoras, estabelece o art. 3º que “as disposições desta Lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta”.

O que fica realçado nos atos de improbidade é a necessária participação, em sua prática, de um agente público¹¹⁹. A improbidade se caracteriza justamente por isso: por ser conduta lesiva a uma entidade pública (em sentido latíssimo), praticada, não por qualquer pessoa, mas sim por pessoa de alguma forma vinculada ou responsável pela sua gestão, administração ou guarda. Se o terceiro induz ou concorre para a prática do ato, ou dele se beneficia, ficará, ele também, sujeito às penas correspondentes. Todavia, não se tipifica como ato de improbidade o que for praticado apenas por terceiro, sem nenhuma participação, nem mesmo indireta, de agente público. É claro que, também nesses casos, o ato será ilícito e punível, mas o será, não pelo regime da Lei de Improbidade Administrativa, e sim pelas normas e princípios que disciplinam a responsabilidade civil e penal dos particulares que comentem infração contra os interesses do erário.

119 GARCIA, Émerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 234; MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **O limite da improbidade administrativa**: o direito dos administrados dentro da Lei n. 8429/92. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora América Jurídica, 2005, p. 15; PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de Improbidade Administrativa comentada**. São Paulo: Editora Atlas, 2005, p. 27.

A responsabilidade do terceiro que induz ou concorre com o agente público na prática da improbidade, ou que dela se beneficia, supõe, quanto aos aspectos subjetivos, a existência de dolo, nas hipóteses dos artigos 9º e 11 da Lei, ou de culpa, nas hipóteses do art. 10. Não há, no sistema punitivo, responsabilidade objetiva. O terceiro, mesmo beneficiado, não pode ser punido se agiu de boa-fé, ou seja, se “mesmo com razoável diligência, comum aos homens médios, não teria percebido a ilicitude do ato gerador de seus benefícios”¹²⁰.

6. A dupla face da ação

A característica fundamental da ação de improbidade administrativa, repita-se, é a de ser uma ação tipicamente repressiva: destina-se a impor sanções. Todavia, é uma ação de dupla face: é repressiva-reparatória, no que se refere à sanção de ressarcimento ao erário; e é repressiva-punitiva, no que se refere às demais sanções. Quanto ao primeiro aspecto, ela é semelhante à ação civil pública comum; mas quanto ao segundo aspecto, ela assume características incomuns e inéditas, sem similar em nosso sistema processual civil. O seu objeto específico, de aplicar sanções substancialmente semelhantes às impostas nas infrações penais, não só a afasta dos padrões civis comuns, como a aproxima necessariamente da ação penal.

Ademais, é importante destacar que a ação de improbidade não comporta pedido isolado de condenação ao ressarcimento de danos ao erário. Para essa espécie de pretensão já existe a ação civil pública regida pela Lei 7.347/85, que oferece meios muito mais adequados e eficientes. Ressarcir danos, já ficou asseverado, não é propriamente uma punição ao infrator, mas sim uma medida de satisfação ao lesado, e a ação de improbidade destina-se prioritariamente a aplicar penalidades e não a recompor patrimônios. Assim, o pedido de ressarcimento de danos, na ação de improbidade, não passa de um pedido acessório, necessariamente cumulado com pedido de aplicação de pelo menos uma das sanções punitivas cominadas ao ilícito. O reconhecimento da obrigação de ressarcir danos, sob esse aspecto, é espécie de efeito secundário necessário

120 OSÓRIO, Fábio Medina. **Improbidade administrativa**: observações sobre a Lei 8.429/92. 2 ed. Porto Alegre: Editora Síntese, 1998, p. 117.

da punição pelo ato de improbidade, a exemplo do que ocorre na sentença condenatória penal (CP, art. 91, II). Relativamente a esse pedido acessório, portanto, há de se dar, no que couber, o tratamento processual próprio da ação civil pública, especialmente no que diz respeito ao regime da coisa julgada, que será *secundum eventum litis*, nos termos do art. 16 da Lei 7.347/85. Aliás, não teria sentido algum imaginar a ocorrência de coisa julgada material, apta a inibir um novo pedido de ressarcimento, nos casos em que a ação de improbidade tivesse sido julgada improcedente por ausência de dolo (como, v.g., nos ilícitos de que tratam os artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92). A existência desse requisito é condição para a aplicação da sanção punitiva, mas não para a obrigação de reparar danos, que, em qualquer caso, depende apenas da culpa.

O objeto próprio da ação de improbidade é a aplicação de penalidades ao infrator, penalidades essas substancialmente semelhantes às das infrações penais. Ora, todos os sistemas punitivos estão sujeitos a princípios constitucionais semelhantes, e isso tem reflexos diretos no regime processual. É evidente, assim - a exemplo do que ocorre, no plano material, entre a Lei de Improbidade e o direito penal -, a atração, pela ação de improbidade, de princípios típicos do processo penal.

7. Ônus da prova

Um dos princípios do processo penal que é também comum ao sistema punitivo de atos de improbidade é o da presunção de inocência¹²¹. No campo do processo, a consequência principal decorrente da adoção desse princípio é a de impor ao autor da ação todo o ônus da prova dos fatos configuradores do ilícito imputado. No que se refere à ação de improbidade, é descabida, assim, a invocação, contra o réu, dos efeitos da sua revelia, notadamente o da confissão ficta (CPC, art. 319)¹²². A falta de contestação, ou a contestação por negativa geral, sem o detalhamento preconizado no art. 300 do CPC, não dispensa o autor do ônus imposto pelo art. 333, I, de fazer prova dos fatos constitutivos da infração.

121 OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 351.

122 GARCIA, Émerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 789.

8. Prerrogativa de foro

A Constituição assegura a certas autoridades a garantia de responderem por crimes comuns e de responsabilidade perante foro especial. O Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, os Ministros do STF e o Procurador-Geral da República respondem, em casos de crimes comuns, perante o Supremo Tribunal Federal (CF, art. 102, I, b). Também perante esse Tribunal respondem, por crimes comuns e de responsabilidade os Ministros de Estado, os Comandantes das Forças Armadas, os membros dos Tribunais Superiores e do Tribunal de Contas (CF, art. 102, I, c). O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, é o foro competente para as ações por crimes comuns propostas contra Governadores de Estado e do Distrito Federal, e por crimes comuns e de responsabilidade contra os membros dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais do Trabalho e Eleitorais, de Tribunais de Contas Estaduais e Municipais e membros do Ministério Público da União que oficiam perante tribunais (CF, art. 105, I, a). Perante os Tribunais de Justiça respondem, por crimes comuns, os prefeitos municipais (CF, art. 29, X). Por princípio de simetria, são os Tribunais de Justiça que processam e julgam, nos crimes comuns, os membros das assembléias legislativas. E, embora não haja previsão constitucional específica nesse sentido, considera-se os Tribunais Regionais Federais o foro competente para o julgamento de prefeitos e deputados estaduais acusados de infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesses da União ou de suas autarquias ou empresas públicas, previstas no art. 109, IV da Constituição¹²³.

Estes e outros casos de prerrogativa de foro constituem uma garantia constitucional do acusado, estabelecida em função da relevância do seu cargo. Ora, se a Constituição tem por importante essa prerrogativa, qualquer que seja a gravidade da infração ou a natureza da pena aplicável em caso de condenação penal, não há como

123 STF. 2ª Turma. HC 69465-9, Relator: Paulo Brossard, DJ de 23/03/2001; STF. 1ª Turma. HC 80612-1. Relator: Sydney Sanches, DJ de 04/05/2001; STF. 2ª Turma. HC 76881-8. Relator: Nelson Jobim, DJ de 14/08/98; STF. 2ª Turma. HC 78728-2. Relator: Maurício Correa, DJ de 16/04/99; STF. Pleno. HC 78222-1, Relator: Marco Aurélio, DJ de 27/06/2003. Disponíveis em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 30/09/2005.

deixar de considerá-la ínsita ao sistema punitivo da ação de improbidade, cujas conseqüências, relativamente ao acusado e ao cargo, são ontologicamente semelhantes e eventualmente até mais gravosas. *Ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*. Se há prerrogativa de foro para infrações penais que acarretam simples pena de multa pecuniária, não teria sentido retirar tal garantia para as ações de improbidade que importam perda da própria função pública e suspensão dos direitos políticos.

Contra esse entendimento tem sido invocada e preconizada a interpretação gramatical e literal das normas constitucionais a respeito de competência¹²⁴. Todavia, tal método interpretativo não é o mais adequado nesse domínio. Há situações em que a interpretação ampliativa das regras de competência são uma imposição incontornável do sistema. Já se fez alusão às hipóteses de ação penal por crimes federais praticados por parlamentares estaduais e por prefeitos, em que se considerou competentes os Tribunais Regionais Federais, ampliando-se, conseqüentemente, os limites de competência estabelecidos no art. 108, I, a, da CF. Há outras situações que tornam inevitável a interpretação ampliativa, inclusive no que diz respeito à competência civil. Assim, embora nada disso esteja expresso na Constituição, considera-se que “compete ao Supremo Tribunal Federal o julgamento de *habeas corpus* contra ato de turma recursal de juizados especiais federais”¹²⁵, bem como que os Tribunais Regionais Federais são competentes para processar e julgar os mandados de segurança impetrados por ente federal contra ato de juiz de direito¹²⁶, e atribui-se ao STJ a competência para dirimir conflitos entre turmas recursais e Tribunal de Justiça¹²⁷. Na vigência da Constituição

124 GARCIA, Émerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 730; BUENO, Cássio Scarpinella. O foro especial e a Lei 10.628/02. In: _____. PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (coordenadores). **Improbidade administrativa**: questões polêmicas e atuais. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 443.

125 Súmula 690 do STF.

126 STF. Pleno. RE 176.881-9. Relator: Ilmar Galvão, DJ de 06/03/98. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 30/09/2005. STJ. 1ª Turma. RMS 18.300. Relator: Teori Albino Zavascki, DJ de 04/10/2004. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 30/09/2005.

127 STF. Pleno. CC 7106-1. Relator: Ilmar Galvão, DJ de 08/11/2002; STF. Pleno. CC 7090-1. Relator: Celso de Mello, DJ de 11/09/2002; STF. Pleno. CC 7081-6. Relator: Sydney Sanches, DJ de 27/09/2002. Disponíveis em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 30/09/2005. STJ. 3ª Seção. CC 44124. Relator: José Arnaldo da Fonseca, DJ de 24/11/2004; STJ. 2ª Seção. CC 41744. Relator: Fernando Gonçalves, DJ de 06/04/2005. Disponíveis em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 30/09/2005.

anterior, mas à base de princípios aplicáveis no atual regime constitucional, considerou-se o Tribunal Federal de Recursos competente para processar e julgar ação rescisória proposta por ente federal, muito embora o acórdão rescindendo fosse de Tribunal de Justiça¹²⁸. Bem se vê, portanto, que, mesmo em relação às regras sobre competências jurisdicionais, os dispositivos da Constituição comportam interpretação ampliativa, para preencher vazios e abarcar certas competências implícitas, mas inegáveis, por força do sistema.

Sob o ponto de vista constitucional, justificar-se-ia, portanto, com sobradas razões, a preservação de prerrogativa de foro também para a ação de improbidade administrativa¹²⁹. A matéria chegou a ser disciplinada nesse sentido (embora desnecessariamente) no parágrafo segundo do artigo 84 do CPP, com a redação que lhe deu a Lei 10.628, de 2002: “A ação de improbidade, de que trata a Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992, será proposta perante o Tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade na hipótese de prerrogativa de foro em razão do exercício de função pública, observado o disposto no § 1º”. O parágrafo primeiro do mesmo artigo, à sua vez, estabeleceu que “a competência especial por prerrogativa de função, relativa a atos administrativos do agente, prevalece ainda que o inquérito ou a ação judicial sejam iniciados após a cessação do exercício da função pública”. Ocorre que, por decisão de 15/09/2005, o STF considerou inconstitucional a Lei 10.628/92. Vingou, para a maioria, o argumento de que o legislador ordinário não poderia ter acrescentado a ação de improbidade administrativa, que não tem natureza penal, no rol das competências originárias do STF estabelecidas pela Constituição. Há de se entender, portanto, que, para todos os efeitos, não há prerrogativa de foro para a referida ação.

128 STF. 1ª Turma. RE 106819-1. Relator: Sydney Sanches, DJ de 10/04/87; STF. Pleno. CJ 6278-8, Relator: Décio Miranda, DJ de 13/03/81. Disponíveis em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 30/09/2005.

129 WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. Competência para julgar ação de improbidade administrativa. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília: Senado Federal, v. 35, n. 138, abr./jun. 1998, p. 215; TOJAL, Sebastião Botto de Barros; CAETANO, Flávio Croce. Competência e prerrogativa de foro em ação civil de improbidade administrativa. In: BUENO, Cássio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (coordenadores). **Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 399.

9. Aplicação da pena

O artigo 12 da Lei 8.492/92 traz previsão de um elenco variado de penalidades para cada uma das classes de ilícitos. Embora, em princípio, as penas devam ser aplicadas em bloco, nem sempre isso será cabível. Há casos em que as penas não poderão ou não deverão ser aplicadas cumulativamente, até por inviabilidade lógica. Não se pode impor a pena de perda de cargo a quem não detém cargo (terceiro beneficiário da infração). Não se pode suspender direitos políticos de pessoas jurídicas, inobstante, na condição de terceiro beneficiado, estejam elas sujeitas às disposições da Lei de Improbidade. Por outro lado, há penas que podem ser aplicadas em dosagens variadas. A suspensão dos direitos políticos é pelo prazo de cinco a dez anos, para os atos de improbidade do art. 9º; de cinco a oito anos para os do art. 10 e de três a cinco anos para os do art. 11. A pena de multa é de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial nas infrações do art. 9º, até duas vezes nas do art. 10º e até cem vezes a maior remuneração percebida pelo agente, nos casos do art. 11.

Ora, tudo o que a Lei estabelece sobre a fixação da pena está no parágrafo único do artigo 12: "Na fixação das penas previstas nesta Lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente". A evidente insuficiência dessa disposição normativa, atrelada apenas às conseqüências materiais da infração, torna inevitável a busca de soluções analógicas para resolver o problema e, mais uma vez, há de se buscar socorro no direito penal, até porque a aplicação da pena por ato de improbidade supõe, até por decorrência de princípio constitucional¹³⁰, um juízo de individualização em tudo semelhante ao da infração penal. Embora reconhecendo a natureza não penal das sanções estabelecidas na Lei de Improbidade, tem-se enfatizado que sua aplicação "não raro, haverá de ser direcionada pelos princípios básicos norteadores do direito penal, o qual sempre assumirá uma posição subsidiária no exercício do poder sancionador do Estado, já que este, como visto, deflui de uma origem comum, e as normas penais, em razão de sua maior severidade, outorgam

130 OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 340; GARCIA, Émerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 539.

garantias mais amplas ao cidadão"¹³¹. Assim, "diante da omissão do legislador na elaboração da Lei 8.429/92, são aplicáveis por analogia e no que for cabível, na fixação e na dosagem das penalidades do art. 12, os princípios penais que norteiam a solução do conflito aparente de normas, como os da *especialidade*, da *subsidiariedade* e da *consunção*, bem como do concurso de infrações (formal, material e continuado), com as devidas adaptações"¹³².

Questiona-se a respeito da obrigatoriedade ou não de aplicação cumulativa das penas, quando mais de uma é teoricamente cabível. Há os que entendem que ao juiz não cabe, em hipótese alguma, deixar de aplicar "em bloco" todas as sanções que a lei prevê¹³³. Todavia, essa doutrina pode conduzir a grandes injustiças e até a situações absurdas. Não se justifica, por exemplo, que qualquer ato de improbidade, por menos grave que seja, deva necessariamente acarretar a perda do cargo público ou do mandato eletivo e a suspensão dos direitos políticos, penas essas cuja gravidade importaria uma brutal desproporção com o ilícito cometido e as suas conseqüências. Têm razão, assim, os que recomendam, amparados também em precedentes da jurisprudência¹³⁴, um juízo mais flexível, baseado no princípio da proporcionalidade, apto a conter os excessos eventualmente decorrentes da aplicação da pena¹³⁵.

131 GARCIA, Émerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 457.

132 SANTOS, Carlos Frederico Brito dos. **Improbidade administrativa**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 151.

133 GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 303.

134 STJ. 2ª Turma. REsp 300.184. Relator: Franciulli Neto, DJ de 03/11/2003, em cuja ementa se diz: "A aplicação das sanções da Lei n. 8.429/92 deve ocorrer à luz do princípio da proporcionalidade, de modo a evitar sanções desarrazoadas em relação ao ato ilícito praticado, sem, contudo, privilegiar a impunidade. Para decidir pela cominação isolada ou conjunta das penas previstas no artigo 12 e incisos, da Lei de Improbidade Administrativa, deve o magistrado atentar para as circunstâncias peculiares do caso concreto, avaliando a gravidade da conduta, a medida da lesão ao erário, o histórico funcional do agente público etc.". No mesmo sentido: STJ. 1ª Turma. RESP 505.068/PR. Relator: Luiz Fux, DJ de 29/09/2003, em cuja ementa se diz: "1. As sanções do art. 12, da Lei n.º 8.429/92 não são necessariamente cumulativas, cabendo ao magistrado a sua dosimetria; aliás, como deixa claro o parágrafo único do mesmo dispositivo. 2. No campo sancionatório, a interpretação deve conduzir à dosimetria relacionada à exemplariedade e à correlação da sanção, critérios que compõem a razoabilidade da punição, sempre prestigiada pela jurisprudência do E. STJ. (Precedentes)". Disponíveis em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 30/09/2005.

135 OSÓRIO, Fábio Medina. **Improbidade administrativa: observações sobre a Lei 8.429/92**. 2 ed. Porto Alegre: Editora Síntese, 1998, p. 271; SANTOS, Marcelo de Oliveira Fausto Figueiredo. **Probidade**

Situação delicada é a que diz respeito ao concurso de infrações. É possível, com efeito, que o mesmo fato acarrete mais de um resultado ilícito (concurso formal) ou que o agente cometa vários ilícitos num determinado período de tempo (v.g., durante um único mandato eletivo). Não há dúvida de que, quanto ao ressarcimento do erário (que sequer tem natureza de penalidade) e quanto à perda do produto obtido ilicitamente, as sanções devem ser cumuladas e integrais, levando em consideração cada um dos atos praticados. O mesmo se pode dizer em relação à pena de multa pecuniária, que há de ser proporcional e compatível com o montante global do dano causado pelos vários atos e com o proveito patrimonial deles auferido pelo agente. Todavia, essa solução nem sempre pode ser adotada na aplicação das penas de suspensão e interdição de direitos. Relativamente aos direitos políticos, a Constituição prevê, para os casos de improbidade, a aplicação da pena de suspensão (art. 37, § 4º), não a de perda ou cassação, que é expressamente vedada (CF, art. 15, *caput*). Ora, havendo concurso material ou formal, a cumulação das penas pode, na prática, importar verdadeira cassação dos referidos direitos, o que seria inconstitucional. Por outro lado, não se mostra compatível com os predicados de dignidade da pessoa humana, assegurados pela Constituição, a aplicação de sanções pessoais (v.g., interdição de direitos) em caráter perpétuo. A soma do tempo de cada uma das penas eventualmente aplicáveis em situações de concurso de ilícitos pode caracterizar a perpetuidade da proibição de contratar com o poder público ou de receber incentivos ou benefícios fiscais e creditícios.

Em casos tais, havendo concurso de ilícitos, a fixação das penas restritivas de direito (suspensão de direitos políticos e proibição de contratar e de receber benefícios do poder público) há de ser promovida mediante aplicação analógica das normas do Código Penal: “Se os fatos ocorrerem em concurso material, somam-se as sanções correspondentes a cada fato. Se ocorre concurso formal, aplica-se a sanção mais grave, graduando-se o *quantum* sancionatório em patamar mais elevado dentro dos limites

Administrativa: comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar, São Paulo: Malheiros, 2004, p. 137; MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **O limite da improbidade administrativa:** o direito dos administrados dentro da Lei n. 8.429/92. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora América Jurídica, 2005, p. 519; PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de Improbidade Administrativa comentada.** São Paulo: Editora Atlas, 2005, p. 153.

legais. Se acontece continuação de infrações, o que se poderia perceber pela semelhança de condições de tempo, local, circunstâncias *lato sensu* e modo de execução, seria o caso, também aqui, da exacerbação do patamar sancionatório, respeitados os limites legais"¹³⁶. Em qualquer caso, respeitar-se-á o limite temporal máximo de trinta anos, previsto no art. 75 do referido Código¹³⁷.

É indispensável, ademais, que, a exemplo do que ocorre no processo penal, haja aqui individualização da pena com a indicação dos fundamentos e das razões para a aplicação de cada uma delas. A devida fundamentação é requisito essencial da sentença (CPC, art. 458, II) e compõe o devido processo legal constitucional, pois é ela que ensejará ao sancionado o exercício do direito de defesa e de recurso (CF, art. 5º, LIV e LV). A ausência desse requisito acarreta a nulidade da decisão (CF, art. 93, IX).

10. Tutela cautelar na ação de improbidade

A Lei 8.429/92 prevê três espécies de medidas cautelares específicas: a “indisponibilidade de bens do indiciado” (art. 7º), o “seqüestro de bens do agente ou terceiro que tenha enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público” (art. 16) e “o afastamento do agente público do exercício do cargo, emprego ou função” (art. 20). As duas primeiras destinam-se a garantir a execução; a outra, tem por objetivo assegurar a normalidade da instrução do processo. A previsão, na lei, dessas medidas especiais não impede a concessão de outras, previstas no regime geral do processo cautelar, que tem aplicação subsidiária.

10.1. Medidas para garantia da execução: indisponibilidade e seqüestro de bens

A medida cautelar de indisponibilidade “recairá sobre bens que assegurem o integral ressarcimento do dano, ou sobre o acréscimo patrimonial resultante do enriquecimento ilícito”, diz o parágrafo único do art. 7º. Em princípio, portanto, o objeto

136 OSÓRIO, Fábio Medina. **Improbidade administrativa**: observações sobre a Lei 8.429/92. 2 ed. Porto Alegre: Editora Síntese, 1998, p. 248. Em sentido semelhante, embora preconizando outra solução para os casos de concurso material: GARCIA, Émerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 544.

137 OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 305.

material suscetível de constrição são apenas os bens penhoráveis, já que somente em relação a esses será possível promover a execução forçada de sentença condenatória. É possível, todavia, que certos bens integrados ao patrimônio do acusado sejam eles próprios o produto da improbidade. Nesse caso, a medida cautelar se destinará ao cumprimento da condenação específica de restituir tais bens, condenação essa que se fundará no art. 7º da Lei: “no caso de enriquecimento ilícito, perderá o agente público ou terceiro beneficiário os bens ou valores acrescidos ao seu patrimônio”. Assim, mesmo quando teoricamente se trate de bens insuscetíveis de penhora (v.g.: os bens que guarnecem a residência familiar – Lei n. 8.009/90, art. 1º, parágrafo único), sobre eles recairá a indisponibilidade.

A indisponibilidade não é sobre todo o patrimônio penhorável, mas apenas sobre bens suficientes e adequados para suportar o montante de eventual condenação de ressarcir danos ou de restituir acréscimos patrimoniais havidos ilicitamente. Não será cabível a indisponibilidade para, simplesmente, garantir futura condenação da pena de multa pecuniária, já que a tanto a lei não autoriza¹³⁸.

Por outro lado, ao contrário do que sucede em casos como o da liquidação extrajudicial de instituições financeiras, em que a indisponibilidade dos bens dos seus administradores se opera *ipso jure*, como consequência natural do ato administrativo que institui o regime liquidatório - Lei n. 6.024/74, art. 36, § 1º; aqui, a medida não é automática¹³⁹. Depende de decisão judicial, o que supõe a existência de uma ação. Do que se depreende do art. 7º da Lei, a ação adequada será a cautelar preparatória, a ser promovida pelo Ministério Público. Todavia, a submissão do procedimento especial à aplicação subsidiária das normas do Código de Processo (CPC, art. 272, parágrafo único) permite afirmar o cabimento da medida também em caráter incidental, caso em que poderá, inclusive, ser requerida por simples petição, segundo o procedimento das medidas antecipatórias de tutela, como permite o § 7º do art. 273 do CPC. Em qualquer

138 VELLOSO FILHO, Carlos Mário. A indisponibilidade de bens na Lei 8.429, de 1992. In: BUENO, Cássio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (coordenadores). **Improbidade administrativa**: questões polêmicas e atuais. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 125.

139 FERRAZ, Sérgio. Aspectos processuais na Lei de Improbidade Administrativa. In: BUENO, Cássio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (coordenadores). **Op. cit.**, p. 417.

caso, cumpre ao requerente demonstrar o requisito da verossimilhança, indispensável a qualquer medida cautelar. O risco de dano é, nesse caso, presumido¹⁴⁰, e essa é característica própria da medida constritiva, assentada em fundamento constitucional expresso (art. 37, § 4º).

A outra medida cautelar especial é o seqüestro, previsto no art. 16 da Lei. Ela também se destina a garantir as bases patrimoniais da futura execução da sentença condenatória de ressarcimento de danos ou de restituição dos bens e valores havidos ilicitamente por ato de improbidade. É medida que, como a indisponibilidade, recai, em princípio, apenas sobre bens penhoráveis (razão pela qual, quando isso ocorre, se trata de arresto e não de seqüestro), e até o valor suficiente para cobrir o montante estimado da condenação. Excepcionalmente, a constrição poderá recair sobre bens considerados impenhoráveis, quando tais bens constituam o produto específico da ilicitude cometida (caso em que se tratará de genuína medida de seqüestro, com perfil e finalidade em tudo semelhantes às do “seqüestro dos bens imóveis, adquiridos pelo indiciado com o produto da infração”, prevista no art. 125 do CPP).

Segundo estabelece o próprio art. 16 da Lei, “o pedido de seqüestro será processado de acordo com o disposto nos arts. 822 e 825 do Código de Processo Civil”. A propositura de ação cautelar autônoma, que se justifica especialmente nas especiais circunstâncias supostas pelo mencionado dispositivo (medida preparatória, requerida no curso da sindicância administrativa e por provocação da respectiva comissão processante), não inibe o pedido incidental da medida cautelar, inclusive nos próprios autos da ação principal, como permite o art. 273, § 7º, do CPC. Em qualquer caso, será indispensável a demonstração da verossimilhança do direito e do risco de dano, requisitos inerentes a qualquer medida cautelar.

Entre a indisponibilidade prevista no art. 7º e o seqüestro do art. 16 da Lei, algumas diferenças podem ser observadas. A indisponibilidade não acarreta a apreensão

140 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela jurisdicional cautelar e atos de improbidade administrativa. In: BUENO, Cássio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (coordenadores). **Improbidade administrativa**: questões polêmicas e atuais. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 303; NEIVA, José Antônio Lisbôa. **Improbidade administrativa**: estudo sobre a demanda na ação de conhecimento e cautelar. Niterói: Editora Impetus, 2005, p. 133.

e o depósito dos bens atingidos; o seqüestro sim (CPC, arts. 824 e 825). A indisponibilidade é requerida pelo Ministério Público; o seqüestro pode ser pleiteado também pela pessoa de direito público atingida pelo ato ilícito, que ostenta legitimidade ativa para a ação condenatória principal (art. 17).

10.2. Medida para garantia da instrução: o afastamento do cargo

O art. 20 da Lei 8.429/92, incluído em capítulo que trata de "disposições penais", estabelece o seguinte: "Art. 20. A perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória. Parágrafo único. A autoridade judicial ou administrativa competente poderá determinar o afastamento do agente público do exercício do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à instrução processual". Do *caput* do artigo resulta evidente a preocupação em preservar, na maior medida possível, a manutenção do cargo no curso do processo, enquanto cabível algum recurso. E, no parágrafo, abre-se a possibilidade de determinar o afastamento cautelar do agente "quando a medida se fizer necessária à instrução processual". Da conjugação dos dois dispositivos resulta, como inteligência adequada, a de que o afastamento (a) é medida de natureza cautelar, (b) destinada a garantir a instrução do processo e (c) que somente se legitima quando for manifesta a sua indispensabilidade.

O afastamento do cargo tem natureza eminentemente cautelar, e não de antecipação da tutela. Sua função, conseqüentemente, é instrumental (= instrumento processual de garantia para a instrução). Portanto, por mais evidente que seja a probabilidade de êxito da demanda, por mais claro que esteja o *fumus boni iuris* a incriminar o acusado, isso, por si só, não legitima a concessão da medida, que significaria simplesmente a antecipação dos efeitos da futura sentença condenatória de perda do cargo. Admiti-la a esse título seria negar eficácia ao *caput* do art. 20 da Lei de Improbidade. Sob esse aspecto instrumental, a medida é semelhante à da prisão preventiva "por conveniência da instrução criminal" (CPP, art. 312), que também se destina a resguardar a normalidade da coleta de provas. A exemplo do que ocorre, nesses casos, com a prisão preventiva, a decisão judicial que deferir o afastamento há de estar

devidamente justificada e fundamentada (CPP, art. 315), podendo o juiz revogá-la se “verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem” (CPP, art. 316). É o que, *mutatis mutandis*, também estabelece o art. 807 do CPC.

Para que se considere indispensável o afastamento cautelar, vários pressupostos devem estar presentes e cumulados. Em primeiro lugar, é preciso ficar demonstrado que o demandado, no exercício do cargo e utilizando-se dele, tenha objetivamente promovido atos que possam comprometer a regular instrução do processo. Não basta a possibilidade teórica de perigo ou de ameaça. É preciso que eles sejam reais, fundados em dados concretos extraídos da conduta do requerido. É preciso demonstrar também que a medida será eficaz para afastar o risco: a suspensão do cargo não pode representar um simples castigo antecipado, mas deverá constituir a alternativa necessária para evitar o dano ao processo. Finalmente, não pode ser deferido o afastamento cautelar se o resultado a que visa puder ser obtido por outros meios, que não comprometam o bem jurídico protegido no *caput* do art. 20 da Lei (o exercício do cargo)¹⁴¹. O tempo do afastamento será necessariamente o indispensável à produção da prova que esteja sob ameaça. É incompatível com a sua finalidade própria, assim, a manutenção da medida cautelar - ou, o que seria mais grave, a sua concessão -, quando já encerrada a fase de instrução do processo.

141 Nesse sentido: STJ. 1ª Turma. Resp 550.135. Relator: Teori Albino Zavascki, DJ de 08/03/2004, com a seguinte ementa: “PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. MEDIDA CAUTELAR DE AFASTAMENTO DO CARGO. INTELIGÊNCIA DO ART. 20 DA LEI 8.429/92. 1. Segundo o art. 20, caput, da Lei 8.429/92, a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos, como sanção por improbidade administrativa, só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória. Assim, o afastamento cautelar do agente de seu cargo, previsto no parágrafo único, somente se legitima como medida excepcional, quando for manifesta sua indispensabilidade. A observância dessas exigências se mostra ainda mais pertinente em casos de mandato eletivo, cuja suspensão, considerada a temporariedade do cargo e a natural demora na instrução de ações de improbidade, pode, na prática, acarretar a própria perda definitiva. 2. A situação de excepcionalidade não se configura sem a demonstração de um comportamento do agente público que importe efetiva ameaça à instrução do processo. Não basta, para tal, a mera cogitação teórica da possibilidade da sua ocorrência. 3. Para configuração da indispensabilidade da medida é necessário que o resultado a que visa não possa ser obtido por outros meios que não comprometam o bem jurídico protegido pela norma, ou seja, o exercício do cargo. Assim, não é cabível a medida cautelar de suspensão se destinada a evitar que o agente promova a alteração de local a ser periciado, pois tal perigo pode ser contornado por simples medida cautelar de produção antecipada de prova pericial, nos exatos termos dos arts. 849 a 851 do CPC, meio muito mais eficiente que a medida drástica postulada. 4. Recurso especial provido”. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 30/09/2005.

A observância desses requisitos todos se mostra ainda mais evidente nos casos em que o requerido esteja exercendo mandato eletivo, que tem prazo certo, insuscetível de prorrogação ou de restauração. A medida cautelar de afastamento, provisória por natureza, não pode ser transformada, por decorrência da inevitável demora na instrução do processo, em perda definitiva do cargo.

11. Processo e procedimento na ação de improbidade

A dupla face da ação de improbidade confere ao seu processo uma natureza híbrida, que se reflete na estrutura do procedimento. Na disciplina específica desenvolvida pela Lei 8.429/92, há regras que dizem respeito à formatação da face repressiva-reparatória da demanda e há regras que dizem respeito exclusivamente à sua face repressiva-punitiva. Como a Lei trata o tema de modo uniforme e sem qualquer distinção, cumpre ao intérprete atentar para a circunstância anotada.

Relativamente às pretensões de reparação de danos, nada há de significativo a diferenciar a ação de improbidade da ação civil pública e da ação popular, com objeto idêntico. Estabelece o art. 17 que a “ação principal (...) terá o rito ordinário” e “será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada” (art. 17), assim considerada a que sofreu os efeitos danosos do ato de improbidade e em cujo benefício reverterá o produto da condenação. A exemplo do que ocorre na ação civil pública (Lei 7.347/85, art. 5º, § 1º), o Ministério Público, quando não for autor, funcionará obrigatoriamente como fiscal da lei, sob pena de nulidade (art. 17, § 4º); e a exemplo do que ocorre na ação popular (Lei 4.717/65, art. 6º, § 3º), a pessoa jurídica interessada poderá, nas ações promovidas pelo Ministério Público, atuar ao lado do autor (art. 17, § 3º). Legitimado passivo é o agente público, sujeito ativo do ato ilícito (art. 2º da Lei de Improbidade), que será, invariavelmente, uma pessoa física. Pode ser sujeito passivo da demanda, na condição de litisconsorte, o terceiro (art. 3º) que tenha induzido ou concorrido para a prática do ato de improbidade, ou dele tenha se beneficiado, direta ou indiretamente. Segundo prevê o art. 18, “a sentença que julgar procedente a ação civil de reparação de dano ou decretar a perda dos bens havidos ilicitamente determinará o

pagamento ou a reversão dos bens, conforme o caso, em favor da pessoa jurídica prejudicada pelo ilícito”.

A semelhança da ação de improbidade com a ação civil pública e com a ação popular, no que se refere à pretensão de reparar danos causados ao erário determinam, no particular, a aplicação analógica de regras que regulamentam essas ações. É assim, conforme já acentuado, no que diz respeito ao regime da coisa julgada, que será *erga omnes*, mas *secundum eventum litis*, não produzindo tal eficácia se for julgada improcedente por deficiência de prova. Acentue-se, outrossim, que a obrigação de ressarcir danos tem fundamentos jurídicos diferentes dos que embasam a aplicação das penalidades da Lei 8.429/92. Assim, eventual juízo de improcedência da ação de improbidade por não configuração da tipicidade ou do dolo ou de qualquer outro dos pressupostos específicos exigidos para a aplicação das penalidades, não impedirá a propositura da ação ressarcitória. Essa conclusão vem reforçada pela circunstância de que o ressarcimento de danos, na ação de improbidade, não é pretensão típica e principal, mas constitui pedido secundário, um verdadeiro apêndice do relativo à aplicação de penalidades, este sim o pedido típico. Tanto é verdade que, a teor do § 2º do art. 17, “a Fazenda Pública, quando for o caso, promoverá as ações necessárias à complementação do ressarcimento do patrimônio público”.

O que a ação de improbidade tem de realmente inovador no campo do processo civil é a fase procedimental relacionada com a admissibilidade da demanda, prevista nos parágrafos 6º a 12 do art. 17 da Lei 8.429/92. A preocupação do legislador, quanto ao ponto, foi adequar o processo civil à finalidade, que não lhe é peculiar, de ser instrumento para imposição de penalidades ontologicamente semelhantes às das infrações penais. À identidade material das penas veio juntar-se a identidade formal dos mecanismos de sua aplicação.

Foi no Código de Processo Penal, com efeito, que o legislador civil se inspirou para formatar o novo instrumento: o procedimento da ação de improbidade é em tudo semelhante ao que rege o processo e julgamento dos crimes de responsabilidade dos funcionários públicos, previsto nos artigos 513 a 518 do CPP. Lá, como aqui, se exige que a petição inicial (queixa ou denúncia) venha instruída com “documentos ou

justificação que contenham indícios suficientes da existência do ato de improbidade” (“que façam presumir a existência do delito”) ou com razões fundamentadas da “impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas” (art. 17, § 6º da Lei 8.429/92; art. 513 do CPP). Lá como aqui, estando a inicial (queixa ou denúncia) “na devida forma”, o juiz ordenará a notificação do requerido (acusado) para oferecer manifestação escrita, no prazo de quinze dias, que poderá vir acompanhada de “documentos e justificações” (art. 17, § 7º da Lei 8.429/92; arts. 514 e 515, parágrafo único do CPP). Recebida a manifestação, o juiz “em decisão fundamentada, rejeitará a ação, se convencido da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita” (art. 17, § 8º da Lei 8.429/92), da mesma forma como, na ação penal, “o juiz rejeitará a queixa ou denúncia, em despacho fundamentado, se convencido, pela resposta do acusado ou do seu defensor, da inexistência do crime ou da improcedência da ação” (CPP, art. 516). Nos dois casos, recebida a petição inicial (denúncia ou queixa) o réu (acusado) será citado para promover a sua defesa, assumindo o processo, daí em diante, o rito comum, civil ou penal (art. 17, § 8º da Lei 8.429/92; arts. 517 e 518 do CPP).

Essa importação de mecanismos do processo penal traz para o processo civil situações inéditas, cujo enfrentamento pode, eventualmente, ocorrer à luz do direito importado, mas que, em geral, exigirá a devida adequação sob enfoque e pelo sistema do direito importador. Assim, a exemplo do que ocorre no processo penal, a exigência de que a inicial seja acompanhada de provas razoáveis da existência da infração não significa que seja indispensável a prévia instauração de inquérito ou sindicância¹⁴². A prova exigida pode ser recolhida de qualquer outra fonte legítima. Da mesma forma, como no sistema do processo penal (CPP, art. 41), é indispensável que a petição inicial descreva adequadamente a conduta ilícita “com todas as suas circunstâncias”, exigência que, aliás, compõe o devido processo legal sancionador como condição inafastável para

142 Em sentido contrário: DAL POZZO, Antônio Aroldo Ferraz. Reflexões sobre a ‘defesa antecipada’ na Lei de Improbidade Administrativa. In: BUENO, Cássio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (coordenadores). **Improbidade administrativa**: questões polêmicas e atuais. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 97.

a avaliação judicial da tipicidade da conduta e para viabilizar o adequado exercício do direito de defesa.

Diferentemente do que ocorre no processo penal (em que se considera irrevogável o despacho de recebimento da denúncia¹⁴³), no processo civil essa possibilidade é aberta “em qualquer fase”, caso fique supervenientemente “reconhecida a inadequação da ação de improbidade” (art. 17, § 11º da Lei 8.429/92). A revogação da decisão inicial, porém, supõe a existência de fato novo, ou, mais especificamente, a mudança no estado da prova, que, no curso da atividade instrutória, deve ter evoluído no sentido de evidenciar, com mais clareza do que no início do processo, as circunstâncias de fato que conduzem à inadequação da ação.

Dois aspectos importantes da face repressiva-punitiva da ação de improbidade são regidos pelos princípios do processo civil: o sistema de recursos e o regime da coisa julgada. No que diz respeito a recursos, as decisões interlocutórias são controláveis por agravo e as sentenças, por apelação. Na fase inicial, constitui decisão interlocutória a que faz juízo positivo de recebimento da petição (art. 17, §§ 7º e 10 da Lei 8.429/92) e terá natureza de sentença a decisão que, não recebendo a inicial, extingue o processo (art. 17, § 8º).

Quanto à coisa julgada, o regime aplicável, no que se refere à aplicação de penalidades, é o comum do processo civil: as sentenças terminativas (= as que extinguem o processo sem julgar o mérito) operam apenas o feito preclusivo próprio da coisa julgada formal, e as sentenças definitivas (= as que apreciam o mérito) assumem a imutabilidade característica da coisa julgada material, prevista no art. 467 do CPC. A dificuldade, aqui, é definir o que é mérito nessa peculiar ação, que tem por objeto aplicar penas. Considera-se, inquestionavelmente, de mérito, a sentença (a) que reconhece a atipicidade da conduta (= a que declara que o fato, inobstante ter existido, não constituiu ato de improbidade) ou (b) a que reconhece a prescrição (Lei 8.429/92, art. 23, I). Juízo dessa natureza pode ocorrer, não apenas por ocasião da sentença proferida após o encerramento da instrução, mas até mesmo na fase inicial de admissibilidade da

143 STJ. 6ª Turma. EDcl no Resp 173395. Relator: Fernando Gonçalves, DJ de 02/10/2000. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 30/09/2005.

demanda. Será de mérito – e, portanto, fará coisa julgada material – a sentença que indeferir a petição inicial por reconhecer que o fato é atípico ou que a ação está prescrita. A própria decisão a que se refere o § 11 do art. 17, que a lei considera “sem julgamento de mérito”, poderá conter – e normalmente isso ocorrerá – um juízo de mérito. Com efeito, o que acarreta a “inadequação” da ação de improbidade é, fundamentalmente, a atipicidade da conduta, e se essa for a causa invocada para a extinção do processo, a correspondente sentença será, sim, imutável, nos termos do art. 467 do CPC.

As situações que merecem maior cuidado são as que envolvem juízos de improcedência fundados na prova dos fatos da causa. Apesar da linguagem dúbia da Lei (que, ao tratar da rejeição inicial da ação, alude à “inexistência do ato de improbidade” e à “improcedência” - art. 17, § 8º), não se mostra plausível considerar como sendo de mérito a sentença que indefere a inicial (= rejeita a ação) com base na insuficiência de prova. Tal juízo, na verdade, significará apenas o reconhecimento da falta de prova essencial à propositura da demanda, ou seja, da ausência dos indícios de prova da existência do ilícito ou da sua autoria, exigidos pelo § 6º. Não há exame do mérito, mas de forma. Todavia, tanto no regime geral do processo civil, como no do processo penal, há eficácia de coisa julgada material na sentença que, após esgotada a fase de instrução, desacolhe o pedido por considerar, com base no material probatório dos autos, que determinado fato existiu ou que não existiu, ou, ainda, que houve insuficiência ou deficiência de prova a respeito de sua existência. Assim - e diferentemente do que ocorre em relação ao pedido de ressarcimento de danos - tem eficácia de coisa julgada material a sentença que, na ação de improbidade, deixa de aplicar penalidades por reconhecer (a) que o fato não existiu ou (b) que não houve prova de que o fato existiu; ou ainda (c) que o réu não teve participação no cometimento do ilícito ou (d) que não ficou provada a participação do réu na prática da improbidade.

CAPÍTULO VI – A TUTELA DE DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

SUMÁRIO: 1. Legitimação ativa como função institucional 2. Organização do Ministério Público mediante distribuição interna de atribuições 3. Repartição das atribuições para promover demandas judiciais: critério geral 4. Repartição de atribuições para promover demandas perante a Justiça Comum 4.1. Distribuição da competência jurisdicional comum entre Justiça Federal e Justiça Estadual 4.2. Fixação da competência jurisdicional na ação civil pública 5. Repartição de atribuições entre Ministério Público Federal e Ministério Público Estadual para ações civis públicas 6. Ação civil pública para tutela do patrimônio público 7. Regime da legitimação ativa: substituição processual 8. Impossibilidade de celebrar transação 9. Inviabilidade da desistência da ação

1. Legitimação ativa como função institucional

Entre as mais proeminentes funções institucionais atribuídas pela Constituição Federal ao Ministério Público está a de “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” (art. 129, III), função reafirmada na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei 8.625, de 12/02/93, art. 25, IV) e no Estatuto do Ministério Público da União (Lei Complementar 75, de 20/05/93, art. 6º, VII). A legitimação específica para o exercício, em juízo, dessa função institucional consta também nas leis especiais que estabelecem normas processuais para as várias “ações civis públicas”, como é o caso da Lei 7.347, de 24/07/85 (disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico), da Lei 7.853, de

24/10/89 (dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiências, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência (CORDE), institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos e difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes), da Lei 7.913, de 07/12/89 (dispõe sobre a ação civil pública de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários), da Lei 8.078, de 11/09/90, o chamado “Código de Proteção e Defesa do Consumidor” (dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências) e da Lei 8.429, de 02/06/92 (dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos em caso de enriquecimento ilícito no exercício da função).

Quando a ação civil pública tem por objeto a tutela de direitos e interesses transindividuais (difusos e coletivos), a legitimação atribuída ao Ministério Público, pela Constituição (art. 129, III), deve ser entendida no sentido irrestrito e mais amplo possível, em limites suficientes e necessários para a obtenção da tutela jurisdicional completa e compatível com a natureza e a magnitude da lesão ou da ameaça aos bens e valores tutelados. Inclui, portanto, legitimação para buscar tutela cognitiva, preventiva e reparatória, declaratória, constitutiva ou condenatória. Inclui também poderes para pleitear medidas de tutela provisória, de antecipação de tutela e cautelar. Estende-se a legitimação para as medidas de cumprimento das liminares e das sentenças, inclusive, quando for o caso, para a propositura da ação autônoma de execução.

Convém observar que os direitos sujeitos à irrestrita tutela pelo Ministério Público, são apenas os direitos difusos e coletivos, ou seja, os subjetivamente *transindividuais* (= sem titular determinado) e materialmente *indivisíveis*, que não se confundem, portanto, com os direitos individuais homogêneos. Estes, conforme se enfatizou em capítulo próprio¹⁴⁴, não são direitos *transindividuais* mas, simplesmente, direitos subjetivos *individuais*, os mesmos “direitos comuns ou afins” de que trata o art. 46 do CPC, nomeadamente em seus incisos II e IV. A sua natureza “coletiva” tem um sentido meramente instrumental, para fins de defesa conjunta em juízo, viabilizada pelas características comuns (= homogeneidade) do conjunto desses direitos individuais.

144 Capítulo II.

Nessa condição, diferentemente do que ocorre com os de natureza transindividual, os direitos individuais homogêneos não são irrestritamente tuteláveis pelo Ministério Público, só podendo sê-lo nas hipóteses expressamente previstas em lei.

2. Organização do Ministério Público mediante distribuição interna de atribuições

Ocorre que o Ministério Público é instituição de caráter nacional, subordinada aos princípios institucionais de unidade, indivisibilidade e independência funcional (CF, art. 127), dela fazendo parte o Ministério Público da União, com suas várias ramificações e especialidades, e os Ministérios Públicos dos Estados (CF, art. 128). O Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, embora órgão da União (CF, art. 128, I, *d*), desempenha, no âmbito distrital, atribuições correspondentes às dos Ministérios Públicos estaduais, razão pela qual são com eles equiparados para os fins do presente estudo.

Afirmar que o Ministério Público é uno e indivisível significa dizer, como anotou Arruda Alvim¹⁴⁵, que a manifestação de qualquer de seus agentes, no cumprimento do dever funcional, vinculará a própria instituição como um todo. Por ser assim, é evidente que a atuação de Ministério Público, a exemplo do que se passa no Poder Judiciário – que tem sua jurisdição limitada pelas regras de competência -, se dá em forma organizada e hierarquizada. Seus agentes exercem as funções sob determinadas regras e limites impostos pela estrutura do organismo. Seria inconcebível imaginar, com efeito, pudessem todos e cada um dos agentes da instituição, legitimamente, falar em nome dela e assim comprometê-la, perante todo e qualquer órgão ou instância, ou em qualquer lugar, ou nos momentos que lhes aprouessem.

É, portanto, decorrência do caráter nacional da instituição e dos princípios constitucionais da unidade e indivisibilidade que a regem, a sua organização mediante repartição de atribuições. Não tem outro sentido o art. 128 da CF, ao estabelecer que o Ministério Público abrange o Ministério Público da União e os Ministérios Públicos dos Estados, aquele compreendendo o Ministério Público Federal, o do Trabalho, o Militar e

145 ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**. 8 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 1, 2003, p. 564.

o do Distrito Federal e Territórios, cada qual, portanto, com atribuições delimitadas, a serem estabelecidas em leis complementares (art. 128, § 5º). Seria inconcebível a atuação do Ministério Público sem tais delimitações. Os princípios da unidade e indivisibilidade afastam a suposição de que o Ministério Público Federal possa atuar, indiscriminadamente, perante a Justiça do Trabalho ou a Militar ou a dos Estados. Da mesma forma e pelo mesmo motivo não se compadece com a estrutura da instituição afirmar-se legitimidade aos agentes do Ministério Público Estadual para atuar fora da sua Comarca, ou fora de seu Estado, ou fora da jurisdição local (salvo, evidentemente, quando autorizados, como *v.g.*, na hipótese prevista no ADCT, art. 29, § 5º). Sob este aspecto, se a instituição é uma só e indivisível, não há como compatibilizar com esses princípios institucionais certas disposições normativas que admitem a possibilidade de litisconsórcio entre Ministério Público Federal e Estadual em determinados processos (Lei nº 7.347/85, art. 5º, § 5º). Esse estranho “litisconsórcio consigo mesmo”, se cabível, importaria, invariavelmente, o deslocamento da competência da causa para a Justiça Federal, já que, conforme se fará ver, o princípio federativo não comporta a submissão de um órgão da União à Justiça de um Estado-Membro.

A organização estruturada e hierarquizada do Ministério Público é também condição para o adequado atendimento do terceiro princípio institucional: o da independência funcional. Anotou Paulo Cezar Pinheiro Carneiro¹⁴⁶ que a “garantia da independência do Ministério Público passa, necessariamente, pela exigência de figurar em cada processo específico, o Promotor ou Procurador, investido de atribuição legal para tal finalidade, e somente ele, ressalvadas, obviamente, as exceções legais que permitem a substituição. A atribuição para oficiar no processo depende de prévia regulamentação legal”. O princípio da independência supõe, portanto, “que cada órgão da instituição tenha, de um lado, as suas atribuições fixadas em lei e, de outro, que o agente, que ocupa legalmente o cargo correspondente ao seu órgão de atuação, seja aquele que irá oficiar no processo correspondente”¹⁴⁷.

146 CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **O Ministério Público no processo civil e penal: promotor natural, atribuições e conflito**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 45.

147 *Idem*, *ibidem*, p. 48.

3. Repartição das atribuições para promover demandas judiciais: critério geral

No que se refere às atribuições que envolvam o ajuizamento de demandas, a sua repartição, no âmbito interno, entre os vários órgãos do Ministério Público, deve guardar compatibilidade com a distribuição da competência dos órgãos do Poder Judiciário, estabelecida pela Constituição.

Sob esse aspecto, não é difícil visualizar os limites de atribuições entre os vários órgãos do Ministério Público quando se tratar de demandas sujeitas à jurisdição especializada do Poder Judiciário. É o caso da Justiça do Trabalho, pertencente ao Poder Judiciário da União (CF, art. 92, IV) e que tem sua competência delimitada por especialização da matéria (CF, art. 114). Perante ela funciona um órgão, também especializado, do Ministério Público da União (art. 128, I, *b*). Situação análoga é a da Justiça Eleitoral, que integra o Poder Judiciário da União (art. 92, V) e cuja competência é igualmente definida *ratione materiae* (CF, art. 121). Perante ela atua, promovendo, se for o caso, as ações cabíveis, o Ministério Público Federal (LC 75/93, art. 37, I).

As dificuldades surgem quando se trata de definir critérios para a repartição de atribuições do Ministério Público em demandas da competência da Justiça Comum, tema que merece atenção destacada.

4. Repartição de atribuições para promover demandas perante a Justiça Comum

4.1. Distribuição da competência jurisdicional comum entre Justiça Federal e Justiça Estadual

Seguindo o critério acima definido, cumprirá ao órgão especializado do Ministério Público da União promover as causas de competência da Justiça Federal e ao Ministério Público dos Estados e do Distrito Federal as de competência estadual e distrital.

Todavia, ao contrário do que ocorre com a Justiça Eleitoral e do Trabalho, a competência cível da Justiça Federal é definida na Constituição, em geral, em razão das pessoas envolvidas no processo, e não da matéria nele tratada. Segundo o art. 109, I, da CF, cabe aos juízes federais processar e julgar "as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés,

assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidente de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho". Ressalvadas as exceções assinaladas na parte final do dispositivo (causas de falência, acidentes do trabalho e as de competência dos ramos especializados da Justiça da União) e, mais, as dos incisos III ("causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional") e XI ("a disputa sobre direitos indígenas"), o critério constitucional para repartir a competência cível entre Justiça dos Estados e Justiça Federal é, como se percebe, *ratione personae*, isto é, leva em consideração as pessoas envolvidas no processo.

É irrelevante, para esse efeito (ressalvadas as exceções mencionadas) a natureza da controvérsia sob o ponto de vista do direito material ou do correspondente pedido, postos na demanda. Mais ainda: ao lado desse *requisito subjetivo* (a qualidade da pessoa jurídica interessada), a Constituição agrega um *requisito objetivo*: a *efetiva presença* dessa pessoa na relação processual, que deverá, necessariamente, nela ser figurante na condição de autor, ou de réu, ou como assistente ou como oponente.

Tanto a doutrina, quanto à jurisprudência sempre salientaram a indispensabilidade da conjugação desses dois requisitos como pressuposto necessário à fixação da competência federal. Athos Gusmão Carneiro observa: "A competência das "jurisdições especiais", como já foi dito (verbetes n. 17 a 21), é aquela prevista taxativamente na Constituição da República; por exclusão, as demais causas são processadas e julgadas perante a Justiça comum, ou Justiça ordinária, integrada pelos juízes e tribunais dos Estados e do Distrito Federal. Lei ordinária, ou mesmo lei complementar não poderá ampliar nem restringir a competência das "jurisdições especiais...". (..) No plano cível, a competência da Justiça Federal de primeira instância define-se *ratione personae*, pela condição como parte (ou como assistente da parte) da União, entidade autárquica ou empresa pública (ou fundação) federal- CF. art. 109, I -, bem como nos casos de demandas entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e Município ou pessoa domiciliada ou residente no País - CF, art. 109, II (se em lugar do Município, ou da pessoa física, for interessada a União, Estado-Membro ou o Distrito Federal, competente originariamente será o STF - CF, art. 102, I, e), e bem assim nos casos de mandado de segurança ou *habeas data* impetrados contra ato de autoridade

federal- CF, art. 109, VIII. (..) Em assim sendo, é irrelevante para fixar a competência cível da Justiça Federal a circunstância de ser objeto da lide matéria que possa ser considerado de alto interesse da União, salvo se esta (ou entidade pública federal) participa da causa como parte, ou vier a participar como interveniente”¹⁴⁸.

Nesse mesmo sentido a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal entende que “não é possível deslocar a competência, ao juiz federal,(...) sem que suceda intervenção da União, ou de autarquia federal, ou de empresa pública federal, a teor do art. 109, da Constituição, na condição de autora, ré, assistente ou oponente”¹⁴⁹. E no STJ, a orientação é igualmente no sentido de que a competência cível da Justiça Federal “define-se, como regra, pela natureza das pessoas envolvidas no processo: será da sua competência a causa em que figurar a União, suas autarquias ou empresa pública federal na condição de autora, ré, assistente ou oponente (art. 109, I, a) (...). Não é da competência federal, e sim da estadual, por isso, a causa em que não figuram tais entidades, ainda que a controvérsia diga respeito a matéria que possa lhes interessar”¹⁵⁰.

148 CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e competência**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 160-161 e 165-166. No mesmo sentido: CARVALHO, Vladimir Souza. **Competência da justiça federal**. 4 ed. Curitiba: Juruá Editora, 2000, p. 26-27; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. **Competência cível da justiça federal**. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 34-35 e 65.

149 STF. Pleno. CJ 6866-2/ES. Relator: Néri da Silveira, DJ de 24/02/89. No mesmo sentido: STF. 2ª Turma. Ag.Reg. AI 204619-9/SP, Relator: Carlos Velloso, DJ de 06/03/98; e STF. Pleno. CJ 6692-9/RS. Relator: Sydney Sanches, DJ de 24/06/88. Disponíveis em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 30/09/2005.

150 STJ. 1ª Seção. CC 39.824. Relator: Teori Albino Zavascki, DJ de 19/12/2003, cuja ementa foi a seguinte: “CONFLITO DE COMPETÊNCIA: AÇÃO DE PROCEDIMENTO COMUM MOVIDA POR ALUNO CONTRA INSTITUIÇÃO DE ENSINO SUPERIOR DE SISTEMA ESTADUAL DE ENSINO. AUTONOMIA. ART. 211 DA CF/88. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. 1. A competência cível da Justiça Federal, estabelecida na Constituição, define-se, como regra, pela natureza das pessoas envolvidas no processo: será da sua competência a causa em que figurar a União, suas autarquias ou empresa pública federal na condição de autora, ré, assistente ou oponente (art. 109, I, a), mesmo que a controvérsia diga respeito a matéria que não seja de seu interesse. Nesse último caso, somente cessará a competência federal quando a entidade federal for excluída da relação processual. 2. Não é da competência federal, e sim da estadual, por isso, a causa em que não figuram tais entidades, ainda que a controvérsia diga respeito a matéria que possa lhes interessar. Nesse último caso, a competência passará à Justiça Federal se e quando uma das entidades federais postular seu ingresso na relação processual, até porque “compete à Justiça Federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença, no processo, da União, suas autarquias ou empresas públicas” (súmula 150/STJ). 3. No que se refere a mandado de segurança, compete à Justiça Federal processá-lo e julgá-lo quando a autoridade apontada como coatora for autoridade federal, considerando-se como tal também o agente de entidade particular investido de delegação pela União. Nesse último caso, é logicamente inconcebível hipótese de competência estadual, já que, de duas uma: ou o ato é de autoridade (caso em que se tratará de autoridade federal delegada, sujeita à competência federal), ou o ato é de particular, e não ato de autoridade (caso em

Não é diferente quanto se trata de mandado de segurança e *habeas-data*. Conforme estabelece o art. 109, VIII da Constituição, são da competência dos juízes federais os mandados de segurança e os *habeas-data* "contra ato de autoridade federal". A essas duas espécies de ações de natureza cível (e ao *habeas corpus*, no plano criminal), a Constituição deu tratamento especial e destacado, não apenas no que se refere à competência dos Juízes Federais, mas também em relação à competência dos demais órgãos do Poder Judiciário, como o STF (art. 102, I, d, i; e II, a), o STJ (art. 105, I, b e c; e II, a e b) e os TRFs (art. 108, I, c e d). Assim o fez, certamente, pela configuração especial que detém essas garantias constitucionais, diferente da que se estabelece nos procedimentos comuns. Nelas, a relação processual se instala validamente com a presença, não da própria pessoa jurídica, mas sim da "autoridade" praticante do ato ou responsável pela omissão que se visa a coibir. O critério, como no inciso I, continua sendo *ratione personae*, com a única peculiaridade de que, aqui, se leva em consideração, não o ente com personalidade jurídica (que até pode ser ente privado, em casos de atividade delegada), mas a autoridade detentora do plexo de competência para prática do ato (ou da omissão) acoimado de causar lesão a direito líquido e certo.

4.2. Fixação da competência jurisdicional na ação civil pública

No que se refere à ação civil pública, a regra de competência para a causa é também a prevista no art. 109, I, da Constituição. Ocorre que, nessa espécie de ação, o direito tutelado tem natureza *transindividual*, a significar que são indeterminados os respectivos titulares. Daí a questão: não estando legitimado, para o pólo passivo, nenhum ente federal, estaria descartada a competência da Justiça Federal?

Essa pergunta envolve, não um problema de competência, e sim de legitimidade. Com efeito, para fixar a competência da Justiça Federal, basta que a ação

que o mandado de segurança será incabível), e só quem pode decidir a respeito é o juiz federal (súmula 60/TFR). 4. Os Estados e Municípios gozam de total autonomia para organizar e gerir seus sistemas de ensino (CF, art. 211), e os dirigentes de suas instituições de ensino superior não agem por delegação da União. Por isso, também, que a apreciação jurisdicional de seus atos é da competência da Justiça Estadual. 5. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito da 1ª Vara Cível de Patos de Minas-MG, o suscitante". Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 30/09/2005.

civil pública seja proposta pelo Ministério Público Federal. É que, assim ocorrendo, bem ou mal, figurará como autor um órgão da União, o que é suficiente para atrair a incidência do art. 109, I, da Constituição. Embora sem personalidade jurídica própria, o Ministério Público está investido de personalidade processual, e a sua condição de *personalidade processual federal* é por si só bastante para determinar a competência da Justiça Federal. Aliás, é exatamente isso o que ocorre também em mandado de segurança, em *habeas-data* e em todos os demais casos em que se reconhece legitimidade processual a entes não personalizados: a competência será fixada levando em consideração a natureza (federal ou não) do órgão ou da autoridade com personalidade apenas processual, e essa natureza é a mesma da ostentada pela pessoa jurídica de que faz parte.

Figurando o Ministério Público Federal, órgão da União, como parte na relação processual, a um juiz federal caberá apreciar a demanda, ainda que seja para dizer que não é ele, e sim o Ministério Público Estadual, o que tem legitimação ativa para a causa. Para efeito de competência, portanto, pouco importa que a parte seja legítima ou não. Essa, a da legitimidade, é uma questão logicamente posterior à da fixação de competência. A existência ou não da legitimação ativa deve ser apreciada e decidida pelo juiz considerado competente para tanto, o que significa que a questão competencial antecede à da legitimidade ativa.

Convém enfatizar também que, para efeito de competência, o critério *ratione personae* é considerado em face apenas dos termos em que foi estabelecida a relação processual. Em outras palavras, o que se leva em consideração, para esse específico efeito, é a *parte processual*, que não é, necessariamente, *parte legítima* para a causa. Parte *processual* é a que *efetivamente figura* na relação processual, ou seja, é aquela que pede ou em face de quem se pede a tutela jurisdicional numa determinada demanda. Já a parte *legítima* é aquela que, segundo a lei, *deve figurar* como demandante ou demandada no processo. A legitimidade *ad causam*, conseqüentemente, é aferível mediante o contraste entre os figurantes da relação processual efetivamente instaurada e os que, à luz dos preceitos normativos, nela deveriam figurar. Havendo coincidência, a parte processual será também parte legítima; não havendo, o processo terá parte, mas não terá

parte legítima. Em suma: proposta a demanda por ente federal ou contra ente federal, a causa será, necessariamente, de competência da Justiça Federal, pouco importando que o autor ou o réu não sejam partes legitimadas. Quem deve decidir sobre a legitimação, nesse caso, é o juiz federal.

Reafirma-se, assim, que a simples circunstância de se tratar de ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal é suficiente para fixar a competência da Justiça Federal. O mesmo ocorre se a demanda for proposta pelo Ministério Público do Estado ou do Distrito Federal: independentemente da matéria discutida e, mesmo, da legitimidade do órgão autor, a competência para a causa será da Justiça Estadual ou do Distrito Federal. Por isso mesmo se afirmou que a resposta à pergunta antes formulada envolve, não um problema de competência e sim de legitimidade, a ser enfrentado pelo juiz (federal ou estadual, conforme o caso), à luz dos preceitos normativos próprios. Cumprir-lhe-á, para tanto, investigar se a demanda se comporta no âmbito das atribuições do Ministério Público que a promoveu. Convencendo-se que, pelas suas características, a demanda foge das atribuições do Ministério Público Federal, caberá ao juiz federal extinguir o processo sem julgamento de mérito, já que terá presente hipótese de ilegitimidade ativa (CPC, art. 267, VI), o mesmo devendo fazer, quando for o caso, o juiz estadual, nas ações propostas pelo Ministério Público Estadual. Seria errôneo, em tais casos, simplesmente declinar da competência. O vício, repita-se, não é de competência, mas sim de legitimação para a causa, de modo que a declinação não o apagaria.

5. Repartição de atribuições entre Ministério Público Federal e Ministério Público Estadual para ações civis públicas

Chega-se, assim, ao ponto nuclear para definir a legitimidade: o da repartição institucional de atribuições entre os órgãos do Ministério Público para a promoção de ações civis públicas.

Quando se trata de repartir competências (legislativas, administrativas ou jurisdicionais), o princípio amoldado ao sistema federativo e adotado pela Constituição é

o de reconhecer como da esfera estadual toda a matéria residual, ou seja, toda aquela que não estiver conferida, por força de lei ou do sistema, a ente federal. Para os fins aqui perseguidos, o princípio é exatamente o mesmo.

Ocorre que a Lei Complementar 75/93, que dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União, que seria a sede normativa adequada para explicitar as atribuições desse órgão (CF, art. 128, § 5º), não foi nada feliz no particular. Os seus artigos 5º e 6º, por exemplo, ao tratar das funções institucionais e da competência do “Ministério Público da União”, elencou, na verdade, funções institucionais e competências do Ministério Público como um todo, que são também comuns, portanto, às do Ministério Público dos Estados. No ponto que aqui interessa, outorgou-se ao Ministério Público “da União” competência para “promover o inquérito civil e a ação civil pública”, entre outras hipóteses, quando destinados à proteção “dos direitos constitucionais” (art. 6º, VII, a), “do patrimônio público e social, do meio ambiente, dos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico” (VII, b) (...) e de “outros interesses individuais indisponíveis, homogêneos, sociais, difusos e coletivos” (VII, d). Bem se vê que tais dispositivos não podem ser entendidos na extensão que decorre de sua interpretação puramente literal, já que transformaria a ação civil pública em verdadeiro monopólio do Ministério Público da União, já que, na prática, estaria virtualmente eliminada qualquer atribuição residual. Ao contrário, os dispositivos devem ter seu alcance compreendido à luz do sistema e dos princípios constitucionais, nomeadamente do antes referido princípio federativo.

O limitador implícito na fixação das atribuições do Ministério Público da União (ressalvado, obviamente, o do Distrito Federal e Territórios) é, certamente, o da existência de interesse federal na demanda. Caberá a ele promover, além das ações civis públicas que envolvam matéria de competência da Justiça Especializada da União (Justiça do Trabalho e Eleitoral), todas as que devam ser legitimamente promovidas perante os órgãos Judiciários da União (Tribunais Superiores) e da Justiça Federal (Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais). Será da alçada do Ministério Público Federal promover ações civis públicas que sejam da competência federal em razão da matéria - as fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou

organismo internacional (CF, art. 109, III) e as que envolvam disputa sobre direitos indígenas (CF, art. 109, XI) – ou em razão da pessoa - as que devam ser propostas contra a União, suas entidades autárquicas e empresas públicas federais, ou as que uma dessas entidades figure entre os substituídos processuais no pólo ativo (CF, art. 109, I).

Este último ponto merece explicitação. Na ação civil pública, a legitimação ativa é em regime de substituição processual. Versando sobre direitos transindividuais, com titulares indeterminados, não é possível, em regra, verificar a identidade dos substituídos. Há casos, todavia, em que a tutela de direitos difusos não pode ser promovida sem que, ao mesmo tempo, se promova a tutela de direitos subjetivos de pessoas determinadas e perfeitamente identificáveis. É o que ocorre nas ações civis públicas em defesa do patrimônio público ou da probidade administrativa, cuja sentença condenatória reverte em favor das pessoas titulares do patrimônio lesado. Tais pessoas certamente compõem o rol dos substituídos processuais. Havendo, entre elas, ente federal, fica definida a legitimidade ativa do Ministério Público Federal.

Outras hipóteses de atribuição do Ministério Público Federal para o ajuizamento de ações civis públicas serão configuradas quando, por força do princípio federativo, ficar evidenciado o envolvimento de interesses nitidamente federais, circunstância que, se for o caso, poderá ser contestada pela parte contrária e aferida, inclusive de ofício, em sede jurisdicional.

À luz desse mesmo critério constitucional de repartição de atribuições, caberá ao Ministério Público dos Estados e do Distrito Federal o ajuizamento de ações civis públicas residuais, assim consideradas todas as que não estiverem compreendidas no âmbito de atribuições do Ministério Público da União.

6. Ação civil pública para tutela do patrimônio público

Menção especial é de ser feita à tutela do patrimônio público e social, que, segundo o artigo 129, III, da Constituição, compõe, juntamente com o meio ambiente e “outros interesses difusos e coletivos”, o objeto da ação civil pública a que se legitima o Ministério Público. É certo que a lesão àqueles bens (patrimônio público e social) constitui lesão a interesse de toda a sociedade, sendo apropriada, por isso mesmo, a

qualificação de interesse transindividual que lhe foi atribuída. Todavia, o patrimônio público é formado por um conjunto de bens e de direitos formalmente pertencentes às pessoas jurídicas de direito público. Portanto, quando há lesão ou ameaça ao patrimônio público há lesão ou ameaça também a direito ou interesse próprio da entidade pública a que pertence, de modo que a tutela jurisdicional pleiteada em favor do patrimônio público significará, necessariamente, tutela em favor dessa entidade pública.

Ocorre que, também por força da Constituição, ao Ministério Público está expressamente “vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas” (art. 129, IX). Assim, há, de um lado, legitimação do Ministério Público para atuar em defesa do patrimônio público (inciso III), e há, por outro lado, a vedação de transformá-lo em mero representante judicial da administração pública (inciso IX). É indispensável dar harmonia interpretativa a esse aparente conflito.

A doutrina, em geral, sugere, como forma de harmonização, que a atuação do Ministério Público ocorra apenas em caráter subsidiário à dos agentes estatais¹⁵¹. Há, todavia, em corrente minoritária, os que sustentam uma orientação mais restritiva, segundo a qual, para efeito de legitimação ativa do Ministério Público, o “patrimônio público e social” a que se refere a Constituição no art. 129, III, “é estritamente aquele conjunto de valores integrantes da constelação que se chama *interesses difusos ou coletivos*, os quais, necessariamente, não têm e não podem ter um titular personificado. Não fora assim, admitir-se-ia ação civil pública e o Ministério Público teria *legitimatio* ativa toda vez que se tratasse de defender o patrimônio de qualquer entidade estatal ou paraestatal”¹⁵².

A solução da polêmica impõe o desafio de traçar os limites entre dois campos: o da atuação do Ministério Público e o da atuação dos agentes da entidade pública lesada. Com tal objetivo, um parâmetro pode desde logo ser estabelecido: não será a simples existência de lesão ao patrimônio público que, por si só, legitimará a atuação do Ministério Público ou que dará ensejo a ação civil pública. Do contrário, caberia ação

151 LENZA, Pedro. **Teoria geral da ação civil pública**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 95 (com abundante referência doutrinária no mesmo sentido).

152 DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, v. I, 2000, p. 413.

civil pública até para haver pagamento de indenizações por danos causados a veículos do Estado em acidente de trânsito e não teríamos porque negar legitimação ao Ministério Público para cobrar a dívida ativa da Fazenda, como observa, nesse particular com razão, a corrente doutrinária restritiva acima referida. Por isso mesmo, é acertado negar legitimação ao Ministério Público para intentar ação civil pública nos casos em que, inobstante existir lesão ao patrimônio público, o interesse lesado se situa no âmbito ordinário da administração pública. Aliás, em situações dessa natureza, a doutrina e a jurisprudência, interpretando o art. 82, III do CPC, consideram incabível até mesmo a intervenção do Ministério Público no processo como *custos legis*¹⁵³.

Não pode ser aceita, todavia, a posição que vai ao extremo de negar, taxativamente, a legitimação do Ministério Público na defesa do patrimônio público, ou de limitá-la às hipóteses de tutela de interesses difusos e coletivos. Tal negação importaria fazer tábula rasa da norma constitucional do art. 129, III, que prevê expressamente tal legitimação, tanto em defesa dos direitos difusos e coletivos, quanto do patrimônio público e social, considerados, um em relação ao outro, categorias jurídicas distintas e autônomas.

Ordinariamente, é inegável, a defesa judicial do patrimônio público é atribuição dos órgãos da advocacia e da consultoria dos entes públicos, que a promovem pelas vias procedimentais e nos limites da competência estabelecidos em lei. A intervenção do Ministério Público, nesse domínio, conseqüentemente, somente se justifica em situações não ordinárias, ou seja, em situações especiais. Que situações seriam essas? São as situações em que, no patrocínio judicial em defesa do patrimônio público, se pode identificar um interesse superior, como tal considerado aquele que, por alguma razão objetiva e clara, transcende ao interesse ordinário da pessoa jurídica titular do direito lesado. Assim ocorre quando, pela natureza da causa ou pela magnitude das conseqüências, ou pelas pessoas envolvidas ou por outra circunstância objetiva, a eventual lesão trazer um risco, não apenas ao restrito domínio patrimonial da pessoa

153 STJ. 1ª Turma. Resp 48771-4. Relator: Milton Luiz Pereira, DJ de 06/11/95; STJ. 1ª Turma. AgRg Resp 453420. Relator: Francisco Falcão, DJ de 03/02/2003; STJ. 2ª Turma. AgRg Resp 278770. Relatora: Eliana Calmon, DJ de 05/05/2003. Disponíveis em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 30/09/2005.

jurídica, mas também a outros valores especialmente protegidos, de interesse de toda a sociedade. É o que ocorre, por exemplo, quando o patrimônio público é lesado pelo próprio administrador (improbidade administrativa) ou quando os órgãos ordinários de tutela judicial do patrimônio público se mostrarem manifestamente omissos ou impossibilitados de atuar (o que põe em risco o funcionamento da instituição pública).

Nessas ou em outras situações especiais semelhantes, em que o interesse superior esteja devidamente justificado, é que se poderá considerar legítimas a atuação do Ministério Público e a utilização da ação civil pública para o exercício da pretensão à tutela jurisdicional¹⁵⁴.

7. Regime da legitimação ativa: substituição processual

Os direitos e interesses difusos e coletivos se caracterizam por não terem titular determinado, por serem transindividuais¹⁵⁵. Seu conteúdo é formado por bens ou valores jurídicos de relevante interesse geral, mas que não têm “dono certo”, na expressão de Caio Tácito¹⁵⁶. Segundo definição da Lei nº 8.078/90, são direitos e interesses “transindividuais, de natureza indivisível”, pertencentes a pessoas indeterminadas, ligadas por circunstâncias de fato, ou a grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas

154 STJ. 1ª Turma. REsp 246.698. Relator: Teori Albino Zavascki, DJ de 18/04/2005, com a seguinte ementa: “PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO. HIPÓTESES DE CABIMENTO. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. LIMITES. 1. A função institucional do Ministério Público, de promover ação civil pública em defesa do patrimônio público, prevista no art. 129, III, da Constituição Federal, deve ser interpretada em harmonia com a norma do inciso IX do mesmo artigo, que veda a esse órgão assumir a condição de representante judicial ou de consultor jurídico das pessoas de direito público. 2. Ordinariamente, a defesa judicial do patrimônio público é atribuição dos órgãos da advocacia e da consultoria dos entes públicos, que a promovem pelas vias procedimentais e nos limites da competência estabelecidos em lei. A intervenção do Ministério Público, nesse domínio, somente se justifica em situações especiais, em que se possa identificar, no patrocínio judicial em defesa do patrimônio público, mais que um interesse ordinário da pessoa jurídica titular do direito lesado, um interesse superior, da própria sociedade. 3. No caso, a defesa judicial do direito à reversão de bem imóvel ao domínio municipal, por alegada configuração de condição resolutoria da sua doação a clube recreativo, é hipótese que se situa no plano dos interesses ordinários do Município, não havendo justificativa para que o Ministério Público, por ação civil pública, atue em substituição dos órgãos e das vias ordinárias de tutela. 4. Recurso especial a que se nega provimento. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 30/09/2005.

155 GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas tendências no direito processual**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p.150.

156 TÁCITO, Caio. Controle judicial da administração pública na nova Constituição **Revista de Direito Público**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 22, n. 91, jul./set. 1989, p. 30.

entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica (art. 81, parágrafo único, I e II). O que se quer realçar é que, em todas as hipóteses de promoção de ação civil, seja na defesa do patrimônio público ou social, seja, ainda, na defesa de interesses ou direitos difusos ou coletivos, o Ministério Público estará sempre defendendo, não um direito próprio e sim um direito alheio. Direito, ou de toda a comunidade, ou de pessoas indeterminadas, ou determinadas por classes, categorias ou grupos. Trata-se, portanto, de legitimação extraordinária, para a qual se exige habilitação legal específica, a teor do art. 6º do CPC. Quem defende em juízo, em nome próprio, direito de que não é titular, assume, no processo, a condição de substituto processual. Assim, o Ministério Público, autor da ação civil pública, é substituto processual.

8. Impossibilidade de celebrar transação

A substituição processual é de natureza adjetiva típica e ali se esgota. Quem defende em juízo, em nome próprio, direito de outrem, não substitui o titular na relação de direito material, mas sim e apenas na relação processual, onde ocupa a posição que, normalmente, seria por ele ocupada¹⁵⁷. Como consequência, não pode o substituto praticar ato algum que, direta ou indiretamente, importe disposição do direito material do substituído. “É o que afirma Chiovenda, dizendo, em seguida, que pode haver atos da parte aos quais a lei confere importância somente quando procedem daquele que seja titular da relação material (juramento, confissão, renúncia, desistência da ação, reconhecimento do direito material) ou daquele que seja representante ou órgão do titular. Tais atos não poderão ser realizados pelo substituto, estando, portanto, sua atividade limitada à sua própria condição”, lembra Waldemar Mariz de Oliveira Júnior, invocando, no mesmo sentido, farto ensinamento doutrinário¹⁵⁸.

Apropriado afirmar-se, por conseguinte, que os atos que importarem, direta ou indiretamente, disposição do objeto material da controvérsia, como a transação e o reconhecimento do pedido, não estão abrangidos entre as faculdades próprias à

157 OLIVEIRA JÚNIOR, Waldemar Mariz de. **Substituição processual**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1971, p. 90.

158 OLIVEIRA JÚNIOR, Waldemar Mariz de. **Substituição processual**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1971, p. 97.

substituição processual¹⁵⁹. É que a transação, como escreveu Pontes de Miranda, “é negócio jurídico bilateral, em que duas ou mais pessoas acordam em concessões recíprocas, com o propósito de pôr termo à controvérsia sobre determinada ou determinadas relações jurídicas, seu conteúdo, extensão, validade ou eficácia”¹⁶⁰. Esta a razão que o levou a concluir que “a transação judicial tem conteúdo de direito material e só é processual o efeito de pôr termo ao processo...”¹⁶¹; que “a transação, negócio jurídico de direito material, tem de existir, ser válida e ser eficaz segundo os princípios de direito material que a rege”¹⁶²; e que “a feitura de transação, pendente a lide, homologada pelo juiz (...), não a processualiza: a homologação é para reconhecer-lhe eficácia quanto à relação jurídica processual, que é entre os figurantes da transação e o juiz, e só por decisão dele se pode desfazer, cessando, então, para o Estado, o dever da prestação jurisdicional prometida”¹⁶³.

Bem se vê, por via de conseqüência, que o negócio jurídico da transação não dispensa os requisitos de validade estabelecidos na lei material. Não autorizado a dispor do direito material em ato extrajudicial, não assiste ao substituto processual legitimação para fazê-lo em transação tendente a extinguir o processo.

Por outro lado, ainda que, subjetivamente, estivesse habilitado a transacionar em nome do substituído, é certo que o substituto processual só poderia fazê-lo em relação a direitos considerados disponíveis. “Só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite transação”, dispõe o Código Civil, em seu art. 841. Quanto aos direitos indisponíveis, “... a lei, soberanamente, os protege mesmo contra a vontade declarada do seu titular”, ensina com propriedade, Sérgio Sahione Fadel¹⁶⁴. Exemplos desta proteção nos dá o Código de Processo Civil em vários de seus dispositivos: quando considera sem valor a confissão, em juízo, de fatos relativos a direitos indisponíveis (art. 351), quando

159 A propósito: José Frederico Marques apud CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. Estudo sobre a substituição processual no direito brasileiro. *Revista dos Tribunais*, n. 438, abril 1972, p. 30.

160 PONTES DE MIRANDA, Francisco C. *Tratado de Direito Privado*. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 25, 1971.

161 Idem, *ibidem*, p. 137.

162 Idem, *ibidem*, p. 138.

163 Idem, *ibidem*, p. 142.

164 FADEL, Sérgio Sahione. *Código de processo civil comentado*. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 1987, p. 584.

impede que sobre eles recaiam os efeitos da revelia (art. 320, II), e, ainda, quando proíbe que, a respeito deles, a parte assumo ônus probatório não previsto em lei (art. 333, parágrafo único, I). Ora, “a legitimação para agir, conferida ao Ministério Público nos casos de ação civil, atende sempre ao interesse público. Este interesse é indisponível, dado que o direito substancial derivado do interesse público é indisponível. Isso vale ainda que se trate de direito meramente patrimonial, pois, legitimado o Ministério Público para vir a juízo agir na defesa desse interesse, ele se transforma de privado em público. Logo, o Ministério Público não poderá praticar atos que importem disposição do direito material como, v.g., a renúncia ao direito, a confissão, a transação e o reconhecimento jurídico do pedido, no caso de estar no pólo passivo, como parte, na relação jurídica processual”¹⁶⁵.

A impossibilidade de celebrar transação não impede, entretanto, que o Ministério Público, nas ações que tenham por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, ajuste com o réu o modo de dar atendimento à prestação exigida, inclusive para o efeito de admitir a substituição da execução específica por outras providências que levem a resultado equivalente. Aqui não haveria nem concessão nem transigência alguma em relação ao direito em si mesmo, vale dizer, não haveria transação. Ademais, a lei, hoje, faculta ao juiz determinar, no lugar da prestação específica, providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento (CPC, art. 461; Lei nº 8.078/90, art. 84). Ora, se a tanto pode chegar a sentença, não há como deixar de reconhecer às partes a faculdade de, elas próprias, levarem ao juiz proposta consensual, a ser homologada, com o conteúdo e nos limites em que pode se dar o provimento sentencial. É nesse contexto que se situam também os compromissos de ajustamento de conduta, de que trata o art. 5º, § 6º, da Lei 7.347/85, que outro objetivo não devem ter senão o de viabilizar a adequação da conduta “às exigências legais, mediante cominações”. Ainda que se possa considerar tais compromissos, genericamente, como transação, isso “não significa abrir mão do direito

165 CAMARGO, Antonio Augusto Mello de; MILARÉ, Edis; NÉRY JÚNIOR, Nelson. **A Ação civil pública e a tutela jurisdicional dos interesses difusos**. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 43-44.

material, mas, em realidade, limita-se à forma e termo do ajuste, a fim de garantir uma maior proteção do bem difuso em litígio”¹⁶⁶.

9. Inviabilidade da desistência da ação

Desde os primórdios da ação civil pública, a opinião da doutrina inclinou-se no sentido de entender que o Ministério Público, além de não ter disponibilidade sobre o conteúdo material da ação civil pública, não tem, igualmente, disponibilidade sobre a própria ação, dela não podendo desistir. É o que sustentaram Galeno Lacerda¹⁶⁷, Antônio Augusto Mello de Camargo Ferraz, Edis Milaré e Nelson Nery Júnior¹⁶⁸, Voltaire de Lima Moraes¹⁶⁹, Ernane Fidélis dos Santos¹⁷⁰ e Hely Lopes Meirelles¹⁷¹. Arruda Alvim defende ser indisponível a ação ao Ministério Público em qualquer das hipóteses em que se legitima extraordinariamente. Comentando o art. 81 do CPC, observou que “a atividade do Ministério Público, em tais casos, é excepcional, pois normalmente caberia aos particulares agir. Os princípios que informam a ação do Ministério Público são diversos dos que ilustram, usualmente, este direito em relação aos particulares. Com efeito, na ação civil pública o Ministério Público está orientado pelo princípio da indisponibilidade. Ocorrentes os pressupostos do exercício do direito, é inarredável a propositura da ação e o prosseguimento do processo, até seu termo final. A relação processual, o evoluir do processo é contaminado pelo caráter de indisponibilidade ínsito ao direito de ação, em função do bem indisponível subjacente (...). Diante do princípio da indisponibilidade que informa a ação civil pública, o Ministério Público não se encontra apenas frente a um dever indeclinável de propor a ação, mas também do

166 LENZA, Pedro. **Teoria geral da ação civil pública**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 74.

167 LACERDA, Galeno. Ação Civil Pública. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul**, n. 19, 1986, p. 32-33.

168 CAMARGO, Antonio Augusto Mello de; MILARÉ, Edis; NÉRY JÚNIOR, Nelson. **A Ação civil pública e a tutela jurisdicional dos interesses difusos**. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 43.

169 MORAES, Voltaire de Lima. A ação civil pública e a tutela do meio ambiente. **Revista Ajuris**, Porto Alegre: Ajuris, v. 13, n. 37, 1986, p. 212-223.

170 SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Manual de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, v. I, 1988, p. 56.

171 MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança**. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p.179.

imperativo de prosseguir-la, postulando pelo prevalecimento da pretensão que deduziu (...)"¹⁷².

Relativamente ao Ministério Público, não é aceitável o argumento segundo o qual, por não ser vedada em lei, a desistência estaria permitida. Se a regra vale para o particular, o mesmo não se dá em relação ao Ministério Público que, como órgão do Estado que é, obedece a regra básica do direito público: os agentes do Estado somente podem praticar atos para os quais estejam autorizados por norma legal válida. Não bastaria, portanto, ausência de proibição, como ocorre na atividade dos particulares. A atuação do Ministério Público é vinculada não à vontade pessoal de seus agentes, mas a uma finalidade impessoal e pública, definida em lei. É precisa, no ponto, a doutrina de Hans Kelsen: "Um indivíduo age como órgão do Estado somente enquanto atua sob autorização de alguma norma válida. Esta é a diferença entre o indivíduo agindo não como órgão estatal e o indivíduo agindo enquanto órgão do Estado. O indivíduo que não funciona como órgão do Estado está autorizado a fazer tudo o que não seja proibido pela ordem legal, ao passo que o Estado, isto é, o indivíduo que age como órgão do Estado pode fazer somente aquilo que a ordem legal autorizá-lo. Do ponto de vista de técnica legislativa, portanto, é supérfluo estatuir quaisquer proibições para um órgão do Estado. É suficiente não autorizá-lo. Se o indivíduo age sem autorização da ordem legal, ele não está mais agindo como órgão do Estado. Seu ato é ilegal pela razão mesma de que não está apoiado por nenhuma autorização legal"¹⁷³. Reafirma-se, destarte, que a inexistência de proibição não autoriza o Ministério Público a desistir.

Nessa linha de pensamento, a conclusão a que se chega é a de que a desistência, contraposição que é do poder-dever do Ministério Público de promover a demanda, imposto por lei, somente será cabível quando a lei a autorizar. Não havendo essa autorização, a regra é a de que a desistência não é admitida. Todavia, essa regra não pode ser encarada como absoluta. Não há absolutos no plano do direito. As regras devem ser interpretadas e aplicadas levando em consideração a sua razão de ser. Se o

172 ALVIM, Arruda. **Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 3, 1976, p. 382-383.

173 KELSEN, Hans. **General theory of law and state**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1945, p. 264.

que se visa, com o impedimento da desistência, é resguardar os interesses tutelados, pode, excepcionalmente, ocorrer situação em que tais interesses estarão melhor atendidos exatamente pela providência oposta, ou seja, pela desistência. Isso será plausível, por exemplo, em hipóteses em que a ação contenha evidentes vícios formais. Em casos tais, a desistência ensejará a propositura de nova demanda, sem os defeitos da anterior. Esse caminho, nas circunstâncias, será mais adequado do que levar o processo adiante, até a sua inevitável extinção sem julgamento de mérito.

No particular, procedem as observações de Hugo Nigro Mazzilli, no sentido de que “(...) a nova redação do § 3º do art. 5º da LACP passou a admitir que as associações civis autoras possam manifestar desistências *fundadas*, caso em que o Ministério Público não estará obrigado a assumir a promoção da ação. Daí, podemos validamente deduzir que, se existem desistências fundadas, formuladas por associações civis, por identidade de razão, também pode haver desistências fundadas de quaisquer co-legitimados, até mesmo do próprio Ministério Público”¹⁷⁴. Tais hipóteses, porém, constituem exceções e, como tais, merecem interpretação estrita. Como adverte o mesmo autor, as manifestações de desistência pelo Ministério Público “só devem ser exercidas de forma *excepcional*, em hipóteses em que, acima de qualquer dúvida, o interesse público seja servido com a desistência”¹⁷⁵.

174 MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos direitos difusos em juízo**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 336.

175 Idem, *ibidem*, p. 342.

PARTE C: TUTELA COLETIVA DE DIREITOS INDIVIDUAIS
CAPÍTULO VII – TUTELA COLETIVA DE DIREITOS INDIVIDUAIS
HOMOGÊNEOS: A AÇÃO CIVIL COLETIVA

SUMÁRIO: 1. Estrutura dos direitos individuais homogêneos 2. Tutela coletiva: do litisconsórcio ativo à ação coletiva 3. Características da ação coletiva 3.1. Repartição da atividade cognitiva 3.2. Legitimação ativa por substituição processual 3.3. Sentença genérica 3.4. Liberdade de adesão do titular do direito individual 4. Legitimação ativa para ações coletivas 4.1. Ações coletivas nas relações de consumo 4.2. A tutela de direitos individuais homogêneos pelo Ministério Público 4.3. Legitimação das entidades associativas 5. Espécies de tutela cabíveis na ação coletiva 5.1. Tutela preventiva 5.2. Tutela repressiva (reparatória) e as várias espécies de sanção jurídica 5.3. Tutela repressiva constitutiva 5.4. Tutela repressiva condenatória 5.5. Tutela de urgência (cautelar e antecipatória) 6. Restrições à ação coletiva impostas pelo legislador ordinário 7. Procedimento da ação coletiva 7.1. Visão Geral 7.2. Coisa julgada 7.3. Relação entre ação coletiva e ação individual 7.4. Aplicação subsidiária a outras ações coletivas 8. A Ação de cumprimento: liquidação e execução da sentença genérica 8.1. Natureza, procedimento e competência 8.2. Objeto da ação de cumprimento, na fase de liquidação 8.3. Natureza da sentença de liquidação 8.4. Procedimento da liquidação 8.5. Fase de execução 8.6. Sucumbência na ação de cumprimento 8.7 Legitimação ativa para a ação de cumprimento 9. Ação coletiva e prescrição

1. Estrutura dos direitos individuais homogêneos

A expressão “direitos individuais homogêneos” foi cunhada, em nosso direito positivo, pelo Código de Defesa do Consumidor – CDC (Lei n. 8.078/90), para designar

um conjunto de direitos subjetivos “de origem comum” (art. 81, parágrafo único, III), que, em razão de sua homogeneidade, podem ser tutelados por “ações coletivas”, na forma do Capítulo II, do Título III, do referido Código (artigos 91 e seguintes). Não se trata, já se viu¹⁷⁶, de um novo direito material, mas simplesmente de uma nova expressão para classificar certos direitos subjetivos individuais, aqueles mesmos aos quais se refere o CPC no art. 46, ou seja, direitos que “derivarem do mesmo fundamento de fato e de direito” (inciso II) ou que tenham, entre si, relação de afinidade “por um ponto comum de fato ou de direito” (inciso IV).

A homogeneidade não é uma característica individual e intrínseca desses direitos subjetivos, mas sim uma qualidade que decorre da relação de cada um deles com os demais direitos oriundos da mesma causa fática ou jurídica. Em outras palavras, a homogeneidade não altera nem compromete a essência do direito, sob o seu aspecto material, que, independentemente dela, continua sendo um direito subjetivo individual. A homogeneidade decorre de uma visão do conjunto desses direitos materiais, identificando pontos de afinidades e de semelhanças entre eles e conferindo-lhes um agregado formal próprio, que permite e recomenda a defesa conjunta de todos eles. Os direitos homogêneos, repita-se o que escreveu Benjamin, “são, por esta via exclusivamente pragmática, transformados em estruturas moleculares, não como fruto de uma indivisibilidade inerente ou natural (interesses e direitos públicos e difusos) ou da organização ou existência de uma relação jurídica-base (interesses coletivos *stricto sensu*), mas por razões de facilitação de acesso à justiça, pela priorização da eficiência e da economia processuais (...)”¹⁷⁷.

Homogeneidade não é sinônimo de igualdade, mas de afinidade. Direitos homogêneos não são direitos iguais, mas similares. Neles é possível identificar elementos comuns (= núcleo de homogeneidade), mas também, em maior ou menor medida, elementos característicos e peculiares, o que os individualiza, distinguindo uns

176 Capítulo II.

177 BENJAMIN. Antônio Herman H. A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico. Apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor. In: MILARÉ, Edis (coord.). **Ação civil pública: Lei 7.347/85 – Reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 96.

dos outros (= margem de heterogeneidade). O núcleo de homogeneidade decorre, segundo visto, da circunstância de serem direitos com origem comum; e a margem de heterogeneidade está relacionada a circunstâncias variadas, especialmente a situações de fato, próprias do titular.

Os elementos minimamente essenciais para a formação do núcleo de homogeneidade decorrem de causas relacionadas com a gênese dos direitos subjetivos. Tratam-se de direitos originados da incidência de um mesmo conjunto normativo sobre uma situação fática idêntica ou assemelhada. Essa circunstância genética produz um conjunto de direitos subjetivos com, pelo menos, três aspectos fundamentais de identidade: (a) o relacionado à própria existência da obrigação, (b) o que diz respeito à natureza da prestação devida e (c) o concernente ao sujeito passivo (ou aos sujeitos passivos), comuns a todos eles.

A identificação do núcleo de homogeneidade fica mais clara quando se tem presente o conjunto dos elementos da relação jurídica (ou, melhor dizendo, da norma jurídica concretizada) em que se inserem os direitos subjetivos. As relações jurídicas obrigacionais são compostas pelos seguintes elementos, cuja identificação formal (em sentença ou em título extrajudicial) é indispensável para que a prestação possa ser exigida (= executada coercitivamente) em juízo: (a) a existência da obrigação (*an debeat*), (b) a identidade do credor (*cui debeat*), (c) a identidade do devedor (*quis debeat*), (d) a natureza da prestação (*quid debeat*); e, finalmente, (e) em que quantidade é devido (*quantum debeat*)¹⁷⁸. Pois bem: as relações jurídicas subjacentes aos direitos individuais homogêneos têm, em comum, três desses elementos: o *an debeat* (= o *ser devido*), o *quis debeat* (= *quem deve*), e o *quid debeat* (= o *que é devido*). São eles que constituem o núcleo de homogeneidade dos correspondentes direitos subjetivos individuais. Os demais elementos de cada uma das relações jurídicas – a saber, a identidade do credor e a sua específica relação com o crédito (*cui debeat*) e a quantidade a ele devida (*quantum debeat*) –, são dispensáveis para a formação daquele núcleo essencial, pertencendo a um domínio marginal, formado pelas partes

178 A propósito: ZAVASCKI, Teori Albino. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 8, 2003, p. 320.

diferenciadas e acidentais dos direitos homogêneos, a sua margem de heterogeneidade.

2. Tutela coletiva: do litisconsórcio ativo à ação coletiva

O Código de Processo Civil prevê uma forma de defesa conjunta para essa espécie de direitos subjetivos, ou seja, para direitos que “derivarem do mesmo fundamento de fato ou de direito” (art. 46, II) ou que tiverem afinidade “por ponto comum de fato ou de direito” (art. 46, IV). É a fórmula do litisconsórcio ativo facultativo, mediante a propositura de uma demanda conjunta, por duas ou mais pessoas, formando um processo único. Trata-se, portanto, de técnica consistente em simples cumulação de causas que, em tese, poderiam ser propostas separadamente. Os litisconsortes são tratados como litigantes distintos (CPC, art. 48) e a cognição do juiz não se limita ao que os direitos têm de comum, mas se estende também às características individuais de cada um dos direitos afirmados pelos demandantes. Assim, a sentença fará juízo não apenas sobre o núcleo de homogeneidade dos direitos afirmados na demanda, mas também sobre as suas particularidades próprias, a sua margem de heterogeneidade, e disso resulta, necessariamente, uma sentença que, embora formalmente única, é, substancialmente, individualizada para cada um dos litigantes.

Quanto ao conteúdo da cognição judicial desenvolvida no processo, bem se vê, o litisconsórcio de direitos individuais homogêneos segue, rigorosamente, o sistema comum do CPC. Através da atividade cognitiva o Estado-juiz busca identificar e declarar as relações jurídicas (= as normas jurídicas concretas) em sua integralidade, dando origem, com a sentença de procedência assim proferida, a correspondentes títulos executivos judiciais. Para que isso seja alcançado, incentiva-se, mesmo no regime de litisconsórcio ativo, que toda a atividade cognitiva seja produzida antes da sentença, a qual, na medida do possível, deverá conter todos os elementos identificadores da norma a ser executada. Nesse sentido, o Código determina que, tanto o pedido formulado pelo autor (CPC, art. 286), quanto a sentença que o acolher (CPC, art. 459, parágrafo único), devem, em regra, ser certos. Admite-se a formulação de pedido genérico (que, portanto, resultará em sentença também genérica) apenas em situações especialíssimas: (a) nas ações universais, se o autor não puder individualizar, na petição inicial, os bens

demandados, (b) quando não for possível determinar, desde logo, as conseqüências do ato ou do fato ilícito que constitui a causa de pedir e (c) quando a determinação do valor da condenação depender de ato que deva ser praticado pelo réu.

A concentração de toda a atividade cognitiva num mesmo processo tem o desiderato de propiciar uma prestação jurisdicional célere e efetiva. Todavia, na prática, isso nem sempre alcança os resultados programados, notadamente pela dificuldade de produzir, no curso da instrução processual, todos os elementos de prova que permitam prolatar uma sentença de procedência com identificação completa da relação jurídica: a obrigação, os sujeitos, o objeto da prestação, sua quantidade e seu valor. Sensível a essas dificuldades, a jurisprudência mostra-se tolerante na aplicação do parágrafo único do art. 459 do CPC. Conforme sustentou o Ministro Ruy Rosado de Aguiar, em precedente em que a questão se pôs, “a conveniência de abster-se o juiz de proferir sentença ilíquida decorre de salutar intuito do legislador de obviar os percalços, custos e demoras para a definição do valor da condenação que, sendo possível, já deve ficar determinado na sentença. Porém, existindo nos autos elementos suficientes a convencer da procedência do pedido, mas não na extensão em que foi formulado, e sendo esta uma questão impugnada pela parte (...), ao juiz não pode ser proposta como alternativa dar tudo ou nada. Insuficiente a prova sobre a extensão do dano, não seria razoável negar o direito do autor, quanto ao *an debeat*, se tal questão ficou bem esclarecida, apenas porque incerto o seu quantitativo. Isso seria aplicar, em prejuízo do autor, uma norma criada a seu benefício. Mas também seria impróprio aceitar um valor fixo ainda não suficientemente comprovado. Portanto, o enunciado do art. 459, parágrafo único, leio assim: sendo possível proferir uma sentença líquida, não deve o juiz proferi-la ilíquida”. E concluiu, na ementa do acórdão: “não estando o juiz convencido da procedência da extensão do pedido certo formulado pelo autor, pode reconhecer-lhe o direito, remetendo as partes para a liquidação”¹⁷⁹.

A sentença assim proferida, incompleta na definição da norma jurídica individualizada objeto da controvérsia, denomina-se sentença genérica. Segundo o

179 STJ. 4ª Turma. REsp 49.445. Relator: Ruy Rosado de Aguiar, RSTJ 75/386. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 30/09/2005.

Código, considera-se como tal a sentença que “não determinar o valor ou não individualizar o objeto da condenação” (art. 603). Para alcançar eficácia executiva, ela deverá ser complementada por outra, da qual resultem identificados os elementos faltantes da norma jurídica individualizada. A atividade de complementação se dá em ação autônoma, denominada liquidação de sentença. É ação de natureza eminentemente cognitiva, destinada, nos padrões do CPC, a individualizar a prestação ou definir o seu valor.

Esse fenômeno da “*unidade* da lide, discutida e julgada *sucessivamente* numa pluralidade de relações jurídicas processuais”¹⁸⁰, atende mais a interesses práticos que a uma exigência de ordem científica. Do ponto de vista científico, nada impede – pelo contrário, é até recomendável – que a atividade cognitiva se exaure numa única relação processual, inclusive no que se refere aos contornos mais elementares da prestação devida. No entanto, os reclamos de ordem prática tracionam em outra direção. Casos há, com efeito, em que a apuração do *quantum debeatur* impõe dispêndio de enormes quantidades de tempo, energia e recursos com a produção de provas, que serão de absoluta inutilidade se a sentença concluir que a demanda é improcedente. Imagine-se ação indenizatória movida contra a construtora, por proprietários de prédio que ruiu, destruindo inclusive os móveis e utensílios que nele se encontravam. Não seria razoável investir tempo e dinheiro na apuração minuciosa dos prejuízos causados – valor de cada apartamento, de cada um dos móveis que os guarneciam, dos objetos pessoais, dos lucros cessantes – sem antes investigar se a responsabilidade foi da ré, ou se foi do engenheiro ou do arquiteto, ou dos próprios moradores. Situações como essa justificam a partição da atividade cognitiva em dois processos – um, destinado a apurar o *an debeatur*, outro, o *quantum debeatur* – dando origem a um título executivo composto *formalmente* pelas duas sentenças, das quais resultará, *substancialmente*, uma norma jurídica individualizada única, completa em todos os seus elementos.

As dificuldades acima referidas, de enfrentar, num único processo, toda a atividade cognitiva, atingem dimensões muito maiores quando a demanda é proposta em

180 BUZUID, Alfredo. Da liquidação por artigos em ação de ressarcimento de perdas e danos. **Revista de Processo**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 11, n. 43, jul./set. 1986, p. 9-13.

regime de litisconsórcio ativo. Causas cumuladas, dificuldades também cumuladas. O próprio Código, por isso mesmo, desde logo busca conter a amplitude subjetiva dos litisconsórcios, reduzindo-os a número de litigantes que não comprometa a rápida solução do litígio e nem dificulte a formulação da defesa (CPC, art. 46, parágrafo único). A própria norma de contenção, como se percebe, acaba reconhecendo que a fórmula de demanda coletiva prevista no CPC não é recomendada para todas as situações. Pelo contrário, sua utilidade é extremamente escassa: ela serve aos propósitos de celeridade e eficiência apenas quando se tratar de litisconsórcio de reduzida amplitude. Nos demais casos, pode produzir um resultado oposto ao daqueles propósitos, porque traz contra si, em doses multiplicadas, as limitações de uma demanda individual sem qualquer contrapartida vantajosa.

Ora, são comuns e cada vez mais freqüentes, no mundo atual, as situações em que se configura o nascimento de direitos subjetivos que, pertencentes a um grande número de pessoas diferentes, derivam de um mesmo fundamento de fato ou de direito ou guardam, entre si, relação de afinidade em alto grau, em razão das referências jurídicas e fáticas que lhes servem de base. A sua defesa coletiva em regime de litisconsórcio ativo é, conforme reconhece o próprio Código de Processo, inviável do ponto de vista prático. E a alternativa de sujeitar cada um dos interessados a demandar individualmente é ainda mais acabrunhadora: do ponto de vista do titular do direito, pelo custo que representa ir a juízo, entendido esse custo em seu sentido mais amplo - financeiro, emocional, profissional, social -, incompatível, não raro, com o escasso resultado que pode advir de uma sentença de procedência; do ponto de vista do Estado, pela enxurrada de demandas que cada uma dessas lesões coletivas pode produzir, aumentando o custo e reduzindo a eficiência da máquina judiciária; e do ponto de vista social, pelo desestímulo à busca dos direitos lesados, pela potencial desigualdade de tratamento produzida por sentenças contraditórias, pela impunidade dos infratores e o conseqüente estímulo à infração, pelo descrédito da função jurisdicional, pela desesperança dos cidadãos.

Nesse contexto surgiram as experiências brasileiras no domínio das ações coletivas, destinadas a enfrentar e dar solução a controvérsias de grande dimensão

subjetiva. Inspiradas nas *class action for damages* do direito norte-americano, as ações coletivas têm, como aquelas, vertentes bem definidas: “a de facilitar o tratamento processual de causas pulverizadas, que seriam individualmente muito pequenas, e a de obter a maior eficácia possível das decisões judiciais. E, ainda, mantém-se aderentes aos objetivos de resguardar a economia de tempo, esforços e despesas e de assegurar a uniformidade das decisões”¹⁸¹.

O legislador não poderia ficar insensível às inquestionáveis vantagens que decorrem da concentração, num único ou em alguns poucos processos, da tutela de direitos individuais semelhantes, resultantes de lesão perpetrada a grande número de indivíduos envolvidos em situação com características comuns. São evidentes os ganhos que daí resultam, seja do ponto de eficiência (presteza no andamento do processo, menos custo, aproveitamento coletivo dos meios de prova, etc.), seja do ponto de vista estritamente jurídico, viabilizando o acesso à justiça de pessoas que, individualmente, a ela não acorreriam, e conferindo a todos um tratamento igualitário, aspectos esses que representam um sinal marcante de realização de justiça.

3. Características da ação coletiva

3.1. Repartição da atividade cognitiva

A ação coletiva para tutela de direitos individuais homogêneos representa, portanto, instrumento processual alternativo ao litisconsórcio ativo facultativo previsto no CPC. Consiste num procedimento especial estruturado sob a fórmula da repartição da atividade jurisdicional cognitiva em duas fases: uma, que constitui o objeto da ação coletiva propriamente dita, na qual a cognição se limita às questões fáticas e jurídicas que são comuns à universalidade dos direitos demandados, ou seja, ao seu núcleo de homogeneidade; e outra, a ser promovida em uma ou mais ações posteriores, propostas em caso de procedência da ação coletiva, em que a atividade cognitiva é complementada mediante juízo específico sobre as situações individuais de cada um dos lesados (= margem de heterogeneidade).

181 GRINOVER, Ada Pellegrini. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 788.

Segundo observou Kazuo Watanabe, a cognição, no processo civil, pode ser visualizada em dois planos distintos: o horizontal e o vertical. No plano horizontal, ela pode ser plena ou limitada, tudo dependendo da extensão do conflito posto em debate no processo. Será plena se o objeto da demanda for a integralidade do conflito existente; será limitada (ou parcial) se a demanda tiver por objeto apenas parte do conflito. No plano vertical, a cognição poderá ser exauriente (completa) ou sumária, tudo dependendo do grau de profundidade com que é realizada. “De sorte que, segundo a nossa visão”, diz Watanabe, “se a cognição se estabelece sobre todas as questões, ela é horizontalmente *ilimitada*, mas se a cognição dessas questões é superficial, ela é *sumária* quanto à profundidade. Seria, então, cognição *ampla* em extensão, mas *sumária* em profundidade. Porém, se a cognição é eliminada ‘de uma área toda de questões’, seria *limitada* quanto à extensão, mas se quanto ao objeto cognoscível a perquirição do juiz não sofre limitação, ela é *exauriente* quanto à profundidade. Ter-se-ia, na hipótese, cognição *limitada* em extensão e *exauriente* em profundidade. (...) Com a combinação dessas modalidades de cognição, o legislador está capacitado a conceber procedimentos diferenciados e adaptados às várias especificidades dos direitos, interesses e pretensões materiais”¹⁸².

Na ação coletiva propriamente dita (e, portanto, na correspondente sentença de mérito) as questões enfrentadas são unicamente as relativas ao núcleo de homogeneidade dos direitos individuais afirmados na demanda. A cognição, portanto, embora exauriente sob o aspecto vertical, será limitada, sob o aspecto horizontal.

A repartição da atividade cognitiva é, pois, uma característica técnica inerente ao procedimento da ação coletiva. Procedimento que, desde logo, englobasse as duas partes da cognição não seria genuinamente o de uma ação coletiva. Mesmo se movida por substituto processual, seria uma espécie de demanda multitudinária, de cognição plena, na qual se examinaria a situação individual de todos os titulares do direito, com todas as vicissitudes daí decorrentes, idênticas às de um litisconsórcio ativo regido pelo procedimento comum. Conforme observou corretamente Luiz Paulo da Silva Araújo

182 WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987, p. 84.

Filho, “a ação referente a interesses individuais (...) só admite a feição coletiva porque – e enquanto – a homogeneidade desses direitos, decorrentes de origem comum, permite que sejam *desprezadas e necessariamente desconsideradas as peculiaridades agregadas à situação pessoal e diferenciada de cada interessado*. Tornando-se relevante, porém, para o julgamento do feito, à vista da demanda, verificar aspectos pessoais e diferenciados dos titulares dos direitos individuais, a tutela coletiva torna-se absolutamente inviável. Por isso, para que seja realmente coletiva a ação respeitante a interesses individuais, é indispensável que seja(m) formulado(s) pedido(s) individualmente indeterminado(s), que desprezem e necessariamente desconsiderem as peculiaridades agregadas à situação pessoal e diferenciada de cada interessado, como diz a doutrina, para permitir a prolação da sentença genérica prevista em lei”¹⁸³. É o que também ocorre nas *class action for damages*, do sistema norte-americano, cuja propositura somente é admitida em controvérsias onde as questões comuns de fato e de direito prevaleçam sobre as particulares e nas quais fique demonstrada a vantagem da solução coletiva sobre a tutela individualizada.

A repartição da atividade cognitiva representa, como se pode perceber, mais uma importante diferença entre o procedimento da ação coletiva (= para tutela de direitos individuais homogêneos) e o da ação civil pública, destinada a tutelar direitos transindividuais: naquele, a atividade cognitiva é limitada ao núcleo de homogeneidade dos direitos controvertidos; e nesse, a cognição é ampla, envolvendo, como em qualquer procedimento comum ordinário, a totalidade da controvérsia.

3.2. Legitimação ativa por substituição processual

Pela fórmula tradicional do litisconsórcio ativo facultativo, a tutela coletiva se dá, sempre, em regime de representação, ou seja, é requerida em nome próprio, pelos próprios titulares dos direitos individuais homogêneos afirmados em juízo. Já a fórmula alternativa do procedimento especial ora examinado, adota um duplo regime: na primeira fase, a da ação coletiva propriamente dita, a demanda é promovida mediante

183 ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. **Ações coletivas**: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 120-121.

substituição processual (= a tutela é requerida por quem não é titular do direito afirmado, em favor de quem o é); e na segunda fase, a da ação de cumprimento, o regime é o de representação (o titular do direito postula, em nome próprio, o cumprimento, em seu favor, da sentença genérica de procedência da ação coletiva).

O regime da legitimação ativa assim estabelecido guarda relação estreita e é consequência natural da primeira característica da ação coletiva: a da repartição da atividade cognitiva. Realmente, se na ação coletiva, da primeira fase, a cognição envolve apenas os aspectos comuns dos direitos homogêneos, sem levar em consideração os elementos típicos de cada situação individual dos seus titulares e sem se preocupar nem mesmo em identificá-los, é lógico e natural que, nessa fase, seja dispensada a legitimação ativa pelo regime normal da representação, prevista no art. 6º do CPC. Exigir-se, já nessa fase, que os próprios titulares do direito figurem no pólo ativo da relação processual importaria, na prática, comprometer a natureza e a característica básica da ação coletiva, transformando-a em puro e simples litisconsórcio ativo facultativo.

Por outro lado, é também lógico e natural que, na ação de cumprimento, da segunda fase, onde a cognição judicial dirige seu foco aos aspectos particulares e individuais dos direitos subjetivos, sejam os próprios interessados os autores da demanda.

3.3. Sentença genérica

Sentença genérica é a que faz juízo apenas parcial dos elementos da relação jurídica posta na demanda, e não sobre todos eles, razão pela qual, em princípio, é sentença sem força executiva própria. Depende, para esse efeito, do advento de outra sentença, que complemente a atividade cognitiva, examinando os pontos faltantes. É o caso da sentença ilíquida, proferida no processo civil, que é considerada genérica porque deixa de apreciar alguns dos elementos da relação obrigacional, nomeadamente o que diz respeito à natureza ou ao valor da prestação devida (CPC, art. 603).

Na ação coletiva, até como decorrência natural da repartição da cognição que a caracteriza, a sentença será, necessariamente, genérica. Ela fará juízo apenas sobre o

núcleo de homogeneidade dos direitos afirmados na inicial, ou seja, apenas sobre três dos cinco principais elementos da relação jurídica que envolve os direitos subjetivos objeto da controvérsia: o *an debeat* (= a existência da obrigação do devedor), o *quis debeat* (= a identidade do sujeito passivo da obrigação) e o *quid debeat* (= a natureza da prestação devida). Tudo o mais (o *cui debeat* = quem é o titular do direito e o *quantum debeat* = qual é a prestação a que especificamente faz jus) é tema a ser enfrentado e decidido por outra sentença, proferida em outra ação, a ação de cumprimento. Por isso se afirma que a sentença na ação coletiva é genérica e, mais, que o seu grau de generalidade é bem mais acentuado que o das sentenças ilíquidas, previstas no art. 603 do CPC.

Embora os textos normativos sugiram que a sentença genérica da ação coletiva tem natureza condenatória (v.g., art. 95 do CDC), esta afirmação merece reservas, especialmente quando se tem por parâmetro os padrões tradicionais que informam o conceito de condenação. É importante considerar, em primeiro lugar, que, mesmo na doutrina clássica, nunca se chegou a um consenso a respeito do que é, efetivamente, uma sentença condenatória. De um modo geral, considera-se que, para ser condenatória, a sentença deve conferir ao credor a possibilidade de promover a execução forçada e, portanto, ter a aptidão de submeter o devedor às medidas coativas¹⁸⁴. Para Liebman, "a sentença condenatória tem duplo conteúdo e dupla função: em primeiro lugar, declara o direito existente - e nisto ela não difere de todas as outras sentenças (função declaratória); e, em segundo lugar, faz vigorar para o caso concreto as forças coativas latentes na ordem jurídica, mediante aplicação da sanção adequada ao caso examinado - e nisto reside a sua função específica, que a diferencia das outras sentenças"¹⁸⁵.

Fazer vigorar a força coativa da sanção não constitui, propriamente, função da sentença condenatória, mas sim da ação executiva que a ela posteriormente segue. Pois bem, conforme observou Barbosa Moreira, "se não é de efetivar a sanção que se trata na sentença condenatória, então só uma coisa é concebível que se trate: de *declarar* a

184 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Reflexões Críticas sobre uma teoria da condenação civil. In: _____. **Temas de Direito Processual Civil** – 1ª Série. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 72.

185 LIEBMAN, Enrico Tullio. **Processo de execução**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1968, p. 16.

sanção a que se sujeita o vencido"¹⁸⁶. É assim, aliás, que Carnelutti via a sentença condenatória: uma sentença de dupla declaração, a declaração de certeza do que *foi* e do que *devia ser*¹⁸⁷. Calamandrei, à sua vez, descreveu a sentença condenatória como a decisão "mediante la cual la autoridad judicial individualizará el concreto precepto jurídico nacido de la norma, establecerá la certeza acerca de cuál ha sido y cuál habría debido ser el comportamiento del obligado y determinará, como consecuencia, los medios prácticos aptos para restablecer en concreto la observancia del derecho violado"¹⁸⁸.

Todavia, conforme anotou o próprio Calamandrei, "nem todas as sentenças condenatórias pressupõem ato ilícito", assim como "nem todas as sentenças que certificam o ilícito são sentenças condenatórias"¹⁸⁹. Ratificando tal objeção, Barbosa Moreira cita como exemplo de sentença condenatória, mas "sem correspondência com atos ou comportamentos antijurídicos", a da "condenação do litigante vencido ao pagamento das custas processuais e dos honorários de advogado do vencedor, nos sistemas que prevêm como corolário do mero fato do sucumbimento"¹⁹⁰. Cita outrossim as "hipóteses em que se permite ao juiz proferir, *antes* de vencida a obrigação, sentença idônea para constituir, se o réu não a cumprir *sponte sua*, título executivo para o autor vitorioso"¹⁹¹.

Calamandrei busca superar tais objeções sustentando que a característica da sentença condenatória não está na aplicação ou na declaração da sanção. "Somente há condenação", diz ele, "quando, por força da sentença, o vínculo obrigacional é substituído por um vínculo de sujeição. A transformação da obrigação em sujeição, esta me parece ser verdadeiramente a função específica da condenação". E acrescenta: "pode-se dizer que a função da sentença de condenação é a de constituir aquele estado

186 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Reflexões Críticas sobre uma teoria da condenação civil. In: _____. **Temas de Direito Processual Civil** – 1ª Série. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 76.

187 CARNELUTTI, Francesco. **Derecho y proceso**. Traduzido por Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, v. I, 1971, p. 66.

188 CALAMANDREI, Piero. **Instituciones de derecho procesal civil**. Traduzido por Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, v. I, 1986, p. 142.

189 Idem. "La condana". In: _____. **Opere Giuridiche**. Nápoli: Morano Editore, v. 5, 1972, p. 486.

190 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Op. cit.**, p. 74.

191 Idem, *ibidem*, p. 75.

de sujeição, por força do qual o condenado é posto a mercê dos órgãos executivos e submetido a suportar passivamente a execução forçada como um mal inevitável”¹⁹².

Ocorre que o estado de sujeição a que se refere Calamandrei é próprio de qualquer título executivo, inclusive dos extrajudiciais, e não apenas da sentença condenatória. Ele não é, portanto, “constituído” pelo ato sentencial. É, antes, conseqüência natural da norma jurídica consubstanciada no título executivo, mais especificamente do enunciado da perinorma, que estabelece a sanção jurídica para a hipótese de descumprimento. Aliás, esta mesma objeção pode ser colocada à doutrina de Liebman, quando sustenta que a sanção à violação do direito é *constituída* pela sentença condenatória, e daí a razão de ser ela, no seu entender, pré-requisito indispensável à execução forçada. Também a sanção jurídica decorre da norma, e não da sentença. Esta, no máximo, a identifica e declara.

Com efeito, a sanção jurídica, assim considerada como a reação do direito à inobservância ou à violação das suas normas, não só está prevista no preceito normativo, como também constitui um dos seus elementos essenciais, o da perinorma (ou norma secundária), cujo destinatário é o órgão estatal encarregado de prestar jurisdição. "O que se chama de sanção", diz Bobbio, "outra coisa não é senão o comportamento que o juiz deve ter em uma determinada circunstância"¹⁹³. Atribuir ao lesado a faculdade de exigir a prestação jurisdicional é, portanto, qualidade inerente à própria norma jurídica. É justamente essa *atributividade* ou, como preferem alguns, esse *autorizamento*¹⁹⁴, a mais marcante diferença entre a norma jurídica e as outras normas de conduta: "a essência específica da norma jurídica é o autorizamento, porque o que compete a ela é autorizar ou não o uso dessa faculdade de reação do lesado. A norma jurídica autoriza que o lesado pela violação exija o seu cumprimento ou a reparação pelo mal causado"¹⁹⁵. "A norma jurídica *permite* que o lesado pela violação dela exija o cumprimento dela”,

192 CALAMANDREI, Piero. "La condana". In: _____. **Opere Giuridiche**. Nápoli: Morano Editore, 1972, p. 492.

193 BOBBIO, Norberto. **Teoría general del derecho**. Traduzido por Jorge Guerrero R. 2. ed. Santa Fé de Bogota, Colombia: Editorial Temis, 1992, p. 125.

194 TELLES JÚNIOR, Goffredo. **Direito quântico**. São Paulo: Editora Max Limonad, [s/d], p. 263.

195 DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 341.

escreveu Goffredo Telles Júnior, acrescentando: “em virtude do autorizamento, o lesado pode, com fundamento jurídico, completar sua interação com quem o prejudicou. Após a *ação violadora* da norma jurídica, a própria norma violada autoriza e permite a reação competente”¹⁹⁶.

Esse é, aliás, o elemento distintivo por excelência entre a norma jurídica e as demais normas de conduta: a aptidão para atribuir ao lesado a faculdade de exigir o seu cumprimento forçado. Segundo a lição clássica de Luis Recasens Siches, “en el Derecho, cabalmente la posibilidad predeterminada de esa ejecución forzada, de la imposición inexorable de lo determinado en el precepto jurídico, incluso por medio de poder físico, constituye un ingrediente esencial de éste. La sanción jurídica, como ejecución forzada de la conducta mandada en el precepto (...), o como ejecución forzada de una conducta sucedánea de reparación o compensación, o como retribución de una infracción consumada ya irremediable - pena - constituye un elemento esencial de la norma jurídica”¹⁹⁷.

É equívoco, portanto, afirmar que a sentença condenatória, ou outra sentença qualquer, é *constitutiva* da sanção ou do estado de sujeição aos atos de execução forçada. Não é esta, conseqüentemente, a justificação para a força executiva dessa espécie de sentença. Sua executividade decorre, isto sim, da circunstância de se tratar de sentença que traz identificação *completa* de uma norma jurídica individualizada, que, por sua vez, tem em si, conforme se viu, a força de autorizar a pretensão à tutela jurisdicional. Se há “identificação completa” da norma individualizada é porque a fase cognitiva está integralmente atendida, de modo que a tutela jurisdicional *autorizada* para a situação é a executiva.

Qualquer que seja a linha doutrinária que se adote, não há como ver preenchidos, na sentença genérica proferida em ação civil coletiva, os requisitos configuradores de uma típica sentença condenatória. Ela, por si só, não é título executivo, não declara e

196 TELLES JÚNIOR, Goffredo. **Direito quântico**. São Paulo: Editora Max Limonad, [s/d], p. 263.

197 SICHES, Luis Recasens. **Estudios de filosofía del derecho**. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1936, p. 128. No mesmo sentido: DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p 341.

nem constitui a sanção pelo descumprimento da norma e nem desencadeia as forças coativas da execução forçada¹⁹⁸.

Com mais razão há de se afastar a hipótese de se tratar de sentença constitutiva. A constitutividade (= a constituição, a desconstituição ou a modificação de relação jurídica) é incompatível com sentenças genéricas, ainda mais quando dessa generalidade está excluído qualquer juízo sobre a identidade do titular do direito e a especificidade das relações jurídicas concretamente estabelecidas. Seria absurdo imaginar sentença com força constitutiva ou desconstitutiva de relações jurídicas sequer enunciadas especificamente na demanda e das quais não se conhece o conteúdo particular e nem mesmo o nome de um dos seus figurantes.

Assim, adotando-se a classificação doutrinária tripartida (sentenças condenatórias, constitutivas e declaratórias), a alternativa restante, por exclusão, é a de considerar como tendo natureza declaratória a sentença genérica da ação coletiva. Milita em favor desse entendimento, sobretudo, a circunstância de se tratar de sentença restrita ao reconhecimento da responsabilidade do demandado, o que deixa evidente a supremacia da sua força declarativa em relação à de condenação. Equipara-se, sob este aspecto, à sentença penal, da qual resulta, em caso de procedência, o efeito secundário civil de tornar certa a responsabilidade do réu pela indenização dos danos causados pelo crime (CP, art. 91, I)¹⁹⁹. Por outro lado, pelo menos no que se refere a demandas envolvendo responsabilidade por danos, é significativa a corrente doutrinária segundo a qual a “sentença condenatória genérica” não é tipicamente condenatória, mas sim,

198 Em sentido contrário, Ada Pellegrini Grinover, comentando o art. 95 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, sustenta que “a pretensão processual do autor coletivo, na ação de que trata o presente capítulo, é de natureza condenatória e condenatória será a sentença que acolher o pedido” (GRINOVER, Ada Pellegrini. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 813).

199 ZAVASCKI, Teori Albino. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 8, 2003, p. 321.

declaratória²⁰⁰, o que, com redobradas razões, vale para a sentença genérica da ação coletiva, envolvida em grau de generalidade maior que qualquer outra²⁰¹.

Polêmicas à parte, o mais importante, na verdade, não é definir se tal sentença pode ser qualificada como condenatória ou não, ou se é meramente declaratória. O que interessa ter presente é que se trata de uma sentença que faz juízo de certeza sobre parte apenas, e não sobre o todo, das relações jurídicas controvertidas, e que tal cognição parcial decorre, justamente, da opção, de natureza político-legislativa, de formatar um procedimento especial com atividade cognitiva partilhada.

3.4. Liberdade de adesão do titular do direito individual

Uma quarta e fundamental característica da ação coletiva é a da liberdade de adesão do titular do direito subjetivo individual ao processo coletivo. Trata-se de característica própria da ação coletiva do direito brasileiro que, no particular, diferencia-se do modelo norte-americano. Nas *class action for damages*, uma vez aceita a ação coletiva pelo juiz, os possíveis titulares dos direitos subjetivos individuais são dela notificados da maneira mais eficaz permitidas pelas circunstâncias do caso. Feito isso, vigora o critério *opt out*, a saber: “os que deixam de optar pela exclusão serão automaticamente abrangidos pela coisa julgada, sem necessidade de anuência expressa”²⁰².

O legislador brasileiro optou claramente por solução diversa. Entre nós vigora o princípio da integral liberdade de adesão ou não ao processo coletivo, que, em caso positivo, deve ser expressa e inequívoca por parte do titular do direito. Compreende-se, nessa liberdade de adesão, (a) a liberdade de litisconsorciar-se ou não ao substituto processual autor da ação coletiva, (b) a liberdade de promover ou de prosseguir a ação individual, simultânea à ação coletiva, e, finalmente, (c) a liberdade de executar ou não,

200 CALAMANDREI, Piero. “La condana”. In: _____. **Opere Giuridiche**. Nápoli: Morano Editore, 1972, p.519; FAZZALARI, Elio. **Istituizioni di diritto processuale**. 7 ed. Padova: CEDAM, 1994, p. 112.

201 ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. **Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 132.

202 GRINOVER, Ada Pellegrini. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 792.

em seu favor, a sentença de procedência resultante da ação coletiva. Essas opções estão expressas na disciplina da ação coletiva da Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), cujo procedimento, conforme se fará ver, é aplicável, em princípio, às demais ações coletivas previstas no sistema. Estabelece o art. 94 daquela Lei que, “proposta a ação, será publicado edital no órgão oficial a fim de que os interessados possam intervir no processo como litisconsortes, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social por parte dos órgãos de defesa do consumidor”. E, no art. 103, dispõe que, nas ações coletivas de direitos individuais homogêneos, a coisa julgada será *erga omnes*, mas “apenas no caso de procedência do pedido” (inc. III), sendo que, “em caso de improcedência, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes, poderão propor ação de indenização a título individual” (§ 2º).

No que se refere às ações individuais propostas em data anterior, estabelece o art. 104 que as ações coletivas “não induzem litispendência”; todavia, os efeitos da coisa julgada *erga omnes* decorrentes da sentença de procedência nelas proferidas, “não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida a sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva”.

E, no que se refere à sentença de procedência, a sua execução (= o seu cumprimento) em favor do respectivo titular individual, dependerá sempre de sua iniciativa (art. 97), inclusive quando se tratar de execução coletiva (art. 98), já que, também nesse caso, deverá ser promovida, não em regime de substituição processual, mas sim de representação, o que significa dizer que dependerá da expressa concordância do titular individual do direito homogêneo.

Resulta evidente desse conjunto normativo que o titular do direito subjetivo individual que preferir não aderir à ação coletiva está imune a qualquer conseqüência desfavorável à sua situação jurídica. Na verdade, ao assim proceder, correrá menos riscos do que se optar pela adesão. É que, aderindo como litisconsorte, poderá ter voltados contra si os efeitos da coisa julgada decorrentes da eventual sentença de improcedência da ação coletiva, já que fica impedido, nesse caso, de promover ou prosseguir com sua ação individual. É o que se infere, a *contrario sensu*, do disposto no

§ 2º do art. 103 do CDC. Já se não aderir, além de não ser atingido pela improcedência da ação coletiva, terá em seu benefício a sentença de procedência que nela vier a ser proferida. Esse benefício somente lhe será negado se, além de não aderir, preferir dar continuidade, desde logo, à sua demanda individual paralela, hipótese em que ficará vinculado à sentença – de procedência ou de improcedência – que nela for proferida. É o que decorre do art. 104 do CDC, em mais uma clara e inequívoca demonstração de que, no direito brasileiro, ao contrário do norte-americano, está consagrada a liberdade do titular do direito individual de aderir ou não ao processo coletivo, de submeter-se ou não ao que nele for decidido, de manter ou não, independentemente da existência ou do resultado da ação coletiva, o seu *status quo* jurídico individual.

A liberdade de vinculação, assegurada ao titular, realça a natureza dos direitos individuais homogêneos: são direitos subjetivos integrados ao patrimônio de titulares certos, que sobre eles exercem, com exclusividade, o poder de disposição. Assim, ao contrário do que ocorre com os direitos coletivos e difusos (que, por não terem titular determinado são defendidos, necessariamente, por substitutos processuais), os direitos individuais podem ser – e, em regra, são – tutelados em juízo pelos seus próprios titulares. A sua tutela coletiva, por regime de substituição processual, resulta, assim, não de uma contingência imposta pela natureza do direito tutelado e sim de uma opção de política legislativa, na busca de mecanismos que potencializem a eficácia da prestação jurisdicional. Mas o direito material tutelado não se altera, em sua natureza, nem fica comprometido pela circunstância de ser objeto de tutela coletiva. O poder de disposição, exclusivo do seu titular e no qual está inserido o de transigir, o de renunciar e o de mantê-lo no estado em que se encontra, não se transfere, nem direta, nem indiretamente, ao substituto processual. “Assim sendo”, observa Luiz Paulo da Silva Araújo Filho, “a garantia constitucional de tutela coletiva de interesses individuais, não quer – e não pode ! – evidentemente significar o desrespeito a outras garantias previstas na própria Constituição, como a da livre atuação dos próprios indivíduos, titulares dos direitos, em defesa de seus bens ou de sua propriedade (art. 5º, XXII)”²⁰³.

203 ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. **Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 103.

A opção do sistema brasileiro pela irrestrita garantia de liberdade de adesão ao processo coletivo assegurada ao titular do direito individual tem conseqüências importantes, notadamente na definição das modalidades de tutela suscetíveis de demanda coletiva, que devem, necessariamente, preservar a referida garantia.

4. Legitimação ativa para ações coletivas:

4.1. Ações coletivas nas relações de consumo

As fontes normativas de legitimação para ações em defesa de direitos individuais homogêneos identificam, em geral, o rol dos entes legitimados, mas nem sempre são específicas quanto ao objeto (bem jurídico a ser tutelado) da legitimação. O Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) traz especificação completa: seu artigo 81 estabelece como objeto da tutela “a defesa dos direitos e interesses dos consumidores e das vítimas” e seu art. 82 elenca os diversos entes legitimados a propor a demanda. A pergunta que se faz, ante a pluralidade dos habilitados, é a de saber se qualquer deles pode, em qualquer circunstância, defender em juízo quaisquer direitos individuais homogêneos, bastando que decorram de relações de consumo. A resposta é negativa. Há, nessa legitimação, limitações e restrições explícitas e implícitas. Veja-se.

No que se refere às entidades e órgãos da administração pública, direta e indireta, nem todos estão legitimados, mas, segundo expressa o texto da lei, somente aqueles “especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código” (art. 82, III). Há, portanto, um necessário elo de vinculação entre o objeto da demanda e os fins institucionais do demandante. Trata-se de exigência associada ao interesse de agir. A mesma restrição existe em relação às associações, que, ademais dessa vinculação quanto à sua finalidade institucional, devem estar “legalmente constituídas há pelo menos um ano” (art. 82, IV).

Às pessoas jurídicas de direito público interno (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) a lei não estabeleceu exigência semelhante. Aliás, não poderia fazê-lo, já que isso importaria negar-lhes, desde logo, a legitimação: tais entidades, com efeito, não têm por específica finalidade a tutela de consumidores. Realmente, embora a Constituição atribua ao Estado, genericamente considerado, o dever de “promover, na

forma da lei, a defesa do consumidor” (CF, art. 5º, XXXII), essa não é regra de legitimação ativa, muito menos de caráter universal. Todavia, também para aquelas entidades há uma limitação implícita, inerente a uma das condições da ações, que é o interesse de agir: para que se configure efetivamente a sua legitimidade na propositura da demanda coletiva em defesa de consumidores é indispensável a existência de algum vínculo entre o objeto da tutela e os interesses do ente público. “Se nenhum nexo mantém”, explica Watanabe, “porque os consumidores pertencem a outro Município ou a Estado diverso, evidentemente a legitimidade *ad causam* não lhes diz respeito”²⁰⁴.

4.2. A tutela de direitos individuais homogêneos pelo Ministério Público

As fontes normativas da legitimação do Ministério Público para demandar em juízo a tutela de direitos individuais homogêneos são variadas, ora especificando o seu objeto, ora não. Especificando o objeto há a norma de legitimação do art. 82, I, da Lei 8.078/90 (tutela dos consumidores e das vítimas nas relações de consumo). É o caso também da legitimação outorgada pela Lei nº 7.913, de 7/12/89, para propor ação de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários e pelo art. 46 da Lei nº 6.024, de 13/03/74, para propor ação de responsabilidade pelos prejuízos causados aos credores por ex-administradores de instituições financeira em liquidação ou falência. Em outros casos, a legitimação é genérica quanto ao objeto. É o que ocorre no art. 25, IV, *a*, da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei 8.625/93), que confere à instituição, entre outras, a atribuição de “promover o inquérito civil e a ação civil pública (...) para a proteção, prevenção e reparação dos danos causados (...) a outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos”.

Conforme se fará ver em Capítulo próprio²⁰⁵, há um limitador implícito na legitimação do Ministério Público, decorrente de normas constitucionais (arts. 127 e 129 da CF) que demarcam a sua finalidade e o âmbito de suas atribuições e competências: a

204 WATANABE, Kazuo. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 759.

205 Capítulo IX.

defesa coletiva de direitos individuais homogêneos somente é legítima quando isso representar também a tutela de relevante interesse social. É indispensável, pois, que haja conformação entre o objeto da demanda e os valores jurídicos previstos no art. 127 da CF, que atribui ao Ministério Público a incumbência de promover a defesa dos interesses sociais. A identificação dessa espécie de interesse social compete tanto ao legislador (como ocorreu, *v.g.*, nas Leis nº 8.078/90, 7.913/89 e 6.024/74), como ao próprio Ministério Público, caso a caso, mediante o preenchimento valorativo da cláusula constitucional à vista de situações concretas e à luz dos valores e princípios consagrados no sistema jurídico, tudo sujeito ao crivo do Poder Judiciário, a quem caberá a palavra final sobre a adequada legitimação.

4.3. Legitimação das entidades associativas

A Constituição Federal, em notável medida de estímulo e prestígio às ações coletivas, criou duas importantes hipóteses de legitimação ativa: a das entidades associativas e a das entidades sindicais. A primeira, no art. 5º, XXI: “as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados, judicial ou extrajudicialmente”. E a segunda, no art. 8º, III: “ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas”. A primeira, mais que a segunda (voltada para as questões trabalhistas), tem sua direção focada para o âmbito do processo civil, e daí merecer aqui atenção especial.

Diferentemente do que ocorre com outras formas de legitimação, a do art. 5º, XXI, da CF é específica quanto à identificação dos legitimados (“entidades associativas”), mas é inespecífica quanto aos bens jurídicos passíveis de tutela, que nela não estão expressamente determinados. Certamente não se trata de legitimação com objeto ilimitado. Há limitações implícitas, que podem ser identificadas por interpretação sistemática.

Se a legitimação é para “representar seus filiados”, um limite de atuação fica desde logo patenteado: o objeto material da demanda deve ficar circunscrito aos direitos e interesses desses filiados. Um outro limite é imposto pelo interesse de agir da

instituição legitimada: sua atuação deve guardar relação com seus fins institucionais. Às associações culturais cabe tutelar direitos de seus filiados relacionados à cultura (e não a outros, estranhos ao âmbito associativo); às associações esportivas e recreativas, os interesses relacionados com esporte e recreação; às associações de defesa do consumidor, os direitos decorrentes de relações de consumo; às entidades profissionais, os direitos dos seus filiados ligados ao exercício da sua profissão. Quem se filia a associação destinada a pesca submarina não o faz imaginando que a entidade vá tutelar seus direitos relacionados à questões fiscais, ou suas relações condominiais ou de vizinhança.

Um equívoco deve ser, entretanto, evitado: o de se imaginar que só cabe ação coletiva quando seu objeto for a tutela de direitos individuais homogêneos decorrentes das relações de consumo. Essa afirmação – frequente, ainda que de forma implícita, até mesmo na jurisprudência²⁰⁶ - faz uma interpretação reducionista das variadas hipóteses legais de legitimação para demandas coletivas, restringindo-as às do art. 82, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Na verdade, excetuadas certas limitações ao cabimento da ação coletiva impostas por via da legislação (adiante referidas), a legitimação prevista no art. 5º, XXI, da Constituição é ampla: a entidade associativa está habilitada a promover ações coletivas para tutela de quaisquer direitos subjetivos dos seus filiados, desde que tais direitos guardem relação de pertinência material com os fins institucionais da associação, fins esses que, afinal de contas, constituíram o móvel propulsor da própria filiação.

Há de se considerar, quanto ao âmbito subjetivo da substituição processual, os limites estabelecidos pelo art. 2º da Lei 9.494, de 10/09/97, que dispõe: “A sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa de direitos e interesses dos seus associados, abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator”. Sendo esses os limites estabelecidos para a eficácia subjetiva da sentença, é

206 V.g.: STF. Pleno. RE 195056-1. Relator: Carlos Velloso, DJ de 30/05/2003; STF. 2ª Turma. AI 382298-2. Relator para acórdão: Gilmar Mendes, DJ de 28/04/2004. Disponíveis em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 30/09/2005. STJ. 1ª Turma. AgResp 325528. Relator: Min. Demócrito Reinaldo, DJ de 22/10/2001; STJ. 2ª Turma. Resp 252803. Relator: Peçanha Martins, DJ de 14/02/2002; STJ. 5ª Turma. AgResp 502610. Relator: Félix Fischer, DJ de 23/03/2004. Disponíveis em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 30/09/2005.

certo que o rol dos substituídos no processo fica restrito aos domiciliados no território da competência do juiz. Aliás, em complementação daquela regra limitativa, o parágrafo único do mesmo artigo exige que “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 assembléia da entidade associativa que a autorizou, acompanhada da relação nominal dos seus associados e indicação dos respectivos endereços”.

5. Espécies de tutela cabíveis na ação coletiva

Não se pode falar em modalidades de tutela jurisdicional sem lembrar a lição de Chiovenda, sobre a finalidade do processo: o processo há de garantir, a quem tem direito, tudo aquilo e precisamente aquilo a que tem direito²⁰⁷. Parafraseando essa lição e considerando a natureza essencialmente instrumental do processo, pode-se dizer que, também no domínio da ação coletiva, será cabível a modalidade de tutela jurisdicional que for adequada a alcançar, com eficiência, exatamente aquilo a que se destina a ação: a tutela coletiva de direitos individuais homogêneos. Isso, todavia, é um princípio, que está sujeito a restrições e limitações decorrentes de duas fontes, pelo menos: (a) a do plexo de poderes de que está investido o legitimado ativo e (b) a das características próprias da ação coletiva. Em outras palavras: (a) não se pode pleitear, em ação coletiva, senão as modalidades de tutela compatíveis com os limites dos poderes conferidos pelo ordenamento jurídico ao substituto processual; e (b) não se pode pleitear, em ação coletiva, senão as modalidades de tutela compatíveis com as características dessa ação (que, conforme acima visto, são, fundamentalmente, a repartição da função cognitiva, o regime de substituição processual, a sentença genérica e a liberdade de adesão do titular do direito subjetivo individual). Ter presentes tais pressupostos é indispensável ao exame do tema em foco, conforme ficará evidenciado a seguir.

5.1. Tutela preventiva

207 CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Traduzido por J. Guimarães Menegale. 3. ed. São Paulo: Saraiva, v. I, 1969, p. 46.

Tutela preventiva é a que se postula (a) antes que ocorra a violação do direito e (b) para evitar que ela ocorra. Sua base constitucional está expressa no art. 5º, inciso XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou *ameaça* a direito”. A simples ameaça ao direito, a só perspectiva de vir a ocorrer a sua lesão, constitui, portanto, causa suficiente para dar ensejo à busca de tutela jurisdicional. Isso é tutela preventiva, que não se confunde com tutela antecipatória nem com tutela cautelar. A tutela *preventiva* assegurada pela Constituição, é tutela *definitiva* (= formada à base de cognição exauriente e apta a produzir coisa julgada material, ou seja, semelhante à tutela conferida para o caso de direito já lesado) e não *provisória*, como o é a tutela cautelar e a antecipatória. Diferentemente dessas, a tutela preventiva, como enfatizou Barbosa Moreira, “visa proteger de maneira direta a situação material em si, razão porque a providência judicial descansará no prévio acerto do direito (*lato sensu*) e jamais assumirá feição de provisoriedade, nem podendo qualificar-se de instrumental senão no sentido genérico em que o é todo o processo, mas apresentando em qualquer caso caráter definitivo — ou, se quisermos usar uma linguagem tipicamente carneluttiana, ‘satisfativo’”²⁰⁸.

Não há dúvida que o sistema deve oferecer meios para a tutela preventiva em caso de ameaça a direitos individuais homogêneos. Todavia, nas relações jurídicas envolvendo grande número de pessoas (= relações de massa), as situações de ameaça a direito assumem, em geral, um caráter transindividual, pondo em risco uma comunidade inteira de pessoas, sem que seja possível identificar, por antecipação, cada um dos possíveis atingidos. Nesse estágio, portanto, conforme anotamos anteriormente²⁰⁹, o direito ameaçado tem características de direito coletivo, devendo como tal ser tutelado em juízo. A tutela preventiva, assim, não se limitará a uma sentença genérica, sujeita a posterior ação individual de cumprimento, mas deverá conter, desde logo, eficácia executiva, para ensejar medidas inibitórias da lesão. Exemplo dessa situação está no art. 102 do CDC: “Os legitimados para agir na forma deste Código poderão propor ação

208 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tutela sancionatória e tutela preventiva. In: _____. **Temas de Direito Processual Civil** – 2ª série. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 25.

209 Capítulo II.

visando compelir o Poder Público competente a proibir, em todo o território nacional, a produção, divulgação, distribuição ou venda, ou determinar a alteração na composição, estrutura, fórmula ou acondicionamento de produto, cujo uso ou consumo regular se revele nocivo ou perigoso à saúde pública e à incolumidade pessoal”. Em casos dessa natureza, a tutela jurisdicional visa a prevenir a ocorrência de danos individuais (que, uma vez verificados, configurariam hipótese de direito individual homogêneo). Todavia, no estágio da ameaça, a proteção tem caráter impessoal (= transindividual) e indivisível. Do ponto de vista instrumental, conseqüentemente, a ação cabível não será uma ação civil coletiva para tutela preventiva de direitos individuais homogêneos (com cognição parcial e sentença genérica), mas sim uma ação civil pública, com cognição completa, da qual resultará sentença com força executiva imediata, que dispensará a propositura de posteriores ações individuais de cumprimento.

As demandas individuais serão apropriadas se e quando, descumprida a sentença proferida na ação civil pública, houver lesão a direitos subjetivos individuais. Considera-se, para isso, o efeito secundário, próprio da sentença de procedência na ação civil pública, que é o de tornar certa a obrigação do demandado de reparar os danos individuais produzidos pelo ilícito (art. 103, § 3º, da Lei 8.078/90).

5.2. Tutela repressiva (reparatória) e as várias espécies de sanção jurídica

A tutela jurisdicional reparatória ou repressiva é a que se postula (a) quando o direito já foi violado e (b) para que seja aplicada a sanção jurídica correspondente à violação. Já se assinalou que a ação coletiva tem como característica a repartição da atividade cognitiva e a prolação de uma sentença genérica, sem força executiva. A execução propriamente dita, fase em que haverá efetivamente a aplicação da sanção, depende da propositura de outra ação (ação de cumprimento), de iniciativa do titular do direito lesado. Ocorre, todavia, que o direito comporta sanções jurídicas de variada natureza, e nem todas são compatíveis com as características de uma ação coletiva, notadamente com a que diz respeito à repartição das atividades jurisdicionais.

Com efeito, há sanções jurídicas cuja aplicação está vinculada indissociavelmente da atividade cognitiva do juiz, não comportando, sequer, a sua aplicação (= execução)

em outro momento que não o da própria sentença. Isso fica bem evidente quando se busca a distinção entre tutela cognitiva e tutela executiva²¹⁰. Considerada em sua moldura clássica, a jurisdição é composta de duas classes bem distintas de atividades: a de “*formular a regra jurídica concreta*” e a de “*fazer atuar a regra jurídica concreta*”. Realmente, o descumprimento das normas jurídicas ocorre ou (a) porque se questiona o conteúdo da norma abstrata que incidiu, ou (b) porque se nega a existência ou a configuração do ato ou fato que é suporte da incidência, ou, ainda, (c) porque simplesmente não se quer ou não se pode dar realização à norma concretizada. Nas hipóteses (a) e (b) há uma crise relacionada com a identificação da norma jurídica concreta, que é debelada com uma decisão judicial identificando o conteúdo da norma que incidiu ou declarando que ela não incidiu; na hipótese (c) há uma crise de execução da norma individualizada e já identificada, crise que, para ser resolvida, exige do Estado providências no sentido de promover, por meios forçados, a execução que não ocorreu espontaneamente.

Compõe, portanto, a atividade jurisdicional aquela destinada a *formular juízo a respeito da incidência ou não de norma abstrata*, e que consiste, essencialmente, em: (a) coletar e examinar provas sobre o ato ou o fato em que possa ter havido incidência; (b) verificar, no ordenamento jurídico, a norma ajustável àquele suporte fático; e (c), finalmente, declarar as conseqüências jurídicas decorrentes da incidência ou, se for o caso, declarar que não ocorreu a incidência por falta do suporte fático, ou não ocorreu pelo modo ou na extensão ou com as conseqüências pretendidas, ou, ainda, que em relação ao fato ou ato não incidiu o preceito normativo alvitado na demanda. A essa atividade, que se desenvolve com a colaboração dos interessados no conflito, em regime contraditório, e que tem como resultado uma sentença identificadora do conteúdo da norma jurídica concreta, denomina-se *cognição*²¹¹.

210 ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo de execução** – Parte Geral. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 29.

211 Conforme Pontes de Miranda, “nas ações de cognição – ações declarativas em sentido larguíssimo, de que não usamos – há enunciados sobre incidência (toda aplicação de lei é enunciado sobre incidência) e certa quantidade de raciocínio que o juiz deve fazer. Nas ações executivas, ou há também, pela duplicidade de elementos (cognitivo e executivo), esse raciocínio, como é o caso das ações de títulos

Por outro lado, há a atividade jurisdicional destinada, especificamente, a *promover o cumprimento forçado da norma jurídica concreta* cujo conteúdo já se encontra identificado ou por sentença (título executivo judicial) ou por outro ato jurídico (título executivo extrajudicial). Essa atividade jurisdicional, a da execução, tem como ponto de partida, destarte, a certeza do direito à prestação²¹², já reconhecida por ato do Estado-juiz (sentença) ou presumida por ato do Estado-legislador (preceito normativo). Busca-se, aqui, tutela para uma pretensão insatisfeita e não (ou não mais) para uma pretensão contestada²¹³.

A distinção entre cognição e execução situa-se, essencialmente, na finalidade de cada uma delas: na cognição o objetivo é “descobrir e formular a regra jurídica concreta que deve regular o caso”; na execução é de “efetivar o conteúdo daquela regra”²¹⁴; na cognição, busca-se ver declarado “o que deve ser”; na execução, busca-se “conseguir que seja o que deve ser”²¹⁵; a cognição está direcionada à “declaração de certeza de um mandato individualizado”; a execução “trata de fazer com que o mandato individualizado, declarado certo pela decisão, seja executado praticamente”²¹⁶. Desse modo, “na cognição, a atividade do juiz é prevalentemente de caráter lógico: ele deve estudar o caso, investigar os fatos, escolher, interpretar e aplicar as normas adequadas, fazendo um trabalho intelectual, que se assemelha, sob certos pontos de vista, ao de um historiador, quando reconstrói e avalia os fatos do passado. O resultado de todas essas atividades é de caráter ideal, porque consiste na enunciação de uma regra jurídica que, reunindo certas condições, se torna imutável (coisa julgada). Na execução, ao contrário, a atividade do órgão é prevalentemente prática e material, visando a produzir na situação

executivos extrajudiciais; ou ficou para trás, noutro processo, a cognição, como ocorre com as ações de execução de sentença. O enunciado sobre incidência, nas ações executivas, é mínimo, e não tem raciocínio posterior, que leva a se preciso confirmá-la” (**Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1974, tomo IX, p. 27 e 28).

212 FURNO, Carlo. **Disegno sistematico delle opposizioni nel processo esecutivo**. Florença: Casa Editrice del Dott. Carlo Cya, 1942, n. 7, p. 44.

213 CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del proceso civil**. Traduzido por Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, v. I, 1986, p. 77.

214 LIEBMAN, Enrico Tullio. **Processo de execução**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1968, p. 37.

215 CARNELUTTI, Francesco. **Op. cit.**, p. 61.

216 CALAMANDREI, Piero. **Instituciones de derecho procesal civil**. Traduzido por Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, v. I, 1986, p. 159.

de fato as modificações aludidas acima”²¹⁷.

A atividade jurisdicional executiva consiste, assim, em efetivar, coativamente, no plano dos fatos, o resultado previsto no ordenamento jurídico, exigível em razão do fenômeno da incidência, que deveria ter sido alcançado, mas não foi, pelo atendimento espontâneo por parte do sujeito obrigado. Em outras palavras, a execução consiste em tornar efetiva a consequência jurídica (= sanção) decorrente do não-cumprimento da norma.

Pois bem, as consequências (= sanções jurídicas) são de variada natureza e comportam diferentes formas de classificação. Há sanções consistentes na reconstituição *in natura* da situação anterior à lesão; há as que consistem em reparação por equivalente; há as que impõem compensação pecuniária, e assim por diante. Mas há também sanções jurídicas que consistem, simplesmente, em negar a validade ou a eficácia do ato praticado em desacordo com o preceito normativo. Há, portanto, sanções de conteúdo exclusivamente jurídico-formal, que são impostas mediante atuação no plano jurídico (constituir, desconstituir ou modificar uma relação jurídica); e há sanções de conteúdo concreto, que demandam, para sua aplicação, providências para manter ou modificar o estado dos fatos (fazer, desfazer, entregar, pagar).

Quem entende que deve ser tida como de execução qualquer atividade jurisdicional destinada a impor a vontade sancionatória da norma, concluirá que também pertence a esse domínio a imposição das sanções de natureza puramente jurídico-formal, como a de simplesmente anular um ato²¹⁸. Todavia, não é esse o entendimento dominante e nem foi esse o que inspirou o sistema do Código de Processo Civil. É que esta espécie de sanção, do primeiro grupo, não demanda subsequente atuação prática dos órgãos jurisdicionais, sendo suficiente para sua realização a modificação do estado jurídico. Na verdade, quando se afirma que a execução forçada é a atuação concreta da vontade sancionatória da norma jurídica, está-se referindo apenas às sanções do segundo grupo, ou seja, apenas

217 LIEBMAN, Enrico Tullio. **Processo de execução**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1968, p. 37.

218 Entre nós, Celso Neves representa esta corrente de pensamento (**Estrutura fundamental do processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 33).

àquelas que exigem, para sua concretização, providências práticas, materiais, no sentido de adequar o mundo real ao enunciado endonormativo²¹⁹.

Para o que interessa às ações coletivas em defesa de direitos individuais homogêneos, é importante fazer a distinção entre (a) as sanções jurídicas desde logo decorrentes da sentença judicial que reconhece a existência do ilícito (que são as constitutivas, desconstitutivas e modificativas de relações jurídicas) e (b) as sanções que não decorrem desde logo da sentença, mas que dependem, para sua imposição, de uma atividade subsequente, de natureza prática e concreta (que são as de manter ou modificar o estado de fato, mediante atividade de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia).

5.3. Tutela repressiva constitutiva

A tutela repressiva nem sempre é compatível com a repartição da atividade cognitiva e nem mesmo com a sua “execução” em separado da sentença. Isso ocorre, como acima visto, quando a sanção pelo descumprimento consiste em consequência de natureza jurídico-formal, de criar, modificar ou extinguir (anular) uma relação jurídica. Não é possível aplicá-la senão individualizando, desde logo, a relação jurídica atingida. Sendo assim, a sentença que confere tutela jurídica dessa natureza há de ser, necessariamente, individualizadora, identificando as situações concretas sobre as quais recai a sanção. Não há como compatibilizá-la com as características da ação coletiva, cujas sentenças têm caráter genérico, postergando para outra ação a identificação das situações individuais e a correspondente execução. Sobretudo, não há como compatibilizá-la com a garantia de liberdade de adesão, assegurada ao titular do direito individual, de vincular-se ou não ao processo coletivo e ao seu resultado. Não se pode conceber, por exemplo, que uma associação de moradores de um determinado condomínio residencial promova, em regime de substituição processual, demanda coletiva para pleitear a rescisão dos contratos de financiamento dos imóveis, à vista das suas cláusulas alegadamente abusivas. Demanda assim não comportaria repartição da atividade jurisdicional e nem a prolação de uma sentença de caráter genérico, condições

219 PODETTI, J. Ramiro. **Tratado de las ejecuciones**. 3. ed. Buenos Aires: Ediar, 1997, p. 410.

indispensáveis para salvaguardar a faculdade de cada morador de aderir ou não ao resultado do processo.

Não é cabível, portanto, ação coletiva em defesa de direitos individuais homogêneos que tenha por objeto a obtenção de tutela de natureza constitutiva ou desconstitutiva.

5.4. Tutela repressiva condenatória

À tutela repressiva que contém a aplicação de sanção jurídica consistente em prestação de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia, denomina-se, na linguagem tradicional, tutela condenatória. E assim é porque a espécie de sanção aplicável tem conteúdo prático, com repercussão no plano dos fatos (e não no plano jurídico-formal, como a constitutiva), comportando, portanto, a sua aplicação em fase separada da sentença. Observe-se que, na sua concepção original, o CPC de 1973 previa como “espécies de execução”, promovidas mediante ação autônoma, a execução para entrega de coisa (artigos 621 e seguintes), a execução das obrigações de fazer (artigos 632 e seguintes) e de não fazer (artigos 642 e seguintes) e a execução por quantia certa (artigos 646 e seguintes). Todas elas eram precedidas de uma sentença condenatória, que lhes servia de título executivo judicial. A tutela condenatória, por isso mesmo, tem essa relação indissociável com as espécies de prestação acima referidas. Mesmo agora, quando as obrigações de fazer e não fazer (CPC, art. 461) e de entregar coisa (CPC, art. 461-A) comportam cognição e execução em uma única relação processual (resultando daí a denominação da respectiva sentença de executiva *lato sensu*), ainda assim é perfeitamente possível discriminar a atividade cognitiva da executiva: a primeira é a atividade que prepara a sentença, seu produto final, consistente no ato jurídico-formal de reconhecimento do direito e do seu descumprimento; e a segunda é constituída dos subseqüentes atos de natureza prática e concreta de manutenção ou modificação do estado de fato.

Essa é a espécie de tutela jurisdicional típica das ações coletivas. Ela comporta, perfeitamente, a separação da atividade cognitiva entre o núcleo de homogeneidade e a margem de heterogeneidade dos direitos subjetivos a serem tutelados, ensejando, quanto

àquele, a prolação de uma sentença genérica, com as características previstas no art. 95 do CDC, e quanto ao resíduo heterogêneo, uma subsequente ação autônoma de liquidação e execução. Fica outrossim assegurada a liberdade do titular do direito de aproveitar ou não a sentença de procedência, promovendo ou não, em seu favor, a ação individual de cumprimento.

O que se acaba de afirmar não significa que a sentença da ação coletiva tenha natureza condenatória e nem que a sua execução deva ser promovida necessariamente pelo procedimento da ação autônoma originalmente prevista pelo CPC. Não é isso. A sentença, conforme acima anotado, tem caráter genérico e natureza declaratória. Quanto à execução, ela ficará subordinada a outra sentença, a ser proferida na ação de cumprimento, oportunidade em que a cognição horizontal da controvérsia se complementar. Essa segunda sentença terá natureza adequada à da prestação, aplicando-se-lhe, portanto, se for o caso, o disposto nos artigos 461 e 461-A, ensejando que a efetivação da tutela seja promovida pelo procedimento e com os meios de coerção ali adotados. Em outras palavras: em se tratando de obrigações de prestação pessoal ou de entrega de coisa, a ação de cumprimento adotará, no que couber, o rito das ações executivas *lato sensu*; e, em se tratando de obrigação de pagar quantia, a execução individual adotará o rito próprio dessa espécie, estabelecido no Livro II, Título II, Capítulo IV do CPC.

5.5. Tutela de urgência (cautelar e antecipatória)

Tutela de urgência é espécie de tutela jurisdicional de caráter provisório, formada à base de cognição sumária (não exauriente) sob o aspecto da sua profundidade, apropriada a situações em que se busca garantir a efetividade da função estatal da jurisdição, eventualmente sob ameaça de dano ou de procrastinação no curso do processo. Sintetizando as distinções entre as espécies de tutela provisória (a saber, as medidas cautelares e as antecipatórias), pode-se afirmar²²⁰:

a) sujeitam-se a regimes processual e procedimental diferentes: a cautelar,

220 ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 57.

ressalvada a situação prevista no § 7º do art. 273, é postulada em ação autônoma, disciplinada no Livro do Processo Cautelar; a antecipatória é requerida na própria ação destinada a obter a tutela definitiva, observados os requisitos do regime geral previsto no art. 273 (CPC);

b) a medida cautelar é cabível quando, não sendo urgente a satisfação do direito, revelar-se, todavia, urgente garantir sua futura certificação ou sua futura execução; a medida antecipatória tem lugar quando urgente é a própria satisfação do direito afirmado;

c) na cautelar há medida de *segurança para a certificação* ou *segurança para futura execução* do direito; na antecipatória há adiantamento, total ou parcial, da própria fruição do direito, ou seja, há, em sentido lato, execução antecipada, como um meio para evitar que o direito pereça ou sofra dano (*execução para segurança*);

d) na antecipatória há coincidência entre o conteúdo da medida e a consequência jurídica resultante do direito material afirmado pelo autor; na cautelar o conteúdo do provimento é autônomo em relação ao da tutela definitiva;

e) o resultado prático da medida antecipatória é, nos limites dos efeitos antecipados, semelhante ao que se estabeleceria com o atendimento espontâneo, pelo réu, do direito afirmado pelo autor; na cautelar, o resultado prático não guarda relação de pertinência com a satisfação do direito e sim com sua garantia;

f) a cautelar é medida habilitada a ter sempre duração limitada no tempo, não sendo sucedida por outra de mesmo conteúdo ou natureza (isto é, por outra medida de garantia), razão pela qual a situação fática por ela criada será necessariamente desfeita ao término de sua vigência; já a antecipatória pode ter seus efeitos perpetuados no tempo, pois destinada a ser sucedida por outra de conteúdo semelhante, a sentença final de procedência, cujo advento consolidará de modo definitivo a situação fática decorrente da antecipação.

As medidas de tutela provisória são cabíveis, em princípio, em qualquer processo. Todavia, estão condicionadas à natureza e aos limites do processo a que dizem respeito.

Não se pode, por exemplo, a título de antecipação da tutela, pedir mais (e nem coisa diversa) do que se pode postular a título de tutela definitiva.

Essa regra vale para as medidas provisórias na ação coletiva: elas devem guardar compatibilidade com a natureza da demanda (onde a cognição é parcial e a sentença é genérica), com os limites dos poderes processuais do demandante, e com a garantia de liberdade assegurada ao titular do direito de vincular-se ou não ao resultado do processo coletivo, de manter ou não a sua situação jurídica no estado em que se encontra.

A pretensão possível de ser deduzida por substituto processual na ação civil coletiva é apenas a que conduz a uma sentença genérica. Não há substituição processual na fase de cumprimento da sentença (= liquidação e execução individuais). A atividade executiva depende da iniciativa do próprio titular do direito material. Não é compatível com o sistema, destarte, pretender-se, em regime de substituição processual, pleitear, ainda que em caráter provisório, medidas cuja eficácia possam atingir imediata e necessariamente a esfera jurídica dos substituídos, sonogando-lhes a liberdade de optar pela não-vinculação. Essa limitação se estende também às providências cautelares: o substituto processual poderá pleiteá-las, mas desde que se trate de medidas (a) relacionadas com a ação de conhecimento, pois a legitimação extraordinária não existe para a liquidação e execução, já que se esgota com a sentença, e (b) que não importem vinculação necessária do patrimônio jurídico do substituído aos efeitos do provimento jurisdicional.

6. Restrições à ação coletiva impostas pelo legislador ordinário

Há limitações ao cabimento de tutela coletiva estabelecidas pelo ordenamento jurídico infraconstitucional, ditadas por razões de política legislativa. É o caso, v.g., do parágrafo único do art. 1º da Lei 7.347/85 (introduzido pela MP 2.180-35/2001), segundo o qual “não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados”. Embora o preceito normativo esteja inserido na Lei que trata de ação civil pública para tutela de direitos transindividuais (= sem titular

determinado), ele, na verdade, se destina a restringir demandas coletivas para a tutela de direitos homogêneos (= “cujos beneficiários podem ser individualmente determinados”). Essa espécie de restrição, por norma infraconstitucional, deve ser vista com reservas, para não comprometer a fonte constitucional de legitimação, nomeadamente a do art. 5º, XXI, que não contém limites materiais explícitos quanto ao objeto da demanda.

No caso específico do parágrafo único, acima transcrito, a justificativa, ao que parece, reside na preocupação de não tornar a ação coletiva um instrumento substitutivo das ações de controle concentrado de constitucionalidade. Com efeito, o que ali se pôs a salvo de ações coletivas são pretensões relacionadas com matérias de natureza institucional, disciplinadas por normas de caráter geral, o que significa dizer que a contestação coletiva de sua legitimidade supõe, necessariamente, a contestação da validade da própria norma que a criou. Nesses limites e sob este aspecto, a restrição pode ser considerada compatível com a Constituição.

7. Procedimento da ação coletiva

7.1. Visão Geral

As disposições normativas que tratam da tutela coletiva a direitos individuais homogêneos restringem-se, em geral, a disciplinar a legitimação ativa. É o que ocorre com o art. 5º, XXI e com o art. 8º, III, da Constituição Federal. Todavia, o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) foi mais longe: trouxe também, em capítulo próprio, normas de procedimento “das ações coletivas para defesa de interesses individuais homogêneos” e, mais especificamente, da “ação coletiva de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos” (arts. 91 a 100). Nele estão previstas, além das regras sobre legitimação ativa (art. 91), atuação do Ministério Público como fiscal da lei (art. 92), competência territorial (93), as principais características da ação coletiva, as suas peculiaridades, as notas que a distingue das demais ações.

Assim, no art. 94, a Lei estabelece que “proposta a ação, será publicado edital no órgão oficial, a fim de que os interessados possam intervir no processo como litisconsortes, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social por parte dos órgãos de defesa do consumidor”. A adesão, conforme já se viu, é facultativa.

De certo modo, a lei até desestimula a intervenção de litisconsortes, na medida em que lhes impõe um risco, não existente para quem não participa do processo: o risco de sofrer os efeitos da coisa julgada decorrente da sentença de improcedência da ação coletiva (art. 103, § 2º). Relativamente aos demais interessados, que não aderirem ao processo, o efeito da coisa julgada somente se fará sentir se o pedido for julgado procedente (art. 103, III).

O art. 95 traz uma das mais importantes características da ação coletiva: “em caso de procedência do pedido, a condenação será genérica, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados”. Dispõe-se, ali, sobre o conteúdo da sentença e, portanto, sobre os limites do objeto litigioso e da correspondente atividade cognitiva. Na ação coletiva, a cognição, sob seu aspecto horizontal, é limitada ao núcleo de homogeneidade dos direitos homogêneos, formado por três dos elementos da relação jurídica: a existência da obrigação (*an debeat*), a identidade do obrigado (*quis debeat*) e a natureza da prestação devida (*quid debeat*). Os demais elementos, indispensáveis a um juízo completo da relação jurídica (*cui debeat* = quem é o credor; *e quantum debeat* = em que quantidade é devida a prestação), fogem do campo específico da cognição nessa fase. São questões a serem enfrentadas, se for o caso, na ação de cumprimento, da qual trataremos mais adiante.

7.2. Coisa julgada

As regras sobre litispendência e coisa julgada estão no art. 103. Ali se estabelece, como regra geral, que a coisa julgada será *erga omnes*, mas somente em caso de procedência do pedido (inc. III). Em caso de improcedência, qualquer que seja a causa, “os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual” (§ 2º). A *contrario sensu*, portanto, há de se entender que o juízo de improcedência atinge, com sua força vinculante, os que tiverem aderido ao processo coletivo, em atendimento ao edital previsto no art. 94. Essa é uma exceção à regra geral do inciso III, e, conforme já se observou, constitui fator de desestímulo à adesão de particulares ao processo coletivo.

Por outro lado, estabelece o art. 104, segunda parte, que “...os efeitos da coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes* a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da ciência nos autos da ação coletiva”. Desse dispositivo colhe-se: (a) que a ação individual pode ter curso independente da ação coletiva superveniente; (b) que a ação individual só se suspende por iniciativa do seu autor; e (c) que não havendo pedido de suspensão, a ação individual não sofre efeito algum do resultado da ação coletiva, ainda que julgada procedente.

O que se pode concluir, do conjunto dessas normas, é que o legislador não estimulou, nem o ingresso dos interessados como litisconsortes e nem o ajuizamento ou o prosseguimento de ações individuais paralelas. Às duas situações impôs um risco adicional: aos litisconsortes, o de sofrer os efeitos da sentença da improcedência da ação coletiva; e aos demandantes individuais, o risco de não se beneficiarem da sentença de procedência. O estímulo, portanto, é no sentido de aguardar o desenlace da ação coletiva, promovendo, se for o caso, a suspensão da ação individual em curso.

Os beneficiados pela sentença de procedência serão os abrangidos no âmbito da substituição processual. É importante, para esse efeito, considerar o disposto no art. 2º da Lei 9.494, de 10/09/97: “a sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa de direitos e interesses dos seus associados, abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator”.

7.3. Relação entre ação coletiva e ação individual

Conforme expressamente dispõe o art. 104 do CDC, a existência de ação individual não induz litispêndência em relação à ação coletiva. Uma não pode ser tida como reprodução da outra. Naquela, a cognição, sob o aspecto horizontal, é completa, envolvendo todos os aspectos do direito material controvertido, inclusive os que dizem respeito à específica relação obrigacional de que é titular o demandante, com todas as suas especificidades; na ação coletiva, todavia, conforme se viu, o âmbito cognitivo é restrito ao núcleo de homogeneidade dos direitos afirmados. Isso é reflexo do pedido e

da sentença, que num caso será de natureza específica, visando a um juízo integral da controvérsia, e no outro será genérica, buscando apenas o enfrentamento parcial do conjunto das matérias controvertidas. Assim, entre ação coletiva e ação individual pode haver identidade quanto às partes (e sob esse aspecto, a coletiva é continente da individual) e quando à causa de pedir. O pedido, porém, é diverso.

Entre as duas ações, portanto, não há litispendência e tal resulta claro do art. 104 da Lei nº 8.078, de 1990. Há, isto sim, conexão (CPC, art. 103), a determinar, na medida do possível, o processamento conjunto, perante o juízo da ação coletiva, de todas as ações individuais, anteriores ou supervenientes.

7.4. Aplicação subsidiária a outras ações coletivas

O modelo procedimental básico da ação coletiva se aplica não apenas às ações destinadas a tutelar os consumidores e as vítimas nas relações jurídicas decorrentes da Lei 8.078/90, mas também, no que couber, às demais ações coletivas regidas pelo processo civil, cuja disciplina não esteja prevista pelo legislador, como é o caso das propostas por entidades associativas, com base na legitimação do art. 5º, XXI, da CF. Essa aplicação subsidiária se deve a duas razões. Em primeiro lugar, em decorrência da remissão que faz o art. 21 da Lei 7.347/85, estabelecendo que “aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor”²²¹. Em segundo lugar, ainda que tal remissão expressa não tivesse havido, a adoção daquele rito seria decorrência natural do princípio da analogia, que, em matéria processual, impõe, para casos omissos, a adoção de procedimentos previstos para situações análogas e, se não houver, o procedimento comum²²².

221 WATANABE, Kazuo. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 783. NERY JÚNIOR, Nelson. Op.cit., p.954. CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Ação civil pública**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2004, p. 499. MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos direitos difusos em juízo**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 207.

222 Nesse sentido: ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. **Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 105.

Convém assinalar que a aplicação do procedimento da ação coletiva do CDC a outras ações coletivas é sempre em caráter subsidiário (= somente se aplica à falta de disciplina própria em outra norma) e apenas no que couber e for compatível. Uma das hipóteses em que a extensão é inviável, conforme se demonstrará mais adiante, é a da execução, a benefício de um Fundo, dos resíduos indenizatórios não reclamados pelos seus titulares, de que trata o art. 100 do CDC.

Quanto aos múltiplos aspectos não disciplinados no procedimento especial da ação coletiva, eles devem ser colmatados pela aplicação da lei geral, o Código de Processo Civil, o que, aliás, também está determinado pelo art. 19 da Lei 7.347/85 e pelo art. 90 da Lei 8.078/90.

8. A Ação de cumprimento: liquidação e execução da sentença genérica

8.1. Natureza, procedimento e competência

Procedente o pedido na ação coletiva, “a liquidação e a execução da sentença poderão ser promovidas pela vítima e seus sucessores, assim como pelos legitimados do art. 82”, diz a Lei 8.078/90, em seu art. 97. Define-se, assim, que o cumprimento da sentença genérica será promovido em duas fases distintas: a da “liquidação”, destinada a complementar a atividade cognitiva, e a da “execução”, em que serão promovidas as atividades práticas destinadas a satisfazer, efetivamente, o direito lesado, mediante a entrega da prestação devida ao seu titular (ou, se for o caso, aos seus sucessores).

A primeira etapa configura hipótese típica de liquidação por artigos, ante a “necessidade de alegar e provar fato novo” (CPC, art. 608), regendo-se, conseqüentemente, pelo “procedimento comum regulado no Livro I deste Código” (CPC, art. 609). Na segunda etapa, a da execução, o procedimento será o adequado e compatível com a natureza da prestação devida. Assim, em se tratando de obrigação de fazer ou não fazer e entregar coisa, a atividade executiva será submetida ao regime dos artigos 461 e 461-A, promovendo-se os atos executivos correspondentes no âmbito da própria ação de cumprimento, cuja sentença terá eficácia executiva *lato sensu*, sendo cumprida com o apoio dos meios estabelecidos nos referidos dispositivos.

No que se refere à competência, a ação de cumprimento não está subordinada ao

princípio geral, inspirador do sistema do CPC (art. 575), segundo o qual o juízo da ação é também juízo para a execução. Esse princípio tem sua razão de ser ligada ao que geralmente ocorre no processo comum, em que o juízo da ação promove a atividade cognitiva em sua integralidade. Para esses casos o princípio se justifica. Conforme escreveu Pontes de Miranda, “o juízo que julgara está em posição de melhor executar o que decidira” razão pela qual “a regra jurídica do art. 575, I, como a do art. 575, II, atende a isso, à prioridade decorrente da ligação entre o processo de cognição e o de execução”²²³. Assim, fundado no pressuposto da *conexidade sucessiva* dessas ações, o princípio busca atender o interesse público de melhor desempenho da função jurisdicional.

Relativamente às ações de cumprimento das sentenças genéricas das ações coletivas, não se fazem presentes os pressupostos orientadores do citado princípio. O juízo da sentença primitiva foi limitado quanto à cognição, que ficou restrita ao núcleo de homogeneidade dos direitos. A especificação da matéria, a sua individualização em situações concretas, dar-se-á, na verdade, justamente nessa segunda etapa da atividade cognitiva. Assim, a relação entre cognição da primeira fase e liquidação não se dá, aqui, com o grau de profundidade existente em outras situações. Por outro lado, a adoção do princípio antes referido certamente não contribuiria para alcançar os objetivos a que se destina. Pelo contrário, a concentração de todas as ações de cumprimento num único juízo acarretaria, não um melhor desempenho, e sim o emperramento da função jurisdicional. Ademais, dependendo das circunstâncias de fato, a sua adoção deixa o titular do direito subjetivo em condições piores do que se tivesse promovido desde logo a sua demanda individual. É o que ocorre, por exemplo, com os demandantes cujo domicílio é outro que não o do juízo da ação coletiva.

Por tais razões, não faz sentido aplicar aqui o princípio da vinculação necessária entre juízo da ação e juízo da execução. A competência para a ação de cumprimento será determinada pelas regras gerais do CPC, mais especificamente no seu Livro I, Título IV,

223 PONTES DE MIRANDA, Francisco C. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1974, tomo IX, p. 160.

como ocorre com a liquidação e execução da sentença penal condenatória, da sentença estrangeira, da sentença arbitral e dos títulos executivos extrajudiciais.

8.2. Objeto da ação de cumprimento, na fase de liquidação

Na sua primeira fase, a da liquidação, a ação de cumprimento visa a completar a atividade cognitiva, que foi apenas parcial, e assim preparar as condições para a execução, quando então se efetivará, concretamente, a satisfação do direito em favor do seu titular. Esse caráter complementar da atividade cognitiva, aliás, é próprio de todas as ações de liquidação²²⁴.

Toda a execução forçada, com efeito, tem por base um título executivo judicial ou extrajudicial (CPC, art. 583), que, sob pena de nulidade, deve ser líquido, certo e exigível (CPC, art. 586, e art. 618, I). Considera-se título executivo a representação documental de norma jurídica concreta, contendo obrigação líquida, certa e exigível de entregar coisa, ou de fazer, ou de não fazer, ou de pagar quantia em dinheiro, entre sujeitos determinados, e que tem a eficácia específica de viabilizar a tutela jurisdicional executiva.

O processo de execução destina-se a dar cumprimento à referida norma individualizada, sendo que a tutela executiva somente poderá ser reclamada quando a obrigação, cujo cumprimento se quer ver atendido, esteja perfeitamente delineada, tanto nos seus contornos objetivos, quanto nos subjetivos. Somente se contiver essas características é que o título realmente poderá servir de base para a execução, já que somente assim ele habilitará o juiz, condutor do processo executivo, a saber quem é o credor, quem é o devedor, qual o bem devido e a partir de quando é devido. Em suma, não pode ser desencadeado qualquer ato de execução forçada enquanto o título executivo não estiver completo, assim considerado o que encerra representação documental de todos os elementos substanciais da norma jurídica individualizada, nomeadamente do seu sujeito ativo, do sujeito passivo e da prestação devida, com liquidez, certeza e exigibilidade perfeitamente definidas.

224 ZAVASCKI, Teori Albino. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 8, 2003, p. 311 e seguintes.

É através da atividade de cognição que o Estado-juiz identifica e declara a norma jurídica concreta, dando origem, com a sentença assim proferida, aos títulos executivos judiciais. De um modo geral, essa atividade se esgota num único processo, cuja sentença, se for o caso, conterá todos os elementos identificadores da norma a ser executada. Nesse sentido, o Código determina que, tanto o pedido formulado pelo autor (CPC, art. 286), quanto a sentença que o acolher (CPC, art. 459, parágrafo único), devem, em regra, ser certos. Nem sempre, todavia, assim ocorre. Segundo o mesmo art. 286 do Código, admite-se a formulação de pedido genérico (que, portanto, resultará em sentença também genérica) (a) nas ações universais, se o autor não puder individualizar, na petição inicial, os bens demandados, (b) quando não for possível determinar, desde logo, as conseqüências do ato ou do fato ilícito que constitui a causa de pedir e (c) quando a determinação do valor da condenação depender de ato que deva ser praticado pelo réu.

Entre as hipóteses de sentença genérica prevista em nosso ordenamento está a que julga a ação coletiva para a defesa de direitos individuais homogêneos (Lei 8.078, de 11/09/1990, art. 95). Nela, como se viu, a cognição é limitada ao núcleo de homogeneidade dos direitos subjetivos postos na demanda. Não há, ali, a determinação do valor da prestação devida e nem a identificação dos sujeitos ativos da relação de direito material, o que deixa em alto grau de indefinição a norma jurídica concreta.

A sentença genérica, por isso mesmo, não tem eficácia executiva. Para alcançá-la, haverá de ser complementada por outra, da qual resultem identificados os elementos faltantes da norma jurídica individualizada. Essa atividade de complementação se dá em ação autônoma, denominada, em geral, de liquidação de sentença. No que se refere à sentença genérica da ação coletiva, à sua liquidação se atribui também o nome de ação de cumprimento. É ação de natureza eminentemente cognitiva, destinada a definir o valor da prestação a ser executada, ou o seu objeto ou o titular do direito, formando, desse modo, integrada à sentença anterior, o título que habilita o credor à tutela executiva.

8.3. Natureza da sentença de liquidação

Não há harmonia entre os doutrinadores a respeito da natureza da sentença que

julga a ação de liquidação. Na doutrina brasileira, duas são as principais correntes de opinião a respeito. A primeira, amparada nas lições de Liebman, sustenta que se trata de sentença meramente declaratória, que “em si não altera a situação jurídica em favor de uma ou outra parte”²²⁵, mas simplesmente traz a lume o que, de modo implícito, já foi estabelecido pela sentença anterior. Ela “visa exclusivamente definir, especificar, e patentear, esclarecer, mostrar o que na sentença exequianda está indeterminado, genérico, encoberto, enevoado”²²⁶. A outra corrente, segundo Pontes de Miranda, afirma tratar-se de sentença constitutiva integrativa, já que, mais que simplesmente declarar, a ação de liquidação transforma em certo o que era incerto (e isso importa modificação da situação jurídica anterior), e complementa, mediante integração com a sentença condenatória, o título executivo, estabelecendo as condições necessárias ao desencadeamento da ação de execução²²⁷.

Não há dúvida de que, olhada em sua funcionalidade, a sentença que julga a liquidação é integrativa. Integrar significa fazer parte, ser complemento, e essa sua destinação é, certamente, inquestionável. Mas, como em qualquer ser composto, a natureza *integrativa* não é característica exclusiva de uma das partes, mas de cada uma das partes que compõem o todo. Sob este aspecto, a sentença da liquidação é tão integrativa quanto a proferida na ação primitivamente ajuizada. Ambas são partes integrantes do título executivo. Por outro lado, apurados, na sentença liquidanda, os elementos essenciais da norma jurídica individualizada, não há negar-se a natureza preponderantemente declaratória da sentença que, (a) com eficácia *ex tunc* (e não apenas

225 LIEBMAN, Enrico Tullio. **Processo de execução**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1968, p. 56.

226 CASTRO, Amílcar de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1983, p. 127. No mesmo sentido, DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução civil**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 555; THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo de execução**. 18 ed. São Paulo: Leud, 1997, p. 232; CARMONA, Carlos Alberto. O processo de liquidação de sentença. **Revista de Processo**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 15, n. 60, out./dez. 1990, p. 44-55; MOURA, Mário Aguiar. **O processo de execução**. Porto Alegre: Emma, 1975, p. 244.

227 PONTES DE MIRANDA, Francisco C. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1974, tomo IX, p. 506; LIMA, Alcides de Mendonça. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 545; ARRUDA, Antônio Carlos Matteis de. **Liquidação de sentença: a lide de liquidação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1981, p. 60; ASSIS, Araken de. **Manual do processo de execução**. 8 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 326; BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Curso de processo civil**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. II, 1998, p. 59.

ex nunc, como é regra nas sentenças constitutivas) (b) destina-se a, simplesmente, identificar e precisar os seus elementos ainda faltantes para que a definição resulte completa, sem comprometer, de forma alguma, o conteúdo do que já foi decidido (CPC, art. 610). Assim, embora *funcionalmente* constitutiva integrativa, a sentença que julga a ação de liquidação tem, *substancialmente*, natureza declaratória.

8.4. Procedimento da liquidação:

Havendo “necessidade de alegar e provar fato novo”, como prevê o art. 608 do CPC, a liquidação da sentença genérica proferida na ação coletiva é típica liquidação por artigos. Fato novo, na definição de Amílcar de Castro, é “o fato que não haja sido discutido e apreciado no juízo de conhecimento e deva servir de base à liquidação”²²⁸. Fato novo, diz Pontes de Miranda, é fato que “não foi alegado na ação, ou o juiz, abusivamente, deixou, de modo explícito, para a execução”, mas “tem de ser ligado à sentença, ao seu conteúdo”²²⁹. É esse também o alvitre de Matteis de Arruda: “todo e qualquer fato, que integre o conteúdo da sentença anterior de condenação genérica típica, implicitamente ou por compreensão virtual, pode ser alegado, discutido e provado no processo de liquidação como fato novo necessário à efetiva e plena liquidação, embora não suscitado e discutido nesse anterior processo condenatório”.²³⁰ O fato novo, na liquidação da sentença genérica da ação coletiva, é o que resulta da margem de heterogeneidade dos direitos subjetivos: a definição da sua titularidade e da sua exigibilidade pelo demandante da liquidação, bem como o montante a ele particularmente devido.

A teor do disposto no art. 609 do CPC, “Observar-se-á, na liquidação por artigos, o procedimento comum regulado no Livro I deste Código”. O procedimento comum, segundo a classificação constante do art. 272, pode ser *ordinário ou sumário*. Para

228 CASTRO, Amílcar de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1983, p. 126.

229 PONTES DE MIRANDA, Francisco C. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1974, tomo IX, p. 539 e 540.

230 ARRUDA, Antônio Carlos Matteis de. **Liquidação de sentença: a lide de liquidação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1981, p. 103.

definir-se por um ou outro, hão de ser considerados os pressupostos apresentados à data da liquidação, que podem coincidir ou não com os existentes à data da propositura da demanda original. O réu é citado para oferecer resposta (em caso de procedimento sumário, ela poderá ser apresentada na audiência), podendo alegar toda a matéria de defesa compatível com o âmbito da cognição própria da demanda de liquidação. Cabe-lhe, na contestação, manifestar-se precisamente sobre os fatos novos narrados na petição inicial. Se contestar por negativa geral, ou se não apresentar contestação alguma, serão presumidos verdadeiros os fatos articulados pelo autor (CPC, arts. 302 e 319).

8.5. Fase de execução

A sentença, na ação de cumprimento (= liquidação), completa, assim, a atividade cognitiva, definindo os elementos da norma jurídica concreta não enfrentados pela sentença genérica. Com isso, o titular do direito subjetivo fica habilitado a requerer a promoção dos atos visando à efetiva e definitiva satisfação da prestação devida. É a fase de execução, cujo procedimento é o previsto no CPC, estando subordinado, como comumente ocorre, à natureza da prestação devida.

Assim, em se tratando de prestação de fazer ou não fazer (= refazer, desfazer), ou de entregar coisa, as atividades executivas são promovidas na mesma relação processual da ação de cumprimento, nos termos previstos dos artigos 461 e 461-A do CPC. E em se tratando de pagar quantia certa, a execução será promovida por ação autônoma, nos termos dos artigos 646 e seguintes do CPC, sendo que o título executivo será o conjunto documental composto (a) pela sentença genérica proferida na ação coletiva e (b) pela sentença específica proferida na ação de cumprimento (= liquidação por artigos), que a complementou.

8.6. Sucumbência na ação de cumprimento

Na ação de cumprimento (= liquidação por artigos) da sentença genérica da ação coletiva, há elevada carga de atividade cognitiva e, portanto, de contraditório, bem mais ampliados do que nas demais espécies de liquidação. É que, conforme observou Ada

Pellegrini Grinover, “cada liquidante, no processo de liquidação, deverá provar, em contraditório pleno e com cognição exauriente, a existência de seu dano pessoal e o nexo etiológico com o dano globalmente causado (ou seja, o *an*), além de quantificá-lo (ou seja, o *quantum*)”²³¹. Põe-se em questão não apenas o nível vertical da obrigação (*quantum debeat*), mas a própria base em que ela se assenta, a sua extensão horizontal, nela incluída a identificação do credor.

Essas matérias, nos procedimentos comuns, são, de um modo geral, suscitadas e decididas no âmbito da ação originalmente proposta, onde há alegação e prova da correspondente base fática, sendo que o juízo de procedência ou improcedência que a respeito delas lá é feito repercute na determinação da sucumbência. Ora, a situação não pode ser vista de modo diferente apenas porque se está no domínio da ação liquidatória. Caracterizada, na liquidação, sucumbência que poderia ter ocorrido na demanda original, se lá tivesse sido completa a atividade cognitiva, cabível será a imposição de honorários advocatícios, a serem calculados mediante apreciação equitativa do juiz, com base no § 4.º do artigo 20 do Código.

Daí também a razão determinante da inviabilidade de aplicar, na ação de cumprimento da sentença coletiva, a regra do art. 1º D da Lei 9.494/97, acrescido pela MP 2.180-35, de 24/08/01), segundo a qual não cabem honorários advocatícios nas execuções contra a Fazenda Pública, se não houver embargos. Conforme assentado em precedente do STJ, “a ação individual destinada à satisfação do direito reconhecido em sentença condenatória genérica, proferida em ação civil coletiva, não é uma ação de execução comum. É ação de elevada carga cognitiva, pois nela se promove, além da individualização e liquidação do valor devido, também juízo sobre a titularidade do exequente em relação ao direito material. A regra do art. 1º-D da Lei nº 9.494/97 destina-se às execuções típicas do Código de Processo Civil, não se aplicando à peculiar execução da sentença proferida em ação civil coletiva”²³².

231 GRINOVER, Ada Pellegrini. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 816.

232 STJ. 1ª Seção. Eresp 475566. Relator: Teori Albino Zavascki, DJ de 13/09/2004. No mesmo sentido: STJ. 1ª Seção. Eresp 488923. Relator: João Otávio de Noronha, DJ de 02/08/2004; STJ. 1ª Seção. Eresp

Há de se tomar cuidado, é certo, para que o valor global da verba advocatícia, consideradas as duas demandas (a ação coletiva original e a ação de liquidação) não extrapole os limites do § 3º, do artigo 20, do CPC. Recomenda-se, para evitar excessos, que o juiz, em sua *apreciação eqüitativa*, tenha presente as duas demandas e fixe os honorários levando em consideração os já impostos pela sentença primitiva.

8.7. Legitimação ativa para a ação de cumprimento

Obtida a sentença *genérica* de procedência na ação coletiva, cessa a legitimação extraordinária. A ação específica para seu cumprimento, em que os danos serão liquidados e identificados os respectivos titulares, dependerá da iniciativa do próprio titular do direito lesado, que será, por conseguinte, representado e não substituído no processo. Aliás, mesmo quando ajuizada coletivamente, como prevê o art. 98 da Lei, a ação de cumprimento se desenvolverá pelo procedimento comum (CPC, arts. 608 e 609) e em litisconsórcio ativo, em que os titulares do direito serão nomeados individualmente e identificadas particularmente as respectivas situações jurídicas. Assim, ainda nestes casos, a ação de cumprimento será proposta em regime de representação, e não de substituição processual²³³.

475923. Relator: Castro Meira, DJ de 23/08/04. Disponíveis em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 30/09/2005.

233 GRINOVER, Ada Pellegrini. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 816-817. É o que ficou também assentado pelo STJ no Resp 487.202, 1ª Turma, relator Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 24/05/2004, com a seguinte ementa: CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL COLETIVA. DIFERENÇAS DE CORREÇÃO MONETÁRIA DE CONTAS DO FGTS. LEGITIMAÇÃO ATIVA DAS ENTIDADES SINDICAIS. NATUREZA E LIMITES. PROVA DO FATO CONSTITUTIVO DO DIREITO AFIRMADO E DOCUMENTO ESSENCIAL À PROPOSITURA DA DEMANDA. DISTINÇÕES. 1. As entidades sindicais têm legitimidade ativa para demandar em juízo a tutela de direitos subjetivos individuais dos integrantes da categoria, desde que se tratem de direitos homogêneos e que guardem relação de pertencibilidade com os fins institucionais do Sindicato demandante. 2. A legitimação ativa, nesses casos, se opera em regime de substituição processual, visando a obter sentença condenatória de caráter genérico, nos moldes da prevista no art. 95 da Lei n. 8078/90, sem qualquer juízo a respeito da situação particular dos substituídos, dispensando, nesses limites, a autorização individual dos substituídos. 3. A individualização da situação particular, bem assim a correspondente liquidação e execução dos valores devidos a cada um dos substituídos, se não compostas espontaneamente, serão objeto de ação própria (ação de cumprimento da sentença condenatória genérica), a ser promovida pelos interessados, ou pelo Sindicato, aqui em regime de representação. 4. Não se pode confundir "documento essencial à propositura da ação" com "ônus da prova do fato constitutivo do direito". Ao autor cumpre provar os fatos que dão sustento ao direito afirmado na petição inicial, mas isso

Nos termos do art. 100 do CDC, “decorrido o prazo de um 1 (um) ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, poderão os legitimados do art. 82 promover a liquidação e execução da indenização devida. Parágrafo único. O produto da indenização devida reverterá para o Fundo criado pela Lei 7.347, de 24 de julho de 1985”. Aqui sim, o regime é de substituição processual: os legitimados, em nome próprio, atuam em juízo em favor de interesses alheios.

Sobre a execução dos resíduos, previstas no citado art. 100, é importante fixar os limites da aplicação da norma. Trata-se de medida, inspirada na experiência do direito norte-americano²³⁴, visando a contornar uma dificuldade típica das ações coletivas em defesa de consumidores, quando a lesão é de pequeno valor em relação a cada um dos lesados, mas de valor total significativo, quando considerado o número de pessoas atingidas pela lesão. Em casos tais, é natural que haja um baixo índice de execuções individuais, seja por desinteresse das vítimas, seja pela inviabilidade de localizá-las, seja ainda pela dificuldade de produzir prova do elo de ligação de cada uma delas com o evento danoso. Assim, para que a demanda coletiva não perca uma das suas principais razões de ser, que é a tutela do sistema de proteção ao consumidor pela efetiva penalização do causador do dano, a alternativa encontrada foi a de promover a execução do montante dos danos, ou, conforme o caso, do saldo não reclamado pelos titulares do direito, em favor de um Fundo, que gerenciará os recursos e os aplicará em benefício de interesses coletivos dos consumidores.

A solução do CDC, todavia, só é aplicável às hipóteses específicas das ações coletivas dele decorrentes. Não há, aqui, aplicação subsidiária ou analógica para outras ações coletivas, e isso por várias razões. Em primeiro lugar, porque em outras ações

não significa dizer que deve fazê-lo mediante apresentação de prova pré-constituída e já por ocasião do ajuizamento da demanda. Nada impede que o faça na instrução processual e pelos meios de prova regulares. 5. Em se tratando de ação coletiva para tutela de direitos individuais homogêneos, que visa a uma sentença condenatória genérica, a prova do fato constitutivo do direito subjetivo individual deverá ser produzida por ocasião da ação de cumprimento, oportunidade em que se fará o exame das situações particulares dos substituídos, visando a identificar e mensurar cada um dos direitos subjetivos genericamente reconhecidos na sentença de procedência. 6. Recurso especial a que se nega provimento.

234 GRINOVER, Ada Pellegrini. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 823.

coletivas, mormente as promovidas por entidades associativas ou por sindicatos, em favor de seus membros ou filiados, não existem as dificuldades antes referidas, de localizar os credores ou de demonstrar a sua relação com o fato ou ato causador do dano. Por outro lado, a norma do art. 100 é norma de legitimação ativa, e como tal é insuscetível de extensão por analogia. Em matéria de legitimidade *ad causam* para ações coletivas, há disciplina própria e específica para cada um dos casos em que a ação é admitida, o que também dispensa a aplicação subsidiária de qualquer outra norma.

Finalmente, não se pode negar a natureza decadencial do prazo do art. 100 do CDC²³⁵. Com efeito, passado o prazo, o direito de executar se transfere aos legitimados como representantes do Fundo e não seria sustentável considerar como ainda subsistente, nessas circunstâncias, o mesmo direito em favor do titular individual que até então não se habilitou. Isso abriria a possibilidade de dupla execução do mesmo crédito. Pois bem, admitida a natureza decadencial do prazo previsto no art. 100, não há como estender a sua aplicação a outras situações, já que isso importaria criar, por via de interpretação analógica, uma hipótese de decadência não prevista pelo legislador.

9. Ação coletiva e prescrição

A citação produz, entre outros, o efeito de interromper a prescrição. Dispõe, nesse sentido, o art. 219 do CPC que “a citação válida torna prevento o juízo, induz litispendência e faz litigiosa a coisa; e, ainda quando ordenada por juiz incompetente, constitui em mora o devedor e interrompe a prescrição”. “A interrupção da prescrição”, diz o § 1º, “retroagirá à data da propositura da ação”.

Relativamente à ação coletiva, a indagação que se faz é se a citação do réu, nela promovida, tem o efeito de interromper a prescrição para as ações individuais dos titulares dos direitos homogêneos. A resposta é indubitavelmente positiva em relação àqueles que, atendendo ao edital de que trata o art. 94 da Lei 8.078/90, acorrerem ao processo e se litisconsorciarem ao demandante. Mas é igualmente positiva mesmo para os que não tomarem esse caminho e preferirem aguardar o resultado da ação coletiva.

235 Em sentido contrário: GRINOVER, Ada Pellegrini. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 816.

Não fosse assim, ficaria o titular do direito individual na contingência de, desde logo, promover a sua demanda individual, o que retiraria da ação coletiva uma das suas mais importantes funções: a de evitar a multiplicação de demandas autônomas semelhantes. Isso, portanto, não se harmoniza com o sistema do processo coletivo. Conforme acima se fez ver, o legislador brasileiro, ao contrário do norte-americano, não estimulou, nem o ingresso de litisconsortes e nem o ajuizamento ou o prosseguimento de ações individuais paralelas. Às duas situações impôs um risco adicional: aos litisconsortes, o de sofrer os efeitos da sentença da improcedência da ação coletiva; e aos demandantes individuais, o risco de não se beneficiarem da sentença de procedência. O estímulo, claramente decorrente do sistema, é no sentido de que o titular do direito individual aguarde o desenlace da ação coletiva, para só depois, se for o caso, promover a sua demanda. Nessa linha, a não-propositura imediata da demanda individual não pode ser tida como inércia ou desinteresse em demandar, passível de sofrer os efeitos da prescrição, mas sim como uma atitude consentânea e compatível com o sistema do processo coletivo.

Na ação coletiva, conseqüentemente, cumpre ao réu invocar a matéria prescricional relacionada ao período anterior à propositura da demanda. Improcedente a ação sob tal fundamento, não haverá coisa julgada contra os titulares dos direitos subjetivos. No âmbito das respectivas ações individuais, se for o caso, a matéria poderá voltar à baila, oportunidade em que serão examinadas eventuais causas suspensivas ou interruptivas do prazo.

Beneficiam-se com a interrupção do curso do prazo prescricional, decorrente da propositura de ação coletiva, todos os titulares dos direitos individuais objeto da tutela que estejam na condição de substituídos no processo. Se a demanda é proposta por entidade associativa em favor de todos os seus filiados, o benefício atingirá a todos. Se apenas parte deles estiver incluída no rol dos substituídos, esses apenas é que serão beneficiados.

Pode ocorrer que o processo venha a ser extinto, sem julgamento de mérito, por ilegitimidade ativa do substituto processual. Nesse caso, teria se operado, mesmo assim, o efeito interruptivo da prescrição? Uma interpretação rigorosa poderia conduzir a uma resposta negativa: se o substituto processual não era legítimo, não se poderia considerar

existente ou legítima a presença de substituídos no processo. Entretanto, a solução não pode ser ditada com tamanho rigorismo. Não se pode deixar de considerar que os prazos prescricionais são estabelecidos com vista a atingir pessoas inertes, omissas, desinteressadas em procurar a tutela jurisdicional dos seus direitos. Ora, isso não se pode presumir na situação acima aventada, conforme se demonstrou. Assim, deve-se optar por solução que preserve o princípio da boa-fé que milita em favor dos titulares do direito: a de considerar interrompida a prescrição em favor dos substituídos mesmo que o substituto processual venha a ser declarado ilegítimo.

Interrompida na data da propositura da ação coletiva, a prescrição para as ações individuais retoma o curso com o trânsito em julgado da sentença que a encerra, seja ela terminativa, seja de mérito. É indispensável, portanto, embora a lei não a preveja explicitamente, a divulgação pública do encerramento do processo, o que se fará pelos mesmos meios e modos adotados para anunciar o seu ajuizamento (art. 94 da Lei 8.078/90). Aliás, em se tratando de demanda sobre direitos do consumidor, a publicação do trânsito em julgado da sentença tem uma razão a mais, caso ela seja de procedência: a de desencadear o curso do prazo de um ano para a habilitação dos interessados, de que trata o art. 100 do CDC²³⁶.

236 GRINOVER, Ada Pellegrini. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 815.

CAPÍTULO VIII – TUTELA COLETIVA POR MANDADO DE SEGURANÇA

SUMÁRIO: 1. Mandado de segurança individual e coletivo: fundamento constitucional 2. O mandado de segurança como ação coletiva 3. Legitimação ativa de partidos políticos 4. Legitimação ativa das organizações sindicais, entidades de classe e associações 5. Processo e procedimento da ação coletiva de mandado de segurança: critérios para a sua construção 5.1 Aplicação, por analogia, das normas e princípios do mandado de segurança individual 5.2. Aplicação, por analogia, das normas e princípios das ações coletivas 6. Litispendência e coisa julgada.

1. Mandado de segurança individual e coletivo: fundamento constitucional

A Constituição de 1988 arrola o mandado de segurança entre os direitos e garantias fundamentais. Dispõe o seu art. 5º, inciso LXIX, que “conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público”. E logo a seguir, no inciso LXX, acrescenta: “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 dos seus membros ou associados”.

Temos assim consagradas duas espécies de mandado de segurança: o individual (inciso LXIX), já integrado à tradição do nosso constitucionalismo desde a Carta de 1934 (art. 133, nº 33) e reproduzido por todas as demais, exceto pela de 1937; e o

mandado de segurança coletivo (inciso LXX), até então inédito em nosso direito e sem similar no direito comparado²³⁷.

Aparentemente, a única grande diferença entre um e outro, sob o aspecto de sua disciplina constitucional, reside na legitimidade ativa²³⁸, que no mandado de segurança individual é pelo regime tradicional da representação, em estrita observância do princípio consagrado no art. 6º do CPC (“ninguém pode pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”), e que no mandado de segurança coletivo é pelo regime de substituição processual (= o impetrante está legitimado a tutelar, em nome próprio, direito de terceiro). Todavia, as diferenças entre um e outro - ou, melhor dizendo, as conseqüências decorrentes da diferença quanto ao regime da legitimação ativa -, são muito mais profundas do que aparentam. É que o regime de substituição processual, instituído para o mandado de segurança coletivo, está agregado a um objetivo específico (que está implícito na letra *a* do inciso constitucional e que se mostra explícito na sua letra *b*): o de permitir que o substituto processual busque, numa única demanda, a tutela de direitos pertencentes a variadas pessoas, nomeadamente de “interesses dos seus membros ou associados”. Conferiu-se ao mandado de segurança a excepcional virtualidade de ensejar proteção coletiva a um conjunto de direitos líquidos e certos, violados ou ameaçados por ato de autoridade. Em outras palavras: transformou-se o mandado de segurança em instrumento para tutela coletiva de direitos. Assim, o mandado de segurança coletivo é um mandado de segurança, mas é também uma ação coletiva, e isso faz uma enorme diferença.

Realmente, a nova e importante aptidão conferida à ação constitucional tem conseqüências transcendentais no campo do processo²³⁹, especialmente quando se leva em conta as características originais do mandado de segurança, um processo sumário

237 Costuma-se apontar alguma identidade entre o mandado de segurança e o juízo de amparo, criado pelo direito mexicano e adotado em outros países (BARBI, Celso Agrícola. **Do mandado de segurança**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 15). Todavia, aquele instituto certamente não tem a característica fundamental do mandado de segurança coletivo, que é a de ser uma ação coletiva, promovida em regime de substituição processual.

238 MARTINS, Antônio Carlos Garcias. **Mandado de segurança coletivo**: legitimidade para a causa e regime da coisa julgada. Porto Alegre: Editora Síntese, 1999, p. 20.

239 GIDI, Antônio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 79.

formatado para atender a demandas com feições eminentemente individualistas, destinadas a proteger direito líquido e certo, com titular já identificado, oriundo de fatos demonstráveis por prova documental pré-constituída. Ora, tais características não são suscetíveis de plena e automática adaptação à nova espécie, que tem dupla face: (a) a de uma ação sumária, que por isso mesmo deve guardar os contornos essenciais do mandado de segurança original; mas também (b) a de uma demanda coletiva que, sob pena de comprometer sua própria natureza, não se atém, nem pode se ater, a exame particular e individualizado dos direitos subjetivos objeto da proteção.

Não havendo disciplina infraconstitucional estabelecida pelo legislador, eis o grande desafio que a Constituição impôs à doutrina e à jurisprudência ao instituir o mandado de segurança coletivo: o de viabilizar, por via da hermenêutica, meios processuais e procedimentais adequados a prestar tutela coletiva de direitos líquidos e certos ameaçados ou violados por ato de autoridade. O desafio é particularmente instigante porque o instrumento que se deve construir para essa peculiar forma de proteção coletiva não é o de uma simples ação plúrima, baseada em litisconsórcio ativo facultativo, em que os titulares do direito estão desde logo identificados. Ao contrário, deve ser instrumento adequado a uma ação que tem como característica necessária, decorrente do trato coletivo da controvérsia, a abstração de situações particulares, vale dizer, uma ação na qual haverá, em alguma medida, mas necessariamente, juízos genéricos e impessoais. Para vencer o desafio será indispensável aliar a aplicação subsidiária das normas do mandado de segurança individual às regras e aos princípios que regem a ação coletiva.

2. O mandado de segurança como ação coletiva

Ainda é larga e fecunda a discussão a respeito da natureza dos direitos tuteláveis por mandado de segurança coletivo. Pode-se considerar minoritária, nos dias atuais, a linha de pensamento segundo a qual o mandado de segurança coletivo destina-se unicamente à salvaguarda de direitos coletivos²⁴⁰, corrente essa que, num primeiro

240 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Uma análise comparativa entre os objetos e as legitimações ativas das ações vocacionadas à tutela dos interesses metaindividuais: mandado de segurança coletivo, ação civil

momento, chegou a ter adeptos na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça²⁴¹. Todavia, persiste viva a divergência entre (a) os que defendem que se trata de instrumento apto a tutelar, indistintamente, direitos coletivos e direitos individuais²⁴² e (b) os que pensam tratar-se, simplesmente, de instrumento para defesa coletiva de direitos subjetivos individuais²⁴³. Essa última corrente mereceu o aval importantíssimo do Supremo Tribunal Federal²⁴⁴.

Em verdade, o perfil original do mandado de segurança já se prestava à tutela de direitos coletivos, bastando, para tanto, que o impetrante estivesse legitimado. Muito antes da Constituição de 1988, a Lei 4.215, de 1963, que criou o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, habilitava aquela entidade a “representar, em juízo e fora dele, os

pública, ações do código de defesa do consumidor e ação popular. In: **UMA VIDA dedicada ao direito: homenagem a Carlos Henrique de Carvalho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p.514-543; FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Perfil do mandado de segurança coletivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989, p. 15-16; OLIVEIRA, Lourival Gonçalves de. Interesse processual e mandado de segurança coletivo. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Mandado de segurança e de injunção**. São Paulo: Saraiva, 1990, p.142.

241 STJ. 1ª Seção. Ag.Reg. no MS 266. Relator: Carlos M. Velloso, RSTJ 10/254, com a seguinte ementa: “Mandado de Segurança. Mandado de Segurança Individual. Mandado de Segurança Coletivo. Interesses Difusos. I – O mandado de segurança individual visa à proteção da pessoa, física ou jurídica, contra ato de autoridade que cause lesão, individualizadamente, a direito subjetivo (CF, art. 5º, LXIX). Interesses difusos e coletivos, a seu turno, são protegidos pelo mandado de segurança coletivo (CF, art. 5º, LXX), pela ação popular (CF, art. 5º, LXIII) e pela ação civil pública (Lei nº 7.347/85). II – Agravo Regimental Improvido”. Há, entretanto, decisões em outro sentido, admitindo interpretação de mandado de segurança coletivo em defesa de direitos subjetivos individuais, como, v.g.: STJ. 1ª Seção. MS 522. Relator: Ilmar Galvão, Ementário de Jurisprudência do STJ, 3/34. Disponíveis em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 30/09/2005.

242 GRINOVER, Ada Pelegrini, Mandado de segurança coletivo – Legitimação, objeto e coisa julgada. **Revista de Processo**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 15, n. 58, abr./jun. 1990, p. 75-98; BARBI, Celso Agrícola, Mandado de segurança na Constituição de 1988. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Mandados de segurança e de injunção**. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 67-74; NÉRY JÚNIOR, Nelson. Mandado de Segurança Coletivo. **Revista de Processo**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 15, n. 57, p. 150-158, jan./mar. 1990; MARTINS, Antônio Carlos Garcias. **Mandado de segurança coletivo: legitimidade para a causa e regime da coisa julgada**. Porto Alegre: Editora Síntese, 1999, p. 61; GIDI, Antônio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 80; MOMEZZO, Marta Casadei. **Mandado de segurança coletivo: aspectos polêmicos**. São Paulo: LTr, 2000, p. 45-55; ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Mandado de Segurança coletivo: aspectos processuais controversos**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2001, p. 60. Na Jurisprudência: STJ. 1ª Turma. RMS 16137. Relator: Humberto Gomes de Barros, DJ de 10/11/2003.

243 CALMON DE PASSOS, J.J. **Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas-data – constituição e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 13; CARNEIRO, Athos Gusmão. Anotações sobre o mandado de segurança coletivo. **Revista Ajuris**, Porto Alegre: Ajuris, n. 54, 1993, p. 53-74.

244 STF. Pleno. MS 20.936. Relator: Sepúlveda Pertence, RTJ 142:446. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 30/09/2005.

interesses gerais da classe dos advogados e os individuais, relacionados com o exercício da profissão (art. 1º, parágrafo único). Também a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, de 1946, estabelecia, em seu art. 513, como “prerrogativas dos sindicatos”, entre outras, as de “representar, perante as autoridades administrativas e judiciárias, os interesses gerais da classe, categoria ou profissão liberal ou os interesses individuais dos associados, relativos à atividade ou profissão exercida”. Não há dúvida de que, ao estabelecer distinção entre “interesses gerais da classe” e “interesses individuais” dos advogados ou dos filiados, aquelas normas conferiram aos primeiros uma nítida característica do que hoje se conhece como direito coletivo. Ora, em mais de uma oportunidade, a jurisprudência do STF admitiu a impetração de mandado de segurança – *individual* – para defender aqueles *interesses gerais da classe*, típicos direitos transindividuais, indivisíveis, pertencentes a um grupo indeterminado de pessoas²⁴⁵.

O que se quer afirmar, com isso, é que, o mandado de segurança tradicional já possuía características e base constitucional para tutelar também direitos coletivos²⁴⁶. Bastava, para isso, que o legislador ordinário conferisse legitimidade ao impetrante, como ocorreu nas hipóteses mencionadas. Aliás, essa via de tutela de direitos coletivos está implicitamente admitida pelo Código do Consumidor (art. 83) e de modo explícito pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 112, § 2º).

É de se reconhecer, todavia, que, pelo menos no que diz respeito aos partidos políticos (CF, art. 5º, LXX, *a*), o texto constitucional não estabelece limites quanto à natureza dos direitos tuteláveis por conta da legitimação que lhes foi conferida. Assim, numa interpretação compreensiva e abrangente, não se pode considerar excluída dessa tutela os direitos transindividuais, desde que, obviamente, se tratem de direitos líquidos e certos e que estejam presentes os pressupostos de legitimação, adiante referidos, nomeadamente o que diz respeito ao indispensável elo de pertinência entre o direito tutelado e os fins institucionais do partido político impetrante. É de se considerar adequado, sob esse aspecto, que um partido político, cuja bandeira seja a proteção do

245 STF. Pleno. MS 18.428. Relator: Barros Monteiro, RTJ 54:71; STF. Pleno. MS 20.170. Relator: Décio Miranda, RTJ 89:396. Disponíveis em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 30/09/2005.

246 STJ. 2ª Turma. RMS 3022-2. Relator: Ari Pargendler, DJ de 18/09/95. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 30/09/2005.

meio ambiente natural, impetre mandado de segurança contra ato de autoridade lesivo ao equilíbrio ecológico. Tem-se aí, sem dúvida, hipótese de mandado de segurança para tutelar direito de natureza transindividual, sem titular certo, pertencente a todos, como assegura o art. 225 da CF.

Mesmo no que se refere à legitimação prevista na letra *b* do inciso LXX (entidades de classe, associações e sindicatos), não se pode negar que certos “interesses de seus membros ou associados” assumem, em certas circunstâncias, nítido caráter transindividual, na medida em que não pertencem a patrimônios jurídicos já determinados. Imagine-se a hipótese de concurso público para provimento de certo cargo técnico, cujo edital exclua, ilegitimamente, a participação de membros de uma determinada classe (engenheiro, arquiteto, economista, etc.). Não parece haver dúvida de que, tão pronto editado o ato ilegítimo, a associação ou o sindicato da classe dos excluídos estarão habilitados a impugná-lo em juízo, inclusive mediante impetração de mandado de segurança. Nessas circunstâncias, o direito tutelado guarda características, não de direito subjetivo individual, mas de direito coletivo, transindividual, já que o ato atacado operou ofensa aos interesses da classe como um todo.

Tais exemplos deixam claro que, pelo menos em certas circunstâncias, a legitimação prevista no art. 5º, LXX, da Constituição abarca também a proteção de direitos coletivos²⁴⁷. Todavia, mesmo nesses casos - e da mesma forma como já ocorria nas impetrações fundadas na legitimação outorgada pela CLT e pelo antigo Estatuto da Ordem dos Advogados -, o regime processual a ser adotado para o mandado de segurança será exatamente o mesmo do mandado de segurança individual, sem

247 Sob esse aspecto, reconsidero, em parte, a posição adotada em estudo sobre “Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos”. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília: Senado Federal, v. 32, n. 127, jul./set. 1995, p. 83-96, quanto à natureza dos direitos e os limites da legitimação de que trata o art. 5º, LXX da CF. Procedentes, no particular, as observações críticas de ZANETI JÚNIOR, Hermes (**Mandado de Segurança coletivo**: aspectos processuais controvertidos. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2001, p. 59). Mais uma vez fica demonstrado que, em direito, os absolutos são quase sempre improváveis. Todavia, assim como é demais afirmar que a legitimação ativa para o mandado de segurança coletivo diz respeito apenas à tutela coletiva de direitos subjetivos e nunca a direitos coletivos, também é exagero afirmar que, antes da Constituição de 1988, o mandado de segurança era admitido apenas para tutelar direitos individuais e nunca direitos coletivos (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Ações coletivas na Constituição de 1988. **Revista de Processo**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v.16, n. 61, jan./mar. 1991, p. 194).

necessidade de qualquer das adaptações, adiante referidas, próprias e típicas do mandado de segurança como ação coletiva. Assim, não há como negar que a grande e primordial inovação produzida pelo inciso LXX do art. 5º da Constituição foi a de transformar o mandado de segurança em instrumento, não propriamente para tutela de direitos coletivos, e sim para tutela coletiva de direitos subjetivos individuais. Poder-se-ia, sem erro, denominar a nova espécie de ação coletiva de mandado de segurança.

3. Legitimação ativa de partidos políticos

Ao tratar do mandado de segurança coletivo impetrado por organização sindical, entidade de classe ou associação, a Constituição Federal estabelece que ele será proposto “em defesa de interesses de seus membros ou associados” (art. 5º, LXX, *b*). Entretanto, ao dispor, na letra *a* do mesmo inciso, sobre a legitimação dos partidos políticos com representação no Congresso Nacional, não ficou estabelecida qualquer limitação dessa natureza, o que deu ensejo a dúvidas quando ao objeto e aos limites da impetração²⁴⁸. Há quem sustente que, mesmo assim, os partidos políticos estão sujeitos a restrições semelhantes, somente podendo demandar tutela para direitos individuais dos seus filiados²⁴⁹. Essa orientação foi acolhida em precedentes do Superior Tribunal de Justiça²⁵⁰.

Dois argumentos, pelo menos, militam fortemente em outro sentido. Primeiro, a inexistência da limitação no texto constitucional, o que é especialmente significativo ante a menção expressa a ela no inciso seguinte do mesmo dispositivo, a evidenciar que a omissão anterior não foi desatenta, merecendo, por isso mesmo, interpretação que lhe

248 Sobre as várias posições doutrinárias a respeito: ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Mandado de Segurança coletivo**: aspectos processuais controvertidos. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2001, p. 113-123.

249 MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança**. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 29; VELLOSO, Carlos Mario da Silva. **Temas de direito público**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 164.

250 STJ. 1ª Seção. EDcl no MS nº 197. Relator: Garcia Vieira, Ementário de Jurisprudência do STJ 4/167-168 (disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 30/09/2005), em cuja ementa se diz que “A exemplo dos sindicatos e das associações, também os partidos políticos só podem impetrar mandado de segurança coletivo em assuntos integrantes de seus fins sociais em nome de filiados seus, quando devidamente autorizados pela lei ou por seus estatutos. Não pode ele vir a juízo defender direitos subjetivos de cidadãos a ele não-filiados ou interesses difusos e sim direito de natureza política, como por exemplo os previstos nos artigos 14 a 16 da Constituição Federal”. No mesmo sentido: STJ. 6ª Turma. RMS 2423-4. Relator: Luiz Vicente Cernicchiaro, DJ de 22/11/93, p. 24974.

dê sentido adequado. Segundo, pela singular natureza do partido político, substancialmente diversa das demais entidades legitimadas. Com efeito, as associações – sindicais, classistas e outras – têm como razão existencial o atendimento de interesses ou de necessidades de seus associados. Seu foco de atenção está voltado diretamente para seus associados, que, por sua vez, a ela confluíram justamente para receber a atenção e o atendimento de necessidade ou de interesse próprio e particular. É natural, portanto, e apropriado à natureza dessas entidades, que, ao legitimá-las para impetrar segurança, o constituinte tenha estabelecido como objeto da demanda a defesa dos interesses dos próprios associados, limitação inteiramente compatível com o móvel associativo. O que ocorre nos partidos políticos, entretanto, é um fenômeno associativo completamente diferente. Os partidos políticos não têm como razão de ser a satisfação de interesses ou necessidades particulares de seus filiados, nem são eles o objeto das atividades partidárias. Ao contrário das demais associações, cujo objeto está voltado *para dentro de si mesmas*, já que ligado diretamente aos interesses dos associados, os partidos políticos visam a *objetivos externos*, só remotamente relacionados a interesses específicos de seus filiados.

Segundo estabelece sua Lei Orgânica (Lei nº 5.682, de 1971, art. 2º) “os partidos políticos (...) destinam-se a assegurar, no interesse do regime democrático, a autenticidade do sistema representativo e a defender os direitos fundamentais, definidos na Constituição”. Por conseguinte, os filiados ao partido são, na verdade, *instrumentos* das atividades e das bandeiras partidárias, e não, necessariamente ou prioritariamente, os *destinatários* delas. O objeto das atenções partidárias são os membros da coletividade em que atuam, independentemente da condição de filiados. É bem compreensível, pois, e bem adequada à natureza dos partidos, a sua legitimação para impetrar segurança coletiva, mesmo em defesa de direitos de não-filiados.

No que respeita à legitimação dos partidos políticos, em suma, a pretensão do mandado de segurança coletivo não está limitada aos interesses particulares de seus filiados. Tal limitação implicaria não apenas o desvirtuamento da natureza da agremiação partidária – que não foi criada para satisfazer interesses dos filiados – como também a eliminação, na prática, da faculdade de impetrar segurança coletiva. Assim, há

de se entender que o partido político está legitimado a impetrar mandado de segurança coletivo com objetivos mais abrangentes, com a única limitação de estarem situados no âmbito de sua finalidade institucional e do seu programa. Em outras palavras, podem ser tutelados pelo partido político, por mandado de segurança, os direitos ameaçados ou violados por ato de autoridade, ainda que pertencentes a terceiros não-filiados, quando a sua defesa se compreenda na finalidade institucional ou constitua objetivo programático da agremiação²⁵¹. Esse elo de relação e de compatibilidade entre o direito tutelado e os fins institucionais ou programáticos do partido político, além de representar o marco limitador do campo de abrangência da legitimação, constitui também requisito indispensável à configuração do interesse de agir em juízo.

4. Legitimação ativa das organizações sindicais, entidades de classe e associações

No que se refere ao objeto, a impetração de mandado de segurança coletivo, com base na legitimação estabelecida pela letra *b* do inciso LXX, é a “defesa dos interesses” de membros e associados das entidades legitimadas. Trata-se, portanto, de tutela coletiva de direitos subjetivos individuais, os quais, para êxito da demanda, devem ser líquidos e certos e estar ameaçados ou violados por ato ou omissão ilegítima de autoridade. Não, porém, quaisquer direitos, mas tão-somente aqueles que guardam relação de pertinência e compatibilidade com a razão de ser (finalidades, programas, objetivo institucional) da pessoa jurídica impetrante²⁵². Por quê?

Porque para ajuizar qualquer demanda não basta que o autor detenha legitimidade. É indispensável que tenha também interesse, diz o artigo 3^a do CPC. Isso se aplica igualmente ao substituto processual, que há de ostentar interesse próprio, distinto e cumulado com o do substituído. Ora, esse interesse próprio, no caso de mandado de segurança coletivo, se manifesta exatamente pela relação de pertinência e

251 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Ações coletivas na Constituição de 1988. **Revista de Processo**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v.16, n. 61, jan./mar. 1991, p. 197; CARNEIRO, Athos Gusmão. Do mandado de segurança coletivo e suas características. In: _____. **Da antecipação da tutela**. 5 ed. Rio de Janeiro, Forense, 2004, p. 171.

252 STF. 1^a Turma. RE 141733-1. Relator: Ilmar Galvão, DJ de 01/09/95; STF. 2^a Turma. RE 157234-5. Relator: Marco Aurélio, DJ de 22/09/95; STF. 1^a Turma. RE 175401. Relator: Ilmar Galvão, DJ de 20/09/96. Disponíveis em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 30/09/2005.

compatibilidade entre a razão de ser (= finalidade institucional) da entidade impetrante e o conteúdo do direito ameaçado ou violado, objeto da demanda²⁵³. Não seria concebível que o partido político ou qualquer dos demais legitimados fossem a juízo para bater-se em defesa de direitos que nem direta nem indiretamente lhes dissessem respeito algum. Sem elo de referência entre o direito afirmado e a razão de ser de quem o afirma, faltará à ação uma das suas condições essenciais, pois o sistema jurídico não comporta hipótese de demandas de mero diletantismo, e isso se aplica também ao substituto processual.

Exatamente em razão do interesse jurídico antes referido (= relação de pertinência e de compatibilidade entre o direito material afirmado em juízo, titularizado na pessoa dos associados ou filiados, e os fins institucionais do impetrante), o ajuizamento da ação dispensará qualquer espécie de autorização individual ou de assembléia. Diferentemente do que ocorre em relação às ações coletivas, promovidas com base na legitimação outorgada pelo art. 5º, XXI, da CF, “a impetração de mandado de segurança coletivo por entidade de classe em favor dos associados independe da autorização destes”. É o que dispõe a súmula 629 do STF, dirimindo, no plano jurisprudencial, qualquer dúvida a respeito.

É também entendimento do STF, consagrado na súmula 630, o de que “a entidade de classe tem legitimação para o mandado de segurança ainda quando a pretensão veiculada interesse apenas a uma parte da respectiva categoria”. As opiniões doutrinárias em outro sentido, defendendo que os interesses tutelados deveriam abranger a totalidade dos membros da classe²⁵⁴, traduzem pensamento que confunde direito coletivo (pertencente à própria classe ou categoria) com tutela coletiva de direitos individuais (pertencentes aos membros e não à classe), reduzindo, conseqüentemente,

253 CALMON DE PASSOS, J.J. **Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas-data – constituição e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 12-13; BARBI, Celso Agrícola. **Do mandado de segurança**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 244; VEADO, Walter. Mandado de segurança coletivo e liminar. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Mandado de segurança e de injunção**. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 259; MARANHÃO, Clayton. Mandado de segurança individual e coletivo. In: FARIAS, Cristiano Chaves de; DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Procedimentos especiais cíveis: legislação extravagante**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 160.

254 MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança**. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 25 e 38; GRANGEIA, Marcos Alaor Diniz. Pontos controvertidos do mandado de segurança coletivo e o do mandado de injunção. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 78, n. 641, 1989, p. 84-87.

em medida inaceitável, o potencial de eficácia do mandado de segurança como instrumento de tutela coletiva.

A exigência de estar “constituída e em funcionamento há pelo menos um ano” visa a coibir a impetração temerária, por entidades constituídas artificialmente para tal finalidade. Assim, no particular, uma visão teleológica do preceito constitucional recomenda sua interpretação restrita, para excluir da exigência as organizações sindicais²⁵⁵.

Interpretação estrita deve ser conferida, também, à limitação, quanto à eficácia subjetiva da sentença (e que repercute no âmbito subjetivo da substituição processual) estabelecida pelo art. 2º e seu parágrafo da Lei 9.494, de 10/09/97. A teor daquele dispositivo, nas ações coletivas propostas por associação, a sentença abrangerá apenas os substituídos (= associados) “que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator”. No parágrafo único do mesmo artigo ficou estabelecido, que, “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 assembléia da entidade associativa que a autorizou, acompanhada da relação nominal dos seus associados e indicação dos respectivos endereços”. Ora, o mandado de segurança coletivo, como garantia constitucional fundamental que é, deve ter sua eficácia potencializada em grau máximo. As eventuais limitações que possa merecer, que não decorram expressa ou implicitamente da própria Constituição, supõem fundamento razoável e previsão específica em lei. Não se concebendo razão plausível para a extensão da exigência ao mandado de segurança coletivo, nem havendo menção expressa nesse sentido no referido art. 2º, é de se entender que suas disposições não lhe são aplicáveis²⁵⁶.

5. Processo e procedimento da ação coletiva de mandado de segurança: critérios para a sua construção

255 STF. 1ª Turma. RE 198919-0. Relator: Ilmar Galvão, DJ de 24/09/99. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 30/09/2005.

256 STF. Pleno. MS 23769-4. Min. Ellen Gracie, DJ de 30/04/2004. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 30/09/2005.

Já se enfatizou que o mandado de segurança coletivo é mandado de segurança, mas é também ação coletiva. Como mandado de segurança, guarda o perfil constitucional de instrumento para “para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica de direito público”, segundo dispõe o inciso LXIX do art. 5º da Carta Magna. Mas, como ação coletiva, assume certas características profundamente diferentes das que se reveste a simples ação individual de mandado de segurança, notadamente no que diz respeito ao juízo necessariamente globalizado que deve fazer a respeito do direito objeto da impetração, com todas as conseqüências que daí decorrem. Isso impõe a adoção, para o mandado de segurança coletivo, de normas processuais adequadas, diferentes da pura e simples apropriação das que regem o mandado de segurança individual.

Ressalvadas as parcas disposições a respeito da legitimação ativa e da sua finalidade, a Constituição (art. 5º, LXX), que criou a ação, nada dispôs a respeito do seu processo ou do seu procedimento. E na legislação ordinária nada existe a respeito. O que existe são normas sobre a ação individual de mandado de segurança e normas sobre a ação coletiva genericamente considerada. É, portanto, a partir desse material que se há de construir as soluções processuais para o mandado de segurança coletivo.

A própria ação individual de mandado de segurança tem seu procedimento especial disciplinado de forma precária, limitada, basicamente, às disposições da Lei n. 1.533, de 31 de dezembro de 1951, e da Lei n. 4.348, de 26 de junho de 1964. Por isso mesmo, como ocorre em relação a todos os demais procedimentos especiais, também ao do mandado de segurança aplicam-se, subsidiariamente, as disposições gerais do procedimento comum. É o que se depreende do disposto no parágrafo único do art. 272 do CPC. Anotou Barbosa Moreira, a propósito, que “esse instituto (referia-se ao mandado de segurança) não é um *monstrum* sem parentesco algum com o resto do universo, uma singular esquisitice legislativa, uma peça exótica, uma curiosidade a ser exibida em vitrina ou em jaula para assombro dos passantes; é uma ação, uma *espécie* de gênero bem conhecido e familiar, cujas peculiaridades, sem dúvida dignas de nota, não a desligam do convívio das outras espécies, não a retiram do contexto normal do

ordenamento jurídico, não a condenam a degredo em ilha deserta. À semelhança do que acontece com as figuras congêneres, o mandado de segurança está contido no âmbito normativo do processo civil e submete-se aos respectivos princípios e normas, sem prejuízo da regulamentação especial que a ele especificamente dizem respeito”²⁵⁷.

Realmente, ao traçar disciplina procedimental especial à ação de segurança, o legislador limitou-se a dar destaque, o que é muito lógico e natural, aos aspectos que desejava ver realçados e tratados de modo peculiar, deixando de lado, na evidente suposição de que observariam as regras ordinárias, todos os demais, ainda que importantes. É compreensível, destarte, a omissão existente nas regras do procedimento especial a respeito de grande número de questões da maior relevância, também anotadas por Barbosa Moreira, como por exemplo a da capacidade das partes, a da contagem dos prazos, a da forma dos atos processuais, a da validade ou invalidade destes, a das circunstâncias que impedem ou tornam suspeito o juiz, a dos requisitos essenciais à sentença, e assim por diante²⁵⁸. Incompreensível seria negar que tais lacunas não fossem, ou não deveriam ser, preenchidas pelas normas do procedimento comum. Daí o acerto do que dizia Pontes de Miranda, referindo-se a essa espécie de lacuna legislativa observada nos procedimentos especiais: “tal lacuna da lei é só aparente, porque o que lhe falta e está nas regras jurídicas do procedimento ordinário enche o suposto vácuo”²⁵⁹.

Fenômeno semelhante, e em grau mais acentuado, ocorre com o mandado de segurança coletivo. Mais que o individual, que sofre a permeabilidade da aplicação subsidiária do procedimento comum, o mandado de segurança coletivo, a cujo respeito não há sequer procedimento especial previsto em lei, fica sujeito a múltipla aplicação de normas externas, a saber: *por analogia*, (a) das regras e dos princípios da ação individual de mandado de segurança e (b) das regras e dos princípios das ações coletivas, e, *por subsidiariedade*, (c) das regras e princípios do procedimento comum.

257 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Recorribilidade das decisões interlocutórias no processo de mandado de segurança. **Revista Forense**, Rio de Janeiro: Forense, n. 324, 1993, p.75.

258 Idem, *ibidem*, p. 76.

259 PONTES DE MIRANDA, Francisco C. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1974, tomo III, p. 470.

5.1 Aplicação, por analogia, das normas e princípios do mandado de segurança individual

Há aplicação analógica integral, ao mandado de segurança coletivo, dos institutos e dos conceitos que formam o cerne do mandado de segurança, a saber: direito líquido e certo, ato abusivo ou ilegal e autoridade coatora²⁶⁰. O que se tutela, no mandado de segurança coletivo, são direitos²⁶¹, e é com esse sentido que se deve interpretar os “interesses” referidos na terminologia constitucional. É indispensável que tais direitos resultem de fatos, mesmo complexos²⁶², mas demonstrados por prova pré-constituída.

Também no que se refere ao rito propriamente dito, a aplicação analógica é praticamente integral. A ação coletiva de mandado de segurança se reveste do caráter sumário desenhado nas já mencionadas Leis 1.533/51 e 4.348/64, cujos atos essenciais são os seguintes: petição inicial, acompanhada das provas documentais (ou de requerimento para sua requisição) relativas aos fatos que dão suporte à demanda; decisão inicial do juiz, sobre concessão de tutela antecipada (liminar) e notificação da autoridade impetrada; prestação de informações, em dez dias; parecer do Ministério Público, em cinco dias; e sentença. Sobre a concessão de liminar, há regra específica para o mandado de segurança coletivo (o que constitui verdadeira raridade): o art. 2º da Lei 8.437, de 30/06/92, subordina sua concessão à prévia “audiência do representante judicial da pessoa jurídica, que deverá se pronunciar no prazo de setenta e duas horas”.

Observa-se, como peculiaridade do mandado de segurança coletivo, a necessidade de haver, na petição inicial, indicação clara do âmbito de representatividade e dos fins associativos ou institucionais da entidade impetrante. Esses elementos são indispensáveis para demonstrar o interesse processual, para estabelecer os limites da

260 TUCCI, José Rogério Cruz e. **“Class action” e mandado de segurança coletivo**. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 38; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Ações coletivas na Constituição de 1988. **Revista de Processo**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v.16, n. 61, jan./mar. 1991, p. 187-200; BULOS, Uadi Lamêgo. **Mandado de segurança coletivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996, p. 35.

261 STF. Pleno. MS 21291 (QO). Relator: Celso de Mello, DJ de 12/04/91. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 30/09/2005.

262 DIREITO, Carlos Alberto Menezes. **Manual do mandado de segurança**. 4 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 72. STF. 2ª Turma. RMS 21514-3. Relator: Marco Aurélio, DJ de 27/04/93. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 30/09/2005.

legitimação e para identificar (a) os substituídos atingidos pela sentença, (b) a autoridade impetrada e (c) o juízo competente.

5.2. Aplicação, por analogia, das normas e princípios das ações coletivas

As dificuldades maiores situam-se nos pontos que dizem respeito à natureza coletiva da ação de segurança. Tratando-se de ação que visa a tutelar um conjunto de direitos subjetivos homogêneos, por regime que não se confunde com o do simples litisconsórcio ativo (= cumulação de causas individuais), é certo que o mandado de segurança coletivo assume, em alguma medida, mas necessariamente, as características básicas das ações coletivas, detalhadas em capítulo anterior, que são: a) a repartição da atividade cognitiva, b) o regime de substituição processual, c) a sentença genérica e d) a liberdade de adesão do titular do direito subjetivo.

A repartição da atividade cognitiva, característica técnica inerente a todas as ações coletivas, representa, também no mandado de segurança coletivo, uma redução do âmbito da cognição judicial. Nele não se faz juízo específico e particular dos direitos subjetivos (“líquidos e certos”) de cada um dos substituídos processuais. Se isso ocorresse, o mandado de segurança coletivo nada mais seria do que uma cumulação de causas, um conjunto de demandas individuais. Portanto, o seu âmbito de cognição está centrado apenas naquilo que os direitos individuais tutelados têm em comum, ou seja, no seu conteúdo uniforme, no seu núcleo de homogeneidade. Em consequência, os fatos sujeitos a prova pré-constituída são unicamente os que dizem respeito à ameaça ou à lesão aos direitos visualizados em seu conjunto e considerada apenas a essência homogênea que lhes é comum. É nesses limites que deve ser entendido o “direito líquido e certo” protegido por ação coletiva de mandado de segurança.

As situações individuais, as condições pessoais e particulares dos titulares do direito subjetivo abrangido no mandado de segurança coletivo poderão, se for o caso, ser objeto de exame específico por ocasião do cumprimento da sentença mandamental. Nessa oportunidade, notificada a cumprir a sentença concessiva da ordem, a autoridade impetrada poderá opor eventuais objeções ou defesas que porventura tenha em relação a cada um dos possíveis beneficiados. Observar-se-á, nessa fase de cumprimento, no que

couber, as normas procedimentais de cumprimento (= liquidação e execução) da sentença genérica da ação civil coletiva.

O regime da legitimação ativa mediante substituição processual é outra característica da ação coletiva de mandado de segurança. Ela guarda relação com a da repartição da atividade cognitiva. Considerando que a impetração tem seu objeto limitado aos aspectos comuns dos direitos subjetivos ameaçados ou lesados, sem levar em consideração os elementos típicos de cada situação individual dos seus titulares, é lógico e natural que se dispense o regime de representação. Aliás, está dispensada até mesmo a autorização específica dos substituídos processuais, conforme estabelece a súmula 629 do STF, já referida.

Quanto à sentença, ela assume, necessariamente, um certo grau de generalidade, compatível com o regime de atuação do impetrante (= substituição processual) e com o objeto da impetração (= restrito ao núcleo de homogeneidade dos direitos afirmados na inicial). Concedida a segurança e notificada a autoridade impetrada da ordem para sustar a ameaça ou para promover a devida reparação aos direitos violados, abre-se oportunidade para exame de situações individuais que, por alguma razão, possam não estar beneficiadas pela sentença.

Uma quarta característica das ações coletivas é a da liberdade de adesão do titular do direito subjetivo individual ao processo coletivo. Como nas ações coletivas em geral, também aqui não há adesão implícita. Para ser eficaz, a vinculação do interessado ao processo coletivo há de ser manifestada de forma expressa e inequívoca. A faculdade de aderir compreende (a) a de litisconsorciar-se ou não ao substituto processual autor do mandado de segurança coletivo, (b) a de promover ou de prosseguir mandado de segurança individual, e, finalmente, (c) a de utilizar ou não, em seu favor, a sentença concessiva da ordem. Conforme se fez ver em capítulo próprio²⁶³, essas opções estão expressas na disciplina da ação coletiva da Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), aqui aplicáveis por analogia. O interessado que optar pela não vinculação poderá ser beneficiado, mas jamais prejudicado, com o resultado da demanda coletiva.

263 Capítulo VII.

Conseqüências negativas ao seu patrimônio jurídico dependeriam de previsão legal²⁶⁴, inexistente em nosso ordenamento.

6. Litispendência e coisa julgada

O titular do direito subjetivo individual tem a faculdade de promover ou de dar seguimento a mandado de segurança (ou a ação de rito comum) destinado a tutelar seus interesses, mesmo que esteja em curso a ação coletiva de mandado de segurança em que possa figurar como substituído. Não há, portanto, litispendência ou continência entre um e outro. Essa conclusão deriva da aplicação analógica das regras e dos princípios da ação coletiva, nomeadamente os estabelecidos no art. 104 da Lei 8.078, de 1990. Não há, com efeito, identidade entre as duas ações. Uma não reproduz a outra. No mandado de segurança individual a cognição é mais ampla, envolvendo o direito líquido e certo do impetrante em todas as suas especificidades. Já na ação coletiva de mandado de segurança, o âmbito cognitivo é mais limitado, ficando restrito ao núcleo de homogeneidade dos direitos subjetivos, que são visualizados e examinados em sua dimensão genérica e impessoal. O que há, entre as duas ações, portanto, é inegável laço de conexão (CPC, art. 103), a determinar, na medida do possível, o seu processamento conjunto, perante o juízo do mandado de segurança coletivo.

Quanto ao regime da coisa julgada, aplicam-se ao mandado de segurança coletivo, por analogia, as regras do mandado de segurança individual e as das ações coletivas. Segundo dispõe o art. 15 da Lei 1.533, de 1951, “a decisão do mandado de segurança não impedirá que o requerente, por ação própria, pleiteie os seus direitos e os respectivos efeitos patrimoniais”. E o art. 16 complementa: “o pedido de mandado de segurança poderá ser renovado se a decisão denegatória não lhe houver apreciado o mérito”. O que, aparentemente, resulta desses dispositivos é que, na ação individual de mandado de segurança, somente haveria coisa julgada em caso de procedência do pedido. Não é assim, todavia. Também faz coisa julgada a sentença que, examinando o mérito, denegar a segurança. Convém salientar que, em mandado de segurança, para

264 GRINOVER, Ada Pellegrini. Mandado de segurança coletivo – Legitimação, objeto e coisa julgada. **Revista de Processo**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 15, n. 58, abr./jun. 1990, p. 75-98.

denegar a ordem *no mérito* é indispensável (a) que não haja dúvida alguma a respeito dos fatos e (b) que, inobstante isso, o impetrante não tenha o direito afirmado. Confirma-se que o fato existiu, mas se nega que desse fato resultou lesão ou ameaça a direito. Se a denegação é por falta de prova (= dúvida sobre a existência dos fatos), não há coisa julgada material em mandado de segurança. No particular, é nítida a distinção em relação ao regime comum, em que a sentença de improcedência faz coisa julgada material não apenas quando nega a existência do direito, mas também quando não estão provados os fatos dos quais decorreria o direito afirmado²⁶⁵.

Às regras sobre coisa julgada previstas na Lei 1.533, de 1951, agregam-se, em se tratando de mandado de segurança coletivo, as que são próprias das ações coletivas, nomeadamente as do art. 103 da Lei 8.078, de 1990. Ali se estabelece que a coisa julgada será *erga omnes*, mas somente em caso de procedência do pedido (inc. III). A mesma Lei, no seu art. 104, segunda parte, estabelece que “...os efeitos da coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes* a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da ciência nos autos da ação coletiva”. Desse conjunto normativo pode-se extrair o seguinte regime, próprio para o mandado de segurança coletivo: a) só a sentença de procedência faz coisa julgada material; b) a sentença tem eficácia *erga omnes*, beneficiando a todos os substituídos processuais; c) todavia, o interessado que tiver optado por promover ou dar seguimento a ação individual para tutelar seu direito, ficará sujeito à sentença de mérito que nela for proferida, não se beneficiando e nem se prejudicando com o que for decidido no mandado de segurança coletivo.

265 TESHEINER, José Maria. **Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 128.

CAPÍTULO IX – O MINISTÉRIO PÚBLICO E A DEFESA DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

SUMÁRIO: 1. Legitimação do Ministério Público e direitos individuais disponíveis: a questão constitucional 2. Hipóteses de legitimação previstas expressamente em lei 3. Fundamento constitucional da legitimação 4. Outros direitos individuais homogêneos 4.1. Auto-aplicabilidade do art. 127 da Constituição como norma de legitimação processual 4.2. Conteúdo da regra de legitimação para tutela de interesses sociais 5. Suma conclusiva

1. Legitimação do Ministério Público e direitos individuais disponíveis: a questão constitucional

Diferentemente do que ocorre com direitos difusos e coletivos, que são transindividuais e indivisíveis, os interesses ou direitos individuais homogêneos são divisíveis e individualizáveis e têm titularidade determinada. Constituem, portanto, direitos subjetivos individuais na acepção tradicional, com titular identificado ou identificável e com determinação do seu conteúdo, bem como com adequado elo de ligação entre um e outro. Assumem, em geral, feição de direitos disponíveis, nomeadamente os que têm conteúdo econômico. Sua homogeneidade com outros direitos da mesma natureza, determinada pela origem comum, dá ensejo à tutela de todos em forma coletiva, mediante demanda, proposta em regime de substituição processual, por um dos órgãos ou entidades para tanto legitimados.

Em se tratando de direitos homogêneos decorrentes de relações de consumo, o primeiro dos legitimados ativos eleitos pelo art. 82 do CDC (Lei 8.078/90) é o Ministério Público. Além dessa prevista no Código do Consumidor, há outras hipóteses de legitimação do Ministério Público para demandar em juízo a tutela coletiva em prol

de direitos de natureza individual e disponível: a da Lei nº 7.913, de 07/12/89, que o legitima a propor ação de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários e a do art. 46, da Lei nº 6.024, de 13/03/74, para propor ação de responsabilidade pelos prejuízos causados aos credores por ex-administradores de instituições financeira em liquidação ou falência. Nas três hipóteses – danos decorrentes de relações de consumo, de investimentos em valores mobiliários e de operações com instituições financeiras – os direitos lesados são por natureza individuais, divisíveis e disponíveis.

Como justificar a legitimidade dessas normas de legitimação, sob o ponto de vista constitucional, se a própria Constituição reserva ao Ministério Público, no que se refere a direitos individuais, apenas a atribuição de tutelar os que têm natureza indisponível (CF, art. 127)? Como, por outro lado, sustentar, constitucionalmente, a legitimidade do Ministério Público para promover outras demandas em defesa de direitos individuais homogêneos, além daquelas autorizadas, de modo expresso, pelo legislador ordinário? Em que condições e em que limites seria admitida essa espécie de legitimação?

Indagações assim remetem ao cerne do tema a seguir tratado.

2. Hipóteses de legitimação previstas expressamente em lei

A legitimação do Ministério Público para tutelar, em juízo, direitos individuais homogêneos disponíveis, que tenham como origem relações de consumo, está prevista, conforme acima afirmado, no art. 82, I, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Para que se possa fazer juízo da compatibilidade dessa norma de legitimação com as funções institucionais do órgão legitimado, é importante ter presente as especiais características da ação coletiva a que se refere. Trata-se de ação de responsabilidade pelos danos sofridos por consumidores a ser “proposta em nome próprio e no interesse das vítimas ou seus sucessores” (art. 91). Como se percebe, é legitimação em regime de substituição processual. Os titulares do direito não serão sequer indicados ou qualificados individualmente na petição inicial, mas simplesmente chamados por edital a intervir como litisconsortes, se assim o desejarem (art. 94). É que o objeto da ação, na

sua fase cognitiva inicial, mais que obter a satisfação do direito pessoal e individual das vítimas, consiste em obter a condenação do demandado pelo valor total dos danos que causou.

É importante assinalar esse detalhe: os objetivos perseguidos na ação coletiva são visualizados, não propriamente pela ótica individual e pessoal de cada prejudicado, e sim pela perspectiva global, coletiva, impessoal, levando em consideração a ação lesiva do causador do dano em sua dimensão integral. Isso fica bem claro no dispositivo que trata da sentença, objeto final da fase de conhecimento: “em caso de procedência do pedido, a condenação será genérica, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados” (art. 95). A condenação genérica, acentue-se, fixará “a responsabilidade do réu pelos danos causados” e não os prejuízos específicos e individuais dos lesados. Caberá aos próprios titulares do direito, depois, promover a ação de cumprimento da sentença genérica, compreendendo a liquidação e a execução pelo dano individualmente sofrido (art. 97).

Haverá, portanto, no que se refere à legitimação, substancial alteração de natureza quando se passar para a ação de cumprimento da sentença genérica, já que para esta será indispensável a iniciativa do próprio titular do direito. Nela, buscar-se-á satisfazer direitos individuais específicos, próprios de cada um dos consumidores lesados, direitos esses que são disponíveis e até mesmo passíveis de renúncia e sujeitos a perda (art. 100). A propositura da liquidação e da execução (= ação de cumprimento) dependerá, portanto, de iniciativa do próprio interessado, ou de sua expressa autorização. Ao contrário do que ocorre com a ação coletiva de conhecimento – que admite legitimação por substituição processual – a ação destinada ao cumprimento da sentença genérica será proposta pelo próprio titular, ou seja, em regime de representação. Mesmo quando intentada em forma coletiva (art. 98), a ação de cumprimento se dará em litisconsórcio ativo, ou seja, por representante (que atuará em nome dos interessados), e não por substituto processual (que atua em nome próprio, no interesse de terceiros).

Há, em nosso direito, como acima referido, outras hipóteses de legitimação do Ministério Público para defesa judicial coletiva de interesses ou direitos individuais, semelhantes a essa prevista no Código do Consumidor. Aliás, sob este aspecto, o CDC

não trouxe inovação alguma, a não ser a de conceituar o que chamou de direitos individuais homogêneos. Assim, por exemplo, a Lei nº 7.913, de 07/12/89, que “dispõe sobre a ação civil pública de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários”, prevê a legitimação do Ministério Público para adotar “as medidas judiciais necessárias para evitar prejuízos ou obter ressarcimento de danos causados aos titulares de valores e aos investidores do mercado...”. Trata-se de legitimação para atuar em busca de tutela preventiva e reparatória de direitos individuais, divisíveis e disponíveis, decorrentes de origem comum. Vale dizer: de típicos direitos individuais homogêneos. Observe-se o detalhe: as importâncias da condenação “reverterão aos investidores lesados, na proporção de seu prejuízo” (art. 2º). A atuação do Ministério Público será, portanto, na condição de substituto processual do conjunto dos investidores e, embora isso não conste de modo expresso na lei, a sentença condenatória terá, aqui também, caráter genérico e impessoal.

Outra ação civil coletiva que, por força de lei, pode ser promovida pelo Ministério Público em defesa de direitos individuais homogêneos – embora, evidentemente, sem essa denominação no preceito normativo instituidor- é ainda mais antiga. Trata-se da ação destinada a apurar a responsabilidade de ex-administradores de instituições financeiras em regime de intervenção ou liquidação extrajudicial, prevista nos artigos 45 a 49 da Lei nº 6.024, de 13/03/74. Sua propositura se dará nas hipóteses em que, após inquérito administrativo levado a cabo pelo Banco Central, ficar constatada a existência de prejuízo (= passivo a descoberto) na instituição financeira. Verificado o prejuízo, o inquérito administrativo será “remetido pelo Banco Central do Brasil ao juiz da falência ou ao que for competente para decretá-la, o qual o fará com vista ao órgão do Ministério Público, que, em 8 (oito) dias, sob pena de responsabilidade, requererá o seqüestro dos bens dos ex-administradores, que não tenham sido atingidos pela indisponibilidade prevista no art. 36, quantos bastem para a efetivação da responsabilidade” (art. 45). Efetivado o seqüestro (que, na verdade, se trata de genuína medida cautelar de arresto), terá o Ministério Público o prazo de 30 dias para propor a ação principal (art. 46, parágrafo único). “Passada em julgado a sentença que declarar a responsabilidade dos ex-administradores, o arresto e a indisponibilidade se

convolarão em penhora, seguindo-se o processo de execução”, diz o art. 49. O resultado assim apurado “será entregue ao interventor, ao liquidante ou ao síndico, conforme o caso, para rateio entre os credores da instituição” (§ 1º do art. 49). Caso a intervenção ou a liquidação extrajudicial venham a se encerrar no curso da ação ou da execução “o interventor ou o liquidante, por ofício, dará conhecimento da ocorrência ao juiz, solicitando sua substituição como depositário dos bens arrestados ou penhorados, e fornecendo a relação nominal e respectivos saldos dos credores a serem, nesta hipótese, diretamente contemplados com o rateio previsto no parágrafo anterior” (art. 49, § 2º).

Não há dúvida, portanto, que se trata de ação civil coletiva em que o Ministério Público atuará como substituto processual dos credores da instituição financeira buscando a condenação dos ex-administradores no pagamento de prejuízos causados. Os titulares do direito material tutelado são “os credores”. Tem-se presente, portanto, hipótese de tutela de um conjunto de direitos individuais, divisíveis e disponíveis, decorrentes de origem comum. Vale dizer: são direitos individuais homogêneos. Aqui também o importante detalhe: a atuação do Ministério Público é no sentido de alcançar sentença para “declarar a responsabilidade dos ex-administradores”, ou seja, sentença condenatória genérica pelo valor do prejuízo causado, sendo sua execução igualmente promovida pelo valor global do prejuízo. Não se leva em consideração, nem na ação de conhecimento, nem na execução, a situação individual e específica dos titulares do direito, os quais, para a satisfação individual, haverão de habilitar-se pessoalmente junto ao interventor ou ao liquidante ou ao juízo da execução, se for o caso.

Há, como se percebe, uma linha característica comum nas hipóteses de legitimação acima citadas, previstas em leis infraconstitucionais: é legitimação para o Ministério Público atuar em nome próprio, mas como substituto processual, em demandas objetivando sentença condenatória genérica, de direitos individuais, divisíveis e disponíveis. Os direitos dos substituídos, em todas as hipóteses, são tutelados sempre globalmente, impessoalmente, coletivamente. Obtida a condenação, genérica e globalmente proferida, encerra-se o papel do substituto processual e tem início, se for o caso, a atuação dos próprios titulares do direito material, no sentido de obter a sua satisfação específica.

3. Fundamento constitucional da legitimação

Relativamente a direitos individuais disponíveis, a legitimidade *ad causam* supõe, segundo a regra geral, a existência de nexos de conformidade entre as partes da relação de direito material e as partes na relação processual. Ninguém pode demandar em nome próprio direito alheio, diz o CPC (art. 6º). A legitimação por substituição processual é admitida apenas como exceção, sendo, por isso mesmo, denominada de extraordinária. Há, contudo, em nosso sistema, uma tendência de expansão das hipóteses de substituição processual, notadamente com o objetivo de viabilizar a tutela coletiva. A própria Constituição Federal, que consagrou essa técnica para a tutela de direitos e interesses difusos e coletivos (art. 129, III), adotou-a também para direitos individuais, seja pela via do mandado de segurança coletivo, para defesa de direitos líquidos e certos (CF, art. 5º, LXX, b), seja pela via de procedimentos comuns, para a tutela de outras espécies de direitos lesados (art. 5º, XXI e art. 8º, III). Pode-se afirmar, assim, que, pelo menos no campo da legitimação para tutela coletiva, a substituição processual já não é fenômeno excepcional, mas, pelo contrário, passou a constituir a forma normal de atuação.

Pois bem, é neste novo contexto que se insere a legitimação do Ministério Público, instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado. A ele, a quem a lei já conferira o poder-dever para, na condição de interveniente (*custos legis*) officiar em todas as causas “em que há interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte” (CPC, art. 82, III), a Constituição veio atribuir, entre outras, a incumbência mais específica de defender “interesses sociais” (CF, art. 127), sem traçar qualquer condição ou limite processual a essa atribuição.

“Interesses sociais”, como consta da Constituição, e “interesse público”, como está no art. 82, III, do CPC, são expressões com significado substancialmente equivalente. Poder-se-ia, genericamente, defini-los como “interesses cuja tutela, no âmbito de um determinado ordenamento jurídico, é julgada como oportuna para o progresso material e moral da sociedade a cujo ordenamento jurídico corresponde”,

como o fez J. J. Calmon de Passos, referindo-se a interesses públicos²⁶⁶. Relacionam-se assim, com situações, fatos, atos, bens e valores que, de alguma forma, concorrem para preservar a organização e o funcionamento da comunidade jurídica e politicamente considerada, ou para atender suas necessidades de bem-estar e desenvolvimento.

É claro que estas definições não exaurem o conteúdo da expressão “interesses sociais”. Não obstante, são suficientes para os limites da conclusão que, por ora, se busca atingir, a saber: a proteção dos consumidores e dos investidores do mercado financeiro e de capitais constitui não apenas interesse individual do próprio lesado, mas interesse da sociedade como um todo. Realmente, é a própria Constituição que estabelece que a defesa dos consumidores é princípio fundamental da atividade econômica (CF, art. 170, V), razão pela qual deve ser promovida, inclusive pelo Estado, em forma obrigatória (CF, art. 5º, XXXII). Não se trata, obviamente, da proteção individual, pessoal, particular, deste ou daquele consumidor lesado, mas da proteção coletiva dos consumidores, considerada em sua dimensão comunitária e impessoal.

O mesmo se pode afirmar em relação à tutela jurisdicional dos poupadores que investem seus recursos no mercado de valores mobiliários ou junto a instituições financeiras. Conquanto suas posições subjetivas individuais e particulares não tenham, por si só, relevância social, o certo é que, quando consideradas em sua projeção coletiva, passam a ter significado de ampliação transcendental, de resultado maior que a simples soma das posições individuais. É de interesse social a defesa destes direitos individuais, não pelo significado particular de cada um, mas pelo que a lesão deles, globalmente considerada, representa em relação ao adequado funcionamento do sistema financeiro, que, como se sabe, deve sempre estar voltado às suas finalidades constitucionais: “a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade” (CF, art. 192).

Portanto, compreendida a cláusula constitucional dos interesses sociais (art. 127) na dimensão acima enunciada, não será difícil concluir que nela pode ser inserida a legitimação do Ministério Público para a defesa de “direitos individuais homogêneos”

266 CALMON DE PASSOS, J.J. Intervenção do Ministério Público nas causas a que se refere o art. 82, III, do CPC. **Revista Forense**, Rio de Janeiro: Forense, v. 268, n. 916/918, out./dez. 1979, p. 55.

dos consumidores e dos investidores no mercado financeiro, estabelecida nas Leis nº 6.024/74, 7.913/89 e 8.078/90, especialmente quando se considera o modo como esta legitimação vai se operar processualmente: (a) em forma de substituição processual, (b) pautada pelo trato impessoal e coletivo dos direitos subjetivos lesados e (c) em busca de uma sentença de caráter genérico. Nessa dimensão, e somente nela, a defesa de tais direitos – individuais, divisíveis e disponíveis – pode ser promovida pelo Ministério Público sem ofensa à Constituição, porque, quando assim considerada, ela representará verdadeiramente a tutela de bens e valores jurídicos de interesse social.

Em contrapartida, todavia, não há como se supor legítima, sob o enfoque constitucional, a atuação do Ministério Público na fase de execução dessas sentenças, em benefício individual dos lesados. Ainda quando promovida coletivamente, como prevê o art. 98 da Lei nº 8.078/90, a execução da sentença – que foi genérica – será destinada à satisfação de direitos e interesses particulares. A ação executiva dependerá de iniciativa dos lesados, sendo promovida, assim, em regime de representação e não de substituição processual e, quando coletiva, será em genuíno litisconsórcio ativo facultativo. Ora, nesta dimensão pessoal, a defesa de direitos subjetivos individuais e disponíveis é expressamente vedada aos agentes do Ministério Público, a teor do que dispõe, *a contrario sensu*, o mesmo art. 127 da Constituição de 1988. Não se aplica, portanto, ao Ministério Público – sob pena de inconstitucionalidade evidente – o disposto no art. 98 do Código do Consumidor. Ressalva-se, no particular, a execução prevista no art. 100 desse Código, já que o produto de indenização, na hipótese, não será destinado à satisfação individual dos lesados, mas será revertido em favor de um Fundo, criado pelo art. 13 da Lei nº 7.347/85, onde será gerido e aplicado no interesse comunitário.

4. Outros direitos individuais homogêneos

Questão mais delicada é a que diz respeito aos limites da legitimação do Ministério Público para promover outras demandas em defesa de outros direitos individuais homogêneos, que não nas hipóteses acima referidas, previstas, casuisticamente, pelo legislador ordinário. Estaria ele legitimado a tutelar em juízo,

coletivamente, qualquer espécie de direitos individuais, pela simples razão de serem homogêneos entre si? Seria nessa ampla dimensão a interpretação a ser dada ao art. 25, IV, a, da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei 8.625/93), que confere à instituição, entre outras, a atribuição de “promover o inquérito civil e a ação civil pública (...) para a proteção, prevenção e reparação dos danos causados (...) a outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos”? A circunstância de serem homogêneos e, como tais, aptos a serem tutelados judicialmente em forma coletiva, seria razão suficiente para considerar os direitos individuais como “interesses sociais”?

As questões postas têm, no fundo, natureza constitucional, devendo ser enfrentadas e resolvidas à luz das normas de legitimação do Ministério Público estabelecidas na Constituição e, mais especificamente, mediante exame do grau de eficácia do seu art. 127, segundo o qual incumbe ao Ministério Público, instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, “a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

Inobstante, não é pacífica a orientação do Supremo Tribunal Federal a respeito. Pode-se identificar pelo menos três orientações distintas nos precedentes que tratam da matéria. Uma linha defende a tese segundo a qual os direitos individuais homogêneos, porque pertencentes a um grupo de pessoas, qualificam-se como subespécie de direitos coletivos e, assim, podem ser amplamente tutelados pelo Ministério Público com base no art. 129, III, da Constituição. O Ministro Maurício Corrêa, nesse sentido, sustentou: (a) “(...) ao editar-se o Código de Defesa do Consumidor, pelo seu artigo 81, III, uma outra subespécie de direitos coletivos fora instituída, dessa feita, com a denominação dos chamados interesses ou direitos individuais homogêneos”; (b) “por tal disposição vê-se que se cuida de uma nova conceituação no terreno dos interesses coletivos, sendo certo que esse é apenas um *nomen iuris* atípico da espécie direitos coletivos. Donde se extrai que interesses homogêneos, em verdade, não se constituem como um *tertium genus*, mas sim como uma mera modalidade peculiar, que tanto pode ser encaixado na circunferência dos interesses difusos quanto na dos coletivos”; (c) “ao mencionar a norma do artigo 129, III, da Constituição Federal que o MP está credenciado para propor

ação civil pública, relacionada a ‘outros interesses difusos e coletivos’, outorgou-se-lhe a prerrogativa para agir na defesa de um grupo lesado ...” em seus direitos individuais homogêneos²⁶⁷.

A adoção dessa linha traz uma conseqüência extremamente expansiva do âmbito da legitimação, importando credenciar o Ministério Público para defender irrestritamente quaisquer direitos homogêneos, independentemente de sua essencialidade material, o que não é compatível com os princípios e os valores que a Constituição buscou privilegiar quando elencou o conjunto de atribuições institucionais do órgão ministerial²⁶⁸.

Essa conseqüência foi percebida pelo próprio Ministro Maurício Corrêa, que, em voto posterior, revisando sua orientação, observou: “A dicção da norma não delimita o alcance nem fornece os parâmetros para definir o que sejam os referidos ‘outros interesses sociais’, fazendo surgir, a primeira vista, três expectativas ao intérprete: a) a expressão utilizada amplia indefinidamente o cabimento da ação civil pública, a ponto de atingir a totalidade dos interesses difusos e coletivos, de forma a tornar inútil a previsão de proteção ao patrimônio público e social e do meio ambiente, que passaria a estar contida no amplíssimo conceito de interesses difusos e coletivos; ou b) a expressão é mero desenvolvimento da parte inicial do inciso que a contém, de forma a ser entendida como os demais interesses relativos à idéia contida na parte inicial do dispositivo, ou seja, os demais interesses difusos e coletivos relativos à proteção do patrimônio público e social e do meio ambiente; ou c) a expressão contém preceito não definido, cuja definição dependeria de lei regulamentadora para lhe fixar o efetivo alcance. (...) Não creio que a melhor interpretação seja aquela (...) segundo a qual a

267 Voto proferido no RE 163.231, de que foi relator, DJ de 29/06/2001, que tratava de demanda sobre o aumento de mensalidades escolares, na qual se reconheceu legitimidade ao Ministério Público. O voto do Ministro Marco Aurélio, no mesmo julgamento, também chancelou a fundamentação. Em doutrina, nesse sentido: GRINOVER, Ada Pellegrini. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 801; NÉRY JÚNIOR, Nelson. O Ministério Público e as ações coletivas. In: MILARÉ, Edis (coord.). **Ação Civil Pública: Lei 7.347/85 – Reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 366.

268 Nesse sentido: WATANABE, Kazuo. Demandas coletivas e os problemas emergentes da práxis forense. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **As garantias do cidadão na justiça**. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 187.

referida expressão ‘outros direitos difusos e coletivos’ alcança todos e quaisquer interesses difusos ou coletivos, entre os quais se incluem os interesses individuais homogêneos. No exame dos excepcionalíssimos casos de legitimação extraordinária não cabe interpretação extensiva (...) Entendo que a expressão ‘outros interesses difusos e coletivos’ é indefinida e, assim, depende de lei que venha a definir o seu alcance, dentro dos limites traçados pela Constituição”²⁶⁹. Em outras palavras, sustentou que, no particular, o dispositivo constitucional não é auto-aplicável.

O argumento novo, como se percebe, compromete, na prática, toda a tese anterior, e inaugura uma segunda posição, bem restritiva: a de que a legitimação ativa do Ministério Público para a tutela de direitos individuais homogêneos se limita às hipóteses previstas pelo legislador ordinário. “A lei é que deve dizer quais são os outros interesses”, sustentou o Ministro Moreira Alves, acrescentando: “Agora, para dizê-lo, tem de vincular-se a esse problema de direitos sociais e indisponíveis, justamente para se ter um parâmetro para julgar a constitucionalidade ou não dela, até em face de sua desarrazoabilidade com fundamento na Constituição (...). A meu ver, essa posição de exigir a lei, mas a lei seguindo um parâmetro dentro da Constituição, para ela não poder considerar que qualquer interesse é objeto de ação civil pública (...) é uma posição equidistante, uma posição que estabelece, de um lado, uma certa segurança por decorrer da lei e, de outro, uma segurança contra os desarrazoados da lei”²⁷⁰.

Nesse mesmo sentido restritivo, o Ministro Carlos Velloso sustentou a seguinte linha de argumentação: (a) “(...) não é na Constituição, art. 129, III, que se pode buscar legitimidade do Ministério Público para defender, mediante ação civil pública, direitos individuais homogêneos”; (b) não é, igualmente, na Lei 7.347/85 que se pode buscá-la, já que dita Lei trata apenas de direitos difusos e coletivos, sendo que “a ação civil pública, além de estar jungida aos temas mencionados, não diz respeito a direitos individuais homogêneos”; (c) assim, “(...) o Ministério Público tem legitimidade para a ação civil pública, quando em jogo direitos individuais homogêneos, quando seus

269 Voto proferido no STF. Pleno. RE 195.056-1. Relator: Ministro Carlos Velloso, DJ de 14/11/2003, p. 18.

270 Idem, *ibidem*.

titulares estiverem na condição de consumidores, ou quando houver uma relação de consumo. É o Código do Consumidor, pois, que confere ao Ministério Público legitimidade para a ação civil pública quando o objeto desta ação é um direito individual homogêneo”²⁷¹.

O empecilho para a adoção dessa tese, situada no extremo oposto da anterior, reside, justamente, nas excessivas restrições que ela impõe à atuação do Ministério Público, notadamente quando se evidencia hipótese concreta, não prevista pelo legislador ordinário, em que a tutela de direitos individuais é pressuposto para o resguardo de relevantes interesses da sociedade como um todo.

E a terceira linha de entendimento é a de que a legitimidade do Ministério Público para tutelar em juízo direitos individuais homogêneos se configura nas hipóteses em que a lesão a tais direitos compromete também interesses sociais subjacentes. O assento normativo da tese pode ser buscado no art. 127 da CF, que trata da tutela dos interesses sociais ou, ainda, no art. 129, III, que prevê ação civil pública em defesa do patrimônio social. Defendendo a orientação, o Ministro Sepúlveda Pertence sustentou que “a afirmação do interesse social para o fim cogitado há de partir de identificação do seu assentamento nos pilares da ordem social projetada pela Constituição e na sua correspondência à persecução dos objetivos fundamentais da República, nela consagrados. Afinal de contas – e malgrado as mutilações que lhe tem imposto a onda das reformas neoliberais deste decênio – a Constituição ainda aponta como metas da República ‘construir uma sociedade livre, justa e solidária’ e ‘erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais’. Esse critério (...) se poderia denominar de interesse social segundo a Constituição”²⁷².

271 Voto proferido no STF. Pleno. RE 163.231-3. Relator: Maurício Corrêa, DJ de 29/06/2001 e reproduzido em vários outros, como no STF. Pleno. RE 195.056-1, de que foi relator, DJ de 14/11/2003, p. 18.

272 Voto proferido no STF. Pleno. RE 195.056-1. Relator: Carlos Velloso, DJ DE 14/11/2003, p. 18. Essa orientação foi adotada pelo STJ, 3ª Turma, REsp 58.682, Relator: Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 16/12/96 (Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 30/09/2005). Na doutrina: ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. **Ações coletivas**: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 113; CARNEIRO, Athos Gusmão. Direitos individuais homogêneos, limitações à sua tutela pelo Ministério Público. **Revista Forense**, Rio de Janeiro: Forense, v. 97, n. 356, jul./ago. 2001, p. 21-27.

Essa terceira posição, segundo entendemos, é a que deve ser prestigiada, já que guarda harmonia com os valores constitucionais e não acarreta as conseqüências demasiadamente restritivas ou expansivas das outras duas. É o que se procurará demonstrar.

4.1. Auto-aplicabilidade do art. 127 da Constituição como norma de legitimação processual

A base e os limites da legitimação do Ministério Público para a tutela de direitos individuais homogêneos estão, conforme sustentamos, no art. 127 da Constituição. Essa afirmação parte, como se percebe, do pressuposto de que aquele dispositivo é auto-aplicável e tem força normativa e carga de eficácia por si só suficientes para legitimar o agente ministerial, se for o caso, a exercer inclusive judicialmente a incumbência ali atribuída. Poder-se-ia argumentar, contraditando essa premissa, que o dispositivo tem sua eficácia ou auto-aplicabilidade comprometida pelo enunciado demasiadamente genérico do seu comando, constituindo-se, por isso, mera norma de programação, dirigida ao legislador ordinário, à espera de complementação infraconstitucional. Em outras palavras, que cabe ao legislador ordinário definir as situações específicas configuradoras de “interesse social” em que se admitiria a atuação do Ministério Público.

A contradita, todavia, não pode ser aceita, inobstante ter em seu favor uma forte corrente de jurisprudência, conforme se fez ver. Mesmo quando genérica ou programática, a norma constitucional possui, em algum grau, eficácia e operatividade. “Não há norma constitucional alguma destituída de eficácia. Todas elas irradiam efeitos jurídicos, importando sempre uma inovação da ordem jurídica preexistente...”, ensina José Afonso da Silva²⁷³. “De fato”, observa Celso Bandeira de Mello, “não teria sentido que o constituinte enunciasse certas disposições apenas por desfastio ou por não sopitar seus sonhos, devaneios ou anelos políticos. A seriedade do ato constituinte impediria a suposição de que os investidos em tão alta missão, dela se servissem como simples

273 SILVA, José Afonso da. **Auto-aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1968, p. 75.

válvula de escape para emoções antecipadamente condenadas, por seus próprios emissores, a permanecer no reino da fantasia. Até porque, se desfrutavam do supremo poder jurídico, seria ilógico que, desfrutando-o, houvessem renunciado a determinar, impositivamente, aquilo que consideram desejável, conveniente, adequado”²⁷⁴.

Por outro lado, deixar de observar a norma constitucional ao argumento de que não é auto-aplicável, porque carece de regulamentação infraconstitucional, implica atribuir ao Poder Legislativo a pecha de inconstitucionalidade por omissão. Isso é grave. É o mesmo que atribuir-lhe a inconstitucionalidade por ação, vale dizer, por ter aprovado lei inconstitucional. Ora, o reconhecimento, pelo STF, da inconstitucionalidade por omissão (CF, art. 103, § 2º), por certo se dará com os mesmos cuidados hoje adotados no exame da inconstitucionalidade por ação, e assim expostos por Carlos Maximiliano: “Todas as presunções militam a favor da validade de um ato, legislativo ou executivo; portanto, se a incompetência, a falta de jurisdição ou a inconstitucionalidade, em geral, não estão acima de toda a dúvida razoável, interpreta-se e resolve-se pela manutenção do deliberado por qualquer dos três ramos em que se divide o Poder Público. Entre duas exegeses possíveis, prefere-se a que não infirme o ato de autoridade. Os tribunais só declaram a inconstitucionalidade de leis quando esta é evidente, não deixa margem à séria objeção em contrário. Portanto, se, entre duas interpretações mais ou menos defensáveis, entre duas correntes de idéias apoiadas por juriconsultos de valor, o Congresso adotou uma, o seu ato prevalece. A bem da harmonia e do mútuo respeito que devem reinar entre os poderes federais (ou estaduais), o Judiciário só faz uso de sua prerrogativa quando o Congresso viola claramente ou deixa de aplicar o estatuto básico, e não quando opta apenas por determinada interpretação não de todo desarrazoada”²⁷⁵.

Portanto, parafraseando Carlos Maximiliano, deve-se entender, em tema de inconstitucionalidade por omissão do legislador, que todas as presunções militam a favor da constitucionalidade da sua conduta omissiva, vale dizer, militam a favor da auto-

274 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. **Revista de Direito Público**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 14, n. 57-58, p. 233-256, jan./jun. 1981, p. 58 e 238.

275 MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 307.

aplicabilidade dos preceitos constitucionais. Se a falta de condições de imediata aplicabilidade não estiver acima de toda a dúvida razoável, interpreta-se e resolve-se pela desnecessidade da ação legislativa. Entre duas exegeses possíveis, opta-se pela auto-aplicabilidade. O STF só declarará a inconstitucionalidade por omissão quando for evidente, sem margem de dúvida séria, a necessidade de norma regulamentar do preceito maior. Entre duas interpretações razoáveis, opta-se pela que afirma a ausência de inconstitucionalidade por omissão. A bem da harmonia e do mútuo respeito que devem reinar entre os poderes, o Judiciário só proclamará a omissão do Legislativo quando esta implicar claramente falta de cumprimento de sua missão constitucional.

Ora, no caso específico em exame, o preceito constitucional que confere ao Ministério Público a incumbência de promover a defesa dos interesses sociais (art. 127) é, em tudo, assemelhado ao preceito legal contido no art. 82, III, do CPC, que atribui ao Ministério Público a competência para intervir em todas as causas em que há interesse público. Muito se questionou a respeito da extensão de tal comando processual, mas jamais se duvidou de sua auto-aplicabilidade. A mesma atitude interpretativa se há de ter frente à norma constitucional do art. 127: pode-se questionar seu conteúdo, mas não sua suficiência e aptidão para gerar, desde logo, a eficácia que lhe é própria.

Partindo-se, assim, da premissa de que o art. 127 da CF é auto-suficiente, completo, apto a, desde logo, irradiar todos os efeitos, há de se concluir que o Ministério Público está constitucionalmente legitimado a se utilizar de todos os instrumentos necessários ao adequado desempenho da incumbência, do poder-dever, de promover a defesa dos interesses sociais. Isto inclui, por certo, sua habilitação para manejar também os instrumentos processuais, se preciso for, de modo a que suas atribuições sejam exauridas às últimas conseqüências. Seria inimaginável supor que o dever de defesa – imposto ao Ministério Público pelo Constituinte – fosse limitado a providências extrajudiciais.

Em suma: o art. 127 da Carta Constitucional contém, também, norma de legitimação processual.

4.2. Conteúdo da norma de legitimação para tutela de interesses sociais

Assentada a premissa da auto-aplicabilidade do art. 127 da CF como norma de legitimação para atuar em juízo, a questão seguinte é a da identificação do seu alcance, e, mais propriamente, do conteúdo da expressão “interesses sociais”, para saber se e que casos podem nela ser incluídos direitos individuais homogêneos disponíveis.

Pois bem, conforme se demonstrou anteriormente²⁷⁶, os interesses sociais constituem categoria jurídica de conteúdo aberto, o que impõe ao aplicador da norma a tarefa de estabelecer o seu sentido em face do caso concreto. Mesmo assim, os contornos principais do conceito podem ser genericamente identificados no plano teórico, pelo menos para estabelecer os limites entre o que, com certeza, constitui e o que não constitui interesse social. Sob esse aspecto, é certo que (a) não constituem interesses sociais os meros interesses de particulares e nem mesmo os interesses da Administração Pública; e que (b) numa definição genérica, são interesses sociais aqueles cuja preservação e tutela o ordenamento jurídico consagra como importantes e indispensáveis, não para pessoas ou entidades individualmente consideradas, mas para a sociedade como um todo, para o seu progresso material, institucional ou moral.

Todavia, há casos em que a tutela dos interesses sociais supõe, necessariamente, a tutela também de interesses de entes públicos, embora sejam com esses evidentemente inconfundíveis. Assim, por exemplo, quando, em defesa do interesse social, é pleiteada a reparação de danos causados ao patrimônio público ou a restituição de valores indevidamente apropriados por administrador ímprobo, o que se estará tutelando não são apenas interesses sociais, mas também os direitos subjetivos das pessoas de direito público lesadas, para as quais, aliás, será canalizado o produto da condenação.

Fenômeno semelhante ocorre em relação a direitos subjetivos de particulares. Com efeito, a lesão a certos direitos individuais homogêneos pode, em determinados casos, assumir tal grau de profundidade ou de extensão que acaba comprometendo também interesses maiores da comunidade, ou seja, interesses sociais. Nesses casos, os interesses particulares, visualizados em seu conjunto, transcendem os limites da pura individualidade e passam a representar, mais que a soma de interesses dos respectivos titulares, verdadeiros interesses da comunidade como um todo. É o que ocorre, por

276 Capítulo II.

exemplo, com o conjunto de direitos individuais eventualmente atingidos por dano ambiental. A condenação dos responsáveis pelos atos lesivos, seja no que diz respeito à reparação dos danos difusos, seja também no que diz com os danos causados diretamente a pessoas individualizadas e aos seus bens, quando e na medida em que isso constitui interesse de toda a comunidade, por representar a defesa de um bem maior, que a todos diz respeito: o de preservar o direito à boa qualidade de vida e de sobrevivência da espécie. Nessas circunstâncias, a defesa desse bem maior, que é de interesse social, acaba englobando, direta ou indiretamente, total ou parcialmente, a defesa de direitos subjetivos individuais.

É por isso que se afirmou que os direitos individuais homogêneos assumem, às vezes, características processuais de direitos coletivos, sendo classificáveis, para esse efeito, como acidentalmente coletivos, embora, na essência e por natureza, continuem sendo o que realmente são: genuínos direitos subjetivos individuais²⁷⁷.

Ora, também no que interessa ao específico tema da atuação do Ministério Público, não há dúvida de que se deve descartar, à luz do próprio texto constitucional, qualquer sinonímia entre interesses sociais e interesses de entes públicos, já que, em relação a estes, há vedação expressa de patrocínio pelos agentes ministeriais (CF, art. 129, IX). Interesses sociais, repita-se, não são, simplesmente, interesses de entidades públicas e nem, por certo, interesses individuais ou de grupos isolados. Também não se pode estabelecer sinonímia entre interesse social e interesse coletivo de particulares, ainda que decorrentes de lesão coletiva de direitos homogêneos. Direitos individuais disponíveis, ainda que homogêneos, estão excluídos da órbita de competência do Ministério Público (CF, art. 127). No entanto, como se fez ver acima, há certos interesses individuais – de pessoas privadas ou de pessoas públicas – que, quando visualizados em seu conjunto, em forma coletiva e impessoal, têm a força de transcender a esfera de interesses puramente individuais e passar a representar, mais que a soma de interesses dos respectivos titulares, verdadeiros interesses da comunidade como um todo.

277 Capítulo II.

É o que ocorre com os direitos individuais homogêneos, antes mencionados, dos consumidores e dos poupadores, cuja defesa pelo Ministério Público tem expressa chancela em lei ordinária. E é o que ocorre em todos os demais casos, mesmo não previstos expressamente em normas infraconstitucionais, em que a condenação dos responsáveis pelas condutas lesivas, constitui, não apenas interesse dos próprios lesados em sua individualidade, mas também interesse da comunidade como um todo, já que se buscará preservar um bem maior, uma instituição, um valor jurídico ou moral, que a todos diz respeito e que foi atingido ou está ameaçado. Nesses casos, considerando que a tutela dos direitos individuais é pressuposto para a tutela do interesse social subjacente, a legitimação do Ministério Público para defendê-los é inegável, independentemente de previsão normativa ordinária, pois que albergada no art. 127 do texto constitucional.

Portanto, o próprio Ministério Público, independentemente de lei específica, pode, no exercício de suas funções institucionais, analisar e identificar situações em que a ofensa a direitos homogêneos compromete também interesses sociais. É seu dever, nesses casos, assumir a legitimação ativa e promover as medidas cabíveis para a devida tutela jurisdicional. É evidente que a decisão do *parquet* a respeito está sujeita ao crivo da parte contrária, que poderá contestar a existência, no caso concreto, do interesse social referido no art. 127 da Constituição. A palavra final sobre a adequada legitimação caberá, sempre, ao Judiciário, que a confirmará ou a afastará. Tratando-se de matéria de ordem pública, ela pode até mesmo ser conhecida de ofício pelo juiz da causa (CPC, art. 267, VI, § 3º e art. 301, VIII, § 4º).

5. Procedimento e limites da legitimação

Identificada situação em que interesses sociais desta natureza (= interesses sociais decorrentes de ameaça ou lesão coletiva a direitos individuais) careçam de defesa, será dever do Ministério Público promovê-la, utilizando-se, para tanto, dos instrumentos processuais compatíveis e apropriados. A previsão, em lei, de procedimento específico, caso a caso, é inteiramente desnecessária e não justifica a inércia, nem é empecilho para atendimento do dever constitucional. A propósito, a falta de procedimento específico não impediu a impetração de mandado de segurança

coletivo, nem de mandado de injunção, nem de ações de impugnação de mandato eletivo (CF, art. 14, § 10) na época em que a lei ordinária não estabelecia procedimentos próprios para tais ações. Em todos estes casos, houve adequação de procedimentos, seja com emprego da analogia, seja com a adoção do procedimento ordinário, a fim de que o mandamento constitucional não resultasse comprometido. Nessa medida e nesse contexto, faz sentido invocar, para dar concretude à regra de legitimação prevista no art. 127 da CF, o art. 21 da Lei nº 7.347, de 24/07/85, que manda aplicar, na defesa dos direitos e interesses individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor.

Mas é importante acentuar que a legitimação do Ministério Público deve ficar restrita às medidas judiciais para tutela dos interesses sociais e somente nelas. É apenas nesses limites, como antes se fez ver, que se pode justificar, constitucionalmente, a atuação do Ministério Público em demandas em cujo objeto (ainda que mediata e indiretamente) estão aqueles interesses, mas cujo objeto imediato e direto é constituído, na verdade, de direitos individuais disponíveis. Tais limites estão demarcados pelas linhas antes referidas, já traçadas pelo legislador para as hipóteses de direitos homogêneos tutelados pelo Código do Consumidor: as demandas devem buscar sentença genérica, que faça juízo sobre o chamado núcleo de homogeneidade dos direitos demandados, estabelecendo a responsabilidade do causador do dano. Incluem-se, também, certamente, as demandas de natureza preventiva, tendentes a evitar a ocorrência dos danos e buscando, com esse desiderato, medidas inibitórias, tais como as previstas no art. 461 do CPC. O que certamente foge dos limites da legitimação do Ministério Público são as providências jurisdicionais de interesse exclusivo dos particulares lesados, como é o caso das medidas tendentes a individualizar, liquidar e executar, em benefício de cada um deles, a sentença condenatória genérica eventualmente proferida. Conseqüentemente e pela mesma razão, extrapola os limites das atribuições próprias do órgão ministerial os pedidos de antecipação de tutela (que, na verdade, constitui antecipação das próprias medidas executivas²⁷⁸) ou de medidas

278 ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 83.

cautelares que tenham por objeto a outorga antecipada da prestação ou a garantia para a sua execução, em benefício individual.

6. Suma conclusiva

É, pois, o art. 127 da CF - que atribui ao Ministério Público a incumbência de promover a defesa dos interesses sociais e que tem a força normativa específica de conferir legitimação para atuar extrajudicialmente e também para demandar em juízo – que oferece base constitucional para responder às indagações antes formuladas. É certo que os interesses sociais, assim entendidos aqueles cuja tutela é importante para preservar a organização e o funcionamento da sociedade e para atender suas necessidades de bem-estar e desenvolvimento, não se confundem com os interesses das entidades públicas e nem, simplesmente, com o conjunto de interesses de pessoas ou de grupos, mesmo quando tenham origem comum. Entretanto, há interesses individuais que, quando considerados em seu conjunto, passam a ter significado ampliado, de resultado maior que a simples soma das posições individuais, e cuja lesão compromete valores comunitários privilegiados pelo ordenamento jurídico. Tais interesses individuais, visualizados nesta dimensão coletiva, constituem interesses sociais para cuja defesa o Ministério Público está constitucionalmente legitimado.

Não cabe ao Ministério Público, portanto, bater-se em defesa de todos e quaisquer direitos ou interesses individuais, ainda que, por terem origem comum, possam ser classificados como homogêneos. Interesses individuais homogêneos não são, necessariamente, interesses sociais. Todavia, quando tais interesses individuais homogêneos, mais que a soma de situações particulares, possam ser qualificados como de interesse comunitário, nos termos acima enunciados, não há dúvida de que o Ministério Público estará legitimado a atuar, porque nessas circunstâncias estará atuando em defesa de interesses sociais.

A identificação dessa espécie de interesse social compete tanto ao legislador (como ocorreu, *v.g.*, nas Leis nº 8.078/90, 7.913/89 e 6.024/74), como ao próprio Ministério Público, caso a caso, mediante o preenchimento valorativo da cláusula constitucional à vista de situações concretas e à luz dos valores e princípios consagrados

no sistema jurídico, tudo sujeito ao crivo do Poder Judiciário, a quem caberá a palavra final sobre a adequada legitimação.

A atuação do Ministério Público em juízo, em defesa dos citados interesses, dar-se-á em forma de substituição processual e será pautada pelo trato impessoal e coletivo dos direitos lesados, visando, portanto, a sentença de caráter genérico. Não é compatível com esta forma de atuação a execução específica da sentença, em representação do próprio lesado, nos moldes previstos no art. 98 do Código de Defesa do Consumidor, e nem as providências antecipatórias ou cautelares com a mesma finalidade. Quanto ao procedimento, à falta de previsão legal específica, a defesa dos interesses sociais será promovida mediante utilização de procedimento analogicamente adequado, inclusive o previsto no Título III da Lei nº 8.078/90, ou, em último caso, do procedimento comum, ordinário ou sumário.

PARTE D: PROCESSO COLETIVO, LEI EM TESE E PROCESSO OBJETIVO
CAPÍTULO X – PROCESSO COLETIVO, INTERPRETAÇÃO DA LEI EM TESE
E CONTROLE INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDADE

SUMÁRIO: 1. Jurisdição, fato e norma 2. Eficácia objetiva da coisa julgada 3. Tutela coletiva e sentença genérica 4. Inviabilidade de ação coletiva contra lei em tese 5. Tutela coletiva e controle incidental de constitucionalidade 6. Sentença com eficácia *erga omnes* e controle incidental de constitucionalidade 7. Ação popular e mandado de segurança coletivo contra lei em tese

1. Jurisdição, fato e norma

A atividade jurisdicional exercida em qualquer processo de conhecimento visa a um objetivo específico: uma sentença de mérito. E em toda sentença de mérito há um componente essencial, de natureza declaratória: a declaração de certeza a respeito da existência ou da inexistência ou, ainda, do modo de ser de uma relação jurídica. Nela haverá, portanto, um juízo que contém “declaração imperativa de que ocorreu um fato ao qual a norma vincula um efeito jurídico”²⁷⁹. Realmente, as relações jurídicas têm sua existência condicionada à ocorrência de uma situação de fato (suporte fático) que atrai e faz incidir a norma jurídica. Esse fenômeno de incidência produz efeitos de concretização do direito, formando normas jurídicas individualizadas, contendo as relações jurídicas e seus elementos formativos: os sujeitos, a prestação, o vínculo obrigacional. Por isso se diz que, para chegar ao resultado almejado no processo de conhecimento (ou seja, ao juízo de certeza sobre a relação jurídica), é indispensável efetuar o exame “dos preceitos e dos fatos dos quais depende sua existência ou

279 CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del proceso civil**. Traduzido por Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, V. I, 1986, p. 69.

inexistência”, e, “segundo os resultados desta verificação, o juiz declara que a situação existe ou que não existe”²⁸⁰. Trabalhar sobre as normas, os fatos e as relações jurídicas correspondentes é trabalhar sobre o fenômeno jurídico da incidência, e daí a acertada conclusão de Pontes de Miranda: “nas ações de cognição (...) há enunciados sobre incidência (toda a *aplicação* da lei é enunciado sobre incidência)”²⁸¹. A exigência de que a petição inicial indique, necessariamente, “o fato e os fundamentos jurídicos do pedido” (CPC, art. 282, III), reflete o que acabou de ser dito: ao demandar, o autor deve descrever a sua versão sobre o fenômeno de incidência a ser apreciado pelo juiz.

Daí, pois, a razão de se afirmar que a função jurisdicional cognitiva consiste em atividades destinadas a *formular juízo a respeito da incidência ou não de norma abstrata sobre determinado suporte fático*, cuja essência é resumida em: (a) coletar e examinar provas sobre o ato ou o fato em que possa ter havido incidência; (b) verificar, no ordenamento jurídico, a norma ajustável àquele suporte fático; e (c), finalmente, declarar as conseqüências jurídicas decorrentes da incidência, enunciando a norma concreta; ou, se for o caso, declarar que não ocorreu a incidência, ou que não foi aquele o preceito normativo que incidiu em relação ao fato ou ato, e que, portanto, inexistiu a relação jurídica afirmada pelo demandante; ou, então, que não ocorreu pelo modo ou na extensão ou com as conseqüências pretendidas. Resulta, desse conjunto operativo, uma sentença identificando a existência ou o conteúdo da norma jurídica concreta, que, transitada em julgado, se torna imutável e passa a ter força de lei entre as partes (CPC, art. 468).

2. Eficácia objetiva da coisa julgada

Ter presente essa realidade é fundamental para o estudo da eficácia da sentença e da coisa julgada: a declaração de certeza e a norma jurídica concreta, contidas na sentença, são resultado de um juízo que leva em consideração os pressupostos de um específico fenômeno de incidência, ou seja: (a) um comando normativo e (b) uma

280 CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del proceso civil**. Traduzido por Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, v. I, 1986, p. 68.

281 PONTES DE MIRANDA, Francisco C. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1974, tomo IX, p. 27.

situação de fato, tais como delineados no momento em que a sentença foi proferida. Conforme assinala Barbosa Moreira, “na sentença (...) formula o juiz a norma concreta que deve disciplinar a situação levada ao seu conhecimento. Essa norma jurídica concreta, enquanto referida *àquela* situação, sem dúvida se destina, desde que a sentença passe em julgado, a perdurar indefinidamente, excluídas a possibilidade de vir a emitir-se outra norma concreta e a relevância jurídica de qualquer eventual contestação ou dúvida”²⁸².

A eficácia preclusiva da coisa julgada se refere, apenas, ao juízo declaratório contido na sentença, e não aos seus pressupostos. Em outras palavras, o que objetivamente se torna imutável e insuscetível de revisão na sentença é o seu resultado declaratório a respeito da relação jurídica, considerados os fundamentos de fato ou de direito que serviram de suporte à essa declaração. Os motivos, ainda que importantes, e a verdade dos fatos, ainda que estabelecida como fundamento para a decisão, não são alcançados pela eficácia da coisa julgada (CPC, art. 469), e não o são exatamente porque não constituem o objeto da demanda. Não há ação para obter a declaração sobre a existência ou a inexistência de fato e, salvo no controle abstrato de constitucionalidade, também não há ação que tenha por objeto a validade ou a interpretação de norma jurídica em tese.

A natureza do processo jurisdicional cognitivo, como atividade vinculada a relações jurídicas decorrentes de fatos específicos (acontecidos ou na iminência de acontecerem e que geram ou podem gerar fenômenos de incidência), distingue a atividade do juiz e a do legislador, a função jurisdicional e a função legislativa. Escreveu Carnelutti, em passagem didática, que, “no que diz respeito à lei, (...) ela, em princípio, regula somente os fatos que ocorrerem depois de ela adquirir eficácia (...). Este é precisamente o princípio de sua *irretroatividade*, que disciplina o fenômeno da sucessão de (várias) leis no tempo. Quando, porém, (por exceção), disciplina efeitos de fatos já consumados, a lei se diz *retroativa*. Com a sentença ocorre normalmente o contrário, dado o seu caráter de comando concreto. O juiz, ao decidir a lide, define, em regra, os

282 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada. **Revista Brasileira de Direito Processual**, Uberaba: Vitória Artes Gráficas, n. 32, 2. bimestre, 1982, p. 49.

efeitos de fatos já acontecidos, não de fatos ainda por acontecer. Ao princípio da *irretroatividade da lei* corresponde o da *retroatividade da sentença*. Porém, como a *irretroatividade* para a lei, também a *retroatividade* para a sentença, é um princípio que sofre exceções: isto ocorre quando o juiz disciplina os efeitos ainda por acontecer de fatos já passados; nesses casos, não seria exato falar de *irretroatividade*, que é noção negativa apta a excluir a eficácia do comando a respeito de fatos passados, convindo ao invés enfatizar que a sentença vale também a respeito de fatos futuros”²⁸³. Observe-se, por importante, que, mesmo nesses casos excepcionais, embora a sentença projete efeitos futuros, a formulação do juízo de certeza nela contido tem como suporte necessário uma situação de fato específica e determinada. É o que ocorre também quando a sentença diz respeito a relação jurídica de trato sucessivo²⁸⁴.

Esse princípio, da *retroatividade das sentenças*, decorre justamente da característica natural, antes assinalada, do processo cognitivo: ele se desenvolve a partir de fenômenos de incidência, que, por sua vez, se ligam a concretas situações de fato. Sentenças desprendidas de fatos concretos ou iminentes seriam sentenças sobre norma em abstrato, sobre lei em tese, cujo caráter nitidamente normativo, semelhante ao da função legislativa, seria incompatível com a natureza da atividade jurisdicional²⁸⁵.

Em nosso sistema, a única exceção de atividade jurisdicional desenvolvida sem levar em consideração as situações concretas, de fato, é a exercida no Supremo Tribunal Federal e nos Tribunais de Justiça (em âmbito concentrado), quando tem por objeto o controle em abstrato da constitucionalidade de preceitos normativos (ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, ação de descumprimento de preceito fundamental).

3. Tutela coletiva e sentença genérica

283 CARNELUTTI, Francesco. *Lezioni del diritto processuale civile*. Pádua: Editora Universitária, v. 4, 1926, p. 438.

284 Sobre a eficácia temporal das sentenças: ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia da sentença na jurisdição constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 79.

285 Essa a razão da súmula 266 do STF: “Não cabe mandado de segurança contra lei em tese”.

Também nas ações destinadas a tutelar direitos transindividuais (ações civis públicas, ações populares) o processo cognitivo guarda as características acima assinaladas. Nelas, como em qualquer outro caso, a atividade jurisdicional cognitiva consiste no exame de fatos e dos efeitos jurídicos decorrentes da incidência de normas, do que resultará uma sentença fazendo juízo de certeza sobre a existência ou não da norma concretizada e das obrigações e prestações que dela decorrem. Como em qualquer demanda, o autor da ação civil pública deve enunciar, na petição inicial, o fato e os fundamentos jurídicos do seu pedido, conforme determina o art. 282, III, do CPC. Na ação popular, o fenômeno é o mesmo: cumpre ao cidadão que a propõe indicar claramente o ato que pretende anular, bem como os efeitos lesivos que dele decorrem ou podem decorrer em relação ao patrimônio público, ao meio ambiente, aos bens históricos e culturais, ou à moralidade administrativa. Não é cabível, portanto, nem ação civil pública e nem ação popular contra lei em tese.

É igualmente incabível ação civil coletiva contra lei em tese. Há, aqui, todavia, uma peculiaridade que merece atenção. A atividade cognitiva, nas ações coletivas destinadas a tutelar direitos subjetivos individuais, tem a característica especial de resultar em sentença *genérica*, que não enfoca a situação individual de cada um dos substituídos no processo. Mas não se pode confundir sentença genérica com sentença sobre norma jurídica em abstrato. Sentença genérica é a que faz juízo sobre apenas alguns dos elementos da relação jurídica concreta, e não sobre todos eles. Mesmo assim, todavia, esse juízo, ainda que parcial, sobre a norma concretizada, decorre – e, portanto, supõe a existência – de uma determinada situação de fato que produziu ou que ameaça produzir a lesão aos direitos subjetivos tutelados. São sentenças genéricas, portanto, as que carecem de posterior complementação, para que fiquem integralmente identificados os sujeitos e os demais elementos da obrigação, ensejando, assim, a viabilidade de promover a fase executiva. Não são sentenças pronunciadas em abstrato. São genéricas, por exemplo, as sentenças de que trata o art. 603 do CPC, ou seja, as que não contiverem a determinação do valor ou a individuação do objeto da condenação. Há sentenças com grau ainda mais elevado de generalidade, faltando-lhes inclusive a identificação do titular do direito à prestação. Conforme tivemos oportunidade de demonstrar em

comentários àquele dispositivo, “as situações de iliquidez são de variado grau. Considerando-se título apto a ensejar a tutela executiva o que traz representação documental de uma norma jurídica concreta da qual decorra uma relação obrigacional, há de haver nele afirmação a respeito de (a) ser devido (*an debeat*), (b) a quem é devido (*cui debeat*), (c) quem deve (*quis debeat*), (d) o que é devido (*quid debeat*); e, finalmente, (e) em que quantidade é devido (*quantum debeat*). A iliquidez a que se refere o art. 603 é aquela em que está ausente apenas o elemento (e), ou seja, o montante da prestação. Ora, casos existem em que a iliquidez é de grau bem mais acentuado. Em demandas promovidas por substituto processual, para tutelar direitos subjetivos individuais, a sentença condenatória define os elementos (a) (*an debeat*), (c) (sujeito passivo) e (d) (prestação) sem, no entanto, fazer juízo específico sobre o valor devido (*quantum debeat*) e nem sobre a identidade do titular do direito (*cui debeat*). São dessa espécie as sentenças proferidas em ação coletiva para tutelar direitos individuais homogêneos de consumidores (Lei 8.078/90, art. 95), em demandas promovidas pelo Ministério Público para obter ressarcimento de danos causados a titulares de valores mobiliários e investidores do mercado de capitais (Lei 7.913/89, art. 2º), ou para obter a condenação de ex-administradores de instituições financeiras submetidas a regime de intervenção, liquidação extrajudicial ou falência (Lei 6.024/74, art. 49), em demandas promovidas por entidades associativas e sindicais, para tutela de direitos de seus associados e filiados (CF, art. 5.º, XXI, e art. 8º, III) e, em certos casos, as proferidas em mandado de segurança coletivo (CF, art. 5º, LXX), quando reconhecer direito a vencimentos e vantagens pecuniárias (Lei 5.021/66, art. 1º). Das sentenças penais condenatórias decorre o efeito secundário de “tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime” (CP, art. 91, I). Nelas estão definidos, portanto, os elementos (a) e (c). A natureza dos danos (d) e o seu montante (e), bem assim, em muitos casos, a identificação do titular do crédito (b), são temas relegados à ação de liquidação. Situação semelhante ocorre quando se busca liquidar o valor dos danos causados por execução provisória desfeita, nos casos do art. 588, I, ou por medida cautelar que perdeu a eficácia, nas situações do art. 811, parágrafo único, ou o valor da justa indenização

devida a quem, indevidamente condenado, for vencedor em revisão criminal (CPP, art. 630), em que estão identificados os elementos (a), (b) e (c), carecendo liquidação os elementos (d) e (e), ou seja, o *quid* e o *quantum debeat*. Também para esses casos, inexistindo previsão específica, aplica-se o procedimento liquidatário comum das ações cognitivas, disciplinado no Livro I do Código”²⁸⁶.

Em todos esses casos, o grau de generalidade é mais elevado, mas nem por isso a sentença diz respeito à lei em tese. Também as sentenças genéricas, qualquer que seja o nível de sua generalidade, fazem juízo, ainda que parcial, sobre relações jurídicas concretizadas ou em vias de concretização, que, por sua vez, estão necessariamente vinculadas a fenômenos concretos de incidência.

4. Inviabilidade de ação coletiva contra lei em tese

Reafirma-se, do exposto, que não se pode confundir sentença genérica com sentença sobre a lei em tese. Também as sentenças genéricas produzidas no âmbito das ações civis coletivas para tutelar direitos individuais homogêneos fazem juízo de certeza, ainda que parcial, sobre relações jurídicas concretas, nascidas de específicas situações de fato. A norma jurídica, portanto, é apenas fundamento para a decisão, nunca o seu objeto. O exame da validade ou do conteúdo do preceito normativo serve como elemento para o juízo de declaração a respeito da existência ou inexistência da relação jurídica, ou seja, dos efeitos que a sua incidência, sobre o suporte fático, produziu no mundo jurídico.

Cumprido ao autor das ações coletivas, portanto, indicar, na petição inicial, o fato concreto e atual que causou ou está em vias de causar a lesão aos direitos subjetivos individuais tutelados na demanda. Mesmo quando dispensado de nomear e qualificar os titulares do direito à proteção ou à reparação pretendida, não está o autor autorizado a formular pretensões baseadas, simplesmente, em fatos hipotéticos ou fatos futuros, cuja ocorrência, ainda que provável, seja incerta. Sobre tais fatos hipotéticos não se produziu, nem se pode assegurar que se produzirá, o fenômeno de incidência e nem,

286 ZAVASCKI, Teori Albino. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 8, 2003, p. 320.

conseqüentemente, o nascimento de qualquer relação jurídica. Estabelecer disciplina sobre fatos futuros é papel do legislador e não do juiz. Eventual sentença de procedência de pedido com tais características teria caráter eminentemente normativo, porque examinaria e interpretaria a lei em sua moldura abstrata. Seria, portanto, sentença com eficácia semelhante à de um preceito normativo, cujo trânsito em julgado acabaria por vincular inclusive os demais órgãos do poder judiciário, mesmo os de hierarquia superior, impedidos que ficariam, em casos futuros, de dar à norma interpretação diferente da determinada pela sentença proferida na ação coletiva.

5. Tutela coletiva e controle incidental de constitucionalidade

O sistema misto de controle de constitucionalidade, entre nós adotado, permite que a legitimidade dos preceitos normativos possa ser controlada, simultaneamente, por via incidental (controle, portanto, em concreto e difuso) e por via de ação direta, cuja competência para julgamento é concentrada no Supremo Tribunal Federal ou, se for o caso, nos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, e cuja iniciativa é atribuição restrita de entes específicos. No primeiro caso, o exame da constitucionalidade é efetuado como fundamento para a realização do juízo de certeza da relação jurídica, e, como tal, sua força vinculante se limita ao âmbito do próprio caso concreto. Já no segundo caso, a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade da norma representa o próprio objeto do pedido, o que significa que o juízo de mérito importa o reconhecimento da sua validade ou da invalidade com eficácia subjetiva universal (*erga omnes*) e efeito vinculante também universal.

Também nas ações civis públicas, nas ações populares e nas ações coletivas, conforme antes explicitado, a norma jurídica compõe, não o objeto, mas o fundamento da decisão. Não há empecilho algum a que, nesses limites, a sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade seja incidentalmente averiguada, aferindo-se a aptidão ou não da norma para operar a incidência sobre os fatos e para produzir os correspondentes efeitos

jurídicos²⁸⁷. Tal investigação é típica do controle difuso de constitucionalidade, que pode e deve ser efetuada por qualquer juiz, em qualquer processo, mesmo de ofício.

6. Sentença com eficácia *erga omnes* e controle incidental de constitucionalidade

Ocorre que as sentenças proferidas em ações civis públicas para tutela de direitos transindividuais (art. 16 da Lei 7.347/85) e em ações coletivas para tutela de direitos individuais homogêneos, têm, em certos casos, eficácia subjetiva *erga omnes*, o que pode acarretar, quando nelas se exerce o controle de constitucionalidade, um efeito semelhante ao que decorre da sentença proferida no âmbito do controle abstrato. A verificação concreta desse fenômeno é previsível especialmente em ações coletivas quando, considerando os termos da demanda, nela figuram, como substituídos no processo, todos os possíveis destinatários da norma cuja inconstitucionalidade serve de fundamento do pedido. Em situações assim, ainda que não tenha havido pedido explícito de declaração de invalidade da norma em abstrato, a sentença de procedência acaba tendo, na prática, a mesma eficácia universal que decorre da sentença no controle concentrado, já que, por via transversa, ela retira da norma questionada todo o seu potencial de aplicação, que fica inteiramente esgotado, inclusive para o futuro.

Seria o caso, por exemplo, de uma ação promovida pelo Ministério Público contra a União, postulando que a demandada se abstenha de lançar determinado tributo, ao fundamento de que é inconstitucional a lei que o criou. Embora a inconstitucionalidade esteja colocada como fundamento do pedido, a eventual sentença de procedência, porque beneficiaria a todos os possíveis destinatários da norma, presentes e futuros, acabaria tendo eficácia subjetiva e objetiva idêntica à da sentença em ação de controle concentrado. Nesse exemplo, a providência constante do pedido formulado na demanda – para que a União se abstenha de cobrar o tributo – nada mais é

287 Nesse sentido é a jurisprudência do STF, formada a partir do julgamento, em 03/09/97, das Reclamações 600-0/SP, Pleno, Relator: Néri da Silveira, DJ de 05/12/2003, e 602-6, Relator: Ilmar Galvão, Pleno, DJ de 14/02/2003 (disponíveis em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 30/09/2005.). Levou-se em consideração, em ambos os casos, que o controle incidental na ação civil pública não importa usurpação da competência do STF eis que (a) o objeto da tutela na ação civil pública não é o mesmo da ação direta, na qual jamais poderia ser alcançado; e (b) as decisões ficam, de qualquer modo, sujeitas a controle final pelo STF. Na doutrina: ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 246.

do que o efeito natural (que sequer supõe pedido expresso) que decorreria da procedência da ação direta de inconstitucionalidade: o da inviabilidade de se aplicar a norma declarada inconstitucional. O preceito normativo questionado, que criou o tributo, acabaria destituído de qualquer aptidão para incidir, tanto no caso concreto, como em casos futuros, ou seja, estaria excluído do ordenamento jurídico, como se tivesse sido declarado ilegítimo em controle abstrato.

Certamente não serão corriqueiras tais hipóteses. O próprio legislador parece ter pretendido evitar a ocorrência delas quando acrescentou o parágrafo único ao artigo 1º da Lei 7.347/85, declarando “incabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados”. Ademais, ao fixar limites territoriais à eficácia da sentença (que “abrangerá apenas os substituídos que tenham na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator”), o art. 2º-B da Lei 9.494/97, tornou remota a possibilidade de que tal eficácia possa ter alcance semelhante ao de uma sentença em controle abstrato. Todavia, a eventual ocorrência da hipótese antes aventada significaria inadmissível deformação do sistema de controle concentrado de constitucionalidade, a ser repelida.

Há certos preceitos normativos, porém, insuscetíveis de controle abstrato de constitucionalidade, razão pela qual a sentença, em ação civil pública, mesmo que venha a ter eficácia subjetiva universal, não poderia ser considerada usurpadora da competência do STF ou de Tribunais de Justiça. É o que ocorre quando a alegada inconstitucionalidade, invocada como fundamento do pedido, é de uma lei municipal em face de dispositivo da Constituição Federal. Não cabe, perante o STF, ação direta de inconstitucionalidade de lei municipal (CF, art. 102, I, *a*). Quanto ao Tribunal de Justiça, o que se admite, perante ele, é ação direta de inconstitucionalidade de lei municipal em face da Constituição do Estado (CF, art. 125, § 2º), mas não quando se alega ofensa à Constituição Federal.

Pode ocorrer que a alegada inconstitucionalidade do preceito normativo municipal seja por ofensa a dispositivo, da Constituição do Estado, que constitua

reprodução de preceito constante da Carta Federal. Também nessa hipótese a ofensa, se presente, é, antes de tudo, a essa última, e não propriamente à Constituição estadual. Em casos tais, a jurisprudência do STF admite "*a propositura da ação direta de inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça local, com possibilidade de recurso extraordinário se a interpretação da norma constitucional estadual, que reproduz a norma federal de observância obrigatória pelos Estados, contrariar o sentido e o alcance desta*"²⁸⁸. Ora, pelas mesmas razões que o STF considera inexistir, nessa ação direta, por parte do Tribunal do Estado, usurpação de sua competência, pode-se afirmar que inexistente usurpação da competência do Tribunal de Justiça pelo juízo de primeiro grau que julga a ação civil pública ou ação coletiva, ainda que com eficácia *erga omnes*. Com efeito, também aqui a sentença proferida estará, em qualquer caso, sujeita ao crivo do Tribunal, por recurso voluntário (apelação) e, eventualmente, também por reexame necessário. Por outro lado, em caso de improcedência (com o reconhecimento da constitucionalidade do preceito normativo pelo juiz de primeiro grau), mesmo que o sucumbente não impugne a sentença por recurso voluntário, ainda assim ela não constituirá empecilho à eventual ação direta de inconstitucionalidade da lei perante o Tribunal de Justiça. Também nesse caso não há se falar em invasão do domínio do controle concentrado nem em usurpação de competência do Tribunal de Justiça.

7. Ação popular e mandado de segurança coletivo contra lei em tese

A ação popular, conforme se fez ver em capítulo próprio²⁸⁹, tem por finalidade constitucional anular atos lesivos ao patrimônio público, ao meio ambiente, à moralidade administrativa e ao patrimônio histórico e cultural (CF, art. 5º, LXXIII). De um modo geral, tais atos são caracterizadamente individuais, mas não se pode descartar a hipótese de um ato lesivo ter natureza normativa. Imagine-se a hipótese de lei concessiva de isenção fiscal. Seria cabível ação popular para declarar sua nulidade? Não estaria a ação popular, em caso tal, atacando lei em tese ou assumindo feições de ação direta de

288 STF. Pleno (maioria). Rcl. 383-3. Relator: Moreira Alves, DJ DE 21/05/93. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 30/09/2005.

289 Capítulo IV.

inconstitucionalidade, com usurpação da competência concentrada do Supremo Tribunal Federal ou dos tribunais de Justiça?

Já se disse que, também na ação popular, é indispensável que o seu autor descreva, na petição inicial, os fatos e os fundamentos jurídicos do pedido, indicando, assim, um específico fenômeno concreto de incidência da norma. Portanto, não cabe ação popular contra lei em tese. Se, além de atacar lei em tese, o fundamento é, simplesmente, o da sua inconstitucionalidade, o descabimento da ação teria um motivo adicional: ela estaria substituindo a ação própria de controle concentrado de constitucionalidade²⁹⁰. Não se nega, com isso, as virtualidades da ação popular, já que ela pode ser proposta, se for o caso, contra o ato (ou os atos) que, supervenientemente, vier a dar concretude à determinação abstratamente prevista na norma ilegítima ou inconstitucional. Em outras palavras, a ação popular não é cabível contra a lei em tese, mas é cabível contra o ato administrativo que lhe der aplicação.

Há casos, todavia, em que o ato lesivo, embora formalmente tenha caráter normativo, produz, desde logo, efeitos concretos e imediatos, independentemente de qualquer intermediação de ato administrativo secundário. Se a própria lei já contém eficácia executiva própria e automática, ela assume, quanto a tais aspectos, características de ato administrativo. Negar o cabimento da ação popular, nesse caso, seria comprometer demasiadamente a garantia fundamental assegurada ao cidadão pelo art. 5º, LXXIII, da CF. O que se impõe, nas circunstâncias, é evitar que o exercício dessa garantia comprometa a competência privativa dos Tribunais que exercem o controle concentrado de constitucionalidade. Ora, se a ação popular visa, não simplesmente à declaração da inconstitucionalidade da lei (abstratamente considerada), mas também, desde logo, à restauração dos efeitos lesivos concretamente verificados e demonstrados (v.g., condenação em perdas e danos, como prevê o art. 11 da Lei 4.717/65), causados por sua execução, o objeto da demanda não se confundirá com o da ação direta, que não

290 Há precedente do STF negando o cabimento de ação popular também quando, “pela causa de pedir e pelo pedido de provimento mandamental formulado, configura hipótese reservada à ação direta de inconstitucionalidade por omissão de medidas administrativas, de privativa competência originária do STF” (Rcl. 1.017-1, Pleno. Relator: Sepúlveda Pertence. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 30/09/2005.).

comporta pretensões dessa natureza. Nesses termos, será cabível a ação popular contra a lei de efeitos concretos²⁹¹.

Situação análoga ocorre com o mandado de segurança coletivo, que, conforme referido em capítulo próprio²⁹², é espécie de ação coletiva, destinada a tutelar direitos individuais homogêneos. *Mutatis mutandis*, os requisitos da petição inicial são semelhantes aos da ação individual de mandado de segurança, nomeadamente no que diz respeito à indispensabilidade de indicação, na petição inicial, da situação concreta que caracteriza violação ou ameaça aos direitos tutelados. Embora se trate de ação que, por tutelar interesses de muitas pessoas, não identificadas desde logo na inicial, resulta em sentença com algum grau de generalidade (como é próprio das ações coletivas), o mandado de segurança coletivo não visa a um objetivo abstrato. Supõe, ao contrário, situação concreta de lesão ou ameaça a direito, por parte de um ato ou de uma omissão de autoridade. A súmula que inibe a impetração de mandado de segurança individual contra lei em tese (Súmula 266/STF) tem, assim, inteira aplicação ao mandado de segurança coletivo²⁹³.

291 MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança**. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 139.

292 Capítulo VIII.

293 A impetração de mandado de segurança coletivo contra lei em tese enseja indeferimento liminar da petição inicial. Foi o que ocorreu, v.g., no STF, no MS 23331 (DJ de 08/02/99), em que seu relator, Min. Celso de Mello, enfocou o tema nos seguintes termos: "Tenho para mim que se revela inviável o trânsito, nesta Suprema Corte, da presente ação de mandado de segurança, eis que a Medida Provisória nº 1.757-50, de 13/01/99 - que modificou a data de pagamento dos vencimentos dos servidores do Poder Executivo da União - qualifica-se, em função de seu próprio conteúdo material, como um típico ato estatal de caráter normativo. A MP nº 1.757-50, de 13/01/99, traduz, desse modo, um ato em tese, cujo coeficiente de normatividade e de generalidade abstrata impede, na linha de diretriz jurisprudencial firmada pelo Supremo Tribunal Federal (Súmula 266), a válida utilização do remédio constitucional do mandado de segurança. Cumpre enfatizar que normas em tese - assim entendidos os preceitos estatais qualificados em função do triplice atributo da generalidade, impessoalidade e abstração - não se expõem ao controle jurisdicional pela via do mandado de segurança, consoante adverte o magistério da doutrina (MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data**. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 1992. BUZUID, ALFREDO. **Do Mandado de Segurança**. São Paulo: Saraiva, 1989. v.I, p. 126-129, itens 5/6. DIREITO, Carlos Alberto Menezes. **Manual do mandado de segurança**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1994, p. 41-42). Como já precedentemente enfatizado, não se revestem de indicabilidade, pela via jurídico-processual do mandado de segurança, os atos em tese, "assim considerados os que dispõem sobre situações gerais e impessoais, têm alcance genérico e disciplinam hipóteses que neles se acham abstratamente previstas" (RTJ 132/189, Rel. Min. CELSO DE MELLO). Nem se diga, de outro lado, que o instituto do mandado de segurança coletivo - tendo-se presente o perfil jurídico que o qualifica - subtrair-se-ia à orientação jurisprudencial que pré-exclui os atos em tese da esfera de incidência tutelar do writ mandamental. Esta Suprema Corte, por mais de uma vez, com apoio no magistério doutrinário (GRECO FILHO, Vicente. **Tutela**

constitucional das liberdades. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 168), já firmou entendimento no sentido de que o mandado de segurança coletivo submete-se às mesmas exigências e regula-se pelos mesmos princípios básicos inerentes ao mandamus individual (RTJ 137/663, Rel. p/ o acórdão Min. CELSO DE MELLO), circunstância esta que obsta o ajuizamento da ação mandamental coletiva nas hipóteses de impugnação a atos em tese emanados do Poder Público. Buscou-se, na realidade, por via imprópria e inadequada, o reconhecimento da invalidade de ato normativo (a Medida Provisória em questão) alegadamente inconstitucional. Impende observar, neste ponto, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em decisões inteiramente aplicáveis ao caso, tem proclamado que o mandado de segurança não é sucedâneo da ação direta de inconstitucionalidade (RTJ 132/1136, Rel. Min. CELSO DE MELLO - RTJ 110/77, Rel. Min. FRANCISCO REZEK). Sendo assim, e considerando as razões expostas, não conheço do presente mandado de segurança coletivo (Súmula 266), restando prejudicada, em consequência, a apreciação da medida liminar (Lei nº 8.038/90, art. 38)".

CAPÍTULO XI – TUTELA COLETIVA POR AÇÕES DE CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE

SUMÁRIO: 1. Supremacia da Constituição e controle de constitucionalidade 2. Controle concentrado de constitucionalidade e tutela coletiva 3. A norma em abstrato como objeto do processo 4. Os sujeitos do processo: função institucional 5. A dupla face da demanda e das sentenças 6. Tutela antecipada: a “medida cautelar” 7. Eficácia executiva das liminares 8. Revogação da liminar e ajustamento das situações jurídicas atingidas 9. A eficácia das sentenças 9.1 Eficácia material (declaratória e *ex tunc*) 9.2. Eficácia processual (*erga omnes* e vinculante) 10. Eficácia executiva: o cumprimento das sentenças

1. Supremacia da Constituição e controle de constitucionalidade

Nos países de constituição rígida, como o Brasil, o princípio da supremacia das normas constitucionais faz nascer um sistema de direito hierarquizado, em decorrência do qual são absolutamente nulas as normas que, situadas em patamar inferior, sejam incompatíveis com as de hierarquia superior. Tal incompatibilidade pode decorrer de duas causas. Primeiro, da não-observância, pelo legislador ordinário, das formalidades estabelecidas na Constituição para a criação das normas infraconstitucionais. Ter-se-á, então, uma norma viciada por *inconstitucionalidade formal*. E segundo, da antinomia ou da ausência de adequação entre o princípio ou a regra constitucional e o conteúdo da norma inferior. Aqui haverá *inconstitucionalidade material*.

Além da inconstitucionalidade por *ação*, o legislador ordinário pode incorrer em falta de outra espécie, caracterizada pela sua *inércia* em face de um dever de legislar ou de adotar “medida para tornar efetiva norma constitucional” (CF, art. 103, § 3º). É a denominada *inconstitucionalidade por omissão*, que resulta de atentado, não

propriamente contra o princípio da supremacia, mas contra a força normativa da Constituição.

Qualquer que seja o modo como se apresenta o fenômeno da inconstitucionalidade, ele está sujeito a controle pelo Poder Judiciário, por mecanismos que a própria Constituição estabelece. No que se refere aos preceitos normativos decorrentes da ação legislativa, a fiscalização jurisdicional da sua constitucionalidade pode se dar, basicamente, por duas formas: (a) no julgamento de caso concreto, em que, para tutelar direito subjetivo específico, nega-se aplicação a normas consideradas inconstitucionais; e (b) no julgamento de ação direta com tal finalidade, em que, para tutelar a própria Constituição, declara-se a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade de determinado preceito normativo. No primeiro caso (a) há *controle difuso de constitucionalidade*, assim chamado porque pode ser realizado por qualquer juiz ou tribunal. No segundo caso (b) há *controle concentrado*, porque de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal (quando a ofensa for à Constituição Federal) e dos Tribunais de Justiça dos Estados (quando ofendida a Constituição do Estado).

Também são duas as formas de controle da inconstitucionalidade por omissão: (a) por *mandado de injunção*, remédio destinado a tutelar direitos subjetivos, com procedimento semelhante ao do mandado de segurança (Lei n. 8.038, de 28/05/90, art. 24, § único), que será concedido “sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania” (CF art. 5º, LXXI); e (b) por *ação direta de inconstitucionalidade por omissão*, mecanismo de controle abstrato, cuja procedência resultará em cientificação “ao Poder competente para adoção das providências necessárias, e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias” (CF, art. 103, § 2º).

Os instrumentos para controle das omissões inconstitucionais não têm tradição em nosso direito. Criados pela Constituição de 1988, não alcançaram, por enquanto, a efetividade que deles seria razoável esperar. É que as sentenças proferidas nas ações de inconstitucionalidade por omissão contêm escassa eficácia executiva, consistindo,

simplesmente, em “ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias” (CF, art. 103, § 2º). Quanto ao mandado de injunção, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal inclina-se por considerar os provimentos dele decorrentes como de eficácia assemelhada aos proferidos nas ações diretas de inconstitucionalidade por omissão, ou seja, como simples atos de cientificação do responsável pela inércia legislativa, com recomendação para supri-la.

É diferente a situação quando se trata de fiscalizar a *ação* normativa. O controle incidental da constitucionalidade das leis e atos normativos, que é poder-dever de qualquer juiz ou tribunal, a ser exercido inclusive de ofício (controle difuso), tem, no Brasil, virtualmente, a idade da República. Previsto no Decreto nº 848, de 11/10/1890, que instituiu a Justiça Federal, foi reafirmado pela Constituição de 1891, ao outorgar ao Supremo Tribunal Federal competência para julgar recursos “quando se questionar sobre a validade ou a aplicação de tratados e leis federais” (art. 59, § 1º, *a*). Reiterado e aperfeiçoado pelas posteriores Cartas Constitucionais, o controle difuso de constitucionalidade representa, hodiernamente, um significativo marco de afirmação da autonomia do Poder Judiciário.

A partir da Emenda Constitucional nº 16, de 26/11/65, o sistema foi enriquecido com a implantação de mecanismos de *controle em abstrato* de constitucionalidade das normas, também chamado, entre nós, de *controle concentrado*, porque é exercido com exclusividade pelo Supremo Tribunal Federal, no que se refere à Constituição Federal, e pelos Tribunais de Justiça, no âmbito da Constituição dos Estados-Membros. Com a referida Emenda foi conferida ao Supremo Tribunal Federal a competência para processar e julgar “representação contra a inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República” (art. 101, I, *k*, da CF de 1946, com a redação dada pela EC nº 16). A representação de inconstitucionalidade, que corresponde à atual ação direta de inconstitucionalidade (ADIn), recebeu aperfeiçoamentos importantes na Constituição de 1988, nomeadamente no que diz respeito à legitimação ativa, que deixou de ser monopólio do Procurador-Geral da República. Atualmente pode ser promovida por um número bem representativo

de autoridades e órgãos estatais, partidos políticos e entidades classistas (art. 103 da CF).

Outro instrumento importante de controle abstrato e concentrado é a ação declaratória de constitucionalidade (ADC). Introduzida no sistema pela Emenda Constitucional nº 3, de 17/03/93, ela redundou, quando julgada no mérito, a exemplo do que ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade, em sentenças que “produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal” (CF, art. 102, § 2º, com a redação dada pela EC nº 45/2004).

Finalmente, compõe o elenco de ações de controle abstrato a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), prevista no parágrafo 1º do artigo 102 da Constituição e disciplinada pela Lei nº 9.882, de 03/12/99. A teor dessa Lei, a ação é destinada a “evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público” (art. 1º), sendo cabível *também* “quando for relevante o fundamento da controvérsia jurisdicional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição” (art. 1º, parágrafo único). A decisão que nela vier a ser proferida, fixando “as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental” (art. 10), “terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público” (art. 10, § 3º). Portanto, embora não seja exclusivamente essa a sua finalidade, é certo que a ADPF se presta, em muitos casos, ao controle abstrato da legitimidade de normas.

Cumpra, assim, examinar esse especial modo de prestar tutela coletiva, com especial atenção para os dois mais significativos instrumentos processuais dispostos para tal fim: a ação direta de inconstitucionalidade (ADIn) e a ação declaratória de constitucionalidade (ADC).

2. Controle concentrado de constitucionalidade e tutela coletiva

É inegável a tendência, verificada em nosso sistema, de privilegiar o método de controle concentrado de constitucionalidade das normas, sendo que as decisões de mérito proferidas nas correspondentes ações têm não apenas a eficácia direta de tutelar

da ordem jurídica, mas também, indiretamente, a de autorizar ou desautorizar a incidência da norma, objeto da ação, sobre os fatos jurídicos, confirmando ou negando a existência dos direitos subjetivos individuais. Considerando essa circunstância, e, ainda mais, que as mesmas sentenças têm eficácia *ex tunc*, do ponto de vista material, e *erga omnes*, na sua dimensão subjetiva, não há como negar que o sistema de controle concentrado de constitucionalidade constitui, mais que modo de tutelar a ordem jurídica, um poderoso instrumento para tutelar, ainda que indiretamente, direitos subjetivos individuais, tutela que acaba sendo potencializada em elevado grau, na sua dimensão instrumental, pela eficácia vinculante das decisões. É, em outras palavras, um especial modo de prestar tutela coletiva.

3. A norma em abstrato como objeto do processo

Se considerarmos os três elementos básicos da atuação do fenômeno jurídico – ou seja, a norma abstrata, o suporte fático de sua incidência e a norma individualizada (relação jurídica) que daí surge – poderemos identificar algumas notas distintivas entre (a) a função jurisdicional exercida comumente pelo Poder Judiciário na solução de conflitos de interesses concretizados e (b) a que se desenvolve nos processos de controle concentrado de constitucionalidade. No primeiro caso, a função jurisdicional é concebida como atividade destinada a atuar sobre o *suporte fático* e a *norma individualizada*, dirimindo controvérsias a respeito do surgimento ou não da relação jurídica, ou sobre a existência ou o modo de ser de direitos subjetivos, de deveres ou de prestações. No segundo, faz-se atuar a jurisdição com o objetivo de tutelar, não direitos subjetivos, mas sim a própria ordem constitucional, o que se dá mediante solução de controvérsias a respeito da legitimidade da *norma jurídica abstratamente considerada*, independentemente da sua incidência em específicos suportes fáticos. Aqui, portanto, o processo é objetivo. Nele não figuram *partes*, no sentido estritamente processual, mas entes legitimados a atuar institucionalmente, sem outro interesse que não o da preservação do sistema de direito.

4. Os sujeitos do processo: função institucional

Desde o advento da EC 45/2004, são legitimados ativos, tanto para a ADIn, quanto para a ADC, o Presidente da República, as Mesas do Senado e da Câmara, os Governadores e as Mesas das Assembléias Legislativas dos Estados e do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, os partidos políticos com representação no Congresso Nacional e as confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional (CF, art. 103). Originalmente, os legitimados ativos para a ADC compunham rol bem mais restrito: apenas, o Presidente da República, as Mesas da Câmara e do Senado e o Procurador Geral da República (CF, art. 103, § 4º, hoje revogado). Em qualquer caso, é obrigatória a participação do Procurador-Geral da República (CF, art. 103, § 1º).

Não se admite intervenção de terceiros (Lei 9.868, arts. 7º e 18) , nem em forma de assistência ou litisconsórcio²⁹⁴. Todavia, faculta-se ao relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade do interessado, colher a manifestação, no processo, de outros órgãos ou entidades (Lei 9.868, art. 7º, § 2º e art. 20, § 1º), que poderão alinhar-se à tese de procedência ou de improcedência²⁹⁵.

O interesse de agir só existe se e enquanto estiver em vigor o preceito normativo cuja legitimidade estiver sendo questionada, pelo que restará prejudicada a ação por perda de objeto se, antes do seu julgamento, ocorrer a sua revogação. É nesse sentido a jurisprudência do STF em relação a ADIn²⁹⁶, isso “independentemente da verificação dos efeitos concretos que o ato haja produzido, pois eles têm relevância no plano das relações individuais, não, porém, no do controle abstrato de normas”²⁹⁷. Por igual motivo, não será admitida a ação “com o fito de obter-se declaração de inconstitucionalidade em abstrato em face de Constituição revogada”, eis que, “em se tratando de leis anteriores à Constituição vigente, não há que se cogitar – como tem

294 STF. Pleno. ADIn 1.286, Relator: Ilmar Galvão, RTJ 164:895; STF. Pleno. ADIn 29 (AgReg nos EI), Relator: Marco Aurélio, RTJ 139:373. Disponíveis em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 30/09/2005.

295 Os terceiros atuam, nesses casos, na condição de ‘amicus curiae’, podendo, se assim admitir o Tribunal, promover sustentação oral (Questão de Ordem na ADIn 2675 e na ADIn 2777, Min. Cezar Peluso, julgada em 26/11/2003).

296 STF. Pleno. ADIn 709-2. Relator: Paulo Brossard, RTJ 154:401. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 30/09/2005.

297 STF. Pleno. ADIn 539-1. Relator: Moreira Alves, RTJ 152:739. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 30/09/2005.

entendido o STF – de inconstitucionalidade, mas, sim (e se for o caso), de revogação, matéria estranha à representação por inconstitucionalidade”²⁹⁸. O controle abstrato dessas normas pré-constitucionais somente será cabível por ADPF, para evitar ou reparar lesão a preceito fundamental (Lei 9.882, art 1º, parágrafo único, I).

Entretanto, é de ser admitida a possibilidade de ADC em relação a norma anterior, para declarar a sua recepção (ou seja, a sua legitimidade e a sua vigência) em face do regime constitucional superveniente, bem como a possibilidade de ADIn para declarar a sua inconstitucionalidade superveniente²⁹⁹.

Se a norma atacada for de vigência temporária, o exaurimento da sua eficácia acarretará, igualmente, prejuízo ao julgamento da ação direta contra ela proposta. Assestada contra medida provisória, restará prejudicada a ação se tal medida não for convertida em lei, seja por ter sido explicitamente rejeitado o projeto de conversão, seja pela ausência de deliberação parlamentar no prazo constitucional³⁰⁰.

Situação peculiar ocorre quando a medida provisória atacada vem a ser revogada por outra, ainda não convertida em lei. Segundo a jurisprudência do STF³⁰¹, “quando medida provisória ainda pendente de apreciação pelo Congresso Nacional é revogada por outra, fica suspensa a eficácia da que foi objeto de revogação até que haja pronunciamento do Poder Legislativo sobre a medida provisória revogadora, a qual, se convertida em lei, tornará definitiva a revogação; se não o for, retomará seus efeitos a medida provisória revogada pelo período que ainda lhe restava para vigorar”. Nessas circunstâncias, se a medida provisória revogada tiver sido objeto de ação direta, fica suspenso o respectivo processo no mesmo período de suspensão da eficácia da norma atacada, resultando prejudicado se for confirmada por lei a revogação, ou retomando o curso em caso contrário.

298 STF. Pleno. Rp 1.016. Relator: Moreira Alves, RTJ 95:993. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 30/09/2005.

299 ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia da sentença na jurisdição constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 111.

300 STF. Pleno. ADIn 534-1. Relator: Celso de Mello, RTJ 152:731. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 30/09/2005.

301 STF. Pleno. ADIn 534. Relator: Celso de Mello, RTJ 152:731. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 30/09/2005.

O Advogado-Geral da União tem a função institucional de defender o ato normativo impugnado (CF, art. 103, § 3º), que, portanto, será chamado a intervir em ADIn, onde fará as vezes de sujeito passivo da relação processual (Lei 9.868/99, art. 8º).

5. A dupla face da demanda e das sentenças

Tanto a ação direta de inconstitucionalidade quanto a declaratória de constitucionalidade têm natureza dúplice, ou seja, ambas têm aptidão para firmar, quando julgadas no seu mérito, juízo de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade do preceito normativo que lhes dá objeto (art. 24 da Lei 9.868/99). Assim, a procedência da ação direta de inconstitucionalidade opera declaração de nulidade da norma inconstitucional, com a sua conseqüente eliminação do ordenamento jurídico. É jurisprudência assentada firmemente na Corte Suprema que “a declaração de inconstitucionalidade em tese encerra um juízo de exclusão, que, fundado numa competência de rejeição deferida ao Supremo Tribunal Federal, consiste em remover do ordenamento positivo a manifestação estatal inválida e desconforme ao modelo plasmado na Carta Política, com todas as conseqüências daí decorrentes, inclusive a plena restauração de eficácia das leis e das normas afetadas pelo ato declarado inconstitucional. Esse poder excepcional - que extrai sua autoridade da própria Carta Política - converte o Supremo Tribunal Federal em verdadeiro legislador negativo”³⁰². Quando, todavia, a ação for julgada improcedente, restará afirmada, para todos os efeitos, a constitucionalidade do preceito normativo.

Fenômeno idêntico e com sentido inverso ocorre no julgamento da ação declaratória de constitucionalidade: a sua procedência importa reconhecimento da constitucionalidade do preceito normativo; e a sua improcedência, a declaração da inconstitucionalidade, e, portanto, da sua nulidade, com a conseqüente exclusão, para todos os efeitos, do ordenamento positivo. A propósito, sustentou o Ministro Moreira Alves, no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 1, ocasião em que o Supremo Tribunal Federal definiu a natureza desse instrumento: “sendo uma ação que

302 STF. Pleno. ADIn 652-5. Relator: Celso de Mello, RTJ 146:461. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 30/09/2005.

visa diretamente à obtenção da declaração de que o ato normativo seu objeto é constitucional, é ela cabível exatamente para esse fim, embora, se julgada improcedente, essa decisão de improcedência implique a declaração de inconstitucionalidade do ato normativo em causa”³⁰³. No mesmo sentido, em outro julgado, sustentou o Ministro Néri da Silveira que, “chamada a declarar a constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, a Corte decidirá, - por exercer, precisamente, aí, função judiciária, - como entender de direito, em face da Constituição, podendo, desse modo, a decisão de mérito dar pela improcedência da demanda declaratória, afirmando, ao revés, a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo federal que lhe foi submetido a exame. De acordo com o § 2º do art. 102 da Constituição, na redação da Emenda Constitucional n. 3/1993, a decisão definitiva, que se há de entender pela procedência ou improcedência da ação, terá, por igual, ‘eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo’. Não vale, pois, como é óbvio, afirmar que a decisão de improcedência da ação declaratória de constitucionalidade, não produzirá efeito quanto ao juízo de não-validade da lei ou ato normativo federal. À evidência, opera a sentença, com idêntica eficácia, quer ao julgar procedente, já ao reconhecer a improcedência da ação. Nem seria admissível compreender que, no exercício da função jurisdicional, a decisão da Corte houvesse de proferir-se, tão só, em uma direção, qual seja, no sentido da pretensão do requerente da declaração de constitucionalidade”³⁰⁴.

6. Tutela antecipada: a “medida cautelar”

Ao discriminar a competência do Supremo Tribunal Federal, a Constituição previu, explicitamente, o julgamento de “pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade” (art. 102, I, *p*). Embora nenhuma referência tenha sido feita quanto à ação declaratória de constitucionalidade, assentou-se naquela Corte, por decisão unânime, o entendimento de que semelhante providência pode ser deferida

303 STF. Pleno. ADC 1. Relator: Moreira Alves, RTJ 157:381. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 30/09/2005.

304 Voto proferido em STF. Pleno. ADC 4-6. Relator: Sydney Sanches, DJ de 21/05/1999. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 30/09/2005.

também nessa ação³⁰⁵. Não seria razoável supor-se o contrário, até porque, sem a providência, poderia periclitar a eficácia do provimento definitivo. Assim, não há como questionar a legitimidade da Lei 9.868/99 quando prevê a possibilidade de “medida cautelar” tanto em ADIn (art.10) quanto em ADC (art. 21).

Como ocorre em geral com os provimentos de tutela provisória, o deferimento da medida liminar supõe presentes a relevância dos fundamentos invocados na inicial (*fumus boni iuris*), e a necessidade ou a conveniência da providência antecipada, para garantir a efetividade do resultado do futuro e provável juízo de procedência (*periculum in mora*). “A concessão de liminar, na demanda direta de inconstitucionalidade”, decidiu o STF, “não prescinde do convencimento, ao primeiro exame, sobre o concurso do sinal do bom direito, a demonstrar a relevância do pedido, e do risco de manter-se, eficaz, o dispositivo legal que se pretende ver, afinal, alvejado”³⁰⁶.

Na ADIn, “a concessão de medida cautelar torna aplicável a legislação anterior acaso existente, salvo expressa manifestação em sentido contrário” (Lei 9.868, art. 11, § 2º). No que se refere à ADC, há, na Lei nº 9.868, de 10/11/99, dispositivo que, aparentemente, limita o âmbito material da liminar à “determinação de que os juízes e os Tribunais suspendam o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação até seu julgamento definitivo” (art. 21). Uma interpretação literal, acompanhada do argumento a *contrario sensu*, acarretaria um resultado absolutamente restritivo, que seria o seguinte: em ação declaratória de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal pode determinar, liminarmente, a suspensão do julgamento dos processos em curso que envolvam a aplicação da norma questionada; mas não pode deferir qualquer outra providência liminar. Ora, esse método interpretativo deve ser afastado, já que restringe, sem qualquer razão justificável, o amplo poder cautelar que o sistema constitucional defere ao Supremo Tribunal Federal. Simplesmente suspender o julgamento dos processos é medida de escassa eficácia no plano da realidade, notadamente porque não impede a concessão da tutela antecipada,

305 STF. Pleno. ADC 4-6. Relator: Sydney Sanches, DJ de 21/05/1999. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 30/09/2005.

306 STF. Pleno. ADIn 463-8. Relator: Marco Aurélio, RTJ 137:559. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 30/09/2005.

inclusive por decisão com orientação oposta àquela adotada pelo STF. Aliás, a liminar que simplesmente suspende o julgamento de todos os processos pode, em certos casos, ser, não apenas improdutiva, como se revelar até medida antiprodutiva, já que inviabiliza, inclusive, a prolação de sentenças no sentido da constitucionalidade da norma, ou seja, de sentenças com linha de orientação compatível com a da medida antecipatória. Será, paradoxalmente, sob este aspecto, providência contrária aos interesses dos que dela deveriam ou poderiam se beneficiar.

Impõe-se entender, portanto, que a suspensão do julgamento dos processos, a que se refere o artigo 21 da Lei 9.868, de 10/11/99, é *um dos efeitos possíveis da liminar*, mas não um efeito necessário, nem exclusivo, facultando-se ao STF, com base no poder que deriva da própria Constituição, determinar outras providências que considerar necessárias para afastar o *periculum in mora*, segundo as circunstâncias de cada caso. Não cabe ao legislador ordinário estabelecer, em *numerus clausus*, as configurações que ditas providências podem assumir, nem limitar o seu alcance de forma que iniba a consecução da finalidade a que se destinam.

Em suma, as liminares deferidas nas ações de controle concentrado antecipam um, alguns ou todos os efeitos habilitados a operar reflexos no plano da realidade - ou seja, *efeitos executivos* - que podem decorrer da futura sentença de procedência. São, portanto, provimentos tipicamente antecipatórios. Ora, as sentenças de mérito em ações de controle concentrado, que têm a eficácia jurídico-formal de declarar a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de um preceito normativo, produzem, como efeitos executivos, o de impor comportamentos compatíveis com a observância da norma declarada constitucional e o de inibir comportamentos decorrentes da aplicação da que seja inconstitucional, em qualquer caso, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante. Daí a razão para afirmar que é inerente à liminar a obrigatoriedade do seu atendimento pelos destinatários, sem o que não se atingirá o seu desiderato de arrear eficazmente o *periculum in mora*. Em outras palavras, a liminar, como a sentença final, tem eficácia subjetiva universal e força vinculante. É o que estabelece a Lei 9.868 (artigo 11, § 1º) em relação à ADIn, e que, apesar do seu silêncio, aplica-se também à ADC, pelas razões expostas.

Em face da sua natureza preventiva, destinada a afastar os possíveis danos que, daí em diante, possam comprometer a efetividade do provimento final, a medida liminar tem, em regra, apenas eficácia futura, ou seja, *ex nunc*. Mas, embora não produza a anulação ou a extinção de atos anteriores, compreende-se no provimento liminar a inibição dos efeitos futuros daqueles atos³⁰⁷. Admite-se, excepcionalmente, eficácia retroativa (Lei nº 9.868, de 10/11/99, art. 11, § 1º), destinada a recompor o estado anterior, caso essa providência seja necessária para afastar o *periculum in mora*. Assim ocorre, por exemplo, quando o preceito impugnado importou um *desfazer*, como a desconstituição de atos ou de situações jurídicas (exoneração de servidores), caso em que o afastamento do perigo supõe um *refazer*. De qualquer modo, os efeitos retroativos são concebíveis quando expressamente autorizados pela decisão (art. 11, § 2º). O termo inicial da eficácia da liminar é, em regra, o da data da publicação, no Diário de Justiça da União, da ata da sessão de julgamento em que a medida foi deferida³⁰⁸, ressalvada decisão expressa em outro sentido³⁰⁹.

7. Eficácia executiva das liminares

O controle do cumprimento das medidas antecipatórias opera-se por dois modos: (a) por via de reclamação, no âmbito do controle concentrado, ou (b) por ação individual, nas vias ordinárias.

O cabimento da reclamação está condicionado aos mesmos pressupostos exigidos em caso de descumprimento da sentença definitiva: a) que o descumprimento da liminar tenha decorrido de ato superveniente à decisão, praticado por pessoa, órgão ou entidade vinculada ao processo de controle concentrado ou à criação da norma que lhe serve de objeto; e b) que a reclamação seja proposta por ente legitimado a ajuizar a ação.

307 STF. Pleno. ADIn 711-4. Relator: Néri da Silveira, DJ de 11/06/93. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 30/09/2005.

308 Idem, ibidem.

309 STF. Pleno. ADIn 1.434-0. Relator: Min. Celso de Mello, RTJ 164:506. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 30/09/2005.

Não sendo caso de reclamação, ou não sendo ela ajuizada, a execução da liminar pode ser fiscalizada e operada por via jurisdicional difusa, no âmbito dos processos individuais. Cumpre ao juiz, vinculado que está à decisão proferida na ação de controle concentrado, dar-lhe o devido cumprimento ao julgar as demandas individuais em que a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade do preceito normativo esteja em causa.

O provimento antecipatório na ação de controle concentrado não impede, salvo determinação do STF, que o juiz dê curso regular às demandas em que se controverte a respeito da incidência do preceito questionado. Não obstante, em vista das conseqüências que poderão advir da eventual revogação da medida, conforme adiante se verá, pode o juiz ou o tribunal determinar a suspensão do julgamento, aguardando o desfecho da ação de controle concentrado em que foi proferida a liminar, para o que tem apoio no art. 265, IV, *a*, do CPC. Optando por dar curso à demanda, terá de obedecer, nas suas decisões, ao comando emergente da medida antecipatória deferida no âmbito do controle concentrado. O descumprimento ensejará, conforme o caso, pedido de reclamação³¹⁰ ou a reforma da decisão pela via recursal ordinária (CF, art. 102, II) ou extraordinária (CF, art. 102, III).

A existência de liminar torna incabível ou prejudicado o incidente de inconstitucionalidade previsto no artigo 480 do Código de Processo Civil, dispensando o julgamento da matéria pela maioria absoluta dos membros do tribunal ou do seu órgão especial, a que alude o art. 97 da Constituição.

Pode-se perguntar se a decisão que *indefere* a liminar nas ações de controle concentrado têm efeito semelhante. A resposta deve ser pela negativa. O deferimento da liminar, conforme se observou, supõe a concorrência de dois requisitos: o *fumus boni iuris*, ou seja, a relevância do fundamento da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade da norma, e o *periculum in mora*, ou seja, a necessidade ou a conveniência do deferimento da medida como forma de preservar a utilidade da sentença definitiva. Assim, quando se defere a liminar, está se atestando a presença do *fumus boni iuris*, ou seja, há a palavra do Supremo Tribunal Federal sobre a

310 STF. Pleno. Questão de Ordem na ADIn 1.244-4. Relator: Néri da Silveira, RTJ 169:451. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 30/09/2005.

constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma e é essa a razão fundamental que justifica seu efeito vinculante. Todavia, a decisão que indefere a medida não contém, necessariamente, um juízo sobre o *fumus boni iuris*. A ausência do *periculum in mora* constitui, por si só, fundamento para indeferir, mesmo nos casos em que se faça presente a relevância do fundamento da inconstitucionalidade. Não tem sentido, conseqüentemente, nos casos de indeferimento da liminar, considerar vinculante a decisão, impedindo que, na via difusa, seja instalado o incidente de inconstitucionalidade previsto no artigo 480 do CPC.

Entretanto, não se pode desconsiderar a importância do precedente quando ficar demonstrado, de modo claro, que o fundamento para indeferir a liminar foi, segundo os votos da maioria dos juízes do Supremo, pela falta da relevância da alegação de inconstitucionalidade da norma. Nesse caso, embora tal decisão não impeça a instalação do incidente perante o plenário ou a Corte Especial dos tribunais, a força persuasiva de sua autoridade há de ser considerada no exame do mérito da alegação de inconstitucionalidade do preceito normativo.

8. Revogação da liminar e ajustamento das situações jurídicas atingidas

A provisoriedade é a nota característica dos provimentos antecipatórios, sujeitos que estão a ser revogados a qualquer tempo, não apenas pelo advento de sentença de mérito em sentido contrário, mas também quando o processo, por outra razão, for extinto sem julgamento de mérito. Por se tratar de medida com força obrigatória e ampla eficácia subjetiva, a natureza provisória da liminar importa conseqüências notáveis no âmbito das relações jurídicas: ela contamina com a marca de precariedade todas as situações de direito relacionadas com a norma cuja incidência tenha sido imposta ou sustada por força do seu comando vinculativo. Os atos e as abstenções, os direitos, deveres, faculdades, pretensões, ônus, preclusões, nascidos sob a influência da liminar, terão, necessariamente, natureza também precária, ficando submetidos a uma especial condição, suspensiva ou resolutiva: a da confirmação da liminar pela sentença final de procedência da ação. Da mesma forma, as sentenças que, apreciando dissídios concretos, tiverem solucionado a causa observando, como devem, os ditames daquele

comando provisório – ou seja, aplicando a norma cuja incidência foi imposta por liminar em ação declaratória, ou não fazendo incidir outra, suspensa em ação direta – são sentenças que, ainda quando transitadas em julgado, guardarão marca de provisoriedade, semelhante à que adere à liminar que lhes deu suporte.

Esta situação de geral provisoriedade perdurará até o advento de uma das seguintes ocorrências: (a) sentença de procedência da ação de controle concentrado, o que consolidará, definitivamente, as situações jurídicas precariamente nascidas sob o pálio da liminar; ou (b) revogação da liminar, o que acarretará o retorno ao *status quo ante*, impondo a necessidade de ajustamento das situações jurídicas resultantes do cumprimento da medida revogada.

São as seguintes, em resumo, as formas como se procede em tais circunstâncias³¹¹. Revogada a liminar, as situações jurídicas concretas objeto de demanda judicial serão ajustadas no julgamento do respectivo processo, se ainda em curso na data da revogação da medida; ou, se já apreciadas por sentença transitada em julgado, mediante ação rescisória. As demais situações jurídicas, ainda não submetidas a apreciação judicial, serão ajustadas na via extrajudicial ou, se for o caso, pelas vias jurisdicionais ordinárias, em demandas a serem promovidas pelos interessados. Em qualquer caso, observar-se-á, quanto à questão constitucional, a decisão de mérito proferida na ação de controle concentrado, se houver. Ocorrendo a revogação sem que tenha havido julgamento de mérito, o exame da constitucionalidade fica submetido a controle difuso, nas demandas ordinárias ou na ação rescisória, conforme o caso. O período em que a liminar esteve em vigor não se computa no prazo de prescrição ou de decadência, inclusive no da ação rescisória, relativo a direitos, ações e pretensões cujo exercício ficou inibido pela eficácia vinculante da medida.

9. A eficácia das sentenças

9.1. Eficácia material (declaratória e *ex tunc*)

311 Sobre o tema, mais detidamente: ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia da sentença na jurisdição constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 72-76.

A sentença que afirma a constitucionalidade da norma tem natureza declaratória: ela declara que a norma é compatível com a Constituição e, conseqüentemente, é válida. Da mesma forma, é declaratória a sentença que afirma a inconstitucionalidade. É que o vício da inconstitucionalidade acarreta a nulidade da norma, conforme orientação assentada há muito tempo no Supremo Tribunal Federal³¹² e abonada pela doutrina dominante entre nós³¹³. Assim, a afirmação da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade da norma, mediante sentença de mérito na ação direta ou na ação declaratória, simplesmente declara a validade ou a nulidade. Nada constitui nem desconstitui.

Sendo declaratória a sentença, a sua eficácia temporal, no que se refere à validade ou nulidade do preceito normativo, é *ex tunc*, como ocorre nessa espécie de julgado. “A Corte”, explicou o Ministro Brossard, “verifica e anuncia a nulidade como o joalheiro pode afirmar, depois de examiná-lo, que aquilo que se supunha ser um diamante, não é diamante, mas um produto sintético. O joalheiro não fez a pasta sintética, apenas verificou que o era. Também a decisão judicial não muda a natureza da lei, como o joalheiro não muda a natureza do diamante. Ela nunca foi lei, ele nunca foi diamante. Aquilo que se supunha ser um diamante e que o perito verificou ser um produto sintético, não deixou de ser diamante a partir da verificação do joalheiro, mas *ab initio* não passava de produto sintético. Também a lei inconstitucional. O Judiciário não a fez inconstitucional, apenas verificou e declarou que o era. Por isso seu efeito é *ex tunc*”³¹⁴.

Essa doutrina, que afirma a nulidade da norma inconstitucional e a natureza declaratória da sentença que a reconhece, não fica, de modo algum, comprometida com a regra constante do artigo 27 da Lei nº 9.868, de 10/11/99, segundo a qual, “ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por

312 Nesse sentido, entre muitos: STF. Pleno. ADIn 652-5. Relator: Celso de Mello, RTJ 146:461. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 30/09/2005.

313 MAXIMILIANO, Carlos. **Comentários à Constituição brasileira**. 5 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954, volume I, p. 159.

314 Voto proferido em STF. Pleno. ADIn 2, Relator: Paulo Brossard, DJ de 21/11/97. RTJ 169:780. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 30/09/2005.

maioria de dois terços dos seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”. Tal dispositivo, na verdade, reafirma a tese, pois deixa implícito que os atos praticados com base em lei inconstitucional são atos nulos e que somente podem ser mantidos em virtude de fatores extravagantes, ou seja, por “razões de segurança pública ou de excepcional interesse social”. Ao mantê-los, pelos fundamentos indicados, o Supremo não está declarando que foram atos válidos, nem está assumindo a função de “legislador positivo”, criando uma norma – que, se fosse o caso, deveria ter hierarquia constitucional – para validar atos inconstitucionais. O que o Supremo faz, ao preservar determinado *status quo* formado irregularmente, é típica função de juiz.

9.2. Eficácia processual (*erga omnes* e vinculante)

Declarando a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de um preceito normativo abstratamente considerado, a sentença proferida em ação de controle concentrado irradia efeitos para todos os possíveis destinatários da norma. Ou seja: a sentença tem eficácia subjetiva *erga omnes*. E à força dessa declaração submetem-se, obrigatoriamente, as autoridades que têm por atribuição aplicar a norma questionada, vale dizer, os órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública. Relativamente a eles, a sentença tem, portanto, efeito vinculante. É o que está expresso § 3º do art. 103 da CF e no artigo 28, parágrafo único da Lei nº 9.868, de 10/11/99.

Há dificuldade em estabelecer, com precisão, o que é efeito vinculante e o que o diferencia da eficácia *erga omnes*. É que, conforme anotou o Ministro Moreira Alves, “a eficácia contra todos ou *erga omnes* já significa que todos os juízes e tribunais, inclusive o Supremo Tribunal Federal, estão vinculados ao pronunciamento judicial”³¹⁵. Como nota característica, pode-se afirmar que o efeito vinculante confere ao julgado uma força obrigatória qualificada, com a consequência processual de assegurar, em caso de

315 STF. Pleno. ADC 1. Relator: Moreira Alves, RTJ 157:377. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 30/09/2005.

reclatância dos destinatários, a utilização de um mecanismo executivo próprio – a reclamação - para impor o seu cumprimento.

É importante distinguir, pelas conseqüências que daí decorrem em face das situações concretas, (a) a nulidade ou a validade da norma e (b) o efeito vinculante da declaração judicial da sua validade ou nulidade. São fenômenos jurídicos distintos, especialmente no que se refere à sua eficácia temporal, mais especialmente o seu termo *a quo*. Conforme se viu, a declaração de inconstitucionalidade tem eficácia *ex tunc*. Essa afirmação é correta porque se considera que o vício declarado importa a nulidade da norma desde a sua origem. O mesmo se pode dizer em relação à declaração de constitucionalidade: sua eficácia é *ex tunc*, na medida em que se reconhece a validade da norma desde a sua edição. Todavia, quando se trata do *efeito vinculante* das sentenças proferidas nas ações de controle concentrado, não é correto afirmar que ele tem eficácia desde a origem *da norma*. É que tal efeito não decorre da *validade ou invalidade da norma* apreciada (= eficácia material), mas da *sentença* que a aprecia (= eficácia processual). O efeito vinculante é também *ex tunc*, mas seu termo inicial se desencadeia com a *sentença* que declarou a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade, e não com o início da *vigência da norma* examinada. Pode-se situar, como termo inicial do efeito vinculante, nesses casos, a data da publicação do acórdão do Supremo Tribunal Federal no Diário Oficial (art. 28 da Lei nº 9.868, de 10/11/99).

10. Eficácia executiva: o cumprimento das sentenças

As sentenças proferidas em ADIn e ADC são irrecorríveis (salvo em relação a embargos declaratórios) e não estão sujeitas a ação rescisória (Lei 9.868, art. 26). Uma vez proferidas, são comunicadas à autoridade ou ao órgão responsável pelo ato normativo questionado (art. 25) e a parte dispositiva do acórdão é publicado “em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União” (art. 28), com o que passa a ser de observância obrigatória para todos.

Relativamente ao modo de dar cumprimento àquelas sentenças, deve-se distinguir os seus reflexos em face (a) das situações jurídicas a ela anteriores e (b) das situações a ela supervenientes. Considerando que o termo *a quo* do efeito vinculante é a

data da publicação do acórdão, explica-se por que as decisões tomadas em ações de controle concentrado não produzem a automática desconstituição das relações jurídicas anteriores a elas contrárias. Para que se desfaçam tais relações, notadamente quando afirmadas por sentença judicial, é insuficiente a sentença proferida no âmbito do controle abstrato. Em outras palavras: não basta que sejam situações incompatíveis com a Constituição; é indispensável que essa incompatibilidade seja também reconhecida por ato estatal específico, com força vinculativa, ato esse que, nas situações examinadas, não existia à época em que as referidas relações jurídicas foram constituídas. O efeito vinculante da sentença no controle concentrado foi-lhes superveniente.

Por outro lado, a natureza objetiva do processo, no qual não figuram *partes* nem se levam em consideração relações jurídicas ou direitos subjetivos, importa a consequência de inviabilizar, nele mesmo, em regra, a adoção de providências de natureza executiva. Não é processo com caráter satisfativo, “não legitima, em face da sua natureza mesma, a adoção de quaisquer providências satisfativas tendentes a concretizar o atendimento de injunções determinadas pelo Tribunal. Em uma palavra: a ação direta não pode ultrapassar, sob pena de descaracterizar-se como via de tutela abstrata do direito constitucional positivo, os seus próprios fins, que se traduzem na exclusão, do ordenamento estatal, dos atos incompatíveis com o texto da Constituição”³¹⁶. Essa a jurisprudência antiga do Supremo Tribunal Federal, que, em linhas gerais, permanece aplicável, no que se refere às situações jurídicas constituídas em data anterior ao julgamento da ação de controle abstrato.

Indaga-se, por isso, sobre o modo de dar cumprimento ao julgado. Publicada no Diário Oficial da União, a sentença de mérito na ação de controle concentrado assume eficácia *erga omnes*, cabendo aos interessados promover o ajustamento das situações anteriores com ela incompatíveis. Se isso não ocorrer de forma espontânea e extrajudicial, faculta-se, a quem se sentir prejudicado, além de invocar o tema como matéria de defesa, tomar a iniciativa de promover ação própria a fim de obter, por sentença e, se for o caso, por execução forçada, o reconhecimento do seu direito e as

316 STF. Pleno. ADIn 732-7. Relator: Celso de Mello, RTJ 143:57. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 30/09/2005.

providências necessárias ao referido ajustamento. Utilizará, para tanto, entre as vias comuns ordinárias, a que for adequada à peculiaridade da ameaça ou da lesão imposta a seu direito, deduzindo o correspondente pedido de tutela jurisdicional, declaratório, constitutivo, condenatório, executivo ou mandamental. Tal demanda se submete aos pressupostos processuais e às condições próprias de qualquer outra, inclusive no que se refere a prazos prescricionais. O que a distingue das demais é, unicamente, o efeito vinculante a que está sujeito o juiz que a apreciar: o julgamento do mérito do pedido, nesse caso concreto, deverá ser compatível com a sentença proferida na ação de controle concentrado.

Pode ocorrer que, quando do advento da sentença no controle abstrato, já esteja em curso demanda individual com matéria jurídica semelhante. Nesse caso, cumpre ao órgão jurisdicional competente, seja em primeiro grau, seja em grau de recurso, decidila em conformidade com o conteúdo daquela sentença, atendendo o efeito vinculante que dela decorre.

É possível que a situação jurídica concreta tenha sido objeto de sentença individual já transitada em julgado. Sobrevindo sentença em sentido contrário na ação de controle concentrado, o ajustamento e a compatibilização do direito subjetivo terão de ser promovidos por ação rescisória. Esgotado o prazo decadencial dessa ação, a situação jurídica objeto da sentença individual restará consolidada e insuscetível de ajustamento. É situação em que a declaração, com efeitos *ex tunc*, de validade ou invalidade da norma não produzirá, na prática, qualquer efeito concreto, nomeadamente em se tratando de relação jurídica de prestação instantânea. Porém, se a sentença do caso concreto tratou de relação jurídica de prestação continuada ou sucessiva, o superveniente efeito vinculante em sentido contrário do provimento judicial em controle abstrato inibirá os efeitos futuros daquela relação jurídica, independentemente da rescisão da sentença.³¹⁷

317 Sobre a eficácia das sentenças nas relações de trato sucessivo e a ação rescisória em matéria constitucional: ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia da sentença na jurisdição constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, capítulos 5 e 6.

Também os atos supervenientes à sentença proferida no âmbito do controle abstrato e contrários a ela, estão sujeitos a controle pelas vias ordinárias comuns, com a peculiaridade decorrente do efeito vinculante a que se submetem os órgãos jurisdicionais. Ou seja, a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade do preceito normativo, afirmada pelo Supremo Tribunal Federal, já não mais poderá ser questionada no caso concreto, devendo a norma ser aplicada ou não, segundo o que já foi por ele decidido.

Qualquer ato ou omissão praticados depois da decisão da Corte Suprema, contrários a ela, representa, contudo, uma ofensa em grau mais elevado: a da desobediência ao comando vinculante da sentença, dando ensejo, em certas circunstâncias, à ação de reclamação, instrumento que se destina justamente a preservar a competência e a autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal (CF, art.102, I, l).

O cabimento da reclamação está condicionado aos seguintes pressupostos: a) que o descumprimento da sentença decorra de ato a ela superveniente, praticado por pessoa, órgão ou entidade vinculada ao processo de controle concentrado ou à criação da norma que lhe serve de objeto³¹⁸; e b) que a reclamação seja proposta por ente legitimado a ajuizar a ação³¹⁹.

Como se percebe, é possível identificar, na sentença de mérito em controle concentrado, acentuada semelhança com a sentença de procedência em ação coletiva para tutelar direitos individuais homogêneos. Ambas constituem título jurídico, em favor de todos os titulares individuais de direitos subjetivos, autorizando-os a demandar em juízo o cumprimento dos direitos nelas reconhecidos. Como a sentença na ação coletiva, a proferida no controle concentrado tem caráter de sentença genérica. Seus efeitos se irradiam sobre todas as situações concretas, permitindo aos interessados, desde logo, usufruir as correspondentes conseqüências produzidas em relação aos direitos subjetivos.

318 STF. Pleno. Rcl. 399-0. Relator: Sepúlveda Pertence, RTJ 157:433. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 30/09/2005.

319 STF, Pleno. Rcl. 397-3, Relator: Celso de Mello, RTJ 147:31. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 30/09/2005.

CONCLUSÕES

De todo o exposto, colhem-se as seguintes conclusões gerais:

1. O ciclo de reformas operadas no direito brasileiro a partir da década de 80 produziu mudanças profundas não apenas no Código de Processo Civil, mas no próprio sistema processual. O princípio da segurança, subjacente e informador da codificação de 1973, foi substituído pela valorização da efetividade do processo, que, para ser alcançada, supõe a facilitação do acesso à justiça e a prestação de tutela jurisdicional específica e em tempo razoável. Com tal desiderato, foram implantadas modificações no texto e fora do texto codificado, removendo alguns métodos ultrapassados, atualizando outros e implantando instrumentos processuais originais, mais adequados às necessidades dos tempos. Nasceu daí um sistema renovado, na forma e na ideologia, apoiado por novos valores. Destaca-se, entre as múltiplas conseqüências dessa revolucionária mudança de rumos, que a estrutura do antigo sistema, formatada para atender a demandas entre partes determinadas e identificadas, em conflitos tipicamente individuais, foi notavelmente enriquecida com a agregação de instrumentos, até então desconhecidos, destinados à tutela de direitos coletivos e à tutela coletiva de direitos individuais. Ganhou espaço e identidade próprios, assim, o subsistema do processo coletivo.

2. Compõem o universo do processo coletivo dois grandes domínios: o da tutela de direitos coletivos e o da tutela coletiva de direitos individuais homogêneos. A clareza a respeito da conceituação e da delimitação de cada um deles é pressuposto indispensável à adequada interpretação e compreensão de todo o subsistema. Direitos coletivos são direitos subjetivamente *transindividuais* (= sem titular determinado, razão pela qual são tutelados em juízo invariavelmente pelo regime de substituição processual) e materialmente *indivisíveis* (= são lesados ou satisfeitos necessariamente em sua

globalidade, o que determina tutela jurisdicional também de forma conjunta e universalizada). Já os direitos individuais homogêneos são, simplesmente, direitos subjetivos individuais (= com titular determinado) e, portanto, materialmente *divisíveis* (= podem ser lesados ou satisfeitos por unidades isoladas), o que propicia a sua tutela jurisdicional tanto de modo coletivo (por regime de substituição processual) como individual (por regime de representação).

3. Sendo distintos e inconfundíveis os direitos coletivos *lato sensu* (= difusos e coletivos *stricto sensu*, ambos transindividuais) e os direitos individuais homogêneos, são também distintos os mecanismos processuais para a respectiva tutela jurisdicional. Assim, ressalvada a aplicação subsidiária de uns em relação a outros, ditada por imposição de lei ou pelo princípio da analogia, a ação civil pública, a ação popular e a ação de improbidade administrativa constituem instrumentos típicos para tutela de direitos transindividuais (= coletivos *lato sensu*); e a ação civil coletiva e o mandado de segurança coletivo são instrumentos típicos para a tutela coletiva de direitos individuais. Quanto às ações de controle concentrado de constitucionalidade dos preceitos normativos, cujo objeto imediato é tutelar a ordem jurídica abstratamente considerada, elas também constituem uma forma de tutela coletiva, ainda que indireta, para direitos individuais, tutela essa potencializada em elevado grau pela eficácia vinculante e *erga omnes* das suas decisões de mérito.

4. A ação civil pública é o protótipo dos instrumentos destinados a tutelar direitos transindividuais. Regulada, fundamentalmente, pela Lei nº 7.347, de 1985, é procedimento especial com múltipla aptidão, aparelhado de mecanismos para instrumentar demandas visando a obter, isolada ou cumulativamente, provimentos jurisdicionais da mais variada natureza: preventivos, condenatórios, constitutivos, inibitórios, executivos, mandamentais, meramente declaratórios, cautelares e antecipatórios. A legitimação ativa, invariavelmente em regime de substituição processual, é exercida por entidades e órgãos expressamente eleitos pelo legislador, entre os quais se destaca o Ministério Público, que tem nesse mister uma das suas funções institucionais. A sentença de mérito faz coisa julgada com eficácia subjetiva *erga omnes*, salvo se improcedente o pedido por insuficiência de prova. Em caso de

procedência, a sentença produz, também, o efeito secundário de tornar certa a obrigação do réu de indenizar os danos individuais decorrentes do ilícito civil objeto da demanda. E a execução, promovida pelos mesmos legitimados do processo cognitivo, em regime de substituição processual, segue o rito processual comum, sendo que o eventual produto da condenação em dinheiro reverterá ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, previsto na Lei 9.008, de 21/03/95 e no Decreto 1.306, de 09/11/94.

5. A ação popular, presente em nosso constitucionalismo desde a Carta Política de 1934, atualmente regulada pela Lei 4.717, de 29/06/65, visa, a teor da Constituição de 1988 (art. 5º, LXXIII), a anular atos lesivos ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural. Caracteriza-se por sua legitimação ativa, reservada a qualquer cidadão, que, em nome próprio, defende interesses da comunidade, consagrando assim, não apenas um importante predicado de cidadania, mas também uma inédita forma de tutela de interesses transindividuais por iniciativa particular. Guardadas as suas limitações, o objeto da ação popular se identifica, em muitos aspectos, com o da ação civil pública, nomeadamente no que se refere à proteção do patrimônio público e dos direitos e interesses difusos de natureza ecológica, histórica e cultural. Todavia, diferentemente dessa (que comporta qualquer forma de tutela jurisdicional), a ação popular tem natureza primordialmente constitutivo-negativa, embora admita também provimentos de natureza preventiva (para sustar a prática ou, se for o caso, a execução do ato lesivo) e condenatória (perdas e danos decorrentes da lesão), bem como de natureza cautelar e antecipatória, indispensáveis à adequada efetivação da tutela jurisdicional a que visa e à integral proteção dos bens e interesses tutelados. O regime da coisa julgada é, como na ação civil pública, *secundum eventum litis*: a sentença de mérito tem eficácia subjetiva universal, a não ser em caso de improcedência por insuficiência de prova. E a execução, que obedece ao rito comum do CPC, pode ser promovida pelos mesmos legitimados para o processo de conhecimento ou pelas pessoas e entidades que sofreram a lesão patrimonial e em cujo benefício imediato for proferida a sentença condenatória.

6. A ação de improbidade administrativa, prevista no art. 37, § 4º da Constituição e regulada pela Lei 8.429, de 02/06/92, visa a tutelar o direito transindividual dos cidadãos de ter um governo honesto, eficiente e zeloso pelas coisas públicas. Sob esse aspecto, guarda identidade de propósito com a ação civil pública e a ação popular. Delas se diferencia, entretanto, pela peculiaridade do seu objeto imediato: a ação não se destina propriamente a *preservar* ou *recompor* o patrimônio público ou a higidez dos atos da Administração, mas sim, fundamentalmente, a *punir* os responsáveis por ilícito de improbidade. Trata-se, portanto, de ação com caráter eminentemente repressivo. São notórias, sob esse aspecto, as suas semelhanças com a ação penal, semelhanças que se acentuam pela circunstância de que várias das sanções aplicáveis aos agentes de improbidade (perda do cargo público, suspensão de direitos políticos, restrição do direito de contratar com a Administração Pública, perda do produto do ato ilícito, multa pecuniária) têm conteúdo e natureza semelhantes aos das sanções penais. A identidade da função repressora aliada à semelhança substancial das penas, submetem a ação de improbidade à observância de princípios do direito penal, nomeadamente o da legalidade, o da tipicidade, o da responsabilidade subjetiva, o do *non bis in idem*, o da presunção de inocência e o da individualização da pena. São profundas as conseqüências que isso acarreta no âmbito dessa peculiar ação civil, a justificar inclusive a formatação de seu procedimento (artigo 17 da Lei 8.429/92) por modo semelhante ao que rege o processo e julgamento dos crimes de responsabilidade dos funcionários públicos (artigos 513 a 518 do CPP).

7. O outro grande domínio do processo coletivo é o da tutela coletiva de direitos subjetivos individuais, quando homogêneos. Consideram-se homogêneos, para esse efeito, os direitos subjetivos pertencentes a titulares diversos, mas oriundos da mesma causa fática ou jurídica, o que lhes confere grau de afinidade suficiente para permitir a sua tutela jurisdicional de forma conjunta. Neles é possível identificar elementos comuns (= núcleo de homogeneidade) e, em maior ou menor medida, elementos característicos e peculiares, o que os individualiza, distinguindo uns dos outros (= margem de heterogeneidade). O núcleo de homogeneidade dos direitos homogêneos é formado por três elementos das normas jurídicas concretas neles subjacentes: os

relacionados com (a) a existência da obrigação, (b) a natureza da prestação devida e (c) o sujeito passivo (ou aos sujeitos passivos) comum. A identidade do sujeito ativo (credor) e a sua específica vinculação com a relação jurídica, inclusive no que diz respeito ao *quantum debeatur*, se for o caso, são elementos pertencentes a um domínio marginal, formado pelas partes diferenciadas e acidentais dos direitos homogêneos, a sua margem de heterogeneidade.

8. A tutela de direitos individuais homogêneos tem como instrumento básico a ação civil coletiva, procedimento especial com quatro características fundamentais. Primeira, a repartição da atividade cognitiva em duas fases: uma, a da ação coletiva propriamente dita, destinada ao juízo de cognição sobre as questões fáticas e jurídicas relacionadas com núcleo de homogeneidade dos direitos tutelados; e outra, a da ação de cumprimento, desdobrada em uma ou mais ações, promovida em caso de procedência do pedido na ação coletiva, destinada a complementar a atividade cognitiva mediante juízo específico sobre as situações individuais de cada um dos lesados (= margem de heterogeneidade) e a efetivar os correspondentes atos executórios. A segunda característica da ação coletiva é a legitimação ativa por substituição processual: a demanda, na sua primeira fase, é promovida por órgão ou entidade autorizado por lei para, em nome próprio, defender em juízo direitos individuais homogêneos. Apenas na segunda fase (ação de cumprimento) é que a legitimação se dá pelo regime comum da representação. A terceira característica diz respeito à natureza da sentença, que é sempre genérica: limitando-se a demanda ao núcleo de homogeneidade dos direitos individuais, a correspondente sentença de mérito fica também restrita aos mesmos limites. Ela fará juízo apenas sobre o *an debeatur* (= a existência da obrigação do devedor), o *quis debeat* (= a identidade do sujeito passivo da obrigação) e o *quid debeatur* (= a natureza da prestação devida). Os demais elementos indispensáveis para conferir força executiva ao julgado - ou seja, o *cui debeatur* (= quem é o titular do direito) e o *quantum debeatur* (= qual é a prestação a que especificamente faz jus) - são objeto de outra sentença, proferida na ação de cumprimento (segunda fase). A quarta característica da ação coletiva é a da sua autonomia em relação à ação individual, representada pela faculdade atribuída ao titular do direito subjetivo de aderir ou não ao processo coletivo.

Compreende-se nessa faculdade: (a) a liberdade de litisconsorciar-se ou não ao substituto processual autor da ação coletiva, (b) a liberdade de promover ou de prosseguir a ação individual simultânea à ação coletiva, e (c) a liberdade de executar ou não, em seu favor, a sentença de procedência resultante da ação coletiva.

9. A tutela típica das ações civis coletivas é a repressiva-condenatória, como tal considerada a que resulta das sentenças que impõem ao demandado a sanção jurídica de pagar quantia, de entregar coisa ou de realizar prestação pessoal (fazer ou não-fazer). As demais formas de tutela jurisdicional (preventivas e repressivas, cautelares e antecipatórias) são também admitidas, mas desde que (a) comportáveis no plexo de poderes de que está investido o legitimado ativo, na sua condição de substituto processual e (b) compatíveis com as características e o âmbito cognitivo da ação coletiva. Não são cabíveis em ação coletiva provimentos constitutivos (positivos ou negativos), já que, por natureza, não admitem a repartição da atividade cognitiva nem ensejam ao titular do direito subjetivo a liberdade de aderir ou não ao processo coletivo.

10. As normas processuais e procedimentais que disciplinam a ação civil coletiva em defesa do consumidor (artigos 91 a 100 do CDC da Lei 8.078/90) aplicam-se, por analogia, no que couber, às demais hipóteses de tutela coletiva de direitos individuais homogêneos, nomeadamente às que decorrem de demandas promovidas por entidades associativas, com base na legitimação prevista no art. 5º, XXI, da Constituição. Assim, em qualquer caso: (a) a ação coletiva não inibe nem prejudica a propositura da ação individual com o mesmo objeto, ficando o autor individual vinculado ao resultado da sua própria demanda, ainda que improcedente essa e procedente a coletiva; (b) quanto aos demais titulares individuais, a sentença da ação coletiva fará coisa julgada *erga omnes*, mas somente em caso de procedência do pedido; (c) a sentença genérica de procedência servirá de título para a propositura da ação individual de cumprimento, pelo regime de representação, consistente de atividade cognitiva de liquidação por artigos, seguida de atividade executória, desenvolvidas pelo procedimento comum do CPC e em conformidade com a natureza da prestação devida.

11. Outro instrumento de tutela coletiva de direitos individuais é o mandado de segurança coletivo. Ao atribuir a certos órgãos e entidades a legitimação ativa para, em

nome próprio, buscar proteção para direitos líquidos e certos pertencentes a terceiros, a Constituição de 1988 operou uma transformação qualitativa do mandado de segurança, conferindo-lhe dupla face: sem retirar-lhe a natureza de ação constitucional sumária, que por isso mesmo deve guardar os contornos essenciais do mandado de segurança original, agregou-lhe a condição de demanda coletiva que, sob pena de comprometer sua própria natureza, não faz juízo particular e individualizado dos direitos subjetivos tutelados e sim um juízo genérico, apenas sobre o núcleo de homogeneidade desses direitos. Por ser mandado de segurança tem como características (a) a sumariedade do rito e (b) a tipicidade de objeto (proteção a direito líquido e certo ameaçado ou violado por ato abusivo ou ilegal de autoridade). E por ser ação coletiva tem como características (a) a repartição da atividade cognitiva, (b) o regime de substituição processual, (c) a sentença genérica e (d) a liberdade de adesão ou não do titular do direito individual ao processo coletivo. Também a sentença e a coisa julgada assumem perfil amoldado à dupla face da ação: só a sentença de procedência faz coisa julgada material; a sentença tem eficácia *erga omnes*, beneficiando a todos os substituídos processuais, que poderão promover a respectiva efetivação em seu favor pelo regime próprio da ação de cumprimento das sentenças proferidas em ação coletiva; todavia, o interessado que tiver optado por promover ou dar seguimento a ação individual para tutelar seu direito, ficará sujeito à sentença de mérito que nela for proferida, não se beneficiando e nem se prejudicando com o que for decidido no mandado de segurança coletivo.

12. O Ministério Público tem o papel de agente mais destacado no domínio do processo coletivo. Entre as funções institucionais que lhe são atribuídas pela Constituição Federal está a de tutelar a ordem jurídica, os interesses sociais e os individuais indisponíveis, estando autorizado, nessa condição, a promover em juízo as demandas correspondentes, inclusive a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos. No que se refere especificamente a essa ação, cujo objeto é a tutela de direitos transindividuais (difusos e coletivos), a legitimação atribuída ao Ministério Público é ampla, sustentada por prerrogativas adequadas à busca da integral proteção jurisdicional dos direitos tutelados. Inclui, portanto, legitimação para postular tutela cognitiva, preventiva e

reparatória, declaratória, constitutiva ou condenatória. Inclui também poderes para pleitear medidas de tutela provisória, de antecipação de tutela e cautelar. Estende-se a legitimação para as medidas de cumprimento das liminares e das sentenças, inclusive, quando for o caso, para a propositura da ação autônoma de execução.

13. É mais restrita, todavia, a legitimação do Ministério Público relativamente às ações coletivas para tutela de direitos individuais homogêneos. A atribuição que lhe conferiu a Carta Constitucional, no tocante a direitos individuais, foi limitada àqueles de natureza *indisponível*, o que não é, necessariamente, o caso dos direitos homogêneos. Estes, considerados na sua materialidade, são, em regra, *disponíveis* e, como tais, insuscetíveis de tutela pelo Ministério Público. Ocorre, todavia, que a lesão coletiva e em grande escala de direitos individuais pode, em determinadas situações, acarretar conseqüências danosas muito mais profundas que a representada pela simples soma das lesões particulares, vindo a afetar também certos bens e valores jurídicos de interesse transcendental da própria sociedade. Em tais circunstâncias, a tutela jurisdicional dos direitos individuais lesados coletivamente e a repressão do ato ilícito que lhe deu causa, passam a ser de *interesse social*, não pelo significado particular de cada um dos direitos, mas pelo que a lesão deles, globalmente considerada, representa para a comunidade como um todo. Nessa dimensão, a correspondente ação coletiva já não estará tutelando apenas direitos individuais disponíveis, mas sim os *interesses sociais* atingidos, razão pela qual a sua propositura, pelo Ministério Público, estará autorizada pela cláusula constitucional de legitimação estabelecida no art. 127 da Carta Constitucional. A afirmação da existência de interesse social, em casos tais, pode ser definida por ato normativo ou, na sua falta, pelo próprio Ministério Público, caso a caso, mediante o preenchimento valorativo da referida cláusula constitucional e à luz dos valores e princípios consagrados no sistema jurídico, tudo sujeito ao crivo do Poder Judiciário, a quem caberá a palavra final sobre a adequada legitimação. Para não extrapolar aos limites estabelecidos na Constituição, a atuação do Ministério Público em juízo dar-se-á em regime de substituição processual e será pautada pelo trato impessoal e coletivo dos direitos lesados, visando à sentença de caráter genérico. Não se compreende no âmbito da sua legitimação, por não configurar interesse social, mas meramente individual, a

propositura de ação de cumprimento da sentença em nome particular dos titulares do direito subjetivo lesado.

14. Tanto nas demandas destinadas à proteção direitos transindividuais, quanto nas destinadas à tutela coletiva de direitos individuais homogêneos, a atividade jurisdicional é exercida em face de situações concretas, em que se verifique a existência de ameaça ou de lesão aos direitos tutelados. Embora, em muitos casos, as sentenças proferidas nessas demandas tenham caráter genérico (como ocorre em relação aos direitos individuais homogêneos) e eficácia subjetiva ampliada (= *erga omnes*), isso não autoriza o seu ajuizamento contra lei em tese, muito menos para ver declarada a ilegitimidade do preceito normativo. Cumpre ao demandante (substituto processual), indicar na petição inicial os fatos e os fundamentos jurídicos do pedido, situando com precisão o fenômeno de incidência (= norma abstrata + suporte fático + norma jurídica concreta) em relação ao qual está deduzindo a sua pretensão. Não se inibe, todavia, o controle incidental de constitucionalidade. Como em qualquer outra demanda, nada impede que também no processo coletivo a norma abstrata, na sua condição de premissa maior do silogismo inserido no fenômeno de incidência, tenha sua legitimidade constitucional questionada e decidida. O juízo assim formulado constitui apenas um *fundamento* para a sentença do caso concreto, a exemplo do que ocorre com o juízo a respeito do suporte fático (= premissa menor daquele silogismo). Nenhum dos dois, na sua condição de fundamento – e não de objeto - para o juízo de certeza formulado na sentença, faz coisa julgada. Nesses limites, o controle incidental de constitucionalidade no processo coletivo tem eficácia material restrita ao fenômeno de incidência objetivamente exposto na demanda e, como tal, não invade os domínios das ações de controle concentrado de constitucionalidade.

15. É inegável, por fim, o avanço verificado em nosso sistema do método de controle concentrado de constitucionalidade das normas, nomeadamente por ação direta de inconstitucionalidade (ADI) e por ação declaratória de constitucionalidade (ADC). Por esse método, o juízo a respeito da legitimidade constitucional da norma constitui, não um simples fundamento da demanda, mas o seu próprio *objeto*. A jurisdição, destarte, ao contrário do que comumente ocorre, é exercida independentemente da

consideração de específicos fenômenos de incidência da norma questionada. O processo, conseqüentemente, assume um caráter objetivo, cujos figurantes não ostentam a condição de *partes*, interessadas na defesa de específicos direitos individuais ou transindividuais, mas sim de *agentes institucionais*, voltados à proteção da ordem jurídica abstratamente considerada. Entretanto, os efeitos decorrentes desse peculiar modo de prestar jurisdição não são apenas formais ou abstratos. As sentenças de mérito nas ações de controle concentrado de constitucionalidade produzem comandos que operam desde logo no plano da realidade social: elas *impõem* ou, se for o caso, *negam* a incidência da norma questionada sobre a universalidade dos correspondentes suportes fáticos. Ademais, são sentenças que têm eficácia *ex tunc*, do ponto de vista material, *erga omnes*, na sua dimensão subjetiva, e efeito vinculante, sob o aspecto processual. Com tais predicados, o sistema de controle concentrado de constitucionalidade, além da sua destinação primeira de instrumento de salvaguarda da ordem jurídica, ostenta a condição de poderoso meio para tutelar coletivamente, ainda que de modo indireto, os direitos subjetivos individuais eventualmente atingidos por norma jurídica inconstitucional ou nascidos de norma jurídica constitucional.

Eis aí, pois, o processo coletivo. Surgido a partir do ciclo de reformas legislativas das últimas décadas, ostenta a condição de um subsistema bem definido no processo civil, regido por normas e princípios próprios e munido de instrumentos para tutelar direitos coletivos e para prestar tutela coletiva a direitos individuais homogêneos. Não se trata, certamente, de produto acabado. Ao contrário, como resultado do pensamento humano, moldado num cenário social de interesses que tracionam em múltiplos sentidos, o processo coletivo, como ocorre, aliás, com todo o fenômeno jurídico, é obra em permanente estado de criação e evolução, a exigir dos juristas um continuado esforço para o seu aperfeiçoamento. Todavia, o direito brasileiro pode se orgulhar de ter nele, já nesse estágio inicial da sua recente trajetória, um instrumental dos mais avançados e sofisticados em relação aos seus congêneres, pronto para servir à sua causa e traçar os rumos da sua história.

OBRAS CONSULTADAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor (resolução)**. 2 ed. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1991.

ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ALPA, Guido; BESSONE, Mario; GAMBARO, Antonio. Aspetti privatistici della tutela dello ambiente: L'esperanza americana e francese. In: GAMBARO, A. (coord.). **La tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato**. Milano: Giuffrè, 1976.

ALPA, Guido; BESSONE, Mario; CARNEVALI, Ugo; GHIDINI, Gustavo. Tutela giuridica di interessi diffusi, con particolare riguardo alla protezione dei consumatori. Aspetti privatistici. In: GAMBARO, A. (coord.). **La tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato**. Milano: Giuffrè, 1976.

ALVARENGA, Aristides Junqueira. Reflexões sobre improbidade administrativa no direito brasileiro. In: BUENO, Cássio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (coord.). **Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. **Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

ARENA, Gregorio. La partecipazione dei privati al procedimento amministrativo nell'esperienza statunitense. In: GAMBARO, A. (coord.). **La tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato**. Milano: Giuffrè, 1976.

ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**. 8 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 1, 2003.

_____. **Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 3, 1976.

ARRUDA, Antônio Carlos Matteis de. **Liquidação de sentença: a lide de liquidação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1981.

ASSIS, Araken de. **Manual do processo de execução**. 8 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Curso de processo civil**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 2, 1998.

BARBI, Celso Agrícola. **Do mandado de segurança**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. Mandado de segurança na Constituição de 1988. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Mandados de segurança e de injunção**. São Paulo: Saraiva, 1990.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A ação civil pública e a língua portuguesa. In: MILARÉ, Edis (coord.). **Ação civil pública – Lei 7.347/1985 – 15 anos**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

_____. Ações coletivas na Constituição de 1988. **Revista de Processo**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v.16, n. 61, p. 187-200, jan./mar. 1991.

_____. **O novo processo civil brasileiro**. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

_____. Tutela Jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. **Revista de Processo**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 10, n. 39, p. 55-77, 1985.

_____. Reflexões Críticas sobre uma teoria da condenação civil. In: _____. **Temas de Direito Processual Civil – 1ª Série**. São Paulo: Saraiva, 1977.

_____. Tutela sancionatória e tutela preventiva. In: _____. **Temas de Direito Processual Civil – 2ª série**. São Paulo: Saraiva, 1980.

_____. Recorribilidade das decisões interlocutórias no processo de mandado de segurança. **Revista Forense**, Rio de Janeiro: Forense, n. 324, p.75-80, 1993.

_____. Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada. **Revista Brasileira de Direito Processual**, Uberaba: Vitória Artes Gráficas, n. 32, p. 41-60, 2. bimestre, 1982.

BARROSO, Luis Roberto. Ação popular e ação civil pública: aspectos comuns e distintivos. **Cadernos de direito constitucional e ciência política**. Editora Revista dos Tribunais, v. 1, n. 4, p. 233-241, jul./set.1993.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo**. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. Tutela jurisdicional cautelar e atos de improbidade administrativa. In: BUENO, Cássio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (coordenadores). **Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BENJAMIN, Antônio Herman H. A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico. Apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor. In: MILARÉ, Edis (coord.). **Ação civil pública: Lei 7.347/85 – Reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

BOBBIO, Norberto. **Teoría general del derecho.** Traduzido por Jorge Guerrero R. 2. ed. Santa Fé de Bogota, Colombia: Editorial Temis, 1992.

BUENO, Cássio Scarpinella. O foro especial e a Lei 10.628/02. In: _____; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (coordenadores). **Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais.** 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BULOS, Uadi Lamêgo. **Mandado de segurança coletivo.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.

BUZAID, Alfredo. Da liquidação por artigos em ação de ressarcimento de perdas e danos. **Revista de Processo**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 11, n. 43, p. 9-13, jul./set. 1986.

_____. Do Mandado de Segurança. São Paulo: Saraiva, 1989. v.8.

CAHALI, Yussef Said. **Dano moral.** 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

CALAMANDREI, Piero. **Instituciones de derecho procesal civil.** Traduzido por Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, v. I, 1986.

_____. “La condana”. In: _____. **Opere Giurideche.** Nápoli: Morano Editore, 1972.

CALMON DE PASSOS, J.J. Intervenção do Ministério Público nas causas a que se refere o art. 82, III, do CPC. **Revista Forense**, Rio de Janeiro: Forense, v. 268, n. 916/918, p. 47-57, out./dez. 1979.

_____. **Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas-data – constituição e processo.** Rio de Janeiro: Forense, 1989.

CAMARGO, Antonio Augusto Mello de; MILARÉ, Edis; NÉRY JÚNIOR, Nelson. **A Ação civil pública e a tutela jurisdicional dos interesses difusos.** São Paulo: Saraiva, 1984.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça.** Traduzido por Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

CARMONA, Carlos Alberto. O processo de liquidação de sentença. **Revista de Processo**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 15, n. 60, p. 44-55, out./dez. 1990.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Jurisdição – noções fundamentais. **Revista Ajuris**, Porto Alegre: Ajuris, v. 7, n. 20, p. 22-48, 1980.

_____. **Jurisdição e competência**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. Anotações sobre o mandado de segurança coletivo. **Revista Ajuris**, Porto Alegre: Ajuris, n. 54, p. 53-74, 1993.

_____. Do mandado de segurança coletivo e suas características. In: _____. **Da antecipação da tutela**. 5 ed. Rio de Janeiro, Forense, 2004.

_____. Direitos individuais homogêneos, limitações à sua tutela pelo Ministério Público. **Revista Forense**, Rio de Janeiro: Forense, v. 97, n. 356, p. 21-27, jul./ago. 2001.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **O Ministério Público no processo civil e penal: promotor natural, atribuições e conflito**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

CARNELUTTI, Francesco. **Derecho y proceso**. Traduzido por Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, v. I, 1971.

_____. **Instituciones del proceso civil**. Traduzido por Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1986.

_____. **Lezioni del diritto processuale civile**. Pádua: Editora Universitária, 1926.

CARVALHO, Vladimir Souza. **Competência da justiça federal**. 4 ed. Curitiba: Juruá Editora, 2000.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Ação civil pública**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2004.

CASTRO, Amílcar de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1983.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Traduzido por J. Guimarães Menegale. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1969.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. Estudo sobre a substituição processual no direito brasileiro. **Revista dos Tribunais**, n. 438, p. 23-35, abril 1972.

CIRNE LIMA, Ruy. **Princípios de direito administrativo**. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987.

CÓSSIO, Carlos. **La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad**. 2. ed. Buenos Aires: Abelardo-Perrot, 1964.

_____. Teoria egológica e teoria pura do direito. **Revista Forense**, Rio de Janeiro: Forense maio de 1950.

COUTO E SILVA, Almiro do. Parecer. Revista da Procuradoria Geral do Município de Porto Alegre, n. 9, p. 79, 1996.

_____. A responsabilidade do Estado no quadro dos problemas jurídicos resultantes do planejamento. **Revista Forense**, Rio de Janeiro: Forense, v. 78, n. 278, p. 366-371, abr./jun. 1982.

COUTURE, Eduardo J. **Interpretação das lei processuais**. Traduzido por Gilda Maciel Corrêa Meyer Russomano. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

DAL POZZO, Antônio Aroldo Ferraz; DAL POZZO, Augusto Neves. Afastamento de prefeito municipal no curso do processo instaurado por prática de ato de improbidade administrativa. In: BUENO, Cássio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (coordenadores). **Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

DAL POZZO, Antônio Aroldo Ferraz. Reflexões sobre a ‘defesa antecipada’ na Lei de Improbidade Administrativa. In: BUENO, Cássio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (coordenadores). **Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. **Mandado de segurança coletivo: legitimação ativa**. São Paulo: Saraiva, 2000.

DELGADO, José Augusto. O princípio da moralidade administrativa e a Constituição Federal de 1988. **Revista dos Tribunais**, v. 81, n. 680, p. 34-46, jun. 1992.

_____. Improbidade administrativa: algumas controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais sobre a Lei de Improbidade Administrativa. In: BUENO, Cássio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (coordenadores). **Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução civil**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. **Fundamentos do processo civil moderno**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, v. I, 2000.

DINAMARCO, Pedro da Silva. **Ação civil pública**, São Paulo: Saraiva, 2001.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. **Manual do mandado de segurança**. 4 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Traduzido por J. Batista Machado. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1972.

ENTERRIA, Eduardo García de; FERNANDEZ, Tomás-Ramon. **Curso de direito administrativo**. Traduzido por Arnaldo Setti. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

FADEL, Sérgio Sahione. **Código de processo civil comentado**. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 1987.

FAZZALARI, Elio. **Instituzioni di diritto processuale**. 7 ed. Padova: CEDAM, 1994.

FERRAZ, Sérgio. Aspectos processuais na Lei de Improbidade Administrativa. In: BUENO, Cássio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (coordenadores). **Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

FERREIRA, Rony. **Coisa julgada nas ações coletivas**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2004.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Perfil do mandado de segurança coletivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989.

FIGUEIREDO, Marcelo. **O controle da moralidade na Constituição**. São Paulo: Malheiros, 1999.

FREITAS, Juarez. O princípio jurídico da moralidade e a Lei de Improbidade Administrativa. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (coord.). **Direito administrativo contemporâneo**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004.

_____. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

FURNO, Carlo. **Disegno sistematico delle opposizioni nel processo esecutivo**. Florença: Casa Editrice del Dott. Carlo Cya, 1942.

GAMBARO, A. (coord.). **La tutela degli interessi difusi nel diritto comparato**. Milano: Giuffrè, 1976.

GARCIA, Émerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2002.

GIDI, Antônio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1991.

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. **Ação popular: aspectos polêmicos**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. **El principio general de la buena fe en el derecho administrativo**. 3 ed. Madrid: Editorial Civitas, 1999. GORDILLO, Agustín. **Princípios gerais de direito público**. Traduzido por Marco Aurélio Greco. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1977.

GRANGEIA, Marcos Alaor Diniz. Pontos controvertidos do mandado de segurança coletivo e o do mandado de injunção. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 78, n. 641, p. 84-87, 1989.

GRAU, Éros Roberto. Requisito da lesividade na ação popular. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de (coord.). **Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba: Direito administrativo e constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1997.

GRECO FILHO, Vicente. **Tutela Constitucional das Liberdades**, São Paulo: Saraiva, 1989.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A tutela jurisdicional dos interesses difusos no direito comparado. In: _____ (coord.). **A tutela jurisdicional dos interesses difusos**. São Paulo: Editora Max Limonad, 1984.

_____. **A ação civil pública no STJ**. In: STJ 10 Anos: obra comemorativa, 1989-1999. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, p. 29, 1999.

_____. **Novas tendências no direito processual**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

_____. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

_____. Mandado de segurança coletivo – Legitimação, objeto e coisa julgada. **Revista de Processo**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 15, n. 58, p. 75-98, abr./jun. 1990.

GUILLÉN, Victor Fairen. **El juicio ordinario y los plenarios rápidos**. Barcelona: Boch Casa Editorial, [s/d].

GUIMARÃENS, Luiz Machado. A ação popular e coisa julgada. **Boletim do Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros**, v. XIV, p. 227-236, outubro 1938, Anexo II.

HAURIOU, Maurice. **Précis de droit administratif et de droit public**. 11 ed. Paris: Recueil Sirey, 1927.

KELSEN, Hans. **General theory of law and state**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1945.

LACERDA, Galeno. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, v. VIII, tomo I, 1987.

_____. Ação Civil Pública. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul**, n. 19, p. 11-33, 1986.

LEAL, Márcio Flávio Mafra. **Ações coletivas: história, teoria e prática**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998.

LEITE, José Rubens Morato. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

LENZA, Pedro. **Teoria geral da ação civil pública**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. Traduzido por Cândido Rangel Dinamarco. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

_____. **Processo de execução**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1968.

LIMA, Alcides de Mendonça. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

LUCON, Paulo Enrique dos Santos. Litisconsórcio necessário e eficácia da sentença na Lei de Improbidade Administrativa. In: BUENO, Cássio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (coordenadores). **Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MACHADO, Hugo de Britto. Ação declaratória de constitucionalidade. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira Mendes (coord.). **Ação declaratória de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, p.107-119, 1994.

MACHADO, J. Batista. **Introdução ao direito e ao discurso legitimador**. Coimbra: Almedina, 1993.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2003.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir**. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

_____. Sobre a legitimação do Ministério Público em matéria de interesses individuais homogêneos. In: MILARÉ, Edis (coord.). **Ação civil pública: Lei 7.347/85 – Reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

_____ Uma análise comparativa entre os objetos e as legitimações ativas das ações vocacionadas à tutela dos interesses metaindividuais: mandado de segurança coletivo, ação civil pública, ações do código de defesa do consumidor e ação popular. In: **UMA VIDA dedicada ao direito**: homenagem a Carlos Henrique de Carvalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 514-543, 1995.

MARANHÃO, Clayton. Mandado de segurança individual e coletivo. In: FARIAS, Cristiano Chaves de Farias; DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Procedimentos especiais cíveis**: legislação extravagante. São Paulo: Saraiva, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

_____ **Tutela inibitória** (individual e coletiva). 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

_____ As ações populares no direito brasileiro. **Revista Forense**, Rio de Janeiro: Forense, v. 55, n.178, p. 47-52, jul./ago. 1958.

MARTINS, Antônio Carlos Garcias. **Mandado de segurança coletivo**: legitimidade para a causa e regime da coisa julgada. Porto Alegre: Editora Síntese, 1999.

MARTINS-COSTA, Judith H. As funções do princípio da moralidade administrativa (o controle da moralidade na administração pública). **Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul**, v. 11, n. 19, p.130-137, jul./dez. 1993.

_____ **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **O limite da improbidade administrativa**: o direito dos administrados dentro da Lei n. 8429/92. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora América Jurídica, 2005.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

_____ **Comentários à Constituição brasileira**. 5 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Tutela dos interesses difusos e coletivos**. 3 ed. São Paulo: Editora Damásio de Jesus, 2003.

_____ **A defesa dos direitos difusos em juízo**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança**. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data.** 14 ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo.** 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. **Revista de Direito Público**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 14, n. 57-58, p. 233-256, jan./jun. 1981.

MELLO, Cláudio Ari. Improbidade administrativa: considerações sobre a Lei 8.429/92. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciências Políticas**, Revista dos Tribunais, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 3, n. 11, p. 49-62, abr./jun. 1995.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da validade.** São Paulo: Saraiva, 1997.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas no direito comparado e nacional.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Competência cível da justiça federal.** São Paulo: Saraiva, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de constitucionalidade – aspectos jurídicos e políticos.** São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. **Jurisdição constitucional.** São Paulo: Saraiva, 1996.

MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente.** 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MOMEZZO, Marta Casadei. **Mandado de segurança coletivo: aspectos polêmicos.** São Paulo: LTr, 2000.

MORAES, Voltaire de Lima. A ação civil pública e a tutela do meio ambiente. **Revista Ajuris**, Porto Alegre: Ajuris, v. 13, n. 37, p. 212-223, 1986.

MOURA, Mário Aguiar. **O processo de execução.** Porto Alegre: Emma, 1975.

NEIVA, José Antônio Lisbôa. **Improbidade administrativa: estudo sobre a demanda na ação de conhecimento e cautelar.** Niterói: Editora Impetus, 2005.

NÉRY JÚNIOR, Nelson. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto.** 7 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

_____. Mandado de Segurança Coletivo. **Revista de Processo**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 15, n. 57, p. 150-158, jan./mar. 1990.

_____. O Ministério Público e as ações coletivas. In: MILARÉ, Edis (coord.). **Ação Civil Pública: Lei 7.347/85 – Reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

NEVES, Celso. **Estrutura fundamental do processo civil.** Rio de Janeiro: Forense, 1995.

OLIVEIRA JÚNIOR, Waldemar Mariz de. **Substituição processual.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1971.

OLIVEIRA, Lourival Gonçalves de. Interesse processual e mandado de segurança coletivo. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Mandado de segurança e de injunção.** São Paulo: Saraiva, 1990.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **Improbidade administrativa:** observações sobre a Lei 8.429/92. 2 ed. Porto Alegre: Editora Síntese, 1998.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de Improbidade Administrativa comentada.** São Paulo: Editora Atlas, 2005.

PINSKY, Jaime. Introdução. In: _____; PINSKY, Carla. **História da cidadania.** São Paulo: Contexto, 2003.

PINTO, Maria Hilda Marsiaj. **Ação civil pública:** fundamentos da legitimidade ativa do Ministério Público. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

PODETTI, J. Ramiro. **Tratado de las ejecuciones.** 3. ed. Buenos Aires: Ediar, 1997.

PONTES DE MIRANDA, Francisco C. **Comentários ao Código de Processo Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 1974.

_____. **Tratado de Direito Privado.** 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 25, 1971.

PRADE, Péricles. **Conceito de interesses difusos.** 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987.

_____. Lesividade e ilegalidade como pressupostos da ação popular constitucional. **Revista de Processo,** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 11, n. 42, p. 259-270, abr./jun. 1986.

RAMOS, Elival da Silva. **A ação popular como instrumento de participação política.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

REIS, Clayton. **Os novos rumos da indenização do dano moral**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SAMPAIO, José Adércio Leite; WOLD, Chris; NARDI, Afrênio. **Princípios de direito ambiental**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SANTOS, Carlos Frederico Brito dos. **Improbidade administrativa**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Manual de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, v. I, 1988.

SANTOS, Marcelo de Oliveira Fausto Figueiredo. **O controle da moralidade na Constituição**. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. **Proibidade Administrativa: comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar**, São Paulo: Malheiros, 2004.

SARNEY, José. Prefácio. In: MILARÉ, Edis (coord.). **Ação civil pública: Lei 7.347/85 – Reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

SICHES, Luis Recasens. **Estudios de filosofía del derecho**. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1936.

SILVA, José Afonso da. **Ação popular constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1968.

_____. **Auto-aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1968.

SOUZA, Motaury Ciochetti de Souza. **Ação civil pública: competência e efeitos da coisa julgada**. São Paulo: Malheiros, 2003.

SPADONI, Joaquim Felipe. **Ação inibitória – a ação preventiva prevista no art. 461 do CPC**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: com comentários ao Código Civil de 2002**. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

TÁCITO, Caio. Controle judicial da administração pública na nova Constituição. **Revista de Direito Público**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 22, n. 91, p. 28-36, jul./set. 1989.

TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

- TELLES JÚNIOR, Goffredo. **Direito quântico**. São Paulo: Editora Max Limonad, [s/d].
- TESHEINER, José Maria. **Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- _____. Ações coletivas pró-consumidor. **Revista Ajuris**, Porto Alegre: Ajuris, v. 19, n. 54, p.75-106, mar. 1992.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo de execução**. 18 ed. São Paulo: Leud, 1997.
- TOJAL, Sebastião Botto de Barros; CAETANO, Flávio Croce. Competência e prerrogativa de foro em ação civil de improbidade administrativa. In: BUENO, Cássio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (coordenadores). **Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- TOPAN, Luiz Renato. O Ministério Público e a ação civil pública ambiental no controle dos atos administrativo. **Justitia**, v. 56, n.165, p. 46-55, jan./mar. 1994.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. **“Class action” e mandado de segurança coletivo**. São Paulo: Saraiva, 1990.
- TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. **Devido processo legal e tutela jurisdicional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.
- VAZ, Paulo Afonso Brum. **Manual da tutela antecipada: doutrina e jurisprudência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2002.
- VEADO, Walter. Mandado de segurança coletivo e liminar. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Mandado de segurança e de injunção**. São Paulo: Saraiva, 1990.
- VELLOSO, Carlos Mario da Silva. **Temas de direito público**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.
- VELLOSO FILHO, Carlos Mário. A indisponibilidade de bens na Lei 8.429, de 1992. In: BUENO, Cássio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (coordenadores). **Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- VIGORITI, Vincenzo. **Interessi collettivi e processo**. Milano: Giuffrè, 1979.
- VILLONE, Massimo. La collocazione istituzionale dell’interesse diffuso. In: GAMBARO, A. (coord.). **La tutela degli interessi difusi nel diritto comparato**. Milano: Giuffrè, 1976.
- VITTA, Heraldo Garcia. **A sanção no direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003.

WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. Competência para julgar ação de improbidade administrativa. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília: Senado Federal, v. 35, n. 138, p. 213-216, abr./jun. 1998.

WATANABE, Kazuo. Demandas coletivas e os problemas emergentes da práxis forense. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **As garantias do cidadão na justiça**. São Paulo: Saraiva, 1993.

_____. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

_____. **Da cognição no processo civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987.

ZANCANER, Weida. **Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Mandado de Segurança coletivo**: aspectos processuais controvertidos. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2001.

ZAVASCKI, Teori Albino. Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília: Senado Federal, v. 32, n. 127, p. 83-96, jul./set. 1995.

_____. **Antecipação da tutela**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 8, 2003.

_____. Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília: Senado Federal, v. 32, n. 127, p. 83-96, jul./set. 1995.

_____. Direitos políticos: perda, suspensão e controle jurisdicional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília: Senado Federal, v. 31, n. 123, p. 177-183, jul./set. 1994.

_____. **Processo de execução – Parte Geral**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Eficácia da sentença na jurisdição constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.