

CASSIO SCARPINELLA BUENO

Curso
Sistemizado de
**DIREITO
PROCESSUAL
CIVIL**

Direito processual público
e Direito processual coletivo

4ª edição
Revista e atualizada

2

*Tomo
III*

DADOS DE COPYRIGHT

Sobre a obra:

A presente obra é disponibilizada pela equipe [X Livros](#) e seus diversos parceiros, com o objetivo de disponibilizar conteúdo para uso parcial em pesquisas e estudos acadêmicos, bem como o simples teste da qualidade da obra, com o fim exclusivo de compra futura.

É expressamente proibida e totalmente repudiável a venda, aluguel, ou quaisquer uso comercial do presente conteúdo

Sobre nós:

O [X Livros](#) e seus parceiros disponibilizam conteúdo de domínio público e propriedade intelectual de forma totalmente gratuita, por acreditar que o conhecimento e a educação devem ser acessíveis e livres a toda e qualquer pessoa. Você pode encontrar mais obras em nosso site: xlivros.com ou em qualquer um dos sites parceiros apresentados neste link.

Quando o mundo estiver unido na busca do conhecimento, e não lutando por dinheiro e poder, então nossa sociedade enfim evoluirá a um novo nível.



Rua Henrique Schaumann, 270, Cerqueira César — São Paulo — SP
CEP 05413-909 – PABX: (11) 3613 3000 – SACJUR: 0800 055 7688 – De 2ª a 6ª,
das 8:30 às 19:30

E-mail saraivajur@editorasaraiva.com.br
Acesse www.editorasaraiva.com.br/direito

FILIAIS

AMAZONAS/RONDÔNIA/RORAIMA/ACRE

Rua Costa Azevedo, 56 – Centro – Fone: (92) 3633-4227 – Fax: (92) 3633-4782 – Manaus

BAHIA/SERGIPE

Rua Agripino Dórea, 23 – Brotas – Fone: (71) 3381-5854 / 3381-5895 – Fax: (71) 3381-
0959 – Salvador

BAURU (SÃO PAULO)

Rua Monsenhor Claro, 2-55/2-57 – Centro – Fone: (14) 3234-5643 – Fax: (14) 3234-7401 –
Bauru

CEARÁ/PIAUI/MARANHÃO

Av. Filomeno Gomes, 670 – Jacarecanga – Fone: (85) 3238-2323 / 3238-1384 – Fax: (85)
3238-1331 – Fortaleza

DISTRITO FEDERAL

SIA/SUL Trecho 2 Lote 850 — Setor de Indústria e Abastecimento – Fone: (61) 3344-2920 /
3344-2951 – Fax: (61) 3344-1709 — Brasília

GOIÁS/TOCANTINS

Av. Independência, 5330 – Setor Aeroporto – Fone: (62) 3225-2882 / 3212-2806 – Fax: (62)

3224-3016 – Goiânia

MATO GROSSO DO SUL/MATO GROSSO

Rua 14 de Julho, 3148 – Centro – Fone: (67) 3382-3682 – Fax: (67) 3382-0112 – Campo

Grande

MINAS GERAIS

Rua Além Paraíba, 449 – Lagoinha – Fone: (31) 3429-8300 – Fax: (31) 3429-8310 – Belo

Horizonte

PARÁ/AMAPÁ

Travessa Apinagés, 186 – Batista Campos – Fone: (91) 3222-9034 / 3224-9038 – Fax: (91)

3241-0499 – Belém

PARANÁ/SANTA CATARINA

Rua Conselheiro Laurindo, 2895 – Prado Velho – Fone/Fax: (41) 3332-4894 – Curitiba

PERNAMBUCO/PARAÍBA/R. G. DO NORTE/ALAGOAS

Rua Corredor do Bispo, 185 – Boa Vista – Fone: (81) 3421-4246 – Fax: (81) 3421-4510 –

Recife

RIBEIRÃO PRETO (SÃO PAULO)

Av. Francisco Junqueira, 1255 – Centro – Fone: (16) 3610-5843 – Fax: (16) 3610-8284 –

Ribeirão Preto

RIO DE JANEIRO/ESPÍRITO SANTO

Rua Visconde de Santa Isabel, 113 a 119 – Vila Isabel – Fone: (21) 2577-9494 – Fax: (21)

2577-8867 / 2577-9565 – Rio de Janeiro

RIO GRANDE DO SUL

Av. A. J. Renner, 231 – Farrapos – Fone/Fax: (51) 3371-4001 / 3371-1467 / 3371-1567 –

Porto Alegre

SÃO PAULO

Av. Antártica, 92 – Barra Funda – Fone: PABX (11) 3616-3666 – São Paulo

ISBN 978-85-02-21785-0

Bueno, Cassio Scarpinella
Curso sistematizado de direito processual civil : direito processual público, direito processual coletivo, vol. 2, tomo III / Cassio Scarpinella Bueno. – 4. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2014.
Bibliografia.
1. Processo civil 2. Processo civil - Brasil I. Título.
CDU-347.9(81)

Índice para catálogo sistemático:

1. Brasil : Direito processual civil 347.9(81)
2. Brasil : Processo civil 347.9(81)

Diretor editorial Luiz Roberto Curia

Gerente editorial Thaís de Camargo Rodrigues

Assistente editorial Poliana Soares Albuquerque

Produtora editorial Clarissa Boraschi Maria

Preparação de originais Ana Cristina Garcia / Maria Izabel Barreiros Bitencourt
Bressan / Flavia Gutterres Falcão de Oliveira

Projeto gráfico Lais Soriano

Arte e diagramação Edson Colobone

Revisão de provas Ana Beatriz Fraga Moreira / Enedina Arashiro

Serviços editoriais Surane Vellenich / Wiviane Conceição da Silva

Capa Muiraquitã Editoração Gráfica
Produção gráfica Marli Rampim
Produção eletrônica Ro Comunicação

Data de fechamento da edição: 4-11-2013

Dúvidas?

Acesse www.editorasaraiva.com.br/direito

Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por qualquer meio ou forma sem a prévia autorização da Editora Saraiva.
A violação dos direitos autorais é crime estabelecido na Lei n. 9.610/98 e punido pelo artigo 184 do Código Penal.

O autor é Mestre, Doutor e Livre-docente em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito da PUCSP. Professor de Direito Processual Civil nos cursos de Graduação, Especialização, Mestrado e Doutorado da Faculdade de Direito da PUCSP. Membro e Diretor de Relações Institucionais do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Membro do Instituto Iberoamericano de Direito Processual e da Associação Internacional de Direito Processual. Integrou a Comissão Técnica de Apoio à elaboração do relatório-geral na revisão do projeto do novo Código de Processo Civil no âmbito do Senado Federal e participou dos Encontros de Trabalho de Juristas sobre o mesmo Projeto no âmbito da Câmara dos Deputados. Advogado.

A criança que ri na rua,
A música que vem no acaso,
A tela absurda, a estátua nua,
A bondade que não tem prazo –

Tudo isso excede este rigor
Que o raciocínio dá a tudo,
E tem qualquer coisa de amor,
Ainda que o amor seja mudo.

(Fernando Pessoa)

A *Elas*, porque “*sermos é preciso*” (...)

E ao Dr. Lister de Macedo Leandro e à Dra. Isabel Pradas Cáceres. A ambos meus agradecimentos, sempre insuficientes, por terem, num momento de tempestade, cuidado tão bem, com tanta atenção e com tanto carinho de cada uma *delas*. Tudo para que *fôssemos* e para que, desde então, sob o sol, *sejamos*.

ABREVIATURAS

AASP – Associação dos Advogados de São Paulo
AC – Apelação Civil
ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADC-MC – Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADCT – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADI-AgR – Agravo Regimental na Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADI-EDcl – Embargos de Declaração na Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADI-MC – Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADI-MC-REF – Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADO – Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão
ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AgRg na ADPF – Agravo Regimental na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AgRg na MC – Agravo Regimental na Medida Cautelar
AgRg na Rcl – Agravo Regimental na Reclamação
AgRg na SLS – Agravo Regimental na Suspensão de Liminar e de Sentença
AgRg na SS – Agravo Regimental na Suspensão de Segurança
AgRg no Ag – Agravo Regimental no Agravo de Instrumento
AgRg no AREsp – Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial
AgRg no CC – Agravo Regimental no Conflito de Competência
AgRg no MS – Agravo Regimental no Mandado de Segurança
AgRg no REsp – Agravo Regimental no Recurso Especial
AgRg nos EDcl no Ag – Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Agravo de Instrumento

AgRg nos EREsp – Agravo Regimental nos Embargos de Divergência em
Recurso Especial

AI – Agravo de Instrumento

AI-AgR – Agravo Regimental no Agravo de Instrumento

AO – Ação Originária

AO-QO – Questão de Ordem na Ação Originária

ARE – Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo

CC – Conflito de Competência

CE – Corte Especial

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

coord. – (coordenação)

Des. – Desembargador(a)

DJ – Diário da Justiça

DJe – Diário da Justiça Eletrônico*

DJESP – Diário da Justiça do Estado de São Paulo

ed. – edição

EDcl no AgRg nos EREsp – Embargos de Declaração no Agravo Regimental
nos Embargos de Divergência no Recurso Especial

EDcl no REsp – Embargos de Declaração no Recurso Especial

EResp – Embargos de Divergência no Recurso Especial

HC – *Habeas corpus*

HD – *Habeas data*

j.m.v. – julgamento por maioria de votos

JTJ – Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

j.un. – julgamento unânime

MI – Mandado de Injunção

MI-AgR – Agravo Regimental no Mandado de Injunção

MI-QO – Questão de Ordem no mandado de Injunção

Min. – Ministro(a)

MS – Mandado de Segurança

MS-MC – Medida Cautelar no Mandado de Segurança

n. – número

org. – organização

p. – página

PEC – Proposta de Emenda à Constituição
Pet – Petição
Pet-AgR – Agravo Regimental na Petição
Pet-QO – Questão de ordem na Petição
Rcl – Reclamação
Rcl-AgR – Agravo Regimental na Reclamação
RE – Recurso Extraordinário
RE-AgR – Agravo Regimental no Recurso Extraordinário
RE-RG – Repercussão Geral no Recurso Extraordinário
rel. – relator(a)
rel. p./acórdão–relator(a) para o acórdão
REsp – Recurso Especial
RISTF – Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal
RMS – Recurso Ordinário em Mandado de Segurança
s/d – sem data
SS-AgR-segundo – Segundo Agravo Regimental na Suspensão de Segurança
STA-AgR-AgR – Agravo Regimental no Agravo Regimental na Suspensão da Tutela Antecipada
t. – tomo
TJDF – Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios
TJSP – Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
v. – ver
vol. – volume

* O número que segue à abreviatura refere-se ao exemplar do *Diário da Justiça* e a data é a da sua *disponibilização* na página do Tribunal. Quando não indicado nenhum número, a data é a da *publicação do Diário da Justiça*.

Abreviaturas

Apresentação

Nota à 4ª edição

Nota à 3ª edição

Nota à 2ª edição

PARTE I – DIREITO PROCESSUAL PÚBLICO

Introdução

1. Nomenclatura

2. A relativização do binômio “direito (material)” e “(direito) processual”

2.1. Aplicações

3. Proposta

Capítulo 1 – Mandado de segurança

1. Considerações iniciais

2. O modelo constitucional do mandado de segurança

2.1. A concessão do mandado de segurança

2.2. Direito líquido e certo

2.3. Mandado de segurança, *habeas corpus* e *habeas data*

2.4. Ilegalidade ou abuso de poder

2.5. Autoridade pública

3. Mandado de segurança preventivo

4. Legitimidade ativa (o impetrante)

4.1. Intervenção litisconsorcial facultativa

5. Legitimidade passiva

6. Competência

7. Petição inicial

8. Informações

9. A “medida liminar”

9.1. Fundamento relevante e ineficácia da medida

9.2. Restrições ao cabimento

9.3. Caução e medida liminar em mandado de segurança

9.4. Recorribilidade

10. Ministério Público

11. Sentença

12. Recursos

13. Pedido de suspensão

14. Coisa julgada

15. Execução

15.1. Restrições à execução provisória

16. Efeitos patrimoniais

17. Custas processuais e honorários de advogado

18. Intervenção de terceiros

19. Decadência

Capítulo 2 – Habeas data

1. Considerações iniciais

2. Objeto

3. Fase pré-judicial

3.1. Interesse de agir

4. Fase judicial

4.1. Partes e objeto

4.2. Competência

4.3. Petição inicial

4.4. Recebimento da inicial e peculiaridades procedimentais

4.5. Medida liminar

4.6. Sentença

4.7. Coisa julgada

4.8. Recursos

4.9. Pedido de suspensão

Capítulo 3 – Mandado de injunção

1. Considerações gerais
2. Objeto
3. Competência
4. Procedimento
5. Coisa julgada
6. Recursos

Capítulo 4 – Ação popular

1. Considerações iniciais
2. Competência
 - 2.1. Conexão e continência
3. Legitimidade ativa
 - 3.1. O cidadão
 - 3.2. Litisconsórcio ativo
 - 3.3. Desistência
4. Legitimidade passiva
5. Outros sujeitos processuais
 - 5.1. A participação da pessoa afetada pelo ato questionado
 - 5.2. O Ministério Público
6. Causa de pedir
7. Pedido
8. Peculiaridades procedimentais
9. Sentença
10. Recursos
11. Coisa julgada
12. Execução
13. Tutela preventiva
14. Prescrição

Capítulo 5 – Ação de improbidade administrativa

1. Considerações iniciais
2. Inquérito civil

- 3. Competência
 - 3.1. Prevenção
- 4. Legitimidade ativa
- 5. Legitimidade passiva
- 6. A intervenção da pessoa jurídica
- 7. O Ministério Público como fiscal da lei
- 8. Causa de pedir
- 9. Pedido
 - 9.1. Cumulação de pedidos
- 10. Juízo de admissibilidade da petição inicial
- 11. Fase instrutória
- 12. Sentença
- 12-A. Julgamento parcial
- 13. Execução
- 14. Tutela preventiva
- 15. Prescrição

PARTE II – DIREITO PROCESSUAL COLETIVO

Introdução

- 1. Considerações iniciais
- 2. A tipologia dos direitos e interesses tuteláveis jurisdicionalmente de forma coletiva
- 3. A necessária subsidiariedade do Código de Processo Civil
- 4. Proposta

Capítulo 1 – Ação civil pública

- 1. Considerações iniciais
 - 1.1. A ação civil pública no *modelo constitucional*
 - 1.2. A influência do Código do Consumidor
- 2. Inquérito civil público
- 3. Termo de ajustamento de conduta
- 4. Competência
- 5. Legitimidade ativa

5.1. Ministério Público

5.1.1. Fiscal da lei

5.2. Defensoria Pública

5.3. Pessoas administrativas

5.4. Associações

5.5. Litisconsórcio ativo

6. Legitimidade passiva

7. Causa de pedir

8. Pedido

9. Recursos

10. Coisa julgada

11. Execução

12. Tutela jurisdicional preventiva

13. Custas

14. Prescrição

Capítulo 2 – Tutela jurisdicional de direitos e interesses individuais homogêneos

1. Considerações iniciais

1.1. Campo de incidência

2. Competência

3. Legitimidade ativa

4. Publicação de editais

5. Sentença genérica

6. Liquidação e execução

7. Coisa julgada

8. Litispêndência

9. Custas e despesas processuais

Capítulo 3 – Mandado de segurança coletivo

1. Considerações iniciais

2. A legitimidade dos partidos políticos (art. 5º, LXX, a, da Constituição Federal).

3. A legitimidade das organizações sindicais, entidades de classe e associações (art. 5º, LXX, b, da Constituição Federal)
4. Legitimidade do Ministério Público e da Defensoria Pública
5. Legitimidade do indivíduo
6. Os “direitos” tuteláveis pelo mandado de segurança coletivo
7. “Medida liminar”
8. Coisa julgada
9. Relação com as ações individuais
 - 9.1. O cômputo do prazo de trinta dias

Capítulo 4 – Ação direta de inconstitucionalidade

1. Considerações iniciais
2. Legitimados ativos
3. Legitimados passivos
4. Intervenção de terceiros
5. Juízo de admissibilidade da petição inicial
6. Objeto
7. Fase instrutória
8. Julgamento
9. Tutela de urgência
10. Recursos
11. Execução
12. A ação direta de inconstitucionalidade no âmbito dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal
13. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão

Capítulo 5 – Ação declaratória de constitucionalidade

1. Considerações iniciais
2. Legitimados ativos
3. Legitimados passivos e informações
4. Intervenção de terceiros
5. Juízo de admissibilidade da petição inicial
6. Objeto

7. Fase instrutória

8. Julgamento

9. Tutela de urgência

10. Recursos

11. Execução

12. A ação declaratória de constitucionalidade no âmbito dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal

13. Ação declaratória de constitucionalidade por omissão

Capítulo 6 – Arguição de descumprimento de preceito fundamental

1. Considerações iniciais

2. Legitimados ativos

3. Legitimados passivos

4. Intervenção de terceiros

5. Juízo de admissibilidade da petição inicial

6. Objeto

7. Fase instrutória

8. Julgamento

9. Tutela de urgência

10. Recursos

11. Execução

Apêndice – Pequeno glossário de Direito Processual Civil

Bibliografia consultada e citada

Sites consultados

APRESENTAÇÃO

Este é o tomo III do volume 2 do *Curso sistematizado de direito processual civil*. Ele se volta ao estudo do “direito processual público” e do “direito processual coletivo”. Para tanto, pareceu didático dividi-lo em duas partes, cada uma delas voltada ao exame de um daqueles “ramos” do direito processual civil, seguindo, no particular, a proposta feita pelos ns. 7.1 e 7.2 do Capítulo 1 da Parte I do vol. 1. Cada uma delas é precedida de um esboço – e nada além de um esboço – da “teoria geral” respectiva para trazer outros elementos além daqueles expostos anteriormente para esclarecer o leitor suficientemente acerca do que pode e o que deve ser entendido sob cada uma daquelas denominações.

A este respeito, convém esclarecer que a divisão das matérias não é tão rígida quanto poderia parecer ou ser. Uma “ação popular” ou uma “ação de improbidade administrativa”, por exemplo, são, inegavelmente, “ações coletivas”. Seu exame na Parte I, ao lado dos demais *procedimentos* relativos ao “direito processual público”, contudo, quer dar ênfase à circunstância de ambas envolverem, necessariamente, pessoas de direito público. É mais este traço e não aquele que justifica o local de seu tratamento nesta sede. O “mandado de segurança”, por sua vez, é examinado pela Parte I, enquanto o “mandado de segurança coletivo”, porque só apresenta diferenças em face daquele porque é *coletivo*, inovação trazida pela Constituição Federal de 1988, é abordado pela Parte II.

Não há por que negar que uma Parte III poderia justificar-se para o exame do “controle *concentrado* de constitucionalidade”. Sua feição como “processo *objetivo*”, tão bem destacada nas obras dos constitucionalistas (por todos, v. Gilmar Ferreira Mendes, *Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil*, p. 3-12), justificaria, de sobra, o tratamento apartado da “ação direta de inconstitucionalidade”, da “ação declaratória de constitucionalidade” e da “arguição de descumprimento de preceito fundamental”. Como, contudo, aquela compreensão tem pouco a acrescentar

para a compreensão do *procedimento* daqueles pedidos de tutela jurisdicional, seu exame, como integrante do “direito processual *coletivo*”, mostra-se satisfatório.

Importa destacar que o presente volume volta-se, precipuamente, ao exame de determinados *procedimentos especiais* que estão espalhados pela legislação processual civil extravagante e que merecem exame a partir das mesmas premissas e consoante as mesmas preocupações que foram expostas no vol. 1, a propósito da construção de uma teoria geral do direito processual civil, e que foram *aplicadas* nos demais volumes, sendo pertinente o destaque da matéria contida no vol. 2, tomo I, voltado ao estudo do “procedimento comum: ordinário e sumário”.

É mister evidenciar esta proposta de tratamento da matéria: o estudo dos procedimentos especiais, quaisquer deles, estejam ou não contidos no Código de Processo Civil – e os estudados neste volume estão todos *fora* dele, têm sede na Constituição Federal e são disciplinados pela chamada “legislação processual civil *extravagante*” –, deve ser compreendido como algo que se contrapõe ao que o próprio Código, em seu art. 272, *caput*, denomina “procedimento *comum*” e às suas subespécies, o “procedimento *ordinário*” e o “procedimento *sumário*” (v. n. 2 da Introdução do vol. 2, tomo I).

Nada mais natural, destarte, que colocar o estudo dos procedimentos lado a lado, viabilizando, com a iniciativa que o leitor, estudante ou estudioso do direito processual civil, aplicador ou apenas intérprete de suas normas jurídicas, possa verificar em que aqueles diversos procedimentos distinguem-se. E observará – é esta a expectativa deste *Curso* – que o que distingue um dos outros nada mais é do que a *forma* de organização interna dos atos (e fatos) do processo (o *procedimento*) e nada, absolutamente nada, em termos de teoria geral do direito processual civil.

Tanto assim que, à falta de outros recursos, são as mesmas técnicas de controle jurisdicional das decisões jurisdicionais que devem ser aplicadas na espécie. À falta de regras diversas quanto às técnicas que podem (ou devem) ser aplicadas para a *execução*, isto é, para a *realização* concreta do que vier a ser decidido pelo magistrado, as normas a serem observadas são as mesmas que caracterizam, no momento atual do direito processual civil, a chamada “tutela jurisdicional *executiva*”. Mesmo no que diz respeito ao

“dever-poder geral de antecipação” e ao “dever-poder geral de cautela”, a inexistência de regras próprias só pode significar que as regras comuns, tais quais dispostas no Código de Processo Civil, deverão ser observadas.

Destarte, não deve despertar qualquer dúvida a constatação, tão frequente quanto errada, que designa os diversos *procedimentos* especiais como “ações”. Fala-se, com efeito, de “ação de mandado de segurança”, de “ação popular”, de “ação civil pública” e assim por diante. Não existem, contudo, quaisquer “ações” que queiram ser diferentes à luz das especificidades do direito material a ser contrastado perante o Estado-juiz, justificando, se for o caso, a prestação da tutela jurisdicional. Não, pelo menos, na exata medida em que a doutrina repele – e o faz com a veemência, quanto a isto dúvida não há – a nítida distinção entre o que é e o que pertence ao plano *processual* e quais são os seus institutos e sua disciplina, dentre tantos, a “ação”, e o que é e o que pertence ao plano *material*.

Não há, com efeito, tantas “ações” quanto os variados direitos materiais lesionados ou ameaçados. O que há são *procedimentos* jurisdicionais que, consoante as vicissitudes do direito material, foram, ao longo do tempo, formando-se, transformando-se e consolidando-se das mais variadas maneiras para permitir que uma específica situação que reside *fora* do processo, no plano material, possa ser mais bem *tutelada jurisdicionalmente*. As diversas combinações da “cognição jurisdicional” nos planos *horizontal* e *vertical* (v. n. 9 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1) acabam por se espelhar, tenhamos ou não consciência disto, nos diversos *procedimentos*. São elas que acabam por justificar a opção feita pelo legislador de *variar* as diversas combinações de atos e fatos processuais e permitir, com ela, que o magistrado julgue melhor uma questão de direito material e concretize, da forma mais eficiente possível, aquilo que decidir. É o que se espera – e nem poderia ser diferente, desde o “modelo constitucional do direito processual civil”.

É o caso de meditar sobre a seguinte indispensável lição de Kazuo Watanabe (*Da cognição no processo civil*, p. 124):

“É através do procedimento, em suma, que se faz a adoção das várias combinações de cognição considerada nos dois planos mencionados, criando-se, por essa forma, tipos diferenciados de processo que, consubstanciando um procedimento adequado, atendam às exigências das

pretensões materiais quanto à sua natureza, à urgência da tutela, à definitividade da solução e a outros aspectos, além de atender às opções técnicas e políticas do legislador”.

As motivações ideológicas que se põem e que se puseram ao legislador interessam, contudo, muito pouco, ao estudo presente. Na medida em que as opções, tais quais feitas, encontrem guarida no “modelo constitucional do direito processual civil” – e a explicação anterior pretende ser bastante rente a ele –, é o que basta. Caso não a encontrem, e frustradas eventuais tentativas de adequá-las àquele modelo, a única alternativa que se põe ao intérprete é de *rejeitar* as escolhas do legislador, negando, assim, a descrição do procedimento porque arredoio ao sistema processual civil.

De qualquer sorte, tratar de uma “ação popular”, de uma “ação civil pública” ou, mesmo, de uma “ação de mandado de segurança” ou, simplesmente, “mandado de segurança”, significa, nada mais e nada menos, que empregar uma verdadeira *expressão idiomática*, consagrada largamente pelas nossas leis, inclusive pelo Código de Processo Civil, pela nossa doutrina, pela nossa jurisprudência e também pelos nossos usos e costumes forenses. É neste contexto, e apenas nele, que elas são utilizadas ao longo do trabalho.

O que está em estudo ao longo deste volume não é nenhuma *ação* em si mesma considerada, que, vale reiterar as considerações do n. 2 do Capítulo 2 da Parte III do vol. 1, é *invariável*. Quando for constatado que realmente existe uma “ação popular” que se distingue, desde o plano material, de uma “ação de improbidade administrativa”, por exemplo, a conclusão e a proposta certamente serão diversas. Caberá, contudo, aos processualistas – a todos –, que repensem a negação, generalizada e pacificamente aceita, do “imanentismo” ou, menos que ele, do “sincretismo” (v. n. 1 do Capítulo 2 da Parte I do vol. 1).

Assim, o que as páginas seguintes propõem para estudo é o *procedimento* que, devidamente observado, viabilizará a prestação da tutela jurisdicional diante de um *pedido* feito a partir de uma *causa de pedir* por *alguém* em face de *outrem*, sempre com estrita observância do “modelo constitucional do direito processual civil”. Um *procedimento* que, por distinguir-se do que é tido pelo Código de Processo Civil como “padrão” (o procedimento *comum*, *ordinário* ou *sumário*), é *especial*. Nada mais do que isto. O exame

de um *procedimento* que, como tal, permite ao seu observador a análise, a mais detalhada possível, do que acontece entre o rompimento da inércia da jurisdição, o atuar em prol do reconhecimento do direito à prestação da tutela jurisdicional e o atuar em prol da sua efetiva prestação no caso concreto.

O que este volume do *Curso* pretende, portanto, é permitir que o aluno, o estudante, o estudioso e, como não poderia deixar de ser, o profissional do direito estudem o lado mais sensível da atuação jurisdicional, o *procedimento*, sem perder de vista – e nem poderia ser diferente – as premissas indispensáveis para a adequada (e nem sempre fácil) compreensão do sistema processual civil como um todo, desde seu “modelo constitucional”.

Não há por que negar, vale a ênfase, que muito do que aqui é exposto decorre, quase que naturalmente, do que ocupa os demais volumes do *Curso*, mormente do vol. 1, dedicado à construção de uma teoria geral do direito processual civil para os dias de hoje, levando em conta o direito positivo, tal qual vigente, no nosso país, desde o plano constitucional. Esta constatação e a necessidade de colocá-la em evidência é consciente. Entender a *parte* a partir do *todo* é decorrência das premissas desenvolvidas ao longo deste *Curso*. O problema reside, com o devido respeito, na proposta oposta, de entender o *todo* por suas *partes*. Se é que isto já foi possível em algum momento da ciência do direito processual civil, com certeza não o é mais.

NOTA À 4ª EDIÇÃO

É extremamente recompensador redigir a nota, ainda que breve, que abre a 4ª edição do volume 2, tomo III, do meu *Curso sistematizado de direito processual civil*.

De pronto, agradeço – e muito – os comentários com relação ao trabalho que têm chegado a mim por variadas formas; seja em uma conversa depois de alguma palestra ou aula em algum lugar do Brasil, um *e-mail* ou um bate-papo na sala de professores na minha querida PUCSP com meus caríssimos colegas de magistério. Agradeço não só os elogios, mas também as críticas que, sobretudo quando negativas, fazem-me pensá-lo e repensá-lo, aperfeiçoando-o, esclarecendo-o e complementando-o. Transformando-o, por isso mesmo, em um livro *vivo* que, felizmente, vem ganhando a cada ano uma nova edição sempre com algo mais a ser dito, debatido ou analisado. Incentivos como estes seriam o bastante para justificar uma nova edição.

É desejável, contudo, ir além. Também justifica esta edição a necessidade de inserir novas e interessantes decisões dos nossos Tribunais que querem, sempre, ilustrar a matéria exposta ao longo do volume. Com relação aos acórdãos do Superior Tribunal de Justiça, quis deixar mais claros os casos que foram julgados (ou estão prontos para o serem) como “Recursos Especiais Repetitivos”, já que, para eles, em rigor, deve ser aplicada a disciplina constante do art. 543-C do Código de Processo Civil, exposta pelo n. 4.4 do Capítulo 11 da Parte I do volume 5 deste *Curso*. Não obstante as observações críticas lá tecidas – mormente quanto à duvidosa possibilidade de *lei* delegar competência *constitucionalmente* fixada para julgamento do Recurso Especial –, o destaque é relevantíssimo justamente por causa do regime diferenciado de observância da decisão tomada pelo STJ quando adotada aquela técnica de julgamento pelos demais Tribunais. Também uma das recentes Súmulas do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo foi incluída no trato do “direito processual coletivo”.

Nesta edição há, também, um tópico novo (n. 12-A do Capítulo 5 da Parte I) no exame atinente à “ação de improbidade administrativa”. Nele analiso, para aceitá-la, a possibilidade de julgamento *parcial* de mérito nas condições lá discutidas.

O Projeto de Novo Código de Processo Civil não é tratado neste volume, razão pela qual não há, diferentemente dos demais, um Apêndice voltado à análise do atual estágio daquela discussão nas Casas Legislativas.

Cassio Scarpinella Bueno

7 de novembro de 2013

NOTA À 3ª EDIÇÃO

É muito gratificante redigir a breve nota que abre a 3ª edição do volume 2, tomo III, deste *Curso sistematizado de direito processual civil*. Tanto maior a satisfação por fazê-lo no dia de hoje, tão cheio de significados passados, presentes e futuros.

Esta nova edição, a exemplo das dos outros volumes do *Curso*, vem revista pelas mais recentes decisões do Superior Tribunal de Justiça sobre os temas aqui enfrentados – em especial, mas não exclusivamente, sobre a “ação de improbidade administrativa” e a “ação civil pública” –, inclusive pelas pertinentes novas súmulas daquele Tribunal. Também são mencionadas importantes decisões do Supremo Tribunal Federal e uma das Súmulas do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. A iniciativa quer ilustrar, sempre da melhor forma possível, diversas passagens do texto, facilitando, assim, sua compreensão.

Com relação ao Projeto de Novo Código de Processo Civil, cabe dizer que, à época em que foi fechada esta edição, os trabalhos de revisão perante a Câmara dos Deputados não estavam, ainda, concluídos, sendo prematuro, por isto, tratar do assunto. A ausência da conclusão dos trabalhos legislativos sobre um *novo* Código de Processo Civil, contudo, não é – e nem pode ser – óbice para o estudo do direito processual civil vigente. É este, e não aquele, o objetivo do presente trabalho, que vem sendo perseguido pelas edições anteriores e, como sua receptividade parece demonstrar, tem conseguido alcançar.

A afirmação do parágrafo anterior é ainda mais pertinente diante do específico objeto a que se dedica o presente volume: o que aqui é chamado de “direito processual *público*” e de “direito processual *coletivo*” não é – e, ao que tudo indica, não será – tratado por um novo Código de Processo Civil. É especialmente verdadeiro, portanto, afirmar que uma maior eficiência do direito processual civil, tendo em vista os assuntos aqui discutidos, depende, única e exclusivamente, da devida compreensão do

direito vigente, sempre e necessariamente interpretado a partir do “modelo constitucional do direito processual civil” e não da expectativa de novas leis, codificadas ou não, por melhores que elas possam ser.

Cassio Scarpinella Bueno

11 de setembro de 2012

NOTA À 2ª EDIÇÃO

Considerando a boa acolhida da 1ª edição do vol. 2, tomo III, deste *Curso sistematizado de direito processual civil*, entendi ser importante preparar uma nova edição não só para, revisando o texto, deixar algumas ideias, noções e conclusões mais claras, mas também – e principalmente – desenvolver mais demoradamente alguns pontos e introduzir alguns novos julgados, relativos aos temas aqui tratados, que, desde o fechamento editorial anterior, chegaram a meu conhecimento e que se mostraram importantes para ilustrar a exposição dos temas tratados ao longo do volume e as conclusões alcançadas.

Também quis incorporar à nova edição a rica vivência – diária, confesso – dos resultados veiculados pela edição anterior na sua aplicação no exercício do magistério, a partir, sobretudo, das turmas de graduação da Faculdade de Direito da PUCSP que estão sob minha responsabilidade, onde tenho tido o privilégio de colocar à prova a metodologia e as conclusões aqui expostas em um ambiente acadêmico que se mostrou e tem-se mostrado incrivelmente recompensador.

Graças à nova grade curricular daquela Faculdade, tive o privilégio de ofertar (e não se tratou de mera coincidência) aos alunos do 5º ano (9º semestre), como disciplina optativa, “O Poder Público em Juízo”, onde quis tratar dos temas que, em sua grande maioria, ocupam esse tomo, isto é, aquilo que, em suma, peculiariza, rente à premissa metodológica anunciada na Apresentação, o direito processual civil quando uma das partes (ou um dos intervenientes) é o Poder Público. A qualidade e o interesse dos alunos no trato das questões aqui expostas serviram também para enriquecer algumas passagens.

Com isso, o ano de 2011 vê não só completa a coleção do *Curso sistematizado de direito processual civil* com os seus cinco volumes e três

tomos, mas, além disso – e o que é bastante satisfatório para mim –, todos devidamente atualizados. À exceção do vol. 2, tomo II, cuja 1ª edição foi lançada no início do ano, todos os demais receberam uma nova edição, devidamente revista, atualizada e ampliada.

Diferentemente dos demais volumes e tomos, contudo, o que vem sendo chamado de “novo Código de Processo Civil” não ganhou, aqui, nenhum destaque. Como no que foi e que está sendo projetado, nada há de diverso com relação aos temas aqui tratados, todos eles disciplinados por legislação processual civil extravagante, entendo que é desnecessário fazer qualquer consideração àquele respeito. É certo que, oportunamente, os diversos entrelaçamentos entre a nova disciplina codificada e os temas aqui versados merecerão a atenção devida. Até porque o Projeto está repleto, tanto quanto o Código vigente, de normas de “direito processual público”. Isso, contudo, é assunto para o futuro e não para o presente. Não é o caso de trabalho com o propósito de querer *especular* sobre o que, talvez um dia, quem sabe, será um novo Código de Processo Civil.

Por ora, só me resta agradecer a todos aqueles que, de alguma forma, dedicaram alguma consideração ou palavra ao trabalho. Todas elas foram recebidas como verdadeiro *incentivo* para aprimorar, sempre e cada vez mais, este *Curso* que só quer tornar menos complicado e mais efetivo o exercício da função jurisdicional civil, inclusive no que diz respeito aos litígios envolvendo as pessoas de direito público.

E já que o parágrafo anterior tratou dos sempre indispensáveis agradecimentos, tomo a liberdade de reproduzir abaixo a pequena, mas sincera, mensagem que mandei ao Dr. Antonio Luiz de Toledo Pinto, quando soube que deixaria o cargo, que ocupou nos últimos trinta anos, de Diretor do Editorial Jurídico da Editora Saraiva. Recebi a notícia enquanto trabalhava na preparação da 2ª edição deste volume. Tenho certeza de que o texto fala por si só, inclusive no que diz respeito à pertinência de sua inclusão aqui.

Prezado Dr. Antonio Luiz,

Tendo tomado ciência da sua saída do cargo de Diretor Editorial Jurídico da Saraiva, venho à sua presença propor um brinde, cumprimentando-o e agradecendo-lhe tudo o que o senhor fez por mim

desde o meu primeiro livro lá publicado até o mais recente. Não o último, tenha certeza...

Felizmente, desde o livro *Execução provisória*, 12 anos atrás, tive o privilégio de agradecê-lo e cumprimentá-lo em público; com o vol. 2, tomo II, do meu *Curso sistematizado de direito processual civil* (sua a ideia e seu o enorme incentivo para produzi-lo), nada mais justo, ao completar a coleção, do que dedicá-lo ao senhor. Como lá escrevi (e escreveria de novo), sem o senhor, o *Curso* não seria.

Assim, todos sabem – e têm que saber – como o seu apoio foi importante, verdadeiramente decisivo na obra que venho construindo. Sentirei, com sinceridade, a falta de suas opiniões, de seus comentários e de suas sugestões.

Receba o meu forte abraço e meu, sempre insuficiente, muito obrigado por tudo.

Cassio Scarpinella Bueno
28 de abril de 2011

Parte I
DIREITO PROCESSUAL PÚBLICO

INTRODUÇÃO

1. NOMENCLATURA

Uma introdução ao estudo do que o n. 7.2 do Capítulo 1 da Parte I do vol. 1 denomina “direito processual público” deve começar pela justificativa de seu nome. É certo que os nomes não alteram a substância do que eles descrevem, mas, como a ciência jurídica é eminentemente *constitutiva* de seu objeto – o direito não está na natureza para ser “descoberto” e, a partir daí, estudado, diferentemente de outros fenômenos, mas ele é *criado* a partir de determinados modelos –, é importante destacar a razão de empregar esta e não outra nomenclatura.

Por “direito processual público” deve ser entendido nada mais e nada menos do que o estudo consciente das leis e situações em que uma das partes do processo ou, mais amplamente, um de seus sujeitos, é pessoa ou entidade de direito público ou, quando menos, sujeita em maior escala a um regime de direito público.

Não se trata propriamente de uma *disciplina* diversa do direito processual civil e, menos ainda, de um distinto *ramo* do direito processual civil. Trata-se, como o n. 7 do Capítulo 1 da Parte I do vol. 1 quer evidenciar, apenas e tão somente, de assumir, conscientemente, uma das inafastáveis consequências da assunção de que “direito *material*” e “direito *processual*” não se confundem. O objetivo maior é assumir um método de trabalho para melhor compreender determinadas normas jurídicas que dizem respeito ao modo de atuação do Estado-juiz para prestar tutela jurisdicional em determinados casos.

2. A RELATIVIZAÇÃO DO BINÔMIO “DIREITO (MATERIAL)” E “(DIREITO) PROCESSUAL”

A formação do direito processual civil brasileiro, com efeito, é extremamente *privatista*. Não só no que diz respeito à sua própria concepção e estudo, mas também com relação à tipificação do direito material conflituoso levado para resolução perante o Estado-juiz.

A influência, provavelmente, veio da Europa continental, o berço de nossos estudos do direito processual civil. Ocorre que nos países que mais nos influenciaram no desenvolvimento deste ramo do direito – notadamente Itália e Portugal – há o chamado “contencioso administrativo”, que nada mais é do que uma espécie de “justiça especializada” para conhecer e julgar conflitos de interesse que se verifiquem entre particulares e pessoas ou entidades públicas em consonância com regras próprias.

Embora, no Brasil, tenha havido a inserção de um tal modelo (é verificar os arts. 111, 203 e 204 da Constituição Federal de 1969), aquela “dualidade de jurisdições” não existe (v. n. 2 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1). O nosso ordenamento é, inequivocamente, de “jurisdição *una*” – é uma das tantas consequências que se pode extrair do *princípio* agasalhado no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal (v. n. 3 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1) –, o que significa que quaisquer conflitos de interesse, independentemente das partes envolvidas, ou se regidos pelo direito privado ou pelo direito público, serão julgados pelo mesmo Estado-juiz e, também vale a ênfase, pelas mesmas regras de *processo*, as de “direito processual *civil*”.

Há, é certo, *especializações* da *competência* exercida pelo Poder Judiciário brasileiro, como expõe a Parte I do vol. 2, tomo I, tanto no plano federal como no plano dos Estados. Esta realidade, contudo, não tem o condão de infirmar o acerto das considerações feitas pelos parágrafos anteriores. Referir-se, no Brasil, a que o litígio e, conseqüentemente, o “processo” no qual se busca a sua solução – a prestação da tutela jurisdicional – entre o particular e a Fazenda Pública são *exceção* – é costume falar-se, por exemplo, que o prazo da contestação, no procedimento ordinário, é de *quinze* dias, mas, se o réu for a Fazenda Pública, o prazo será de *sessenta* dias, por causa do art. 188 do Código de Processo Civil, indicando aquele artigo como excepcional diante *da regra* do art. 297 do mesmo Código – é desconhecer as estatísticas oficiais do Judiciário nacional. Segundo elas, os maiores litigantes brasileiros são pessoas de

direito público: a União Federal, o Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS), a Caixa Econômica Federal e o Estado de São Paulo.

Não pode mais haver dúvidas de que o “processo” nada mais é do que um instrumento destinado ao atingimento de determinadas finalidades. Para ser mais sintético, mas não menos exato: o processo é *meio*, não *fim*. Quando este “fim” se relaciona a conflitos de interesse regidos, no plano material, pelo direito público ou hipóteses regidas pelo direito material público, o “meio” precisa, necessariamente, ser calibrado e preparado para atingir aquele desiderato. Em suma: o processo, como meio de aplicação do direito material conflituoso, lesionado ou ameaçado, tem, necessariamente, que se adequar e se adaptar para atender às expectativas de seus fins. A tutela jurisdicional, tanto quanto a *forma* de prestá-la, deve ser ajustada, de uma forma ou de outra, ao direito material. É ele, o direito material, que justifica a razão de ser de todo o aparato jurisdicional; não o contrário. São as peculiaridades do direito material que acabam por influenciar a atuação do legislador em criar procedimentos *diferenciados* – procedimentos especiais – para melhor viabilizar a prestação da tutela jurisdicional.

A observação do parágrafo anterior poderia parecer desnecessária ou, pelo menos, pouco útil na medida em que não há mais dúvidas, nos dias atuais, de que o direito processual (inclusive o civil) é ramo do *direito público*. Trata-se, em última análise, da parcela do direito que se predispõe a examinar o *modo* de solução dos conflitos por uma das *funções* estatais, a Judiciária. E se assim é, se seu objeto é o *modo* de exercício de *função* pelo *Estado* voltado à busca de uma finalidade pública – a apaziguação social pela imunização de situações de conflitos intersubjetivos –, está-se diante de uma disciplina *típica* de direito público.

No entanto, o destaque e a observação do *conteúdo* dos conflitos que são levados ao Judiciário para solução pelas normas de direito processual civil justificam-se, por ora, menos para demonstrar que o processo civil não se confunde com o direito material nele veiculado (que há um *continente* e um *conteúdo*, portanto) e mais para evidenciar que, contemporaneamente, o direito processual civil *deve ser* examinado, sistematizado e *revisitado* também a partir de uma ótica diversa daquela que obteve, com sucesso, sua desvinculação do direito material. Hoje, o estudo do direito processual civil

deve partir *também* de seu conteúdo (o direito material conflituoso) como expõe o n. 2.1 do Capítulo 2 da Parte I do vol. 1.

Quando o direito *material público* rende ensejo ao conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida (uma lesão) ou a resistir (uma ameaça), impõe-se verificar em que medida esta *qualidade* distinta do direito material conflituoso – quando comparada com o direito material *privado* – tem aptidão para *modificar, alterar* ou *influenciar* as soluções tradicionais do direito processual civil, nascido, desenvolvido e sistematizado a partir do direito material *privado*.

Quando o direito material *público* é posto em juízo, portanto, põe-se a toda prova a premissa da *instrumentalidade do processo* na medida em que estreita a separação entre o direito material e o processual, relativizando, assim, o binômio direito-processo, unindo-os para um fim comum, a apaziguação social. As relações entre continente (o processo) e conteúdo (o direito *material público*), pois, representam campo de análise, de pesquisa e de reflexões bastante útil para colocar à prova a *utilidade* e o grau de *eficácia* do processo, sempre voltado para a realização do direito material.

Piero Calamandrei teve oportunidade de sistematizar realidade *conexa* à que ocupa as linhas anteriores. Na sua visão de gênio, os direitos materiais *indisponíveis* ou de *interesse público* não podiam receber a mesma disciplina processual reservada para os direitos materiais *disponíveis*, de interesse exclusiva ou preponderantemente *privado*. Mister que o processo se manifestasse diferentemente ou, quando menos, se amoldasse para as características de cada direito material para melhor desempenhar seu papel e sua função. Daí a sistematização doutrinária que empreendeu, distinguindo o “processo civil *inquisitório*” do “processo civil *dispositivo*”, consoante o grau de disponibilidade do direito material nele veiculado.

É sua a seguinte lição:

“Resulta de tudo quanto se disse até agora que a estrutura especial deste tipo de processo civil que estamos denominando de ‘inquisitório’ não é mais do que uma consequência da natureza especial da relação substancial submetida ao juiz: também aqui se confirma a regra de que o processo, dado ser instrumento construído para a atuação do direito substancial, conforma-se de diferente maneira segundo as diversas exigências de seu objeto: é o

espírito – adotando a enérgica frase de Wach – que se adapta ao corpo” (*Estudios sobre el proceso civil*, p. 235, em tradução livre).

Embora Calamandrei não se tenha valido do “direito público material” (o direito constitucional, o administrativo e o tributário, por exemplo) para comprovar o acerto de seu ponto de vista, o que deve ser extraído de suas lições é a *necessária* interferência do direito *material* no direito *processual*.

2.1. Aplicações

A conclusão a que chega o número anterior conduz a uma inquietação: por que se faz tão necessário, como anunciado precedentemente, esse verdadeiro “corte metodológico” no estudo do direito processual civil?

A resposta está em que, ainda hoje, o direito processual civil serve para regular as clássicas relações de direito privado em conflito: as relações de família, de sucessões, de propriedade, de vizinhança, as obrigações assumidas nos termos e nos moldes do Código Civil e Comercial e assim por diante. Caio ainda continua em litígio com Tício, como já ocorria nos tempos dos velhos tratadistas do direito civil.

O que ocorre é que, ao lado e sem prejuízo deste direito processual civil que pode ser chamado de “clássico” ou “tradicional”, outros diversos objetos, outras diversas preocupações, outras diversas *finalidades* passaram a ocupar a vida em sociedade e a ser tema de regulação pelo direito material. Não só o próprio direito privado transformou-se com a massificação da sociedade e sua crescente *indisponibilidade*, mas, também, a consequência de maior presença do Estado na vida cotidiana dos particulares, na exploração do domínio econômico, e a correlata, paulatina e desejável conscientização do acesso à justiça, inclusive para questionar os limites e os acertos da atuação da própria máquina estatal. Estes fatores acarretam a *necessidade* da sistematização defendida por este *Curso* para bem e adequadamente compreender o fenômeno, criando condições de um estudo *consciente* das normas processuais civis que se ocupam especificamente desta realidade. Agiganta-se e espraia-se por diversos campos a atuação do Estado. Mas, como ainda se trata de Estado de Direito, esta atuação *ainda é e deve ser* limitada aos lindes da ordem jurídica. Se necessário, compulsoriamente.

Daí ser necessário verificar em que medida aquele *mesmo* instrumental que, ainda hoje, serve para aplicação dos direitos materiais clássicos ou tradicionais pode ser utilizado para aplicar e realizar *também* estas novas realidades normativas, com seus diferentes valores, expectativas e ânsias sociais. Aqui também é a atuação do Estado-juiz e as normas de direito processual civil que viabilizarão a adequada e efetiva prestação da tutela jurisdicional do particular contra o Estado e vice-versa. Não há como deixar de ter presente e consciente esta realidade porque, no Brasil, a jurisdição é *una*.

Assim, é necessário e oportuno pensar-se o direito processual civil *fora* de seu contexto tradicional, como se ele, ainda hoje, *só* se voltasse à solução dos *mesmos* conflitos privatísticos do início do século XX, quando começou a ser visto, examinado e *destacado* daquele mesmo direito privado (v. n. 1 do Capítulo 2 da Parte I do vol. 1). Hoje, mais do que nunca, o processualista deve se preocupar *também* com a tutela jurisdicional e, conseqüentemente, com a realização de outros direitos materiais, dentre eles, o direito *material* público mediante a atuação do *mesmo* Estado-juiz, observado o *mesmo* “modelo constitucional do direito processual civil.

Não há por que criticar ou negar a importância, ainda hoje, do estudo do direito processual civil a partir de uma ótica mais tradicional – e, se se quiser – exclusivamente privatística. O que não parece ser mais correto ou, quando menos, *suficiente*, é a *limitação* do estudo do direito processual civil àquela realidade. Ela *ainda* existe, isto é objeto de pura constatação. Mas, ao seu lado, há *outros* direitos materiais carentes de tutela jurisdicional, a reclamarem visões, análises e sistematizações do direito processual civil qualitativa e proporcionalmente diferentes.

Assim, se a finalidade última do direito material *público* é a identificação dos limites da atuação do Estado diante dos particulares (esta, afinal, é a própria razão de ser do Estado Democrático de Direito), a resolução do conflito de interesses entre estes e aquele representa, em última análise, a *realização* e a *concretização* deste próprio modelo de Estado pela e na atuação do *próprio* Estado. É o Estado-juiz impondo os limites de atuação ao Estado-administrador e ao Estado-legislador.

O “direito processual público”, nestas condições, realiza, no sentido de tornar concreto, real, palpável, o próprio Estado Democrático de Direito.

Não como sinônimo de máquina administrativa, mas como método de contenção do exercício do poder e de seus exercentes – por isto são “*deveres-poderes*” –, de resguardo de direitos e garantias dos *destinatários* deste mesmo poder; Estado Democrático de Direito como realizador da legitimação das decisões políticas e do bem-estar social.

Se a grande conquista do Estado Democrático de Direito foi a de *legalizar* a vontade do rei, a grande necessidade do direito processual (mormente em sistemas de jurisdição una como o brasileiro) é a de manter eficaz e efetiva esta *legalização* e, mais amplamente, a *constitucionalização* da atuação estatal.

A afirmação do parágrafo anterior é, certamente, a mais relevante para este primeiro contato com a matéria: na medida em que o Estado Democrático de Direito nada mais é do que a atuação estatal constringida de acordo com os parâmetros normativos, desde a Constituição, o controle jurisdicional dos atos do Estado é responsável pela própria realização deste modelo político de Estado.

Destacar, para um melhor exame e compreensão, o que há de “diferente” quando uma das partes do processo é pessoa ou entidade de direito público, ademais, coloca em prática uma das premissas norteadoras do estudo do direito processual civil na atualidade, como já destacado pelo n. 2.1 do Capítulo 2 da Parte I do vol. 1: a necessária aproximação do direito material e do direito processual.

Questões tão tormentosas como frequentes, por exemplo, sobre quem deve estar compreendido na expressão “fazenda pública” ou “poder público” para fins de aplicação da lei processual civil deve ser resolvida pelos estudiosos do direito material e não pelos de direito processual. Saber, ilustrativamente, se uma sociedade de economia mista prestadora de serviço público faz jus às isenções relativas ao preparo dos recursos (art. 511, § 1º, do Código de Processo Civil) ou aos prazos diferenciados do art. 188 do mesmo Código ou às técnicas executivas impostas pelo art. 100 da Constituição Federal é questão cuja resposta reside *fora* do plano processual. É se perguntar: qual é o regime jurídico aplicável àquela pessoa jurídica? A depender da resposta, haverá todo um regime jurídico *processual* à sua espera. É fundamental, destarte, que o processualista tenha,

no particular, consciência dos limites de seu estudo na matéria para evitar que entre em seara que, não necessariamente, é-lhe peculiar.

Também o tema relativo aos *limites* do controle jurisdicional dos atos estatais se dá, no âmbito do “direito processual público”, a partir de premissas totalmente diversas, porque inexistentes, ao do controle jurisdicional dos atos de direito privado. Para os atos de direito público, é inafastável, do exame do controle jurisdicional, o princípio da separação dos Poderes consagrado pelo art. 2º da Constituição Federal e deve levar em conta os *atributos* dos atos de direito público. Tais atributos, de acordo com a consagrada lição de Celso Antônio Bandeira de Mello (*Curso de direito administrativo*, p. 411), são os seguintes: a *presunção de veracidade*, isto é, a presunção de que os atos regidos pelo direito público são conformes ao direito; a sua *imperatividade*, ou seja, a possibilidade de sua imposição a terceiros, independentemente de sua concordância; a sua *exigibilidade*, ou seja, a imposição do ato pela Administração independentemente da intervenção do Judiciário e, em alguns casos, a sua *executoriedade*, isto é, o compimento material do particular pela Administração em busca de um dado comportamento. Tais características, ínsitas ao ato estatal, são todas estranhas aos atos típicos de direito privado. Até como forma de equilibrar, desde o plano material, as “forças” dos particulares e do Estado-administração, é que o legislador se preocupou, muitas vezes, com a criação de procedimentos jurisdicionais diferenciados que permitam, ao Estado-juiz, imunizar, com idêntica veemência, os atos estatais. Não é estranho à doutrina especializada no assunto enxergar na “medida liminar” do “mandado de segurança”, por exemplo, uma verdadeira *contrapartida* à “executoriedade” dos atos regidos pelo direito público.

São os estudiosos do direito material *público* que vão fornecer lições verdadeiramente decisivas no sentido de reler e recontextualizar o que é, a este respeito, “discricionariedade administrativa”, permitindo, com isto – e como verdadeira *consequência* daquela lição, cunhada no plano *material* – que o processualista civil reconduza suas pesquisas quanto aos limites *jurisdicionais* do controle dos atos administrativos e, mais amplamente, todos os atos praticados de acordo com um regime jurídico de direito público.

A postura (processual) do magistrado diante daquela reconstrução (material) deve ser arredia aos grandes espaços de incontestabilidade do ato estatal usualmente designados por “atos *discricionários*” ou como o “mérito” do ato administrativo. Assim, para fins de prestação da tutela jurisdicional, é o discernimento entre a juridicidade do ato estatal e o ato estatal inválido, ilegítimo, injurídico. Sem tal proceder – que é bem diferente de reapreciar a *decisão* subjacente ao verdadeiro ato discricionário, inerente ao exercício da função administrativa –, o controle jurisdicional tem tudo para ser frustrante, colocando em risco o direito que, em última análise, decorre do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. Para se constatar, em cada caso, os limites do controle jurisdicional dos atos estatais deve o magistrado verificar se se trata, mesmo, de um ato discricionário e, sendo-o, se a *escolha* nele feita é correta. O magistrado, em termos práticos, deve “validar” o ato, legitimando-o; é esta, e não qualquer outra, a razão pela qual deixa de invalidá-lo.

É ler, para confirmar a conclusão, a lição de destacado administrativista argentino:

“... a discricionariedade não pode ficar fora deste novo esquema; é mister sua ubiquação e tratamento jurídico no lugar que lhe corresponde: se o controle judicial atualmente integra o ordenamento jurídico, cabe a ele a revisão se ela (a discricionariedade) efetivamente foi exercida de acordo com o universo jurídico.

Disto se deduz que o tratamento da discricionariedade no sentido da Justiça não se deve fazer como um *prius*, mas como um *posterius*, é dizer: o acesso à jurisdição contenciosa-administrativa ou processual-administrativa não pode condicionar-se a exigir como requisito processual uma atividade vinculada (‘reglada’), excluindo dela o ato discricionário, e também a parte discricionária do ato administrativo. Deve ser o juiz na sentença quem – controlando a juridicidade do ato objeto de revisão – analisa se a discricionariedade foi ou não exercitada de acordo com o ordenamento vigente. Isto não implica revisar sua essência, mas apenas seu contorno externo e sua inserção no sistema jurídico” (Domingo Juan Sesin, *Administración pública. Actividad reglada, discrecional y técnica – Nuevos mecanismos de control judicial*, p. 47, em tradução livre).

Importa acrescentar que o mesmo autor, às fls. 86-90 de seu trabalho, sugestivamente intitulado “Transformación de la inadmisibilidad en improcedencia”, descreve como e em que medida deve-se transportar o raciocínio do controle dos atos administrativos discricionários de uma situação de “inadmissibilidade da ação” ou, como este *Curso* prefere, do *processo* a uma situação de exame de *mérito*, ainda que para negar a existência do direito do particular diante da juridicidade da prática do ato administrativo.

3. PROPOSTA

Parece claro que o estudo do “direito processual público” poderia limitar-se à identificação, no sistema de direito positivo, dentro e fora do Código de Processo Civil, das normas que apenas *excepcionam* as regras “tradicionais” do direito processual civil na forma colocada em destaque precedentemente.

O *Curso* volta-se a esta pesquisa, *no seu devido contexto*, nos demais volumes, confrontando-as, inclusive, com o “modelo constitucional do direito processual civil”, dando especial destaque ao “princípio da *isonomia*”, querendo distinguir o que justifica, desde o plano material, eventuais *prerrogativas* do Estado em juízo daquilo que, pelo menos na atualidade, não passa de descabidos *privilégios* processuais. É o que se dá com relação aos prazos diferenciados (v. n. 4.3.1 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 2, tomo I), com a “execução contra a Fazenda Pública” (v. Capítulo 8 da Parte I do vol. 3), com as vedações e restrições relativas ao exercício do “dever-poder geral de antecipação” e do “dever-poder geral de cautela” (v. Capítulo 7 da Parte I e Capítulo 5 da Parte II, respectivamente, do vol. 4), com o reexame necessário (v. Capítulo 2 da Parte III do vol. 5) ou com as isenções relativas ao preparo recursal (v. n. 2.7 do Capítulo 3 da Parte I do vol. 5), apenas para mencionar situações em que o legislador brasileiro preocupou-se em distinguir expressamente as normas aplicáveis às situações em que o Poder Público é parte ou interveniente no processo.

A Parte I deste tomo III do vol. 2, como anunciado desde a Apresentação, ocupa-se com outro propósito. Seu objetivo é analisar os diversos *procedimentos* que a própria Constituição Federal e que o legislador conceberam para viabilizar a prestação da tutela jurisdicional em certos

casos em que atos do Poder Público são questionados perante o Estado-juiz. Estuda-se, aqui, não alguns atos processuais isoladamente considerados mas, mais amplamente, *procedimentos jurisdicionais diferenciados* – e diferenciados, justamente, porque são diversos do “procedimento *comum*”, *ordinário* ou *sumário* – em que a Fazenda Pública é parte ou, quando menos, sujeito processual.

É este o contexto em que se desenvolve o estudo do “mandado de segurança”, do “*habeas data*”, do “mandado de injunção”, da “ação popular” e da “ação de improbidade administrativa”, sempre tendo presente, como propõe a Apresentação, a importância de se distinguir o *nome* pelo qual aqueles institutos são conhecidos (e, por isso mesmo, aqui rotulados) da sua verdadeira concepção jurídica.

CAPÍTULO 1

Mandado de segurança

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O mandado de segurança é previsto expressamente na Constituição Federal em seu art. 5º, LXIX, inserido no Capítulo I (Dos direitos e deveres individuais e coletivos) do Título II (Dos direitos e garantias fundamentais), nos seguintes termos:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LXIX – 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”.

O inciso LXX do mesmo dispositivo constitucional reconhece expressamente a viabilidade de o mandado de segurança ser impetrado sob a forma *coletiva*, assunto ao qual se dedica o Capítulo 3 da Parte II.

Dada a previsão constitucional do mandado de segurança, não pode haver dúvidas quanto à circunstância de ele ser mecanismo apto a coibir qualquer atividade ilícita em suas mais diversas formas de manifestação por qualquer um que exerça *função pública* (v. n. 2.5, *infra*). Qualquer interpretação relativa ao mandado de segurança não pode desviar-se dessa ideia central, e que decorre direta e inequivocamente da Constituição Federal: é ele mecanismo de defesa do cidadão contra a prepotência do Estado ou de quem produza atos ou fatos jurídicos em nome do Estado. Tanto assim que é a própria Constituição Federal quem admite o cabimento de recurso *ordinário*

para o Superior Tribunal de Justiça ou para o Supremo Tribunal Federal apenas nos casos em que o impetrante (um particular, na grande maioria dos casos) não veja sua pretensão reconhecida em juízo, cabendo ao Estado a interposição de recursos especial e extraordinário quando a ordem for concedida. Não há como, desde logo, deixar de verificar a nítida *opção* do constituinte por criar, para o mandado de segurança, um sistema de defesa, controle e revisão dos atos regidos pelo direito público mais favorável (ou, quando menos, mais flexível) para o particular do que para o Estado. Essa *opção*, claramente feita no texto constitucional, como, de resto, em toda a gênese e o desenvolvimento do instituto, é inafastável para o intérprete e deve acompanhá-lo em cada dúvida, em cada indagação, em cada questão interpretativa que lhe seja posta para solução.

Bem ilustra a correção do quanto expõe o parágrafo anterior o entendimento vencedor de que o art. 5º da Lei n. 12.016/2009, que, na atualidade, disciplina o instituto, deve ser interpretado não no sentido de ele impor *vedações* ao cabimento do mandado de segurança, mas, bem diferentemente, como hipóteses em que sua impetração faz-se *desnecessária*, quando menos, *temporariamente*, não havendo para o impetrante, conseqüentemente, *interesse de agir*. Se o recurso no âmbito do “processo administrativo” tiver efeito suspensivo apto a impedir os efeitos do ato administrativo independentemente da prestação de caução (inciso I), se houver recurso ou outro veículo processual adequado para contrastar *eficazmente* a decisão jurisdicional (inciso II; v. Capítulo 4 da Parte III do vol. 5 e o quanto decidido pela 1ª Turma do STF no RMS 26.098/RJ, rel. Min. Marco Aurélio, j.un. 26.5.2009, DJe 13.8.2009) ou, por fim, quando se pretende questionar a decisão transitada em julgado (inciso III; v. n. 2 do Capítulo 4 da Parte III do vol. 5), não há como negar acerto à opção ao dispositivo de lei que, para estas situações, afasta o cabimento do mandado de segurança.

Mas não é só. A exemplo de todos os direitos e garantias definidos na Constituição, prescinde o mandado de segurança de *qualquer* disciplina infraconstitucional para seu funcionamento e aplicação concretos, nos exatos termos do § 1º do art. 5º da Constituição Federal. Evidentemente que lei alguma (anterior ou posterior à Constituição de 1988) pode querer burlar a grandeza constitucional do instituto porque, rigorosamente e consoante

expressa vontade do texto constitucional, qualquer lei que queira disciplinar o mandado de segurança é despicienda. Nenhuma interpretação de texto legal pode, portanto, querer frustrar ou criar embaraços para o pleno desenvolvimento do mandado de segurança e para o atingimento de sua missão constitucional.

São verdadeiras essas observações. A evolução histórica do mandado de segurança relaciona-se intimamente à *necessidade* de existência de uma tutela *eficaz* dos cidadãos contra o Estado. Fosse a partir de uma interpretação extensiva do *habeas corpus* ou a partir de uma interpretação ampliativa dos “interditos possessórios”, o que hoje é identificado como “mandado de segurança” nasceu e desenvolveu-se no Brasil (sem texto constitucional ou legal que o previsse, como hoje o conhecemos) como mecanismo *eficiente* para coibir ilegalidades ou abusos de poder. Nasceu o mandado de segurança para suprir uma deficiência do sistema constitucional e legal então vigente quanto à inexistência de mecanismos *eficientes* e *eficazes* para tutelar o particular contra o Estado e desempenhando um papel que, na atualidade, é bem ocupado pelo art. 461 e pelo art. 461-A do Código de Processo Civil. Do mesmo modo que, para estes dispositivos legais, é correto falar-se na busca de uma tutela jurisdicional *específica* (v. n. 8.1.2.1 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1), a história do mandado de segurança demonstra que, desde suas origens, ele se voltou à busca da chamada “fruição *in natura*” do bem jurídico.

As raízes históricas do mandado de segurança, com efeito, evidenciam a preocupação com a necessidade de ser desenvolvido um mecanismo de tutela jurisdicional *eficaz* do cidadão contra arbitrariedades dos exercentes de *função pública*. Por tutela jurisdicional *eficaz* deve-se entender a tutela jurisdicional apta para assegurar àquele que se afirma lesionado ou ameaçado em seu direito a conservação *in natura* desse mesmo direito, isto é, a possibilidade de sua fruição integral e plena, afastado ou evitado o ato ou fato que motiva seu ingresso no Poder Judiciário. Tanto quanto se dá com o *habeas corpus*, em que se pretende a tutela do direito de locomoção em si mesmo e não sua substituição por qualquer outro bem, ou com os interditos possessórios, em que a tutela é dirigida à fruição plena da posse e não dos direitos patrimoniais dela decorrentes.

Na segura lição de Castro Nunes (*Do mandado de segurança e de outros meios de defesa contra atos do Poder Público*, p. 38), “o mandado de segurança dá ao titular do direito à prestação *in natura*. É um procedimento *ad ipsam rem*, que não comporta a substituição da prestação devida. O direito é assegurado, no seu exercício, e não pela forma *indireta* da equivalência econômica, princípio pelo qual se define o ressarcimento da inexecução da obrigação, *scilicet* violação da lei. O ato violador é removido como obstáculo para que se restabeleça a situação jurídica preexistente, e não apenas anulado com os efeitos reparatórios conhecidos”.

Desde seu nascedouro, o mandado de segurança volta-se à fruição plena, integral e *in natura* do bem da vida que se diz lesionado ou ameaçado por ato de autoridade. Essa noção é avessa à sua substituição por seu mero equivalente monetário. Daí ser comum a afirmação de que o mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança (Súmula 269 do STF) nem tem efeitos patrimoniais pretéritos (art. 19 da Lei n. 12.016/2009 e Súmula 271 do STF).

Embora, como o n. 16, *infra*, justifica, a melhor interpretação para as referidas Súmulas e para o referido dispositivo legal não se *limite* ao quanto exposto, é verdade que estas ideias têm apelo didático suficiente para evidenciar que o mandado de segurança volta-se não à *reparação* de um direito já irremediavelmente lesionado, mas, muito pelo contrário, à conservação do pleno exercício, fruição e gozo do direito em seu estado puro, não tolerando sua substituição pelo equivalente monetário. O mandado de segurança dirige-se à proteção do direito em si mesmo considerado e não à de seu sucedâneo patrimonial.

Constitucionalizado pela primeira vez na história brasileira pela Constituição de 1934 (art. 113, n. 33) e regulado originariamente pela Lei n. 191, de 16 de janeiro de 1936, o mandado de segurança não foi assegurado pela Constituição de 1937, embora, durante o Estado Novo, tenha ganhado nova disciplina legal no Código de Processo Civil de 1939 (arts. 319 a 331). Com a Constituição de 1946 voltou o mandado de segurança a ter *status* constitucional (art. 141, § 24), o que foi preservado mesmo durante o regime militar (art. 150, § 21, da Constituição de 1967 e art. 153, § 21, da Constituição de 1969). Em 31 de dezembro de 1951 foi editada a Lei n. 1.531, diploma que, em sua maior substância, com algumas alterações,

disciplinou o instituto por quase sessenta anos, ao lado da Lei n. 4.348, de 26 de junho de 1964, e da Lei n. 5.021, de 9 de junho de 1966, todas expressamente revogadas pelo art. 29 da Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009, que passou a discipliná-lo, inclusive na sua forma *coletiva*.

Trata-se, pois, de instituto previsto constitucionalmente e que, em rigor, não depende sequer de lei infraconstitucional para desempenhar sua função constitucional. Mais do que isso, o alocamento do mandado de segurança entre os direitos e garantias individuais e coletivos não é passível de subtração nem mesmo por emenda à Constituição.

2. O MODELO CONSTITUCIONAL DO MANDADO DE SEGURANÇA

Importa extrair do precitado inciso LXIX do art. 5º da Constituição Federal o que pode ser chamado de “modelo constitucional do mandado de segurança” para que dê aplicação à premissa hermenêutica que norteia o desenvolvimento de todo este *Curso* e que viabiliza uma adequada e sistematizada interpretação (e aplicação) das leis que regem o mandado de segurança, a começar pelo art. 1º, *caput*, da Lei n. 12.016/2009, que praticamente repete o texto da Constituição.

É tanto mais importante insistir nessa premissa metodológica na exata medida em que qualquer desvio da legislação em bem implementar aquele modelo deve conduzir o magistrado à não aplicação da norma jurídica correspondente. É o que o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil pretende obter, do Supremo Tribunal Federal, no exercício do controle *abstrato* da constitucionalidade, com a ADI 4.296/DF, distribuída ao Ministro Marco Aurélio, que se volta aos arts. 1º, § 2º; 7º, III e § 2º; 22, § 2º; 23 e 25, todos da Lei n. 12.016/2009. Não há, por ora, nenhuma decisão tomada naquela sede.

2.1. A concessão do mandado de segurança

A locução empregada pelo dispositivo constitucional “conceder-se-á mandado de segurança” deve ser entendida no sentido de que a concessão do mandado de segurança é impositiva ao julgador quando a ilegalidade ou o

abuso de poder (o ato ou o fato violador do direito líquido e certo) descritos na petição inicial forem considerados como verdadeiros.

O verbo utilizado pelo constituinte (e também pelo art. 1º, *caput*, da Lei n. 12.016/2009) deve ser entendido dentro da técnica processual. Para impetrar o mandado de segurança não é necessário que a ilegalidade ou o abuso de poder realmente existam no plano dos fatos, embora a grande probabilidade de sua ocorrência seja essencial para fins de ser antecipada a tutela jurisdicional pretendida pelo impetrante (art. 7º, III, da Lei n. 12.016/2009; v. n. 9.1, *infra*). É suficiente para a impetração, isto é, para a *admissão* do mandado de segurança, que o impetrante *afirme* ter sido vítima de ilegalidade ou abuso de poder apresentando prova pré-constituída de tanto (v. n. 2.2, *infra*). A verificação de sua efetiva e concreta existência relaciona-se ao acolhimento do pedido do impetrante, isto é, com a *concessão* do mandado de segurança e com o julgamento do *mérito*.

2.2. Direito líquido e certo

O art. 5º, LXIX, da Constituição Federal também se refere à proteção de “direito líquido e certo”. Ao longo do desenvolvimento histórico do mandado de segurança, muito se discutiu a respeito do que deve ser entendido por “direito líquido e certo”.

A expressão deve ser entendida como aquele direito cuja existência e delimitação são claras e passíveis de demonstração documental. Hely Lopes Meirelles tem passagem clássica em que afirma que melhor seria a fórmula constitucional (e legal) ter-se referido à necessidade de o *fato* que dá supedâneo à impetração ser líquido e certo e não o direito em si mesmo. Para ele, o direito líquido e certo “é um conceito impróprio – e mal expresso – alusivo à precisão e comprovação do direito quando deveria aludir à precisão e comprovação dos fatos e situações que ensejam o exercício desse direito” (Hely Lopes Meirelles, *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, “habeas data”, ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade*, p. 36).

Essa interpretação, de inegável índole *processual*, da expressão “direito líquido e certo” relaciona-se intimamente ao procedimento célere, ágil, expedito e especial do mandado de segurança, em que, por inspiração direta do *habeas corpus*, não é admitida qualquer dilação probatória. É dizer: o

impetrante deverá *demonstrar*, já com a petição inicial, no que consiste a ilegalidade ou a abusividade que pretende ver reconhecida pelo Estado-juiz, não havendo espaço para que demonstre sua ocorrência no decorrer do procedimento. A única exceção é a regulada pelos §§ 1º e 2º do art. 6º da Lei n. 12.016/2009, instituída em favor do impetrante e, portanto, em plena consonância com as diretrizes constitucionais do mandado de segurança, máxime quando levado em conta o disposto no inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal (v. n. 7, *infra*).

“Direito líquido e certo” há quando a ilegalidade ou a abusividade forem passíveis de demonstração por prova pré-constituída trazida desde logo com a petição inicial, não necessariamente documental, independentemente de sua complexidade ou densidade. Está superado o entendimento de que eventual *complexidade* das questões (fáticas ou jurídicas) redundava no descabimento do mandado de segurança. O que é fundamental para o *cabimento* do mandado de segurança é a possibilidade de apresentação de prova pré-constituída do que alegado pelo impetrante e a desnecessidade de produção de outras provas ao longo do procedimento. Nisso – e só nisso – reside a noção de “direito líquido e certo” (STJ, 2ª Turma, RMS 22.863/MG, Rel. Min. Humberto Martins, j.un. 14.4.2009, DJe 4.5.2009; STJ, 5ª Turma, AgRg no RMS 27.626/RJ, rel. Min. Laurita Vaz, j.un. 2.12.2008, DJe 19.12.2008 e STJ, 6ª Turma, RMS 13.893/MS, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j.un. 26.2.2008, DJe 24.3.2008).

Acentua a Súmula 625 do Supremo Tribunal Federal, a esse respeito, que “Controvérsia sobre matéria de direito não impede concessão de mandado de segurança”. A análise de seus precedentes revela que a noção contida nesse enunciado (ao contrário, aliás, do que sua realização *literal* sugere) é a de identificar, pura e simplesmente, o conceito de direito líquido e certo como um conceito processual (de função processual), que quer significar a necessidade de o impetrante apresentar-se em juízo munido de prova pré-constituída – daí a referência ao mandado de segurança, por vezes, como “processo *documental*” –, sendo descabido o mandado de segurança para reexaminar fatos ou provas, assim, por exemplo, aquelas produzidas no âmbito de processo administrativo (STF, Pleno, MS 26.163/DF, rel. Min. Cármen Lúcia, j.un. 24.4.2008, DJe 4.9.2008) ou as relativas à correção de compensações tributárias feitas entre o contribuinte e o fisco (Súmula 460 do

STJ: “É incabível o mandado de segurança para convalidar a compensação tributária realizada pelo contribuinte”) ou, ainda, o valor probante de laudo médico que atesta a necessidade de determinado medicamento ao impetrante (STJ, 2ª Turma, REsp 1.115.417/MG, Rel. Min. Castro Meira, j.un. 25.6.2013, DJe 5.8.2013).

A Súmula 625, por seu turno, também tem valia para afastar, de vez, antiga orientação doutrinária e jurisprudencial no sentido de que a complexidade das questões jurídicas trazidas para discussão com o mandado de segurança seria óbice para o *cabimento* (conhecimento) do mandado de segurança. O que releva, para a superação de seu juízo de admissibilidade, é que os *fatos* sejam adequadamente provados de plano, sendo despicienda qualquer dilação probatória, ao que é arredo o procedimento do mandado de segurança.

Por isso mesmo é que direito líquido e certo não deve ser entendido como “mérito” do mandado de segurança, isto é, como sinônimo do conflito de interesses retratado pelo impetrante em sua petição inicial e levado para solução definitiva ao Estado-juíz. Direito líquido e certo é, nessa perspectiva, apenas uma *condição da ação* do mandado de segurança, assimilável ao *interesse de agir* e que, uma vez presente, autoriza o questionamento do ato coator por essa via especial e de procedimento abreviadíssimo quando comparado com o de outros processos. Mister entender o direito líquido e certo como a condição que torna o mandado de segurança a “ação *adequada*” para a tutela da afirmação de direito do impetrante. Sendo possível provar a ilegalidade ou o abuso de poder já com a inicial – ressalvada a hipótese do § 1º do art. 6º da Lei n. 12.016/2009 –, o caso é de mandado de segurança. Em termos práticos, a ausência de direito líquido e certo é obstativa somente do *cabimento*, do *conhecimento* ou da *admissibilidade* do mandado de segurança, sendo possível que, por outras vias, o impetrante busque a tutela jurisdicional da afirmação de seu direito, como, de resto, permite expressamente o art. 19 da Lei n. 12.016/2009 (v. n. 14, *infra*).

2.3. Mandado de segurança, *habeas corpus* e *habeas data*

A previsão constitucional excepciona o cabimento do mandado de segurança quando o caso é de *habeas corpus* ou de *habeas data*. “Não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*”, dizem o art. 5º, LXIX, da Constituição Federal e o *caput* do art. 1º da Lei n. 12.016/2009.

Daí ser comum a afirmação de que o mandado de segurança é *residual*, embora amplíssima a gama de direitos tuteláveis jurisdicionalmente por seu intermédio. O mandado de segurança cabe quando não for caso de *habeas corpus*, que, desde a reforma de 1926 à Constituição de 1891, volta-se, única e exclusivamente, à tutela jurisdicional do direito de *locomoção* (liberdade de ir, vir, ficar e permanecer), como se lê do inciso LXVIII do art. 5º da Constituição Federal, e, mercê da criação do *habeas data* pela Constituição de 1988, quando não for hipótese de obtenção ou retificação de informação ou de dados nos termos do inciso LXXII do art. 5º da mesma Carta.

A doutrina usualmente critica o verbo utilizado pelo constituinte e pelo legislador. O “não amparado” deve ser entendido como “não *amparável*”. Isto para que não se dê a falsa impressão de que primeiro se impõe a tentativa da tutela do direito por intermédio do *habeas corpus* ou do *habeas data*, para, só então, descortinar-se a viabilidade da impetração do mandado de segurança. A interpretação correta é a que identifica o mandado de segurança para tutela jurisdicional de qualquer direito nas demais condições do dispositivo constitucional que não seja tutelável (amparável) pelo *habeas corpus* ou pelo *habeas data*. Suficiente para o cabimento do mandado de segurança, pois, que a hipótese não seja de direito de locomoção ou de obtenção ou retificação de informações ou dados.

2.4. Ilegalidade ou abuso de poder

Lê-se, ainda, no art. 5º, LXIX, da Constituição Federal, que cabe mandado de segurança “quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder”.

Ilegalidade, na doutrina do direito público, usualmente se relaciona aos desvios dos padrões de legalidade estrita (aí compreendido o desvio dos padrões constitucionais) e, conseqüentemente, à prática de atos vinculados.

Abuso de poder, diferentemente, relaciona-se aos chamados “atos discricionários”, que, de acordo com a doutrina tradicional do direito

administrativo, correspondem àqueles atos em que a autoridade tem maior margem de apreciação dos motivos, dos elementos ou da finalidade a ser atingida pelo ato. “Segundo sua conceituação clássica, desvio de poder é o manejo de uma competência em descompasso com a finalidade em vista da qual foi instituída”, é a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello (*Curso de direito administrativo*, p. 792).

É importante ter presente que tanto os casos de “ilegalidade” como os de “abuso de poder” são formas de invalidades e desconformidades com o ordenamento jurídico, a serem declaradas, como tais, pelo Judiciário. Daí se submeterem, igualmente, ao mandado de segurança, no que são claras a Constituição e a lei de regência do instituto (art. 1º da Lei n. 12.016/2009). O que distingue um conceito do outro é mais a *forma* da invalidade do ato. Ainda de acordo com as lições do Professor Titular de Direito Administrativo da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (*Curso de direito administrativo*, p. 797): “a Lei tanto pode ser ofendida à força aberta como à capucha. No primeiro caso o administrador expõe-se afoitamente à repulsa; no segundo, por ser mais sutil não é menos censurável. Vale dizer: a ilegitimidade pode resultar de manifesta oposição aos cânones legais ou de violação menos transparente, porém tão viciada quanto a outra. Isto sucede exatamente quando a Administração, em nome do exercício da atividade discricionária, vai além do que a lei lhe permitia e, portanto, igualmente a ofende”.

É essa a razão pela qual é amplamente vencedor em doutrina e em jurisprudência o entendimento de que a discricionariedade administrativa (e, pois, a prática de atos abusivos) não significa uma incontrastabilidade apriorística do ato pelo Judiciário. Muito pelo contrário, só pode significar a viabilidade (e a *necessidade*) de um controle eficaz quanto aos contornos da legalidade em sentido amplo da prática do próprio ato para que se verifique se eventual margem de liberdade do administrador foi ou não exercida de acordo e em atenção aos *fins*, aos *padrões* e, pois, aos *limites* jurídicos, traçados constitucional ou legalmente. Só assim, de resto, realiza-se concretamente o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.

Prova bastante do acerto dessas lições repousa na Súmula 64 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que tem o seguinte enunciado: “O direito

da criança ou do adolescente a vaga em unidade educacional é amparável por mandado de segurança”.

2.5. Autoridade pública

A locução seguinte, que se colhe do art. 5º, LXIX, da Constituição Federal relaciona o mandado de segurança a ato praticado por “autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público”. Trata-se de locução que aparece mais ampla no *caput* do art. 1º da Lei n. 12.016/2009, embora o sentido e o alcance das previsões, constitucional e legal, sejam coincidentes.

O mandado de segurança volta-se contra a prática de atos ilegais ou abusivos praticados por agentes do Estado nos seus diversos níveis (federal, estadual, municipal ou distrital) e por quem lhe faça as vezes, isto é, por outras pessoas estatais que não componham a Administração direta. Assim, as autarquias, as agências reguladoras, fundações estatais, empresas públicas e sociedades de economia mista, prestadoras de serviço público ou exploradoras de atividades econômicas.

Também particulares, quando exercentes de *função pública*, o que é possível pelo instrumento jurídico da *delegação* (concessão, permissão, autorização ou outra forma de trespasse do *exercício* da atividade pública ao particular), podem ser alvo de mandado de segurança naquilo que diz respeito à delegação, isto é, à parcela de atividade (pública) cujo *exercício* lhe foi reconhecido em nome do Estado. É o que prevê o § 1º do art. 1º da Lei n. 12.016/2009: “Equiparam-se às autoridades, para os efeitos desta Lei, os representantes ou órgãos de partidos políticos e os administradores de entidades autárquicas, bem como os dirigentes de pessoas jurídicas ou as pessoas naturais no exercício de atribuições do poder público, somente no que disser respeito a essas atribuições”.

É essa a razão pela qual são amplamente aceitos, pela jurisprudência, mandados de segurança contra dirigentes de escolas particulares ou de empresas particulares prestadores de serviços públicos. Entende-se, nesses casos, que a “autorização” referida no art. 209, II, da Constituição Federal é significativa de trespasse de atividade pública ao particular e, por isso, admite-se o mandado de segurança como via para contraste de atos praticados por aquelas pessoas no que diz respeito à atividade de ensino.

Nesse sentido: STJ, 1ª Seção, CC 53.922/GO, rel. Min. Eliana Calmon, j.un. 13.8.2008, DJe 20.4.2009; STJ, 2ª Turma, REsp 661.404/DF, rel. Min. Carlos Fernando Mathias, j.un. 18.3.2008, DJe 12.5.2008; STJ, 1ª Seção, CC 72.981/MG, rel. Min. Humberto Martins, j.un. 28.3.2007, DJ 16.4.2007, p. 156; STJ, 1ª Seção, AgRg no CC 62.225/SP, rel. Min. Eliana Calmon, j.un. 14.11.2007, DJ 3.12.2007, p. 250, e STJ, 1ª Seção, CC 35.972/SP, rel. p./acórdão Min. Teori Albino Zavascki, j.m.v. 10.12.2003, DJ 7.6.2004, p. 152.

É nesse mesmo contexto que deve ser entendida a Súmula 510 do Supremo Tribunal Federal, que tem o seguinte enunciado: “Praticado o ato por autoridade no exercício de competência delegada, contra ela cabe o mandado de segurança ou a medida judicial”. A expressão “competência delegada” deve ser compreendida como sinônimo de exercício de *função pública*. Onde quer que haja função pública cabe mandado de segurança, desde que estejam presentes seus demais pressupostos constitucionais e legais.

Por identidade de motivos, quando o exercício da função pública se der por empresa do Estado, mesmo que estruturada na forma do direito privado (art. 173, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal), cabe o mandado de segurança. É, com o devido respeito, errado o entendimento de que não caberia mandado de segurança contra empresas públicas ou sociedades de economia mista porque regidas por normas de direito privado. É que, ao lado de sua *aparente* sujeição ao regime jurídico de direito privado (que criação de empresa verdadeiramente privada é autorizada por lei específica como determina o art. 37, XIX, da Constituição Federal?), o manejo de suas atividades sempre visa a um interesse público, maior ou menor consoante sua atuação se dê na qualidade de exploradora de atividade econômica, situação em que eventual concorrência com outros particulares é decisiva na conformação de seu próprio regime jurídico, ou enquanto prestadora de serviços públicos. Sempre que um fim público ou uma *função pública* for imposta a uma dessas pessoas estatais – mesmo que exploradoras de atividade econômica –, cabe o mandado de segurança, desde que presentes os demais pressupostos exigidos pela Constituição Federal.

Assim, por exemplo, se *qualquer* empresa pública ou sociedade de economia mista deve abrir concurso público para preencher seus quadros de

empregados ou licitar para realizar obras ou comprar materiais por imposição constitucional – *função pública* derivada do art. 37, *caput*, II e XXI, da Constituição Federal, por exemplo –, contra esses atos cabe, inequivocamente, mandado de segurança, quando presentes seus demais pressupostos.

A tese relativa ao *cabimento* do mandado de segurança nestes casos acabou se tornando vitoriosa no Superior Tribunal de Justiça, como faz prova sua Súmula 333, que tem o seguinte enunciado: “Cabe mandado de segurança contra ato praticado em licitação promovida por sociedade de economia mista ou empresa pública”. Para a jurisprudência do STF acerca do tema, também admitindo a impetração em tais casos, v. a amplamente fundamentada decisão monocrática proferida pelo Min. Celso de Mello no MS-MC 27.351/SP, j. 16.6.2008, DJe 19.6.2008.

A Lei n. 12.016/2009, inovando, no particular, em relação à disciplina anterior, encampou o entendimento no § 2º de seu art. 1º, que merece ser interpretado *a contrario sensu*: “Não cabe mandado de segurança contra os atos de gestão comercial praticados pelos administradores de empresas públicas, de sociedade de economia mista e de concessionárias de serviço público”.

3. MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO

O art. 1º, *caput*, da Lei n. 12.016/2009 prevê o cabimento do mandado de segurança também nos casos em que “houver justo receio” de, ilegalmente ou com abuso de poder, alguém sofrer violação a direito.

Embora o art. 5º, LXIX, da Constituição Federal seja silente a respeito, a hipótese encontra fundamento expresso suficiente no art. 5º, XXXV, da mesma Carta, que assegura que a lei não excluirá lesão ou *ameaça* a direito do Poder Judiciário.

Trata-se da figura do “mandado de segurança *preventivo*”. Antes mesmo da ocorrência da violação de determinado direito é possível a impetração do mandado de segurança para impedir a consumação da lesão, paralisando a exigibilidade (imperatividade) ou, consoante o caso, a autoexecutoriedade do ato administrativo. Neste contexto, o mandado de segurança *preventivo* contrapõe-se ao chamado “mandado de segurança *repressivo*”, que é aquele

voltado a afastar lesões já consumadas ou, ainda, impedir que lesões presentes propaguem-se, ou, quando menos, seus efeitos, no futuro.

Assim, toda vez que o impetrante estiver na *iminência* de sofrer lesão em direito líquido e certo seu, pode valer-se do mandado de segurança para evitar que ela, a lesão, concretize-se. Busca-se, com a impetração preventiva, uma verdadeira *imunização* da situação fática, resguardando-se, integralmente, a futura fruição plena e *in natura* do bem jurídico reclamado pelo impetrante.

A prática do ato que se pretende *imunizar* durante o curso do processo não é razão para julgar prejudicado o mandado de segurança, máxime quando concedida a liminar requerida pelo impetrante. É assente a jurisprudência do STJ neste sentido, como faz prova o seguinte julgado: STJ, 1ª Seção, MS 15.434/DF, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j.un. 14.9.2011, DJe 23.9.2011.

4. LEGITIMIDADE ATIVA (O IMPETRANTE)

O art. 5º, LXIX, da Constituição Federal é silente quanto a quem pode impetrar o mandado de segurança, isto é, quem é o *autor* do mandado de segurança ou, como em geral é referido, quem é o *impetrante*. O *caput* do art. 1º da Lei n. 12.016/2009 refere-se à impetração por “qualquer pessoa física ou jurídica”.

Historicamente muitas dúvidas se colocaram quanto a quem podia fazer uso do mandado de segurança.

Por força da Constituição de 1988 e do art. 1º, *caput*, da Lei n. 12.016/2009, não há espaço para questionamentos: todo aquele que pode invocar os direitos e as garantias previstos no art. 5º daquela Carta pode impetrar o mandado de segurança. Assim, não só o indivíduo (pessoa física), brasileiro ou não, residente no País ou não, eleitor ou não, maior ou menor de idade (quando o suprimento de capacidade será feito de acordo com a lei civil, em consonância com o art. 8º do Código de Processo Civil; v. n. 3.2.4 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 1), mas também as pessoas jurídicas, brasileiras ou não. O reconhecimento de quem pode ser impetrante do mandado de segurança deve acompanhar, assim, a interpretação (necessariamente ampla) de todos aqueles que podem invocar a proteção dos direitos e garantias previstos no ordenamento jurídico brasileiro.

Dúvida que ainda subsiste em doutrina e jurisprudência a respeito do tema diz respeito à viabilidade de o mandado de segurança ser impetrado por pessoa jurídica de direito público.

Embora *tradicionalmente* os direitos e as garantias individuais (as liberdades públicas) sejam estruturados a partir dos indivíduos e a eles dirigidos (como verdadeiros *limites* à atuação do Estado), não há como deixar de reconhecer que as diversas pessoas *públicas* podem, eventualmente, apresentar-se como titulares de direitos em face de outras, justificando, assim, a impetração, desde que seus demais pressupostos estejam presentes. Como bem assinala Arnaldo Wald, é preciso destacar que, “embora concebido como meio de defesa do indivíduo contra a Administração Pública, o mandado de segurança evoluiu no sentido de se tornar um instrumento eficaz de manutenção do sistema de freios e contrapesos, servindo para corrigir inconstitucionalidades e ilegalidades surgidas nos conflitos entre os diversos poderes de uma mesma unidade política ou entre a União, o Estado e o Município. Na falta de outro elemento rápido e eficaz para solucionar tais contendas, a própria administração tem recorrido ao mandado de segurança, que passou a ser impetrado por pessoas jurídicas de direito público” (*Do mandado de segurança na prática judiciária*, p. 174).

A hipótese, destarte, não pode ser descartada de plano. Também o mandado de segurança deve ser entendido e difundido como forma de proteção de direitos líquidos e certos quando titularizados por pessoas jurídicas de direito público (ou quem lhes faça as vezes). Como forma eficaz – em geral a *mais* ou *única* verdadeiramente eficaz – para resguardar o escorreito exercício de suas próprias competências públicas eventualmente frustradas ou ameaçadas por outro ente público, seja da Administração direta, indireta ou de outro ente federado.

Tanto mais verdadeiro esse entendimento quando se tratar de impetração de iniciativa do Ministério Público, considerando a ampla gama de sua competência constitucionalmente traçada e que será mais bem analisada no Título seguinte. O Ministério Público não agirá, propriamente (ou necessariamente), em prol de um direito “seu” (como instituição), mas como *substituto processual* de outros interesses ou de outros direitos (v. n. 1 da Introdução da Parte II).

No que diz respeito ao tema, outrossim, vale destacar a pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quanto ao reconhecimento do cabimento do mandado de segurança para a tutela dos chamados “direitos-função”, isto é, aqueles que “têm por objeto a posse e o exercício da função pública pelo titular que a detenha, em toda a extensão das competências e prerrogativas que a substantivem”, razão pela qual é “incensurável, pois, a jurisprudência brasileira, quando reconhece a legitimação do titular de uma função pública para requerer segurança contra ato do detentor de outra, tendente a obstar ou usurpar o exercício da integralidade de seus poderes ou competências: a solução negativa importaria em ‘subtrair da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito’”. Para viabilizar o exercício deste direito é que “a jurisprudência – com amplo respaldo doutrinário (v.g., Victor Nunes, Meirelles, Buzaid) – tem reconhecido a capacidade ou ‘personalidade judiciária’ de órgãos coletivos não personalizados e a propriedade do mandado de segurança para a defesa do exercício de suas competências e do gozo de suas prerrogativas” (STF, Pleno, MS 21.239/DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j.un. [quanto à preliminar] 5.6.1991, DJ 23.4.1993, p. 6920).

Esta orientação tem sido prestigiada para reconhecer a legitimidade de parlamentares para mandados de segurança visando à defesa de suas prerrogativas institucionais em face das Casas Legislativas (v.g.: STF, Pleno, MS-MC 26.307/DF, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j.un. 19.12.2006, DJ 17.8.2007, p. 25, e a erudita decisão monocrática proferida pelo Min. Celso de Mello no MS 26.712 ED-MC/DF, j. 11.9.2007, DJ 19.9.2007, p. 26); de Subprocuradores-Gerais da República para mandados de segurança contra ato do Conselho Nacional do Ministério Público (assim, v.g., STF, Pleno, MS 26.264/DF, rel. Min. Marco Aurélio, j.un. [quanto às preliminares] 21.5.2007, DJ 5.10.2007, p. 22) e para legitimar a impetração por Oficial de Cartório em detrimento de ato da Corregedoria de Justiça (STJ, 1ª Turma, RMS 15.877/DF, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. un. 18.5.2004, DJ 21.6.2004, p. 163).

Considerando o teor do inciso LXX do art. 5º da Constituição Federal e o art. 21 da Lei n. 12.016/2009, a legitimidade de partidos políticos, de associações e entidades de classe e organizações sindicais para o “mandado

de segurança” é estudada, de forma apartada, pelo Capítulo 3 da Parte II, dedicado exclusivamente ao “mandado de segurança *coletivo*”.

Ainda no que tange ao *impetrante*, isto é, aquele que detém legitimidade ativa para o mandado de segurança, importa destacar dois dispositivos da Lei n. 12.016/2009 que estabelecem regras de “legitimação *extraordinária*”, isto é, a possibilidade de alguém figurar em juízo para buscar a tutela jurisdicional de direito alheio (v. n. 3 do Capítulo 1 da Parte VII do vol. 2, tomo I).

De acordo com o art. 1º, § 3º, da Lei n. 12.016/2009, “Quando o direito ameaçado ou violado couber a várias pessoas, qualquer delas poderá requerer o mandado de segurança”. Exemplo que se encontra frequentemente na doutrina que se voltou ao assunto é o de diversas pessoas aprovadas em concurso público serem preteridas pela contratação de quem não participou do certame ou está mais mal classificada. Ao menos a partir de uma leitura mais tradicional do art. 37, IV, da Constituição Federal de 1988, a situação dos aprovados no concurso é de mera expectativa de direito, que só poderia ser exercido no momento oportuno pelo concursado, quando de sua efetiva e concreta preterição. A possibilidade de sua tutela jurisdicional por qualquer dos concursados ocorre, entretanto, mercê do dispositivo em exame, que, expressamente, *excepciona* a hipótese, confirmando tratar-se de legitimação extraordinária.

Outra situação que serve para ilustrar bem a hipótese é a retratada na Súmula 628 do Supremo Tribunal Federal: “Integrante de lista de candidatos a determinada vaga da composição de tribunal é parte legítima para impugnar a validade da nomeação de concorrente”. Os precedentes dessa Súmula deixam clara a possibilidade da impetração por qualquer um dos componentes da lista de candidatos para composição de tribunal para evitar que qualquer um que não a componha venha a ser nomeado, em detrimento de direito seu, compartilhado, de resto, com os demais candidatos. Não se trata de buscar, pela impetração, direito à nomeação, mas, menos do que isso, de buscar, com o mandado de segurança, o direito de não ser *preterido* em eventual nomeação, vale dizer, assegurar que somente aqueles que participaram da formação da lista e de todos os atos anteriores à sua preparação possam ser chamados.

Cabe o destaque de que essa figura de legitimação extraordinária – vários afetados por um mesmo ato coator e a possibilidade de apenas um deles apresentar-se em juízo – não difere, ontologicamente, do que a Lei n. 8.078/1990, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, denomina, em seu art. 81, parágrafo único, III, “direito ou interesse individual homogêneo”. A diferença entre as previsões normativas repousa, apenas e tão somente, no reconhecimento, pela Lei n. 12.016/2009 – que, no particular, não inova em relação às anteriores leis disciplinadoras do mandado de segurança –, de o *indivíduo*, afetado em iguais condições, tutelar, sozinho e *individualmente*, o direito que pertence a outras pessoas em situações de fato iguais.

Necessário observar, contudo, que a situação fática que legitima a impetração nas condições do dispositivo em comento é a de que haja afirmação de direito *próprio*, embora compartilhado ou compartilhável com outras pessoas, que, por isso mesmo, são *igualmente ou concorrentemente* legitimadas. Não se trata, aqui, de admitir a impetração quando o impetrante não é titular de afirmação de *direito*, apropriável e fruível em nome próprio e significador de algum incremento em sua esfera jurídica privada. Caso contrário, estar-se-ia diante de verdadeira ação popular, cuja fungibilidade com o mandado de segurança não é admitida pela Súmula 101 do Supremo Tribunal Federal. O mandado de segurança, em suma, não se presta, ao menos na hipótese aqui comentada, à tutela da mera observância da lei, à tutela de uma ilegalidade *objetiva*, sem que o impetrante demonstre o benefício concreto que experimentará com a concessão da ordem na sua esfera jurídica e individual.

A outra hipótese de legitimação extraordinária prevista na Lei n. 12.016/2009 encontra-se em seu art. 3º. De acordo com o dispositivo, “O titular de direito líquido e certo decorrente de direito, em condições idênticas, de terceiro poderá impetrar mandado de segurança a favor do direito originário, se o seu titular não o fizer, no prazo de 30 (trinta) dias, quando notificado judicialmente”. Nesta hipótese, diferentemente do que se dá com a do § 3º do art. 1º da Lei n. 12.016/2009, o impetrante busca tutelar jurisdicionalmente direito seu que *deriva* ou é *reflexo* de outro direito cujo titular se quedou inerte, não obstante ter sido provocado especificamente para buscar sua tutela jurisdicional.

Trata-se de hipótese em que aquele que, eventualmente, poderia ter sido admitido em processo já pendente na qualidade de *assistente simples* pode assumir sua *iniciativa*, embora, a exemplo do que dá nos casos de assistência, para pretender tutelar jurisdicionalmente direito de outrem e, somente de maneira reflexa, direito seu. Nessas condições, a hipótese é de verdadeira *substituição processual* (v. n. 3.1 do Capítulo 1 da Parte VII do vol. 2, tomo I) porque o titular do direito originário deixa de poder impetrar seu próprio mandado de segurança, ficando adstrito ao que for decidido naquele impetrado pelo legitimado a que se refere o dispositivo em exame. É certo, contudo, que sua intervenção no processo é viável, assumindo a posição de “assistente *litisconsorcial*” (art. 54 do Código de Processo Civil), uma vez que a sentença produzirá efeitos em sua própria esfera jurídica porque, em última análise, é a ele que pertence o direito material levado para ser tutelado perante o Estado-juiz (v. n. 5 do Capítulo 3 da Parte VII do vol. 2, tomo I).

Para exercício deste direito, o art. 3º da Lei n. 12.016/2009 previu um prazo de trinta dias, a ser contado da notificação dirigida ao “titular” do direito líquido e certo “prazo razoável”. A despeito do texto da lei, não há razão para impor, em qualquer caso, que a notificação seja feita *judicialmente* (v. n. 3 do Capítulo 11 da Parte III do vol. 4). O que importa é que aquele que poderia impetrar o mandado de segurança e não o fez tenha inequívoca ciência da pretensão daquele que pretende *substituí-lo* em juízo.

4.1. Intervenção litisconsorcial facultativa

O § 2º do art. 10 a Lei n. 12.016/2009 toma partido em discussão importante que doutrina e jurisprudência sempre debateram e controverteram. Trata-se da viabilidade, ou não, de ingresso, no processo de mandado de segurança, de outro impetrante depois da concessão de medida liminar para se beneficiar de seus efeitos. É o que pode ser chamado de “litisconsorte ativo facultativo ulterior”.

Não há espaço para duvidar, vez por todas, que a disciplina reservada ao litisconsórcio pelo Código de Processo Civil aplica-se ao mandado de segurança. É expresso, neste sentido, o art. 24 da Lei n. 12.016/2009. Contudo, mesmo diante do novo dispositivo, põe-se a necessidade de ser analisada a dúvida aventada pelo parágrafo anterior. Tanto mais importante

(e difícil) a reflexão do tema porque os arts. 46 a 49 do Código de Processo Civil, que se aplicam ao mandado de segurança, não preveem a hipótese, embora o art. 253 do mesmo Código, ainda que indiretamente, acabe admitindo-a ou, quando menos, disciplinando um de seus efeitos (v. n. 6 do Capítulo 3 da Parte I do vol. 2, tomo I).

O fenômeno, identificado como “intervenção litisconsorcial facultativa”, difere substancialmente do ingresso do *assistente* litisconsorcial (art. 54 do Código de Processo Civil). É que o assistente (simples ou litisconsorcial) nada pede para si. O interesse que justifica sua intervenção limita-se à perspectiva de acolhimento da tese do assistido. O assistente tem direito à tutela jurisdicional na exata medida em que o assistido sagra-se vencedor da demanda. A prestação da tutela jurisdicional em seu favor *depende* da prestação da tutela jurisdicional ao assistido, mesmo na forma litisconsorcial, da qual se ocupa o precitado dispositivo codificado.

Na “intervenção litisconsorcial facultativa”, diferentemente, o litisconsorte apresenta-se como verdadeira *parte* – um litisconsorte que pretende intervir depois de o processo já ter iniciado – e, nessas condições, exerce pretensão própria, isto é, pede para si, em nome próprio, tutela jurisdicional. Exerce direito de ação, similarmente ao que faz o impetrante originário, no *mesmo* processo. O que ele pretende, diferentemente do assistente (mesmo que litisconsorcial), é cumular, no mandado de segurança já ajuizado, a sua *própria* pretensão pedindo tutela jurisdicional, destarte, diretamente em seu favor.

A resposta dada pela Lei n. 12.016/2009 à hipótese adota o entendimento majoritário em sede de jurisprudência e de doutrina, embora de forma mais restritiva. A intervenção do litisconsorte ativo é viável até o “despacho da petição inicial”. Trata-se de alternativa eleita pela Lei para inviabilizar, em última análise, que o litisconsorte tardio “escolha”, dentre os vários juízos igualmente competentes para apreciar o seu pedido, aquele que, mercê de anterior concessão de medida liminar, já demonstrou ter se sensibilizado com a tese jurídica do impetrante originário. É solução que se quer afinar ao princípio do juízo natural, de estatura constitucional.

O melhor teria sido, contudo, que a lei tivesse colocado como limite temporal ao ingresso do litisconsorte ativo nas condições aqui idealizadas o deferimento da medida liminar e não, apenas e tão somente, o “despacho da

petição inicial”, isto é, o proferimento de decisão relativa ao seu juízo *positivo* de admissibilidade. Isto porque o Código de Processo Civil é claro quanto à viabilidade, mesmo *depois* daquele instante procedimental, de a petição inicial ser ampliada, não havendo nada que vede ao impetrante ampliar *subjetivamente* seu pedido, viabilizando, com isto, que outros litisconsortes adiram ao seu pedido de tutela jurisdicional, formulando, eles próprios, suas respectivas pretensões perante o mesmo juízo. O limite codificado, para tanto, é a citação do réu – correspondente à *notificação* da autoridade coatora e à *cientificação* da pessoa jurídica a que ela pertence (v. n. 5, *infra*) – e não, como agora quer a lei, o mero recebimento da inicial.

De qualquer sorte, pautada em uma (necessária) maior velocidade da tramitação do processo, evitando maiores incidentes e discussões marginais ao pedido tal qual feito originalmente pelo impetrante, não há razão para criticar a escolha feita pelo legislador. Ela não atrita com o “modelo constitucional do direito processual civil”, razão suficiente para ser prestigiada.

5. LEGITIMIDADE PASSIVA

Muito se discute, em doutrina e em jurisprudência, sobre quem é o réu (a parte passiva, o *impetrado*) do mandado de segurança.

Há aqueles que entendem a “autoridade coatora”, isto é, aquele que atua em nome da pessoa jurídica ou entidade que pratica (ou omite) o ato que se pretende questionar em juízo, o verdadeiro réu do mandado de segurança.

Outros negam aquele entendimento, acentuando que o réu do mandado de segurança só pode ser a pessoa jurídica ou entidade porque é dela o ato (ou a omissão) que enseja a impetração. A autoridade coatora, nessa condição, é apenas aquele que, em nome da pessoa jurídica ou entidade, pratica o ato (ou deixa de praticá-lo).

Há, por fim, uma terceira corrente que entende que tanto a “autoridade coatora” como a pessoa jurídica ou entidade que integra são *réus* em verdadeiro “litisconsórcio passivo necessário”.

A Lei n. 12.016/2009, embora não seja clara a respeito, parece inclinar-se em direção à terceira corrente, convalidando, dessa forma, ampla e generalizada prática encontrada no foro: tanto a autoridade coatora como a pessoa jurídica a que ela pertence são réus no mandado de segurança,

devendo ambas, por iniciativa do magistrado, ter ciência expressa do mandado de segurança para nele intervir (art. 2º, art. 6º, art. 7º, I e II, art. 9º e art. 13). O § 2º do art. 14 da Lei n. 12.016/2009, a propósito, estende expressamente “... à autoridade coatora o direito de recorrer”.

O entendimento exposto acima não infirma a possibilidade de, em mandado de segurança, haver também litisconsórcio *passivo* entre outras pessoas que não sejam a autoridade coatora e a pessoa jurídica a que ela pertença. A figura é viável, até mesmo diante do que dispõe o art. 24 da mesma Lei. Assim, por exemplo, haverá litisconsórcio *passivo necessário*, nos precisos termos do art. 47 do Código de Processo Civil, quando se questionar um ato administrativo que beneficie alguém em detrimento de outrem. O beneficiário do ato deverá ser citado na qualidade de réu, sem prejuízo da *notificação* da autoridade coatora e da *cientificação* da pessoa jurídica a que ela, a autoridade, integre.

Ademais, a identificação da autoridade coatora, bem assim do ato (ou omissão) a ela atribuível, é que define a *competência* jurisdicional para o mandado de segurança (v. n. 6, *infra*).

Quanto às eventuais dificuldades de se identificar, com precisão, a autoridade coatora, merece destaque a vencedora jurisprudência no âmbito do Superior Tribunal de Justiça que aplica, ao mandado de segurança, a chamada “teoria da encampação”. Assim, sempre que, nas “informações”, não houver arguição da ilegitimidade ou quando, apesar da “preliminar” levantada, nesse sentido, para os fins do art. 301, X, do Código de Processo Civil, a autoridade coatora acabar por “encampar” o ato, isto é, defender sua juridicidade, a hipótese é de enfrentamento do *mérito* do mandado de segurança à falta de qualquer prejuízo. Neste sentido é assente a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, como fazem prova os seguintes acórdãos: STJ, 5ª Turma, REsp 743.271/RO, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j.un. 14.6.2007, DJ 6.8.2007, p. 625; STJ, 1ª Turma, RMS 17.948/RS, rel. Min. Denise Arruda, j.un. 6.3.2007, DJ 2.4.2007, p. 231, e STJ, 3ª Seção, MS 9.559/DF, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j.un. 22.2.2006, DJ 26.6.2006, p. 114. A teoria, contudo, não tem aplicação, de acordo com a jurisprudência do mesmo Tribunal, quando inexistir vínculo hierárquico entre a autoridade apontada como coatora (que presta as “informações”) e aquela que deveria ter sido indicada como tal (1ª Seção,

RMS 13.696/DF, rel. Min. Eliana Calmon, j.un. 24.9.2008, DJe 13.10.2008, e 5ª Turma, AgRg no RMS 24.116/AM, rel. Min. Felix Fischer, j.un. 8.5.2008, DJe 2.6.2008), e quando, pelo *status* da autoridade, houver modificação da competência estabelecida na Constituição Federal (1ª Seção, MS 12.779/DF, rel. Min. Castro Meira, j.un. 13.2.2008, DJe 3.3.2008, e 1ª Seção, MS 10.484/DF, rel. Min. José Delgado, j.un. 24.8.2005, DJ 26.9.2005, p. 163). Acórdão mais recente e que bem analisa a questão é o proferido pela 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça no REsp 997.623/MT, rel. Min. Luiz Fux, j.un. 2.6.2009, DJe 1.7.2009.

O art. 6º, § 3º, da Lei n. 12.016/2009, dispõe que “Considera-se autoridade coatora aquela que tenha praticado o ato impugnado ou da qual emane a ordem para a sua prática”. É importante interpretar o dispositivo no sentido de que a autoridade coatora, para sê-lo, deve ter competência para o *desfazimento* do ato, isto é, trata-se de identificar, no âmbito administrativo, aquele que expediu a *ordem* de sua prática ou da omissão questionada no mandado de segurança; não, apenas, ser seu *executor material*. Robustece essa interpretação o disposto no art. 1º, § 2º, III, da Lei n. 9.784/1999, que “regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal”, define autoridade como “o servidor ou agente público dotado de *poder de decisão*”.

Assim, para identificação da autoridade coatora em mandado de segurança, a despeito da aparente *alternativa* que se extrai da redação do § 3º do art. 6º da Lei n. 12.016/2009, mister que ela tenha poder *decisório* ou *deliberativo* sobre a prática do ato ou a abstenção de praticá-lo. O mero *executor* do ato, que apenas cumpre as ordens que lhe são dadas, não lhe cabendo questioná-las, não pode ser entendido como *autoridade* coatora.

6. COMPETÊNCIA

Em se tratando de mandado de segurança, a competência é fixada em razão da *função* exercida pela autoridade coatora e não em razão da matéria, isto é, do direito material controvertido. Este é um elemento importante para a descrição do “modelo constitucional do mandado de segurança”.

Tratando-se de “autoridade federal” (art. 2º da Lei n. 12.016/2009), o mandado de segurança deve ser impetrado na Justiça Federal (art. 109, VIII, da Constituição Federal; v. n. 2.3 do Capítulo 2 da Parte I do vol. 2, tomo I).

No caso de a autoridade ser estadual, municipal ou distrital, a competência é da Justiça dos Estados ou do Distrito Federal, consoante disciplinarem as Constituições e as normas de organização judiciária respectivas.

Ademais, a competência no mandado de segurança é definida pela categoria da autoridade coatora, pelo seu *status* funcional, e, em sendo ela autoridade *federal*, mister o exame prévio da Constituição Federal para a verificação da existência de prerrogativa de foro – competência originária dos Tribunais – para o processamento do mandado de segurança. No silêncio da Carta, a competência é do juízo federal de primeira instância em que a autoridade coatora exerce sua *função pública*, levando em conta também a sua “*sede funcional*”, como vem decidindo o Superior Tribunal de Justiça (1ª Seção, CC 60.560/DF, rel. Min. Eliana Calmon, j. un. 13.12.2006, DJ 12.2.2007, p. 218; 1ª Seção, CC 57.249/DF, rel. Min. João Otávio de Noronha, j.un. 9.8.2006, DJ 28.8.2006, p. 205; 1ª Seção, CC 41.579/DF, rel. Min. Denise Arruda, j.un. 14.9.2005, DJ 24.10.2005, p. 156, e 1ª Seção, CC 43.138/MG, rel. Min. José Delgado, j.un. 22.9.2004, DJ 25.10.2004, p. 206), aplicando-se subsidiariamente o disposto no § 4º do art. 94 do Código de Processo Civil, quando houver a indicação de autoridades coadoras sediadas em diversas seções judiciárias ou comarcas (STJ, 1ª Seção, CC 58.108/RJ, rel. Min. Eliana Calmon, j.un. 8.11.2006, DJ 27.11.2006, p. 224).

Em se tratando de autoridade estadual, municipal ou distrital, o exame deve iniciar-se pelas Constituições dos Estados, passando às leis de organizações judiciárias locais, incluindo o Regimento Interno dos Tribunais de Justiça.

Decorrencia do entendimento aqui proposto, de que a competência no mandado de segurança define-se pelo *status* administrativo da autoridade coatora, é a de que sua errônea indicação não pode conduzir à extinção do processo nos moldes do art. 267, VI, do Código de Processo Civil. A questão, quando enfrentada desta perspectiva, merece solução diversa no âmbito do sistema processual civil. A hipótese é de envio dos autos (do mandado de segurança) para o juízo (ou Tribunal) competente em função da autoridade. É o que decorre suficientemente do art. 113, § 2º, do Código de Processo Civil (v. n. 2.1 do Capítulo 1 da Parte I do vol. 2, tomo I).

7. PETIÇÃO INICIAL

O *caput* do art. 6º da Lei n. 12.016/2009 disciplina os requisitos da petição inicial do mandado de segurança, que devem preencher “os requisitos estabelecidos pela lei processual”, isto é, os arts. 282 e 283 do Código de Processo Civil, regras subsidiárias (v. ns. 3 e 9 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 2, tomo I). Sobre o tema, o STJ já decidiu em sede de Recurso Especial Repetitivo (1ª Seção, REsp 1.119.872/RJ, Rel. Min. Benedito Gonçalves, j.un. 13.10.2010, DJe 20.10.2010) que para não esbarrar no óbice constante da Súmula 266 do STF, que veda o mandado de segurança contra lei em tese, é mister que, na inicial, seja formulado pedido expresso de reconhecimento de invalidade do ato, ainda que com base na inconstitucionalidade de alguma norma jurídica; não cabendo e não sendo suficiente, contudo, formulação de pedido autônomo de inconstitucionalidade.

O precitado dispositivo legal dispõe, ainda, que a petição inicial deverá ser apresentada em duas vias, ambas instruídas com os documentos que justificam a impetração. Essas duas vias devem ser entendidas como tantas vias quantas sejam as autoridades a serem notificadas e também vias suficientes para formação dos mandados citatórios de eventuais litisconsortes. Tudo para que a comunicação da autoridade coatora, da pessoa jurídica a que ela pertence e de eventuais outros litisconsortes seja a mais célere possível, para que o mandado de segurança não encontre nisso óbice à necessidade de seu processamento ágil.

Os §§ 1º e 2º do mesmo dispositivo legal regulam a hipótese de os documentos necessários (quicá indispensáveis à impetração do mandado de segurança nos termos do art. 283 do Código de Processo Civil) estarem em poder da autoridade coatora, em repartição ou estabelecimento público. Nesses casos, de acordo com o § 1º, o juiz ordenará, preliminarmente e por ofício, a exibição desses documentos em original ou em cópia autêntica e marcará, para o cumprimento da determinação, o prazo de dez dias. De acordo com o § 2º, quando a autoridade que tiver retido os documentos coincidir com a própria coatora, a ordem far-se-á no próprio instrumento de notificação. Uma vez recebidos os documentos, cabe ao escrivão extrair cópias deles para juntá-las à segunda via da petição. Trata-se de aplicação específica, para o mandado de segurança, do sistema contido nos arts. 355 a

363 do Código de Processo Civil, que tratam da exibição de documento ou coisa (v. Capítulo 4 da Parte IV do vol. 2, tomo I).

Os dispositivos não atiram com a exigência constitucional de que o mandado de segurança pressupõe “direito líquido e certo”. Eles foram instituídos pelo legislador infraconstitucional em benefício do impetrante, e, por isso, devem ser prestigiados. Não fosse pela autorização de os documentos necessários para a impetração serem *requisitados* pelo magistrado da causa, seria necessária a impetração de mandado de segurança apenas e tão somente para a obtenção desses documentos para, só então, impetrar-se a segurança com vistas à invalidação do ato tido como ilegal ou abusivo.

Porque a *forma* do exercício do direito de ação não pode ser empecilho à fruição do direito material que se pretende ver tutelado jurisdicionalmente, deve ser prestigiada a opção do legislador, admitindo-se, de resto, a *otimização* da prestação jurisdicional, em consonância, em última análise, com o princípio da economia e da eficiência processuais previsto pelo inciso LXXVIII no art. 5º da Constituição Federal (v. n. 15 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1).

Hely Lopes Meirelles (*Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, “habeas data”, ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade*, p. 106) defende, tendo em vista a autorização legal – que repete a já prevista no art. 6º da Lei n. 1.533/1951 –, a viabilidade de adequação do pedido aos documentos que sejam apresentados *a posteriori*, em juízo, pela autoridade coatora, entendimento que deve ser prestigiado para permitir máxima aplicabilidade ao dispositivo da lei.

Merece interpretação ampla o disposto no *caput* do art. 4º da Lei n. 12.016/2009 no sentido de que o mandado de segurança pode ser impetrado, isto é, que sua petição inicial pode ser apresentada, “... por telegrama, radiograma, fax ou outro meio eletrônico de autenticidade comprovada”, observando-se “... as regras da Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP-Brasil” (art. 4º, § 3º, da Lei n. 12.016/2009).

O *caput* do dispositivo traz à lembrança a possibilidade, decorrente do § 1º do art. 154 do Código de Processo Civil e, mais amplamente, da Lei n. 11.419/2006, de os atos processuais serem praticados com a adoção de

meios eletrônicos, embora o § 2º do art. 4º da Lei n. 12.016/2009 exija que “O texto original da petição deverá ser apresentado nos 5 (cinco) dias úteis seguintes” pressupondo, ao que tudo indica, e invariavelmente, que o processo do mandado de segurança seja documentado *em papel* e não *eletronicamente*.

A *urgência* que, em geral, caracteriza a *necessidade* de provocar o Estado-juiz para que preste, em mandado de segurança, tutela jurisdicional, pode e deve justificar maior agilidade nas comunicações que se fizerem necessárias ao longo do processo. É o que expressamente autoriza o § 1º do mesmo art. 4º.

O “juízo de admissibilidade” da petição inicial do mandado de segurança não traz nenhuma peculiaridade, devendo o art. 10 da Lei n. 12.016/2009, segundo o qual “A inicial será desde logo indeferida, por decisão motivada, quando não for o caso de mandado de segurança ou lhe faltar algum dos requisitos legais ou quando decorrido o prazo legal para a impetração”, ser lido em conjunto com o disposto nos arts. 295 e 285-A do Código de Processo Civil. Para estes dispositivos, são suficientes as considerações que, a seu respeito, fazem os ns. 3 e 3.2 do Capítulo 2 da Parte II do vol. 2, tomo I.

Também o art. 284 do Código de Processo Civil e sua disciplina relativa ao “juízo *neutro* de admissibilidade” da petição inicial não devem ser descartados do mandado de segurança, merecendo destaque a rica decisão monocrática proferida pelo Min. Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, no MS-MC 27.141/DF, j. 22.2.2008, DJe 27.2.2008.

O § 1º do art. 10 da Lei n. 12.016/2009 refere-se, expressamente, ao cabimento do recurso de apelação da *sentença* que indeferir liminarmente a petição inicial e, quando se tratar de mandado de segurança impetrado originariamente nos Tribunais (art. 16, *caput*, da Lei n. 12.016/2009), o cabimento do agravo *interno*, contra o ato do relator (art. 16, parágrafo único, da Lei n. 12.016/2009), a ser julgado pelo órgão competente, tal qual indicado no Regimento Interno do Tribunal respectivo. Para a *apelação* da sentença de rejeição liminar da petição inicial, não há como olvidar da necessária observância da disciplina contida nos parágrafos do art. 285-A e no art. 296 do Código de Processo Civil, consoante seja a fundamentação

adotada pelo magistrado para justificar o seu juízo *negativo* de admissibilidade.

8. INFORMAÇÕES

De acordo com o art. 7º, I e II, da Lei n. 12.016/2009, “Ao despachar a inicial, o juiz ordenará: I – que se notifique o coator do conteúdo da petição inicial, enviando-lhe a segunda via apresentada com as cópias dos documentos, a fim de que, no prazo de 10 (dez) dias, preste as informações; II – que se dê ciência do feito ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada, enviando-lhe cópia da inicial sem documentos, para que, querendo, ingresse no feito”.

Sem prejuízo, o art. 9º da mesma Lei determina que “As autoridades administrativas, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas da notificação da medida liminar, remeterão ao Ministério ou órgão a que se acham subordinadas e ao Advogado-Geral da União ou a quem tiver a representação judicial da União, do Estado, do Município ou da entidade apontada como coatora cópia autenticada do mandado notificatório, assim como indicações e elementos outros necessários às providências a serem tomadas para a eventual suspensão da medida e defesa do ato apontado como ilegal ou abusivo de poder”.

A *notificação* e a *cientificação* determinadas pelos incisos I e II do art. 7º da Lei n. 12.016/2009, respectivamente, fazem as vezes de verdadeira *citação* dos réus do mandado de segurança: a autoridade coatora e a pessoa jurídica a que ela pertence. As *informações* a que se refere o inciso I do art. 7º devem ser entendidas, para todos os fins, como a *contestação* e, como tal, devem observar as mesmas diretrizes dos arts. 300 a 302 do Código de Processo Civil (v. Capítulo 3 da Parte II do vol. 2, tomo I). O termo *a quo* do decêndio legal para a apresentação das informações é a juntada aos autos da cópia do ofício dirigido à autoridade coatora, nos termos do art. 11 da Lei n. 12.016/2009, devidamente recebido ou justificada sua recusa em aceitá-lo ou assiná-lo. O mesmo seja dito para eventual manifestação da pessoa jurídica a que pertence a autoridade coatora no processo.

A ausência das “informações” ou a sua apresentação fora do prazo legal não dá lugar à presunção de veracidade dos fatos alegados pelo impetrante na inicial. A uma, porque o cabimento do mandado de segurança atrela-se à

existência constitucional de demonstração de “direito líquido e certo” pelo impetrante, isto é, à apresentação de prova pré-constituída dos fatos narrados na petição inicial –, o que afasta sistematicamente a possibilidade de serem presumidos como verdadeiros os fatos alegados (arts. 285 e 319 do Código de Processo Civil; v. n. 11 do Capítulo IV da Parte II do vol. 2, tomo I). A duas, porque o direito material sobre o qual se pretende seja prestada a tutela jurisdicional é indisponível. Aplica-se, à hipótese, a regra constante do art. 320, II, do Código de Processo Civil, que afasta esse “efeito” da revelia “se o litígio versar sobre direitos indisponíveis” (v. n. 11 do Capítulo IV da Parte II do vol. 2, tomo I).

9. A “MEDIDA LIMINAR”

Embora silente o art. 6º da Lei n. 12.016/2009, eventual pedido de “medida liminar” já pode ser formulado com a petição inicial. Na verdade, trata-se de uma decorrência lógica do sistema e da própria urgência que embasa a impetração do mandado de segurança e de seu procedimento. Também porque, como regra, o impetrante não terá vista dos autos depois da prestação das “informações”, da manifestação da pessoa jurídica de direito público, de eventuais litisconsortes ou depois da manifestação do Ministério Público.

Se for formulado com a inicial, o pedido deverá ser justificado, demonstrando o impetrante a ocorrência dos elementos do art. 7º, III, da Lei n. 12.016/2009. De acordo com o dispositivo, “ao despachar a inicial, o juiz ordenará: (...) que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida, sendo facultado exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica”.

A “medida liminar” em mandado de segurança é típico pedido de *antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional*, nos termos expostos pelo n. 8.2 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1, e pode, consoante o caso – máxime porque a presença de *periculum in mora* é expressamente exigida pela sua lei de regência –, fazer as vezes *também* de “tutela jurisdicional *preventiva*” (v. n. 8.1.1 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1) ou, adotando a nomenclatura

do Código de Processo Civil, de “tutela cautelar” (v. n. 1.1 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 4).

O que importa, contudo, é que os pressupostos exigidos pelo inciso III do art. 7º da Lei n. 12.016/2009 sejam demonstrados para viabilizar que o magistrado conceda a medida até porque, sem ela, o resultado final do mandado de segurança (a “tutela jurisdicional *ulterior*”) pode mostrar-se totalmente *inócuo*. É supor a situação de que o mandado de segurança é impetrado para proibir a assinatura de um contrato administrativo que, durante o processo, acaba sendo assinado ou de que determinados concursandos tomem posse nos seus cargos e que, pelo indeferimento da medida, acabem dando início ao desenvolvimento de suas funções junto à Administração Pública.

A “medida liminar”, destarte, assume importância parelha à predestinação *constitucional* de o mandado de segurança buscar a tutela jurisdicional *in natura* – a “tutela jurisdicional *específica*” – nos termos discutidos pelo n. 1, *supra*. É essa a razão pela qual a cláusula final do dispositivo aqui analisado, que faculta ao magistrado a prestação de caução, precisa ser interpretada com cuidado à luz das características de cada caso concreto, sob pena de agredir o “modelo constitucional do direito processual civil” (v. n. 9.3, *infra*).

9.1. Fundamento relevante e ineficácia da medida

O inciso III do art. 7º da Lei n. 12.016/2009 exige a concorrência de *dois* pressupostos para a concessão da liminar em mandado de segurança, “fundamento relevante” e “ineficácia da medida”. Ambos devem existir para legitimar a concessão da medida. É insuficiente a verificação de apenas um deles.

O primeiro deles, “fundamento relevante”, deve ser aferido a partir do próprio procedimento célere e ágil do mandado de segurança, que, desde o seu “modelo constitucional”, pressupõe a existência de “direito líquido e certo”. Se direito líquido e certo significa a necessidade de apresentação de prova pré-constituída dos atos ou fatos alegados pelo impetrante diante da inexistência de fase instrutória no mandado de segurança (v. n. 2.2, *supra*), o “fundamento relevante” deve significar o *altíssimo* grau de probabilidade de que a versão dos fatos, tal qual narrada e *comprovada* pelo impetrante, não

será desmentida pelas informações da autoridade coatora e pela manifestação dos demais litisconsortes.

É comum a lição de que o fundamento relevante que autoriza a concessão de medida liminar em mandado de segurança é mais intenso do que o *fumus boni iuris*, que autoriza a concessão de liminar no âmbito do “processo cautelar” (art. 804 do Código de Processo Civil; v. n. 4 do Capítulo 1 e n. 3.4 do Capítulo 3 da Parte II do vol. 4), e, mesmo, que a prova inequívoca da verossimilhança da alegação de que trata o art. 273 do mesmo Código para fins de antecipação da tutela jurisdicional (v. ns. 2.2 e 2.3 do Capítulo 1 da Parte I do vol. 4). Isso porque, nesses dois casos, é possível, se necessária, a realização de dilação probatória, o que é avesso ao mandado de segurança. É certo que a peculiaridade procedimental do mandado de segurança é digna de nota porque ela é avessa à realização de uma “fase instrutória”, mas não há, pelas mesmas razões que expõe o n. 4.1 do Capítulo 8 da Parte I do vol. 4, nenhuma distinção de *qualidade* ou, mais amplamente, nenhuma distinção ontológica entre os graus de convicção que o magistrado deve formar para o proferimento de medidas que, em última análise, pretendem atingir o mesmo fim.

A “ineficácia da medida” – usualmente referida pela expressão latina *periculum in mora* – deve ser entendida como a *necessidade* da prestação da tutela jurisdicional antes do proferimento da sentença sob pena de comprometimento do resultado útil do mandado de segurança.

Toda vez que o procedimento do mandado de segurança, não obstante célere, ágil e expedito, mostrar-se incapaz de assegurar ao impetrante perspectiva de fruição integral, plena e *in natura* do bem da vida por ele reclamado, o caso é de “ineficácia da medida” e, pois, desde que diante de fundamento relevante, de concessão da medida liminar. É dizer, toda vez que o dano que o mandado de segurança quer evitar – para assegurar o exercício pleno do direito do impetrante – tender a se consumir antes do proferimento da sentença, o caso é de *ineficácia da medida*.

Dessa forma, a ineficácia da medida corresponde à necessidade, constitucionalmente imposta, de o mandado de segurança assegurar ao impetrante a fruição integral, plena e *in natura* do bem por ele reclamado. Se o decurso de prazo necessário para o proferimento da sentença no mandado de segurança for maior do que a perspectiva de consumação da

lesão ou da ameaça que deram ensejo à impetração, a hipótese é de *periculum in mora* para os fins do art. 7º, III, da Lei n. 12.016/2009.

É bastante comum, na praxe forense, o magistrado “deixar” de apreciar o pedido de liminar para depois da apresentação das informações. A prática deve ser repelida e deve significar, para todos os fins, que a liminar foi *indeferida*. A uma, porque não há previsão legislativa para que, no procedimento do mandado de segurança, os autos sejam conclusos ao magistrado após a apresentação das informações (ou, quando menos, depois de transcorrido *in albis* o prazo para sua apresentação). A duas, porque, se o impetrante afirma e demonstra, em sua petição inicial, que o caso é de urgência, que o dano que pretende evitar não pode aguardar o proferimento de sentença, o deixar de apreciar, momentaneamente, a “medida liminar” não pode ter outro significado jurídico que não o de seu *indeferimento*. Tudo se passa, destarte, como se o magistrado não tivesse identificado, no caso concreto, a possibilidade de ineficácia da medida de que trata o dispositivo aqui examinado.

9.2. Restrições ao cabimento

O § 2º do art. 7º e o art. 8º, ambos da Lei n. 12.016/2009, contêm regras que minimizam ou, pura e simplesmente, *vedam* a concessão de “medidas liminares” em mandado de segurança.

É ler aqueles dispositivos legais:

“§ 2º Não será concedida medida liminar que tenha por objeto a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza”.

“Art. 8º Será decretada a preempção ou caducidade da medida liminar *ex officio* ou a requerimento do Ministério Público quando, concedida a medida, o impetrante criar obstáculo ao normal andamento do processo ou deixar de promover, por mais de 3 (três) dias úteis, os atos e as diligências que lhe cumprirem.”

As regras destacadas são flagrantemente inconstitucionais, destoando, por completo, da ordem constitucional e do modelo por ela criado para o mandado de segurança. Impensável que a grandeza constitucional do

mandado de segurança e sua aptidão de assegurar a fruição integral e *in natura* de bem da vida, que decorre imediatamente do art. 5º, XXXV e LXIX, da Constituição Federal, sejam obstaculizadas, frustradas ou, quando menos, minimizadas por qualquer disposição infraconstitucional. É essa a razão pela qual não há como concordar, com o devido respeito, com o entendimento que prevaleceu no âmbito do Supremo Tribunal Federal quanto à *constitucionalidade* do art. 1º da Lei n. 9.494/1997, embora aquele dispositivo limite-se a restringir o “dever-poder geral de antecipação” nas condições que especifica, não se ocupando, destarte, com o mandado de segurança (v. n. 2 do Capítulo 7 da Parte I do vol. 4), não obstante o § 5º do art. 7º da Lei n. 12.016/2009 insistir na ideia de as restrições contidas em seu § 2º estenderem-se à “tutela antecipada a que se referem os arts. 273 e 461 da Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil”.

Nem mesmo por alteração constitucional a minimização do alcance do mandado de segurança seria possível, porque os direitos e garantias fundamentais são cláusulas pétreas, imunes, pois, a alterações até mesmo por parte do constituinte derivado (art. 60, § 4º, IV, da Constituição Federal).

Impõe-se, por isso mesmo, que, caso a caso, o magistrado detecte e declare a inconstitucionalidade dessas restrições às liminares em mandado de segurança, fundamentando, adequadamente, sua decisão, no exercício do controle difuso da constitucionalidade. No âmbito dos Tribunais, deve ser observado o disposto no art. 97 da Constituição Federal – mesmo que a decisão limite-se a afastar a incidência da norma jurídica (Súmula vinculante 10 do STF) –, tal qual disciplinado pelos arts. 480 a 482 do Código de Processo Civil, assunto ao qual se volta o Capítulo 4 da Parte II do vol. 5.

A ocorrência da hipótese prevista pelo art. 8º da Lei n. 12.016/2009, ademais, reclama providência *diversa* do magistrado, diante da violação ao princípio da lealdade processual (v. n. 4 do Capítulo 2 da Parte IV do vol. 1), e não a cassação ou revogação da liminar anteriormente deferida. Dentre os pressupostos para concessão daquela medida não se encontram, com efeito, eventual bom comportamento processual.

9.3. Caução e medida liminar em mandado de segurança

O inciso III do art. 7º da Lei n. 12.016/2009, inovando, no particular, quando comparado com as regras anteriores sobre o assunto, permite que o magistrado exija “do impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica”.

A previsão legal, tal qual feita, não atrita com o “modelo constitucional do mandado de segurança”. Não há como interpretar a exigência da caução como *condição* para a concessão da liminar. O que o inciso III do art. 7º da Lei n. 12.016/2009 autoriza é que o magistrado, consoante as peculiaridades do caso concreto, *possa* exigir a caução para assegurar eventual resultado infrutífero se, a final, o pedido do impetrante for rejeitado. É o que, para o “dever-poder geral de cautela”, que também tem, para nós, estatura constitucional – é importante destacar esta característica diante do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal –, decorre do art. 805 do Código de Processo Civil.

Fundamental destacar, contudo, que a previsão legal não autoriza que o magistrado, diante dos pressupostos exigidos pela lei – fundamento relevante e perigo de ineficácia da medida (v. n. 9.1, *supra*) –, exija, sem qualquer motivação plausível e devidamente justificada à luz das vicissitudes do caso concreto, caução, fiança ou depósito para tutelar o chamado “*periculum in mora* inverso”. A nova disciplina legal, com efeito, não pode conduzir a uma terceira opção entre estarem ou não presentes aqueles pressupostos, como se a viabilidade de cauções, fianças ou depósitos serem oferecidos fosse, por si só, elemento para a concessão da medida. Uma tal interpretação, além de agredir o “modelo constitucional do mandado de segurança”, prestigiaria os abastados em detrimento dos hipossuficientes em juízo, razão suficiente para descartá-la, cabendo ao intérprete e ao aplicador do direito, portanto, evitá-la.

Ademais, em se tratando de mandado de segurança impetrado para fins tributários, é imprescindível ter presente que a concessão da liminar, *independentemente do depósito*, já é – e continua a ser – causa *suficiente* para a suspensão do crédito tributário (art. 151, IV, do Código Tributário Nacional). Houvesse, em tais casos, exigência para que fosse efetivado o valor do depósito do crédito tributário questionado, e estar-se-ia incidindo em reprovável *bis in idem*, diante do que dispõe o inciso II do art. 151 do mesmo Código, sem prejuízo, ademais, de ser questionável a

constitucionalidade de lei *ordinária* sobre a questão diante da exigência de lei *complementar* feita pelo art. 146, III, da Constituição Federal. Tanto que a atual redação do inciso IV do art. 151 do Código Tributário Nacional e a nova causa de suspensão da exigibilidade do crédito tributário que consta do inciso V do mesmo dispositivo legal têm origem na Lei Complementar n. 104/2001.

9.4. Recorribilidade

O § 1º do art. 7º da Lei n. 12.016/2009, superando, de vez, clássica questão doutrinária e jurisprudencial – bem ilustra-a a discussão no âmbito da Corte Especial do STJ, que já a havia enfrentado, em sede de Recurso Especial Repetitivo (REsp 1.101.740/SP, rel. Min. Luiz Fux, j.un. 4.11.2009, DJe 7.12.2009) –, prevê o cabimento do recurso de agravo de *instrumento* – já que o agravo *retido* seria complemento inócuo para contrastar eficazmente aquela decisão interlocutória (v. n. 2 do Capítulo 7 da Parte I do vol. 5) – contra a decisão que *deferre* e contra a decisão que *indeferre* o pedido de “medida liminar”. E o faz sem prejuízo de a pessoa jurídica de direito público requerer, perante a Presidência do Tribunal competente para o recurso, a *suspensão* da medida, nos termos do art. 15 do mesmo diploma legal (v. n. 13, *infra*).

Quando o mandado de segurança for impetrado *originariamente* perante algum Tribunal, a decisão proferida pelo relator sobre eventual pedido de liminar, concedendo-o ou rejeitando-o, é *também* agravável. Não obstante a Súmula 622 do Supremo Tribunal Federal ter enunciado contrário (“Não cabe agravo regimental contra decisão do relator que concede ou indefere liminar em mandado de segurança”), a conclusão, a par de decorrer do sistema processual civil, acabou por receber, com a Lei n. 12.016/2009, previsão expressa no parágrafo único de seu art. 16.

10. MINISTÉRIO PÚBLICO

O Ministério Público, de acordo com o art. 12 da Lei n. 12.016/2009, terá vista dos autos tão logo se encerre o prazo para que as “informações” sejam apresentadas e, forçoso entender, esgotado o prazo para apresentação de

contestação por eventuais litisconsortes, a começar pela pessoa jurídica a que pertence a autoridade coatora (v. n. 5, *supra*).

Não obstante acesa controvérsia em sede de doutrina e, sobretudo, na prática forense, é irrecusável o entendimento de que o precitado dispositivo constitucional encontra-se em ampla consonância com “modelo constitucional do direito processual civil”, não atritando com as funções institucionais do Ministério Público impostas pelos arts. 127 e 129 da Constituição Federal. Aquela instituição não age como “advogado” da pessoa jurídica de direito público, o que lhe é interdito pelo inciso IX do art. 129 da Constituição Federal; mas, bem diferentemente, na qualidade de *fiscal da lei* (art. 82, III, do Código de Processo Civil; v. n. 3.2 do Capítulo 4 da Parte II do vol. 1), sendo certo que o prazo para sua manifestação, sempre de acordo com o art. 12 da Lei n. 12.016/2009, é de *cinco dias*.

O parágrafo único do referido art. 12 pretende dar solução prática a problema tormentoso no dia a dia do foro consistente na demora para a manifestação do Ministério Público. De acordo com o dispositivo, “Com ou sem o parecer do Ministério Público, os autos serão conclusos ao juiz, para a decisão, a qual deverá ser necessariamente proferida em 30 (trinta) dias”. Diante da regra, é correto o entendimento de que é suficiente a *intimação* do Ministério Público para que se manifeste no processo. Findo o prazo legal, com ou sem a sua manifestação, os autos devem ser conclusos ao magistrado, que proferirá sentença ou, em se tratando de impetração originária perante algum Tribunal, para que o processo entre em pauta para julgamento.

Na qualidade de fiscal da lei, o Ministério Público tem legitimidade para recorrer (Súmula 99 do STJ), ainda que se trate da tutela de direito disponível (STJ, 5ª Turma, RMS 27.455/DF, rel. Min. Laurita Vaz, j.un. 3.11.2011, DJe 21.11.2011).

11. SENTENÇA

O prazo para que o magistrado profira a sua sentença é, de acordo com o parágrafo único do art. 12 da Lei n. 12.016/2009, de *trinta dias*. O prazo, a despeito de ser classificado como *impróprio*, reclama a advertência feita pelo n. 4.3.1 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 1, que ganha proporções ainda mais importantes ao se tratar do mandado de segurança, procedimento jurisdicional que, modificado desde a Constituição Federal, pretende

assegurar ao impetrante a possibilidade de fruição plena e *in natura* de um dado bem da vida.

A este respeito, vale destacar o § 4º do art. 7º da Lei n. 12.016/2009, que assegura ao mandado de segurança tramitação prioritária nos casos em que houver deferimento da “medida liminar”; o art. 20 do mesmo diploma legislativo, segundo o qual “Os processos de mandado de segurança e os respectivos recursos terão prioridade sobre todos os atos judiciais, salvo *habeas corpus*”, trazendo, seus dois parágrafos, regras para implementar concretamente esta diretriz, e, por fim, o art. 17, que tem a seguinte redação: “Nas decisões proferidas em mandado de segurança e nos respectivos recursos, quando não publicado, no prazo de 30 (trinta) dias contados da data do julgamento, o acórdão será substituído pelas respectivas notas taquigráficas, independentemente de revisão”.

Quando *concedido* o mandado de segurança, isto é, quando for acolhido o pedido do impetrante, julgando-o *procedente*, tem aplicação o *caput* do art. 13 da Lei n. 12.016/2009. De acordo com o dispositivo, “Concedido o mandado, o juiz transmitirá em ofício, por intermédio do oficial do juízo, ou pelo correio, mediante correspondência com aviso de recebimento, o inteiro teor da sentença à autoridade coatora e à pessoa jurídica interessada”.

A *ratio* do artigo é clara: a de dar ciência à autoridade coatora da concessão da ordem para que seus efeitos possam ser experimentados de imediato, sem maiores delongas ou questionamentos. Quanto mais ágil, adequada e segura essa comunicação, melhor para os fins e para a urgência subjacente ao mandado de segurança. O parágrafo único do mesmo art. 13 autoriza que, em caso de urgência, o magistrado valha-se de meios eletrônicos para a comunicação dos atos processuais, nos moldes do art. 4º da Lei n. 12.016/2009 (v. n. 7, *supra*).

12. RECURSOS

A Lei n. 12.016/2009 deixou mais claro o regime recursal do mandado de segurança colocando ponto final em fundadas controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais.

A decisão relativa ao pedido de “medida liminar”, seja a que o concede ou a que o nega, é agravável de instrumento, quando proferida em primeira instância ou, em se tratando de impetração originária nos Tribunais, desafia

a interposição do recurso de “agravo interno”. É o que, respectivamente, preveem os arts. 7º, § 1º, e 16, parágrafo único, da Lei n. 12.016/2009 (v. n. 9.4, *supra*).

O § 1º do art. 10 da mesma Lei ocupa-se especificamente dos recursos cabíveis das decisões de rejeição *liminar* da petição inicial. Em se tratando de *sentença*, o recurso é o de apelação que, por força da aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, observará, a depender da fundamentação empregada pela sentença, o disposto no art. 296 ou 285-A (v. n. 7, *supra*). Quando se tratar de rejeição da petição inicial de mandado de segurança impetrado originariamente nos Tribunais, o caso desafia o agravo interno para o órgão colegiado competente.

Superado o juízo de admissibilidade, a sentença proferida em mandado de segurança desafia seu contraste por recurso de apelação, independentemente de seu resultado, isto é, se favorável ou desfavorável ao impetrante. É o que expressamente prevê o *caput* do art. 14 da Lei n. 12.016/2009.

A sentença *concessiva* do mandado de segurança, ou seja, a que *acolhe* o pedido do impetrante, fica sujeita ao reexame necessário, não obstante ser viável sua execução provisória, salvo nos casos em que for vedada a concessão da liminar (art. 14, §§ 1º e 3º, da Lei n. 12.016/2009; v. n. 15.1, *infra*). A execução provisória, em tais casos, é, nessa perspectiva, exceção à regra decorrente do art. 475 do Código de Processo Civil (v. n. 2 do Capítulo 2 da Parte III do vol. 5).

Questão interessante sobre o reexame necessário em sede de mandado de segurança é saber se os §§ 2º e 3º daquele dispositivo codificado aplicam-se à espécie. Antes do advento da Lei n. 12.016/2009, vinha prevalecendo, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, o entendimento *negativo*, dada a especificidade da regra. Neste sentido são, dentre outros, os seguintes acórdãos: 1ª Seção, EREsp 647.717/SP, rel. Min. Eliana Calmon, j.un. 13.2.2008, DJe 25.2.2008; 1ª Turma, REsp 749.788/PR, rel. Min. Luiz Fux, j.un. 19.10.2006, DJ 13.11.2006, p. 230; 5ª Turma, REsp 603.993/SP, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j.un. 3.4.2007, DJ 7.5.2007, p. 349, e 6ª Turma, AgRg no REsp 654.968/SP, rel. Min. Paulo Gallotti, j.un. 19.4.2007, DJ 21.5.2007, p. 622.

Com o devido respeito não havia como concordar com aquele entendimento. As regras dos §§ 2º e 3º do art. 475 do Código de Processo Civil ampliam, ainda mais, a potencialidade do mandado de segurança *em favor* do impetrante, porque prestigiam a sentença *concessiva* e a necessária produção *imediate* de seus efeitos, razão pela qual se afinam ao “modelo constitucional” do mandado de segurança (v. n. 2, *supra*). Diante disto, o silêncio da Lei n. 12.016/2009 deve ser entendido no sentido de se aplicar subsidiariamente o Código de Processo Civil à espécie, dispensando o reexame necessário nas duas hipóteses alcançadas pelos dispositivos destacados.

Embora o entendimento doutrinário e jurisprudencial amplamente majoritário seja em sentido contrário, a melhor interpretação para o § 3º do art. 14 da Lei n. 12.016/2009 é no sentido de que a apelação do mandado de segurança tem efeito *suspensivo* quando a decisão for *contrária* ao impetrante ou, para empregar palavra bastante comum no foro, quando ela for *denegatória*. Somente na hipótese oposta, de *concessão* do mandado, isto é, de *acolhimento* do pedido do impetrante, é que o mesmo dispositivo legal *retira* aquele efeito admitindo, como já destacado, a execução provisória, excepcionando a regra genérica do *caput* do art. 520 do Código de Processo Civil.

Aplicação prática deste entendimento reside na manutenção, ou não, de eventual medida liminar anteriormente concedida. Sempre prevaleceu na jurisprudência e na doutrina o entendimento estribado na Súmula 405 do Supremo Tribunal Federal no sentido de que eventual “medida liminar” concedida *antes* do proferimento da sentença deixaria de produzir seus efeitos tão só com o proferimento daquela decisão, quando desfavorável ao impetrante. O § 3º do art. 7º da Lei n. 12.016/2009, ao que tudo indica, acabou por se inclinar para esta orientação ao estatuir que “Os efeitos da medida liminar, salvo se revogada ou cassada, persistirão até a prolação da sentença”. A regra, assim compreendida, contém verdadeiro “efeito *anexo*” da sentença consistente na sua *imediate* substituição à anterior liminar proferida, independentemente do efeito suspensivo da apelação que, pelas razões expostas pelo n. 3 do Capítulo 4 da Parte I do vol. 5, teria o condão de *manter* aquela anterior decisão incólume.

De qualquer sorte, mesmo que acabe por se tornar vitorioso esse entendimento, não é menos certo que o sistema processual civil oferta, ao impetrante, outros mecanismos para proteger eficazmente o seu direito durante a fase recursal. Sua análise é feita pelo n. 3.2 do Capítulo 5 da Parte I do vol. 5.

Importa destacar, a respeito, que ganha espaço na jurisprudência o entendimento de que mesmo a *retroatividade* plena estribada na Súmula 405 do Supremo Tribunal Federal merece ponderação a depender do caso concreto, para assegurar a permanência de efeitos e de situações consolidadas enquanto vigente (e eficaz) a “medida liminar”, forte nos princípios da “boa-fé objetiva” e, vale acrescentar, da “segurança jurídica”. Nesse sentido, merece leitura a decisão proferida pela 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça no REsp 944.325/RS, rel. Min. Humberto Martins, j.un. 4.11.2008, DJe 21.11.2008.

O art. 18 da Lei n. 12.016/2009 volta-se aos mandados de segurança impetrados originariamente no âmbito dos Tribunais (v. n. 6, *supra*). Quando a decisão for *concessiva* da ordem, isto é, quando o pedido do impetrante for julgado procedente, o acórdão fica sujeito a contraste por recurso especial e/ou recurso extraordinário consoante se façam presentes seus respectivos pressupostos (v. ns. 2 a 4 do Capítulo 11 da Parte I do vol. 5). Quando a decisão for *contrária* aos interesses do impetrante, isto é, quando ela for *denegatória*, o recurso cabível será o “recurso *ordinário*” para o Superior Tribunal de Justiça (art. 105, II, *b*, da Constituição Federal) ou para o Supremo Tribunal Federal (art. 102, II, *a*, da Constituição Federal), conforme o caso. A dinâmica deste recurso é a exposta pelo Capítulo 10 da Parte I do vol. 5.

Os embargos infringentes estão afastados do mandado de segurança por força da expressa previsão do art. 25 da Lei n. 12.016/2009. A regra, no particular, resolve tormentosa questão que contrapunha a jurisprudência consolidada no âmbito dos Tribunais Superiores que entendia incabível aquele recurso, pela falta de previsão legal expressa (Súmula 597 do Supremo Tribunal Federal e Súmula 169 do Superior Tribunal de Justiça), e a doutrina que, na sua maioria, entendia aplicável subsidiariamente o regime recursal do Código de Processo Civil.

Os embargos de declaração são plenamente cabíveis em sede de mandado de segurança, sendo indiferente, a esse respeito, o silêncio da Lei n. 12.016/2009.

Ainda sobre os aspectos recursais, cabe evidenciar que o § 2º do art. 14 da Lei n. 12.016/2009 prevê, de maneira expressa, a legitimidade da autoridade coatora para apresentar recursos em mandado de segurança. A regra soluciona impasse que se encontrava sob a égide da lei anterior e que tendia a emprestar legitimidade à autoridade coatora recorrer na qualidade de terceiro, nos moldes do art. 499 do Código de Processo Civil (v. n. 2.2.2 do Capítulo 3 da Parte I do vol. 5).

13. PEDIDO DE SUSPENSÃO

Sem prejuízo das considerações que o n. 5 do Capítulo 7 da Parte I e o n. 8 do Capítulo 5 da Parte II do vol. 4 fazem a respeito do instituto, tendo em vista o pedido de suspensão dos efeitos de decisão antecipatória da tutela jurisdicional ou de “medida cautelar” contra o Poder Público, o art. 15 da Lei n. 12.016/2009 apresenta peculiaridades dignas de destaque.

De acordo com o mencionado art. 15, *caput*, é possível a suspensão da eficácia de “medida liminar” e da sentença em mandado de segurança para evitar “grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas”. Trata-se de medida anômala, de constitucionalidade duvidosa, assimilável, de qualquer sorte, a um recurso – embora não prevista no rol do art. 496 do Código de Processo Civil – com finalidade bastante específica: paralisar, suspender, neutralizar ou imunizar os efeitos de liminar concedida ou de sentença favorável ao impetrante do mandado de segurança.

Não é errado entender o instituto, por vezes denominado “suspensão da segurança”, como verdadeiro “pedido de efeito suspensivo avulso”, que se justificou à época de sua criação, por causa da inadmissão, pela jurisprudência e pela doutrina, do cabimento do agravo de instrumento contra a decisão concessiva da liminar (v. n. 9.4, *supra*). Até porque, mesmo que aceita a recorribilidade daquela decisão, aquele recurso era inapto para evitar eventuais danos ou transtornos para a pessoa jurídica de direito público ou exercente de função pública. Justamente porque o agravo de instrumento não tinha aptidão de suspender generalizadamente os efeitos da decisão recorrida, ao contrário do que hoje é expressamente admitido pelo

art. 558, *caput*, do Código de Processo Civil, desde a redação que lhe deu a Lei n. 9.139/1995 (v. n. 3.4.3 do Capítulo 7 da Parte I do vol. 5). A mesma justificativa se aplica pela ausência de efeito suspensivo ao então recurso de “agravo de petição” (hoje, *apelação*; v. n. 2 do Capítulo 6 da Parte I do vol. 5), cabível da sentença proferida no mandado de segurança. O caráter *político* do pedido de suspensão tem sido enfatizado em diversas decisões do Superior Tribunal de Justiça, que sustentam o descabimento do recurso especial da decisão presidencial que o concede pela impossibilidade de aquele Tribunal reanalisar “(...) o juízo político realizado pelo Tribunal *a quo* para a concessão da suspensão da liminar”, nos termos de sua Súmula 7. Nesse sentido: STJ, 2ª Turma, REsp 1.373.127/DF, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j.un. 25.6.2013, DJe 1.7.2013; STJ, 1ª Turma, AgRg no AREsp 103.670/DF, rel. Min. Benedito Gonçalves, j. un. 9.10.2012, DJe 16.10.2012 e STJ, 2ª Turma, AgRg no REsp 1.207.495/RJ, rel. Min. Humberto Martins, j.un. 14.4.2011, DJe 26.4.2011.

O “pedido de suspensão” não exclui o cabimento do recurso próprio contra a mesma decisão porque destinado a preservar valores diversos do ordenamento jurídico que não se confundem com o cometimento de algum *error in procedendo* ou do *error in iudicando*. Justamente por essa razão é que o entendimento, largamente aceito em jurisprudência e em doutrina, de que a interposição do agravo de instrumento contra a liminar e seus eventuais desdobramentos recursais significaria usurpação de competência do Presidente do Tribunal *ad quem*, competente para apreciação do pedido de suspensão, não pode ser prestigiado. É a orientação adotada pelo § 3º do art. 15 da Lei n. 12.016/2009.

Têm legitimidade para formular o “pedido de suspensão” ao Presidente do Tribunal competente para conhecimento do mandado de segurança em grau recursal o Ministério Público e a “pessoa jurídica de direito público interessada”. A locução deve receber interpretação ampla: todo aquele que pode ser alvo de mandado de segurança em função do exercício de *função pública* pode, em contrapartida, pleitear a suspensão nos termos e para os fins do art. 15, *caput*, da Lei n. 12.016/2009 em prol da tutela jurisdicional dos referenciais expostos naquele dispositivo, quais sejam, “grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas”.

Para expor a dinâmica do “pedido de suspensão” convém oferecer um exemplo:

QAC impetra mandado de segurança contra ato que considera ilegal e feridor de direito seu. Pede, com fundamento no art. 7º, III, da Lei n. 12.016/2009, a concessão de “medida liminar”. O magistrado da primeira instância defere o pedido.

A Fazenda Pública, sem prejuízo da interposição do recurso de agravo de instrumento contra aquela decisão – em que buscará demonstrar, dentre outros pontos, a inocorrência dos pressupostos do referido art. 7º, III –, pode pleitear, junto ao Presidente do Tribunal competente para julgamento daquele recurso, a suspensão dos efeitos da decisão, visando, com isto, inibir os efeitos favoráveis a QAC. Deverá alegar e demonstrar, para tanto, que os efeitos daquela decisão acarretam “grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas” (art. 15, *caput*, da Lei n. 12.016/2009). Se o caso reclamar urgência, o pedido, quando presentes os seus respectivos pressupostos, pode ser *liminarmente* concedido (art. 15, § 4º, da Lei n. 12.016/2009).

Sobre a *antecipação* dos efeitos do próprio “pedido de suspensão”, importa destacar que o dia a dia do foro consagrou prática que atrita com o “modelo constitucional do direito processual civil” na medida em que mostra o pedido processando-se unilateralmente sem prévia (nem mesmo ulterior) intimação da parte beneficiada pela decisão cujos efeitos se pretende suspender. O correto, é esta a melhor interpretação para o precitado dispositivo legal, é que, ressalvada a hipótese em que a *urgência* no exame do pedido justificar seu adiamento (v. n. 5 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1), houvesse *prévio* contraditório para, só depois, ouvidas ambas as partes contrapostas, decidisse o Presidente do Tribunal.

Da decisão do Presidente do Tribunal que *conceder* o pedido da Fazenda Pública, cabe o recurso de “agravo *interno*” no prazo de cinco dias, no que é expresso o *caput* do art. 15 da Lei n. 12.016/2009.

Na hipótese oposta, em que o Presidente *negar* o pedido, não há previsão, no *caput* daquele dispositivo legal, de cabimento daquele recurso. A questão sempre despertou interesse dando ensejo à Súmula 506 do Supremo Tribunal Federal e à Súmula 217 do Superior Tribunal de Justiça. Ambas justificavam a ausência de previsão legislativa destacando o *dever-ser* constitucional do

mandado de segurança e a necessidade, com a negativa do Presidente do Tribunal, de ser mantida incólume a decisão proferida pela instância inferior, em favor do particular.

É certo, contudo, que, mais recentemente, aquelas Súmulas foram *canceladas* por seus respectivos Tribunais, fortes no entendimento de que, com o advento da Lei n. 8.437/1992, que prevê o agravo tanto para a decisão que *concede* como para a que *nega* o pedido, estaria superada a dicotomia estabelecida pelo legislador mais antigo.

O argumento, analisado do ponto de vista *infraconstitucional*, não merece reparo algum, até mesmo por força do “princípio da *colegialidade*”, que preside a atuação no âmbito dos Tribunais (v. n. 2.1 do Capítulo 2 da Parte I do vol. 5). Sua aplicação ao mandado de segurança, entretanto, tem o condão de *minimizar* garantia constitucional por mecanismo que destoa, por completo, do sistema recursal que, por si só, teria o condão de tutelar, adequada e eficazmente, qualquer *direito* ou *interesse* da Administração Pública. Por esta razão, rejeita-o este *Curso*, com a devida vênia devendo ser prestigiada, por isso, a opção que a Lei n. 12.016/2009 acabou por fazer a respeito do assunto.

Até porque, fosse possível a construção do raciocínio sem levar o “modelo constitucional do direito processual civil” em conta, não é menos certo que o § 3º do art. 15 da Lei n. 12.016/2009 preservou expressamente a diretriz do *caput* do artigo, rente ao que, à época de sua edição, estava consagrado nas Súmulas 506 e 217 do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, respectivamente, prevendo, desde logo, a formulação de um *novo* “pedido” ao Presidente desses Tribunais quando *indeferido* o “pedido de suspensão”.

O *novo* pedido será endereçado a um ou a outro Tribunal consoante seja a sua respectiva fundamentação, constitucional federal ou infraconstitucional federal, analogicamente ao que prevê o art. 25 da Lei n. 8.038/1990 para os recursos extraordinário e especial, observando-se, em termos de procedimento, também por analogia, o disposto no art. 543. Trata-se de um verdadeiro pedido de suspensão com caráter recursal, um “pedido de suspensão da não suspensão”.

Este *novo* pedido de suspensão também pode ser formulado na forma discutida pelos parágrafos anteriores, sempre pela “pessoa jurídica

interessada”, quando for dado provimento ao agravo *interno* apresentado pelo impetrante do mandado de segurança contra o ato monocrático do Presidente. A previsão está no § 1º do art. 15 da Lei n. 12.016/2009. Mas não só. O *novo* pedido de suspensão, isto é, o pedido de suspensão dirigido ao Presidente do Supremo Tribunal Federal e/ou ao Presidente do Superior Tribunal de Justiça, consoante o caso, também é viável quando for negado provimento ao agravo de instrumento interposto pelo Poder Público ou quem lhe faça as vezes contra a medida liminar concedida pelo magistrado da primeira instância. É dizer o *acórdão* da Câmara ou da Turma do Tribunal que mantiver a “medida liminar” pode ter seus efeitos suspensos consoante expressamente autoriza o § 2º do art. 15 da Lei n. 12.016/2009.

O § 5º do mencionado art. 15 prevê a formulação de um “pedido *coletivo* de suspensão”, assim entendida a possibilidade de decisões sobre a mesma *tese* jurídica terem seus efeitos suspensos por mero aditamento ao pedido anteriormente já concedido.

Não se aplica ao mandado de segurança, por falta de previsão legal, o disposto no § 9º do art. 4º da Lei n. 8.437/92, segundo o qual a suspensão dos efeitos da “medida liminar” tende a perdurar até o trânsito em julgado da decisão final. Ademais, a tese da “ultra-atividade” do “pedido de suspensão”, agasalhada pelo dispositivo, mesmo que houvesse uma tal previsão para o mandado de segurança, agrediria, por si só, o “modelo constitucional do direito processual civil”, porque inutiliza a razão de ser da função jurisdicional *preventiva* sem levar em conta, como sói acontecer, as peculiaridades de cada caso concreto (v. n. 8.1.1 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1).

A Súmula 626 do Supremo Tribunal Federal (“A suspensão da liminar em mandado de segurança, salvo determinação em contrário da decisão que a deferir, vigorará até o trânsito em julgado da decisão definitiva de concessão da segurança ou, havendo recurso, até a sua manutenção pelo Supremo Tribunal Federal, desde que o objeto da liminar deferida coincida, total ou parcialmente, com o da impetração”), que, segundo alguns, daria margem a entendimento diverso, merece ser interpretada – como qualquer outra Súmula, aliás – a partir de seus precedentes, não sendo correto o alargamento de seu alcance.

Os precedentes da referida Súmula tratavam de mandados de segurança impetrados originariamente nos Tribunais, o que, por si só, deve afastar a incidência do enunciado de todos aqueles casos em que a suspensão de segurança seja regida pelo art. 15, *caput*, da Lei n. 12.016/2009, isto é, quando a “medida liminar” a suspender seja concedida em mandado de segurança impetrado perante a primeira instância. Rigorosamente a norma de regência dos mandados de segurança julgados como supedâneo da Súmula em exame é o art. 25, § 3º, da Lei n. 8.038/1990. Para os mandados de segurança impetrados em primeira instância, pois, descabe a invocação daquela Súmula. Para eles deve prevalecer o entendimento de que uma coisa é suspender os efeitos da “medida liminar”; outra, bem diferente, é suspender os efeitos da *sentença* que eventualmente acabe por confirmar aquela decisão.

Entretanto, os precedentes da Súmula dão conta de que a tese da “ultra-atividade” deve ceder espaço toda vez que o impetrante demonstrar que a situação fática que levou à suspensão dos efeitos da liminar não prevalece quando do proferimento da decisão final do mandado de segurança. É ônus dele requerer ao Presidente do Tribunal, que concedeu o “pedido de suspensão”, a revogação de sua decisão toda vez que não subsistirem as razões que a justificaram. Daí o texto da Súmula, isto é, seu *enunciado*, fazer referência à necessária “coincidência” entre a liminar e a decisão final (referida como “objeto da impetração”), na suposição de que, na normalidade dos casos, se os efeitos da liminar eram prejudiciais à “ordem pública”, pelos mesmos motivos, os efeitos da decisão (final) que a confirma também o serão.

Além disso, lê-se de diversos precedentes indicados na Súmula que, se a situação de fato é a mesma, seria excesso de rigor formal exigir que, pelo simples fato de o mandado de segurança ser julgado, fosse formulado novo pedido de suspensão. Caso isso não se verifique ou, vale enfatizar, o impetrante consiga demonstrar que já não subsistem mais os reflexos nocivos à ordem pública que levaram à suspensão dos efeitos da liminar, a “ultra-atividade” deve também ser afastada. É por isto que deve ser prestigiado o entendimento de que, mesmo quando o Presidente do Tribunal defere o “pedido de suspensão”, não há necessidade de sua duração vincular-se

sempre e em qualquer caso ao trânsito em julgado da decisão questionada, sendo lícito, diante do caso concreto, fixar-se outro *dies ad quem*.

14. COISA JULGADA

De acordo com o art. 19 da Lei n. 12.016/2009, “A sentença ou o acórdão que denegar mandado de segurança, sem decidir o mérito, não impedirá que o requerente, por ação própria, pleiteie os seus direitos e os respectivos efeitos patrimoniais”. A mesma diretriz encontra-se no § 6º do art. 6º da mesma Lei: “O pedido de mandado de segurança poderá ser renovado dentro do prazo decadencial, se a decisão denegatória não lhe houver apreciado o mérito”.

As regras, rigorosamente, são desnecessárias diante do entendimento de que o Código de Processo Civil aplica-se subsidiariamente ao mandado de segurança naquilo que não conflitar com a sua específica lei de regência.

De qualquer sorte, os referidos dispositivos são oportunos para afastar qualquer interpretação no sentido de que as peculiaridades do mandado de segurança, visíveis desde o plano constitucional, poderiam justificar a não formação de “coisa julgada *material*” das decisões de mérito nele proferidas. Até porque a decisão que julga o mandado de segurança, para acolher ou para rejeitar, no todo ou em parte, o *pedido* do impetrante é decisão proferida com base em “cognição *exauriente*” e, como tal, apta a transitar em julgado.

Incidem, na espécie, portanto, as mesmas considerações e as mesmas justificativas que estão por trás dos arts. 467 a 474 do Código de Processo Civil (v. Capítulo 2 da Parte V do vol. 2, tomo I), inclusive no que diz respeito aos meios de contraste da coisa julgada material (v. ns. 1 e 1.1 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 5).

Embora haja alguma polêmica em sede de doutrina e de jurisprudência, parece mais correto entender que a ausência de “direito líquido e certo”, reconhecida pelo magistrado, é indicativa de falta de *interesse de agir* (art. 267, VI, do Código de Processo Civil) e, como tal, decisão que *não* aprecia o mérito, não impedindo, destarte, que o mesmo impetrante, munido-se de prova pré-constituída suficiente para embasar o seu pedido (v. n. 2.2, *supra*), renove o seu pedido perante o Estado-juiz.

O enunciado da Súmula 304 do Supremo Tribunal Federal, que trata do assunto, merece ser examinado. Diferentemente do que se pode pretender ler dele, nem sempre a “decisão *denegatória*” é significativa de que o magistrado tenha apreciado o *mérito*, acolhendo ou rejeitando o pedido do impetrante. A melhor interpretação é a de entender *amplamente* a expressão “decisão *denegatória*” para nela albergar todas as hipóteses em que o pedido do impetrante não for acolhido. Seja por questões de ordem processual (assimiláveis a alguma das hipóteses do art. 267 do Código de Processo Civil, no que é expresso o § 5º do art. 6º da Lei n. 12.016/2009), seja por questões de mérito, tendo como conteúdo uma das hipóteses do art. 269 do mesmo Código, ressalvado, apenas, o reconhecimento judicial de ocorrência da *decadência* do direito do impetrante de impetrar o mandado de segurança, hipótese em que, descartada a patente inconstitucionalidade da regra (v. n. 19, *infra*), a decisão transita em julgado e repele uma nova impetração.

A questão, quanto à amplitude da expressão destacada, que pode parecer meramente teórica, assume importante conotação prática porque o cabimento do “recurso *ordinário*” pelo impetrante, quando o mandado de segurança é impetrado originariamente perante os Tribunais, pressupõe decisão *denegatória*, isto é, desfavorável a ele, qualquer que seja seu conteúdo ou sua fundamentação.

15. EXECUÇÃO

A Lei n. 12.016/2009, a exemplo das que lhe antecederam, é silente ao modo de “executar”, isto é, de “efetivar” ou de “cumprir” a sentença que *concede* mandado de segurança. O problema não se põe na hipótese inversa, de denegação, diante de seus efeitos declaratórios negativos, no sentido de que o impetrante não tem o direito de que se afirmava titular.

Prevalece, amplamente, na doutrina, o entendimento de que a hipótese é de “sentença *mandamental*”. Mesmo recusando a existência de uma tal classe de “sentenças” ou, mais corretamente, de *efeitos* da tutela jurisdicional, pelas razões que expõe o n. 8.5.6 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1, não é menos certo que, na maior parte das vezes, a sentença *concessiva* do mandado de segurança imporá ao magistrado a necessidade de serem adotadas técnicas que busquem a criação de condições de fruição

plena e *in natura* do bem jurídico por ela assegurado ao impetrante. Na medida em que só a autoridade coatora possa alcançar aquele resultado, é irrecusável que a adoção de técnicas consistentes na imposição de *ordens* para ela far-se-á indispensável. Aplicam-se, à hipótese, as mesmas considerações que, para os §§ 4º a 6º do art. 461 do Código de Processo Civil, faz o n. 4 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 3.

A depender do caso concreto e do que pretende o impetrante, a sentença, por si só, pode ser suficiente para fins de prestação efetiva da tutela jurisdicional. É supor que ele pretenda, da Administração Pública, a obtenção de uma certidão negada ilegal ou abusivamente. Em tais casos, não há por que desconsiderar a incidência do disposto no art. 466-A do Código de Processo Civil, fazendo a sentença as vezes da manifestação de vontade não exercitada pela Administração. A hipótese não deve ser repelida com o argumento de violação do art. 2º da Constituição Federal, que consagra o princípio da separação dos Poderes, uma vez que a jurisdição é, mesmo contra o Estado-administração, substitutiva.

O art. 26 da Lei n. 12.016/2009 capitula como *crime* de desobediência, nos termos do art. 330 do Código Penal, o não cumprimento das decisões proferidas em mandado de segurança. Trata-se de persecução *criminal* de um fato e não de *ameaça* de prisão civil que é interdita pelo art. 5º, LXVII, da Constituição Federal.

O mesmo art. 26 tomou o cuidado, outrossim, de ressaltar que o não cumprimento das decisões proferidas em mandado de segurança não impede a responsabilização de quem de direito pelas sanções administrativas eventualmente aplicáveis e não afasta a incidência da Lei n. 1.079/1950, que “define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento”. Para tornar efetiva a incidência da regra importa – e muito – a zelosa e participativa atuação do Ministério Público para os fins do art. 12, *caput*, da Lei n. 12.016/2009 (v. n. 10, *supra*), cabendo àquela instituição, se assim entender que é o caso, apurar, a partir do que presencia no mandado de segurança, a prática de atos de improbidade administrativa nos moldes da Lei n. 8.429/1992. O art. 25 da Lei n. 12.016/2009, por seu turno, assegura expressamente a incidência, no mandado de segurança, “da aplicação de sanções no caso de litigância de má-fé”.

O disposto no art. 26 da Lei n. 12.016/2009 e a incidência das *sanções* nele prevista não afastam a necessária aplicação *subsidiária* à hipótese da disciplina extraível dos §§ 4º a 6º do art. 461 e do art. 461-A do Código de Processo Civil, que preveem, em rol inequivocamente exemplificativo, as técnicas predispostas a impor o *cumprimento* das determinações judiciais em prol da tutela *eficaz* do direito do impetrante, tal qual reconhecido, liminarmente ou a final, em cada caso concreto (v. n. 4 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 3).

O tema aqui aventado não se restringe à execução da *sentença*. Quaisquer outras decisões jurisdicionais que sejam aptas a veicular tutela jurisdicional em favor do impetrante põem, ao magistrado, a mesma dificuldade. É o que acontece com os acórdãos, em se tratando de impetração *originária* no âmbito de algum Tribunal (v. n. 6, *supra*) ou que modifiquem, em fase recursal, sentença contrária aos interesses do impetrante e também com a “medida liminar”, que nada mais é do que uma decisão interlocutória que *antecipa* os efeitos da tutela jurisdicional, total ou parcialmente, tais quais pretendidos pelo impetrante.

Para o cumprimento imediato da “medida liminar”, tem aplicação o disposto no art. 273, § 3º, e no art. 811, ambos do Código de Processo Civil, no sentido de que a “execução provisória” impõe ao impetrante sua responsabilização *objetiva* pelos danos que vier a causar na exata proporção em que o *título* que fundamenta a prática de atos voltados à satisfação de seu direito, tal qual reconhecido, venha a ser modificado ao longo do processo. Para o assunto, v. o n. 7 do Capítulo 4 da Parte I e o n. 8 do Capítulo 2 da Parte II, ambos do vol. 4.

Em se tratando da “execução provisória” da sentença *concessiva* da ordem, nos termos do § 3º do art. 14 da Lei n. 12.016/2009 (v. n. 12, *supra*), aplica-se a diretriz que decorre do art. 475-O, I, II e § 1º do Código de Processo Civil, com idênticas consequências ao quanto sustentado anteriormente, devendo ser repelidas, por total incompatibilidade com a predisposição constitucional de o mandado de segurança assegurar a fruição *in natura* do bem jurídico do impetrante, os limites que decorrem do inciso III do mesmo dispositivo codificado (v. n. 4 do Capítulo 6 da Parte I do vol. 3).

15.1. Restrições à execução provisória

A cláusula final do § 3º do art. 14 da Lei n. 12.016/2009 restringe a possibilidade da execução provisória da sentença *concessiva* do mandado de segurança nos casos em que há vedação legal para a concessão de medida liminar, isto é, sentenças que tenham como objeto *mediato* “... a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza” (art. 7º, § 2º, da Lei n. 12.016/2009; v. n. 9.2, *supra*).

O dispositivo é inconstitucional por violar o “modelo constitucional do mandado de segurança” e deve, como tal, ter sua incidência afastada pelo magistrado no exercício do controle *difuso* da constitucionalidade (v. Capítulo 4 da Parte II do vol. 5).

Mesmo que assim não fosse, não haveria óbice para que o magistrado afastasse a incidência daquelas regras, consoante as peculiaridades do caso concreto, para admitir a *antecipação* dos efeitos da tutela jurisdicional, nos termos que discute o n. 3 do Capítulo 7 da Parte I do vol. 4.

16. EFEITOS PATRIMONIAIS

Merece exame apartado o art. 19 da Lei n. 12.016/2009, segundo o qual “a sentença ou o acórdão que denegar mandado de segurança, sem decidir o mérito, não impedirá que o requerente, por ação própria, pleiteie os seus direitos e os respectivos efeitos patrimoniais”.

O dispositivo confirma o entendimento corrente em doutrina e jurisprudência no sentido de que o mandado de segurança não serve para perseguir reparações patrimoniais decorrentes de atos ilegais ou abusivos exercidos em nome de *função pública*. Muito pelo contrário, o mandado de segurança é predestinado, desde o seu “modelo constitucional”, a assegurar a plena fruição do bem da vida questionado pelo impetrante *in natura*, em sua própria substância, repudiando sua substituição pelo equivalente monetário. O mandado de segurança volta-se à obtenção de “tutela jurisdicional *específica*” e não meramente *reparatória*. É essa a razão, vale a ênfase, de assumir posição de destaque a figura da “medida liminar” em mandado de segurança, que, muito frequentemente, é a única forma de

garantir a efetividade concreta da futura decisão concessiva da ordem e, por identidade de razões, da execução provisória das sentenças *concessivas*.

Nesse sentido, o dispositivo deixa bem claro que o mandado de segurança não se dirige à resolução de questões meramente patrimoniais. Diferentemente, predestina-se a buscar a proteção *in natura* do bem. Seja evitando a consumação de uma ameaça (“mandado de segurança *preventivo*”), seja sustando eficazmente efeitos concretos de lesão já ocorrida (“mandado de segurança *repressivo*”), o mandado de segurança não transige com a possibilidade de reparação econômica futura. O mandado de segurança não pode ser tratado como se fosse uma mera “ação indenizatória”.

Duas Súmulas do Supremo Tribunal Federal atestam essas conclusões e devem ser destacadas.

De acordo com a Súmula 269, “O mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança”. A Súmula 271, por sua vez, dispõe que: “Concessão de mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais em relação a período pretérito, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria”.

O entendimento de que o mandado de segurança não pode ser confundido ou substituído por pedido que pretenda a reparação de danos ou, como é conhecida no foro, “ação indenizatória” ou “ação de cobrança”, não merece nenhuma observação além daquelas já expostas.

No entanto, essa diretriz, uníssona em se tratando de mandado de segurança, não pode servir para desprestigiar o instituto, nem mesmo quando se torna, diante de algum fato, impossível o asseguramento da fruição *in natura* do direito reclamado pelo impetrante. Muitas vezes as costumeiras decisões relativas à “perda do objeto do mandado de segurança”, diante da consumação do dano que o mandado de segurança quis evitar, mas que circunstancialmente não conseguiu, poderiam ser evitadas, dando ainda mais efetividade à atividade jurisdicional desenvolvida no mandado de segurança. Não é porque o mandado de segurança não é substitutivo de “ação de cobrança” e não é porque ele não tem efeitos patrimoniais pretéritos que, em todo e qualquer caso, o reconhecimento de eventual lesão a direito do impetrante inviabilizará o prosseguimento e o julgamento do mandado de segurança para declarar a ocorrência da ilegalidade ou da

abusividade indicada pelo impetrante. E também não há por que, à luz das mais recentes reformas introduzidas no Código de Processo Civil, negar que o mandado de segurança possa *também* – e sem perder seu caráter *preponderante* – reparar lesões já consumadas no passado como decorrência necessária do reconhecimento da abusividade ou ilegalidade de um ato estatal.

Tanto assim que o § 4º do art. 14 da Lei n. 12.016/2009 dispõe, expressamente, que “o pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias assegurados em sentença concessiva de mandado de segurança a servidor público da administração direta ou autárquica federal, estadual e municipal somente será efetuado relativamente às prestações que se vencerem a contar da data do ajuizamento da inicial”.

Mas é possível – e desejável – ir além.

Não obstante o mandado de segurança não se confunda com uma “ação reparatória”, é importante destacar que a proteção *in natura* do bem do impetrante não descarta apriorística e invariavelmente que eventual sentença concessiva possa, *ao mesmo tempo* – e sem prejuízo do especial reconhecimento de violação a direito líquido e certo –, ter outros efeitos no mundo jurídico.

A sentença típica do mandado de segurança é aquela que impõe à autoridade coatora o dever de providenciar o que for necessário para que a ilegalidade ou a abusividade cesse. Mas o reconhecimento da ilegalidade, que dá embasamento àquela *ordem* (v. n. 15, *supra*), não pode ser desconsiderado. Há outros efeitos importantes que decorrem dele.

À luz do que se pode extrair da *interpretação* e não da *letra* do art. 475-N, I, do Código de Processo Civil (v. n. 4.1 do Capítulo 4 da Parte I do vol. 3), não há como recusar, aplicando-se subsidiariamente o Código de Processo Civil, que o mandado de segurança possa *também* ter efeitos patrimoniais pretéritos *desde que* haja pedido para tanto formulado pelo impetrante na petição inicial. Assim, não há como desconsiderar que uma decisão que *reconheça* a ilegalidade ou abusividade do ato questionado no mandado de segurança possa, ela própria, surtir efeitos patrimoniais, dependendo, se houver necessidade, de sua prévia e escorreita *liquidação*, com observância aos arts. 475-B a 475-F, todos do Código de Processo Civil (v. Capítulo 5 da Parte I do vol. 3), seguindo-se a “execução contra a

Fazenda Pública”, a tramitar sob o art. 100 da Constituição Federal (v. Capítulo 8 da Parte II do vol. 3). Embora o dispositivo mereça ressalvas quanto à sua constitucionalidade *formal*, não há por que descartar o alcance por ele pretendido, que decorre do próprio sistema, máxime em se acolhendo a proposta deste *Curso* em distinguir a tutela jurisdicional por seus efeitos em *não executiva* e, como no caso, *executiva* (v. n. 8.5.6 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1). Para a demonstração desse ponto de vista, v. n. 4.1 do Capítulo 4 da Parte I do vol. 3.

É essa a razão pela qual o disposto na Súmula 271 do Supremo Tribunal Federal não tem mais razão para subsistir no ordenamento jurídico, embora o entendimento majoritário fosse em sentido contrário, desde o advento da Lei n. 5.021/1966, *posterior* à edição daquela Súmula.

Vale enfatizar, para robustecer a exposição de que se ocupam os parágrafos anteriores, que a solução aqui preconizada deve ser prestigiada porque combina adequadamente – e sem criar qualquer obstáculo à grandeza constitucional do mandado de segurança – todos os efeitos decorrentes do reconhecimento de uma mesma ilegalidade ou abusividade, até para que um mesmo ato, uma mesma ilegalidade, uma mesma abusividade gerem as *mesmas* consequências jurídicas no tempo, no espaço e no plano do direito material. É diretriz que, em última análise, decorre do art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal.

17. CUSTAS PROCESSUAIS E HONORÁRIOS DE ADVOGADO

Sempre foi amplamente vencedora a jurisprudência dos nossos Tribunais no sentido de não serem devidos honorários de advogado em mandado de segurança, afastando-se, conseqüentemente, o “princípio da sucumbência”, tal qual previsto no Código de Processo Civil (v. n. 4 do Capítulo 2 da Parte IV do vol. 1). Prova suficiente de tanto está na Súmula 512 do Supremo Tribunal Federal e na Súmula 105 do Superior Tribunal de Justiça.

O art. 25 da Lei n. 12.016/2009, acolhendo esta orientação, afastou expressamente a incidência das regras codificadas a respeito dos honorários advocatícios do mandado de segurança. A opção legislativa é correta e deve ser prestigiada. Trata-se, em última análise, de evitar que os riscos de pagar

honorários de advogado à parte contrária, diante da *denegação* do pedido, pudessem, de alguma medida, inibir o acesso à Justiça. É regra, destarte, que quer fomentar um amplo controle dos atos do Estado-administração pelo Estado-juiz.

A mesma diretriz, a despeito do silêncio da Lei, deve conduzir o intérprete e o aplicador do direito a outra conclusão, qual seja, a de estender, ao mandado de segurança, a *gratuidade* do processo, afastando para ele também o sistema codificado quanto ao pagamento de custas, máxime diante do que assegura o inciso LXXVII do art. 5º da Constituição Federal: “são gratuitas as ações de *habeas corpus* e *habeas data* e, na forma da lei, os atos necessários ao exercício da cidadania”.

Se, é certo, não se pode confundir o mandado de segurança com o *habeas corpus* nem com o *habeas data*, não é menos correto entendê-lo como forma constitucionalizada de exercício da cidadania. É direito e garantia fundamental. Tanto que nem sequer depende de lei para sua *realização* e *concretização*, consoante dispõe o § 1º do mesmo dispositivo constitucional.

18. INTERVENÇÃO DE TERCEIROS

O art. 24 da Lei n. 12.016/2009 limita-se a prever, expressamente, que os dispositivos do Código de Processo Civil atinentes ao litisconsórcio aplicam-se ao mandado de segurança. A remissão é útil para evitar qualquer insegurança sobre ter, o Código de Processo Civil, aplicação subsidiária, ou não, à disciplina do mandado de segurança. Ela, contudo, é insuficiente. É que a regra não pode ser empregada para descartar que, no mandado de segurança, eventuais *terceiros*, consoante o caso, intervenham no processo, justamente por não haver como recusar, naquilo que não atrite com o “modelo constitucional do mandado de segurança”, a aplicação subsidiária daquele Código, malgrado o silêncio da Lei n. 12.016/2009.

Assim, a assistência, em suas duas modalidades, simples e litisconsorcial, é cabível em mandado de segurança. Nada há, porque não existe disciplina em sentido diverso, que afaste, aprioristicamente, a pertinência de seu emprego. Prevalece, aqui, a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil. O art. 1º, § 3º, e o art. 3º, ambos da Lei n. 12.016/2009, aliás, são campos férteis para viabilizar um maior ingresso destes terceiros em mandado de segurança.

Pelos mesmos motivos, é cabível a intervenção do *amicus curiae* em sede de mandado de segurança, máxime nos casos em que a decisão a ser proferida, liminar ou final, puder desempenhar o papel de um verdadeiro *leading case*.

A oposição, a denúncia da lide e o chamamento ao processo devem ser descartados porque suas respectivas hipóteses de incidência não se concretizam quando se tratar de mandado de segurança. Quanto a elas, importa destacar que a sua incompatibilidade não se dá com o *processo* ou com o *procedimento* do mandado de segurança, mas, bem diferentemente, com as especificidades do direito *material* que é veiculado em mandado de segurança.

19. DECADÊNCIA

Dispõe o art. 23 da Lei n. 12.016/2009 que “o direito de requerer mandado de segurança extingui-se-á decorridos 120 (cento e vinte) dias, contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado”.

Considerando, com o n. 1, *supra*, que o mandado de segurança é direito e garantia fundamental e que os pressupostos de seu cabimento estão exaustivamente previstos no inciso LXIX do art. 5º da Constituição Federal e que, de acordo com o § 1º do mesmo art. 5º, “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, não há como compatibilizar o dispositivo legal com o “modelo constitucional do mandado de segurança”.

É patente que o art. 23 da Lei n. 12.016/2009 pretende *limitar* o exercício do mandado de segurança a determinado prazo e, na exata medida em que a Constituição Federal não tenha autorizado uma tal limitação temporal, o atrito é inegável, devendo prevalecer o disposto na Constituição Federal. Até porque, sendo vencedor o entendimento de que se trata de prazo *decadencial*, está-se a sustentar que se perde a possibilidade de exercer direito (o próprio mandado de segurança) que é assegurado expressamente pela Constituição sem fixar qualquer prazo para tanto.

Assim, enquanto houver necessidade de “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” (é esta a dicção do

art. 5º, LXIX, da Constituição Federal), haverá condições para a impetração do mandado de segurança. Se se passaram cento e vinte dias da alegada ilegalidade ou abuso de poder, é questão diversa. Talvez não seja caso de “medida liminar”, que pressupõe urgência, estado latente de ameaça (v. n. 9.1, *supra*). Talvez não caiba mais o mandado de segurança em sua forma *preventiva* (v. n. 3, *supra*). Mas mandado de segurança para reconhecer a ilegalidade ou a abusividade do ato caberá.

Não obstante essas considerações, a jurisprudência de nossos tribunais tende a defender a constitucionalidade do artigo em comento. A maior prova é a Súmula 632 do Supremo Tribunal Federal, que tem a seguinte redação: “É constitucional lei que fixa o prazo de decadência para a impetração de mandado de segurança”.

Os argumentos principais em que se funda esse entendimento são os de que a perda do direito de impetrar o mandado de segurança não impede o uso de outras “ações” para que o impetrante tutele seu direito (arts. 6º, § 6º, e 19 da Lei n. 12.016/2009; v. n. 14, *supra*). Também porque o prazo de cento e vinte dias não pode ser entendido como aplicação de uma penalidade ao impetrante. Por fim, porque o silêncio da Constituição não pode ser entendido como a indefinição temporal quanto à possibilidade de impetração do mandado de segurança. Pelas razões já expostas não há, com o devido acatamento, como concordar com este entendimento. O silêncio do texto constitucional, no particular, não pode redundar em *desfavor* daquele que se afirma titular de um direito diante do Estado-administração.

Por ser amplamente vencedor o entendimento jurisprudencial quanto à *constitucionalidade* do prazo previsto no art. 23 da Lei n. 12.016/2009 é que a casuística a respeito de sua contagem é extremamente rica. Assim, apenas para destacar alguns pontos importantes: sua fluência dá-se da inequívoca ciência da prática do ato que enseja o mandado de segurança ou da efetiva produção de efeitos concretos (STJ, 2ª Turma, RMS 35.192/PE, rel. Min. Castro Meira, j.un. 3.11.2011, DJe 10.11.2011). Coerentemente, em se tratando de mandado de segurança *preventivo*, isto é, mandado de segurança que pretende evitar a prática de ato, não há como se admitir a fluência do prazo. Idêntico raciocínio quando se tratar de mandado de segurança voltado a questionar ato omissivo continuado (assim, v.g., STJ, 3ª

Seção, MS 14.671/DF, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j.un.
25.5.2011, DJe 3.2.2012).

CAPÍTULO 2

Habeas data

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A Lei n. 9.507, de 12 de novembro de 1997, que regula o direito de acesso a informações e dispõe acerca do procedimento do *habeas data*, disciplinou a previsão do art. 5º, LXXII, da Constituição Federal, que tem a seguinte redação: “conceder-se-á *habeas data*: a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público; b) para retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo”. A lei entrou em vigência na data de sua publicação, 13 de novembro de 1997, segundo a previsão de seu art. 22.

Desde que *criado* pela Constituição Federal de 1988, doutrina e jurisprudência perguntaram-se acerca da *necessidade* da existência de lei específica para disciplinar o instituto. Fosse em função de sua similaridade com o mandado de segurança, que, então, era disciplinado pela Lei n. 1.533/1951 ou, superiormente, diante do comando do § 1º do art. 5º da Constituição, segundo o qual “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Como quer que a questão tenha sido colocada à época, é certo que, com o advento da Lei n. 9.507/1997, não só foi implementada a forma de obtenção dos direitos assegurados nas alíneas “a” e “b” do inciso LXXII do art. 5º da Constituição Federal, mas também foi delineado procedimentalmente o *habeas data* quando for *necessário* o ingresso no Poder Judiciário. Neste sentido, não há como deixar de reconhecer inegável mérito na regulamentação trazida pelo precitado diploma legislativo.

Neste contexto deve ser lançada uma primeira observação. Dada a previsão constitucional do *habeas data*, bem assim, e, em rigor, a *desnecessidade* de sua regulação infraconstitucional para ser *efetivo e concreto*, qualquer estrangulamento no atingimento de suas finalidades constitucionalmente traçadas por norma de escalão inferior é inegavelmente violadora do “modelo constitucional” e, como tal, deve ser afastada pelo intérprete e aplicador do direito. Trata-se, aqui também, de evidenciar que nenhuma lei ou ato infraconstitucional pode pretender *restringir* o atingimento das finalidades traçadas, isto é, *impostas* pela Constituição Federal. É este o verdadeiro conteúdo e a verdadeira abrangência do referido art. 5º, § 1º, daquela Carta.

2. OBJETO

O *habeas data* foi criado com a Constituição de 5 de outubro de 1988. Embora a doutrina registre institutos afins na legislação infraconstitucional, é certo que o delineamento dado ao *habeas data* no art. 5º, LXXII, da Constituição Federal é *novo* para o ordenamento jurídico brasileiro.

É ele *forma* de exercer e, portanto, de *garantir* os *direitos* de intimidade e, de forma mais ampla, de *informação*, largamente reconhecidos pelo art. 5º da Constituição Federal, inclusive nos seus incisos X (“são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”) e XIV (“é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”). O inciso XXXIII do mesmo art. 5º, segundo o qual “todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”, não é objeto de tutela do *habeas data*, que se vincula intrinsecamente à obtenção, correção ou anotação de informações a respeito do próprio impetrante (de seu próprio e pessoal interesse, portanto) e não a respeito do exercício das funções ou atuação do Estado, de interesse de qualquer um na qualidade de *cidadão* ou, mais amplamente, de *administrado*. Neste sentido, v. os seguintes julgados: STJ, 1ª Seção, MS 10.903/DF, rel. Min. Humberto Martins, j.un. 12.9.2007, DJ

24.9.2007, p. 226; STJ, 1ª Turma, REsp 781.969/RJ, rel. Min. Luiz Fux, j.un. 8.5.2007, DJ 31.5.2007, p. 348; STJ, 1ª Seção, HD 107/DF, rel. Min. José Delgado, j.un. 9.3.2005, DJ 18.4.2005, p. 202; STJ, 1ª Seção, EDcl no HD 67/DF, rel. Min. Denise Arruda, j.un. 9.6.2004, DJ 2.8.2004, p. 273; STF, HD 68/DF, rel. Min. Carlos Britto, j. 17.11.2004, DJ 26.11.2004, p. 38, e STF, HD 67/DF, rel. Min. Celso de Mello, j. 11.11.2004, DJ 18.11.2004, p. 9. Ademais, a Lei federal n. 11.111, de 5 de maio de 2005, que regulamenta a parte final do art. 5º, XXXIII, da Constituição Federal, evidencia ter sido esta a *válida* opção do legislador.

O inciso LXXII do art. 5º da Constituição, destarte, delinea a predestinação constitucional do *habeas data*, devendo ser lido e interpretado como mecanismo de realização e concretização dos direitos *materiais* garantidos pelo mesmo dispositivo e por todo o sistema constitucional.

Questão doutrinária que se pôs tão logo promulgada a Constituição de 1988 quanto a *inocuidade* de uma previsão específica, diferenciada do mandado de segurança, para a tutela jurisdicional dos direitos de informação, como o *habeas data*, é vazia de significado prático. Entendeu, o constituinte brasileiro, conveniente criar ação específica, própria, especial, para tutelar um determinado direito ou grupo de direitos afins, certamente influenciado pelo período histórico que o país acabava de atravessar. É o que basta para que o intérprete e o aplicador busquem a sistematização do *novo* instituto, atendendo não só à sua previsão (e grandeza constitucional), mas também atentando às conquistas que a técnica processual mais recente tem desenvolvido, diante, sobretudo, do princípio da acesso à ordem jurídica justa, constante do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal (v. n. 3 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1).

O art. 7º da Lei n. 9.507/1997 repete, em largas linhas, os comandos das duas alíneas do art. 5º, LXXII, da Constituição Federal, ao mesmo tempo em que prevê um *terceiro* objeto (inciso III) a ser perseguido pelo *habeas data*. É a seguinte a redação do dispositivo:

“Art. 7º Conceder-se-á *habeas data*:

I – para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registro ou banco de dados de entidades governamentais ou de caráter público;

II – para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo;

III – para a anotação nos assentamentos do interessado, de contestação ou explicação sobre dado verdadeiro mas justificável e que esteja sob pendência judicial ou amigável”.

Este *alargamento* do objeto deste direito/garantia constitucional não viola o comando, o alcance e a amplitude do art. 5º, LXXII, da Constituição Federal. Justamente porque é *ampliativo* do direito e da garantia *minimamente* nela estabelecidos.

A consequência da previsão apenas em sede infraconstitucional da possibilidade de emprego do *habeas data* para “a anotação nos assentamentos do interessado, de contestação ou explicação sobre dado verdadeiro mas justificável e que esteja sob pendência judicial ou amigável” é que ela é menos estável do que os objetos previstos nos dois incisos anteriores deste art. 7º podendo, por isso, ser alterada e até mesmo suprimida por lei.

A única forma de evitar a *revogação* do inciso III do art. 7º da Lei n. 9.507/1997 por lei posterior é entendê-lo como *decorrência* imediata e necessária – um verdadeiro desdobramento, portanto – do que consta do texto da Constituição. Não há, de toda sorte, qualquer pecha de inconstitucionalidade nesta previsão *legal* do *habeas data*, que só ocorreria se a lei deixasse de prever ou negasse a previsão constitucional do instituto.

O parágrafo único do art. 1º da Lei n. 9.507/1997 trata da abrangência das informações que podem ser obtidas, retificadas ou anotadas pelo *habeas data*. Segundo o dispositivo, “considera-se de caráter público todo registro ou banco de dados contendo informações que sejam ou que possam ser transmitidas a terceiros ou que não sejam de uso privativo do órgão ou entidade produtora ou depositária das informações”. É dizer: o caráter *público* das informações não coincide com o caráter *público* (no sentido de estatal) do órgão que as detém. O *público* da lei, e, conseqüentemente, sujeito à proteção pelo *habeas data*, é bem mais amplo do que os dados manuseados pela Administração Pública, atingindo toda e qualquer informação que possa chegar a conhecimento de terceiros. É indiferente que a pessoa que detenha as informações seja pessoa de direito *público* (estatal)

ou de direito *privado* ou, ainda de acordo com a Constituição, o *fim* para o qual será utilizada a informação a que se pretende ter acesso.

O Tribunal de Justiça de São Paulo já teve oportunidade de negar o *habeas data*, declarando-o inadmissível, para obter documentos relativos a tempo de serviço para instrução de processo de aposentadoria (4ª Câmara de Direito Público, rel. Des. Brenno Marcondes, AC 81.631/São Carlos, j.un. 28.9.2000 em *JTJ* 236/79); para obter informações a respeito de exame psicotécnico realizado por empresa particular em concurso público (1ª Câmara de Direito Público, rel. Des. Demóstenes Braga, AC 10.761-5/São Paulo, j.un. 10.2.1998 em *JTJ* 213/87); para obter acesso à conta de débitos mantido por autarquia de previdência privada (6ª Câmara de Direito Público, rel. Des. Oliveira Santos, AC 268.396-1/São Paulo, j.un. 16.6.1997 em *JTJ* 203/71) e para obter informações mantidas pelo empregador a respeito de empregado e que teriam ocasionado seu afastamento (1ª Câmara de Direito Público, rel. Des. Luiz Tâmbara, AC 279.565-1/Santos, j.un. 26.8.1997 em *JTJ* 200/79).

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, negou-se o direito ao *habeas data* para expedir certidão que atestasse a legalidade e a constitucionalidade das atividades desenvolvidas pelo impetrante (STJ, 1ª Seção, rel. Min. José Delgado, HD 107/DF, j.un. 9.3.2005, DJ 18.4.2005, p. 202) e para obter dados sobre o recolhimento do ICMS pelo Estado, por não ter a pretensão caráter pessoal (STJ, 1ª Turma, rel. Min. Francisco Falcão, Pet. 1.318/MA, j.un. 19.2.2002, DJ 12.8.2002, p. 164). Inversamente, admitiu-se o emprego do *habeas data* – com o descarte do mandado de segurança – “Se a proteção pedida pelo impetrante se refere à busca de informações relativas a sua pessoa constantes de registro ou banco de dados de entidade governamental, o instrumento processual adequado é o *habeas data*, não cabendo o uso do mandado de segurança como seu sucedâneo (art. 5º, LXIX, da CF)” (STJ, 3ª Seção, rel. Min. Félix Fischer, MS 8.196/DF, j.m.v. 26.3.2003, DJ 28.4.2003, p. 170).

Daí ser correto o entendimento de que *habeas data* não se volta, apenas e tão somente, à tutela jurisdicional da *intimidade* do impetrante. Qualquer informação que esteja em poder de terceiros e que esteja ou possa vir a ser disponibilizada para conhecimento público pode ser obtida, retificada ou

anotada por este instrumento. São estes os contornos que lhe deu o art. 5º, LXXII, da Constituição Federal.

A obtenção de tais informações, contudo, pressupõe respeito a outras limitações de cunho constitucional e sistemático. Assim, não há como negar acerto aos seguintes entendimentos: “Processual civil. *Habeas data*. Obtenção de informações constantes de inquérito sigiloso. Inadequação da via eleita. 1. O *habeas data* não é meio processual idôneo para obrigar autoridade coatora a prestar informações sobre inquérito que tramita em segredo de justiça, cuja finalidade precípua é a de elucidar a prática de uma infração penal e cuja quebra de sigilo poderá frustrar seu objetivo de descobrir a autoria e materialidade do delito. Não se enquadra, portanto, nas hipóteses de cabimento do *habeas data*, previstas no art. 7º da Lei 9.507/97. 2. Agravo regimental desprovido” (STJ, 1ª Seção, rel. Min. Teori Zavascki, AgRg nos EDcl no HD 98/DF, j.un. 22.9.2004, DJ 11.10.2004, p. 211) e “*Habeas data*. Art. 5º, XXXIII, informação sigilosa. Decreto n. 1.319/94. I – O direito a receber dos órgãos públicos informações de interesse particular, previsto no art. 5º, XXXIII, não se reveste de caráter absoluto, cedendo passo quando os dados buscados sejam de uso privativo do órgão depositário das informações. II – No caso dos autos, as informações postuladas, pertinentes a avaliação de mérito do oficial requerente, se encontravam sob responsabilidade da CPO – Comissão de Promoções de Oficiais e, nos termos do art. 22 do Decreto n. 1.319/94, eram de exclusivo interesse desse órgão. Depreende-se, pois, que o caráter sigiloso das informações buscadas estava, objetivamente, previsto. Ordem denegada” (STJ, 3ª Seção, rel. Min. Félix Fischer, HD 56/DF, j.un. 10.5.2000, DJ 29.5.2000, p. 108).

3. FASE PRÉ-JUDICIAL

A Lei n. 9.507/1997, em seus arts. 2º a 4º, traça o contexto fático que enseja a impetração do *habeas data*, isto é, que leva o interessado à obtenção *compulsória*, por intermédio do Poder Judiciário, das informações, retificações ou anotações desejadas pelo interessado.

A redação destes dispositivos é a seguinte:

“Art. 2º O requerimento será apresentado ao órgão ou entidade depositária do registro ou banco de dados e será deferido ou indeferido no

prazo de 48 (quarenta e oito) horas.

Parágrafo único. A decisão será comunicada ao requerente em 24 (vinte e quatro) horas.

Art. 3º Ao deferir o pedido, o depositário do registro ou do banco de dados marcará dia e hora para que o requerente tome conhecimento das informações.

Parágrafo único. (Vetado).

Art. 4º Constatada a inexatidão de qualquer dado a seu respeito, o interessado, em petição acompanhada de documentos comprobatórios, poderá requerer sua retificação.

§ 1º Feita a retificação em, no máximo, 10 (dez) dias após a entrada do requerimento, a entidade ou órgão depositário do registro ou da informação dará ciência ao interessado.

§ 2º Ainda que não se constate a inexatidão do dado, se o interessado apresentar explicação ou contestação sobre o mesmo, justificando possível pendência sobre o fato objeto do dado, tal explicação será anotada no cadastro do interessado”.

De acordo com estes dispositivos, toda a vez que o interessado pretender obter, retificar ou anotar informações complementares a seu respeito deverá se dirigir à entidade, pública ou privada (art. 1º, parágrafo único, da Lei n. 9.507/1997), que as detém. Deverá protocolar requerimento demonstrando seu intuito de obter, corrigir ou anotar estas informações. Seu pedido deverá ser deferido ou indeferido em quarenta e oito horas (art. 2º, *caput*).

Nas vinte e quatro horas seguintes, o interessado deverá ser notificado do resultado de seu pleito (art. 2º, parágrafo único).

Complementando o sentido do parágrafo único do art. 2º, o art. 3º impõe que o detentor das informações marque dia e hora para que o interessado tome conhecimento delas. Que as mostre ao interessado, portanto. Só não haverá esta designação em caso de *indeferimento* do pedido previsto no art. 2º.

Uma vez que o interessado tenha acesso a estes elementos, pode ele, consoante o caso, requerer sua correção, quando deverá apresentar elementos justificadores de seu pleito (art. 4º, *caput*) ou a inserção de informação complementar (explicação ou contestação) relativa à existência de pendência sobre o fato objeto do dado (art. 4º, § 2º) o que pressupõe,

evidentemente, a veracidade da informação a que teve acesso, embora incompleta.

A Lei n. 9.507/1997 não impõe nenhum prazo para que o interessado tome estas iniciativas.

O § 1º do art. 4º, de sua parte, tem redação ambígua. Refere-se ao prazo máximo de dez dias “após a entrada do requerimento”, sem ser preciso quanto à providência que deverá ser tomada neste intervalo de tempo: se a retificação das informações, consoante tenha sido acolhido o pedido do *caput* do dispositivo ou se para avisar o requerente de que eventual retificação foi devidamente procedida. É lê-lo: “§ 1º Feita a retificação em, no máximo, 10 (dez) dias após a entrada do requerimento, a entidade ou órgão depositário do registro ou da informação dará ciência ao interessado”.

Dada a finalidade da Lei e visando ao asseguramento de uma maior *eficiência* no âmbito pré-judicial – até para se aferir a *necessidade ou não* da impetração do *habeas data* (v. n. 3.1, *infra*) –, parece ser a melhor interpretação do dispositivo a de entender que o prazo máximo de dez dias nele referido só pode ser entendido como o prazo para que se proceda à retificação requerida, quando o interessado deverá ser avisado do ocorrido. À falta de prazo expresso para esta comunicação, deve prevalecer o prazo de vinte e quatro horas referido no parágrafo único do art. 2º.

Também o § 2º do art. 4º, que cuida da possibilidade de ser feita anotação complementar ou esclarecedora nos registros – de acordo, pois, com o art. 7º, III, da Lei n. 9.507/1997 – não reserva qualquer prazo para o interessado pleitear a inclusão de dados ou para que a entidade detentora das informações a efetive. A ausência de previsão de prazo para o requerimento do interessado é pouco importante. Pode ele pleitear a inclusão a qualquer tempo, deixando clara a data em que teve início eventual contestação judicial. Para suprimir a lacuna quanto ao dever da anotação complementar, deve-se aplicar, por analogia, o prazo de dez dias referido no § 1º do art. 4º, com o prazo de vinte e quatro horas para comunicação ao interessado (com a comprovação respectiva, evidentemente) de que as informações complementares foram devidamente anotadas.

Como quer que seja, não há como negar que, passados mais de quinze dias sem qualquer resposta ao pedido de retificação ou de complementação requerida pelo interessado, é cabível o *habeas data*, comprovando-se, já

com a inicial, o transcurso deste prazo, consoante disciplinam os incisos II e III do art. 8º, parágrafo único, da Lei n. 9.507/1997 (v. n. 4.3, *infra*).

3.1. Interesse de agir

Não há como entender que a formulação do requerimento exposto pelo número anterior seja inconstitucional por supostamente violar o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. Muito menos que as providências referidas nos arts. 2º a 4º da Lei n. 9.507/1997 sejam despiciendas. É importante enfatizar a *necessidade* da formulação do pedido de acesso, retificação e anotação complementar às informações até como forma de se verificar, concretamente, se o caso exige a impetração do *habeas data* ou não. Isto é, se há *necessidade* do ingresso em juízo para obter aquilo que, eventualmente, pode ser concedido ao interessado *independentemente* da tutela jurisdicional.

O *interesse de agir* na impetração do *habeas data* só surge quando frustradas eventuais tentativas do interessado de obter, retificar ou anotar informações a seu respeito na fase que o n. 3, *supra*, denomina *pré-judicial*. Sem que ele tenha tentado realizar este desiderato e sem que haja recusa (expressa ou tácita, pelo decurso de prazo) aos procedimentos constantes destes arts. 2º a 4º da Lei n. 9.507/1997, não há *necessidade* na impetração do *habeas data*, donde a falta de interesse de agir do interessado.

Neste sentido, não há como deixar de reconhecer como correta a orientação constante da Súmula 2 do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual: “Não cabe o *habeas data* (CF 5º, LXXII, letra ‘a’) se não houve recusa de informações por parte da autoridade administrativa”. Evidentemente que a “recusa” a que se refere o enunciado deve ser entendida nos termos da Lei n. 9.507/1997, *superveniente* à edição da Súmula, no sentido de ser suficiente que o impetrante demonstre o transcurso de prazo para que obtivesse as informações na fase pré-judicial (art. 8º da Lei n. 9.507/1997).

Daí que não se trata, meramente, da obrigatoriedade de prévio esgotamento de vias administrativas (ou a ela equiparadas, ante o caráter *público* da informação, que dá ensejo à tutela pelo *habeas data*) antes do ingresso na esfera jurisdicional. Esta sim, uma forma *simplista* de analisar a questão, é violadora do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. Trata-se, muito pelo contrário, de *otimizar* a prestação de serviços tidos como de

função pública pelo Estado ou por quem detém informações para uso de terceiros (art. 1º, parágrafo único, da Lei n. 9.507/1997) para se constatar, concretamente, a *necessidade* ou *desnecessidade* do ingresso no Judiciário.

Por isso é tão importante verificar o *cumprimento* e, silente a lei, *estabelecer* prazos certos e determinados para acolhimento ou não do pleito do interessado (v. n. 3, *supra*). Frustrada sua tentativa de obter, retificar ou anotar as informações disponibilizadas pelas entidades abrangidas pelo art. 1º, parágrafo único, da Lei n. 9.507/1997, a única solução para o impasse *então* criado é a impetração do *habeas data*. Não antes, no entanto.

A otimização desta fase pré-judicial não esbarra na parte final da alínea “b” do art. 5º, LXXII, da Constituição Federal, ao estatuir que o *habeas data* destina-se à retificação de dados quando não se *prefira* fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo. Muito pelo contrário, a fase pré-judicial afina-se à previsão constitucional também nesta hipótese. Somente quando *frustrada* a investida “administrativa” (pré-judicial) é que se pode conceber a *necessidade* do uso do *habeas data*. Não antes dela. Assim sendo, a “preferência” prevista no texto constitucional é um efetivo indicativo do *interesse de agir* concreto na impetração do *habeas data*.

O art. 6º da Lei n. 9.507/1997, vetado pelo Presidente da República quando da promulgação da Lei, impunha sanções pecuniárias pelo descumprimento do disposto nos artigos antecedentes, certamente para *fortalecer* esta etapa prévia (pré-judicial), criando um sistema mais eficaz para a entrega dos dados solicitados nos prazos previstos. Não obstante o veto, não há como deixar de reconhecer a aplicabilidade, aos detentores das informações, de outras sanções decorrentes do sistema, mormente em se tratando de pessoas jurídicas de direito público ou, quando menos, exercentes de *funções* públicas.

4. FASE JUDICIAL

Sendo *necessário* o ingresso no Poder Judiciário para perseguir a tutela jurisdicional dos bens protegidos pelo *habeas data* – é dizer, desde que inócua ou frustrada, expressa ou tacitamente, a fase retratada pelo n. 3, *supra* – as regras a serem observadas são as constantes dos arts. 8º e seguintes da Lei n. 9.507/1997.

Os arts. 8º a 19 e 21 da Lei n. 9.507/1997 ocupam-se, especificamente, da regulamentação do *procedimento* (jurisdicional) do *habeas data*. O art. 20 do mesmo diploma legislativo, por sua vez, disciplina a competência jurisdicional para processamento e julgamento do pedido.

Basta uma primeira leitura destes dispositivos legais para evidenciar o alto e inescandível grau de influência que a Lei n. 1.533/1951, que então tratava do “mandado de segurança”, exerceu sobre o instituto criado pelo art. 5º, LXXII, da Constituição Federal de 1988.

Certamente que o legislador deixou-se levar pelas considerações – praticamente unânimes em sede de doutrina e de jurisprudência – no sentido de que o exercício jurisdicional do *habeas data* deveria dar-se do mesmo modo reservado para o mandado de segurança, isto é, com a adoção do mesmo *procedimento* (v. n. 1, *supra*).

O que se vê, no entanto, é que a *parte processual* da Lei do *habeas data* é quase uma *cópia* de parte substancial da Lei n. 1.533/1951, sem que o legislador de 1997 tenha se preocupado com os avanços experimentados pelo direito processual civil ao longo das décadas que separam aqueles dois diplomas legislativos e, bem assim, com as críticas e dificuldades interpretativas que, até nossos dias, *dificultam* o exercício jurisdicional do próprio “mandado de segurança”.

É o caso de exemplificar a assertiva do parágrafo anterior.

A Lei n. 9.507/1997, como a antiga Lei n. 1.533/1951, não se preocupou em dizer quem é o “réu” do *habeas data*: se aquele que pratica o ato impugnado jurisdicionalmente ou a pessoa jurídica a que ele é vinculado. As dificuldades teóricas e práticas daí derivadas são inúmeras, a maior delas dizendo respeito à extinção do processo (art. 267, VI, do Código de Processo Civil) toda vez que a “autoridade coatora” não for corretamente indicada na petição inicial.

O que foi “esquecido” pela Lei n. 9.507/1997, no entanto, é que este tema, não obstante o silêncio da então vigente Lei n. 1.533/1951, já havia sido tratado pelo art. 3º da Lei n. 4.348/1964, que “estabelece normas processuais relativas a mandado de segurança”, e fornecia, mesmo na redação que lhe dera a Lei n. 10.910/2004, elementos seguros para o entendimento de que o *réu* do mandado de segurança não era a “autoridade coatora”, vale dizer, aquele que tem poder decisório sobre o ato descrito

como coator, feridor do direito líquido e certo do impetrante, mas a pessoa jurídica a cujos quadros pertence aquele que é seu mero *agente*, vale dizer, mera forma de *expressão* ou de *exteriorização* de seus atos (v. n. 5 do Capítulo 1).

Mais: no afã de *repetir*, pura e simplesmente, diversos dispositivos da então vigente Lei n. 1.533/1951 para o processamento do *habeas data*, a Lei n. 9.507/1997 traz dispositivos total e completamente despiciendo no atual estágio evolutivo do processo civil. É o que se constata, por exemplo, de seu art. 15, segundo o qual da sentença cabe apelação. Uma tal regra só se justificava na lei do mandado de segurança de 1951 do ponto de vista histórico, considerando o sistema processual civil da época em que promulgada e, mais ainda, da necessária adaptação daquele diploma legislativo ao sistema recursal introduzido pelo Código de Processo Civil de 1973. No particular, aliás, é injustificável que determinadas regras, tais quais as que se lê no art. 10, § 1º, e no art. 14, *caput*, da Lei n. 12.016/2009, que regula, no presente, o mandado de segurança, insistam em dizer o que, nos dias de hoje, já não se justificava.

Também o art. 16 da Lei n. 9.507/1997 causa uma certa perplexidade. É cópia do art. 13 da revogada Lei n. 1.533/1951, que nunca teve sentido algum se lido isoladamente, sem levar em conta o então vigente art. 4º da Lei n. 4.348/1964, de duvidosa constitucionalidade, porque restritivo da plena eficácia da decisão liminar ou final do mandado de segurança, correspondente ao art. 15 da atual Lei n. 12.016/2009. Também porque é difícil imaginar como um *particular* pode pleitear a suspensão da eficácia da decisão concessiva do *habeas data* diante de grave ofensa à ordem *pública* que a prestação, correção ou anotação de informações (quiza sigilosas) pode causar.

De outro lado, não se levou em conta que nada impediria à legislação mais recente que previsse *outro* modo de exercício do direito a ser resguardado pelo *habeas data*, considerando, justamente, sua *especificidade*. Não se ponderou, por exemplo, sobre a necessidade de eventual fase *probatória* para *corrigir* as informações, tendo presente que a Constituição, em seu art. 5º, LXXII, não exige, ao contrário do que faz o inciso LXIX do mesmo dispositivo para o mandado de segurança, *direito líquido e certo* para a impetração do *habeas data*.

Como quer que seja, a Lei n. 9.507/1997 é a que disciplina *também* o procedimento (jurisdicional) do *habeas data* a impor que sua interpretação conduza a um modelo que garanta a plena realização dos valores *materiais* tutelados desde a Constituição Federal.

Ainda há espaço para um último desdobramento. Nem sempre é claro o *exato* campo de aplicação do *habeas data*, confrontando-o com o mandado de segurança, quando se trata de obter, retificar ou anotar informações em poder de quem exerce *função pública*. Assim, enquanto não restar, em definitivo, apartadas pela doutrina e pela jurisprudência as hipóteses que reclamam uma ou outra medida, não é despropositado defender a conveniência de uma certa margem de *fungibilidade* entre estas duas modalidades de obtenção de tutela jurisdicional. Justifica-se esta medida não apenas para evitar a criação de *empecilho formal* à realização efetiva da tutela jurisdicional de direitos materiais constitucionalmente assegurados, mas, também, pela assumida e flagrante similaridade procedimental de cada um daqueles institutos. Trata-se de conclusão a que este *Curso* não poderia deixar de chegar elegendo, como conscientemente o faz, o “princípio da instrumentalidade das formas”, como um dos fundantes do “modelo *infraconstitucional* do direito processual civil” (v. n. 5 do Capítulo 2 da Parte IV do vol. 1).

4.1. Partes e objeto

A Lei n. 9.507/1997 nada dispõe a respeito de quem é o autor ou o réu do *habeas data*, vale dizer, aquele que formula o pedido de tutela jurisdicional e aquele em face de quem o pedido é formulado. Em suma, ela não aponta quem são as *partes* do processo.

Sistematicamente, é imediato o entendimento de que pode impetrar *habeas data* todo aquele que pretende tutelar os bens materiais descritos no art. 7º, I a III, da Lei n. 9.507/1997, inclusive pessoas jurídicas. Trata-se de legitimação *ordinária*, assim entendida aquela em que o interessado deve demandar em seu *próprio* nome para tutelar direito que afirma *seu*. Silente a lei, é vedada qualquer forma de substituição processual (art. 6º do Código de Processo Civil). Até porque a Constituição, em seu art. 5º, LXXII, *a*, fez menção à obtenção ou retificação de “informações relativas à pessoa do impetrante”.

Isto não significa negar, contudo, que herdeiros ou o cônjuge supérstite não tenham legitimidade para a impetração quando se tratar de causas relativas a transmissão de direitos *mortis causa*. Nesse sentido: STJ, 3ª Seção, HD 147/DF, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j.un. 12.12.2007, DJ 28.2.2008, p. 69. Ademais, o art. 5º da Lei n. 9.507/1997, que foi vetado pelo Presidente da República quando da promulgação da Lei, previa expressamente que a “pessoa interessada” deveria ser comunicada toda a vez que o depositário do registro ou banco de dados fornecesse informações a seu respeito solicitadas por seus “usuários” ou por “terceiros”. Não fosse o veto, haveria espaço para discutir se, por imposição sistemática e não obstante a rigidez que a doutrina interpreta o art. 6º do Código de Processo Civil, estes *usuários* e *terceiros* poderiam exigir a prestação, retificação ou anotação das informações também em juízo, por intermédio do *habeas data*.

E em face de quem o *habeas data* pode ser dirigido?

O *habeas data* pode ser dirigido contra quem detém a informação que se pretende obter, retificar ou anotar (art. 7º, I a III, da Lei n. 9.507/1997). Não interessa, para tal finalidade, a natureza da pessoa, se pública ou privada; apenas que detenha a informação. Até porque é a própria lei, na esteira do que reserva para a espécie o inciso LXXII do art. 5º da Constituição Federal, que tem como *público* o serviço de informações, independentemente da natureza jurídica de seu prestador. O caráter público do bem, pois, é reconhecido em função de seu objeto, não em razão da pessoa que o presta.

O ponto distintivo para a legitimidade passiva do *habeas data* é o da disponibilização da informação ao público. Sem que terceiros possam ter acesso às informações, é descabido falar-se em pertinência subjetiva para o *habeas data*.

A Lei n. 9.507/1997, em plena sintonia com o art. 5º, LXXII, da Constituição Federal, deixou bem clara a abrangência dos destinatários do *habeas data* seguindo, no particular, as orientações doutrinárias e jurisprudenciais existentes que se seguiram à promulgação da Carta de 1988. Inequívoco neste sentido e em estreita consonância com as considerações lançadas no texto o parágrafo único do art. 1º deste diploma legislativo, colocado em destaque pelo n. 2, *supra*.

Com efeito. Desde a promulgação da Constituição de 1988 grande polêmica instaurou-se em doutrina e em jurisprudência acerca do *cabimento* do *habeas data* contra os serviços de proteção ao crédito ou similares. A questão é interessante de ser enfrentada porque representa um verdadeiro amálgama de indagações sobre a *legitimidade* passiva do *habeas data* e seu *objeto*. Dependendo do que se entender por “registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público” referidos na alínea *a* do art. 5º, LXXII, da Constituição Federal, necessariamente caberá o *habeas data* contra quem os titularize ou manuseie.

A discussão é ainda mais interessante por ter o art. 43, § 4º, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990) declarado serem “entidades de caráter público” os bancos de dados e cadastros relativos a consumidores, os serviços de proteção ao crédito e congêneres.

Embora o art. 86 daquele Código, que previa a viabilidade do emprego do *habeas data* contra os SPC’s – “Art. 86. Aplica-se o *habeas data* à tutela dos direitos e interesses dos consumidores” –, tenha sido vetado pelo Presidente da República, não há como negar, à luz do sistema da Lei n. 9.507/1997 e, superiormente, diante da Constituição Federal, a pertinência daquela medida para tutelar *também estes dados*, até mesmo em função da natureza pública *expressamente* reconhecida a eles pelo precitado art. 43, § 4º. Até porque o art. 83 do Código do Consumidor admite a propositura de *qualquer* “ação” para tutelar (jurisdicionalmente) os direitos tutelados (materialmente) por aquele diploma legislativo.

O cabimento do *habeas data* para tutela *destes direitos materiais* tem, aliás, a grande virtude de evitar a discussão ocorrente no foro quanto ao *correto* ou *adequado* mecanismo para, desde logo, obter, retificar, excluir ou, simplesmente, anotar informações constantes dos bancos de dados destas instituições: se cautelar ou tutela antecipada. Evidentemente que a impetração do *habeas data* nestes casos pressupõe o atendimento de seus contornos legais, o mais importante de ser destacado a produção de prova pré-constituída já com a inicial nos termos do art. 8º da Lei n. 9.507/1997. Tratando de hipótese similar, o Tribunal de Justiça de São Paulo já teve oportunidade de admitir a impetração de *habeas data* contra o PROCON para exclusão de nome de fornecedor do cadastro a que se refere o art. 44 do Código do Consumidor. O pedido, contudo, foi julgado *improcedente*. É a

seguinte a ementa do julgado: “*Habeas data*. Objetivo: exclusão do nome da impetrante do rol de empresas com reclamações não atendidas junto ao PROCON. Inexistência de informação inverídica ou incorreta. Ação julgada improcedente. Recurso não provido” (TJSP, 3ª Câmara “janeiro/2000”, AC 101.556-5/SP, Rel. Des. José Cardinale, j.un. 9.5.00, em *JTJ* 234/92).

As considerações até aqui lançadas, no entanto, não resolvem outro problema que tradicionalmente atormenta o mandado de segurança e que a Lei n. 9.507/1997 não quis ou não soube enfrentar. O *réu* do *habeas data* é a autoridade coatora, isto é, a pessoa *física* que sonega informações, recusa-se a prestá-las, ratificá-las ou anotá-las, é a pessoa *jurídica* (a entidade) para a qual trabalha ou há litisconsórcio passivo (necessário) entre ambas?

À luz do que dispõe a Lei n. 9.507/1997, o entendimento que parece ser o mais correto é o de que o *réu* do *habeas data* é a *entidade* que detém as informações, sendo seus agentes meros *representantes* ou *presentantes* seus que, como tais, são despidos de legitimidade para agir em nome próprio. Nesse sentido: STJ, 1ª Turma, REsp 929.381/AL, rel. Min. Francisco Falcão, j.un. 4.10.2007, DJ 25.10.2007, p. 137.

A identificação da pessoa física que enseja a *necessária* impetração do *habeas data*, no entanto, é, tanto quanto para o “mandado de segurança”, essencial. Seja para definição da competência jurisdicional (v. n. 4.2, *infra*), seja para que a citação da pessoa jurídica efetive-se perante quem, *excepcionalmente*, possa representá-la em juízo (v. n. 4.4, *infra*).

4.2. Competência

A competência para conhecimento e julgamento do *habeas data* é bastante semelhante à definida para o mandado de segurança. Também ela é definida pelo *status* da “autoridade” que tem o dever de prestar, retificar ou complementar as informações. Do ponto de vista prático, faz-se mister consultar se existe, na Constituição, o chamado “foro por prerrogativa de função” para o *habeas data* quando dirigido a determinadas autoridades (v. n. 2 do Capítulo 2 da Parte I do vol. 2, tomo I). Se não houver, a competência será da Justiça Federal de primeira instância se se tratar de autoridade federal (art. 109, VIII; v. n. 3.2 do Capítulo 2 da Parte I do vol. 2, tomo I). Se negativas estas duas etapas, competente será a Justiça Estadual ou Distrital, consoante o caso (v. n. 3 do Capítulo 2 da Parte I do vol. 2, tomo I).

É a partir destas premissas que deve ser interpretado o art. 20, I, da Lei n. 9.507/1997:

“Art. 20. O julgamento do *habeas data* compete:

I – originariamente:

a) ao Supremo Tribunal Federal, contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal;

b) ao Superior Tribunal de Justiça, contra atos de Ministro de Estado ou do próprio Tribunal;

c) aos Tribunais Regionais Federais contra atos do próprio Tribunal ou de juiz federal;

d) a juiz federal, contra ato de autoridade federal, excetuados os casos de competência dos tribunais federais;

e) a tribunais estaduais, segundo o disposto na Constituição do Estado;

f) a juiz estadual, nos demais casos”.

O dispositivo é mais sistematização do que decorre da Constituição Federal do que, propriamente, inovação no ordenamento jurídico. Seu mérito, contudo, é aclarar as diferentes hipóteses de exercício de competência jurisdicional, sempre dependendo do *grau hierárquico* da “autoridade coatora”, que tem o *dever* de prestar, corrigir ou anotar as informações desejadas pelo interessado e que *representará* em juízo a entidade de que faz parte.

O art. 17 da Lei n. 9.507/1997 complementa o inciso I do art. 20 em comento quando acentua caber ao relator a instrução do processo quando a competência originária para processamento do *habeas data* for do Supremo Tribunal Federal ou dos demais Tribunais. Trata-se de dispositivo moldado a partir do art. 14 da então vigente Lei n. 1.533/1951, que corresponde ao atual art. 16 da Lei n. 12.016/2009 (v. n. 7 do Capítulo 1).

O inciso II do art. 20 da Lei n. 9.507/1997 cuida da competência jurisdicional do *habeas data* na fase recursal. Segundo o dispositivo, o julgamento do *habeas data*, em grau de recurso, compete:

“a) ao Supremo Tribunal Federal, quando a decisão denegatória for proferida em única instância pelos Tribunais Superiores;

b) ao Superior Tribunal de Justiça, quando a decisão for proferida em única instância pelos Tribunais Regionais Federais;

c) aos Tribunais Regionais Federais, quando a decisão for proferida por juiz federal;

d) aos Tribunais Estaduais e ao do Distrito Federal e Territórios, conforme dispuserem a respectiva Constituição e a lei que organizar a Justiça do Distrito Federal”.

A alínea “a” do dispositivo é mera repetição da competência do Supremo Tribunal Federal para apreciação do *recurso ordinário*, disciplinado pelos arts. 539, I, e 540 do Código de Processo Civil, tal qual prevista nos arts. 102, II, “a”, da Constituição Federal. A referência a Tribunais Superiores é ampla, independentemente do exercício da jurisdição civil. Isto é, também *habeas data* impetrados originariamente no Superior Tribunal de Justiça (art. 105, I, “b”, da Constituição Federal), e, eventualmente, no Tribunal Superior do Trabalho, no Tribunal Superior Eleitoral ou no Superior Tribunal Militar serão reapreciados, em grau de recurso *ordinário*, pelo Supremo Tribunal Federal.

A alínea “b” do dispositivo prevê a competência recursal do Superior Tribunal de Justiça para julgamento, quando denegatória a decisão, de *habeas data* impetrado originariamente nos Tribunais Regionais Federais (art. 20, I, “c”, da Lei n. 9.507/1997).

Um primeiro exame do dispositivo pode parecer que ele está regulando da competência do Superior Tribunal de Justiça para julgamento de *recurso ordinário*, à semelhança do que a alínea anterior faz com relação ao Supremo Tribunal Federal e do que se dá para o mandado de segurança. Ocorre que a Constituição Federal *não prevê* uma tal competência para o Superior Tribunal de Justiça, o que é suficiente para sustentar a *inconstitucionalidade* do dispositivo. Taxativa que é a competência constitucionalmente fixada para o Superior Tribunal de Justiça, não pode a lei alargá-la, embora o intuito tenha sido, claramente, o de realizar um *certo* paralelismo com o mandado de segurança que, de qualquer sorte, é incompleto, porque o dispositivo em comento não previu a competência recursal do Superior Tribunal de Justiça para julgamento de *habeas data* impetrado originariamente nos Tribunais dos Estados ou do Distrito Federal. No particular, a orientação adotada pelo inciso II do art. 539 do Código de

Processo Civil é correta e consentânea com a competência *constitucionalmente* traçada para o Superior Tribunal de Justiça.

Nestas condições, não se trata apenas de reconhecer na alínea “b” do art. 20 da Lei n. 9.507/1997 um recurso *inominado* a ser julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, como querem alguns. Trata-se, diferentemente, de reconhecer flagrante inconstitucionalidade no dispositivo porque pretende *alargar* competência taxativamente prevista na Constituição Federal para aquele Tribunal.

Assim, impetrado originariamente o *habeas data* perante os Tribunais Estaduais ou Regionais Federais (art. 20, I, “a”, “b”, “c” e “e”, da Lei n. 9.507/1997) – que funcionarão como órgãos de *primeiro grau de jurisdição*, o que é encarecido pelo art. 17 da mesma Lei –, da decisão *denegatória* ou *concessiva* só caberá, conforme o caso, recurso especial e/ou extraordinário para o Superior Tribunal de Justiça e para o Supremo Tribunal Federal, respectivamente. Precisamente porque *não cabe nenhum outro recurso* é que estes recursos têm pleno cabimento, atendidos os demais pressupostos dos arts. 105, III, e 102, III, da Constituição Federal, respectivamente (v. n. 2 do Capítulo 11 da Parte I do vol. 5).

As alíneas “c” e “d” do art. 20 da Lei n. 9.507/1997 não apresentam maiores dificuldades de interpretação. Os Tribunais Regionais Federais atuarão como órgãos de segundo grau de jurisdição quando se tratar de *habeas data* impetrado perante a justiça federal (art. 108, II, da Constituição Federal). O mesmo ocorre com os Tribunais dos Estados e do Distrito Federal, quando se tratar de *habeas data* impetrado perante a Justiça Estadual de primeira instância. O recurso, nestes casos, é o de apelação (v. n. 4.8, *infra*).

O inciso III do art. 20 da Lei n. 9.507/1997 prevê a competência do Supremo Tribunal Federal para apreciar o *habeas data* em sede de recurso extraordinário nos casos previstos na Constituição Federal, isto é, nos casos das alíneas do art. 102, III. Embora silente a Lei – o que é inexplicável – o Superior Tribunal de Justiça será competente para apreciação do *habeas data* nos casos de recurso especial, consoante sejam satisfeitos os pressupostos do art. 105, III, da Constituição Federal.

Aqui, ao contrário do que se dá com relação à hipótese da alínea “b” do inciso II do dispositivo, não se trata de *alargar* a competência do Superior

Tribunal de Justiça. Apenas e tão somente de fazer uma remissão que decorre do “modelo constitucional” e que não foi feita pela Lei.

4.3. Petição inicial

De acordo com o art. 8º da Lei n. 9.507/1997, a petição inicial do *habeas data* observará o disposto nos arts. 282 a 285 do Código de Processo Civil, devendo ser apresentada em duas vias, com os documentos que instruírem a primeira reproduzidos por cópia na segunda.

O dispositivo, inegavelmente influenciado pelo art. 6º da então vigente Lei n. 1.533/1951 (que corresponde ao art. 6º, *caput*, da Lei n. 12.016/2009), impõe a observância subsidiária do Código de Processo Civil para elaboração e regularização da petição inicial do *habeas data*. É dizer: além de a petição inicial atender aos diversos incisos do art. 282 do Código de Processo Civil deverá estar munida dos documentos tidos como indispensáveis à sua instrução (art. 283 do mesmo Código), que são os referidos pelo parágrafo único do dispositivo em comento.

Mais do que isto, entretanto. Indo, pelo menos do ponto de vista *literal*, além do que foi o art. 6º da então vigente Lei n. 1.533/1951, o art. 8º da Lei n. 9.507/1997 impõe serem observados, para o *habeas data*, os arts. 284 e 285 do Código de Processo Civil.

De acordo com o art. 284, compete ao magistrado, verificando qualquer irregularidade na petição inicial, determinar sua emenda no prazo de dez dias, indeferindo-a somente na inércia do autor (art. 284, parágrafo único).

A expressa remissão ao art. 285 do Código de Processo Civil é absorvida, em grande parte, pelo art. 9º da Lei n. 9.507/1997. O que difere fundamentalmente os dispositivos é que o art. 285 impõe que do mandado de citação do *réu* do *habeas data* conste advertência no sentido de que, não constatado o pedido, presumir-se-ão verdadeiros os fatos articulados pelo autor. Como o direito material veiculado pelo *habeas data* tende a ser disponível, a possibilidade de serem sentidos os *efeitos da revelia* decorreria, necessariamente, do sistema processual civil (art. 319 do Código de Processo Civil). De qualquer sorte, a remissão *expressa* feita pelo dispositivo em destaque tem o mérito de evidenciar a aplicação daquele sistema *também* para o *habeas data*, eliminando, assim, as ainda costumeiras discussões doutrinárias e jurisprudenciais quanto à aplicação

subsidiária do Código de Processo Civil em relação ao mandado de segurança.

Os “documentos indispensáveis” (art. 283 do Código de Processo Civil), que deverão acompanhar a petição inicial do *habeas data*, são os descritos no parágrafo único do art. 8º da Lei n. 9.507/1997. Segundo o dispositivo, a petição inicial deverá estar acompanhada da prova:

“I – da recusa ao acesso às informações ou do decurso de mais de 10 (dez) dias sem decisão;

II – da recusa em fazer-se a retificação ou do decurso de mais de 15 (quinze) dias, sem decisão; ou

III – da recusa em fazer-se a anotação a que se refere o § 2º do art. 4º ou do decurso de mais de 15 (quinze) dias sem decisão”.

A exigência legal quanto à regularidade da petição inicial confirma a orientação do n. 3, *supra*, quanto a dever ser *utilizada* e *otimizada* a fase pré-judicial do *habeas data*, deixando a formulação do pedido ao Estado-juiz reservada para aqueles casos em que frustrar-se a obtenção das informações ou sua retificação no plano material.

O art. 10 da Lei n. 9.507/1997, moldado a partir do art. 8º da então vigente Lei n. 1.533/1951, correspondente ao art. 10, *caput* e § 1º, da Lei n. 12.016/2009, prevê o indeferimento da petição inicial quando não for o caso de *habeas data*, ou quando lhe faltar algum dos requisitos previstos na lei, assinalando, seu parágrafo único, caber, do “despacho de indeferimento”, isto é, da *sentença* respectiva, recurso de *apelação*, repetindo, no particular, a orientação que consta do art. 15 da Lei n. 9.507/1997.

O dispositivo é inócuo e assistemático. Inócuo porque o sistema processual civil é necessariamente aplicável a todo e qualquer procedimento processual civil extravagante, como é o caso do *habeas data*. Assistemático porque, além de empregar expressões e termos fora de seu contexto *técnico* (referindo-se a “despacho” como “sentença”), esqueceu-se o dispositivo – mera reprodução de dispositivo legal que data de 1951 – de que o art. 8º da Lei n. 9.507/1997 já havia *expressamente* imposto a observância do art. 284 do Código de Processo Civil para a espécie. É dizer: quando a petição inicial do *habeas data* não apresentar-se regular, é *dever* do magistrado determinar sua emenda *antes* de sua rejeição. Portanto, o “desde logo” referido no art. 10 em análise só pode ser entendido a partir do art. 8º da

mesma Lei e do art. 284 do Código de Processo Civil, é dizer: desde que não haja como regularizar a petição inicial ou quando definitivamente não for caso de *habeas data* e for impossível qualquer espécie de emenda ou complementação da petição inicial.

Típico caso de determinação de *emenda* da inicial – ao invés da extinção liminar, pura e simples do *habeas data*, como quer a *letra* do art. 10 da Lei n. 9.507/1997 – é a falta de apresentação dos documentos exigidos pelos incisos do parágrafo único do art. 8º da mesma Lei, vale dizer, os documentos que demonstram a *necessidade* da impetração do *habeas data*. Até porque, mesmo que extinto o *habeas data* neste caso, é possível sua reapresentação, suprida a falha detectada anteriormente (art. 18 da Lei n. 9.507/1997). Assim, a *necessária* ou, quando menos, *desejável* determinação de emenda da inicial é providência salutar inclusive para fins de *economia* e *eficiência* da prestação jurisdicional (v. n. 15 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1).

As “duas vias” referidas pelo art. 8º, *caput*, devem ser entendidas como tantas vias quantas sejam as “autoridades apontadas como coatoras”, que é a melhor solução dada ao mandado de segurança, que tem igual dispositivo no art. 6º, *caput*, da Lei n. 12.016/2009 (v. n. 7 do Capítulo 1).

Não obstante o silêncio da Lei n. 9.507/1997, justificada, no particular, por ser norma jurídica *anterior*, é irrecusável a aplicação do art. 285-A do Código de Processo Civil para o *habeas data*, considerando a necessária subsidiariedade daquele Código à espécie.

4.4. Recebimento da inicial e peculiaridades procedimentais

O art. 9º da Lei n. 9.507/1997 também é influência direta do art. 7º, I, da então vigente Lei n. 1.533/1951, que corresponde ao art. 7º, I, da Lei n. 12.016/2009, o qual, na atualidade, disciplina o mandado de segurança. Segundo o dispositivo, “ao despachar a inicial, o juiz ordenará que se notifique o coator do conteúdo da petição, entregando-lhe a segunda via apresentada pelo impetrante, com as cópias dos documentos, a fim de que, no prazo de 10 (dez) dias, preste as informações que julgar necessárias”.

Esta “notificação” referida pelo artigo deve ser entendida como *citação*, isto é, como ato pelo qual o réu do *habeas data* passa a integrar o processo,

tendo o ônus de se defender. A *defesa* é tratada aqui, a exemplo do que se dá para o mandado de segurança, como *informações*. Não há espaço, no entanto, para deixar de entender que estas *informações* equivalem, para todos os fins, a verdadeira *contestação*, devendo nela serem arguidas as preliminares do art. 301 do Código de Processo Civil.

Dando aplicação plena ao art. 9º em comento, a *citação* faz-se na pessoa da “autoridade coatora”. Suficiente esta notificação, no entanto, para que a entidade de que ele faz parte – o verdadeiro réu do *habeas data* (v. n. 4.1, *supra*) – passe a integrar o processo. A “representação judicial” desta entidade, destarte, é feita pela “autoridade apontada como coatora”, excepcionando-se, para o *habeas data*, o sistema genérico do art. 12 do Código de Processo Civil. É esta a melhor interpretação a ser dada ao art. 9º da Lei n. 9.507/1997, orientação que, até o advento da Lei n. 12.016/2009, era, também, a preferível para o mandado de segurança (v. n. 5 do Capítulo 1).

Após a citação, o serventuário, perante cujo cartório tramita o processo, juntará aos autos cópia autêntica do ofício endereçado ao coator, bem como a prova da sua entrega a este ou da recusa de recebê-lo ou de dar recibo, consoante determina o art. 11 da Lei n. 9.507/1997.

Transcorrido o prazo para prestação das informações e independentemente de sua apresentação, os autos serão encaminhados ao Ministério Público para que ele se manifeste, na qualidade de *custos legis*, no prazo de cinco dias. É o que dispõe o art. 12. Após, preceitua o mesmo dispositivo, os autos serão conclusos para o proferimento da sentença, no prazo (impróprio) de cinco dias.

Em mandado de segurança muito se discute acerca da *necessidade* ou *desnecessidade* da oitiva do Ministério Público, como expõe o n. 10 do Capítulo 1. Importa destacar, contudo, que a atuação do Ministério Público na qualidade de fiscal da lei não pode ser óbice à tramitação expedita e célere do *habeas data*. Neste sentido, e tendo em vista a previsão expressa de prazo para a oitiva do Ministério Público, a melhor interpretação é aquela que entende *suficiente* que os autos sejam encaminhados para sua manifestação. Com ou sem ela, no entanto, desde que transcorrido o quinquídio reservado pela lei, os autos devem ser encaminhados para o magistrado proferir sentença sem prejuízo de, se for o caso, dar-se ciência

da falta de manifestação do Ministério Público. Trata-se da solução que mais corresponde aos cânones procedimentais do *habeas data*, nitidamente inspirados no mandado de segurança, como revela o art. 19 da Lei n. 9.507/1997 e que, no assunto aqui colocado em relevo, estão bem espelhados no art. 12 da Lei n. 12.016/2009, que dá a atual disciplina ao mandado de segurança.

O mencionado art. 19, inequivocamente inspirado no art. 17 da então vigente Lei n. 1.533/1951, hoje correspondente ao art. 20 da Lei n. 12.016/2009, prevê a prioridade do *habeas data* sobre todos os atos judiciais, à exceção do *habeas corpus* e do mandado de segurança. Também que, na instância superior, o *habeas data* deve ser levado a julgamento na primeira sessão que se seguir à data em que for distribuído e levado ao relator. O prazo de conclusão, dispõe o parágrafo único do dispositivo, não pode ser superior a vinte e quatro horas, a contar da distribuição.

A análise destes dispositivos da Lei n. 9.507/1997 revela, outrossim, que, no *habeas data*, não há espaço ou oportunidade para produção de quaisquer provas que não aquelas que dão embasamento à petição inicial (art. 8º da Lei n. 9.507/1997; v. n. 4.3, *supra*). Neste sentido e por inegável influência do mandado de segurança, a impetração do *habeas data* pressupõe a apresentação, já com a inicial, de prova pré-constituída (e é neste sentido – e somente neste – que não há mal nenhum em fazer referência à expressão “direito líquido e certo” para a hipótese), seja para a obtenção da informação, para sua retificação ou sua mera anotação. Sem que o impetrante possa, desde já, demonstrar a existência e os contornos precisos de seu direito, o caso *não é* de *habeas data* (art. 10, *caput*, da Lei n. 9.507/1997), possível, no entanto, que se busque tutela jurisdicional por outro meio que permita a produção das provas que se mostrem necessárias (art. 18 da Lei n. 9.507/1997).

Considerando que o art. 5º, LXXII, da Constituição Federal não exige *direito líquido e certo* para a impetração do *habeas data* – ao contrário do que o art. 5º, LXIX, reserva para o mandado de segurança –, esta sumarização procedimental que deriva da Lei n. 9.507/1997 pode, consoante a hipótese concreta, incidir em inconstitucionalidade porque *restritiva* da efetivação de garantia constitucional. Mormente nos casos de *retificação* de informações, é difícil supor que deva ou possa existir, sempre e em qualquer

caso, prova pré-constituída da inexatidão dos dados, desmerecendo-se, por questão meramente *formal*, o *habeas data* para atingimento da finalidade para a qual a Constituição Federal o criou.

O art. 21 da Lei n. 9.507/1997 traz, ainda, uma característica procedimental do *habeas data*. Disciplinando o art. 5º, LXXVII, da Constituição Federal, dispõe que “são gratuitos o procedimento administrativo para acesso a informações e retificação de dados e para anotação de justificação, bem como a ação de *habeas data*”.

Fundamental o dispositivo até mesmo para evitar que eventual ônus financeiro apresente-se como óbice ao exercício de direito e de garantia constitucionalmente previstos.

É correto o entendimento de que este dispositivo *também* afasta o cabimento da responsabilidade de qualquer das partes pelo pagamento de honorários de advogado em *habeas data*, a exemplo do que as Súmulas 512 do Supremo Tribunal Federal e 105 do Superior Tribunal de Justiça reservam para o mandado de segurança (v. n. 17 do Capítulo 1).

4.5. Medida liminar

A Lei n. 9.507/1997 nada dispõe acerca da possibilidade de ser concedida liminar em *habeas data*, diferindo, no particular, da então vigente Lei n. 1.533/1951, que a previa expressamente em seu art. 7º, II, similarmente ao que se lê do inciso III do art. 7º da Lei n. 12.016/2009.

A questão que se coloca é se o silêncio do diploma específico veda a aplicação do instituto, *analogicamente* ao que se dá com o mandado de segurança ou, quando menos, diante do “dever-poder geral de *cautela*” previsto no art. 798 do Código de Processo Civil (v. Capítulo 2 da Parte II do vol. 4) e, até mesmo, diante do “dever-poder geral de *antecipação*” de que trata o art. 273 do mesmo Código (v. n. 2 do Capítulo 1 da Parte I do vol. 4).

A resposta deve ser negativa: o silêncio da Lei n. 9.507/1997 não é óbice para, quando estiverem presentes os pressupostos respectivos, dar-se ampla aplicação ao proferimento de decisão para os fins destacados, a chamada “medida liminar”.

É pertinente, de qualquer sorte, questionar a razão do silêncio da Lei n. 9.507/1997 acerca desta peculiaridade procedimental.

Para enfrentar o tema, interessante destacar as razões pelas quais o Presidente da República justificou o veto lançado ao parágrafo único do art. 3º da Lei n. 9.507/1997, que vinha assim redigido: “Art. 3º (...) Parágrafo único. Ao requerente, a seu pedido, serão imediatamente fornecidas cópias xerográficas de documentos de seu interesse”. As razões de veto foram as seguintes:

“Afora o aspecto acima, o fornecimento imediato de cópias xerográficas (art. 3º, parágrafo único) e a comunicação à pessoa interessada quanto ao fornecimento de informações a seu respeito (art. 5º) são inviáveis e desproporcionais do ponto de vista prático e jurídico”.

Reflexão sobre essas sucintas razões de veto, transportadas para a omissão legislativa quanto à concessão de “medida liminar” no *habeas data*, conduz ao inescandível grau de *satisfatividade* – quiçá *irreversibilidade* – que eventual “medida liminar” poderia assumir no *habeas data*. Satisfatividade e irreversibilidade que, em uma visão tradicional do direito processual civil, sempre se apresentaram avessas à viabilidade do proferimento de decisões *preventivas*, *provisórias* e *antecipatórias*.

Com efeito, impetrado o *habeas data* e concedida medida liminar para que, desde logo, as informações que se pretende, com aquela medida, sejam prestadas, ou para que sejam procedidas as ratificações ou as anotações complementares nas informações constantes dos registros públicos, é inequívoco que a pretensão do impetrante restaria, por completo, *satisfeita*, ao menos do ponto de vista fático.

A constatação, no entanto, não pode significar óbice à concessão da “medida liminar” em *habeas data* quando estiverem presentes os pressupostos autorizadores de sua concessão, tais quais previstos genericamente pelo sistema processual civil. Trata-se de consequência decorrente do “modelo constitucional do direito processual civil” que, por isso mesmo, não pode ser afastada ou frustrada por nenhum diploma legislativo.

Até porque nada impede que as informações prestadas por força de *ordem* liminarmente concedida no *habeas data* venham identificadas como tais, dando-se destaque a seu caráter *provisório* e, portanto, menos estável do ponto de vista do direito processual civil (v. n. 5.2 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 4).

4.6. Sentença

A sentença que *concede* o *habeas data*, de acordo com o art. 13 da Lei n. 9.507/1997, deve designar data e horário para que o coator “I – apresente ao impetrante as informações a seu respeito, constantes de registros ou bancos de dados” ou “II – apresente em juízo a prova da retificação ou da anotação feita nos assentamentos do impetrante”.

Para tanto, o “coator” deverá ser comunicado imediatamente da *concessão* do *habeas data* na forma do art. 14 da Lei n. 9.507/1997, nitidamente inspirado no então vigente art. 11 da Lei n. 1.533/1951, que corresponde ao atual art. 13 da Lei n. 12.016/2009, que disciplina o mandado de segurança.

“Art. 14. A decisão será comunicada ao coator, por correio, com aviso de recebimento, ou por telegrama, radiograma ou telefonema, conforme o requerer o impetrante.

Parágrafo único. Os originais, no caso de transmissão telegráfica, radiofônica ou telefônica, deverão ser apresentados à agência expedidora, com a firma do juiz devidamente reconhecida.”

Não obstante o silêncio da lei de regência, é irrecusável, por aplicação subsidiária do Código de Processo Civil e da legislação processual civil extravagante, que as comunicações processuais mencionadas no dispositivo sejam realizadas por meios eletrônicos na forma como, genericamente, autorizam o parágrafo único e o § 2º do art. 154 do Código de Processo Civil.

Os efeitos da *concessão* do *writ* são *imediatos*. É o que decorre da interpretação do parágrafo único do art. 15 da Lei n. 9.507/1997 (v. n. 4.8, *infra*), que não empresta ao recurso de apelação efeito *suspensivo*.

A Lei n. 9.507/1997 nada dispõe acerca da viabilidade de ser aproveitado o procedimento de *habeas data* impetrado para *obtenção* de informações para sua eventual retificação ou anotação. Isto é: impetra-se *habeas data* para que informações sonegadas sejam apresentadas em juízo. Julgando o pedido procedente, o magistrado designa data e horário para que elas sejam apresentadas ou disponibilizadas ao impetrante (art. 13, I, da Lei n. 9.507/1997). Tendo acesso às informações, o impetrante verifica que elas estão erradas ou que é conveniente que seja feito apontamento *complementar*, de acordo com o que os incisos II e III do art. 7º da Lei n.

9.507/1997 permitem, respectivamente. É possível que o impetrante se valha do *mesmo* processo (já sentenciado) para alcançar estes desideratos ou terá que valer-se de um novo?

Antes da edição da Lei n. 9.507/1997, houve vozes no sentido de que o *habeas data* poderia (ou *deveria*) assumir um procedimento *bifásico*, a exemplo da “ação de prestação de contas”: uma primeira etapa do processo seria destinada à obtenção das informações e uma segunda, para sua retificação e/ou complementação.

A Lei n. 9.507/1997 não previu a hipótese. Ao mesmo tempo, a análise de seu art. 13 dá a entender que o *habeas data* deve ser impetrado para a *obtenção* das informações *ou* para sua *retificação ou complementação*, o que, evidentemente, pressupõe *prévio* conhecimento de seu conteúdo, administrativa ou judicialmente. Ninguém pode negar que esta é uma forma de interpretar a previsão separada de cada uma destas hipóteses nos dois incisos do dispositivo legal em referência.

Esta interpretação *literal* do dispositivo, no entanto, deve ser afastada. Ela se mostra desafinada com o estágio evolutivo da técnica processual civil, mormente quando analisada desde o “modelo constitucional”, máxime quando se trata de *direito e garantia* constitucional expresso como é o caso do *habeas data*. O próprio princípio da *economia e da eficiência processuais*, previsto no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal (v. n. 15 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1), recomenda o afastamento desta solução (*simplista, literal e mais morosa*) que conduz, sempre e invariavelmente, à *necessidade* da impetração de um *novo habeas data* para perseguir direito que decorre e pressupõe da procedência de um primeiro.

Nestas condições, não há como negar que o impetrante, uma vez tendo ciência das informações, com o acolhimento do seu pedido para tanto, poderá formular *novo* pedido relativo à sua retificação ou complementação, aproveitando-se da mesma base *procedimental* – e de sua documentação respectiva, os *autos* – até então desenvolvida. Sendo o caso, tão logo se dê a procedência do pedido, deve ser iniciada uma nova *etapa* do *habeas data* relativa à implementação das correções ou anotações pretendidas pelo impetrante. Essa possibilidade foi sugestivamente chamada por Eduardo Talamini (O processo de *habeas data*: breve exame, p. 94-95), com base na lição de Enrico Tullio Liebman, “conexão *sucessiva* de ações”.

É o caso, ademais, de acrescentar que a *cumulação* destes *pedidos* (e não, propriamente de “ações”; v. n. 5 do Capítulo 2 da Parte III do vol. 1), mesmo que sucessiva no tempo, isto é, no decorrer do processo, justifica-se porque eventual recurso da decisão concessiva do *habeas data* não tem o condão de *suspender* (ou melhor, *impedir*) o início da eficácia *imediata* da sentença. Eventual óbice ao acolhimento deste entendimento repousa, unicamente, na eventual *inexistência* de prova pré-constituída relativa à retificação ou à complementação pretendida pelo impetrante (v. n. 4.3, *supra*). Esta circunstância, no entanto, não pode afastar generalizadamente o cabimento e a pertinência da tese aqui sustentada.

É certo, contudo, que a 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça (HD 160/DF, rel. Min. Denise Arruda, j.un. 27.8.2008, DJe 22.9.2008) já teve oportunidade de recusar a tese exposta no texto, alegando justamente a ausência de prova pré-constituída, razão pela qual “... mostra-se inviável a pretensão de que, em um mesmo *habeas data*, se assegure o conhecimento de informações e se determine a sua retificação. É logicamente impossível que o impetrante tenha, no momento da propositura da ação, demonstrado a incorreção desses dados se nem ao menos sabia o seu teor”.

4.7. Coisa julgada

O art. 18 da Lei n. 9.507/1997 repete o art. 16 da então vigente Lei n. 1.533/1951, hoje correspondente aos arts. 6º, § 6º, e 19 da Lei n. 12.016/2009. De acordo com o dispositivo, “o pedido de *habeas data* poderá ser renovado se a decisão denegatória não lhe houver apreciado o mérito”.

Trata-se, a bem da verdade, de aplicação do entendimento calcado no sistema do Código de Processo Civil de que uma nova demanda só é vedada quando anteriormente tiver ocorrido julgamento de *mérito* em processo *idêntico* (arts. 301, §§ 1º e 3º, e 467 do Código de Processo Civil; v. n. 3 do Capítulo 2 da Parte V do vol. 2, tomo I). A Súmula 304 do Supremo Tribunal Federal já reservava a mesma orientação para o mandado de segurança, que acabou sendo consagrada pela mais recente Lei n. 12.016/2009 (v. n. 14 do Capítulo 1).

Vale destacar que a decisão que julga extinto o *habeas data* por questões exclusivamente processuais, relativas à necessidade de apresentação de

prova pré-constituída, por exemplo, são *terminativas*, sem mérito. Não são, portanto, empecilho à formação e desenvolvimento de um novo processo com vistas a perseguir o *mesmo* objeto (arts. 267 e 268 do Código de Processo Civil; v. n. 2 do Capítulo 2 da Parte V do vol. 2, tomo I). É suficiente que a falha ou a irregularidade apontada na primeira decisão sejam suprimidas no processo subsequente.

4.8. Recursos

O art. 15 da Lei n. 9.507/1997, fazendo eco ao então vigente art. 12 da Lei n. 1.533/1951, equivalente ao art. 14 da atual Lei n. 12.016/2009, prevê o cabimento da apelação da *sentença* que conceder ou negar o *habeas data*. É dizer: o recurso adequado para a decisão que julgar procedente ou improcedente o pedido é a apelação, regra que nada mais faz do que repetir a genérica do art. 513 do Código de Processo Civil. Mas não só a *sentença definitiva*, isto é, aquela que aprecia o *mérito* (art. 269 do Código de Processo Civil) é *apelável*. Também as sentenças *terminativas* (art. 267 do mesmo Código) são passíveis de contraste pelo mesmo recurso, não obstante o silêncio do art. 15 em exame.

O parágrafo único do art. 15 da Lei n. 9.507/1997 dispõe que o recurso interposto da decisão *concessiva* do *habeas data* tem efeito meramente devolutivo. Entendendo “efeito meramente *devolutivo*” como “ausência de efeito *suspensivo*”, na atécnica linha adotada pelo Código de Processo Civil (v. n. 3 do Capítulo 4 da Parte I do vol. 5), o dispositivo quer assinalar que a *concessão* do *habeas data* tem *eficácia imediata*, vale dizer, a produção dos efeitos da *concessão* do *habeas data*, que são os descritos no art. 13 da Lei n. 9.507/1997 (v. n. 4.6, *supra*), deve ser sentida imediata e prontamente, independentemente da interposição do recurso de apelação e antes mesmo da reapreciação da matéria pela superior instância.

A exemplo do que se dá para o art. 14 da Lei n. 12.016/2009 com relação ao mandado de segurança (v. n. 12 do Capítulo 1), vale sublinhar que o dispositivo cuida dos efeitos da apelação na hipótese de *concessão* do *habeas data*, isto é, de *procedência* (acolhimento) do pedido. Silencia-se quanto aos efeitos da apelação na hipótese inversa, de *denegação* da ordem, isto é, de *improcedência* (rejeição) do pedido. Neste caso, à falta de regra específica, o entendimento mais correto é o que defende a existência de

efeito suspensivo, decorrente do art. 520, *caput*, do Código de Processo Civil.

O tema pode parecer desnecessário de ser discutido, levando-se em conta os inegáveis efeitos declaratórios negativos de decisão *denegatória* do *habeas data*, mas é fundamental saber se a apelação tem efeito suspensivo quando houver *prévia* “medida liminar”. Justamente para verificar o *momento* em que se consuma sua cassação (sua *substituição*) com o proferimento da decisão fundada em cognição exauriente. Pelas mesmas razões expostas pelo n. 4.2.6 do Capítulo 6 da Parte I do vol. 5, a interpretação sustentada por este *Curso* é no sentido de que, malgrado a *denegação* do *habeas data*, o efeito suspensivo da apelação é causa suficiente de manutenção de seus efeitos até o julgamento do apelo pelo Tribunal competente. Até porque, diferentemente do que se dá na atualidade para o mandado de segurança, inexistente, para o *habeas data*, regra similar à do § 3º do art. 7º da Lei n. 12.016/2009, que insinua a existência de um “efeito *anexo*” à sentença *denegatória* do mandado de segurança consistente na revogação *imediate* de medida liminar anteriormente concedida (v. n. 12 do Capítulo 1).

Uma última indagação. A Lei n. 9.507/1997 refere-se, apenas, ao recurso de apelação, ao “pedido de suspensão” (v. n. 4.9, *infra*) e, no art. 20, II, prevê a competência recursal para apreciação do *habeas data* (v. n. 4.2, *supra*), embora nada disponha sobre quais recursos deverão ser julgados pelos Tribunais ali indicados. Nessas condições e à semelhança do que se dava relativamente ao mandado de segurança sob a égide da Lei n. 1.533/1951, há espaço para questionar com relação ao *habeas data* sobre o cabimento dos demais recursos previstos no Código de Processo Civil? O silêncio da lei extravagante, no particular, é significativo da não aplicação do sistema processual civil recursal?

As respostas a ambas as questões são negativas. A *necessária e subsidiária* aplicação do Código de Processo Civil não deve ser afastada de nenhuma lei extravagante, a não ser diante de texto *expresso* de lei ou, quando menos, como decorrência inarredável do *regime* jurídico do procedimento especial. Nenhuma destas circunstâncias ocorre com relação ao *habeas data* e à Lei n. 9.507/1997. Assim, o sistema recursal codificado

aplica-se integralmente para o *habeas data*, não obstante o precitado diploma legislativo não trazer expressa regra a respeito.

4.9. Pedido de suspensão

Para sustar a *imediata* eficácia da decisão *concessiva* do *habeas data*, mister que o *réu* do processo formule o “pedido de suspensão” previsto, de forma bastante lacônica, no art. 16 da Lei n. 9.507/1997:

“Art. 16. Quando o *habeas data* for concedido e o Presidente do Tribunal ao qual competir o conhecimento do recurso ordenar ao juiz a suspensão da execução da sentença, desse seu ato caberá agravo para o Tribunal a que presida”.

Aqui também a Lei n. 9.507/1997 limitou-se a *copiar* o art. 13 da então vigente Lei n. 1.533/1951, esquecendo-se ou desconsiderando que o instituto da suspensão já havia sido regulado pelo art. 4º da Lei n. 4.348/1964 para o mandado de segurança (correspondentes ao art. 15 da Lei n. 12.016/2009) e pelo art. 4º da Lei n. 8.437/1992 para as “ações cautelares” ajuizadas contra o Poder Público e, por força do art. 1º da Lei n. 9.494/1997, também para os pedidos de tutela antecipada formulados contra a Fazenda Pública. Mais: esqueceu-se o legislador de 1997 que o instituto da suspensão no âmbito dos Tribunais Superiores recebeu tratamento específico no art. 25 da Lei n. 8.038/1990, o mesmo ocorrendo para o pedido de suspensão no âmbito de ações civis públicas (art. 12, § 1º, da Lei n. 7.347/1985).

Desconsiderada a patente inconstitucionalidade do instituto e, a bem da verdade, seu descompasso com o sistema reformado do Código de Processo Civil que prevê outros mecanismos (jurídicos) para obtenção de efeito suspensivo a recurso dele despido, como é o caso da apelação de sentença *concessiva* do *habeas data* (v. n. 4.8, *supra*), o certo é que o *preenchimento* do art. 16 em análise deve se dar de acordo com as regras do art. 15 da Lei n. 12.016/2009, que se ocupa do instituto especificamente para o mandado de segurança (v. n. 13 do Capítulo 1).

Diante disto, não há como deixar de afirmar que as hipóteses de suspensão da decisão favorável ao impetrante do *habeas data* só podem ser aquelas mesmas já constantes do sistema jurídico, que, em última análise, são representativas de “danos potenciais à ordem pública”, aí incluída a ordem, a saúde, a segurança e a economia públicas. A crítica a esses

referenciais, até mesmo pela sua vaguidade semântica, é feita suficientemente pelo n. 8 do Capítulo 5 da Parte II do vol. 4.

Tem legitimidade para pleitear a suspensão a pessoa jurídica em face de quem o *habeas data* é impetrado. Mesmo para quem entender deve ser o *habeas data* impetrado em face de uma pessoa física (a “autoridade coatora”), legitimada para formular o pedido de suspensão será a entidade à qual a autoridade está vinculada. É a única interpretação que decorre do sistema que rege o instituto, dado o *vazio* do art. 16 em análise.

Há, portanto, uma sintonia entre os legitimados passivos para o *habeas data* (v. n. 4.1, *supra*) e as pessoas legitimadas para pleitear a suspensão da decisão desfavorável que venha a ser proferida. Assim, todo aquele que estiver legitimado passivamente para figurar no *habeas data* estará legitimado para pedir a suspensão dos efeitos da decisão concessiva perante o Presidente do Tribunal recursal competente.

O que importa, para incidência do art. 16 da Lei n. 9.507/1997, é que o destinatário do *habeas data* detenha as informações que se quer obter, retificar ou anotar (art. 7º, I a III, da Lei n. 9.507/1997). Se, por hipótese, tratar-se de componente da administração pública indireta estará legitimado para ingressar com o pedido de suspensão. Se, de outro lado, tratar-se de entidade particular, que detenha informações *públicas*, assim entendidas aquelas que possam ser cedidas a terceiros, estará não só legitimada para o *habeas data*, mas, também, legitimada a formular o pedido de suspensão a que se refere o art. 16.

Coisa bem diversa é a pesquisa de como as pessoas de direito privado, que podem ser alvo de *habeas data*, conseguirão demonstrar, *in concreto*, que a *injuridicidade* da decisão concessiva afeta a *ordem pública* a exigir, *por este fundamento*, sua suspensão. Nesta hipótese, eventuais danos à “ordem pública”, evidentemente, serão mais restritos, mas devem ser entendidos como as consequências não desejadas para a função exercida por aquela pessoa como *longa manus* do Estado. É dizer, os potenciais danos à ordem pública representam, embora por ficção jurídica, as consequências negativas que podem vir a repercutir na esfera jurídica que está sob a função exercida por aquela pessoa, ainda que regida pelo direito privado. O caráter *público* da informação que, por si só, justifica a pertinência do *habeas data*,

justifica, em igual medida, o pedido de suspensão a que se refere o art. 16 da Lei n. 9.507/1997.

Mesmo que se possa entender que estas pessoas de direito privado estão a exercer algum tipo de *delegação* de atividade ou de função pública, não há como deixar de evidenciar quão difícil ou remota é a possibilidade da prestação das informações, sua retificação ou anotação violar de forma tão grave o interesse público primário, único capaz de legitimar a suspensão nos moldes mal desenhados pelo art. 16 em análise.

Melhor que a utilização do mecanismo previsto no art. 16 da Lei n. 9.507/1997, até para evitar a patente *inconstitucionalidade* do instituto, inclusive quando analisado da perspectiva do “princípio da *isonomia*”, contudo, é o emprego do *sistema recursal* do Código de Processo Civil, otimizado e predisposto, mormente após as mais recentes reformas que tem atravessado aquele diploma legal, a *suspender* a eficácia de quaisquer decisões quando concorrerem os pressupostos típicos do exercício do “dever-poder geral de cautela” (v. Capítulo 2 da Parte II do vol. 4 e n. 3.2 do Capítulo 5 da Parte I do vol. 5).

A parte final do art. 16 da Lei n. 9.507/1997 estabelece que, do ato do Presidente do Tribunal que ordenar a suspensão da execução da sentença, “.. caberá agravo para o Tribunal a que presida”. Também aqui o legislador limitou-se a *copiar* o art. 13 da então vigente Lei n. 1.533/1951, não modificado pelo art. 4º da Lei n. 4.348/1964, ignorando que o art. 4º, § 3º, da Lei n. 8.437/1992 já previa o cabimento deste agravo, “agravo *interno*”, *também* na hipótese oposta, de *indeferimento* do pedido de suspensão, quando subsistem incólumes os efeitos imediatos da decisão *concessiva* do *habeas data*. E mais: a orientação outrora consolidada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (Súmula 506) e a do Superior Tribunal de Justiça (Súmula 217) não mais prevalecem, tendo aquelas duas Cortes passado a admitir o cabimento do agravo *interno* mesmo nos casos de *indeferimento* da suspensão pelo Presidente do Tribunal (v. n. 8 do Capítulo 5 da Parte II do vol. 4).

Como quer que seja, porque a lei, *neste ponto*, é expressa, é incabível o agravo *interno* da decisão que *indefere* o pedido de suspensão. A opção legislativa, embora possa mostrar-se em dissonância com as opções mais recentes tomadas pelo *legislador* processual civil, afina-se ao “modelo

constitucional do direito processual civil”, que favorece não só a *concessão* do *habeas data*, mas, também, a fruição *imediata* daquela decisão. É o que, à luz do art. 15, *caput*, da Lei n. 12.016/2009, é plenamente sustentável, tendo presente o mandado de segurança (v. n. 13 do Capítulo 1).

Silente a lei, o agravo deve ser interposto no prazo de *cinco* dias, reservado genericamente pelo art. 4º, § 3º, da Lei n. 8.437/1992 para a espécie. Ademais, o prazo de *cinco* dias é o que mais bem se afina ao “agravo interno”, recurso que busca o contraste colegiado das decisões proferidas monocraticamente no âmbito dos Tribunais (v. n. 5 do Capítulo 7 da Parte I do vol. 5). O art. 15, *caput*, da Lei n. 12.016/2009, modificando a regra constante do *caput* do art. 4º da Lei n. 4.348/1964, expressamente revogada, também reserva, para a hipótese, o prazo de *cinco* dias. Há julgados do STJ (STJ, 2ª Turma, REsp 1.331.730/RS, rel. Min. Herman Benjamin, j.un. 7.5.2013, DJe 23.5.2013) e do STF (Pleno, SS-AgR-segundo 3.740/PR, rel. Min. Cezar Peluso, j.m.v. 29.3.2012, DJe 2.5.2012 e Pleno, STA-AgR-AgR 71/GO, rel. Min. Cezar Peluso, j.m.v. 29.3.2012, DJe 30.4.2012) negando a aplicação, à hipótese, do disposto no art. 188 do Código de Processo Civil, não admitindo, pois, o cômputo em dobro do prazo recursal previsto no precitado dispositivo legal.

CAPÍTULO 3

Mandado de injunção

1. CONSIDERAÇÕES GERAIS

O “mandado de injunção” é criação do art. 5º, LXXI, da Constituição Federal de 1988 nos seguintes termos:

“Art. 5º (...) LXXI – conceder-se-á mandado de injunção 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”.

Trata-se de importante “procedimento constitucionalmente diferenciado” apto a obter, do Poder Judiciário, norma jurídica sem a qual se frustram direitos e liberdades constitucionais asseguradas, além de prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

O “mandado de injunção” desempenha, assim, papel fundamental para solucionar os problemas derivados da *mora* legislativa ou, mais amplamente, normativa. É o caso de supor, por exemplo, o art. 37, VII, da Constituição Federal, ao prever, em prol dos servidores públicos, que “o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica”. Aquele específico direito está, não há dúvidas, constitucionalmente assegurado. No entanto, sem lei que o discipline, que estabeleça os *termos* e os *limites* de seu *exercício*, o direito não pode ser fruído diretamente por seu titular. O “mandado de injunção” tem o condão de viabilizar a criação de uma norma jurídica *individual*, que viabilize aquele exercício, pelo menos enquanto a autoridade responsável pela regulamentação daquele dispositivo constitucional – no caso, o Congresso Nacional – não desempenha o seu papel. O Supremo Tribunal Federal, quando chamado a resolver especificamente a questão, decidiu que, enquanto não é editada lei específica para a hipótese, deve prevalecer, para o funcionalismo público, a mesma disciplina legal que regula o direito de

greve dos trabalhadores do setor privado, as Leis n. 7.701/1988 e 7.783/1989. É o que foi decidido, pelo Plenário daquela Corte, no julgamento do MI 670/DF e do MI 708/DF, relatados pelo Ministro Gilmar Mendes, e no julgamento do MI 712/DF, relatado pelo Ministro Eros Grau, todos julgados, por maioria de votos, em 25.10.2007 e publicados no DJe de 30.10.2008.

2. OBJETO

No início da vigência da Constituição Federal de 1988, muito se debateu sobre o alcance do “mandado de injunção”, sobretudo se ele poderia realmente *criar* a norma jurídica faltante para viabilizar o exercício do direito constitucional tal qual assegurado. Chegou a predominar, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, entendimento *restritivo* e que acabou por equiparar o “mandado de injunção” à “ação direta de inconstitucionalidade por omissão”, pelo menos no sentido de que não cabia àquele Tribunal, no “mandado de injunção”, criar condições concretas de *exercício* do direito carente de regulamentação inconstitucional, limitando-se a reconhecer a *mora* do órgão competente para a elaboração da norma jurídica. O principal julgado, verdadeiro *leading case* dessa época, é a Questão de Ordem no MI 107/DF, enfrentada pelo Plenário daquele Tribunal, sob a relatoria do Ministro Moreira Alves, julgada, por unanimidade de votos, em 23.11.1989, e publicada no DJ de 21.9.1990, p. 9782.

No MI 283/DF, o Plenário do mesmo Tribunal, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j.un. 20.3.1991, DJ 14.11.1991, p. 16355, chegou a entender que, não purgada a mora congressual em editar a lei determinada pelo art. 8º, § 3º, do ADCT, no prazo então assinalado, caberia ao “... impetrante a faculdade de obter, contra a União, pela via processual adequada, sentença líquida de condenação a reparação constitucional devida, pelas perdas e danos que se arbitrem” e, mais, “declarar que, prolatada a condenação, a superveniência de lei não prejudicaria a coisa julgada, que, entretanto, não impediria o impetrante de obter os benefícios da lei posterior, nos pontos em que lhe for mais favorável”.

Ambas as decisões são, com o devido respeito, insatisfatórias do ponto de vista do “modelo constitucional”. O “mandado de injunção”, quando analisado a partir do disposto no precitado inciso LXXI do art. 5º da

Constituição Federal, é, clara e inequivocamente, voltado a perseguir o que o n. 8.1.2.1 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1 chamou de “*tutela específica*”. Tutela específica consistente na obtenção dos meios normativos suficientes para o exercício de um direito constitucionalmente assegurado. Mesmo que garantida, como se decidiu no MI 283/DF acima destacado, a trilha para que o particular busque a “*tutela reparatória*”, equivalente à lesão de direito seu, é importante observar que o “*mandado de injunção*”, em si mesmo considerado, acabou por se mostrar inócuo. Ele deixou de desempenhar o papel que a Constituição Federal lhe reservou.

À luz do quanto destacado pelo parágrafo anterior, importa dar destaque ao entendimento que, mais recentemente, tem prevalecido no âmbito do Supremo Tribunal Federal, para admitir que a concessão do mandado de injunção crie, de imediato, condições de *exercício* do direito constitucionalmente assegurado. Esta modificação da jurisprudência daquele Tribunal é bem equacionada pelo Ministro Gilmar Mendes nos termos seguintes:

“Mandado de injunção. Garantia fundamental (CF, art. 5º, inciso LXXI). Direito de greve dos servidores públicos civis (CF, art. 37, inciso VII). Evolução do tema na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF). Definição dos parâmetros de competência constitucional para apreciação no âmbito da Justiça Federal e da Justiça Estadual até a edição da legislação específica pertinente, nos termos do art. 37, VII, da CF. Em observância aos ditames da segurança jurídica e à evolução jurisprudencial na interpretação da omissão legislativa sobre o direito de greve dos servidores públicos civis, fixação do prazo de 60 (sessenta) dias para que o Congresso Nacional legisle sobre a matéria. Mandado de injunção deferido para determinar a aplicação das leis ns. 7.701/1988 e 7.783/1989. 1. Sinais de evolução da garantia fundamental do mandado de injunção na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF). 1.1. No julgamento do MI no 107/DF, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 21.9.1990, o Plenário do STF consolidou entendimento que conferiu ao mandado de injunção os seguintes elementos operacionais: i) os direitos constitucionalmente garantidos por meio de mandado de injunção apresentam-se como direitos à expedição de um ato normativo, os quais, via de regra, não poderiam ser diretamente satisfeitos por meio de provimento jurisdicional do STF; ii) a decisão judicial que declara a existência de uma

omissão inconstitucional constata, igualmente, a mora do órgão ou poder legiferante, insta-o a editar a norma requerida; iii) a omissão inconstitucional tanto pode referir-se a uma omissão total do legislador quanto a uma omissão parcial; iv) a decisão proferida em sede do controle abstrato de normas acerca da existência, ou não, de omissão é dotada de eficácia *erga omnes*, e não apresenta diferença significativa em relação a atos decisórios proferidos no contexto de mandado de injunção; iv) o STF possui competência constitucional para, na ação de mandado de injunção, determinar a suspensão de processos administrativos ou judiciais, com o intuito de assegurar ao interessado a possibilidade de ser contemplado por norma mais benéfica, ou que lhe assegure o direito constitucional invocado; v) por fim, esse plexo de poderes institucionais legitima que o STF determine a edição de outras medidas que garantam a posição do impetrante até a oportuna expedição de normas pelo legislador. 1.2. Apesar dos avanços proporcionados por essa construção jurisprudencial inicial, o STF flexibilizou a interpretação constitucional primeiramente fixada para conferir uma compreensão mais abrangente à garantia fundamental do mandado de injunção. A partir de uma série de precedentes, o Tribunal passou a admitir soluções ‘normativas’ para a decisão judicial como alternativa legítima de tornar a proteção judicial efetiva (CF, art. 5º, XXXV). Precedentes: MI n. 283, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 14.11.1991; MI n. 232/RJ, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 27.3.1992; MI n. 284, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. para o acórdão Min. Celso de Mello, DJ 26.6.1992; MI n. 543/DF, Rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 24.5.2002; MI n. 679/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 17.12.2002; e MI n. 562/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 20.6.2003...” (STF, Pleno, MI 670/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, j.m.v. 25.10.2007, DJe 31.10.2008).

Sobre o papel que o Supremo Tribunal Federal, na atualidade, entende deve ser cumprido pelo mandado de injunção é bastante significativa a ementa do acórdão proferido no MI 758/DF, pelo Plenário daquele Tribunal, rel. Min. Marco Aurélio, j.un. 1.7.2008, DJe 25.9.2008:

“Mandado de injunção – Natureza. Conforme disposto no inciso LXXI do artigo 5º da Constituição Federal, conceder-se-á mandado de injunção quando necessário ao exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Há

ação mandamental e não simplesmente declaratória de omissão. A carga de declaração não é objeto da impetração, mas premissa da ordem a ser formalizada.

Mandado de injunção – Decisão – Balizas. Tratando-se de processo subjetivo, a decisão possui eficácia considerada a relação jurídica nele revelada.

Aposentadoria – Trabalho em condições especiais – Prejuízo à saúde do servidor – Inexistência de lei complementar – Artigo 40, § 4º, da Constituição Federal. Inexistente a disciplina específica da aposentadoria especial do servidor, impõe-se a adoção, via pronunciamento judicial, daquela própria aos trabalhadores em geral – artigo 57, § 1º, da Lei n. 8.213/91”.

Assim, é correto dizer que o “mandado de injunção”, diferentemente do que se dá para a “ação direta de inconstitucionalidade por omissão”, não se limita a reconhecer o estado de *mora* do Legislativo ou, mais amplamente, do Poder Público quanto à ausência de norma jurídica que acabe por inviabilizar o exercício de um direito assegurado pela Constituição Federal. A concessão do “mandado de injunção” tem como finalidade *também* a criação da norma jurídica faltante viabilizando, por isso mesmo, o exercício, de pronto, do direito reclamado.

Bem entendida a finalidade do mandado de injunção, não há como deixar de descartar a pertinência de sua utilização em hipóteses em que se pretende manifestar eventual descontentamento com a forma pela qual um determinado direito foi regulamentado ou, ainda, pretender corrigir norma jurídica que regulamente mal ou deficientemente um direito constitucionalmente assegurado. O mecanismo de acesso ao Judiciário aqui analisado pretende criar condições de *implementação* de um direito carente de concretização e não de corrigir eventual regulamentação já existente.

Nesse sentido já teve oportunidade de se manifestar o Plenário do Supremo Tribunal Federal (AgRg-MI 751/DF, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j.un. 11.10.2007, DJe 8.11.2007) e, da mesma forma, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, em decisão assim ementada: “Mandado de injunção. Atletas profissionais de futebol. Alegada ausência de norma regulamentadora da atividade relacionada à saúde, mormente a exposição ao calor intenso. Improcedência. Existência de leis próprias e

norma reguladora geral. Mero descontentamento ou insatisfação com a normatização. Descabimento da via eleita. Falta de pressuposto específico do *mandamus*. 1. Há norma legal vigente que impõe às entidades responsáveis pela administração do esporte profissional a observância de cuidados médicos e clínicos, conjugados com o oferecimento de condições necessárias à participação dos atletas nas competições. Inteligência do art. 1º, § 1º, c.c. o art. 34, incisos II e III, ambos da Lei n. 9.615/98 (Lei Pelé). 2. O Anexo 3 da Norma Regulamentadora n. 15 – Limites de Tolerância para Exposição ao Calor, aprovada pela Portaria Mtb n. 3.214, de 1978 – já disciplina o tema para os trabalhadores em geral. 3. Não há falar, pois, em ausência de norma, mas de descontentamento da Federação Impetrante com as que existem, o que não enseja a abertura da presente via, porque não está inviabilizado o exercício do direito arguido. 4. Mandado de Injunção julgado extinto, sem resolução de mérito” (STJ, CE, MI 206/DF, rel. Min. Laurita Vaz, j.un. 6.5.2009, DJe 18.5.2009).

Se, durante o processo, a norma reguladora que se pretende obter acaba por ser editada pelo Poder competente, a hipótese é de *perda* do objeto do “mandado de injunção”. Nesse sentido: STF, Pleno, MI-AgR 634/DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j.un. 26.10.2005, DJ 25.11.2005, p. 6, e STJ, CE, MI 36/DF, rel. Min. José de Jesus Filho, j.un. 10.5.1990, DJ 1.10.1990, p. 10425).

3. COMPETÊNCIA

A exemplo do mandado de segurança (v. n. 6 do Capítulo 1), a competência para processamento e julgamento do “mandado de injunção” varia de acordo com o *status* da autoridade responsável pela elaboração da norma jurídica que impede ou obstaculiza o exercício de um direito constitucionalmente assegurado. É o que o Plenário do Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de decidir no julgamento do MI-QO 176/PE, rel. p./acórdão Marco Aurélio, j.m.v. 9.4.1992, DJ 14.8.1992, p. 12223.

Assim, de acordo com o art. 102, I, “q”, da Constituição Federal, compete *originariamente* ao Supremo Tribunal Federal julgar o “mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas

Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal”.

Ao Superior Tribunal de Justiça, em consonância com o art. 105, I, “h”, da Constituição Federal, compete o julgamento do “mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal”. Se, por hipótese, a norma que se reputa faltante é da alçada de *autarquia federal*, a competência para processamento do “mandado de injunção” é da justiça federal. Nesse sentido: STF, Pleno, MI-QO 571/SP, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j.un. 8.10.1998, DJ 20.11.1998, p. 5.

4. PROCEDIMENTO

Não há, por mais paradoxal que possa parecer, nenhuma lei que regulamente o *procedimento* do “mandado de injunção”.

O que existe é o disposto no parágrafo único do art. 24 da Lei n. 8.038/1990, que impõe a observância da legislação relativa ao “mandado de segurança” para a hipótese. É a solução que, também para o *habeas data*, prevaleceu até o advento da Lei n. 9.507/1997, como expõe o n. 1 do Capítulo 2. Mesmo antes do advento daquela lei, contudo, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da já mencionada Questão de Ordem no MI 107/DF, já havia decidido pela aplicação analógica do procedimento do “mandado de segurança” ao “mandado de injunção”.

A incidência da disciplina do *procedimento* reservado ao “mandado de segurança” dá ensejo aos seguintes destaques:

O mandado de injunção pressupõe a apresentação de “direito líquido e certo”, isto é, a comprovação, já com a petição inicial, de documentação que dê fundamento à sua pretensão. Se o documento que se considere indispensável à impetração estiver em mãos da “autoridade coatora”, é de aplicar o disposto no § 1º do art. 6º da Lei n. 12.016/2009, determinando que, no *mesmo* processo, os documentos sejam exibidos ao impetrante (v. n. 7 do Capítulo 1).

É possível a concessão de “medida liminar” sempre que houver “fundamento relevante” e “perigo de ineficácia da medida”, observando-se o

que, a respeito do art. 7º, III, da Lei n. 12.016/2009, expõe o n. 9.1 do Capítulo 1. Na Questão de Ordem do MI 107/DF, decidiu-se, a respeito, ser viável “a suspensão dos processos judiciais ou administrativos de que possa advir para o impetrante dano que não ocorreria se não houvesse a omissão inconstitucional”.

O impetrante do “mandado de injunção”, isto é, seu *impetrante*, seu *autor*, é a pessoa, física ou jurídica, que afirmar lesão ou ameaça a direito decorrente da lacuna ou vácuo normativo que lhe impede o exercício de um direito constitucionalmente assegurado nos moldes do art. 5º, LXXI, da Constituição Federal.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de reconhecer o cabimento do “mandado de injunção” *coletivamente*, isto é, impetrado pelas entidades a que se refere o art. 5º, LXX, da Constituição Federal, que disciplina o “mandado de segurança *coletivo*”. Para tanto, as mesmas observações feitas pelos ns. 2 e 3 do Capítulo 3 da Parte II para os partidos políticos e para as organizações sindicais e entidades de classe têm pertinência para cá. Nesse sentido, dentre vários outros: MI 712/PA, rel. Min. Eros Grau, j.m.v. 25.10.2007, DJe 31.10.2008; MI 278/MG, rel. p./acórdão Min. Ellen Gracie, j.m.v. 3.10.2001, DJ 14.12.2001, p. 28 e MI 102/PE, rel. p./acórdão Min. Carlos Velloso, j.m.v. 12.2.1998, DJ 25.10.2002, p. 25.

A autoridade indicada como responsável pela edição da norma jurídica faltante será notificada para, em dez dias, prestar suas “informações”, sem prejuízo de a pessoa jurídica de direito público também ser *citada*, por intermédio de seus advogados, para contestar o pedido. Correto, a propósito, o entendimento de que “somente pessoas estatais podem figurar no polo passivo da relação processual instaurada com a impetração do mandado de injunção, eis que apenas a elas é imputável o dever jurídico de emanção de provimentos normativos”, o que, por si só, “inviabiliza, em função de seu próprio objeto, a formação de litisconsórcio passivo, necessário ou facultativo, entre particulares e entes estatais” (STF, Pleno, MI-AgR 335/DF, rel. Min. Celso de Mello, j.un. (quanto à preliminar) 9.8.1991, DJ 17.6.1994, p. 15720).

O Ministério Público deverá intervir no processo na qualidade de fiscal da lei, a exemplo do que, nos termos do art. 12 da Lei n. 12.016/2009,

reserva-se para o mandado de segurança, função que se apresenta em plena consonância com as funções institucionais daquele órgão (v. n. 10 do Capítulo 1).

A execução ou, mais amplamente, o *cumprimento* da decisão concessiva a ser proferida no âmbito do “mandado de injunção” não oferece nenhuma peculiaridade. A exemplo do que se extrai do art. 13 da Lei n. 12.016/2009, deverá haver, da decisão *favorável* ao impetrante, a comunicação referida por aquele dispositivo para dar ciência à autoridade responsável pela edição do ato, que deve praticá-lo no prazo assinalado. Eventuais mecanismos *coercitivos* a serem empregados para que a decisão seja acatada são aqueles extraíveis do art. 461 do Código de Processo Civil, sem prejuízo da responsabilização pessoal do agente, na forma como expõe o n. 15 do Capítulo 1.

Não cabem honorários de advogado consoante a clássica orientação das Súmulas 512 do Supremo Tribunal Federal e 105 do Superior Tribunal de Justiça, expressamente albergada pelo art. 25 da Lei n. 12.016/2009.

Pelas mesmas razões expostas pelo n. 17 do Capítulo 1, não devem incidir custas ou despesas processuais no processo do mandado de injunção. O *status* de “ato necessário ao exercício da cidadania” ao “mandado de injunção” nos precisos termos do art. 5º, LXXVII, da Constituição Federal, é inquestionável. Mesmo que aquele dispositivo imponha que a fruição daquele direito se dê “na forma da lei”, não há razão para recusar que *este* pedido pode *também* ser veiculado, verdadeiramente cumulado, no mesmo “mandado de injunção”, ao menos quando ele for impetrado originariamente no Supremo Tribunal Federal.

Não só porque não há qualquer lei que o regulamente, mas, também – e principalmente –, porque eventual previsão seria de discutível constitucionalidade, não há qualquer prazo, decadencial ou prescricional, para a impetração do “mandado de injunção”. Não há, no particular, como entender incidente, por analogia, o prazo a que se refere o art. 23 da Lei n. 12.016/2009.

5. COISA JULGADA

Os limites *objetivos* da coisa julgada (material) da decisão a ser proferida no “mandado de injunção” não oferece nenhuma peculiaridade

digna de destaque. A decisão, sendo de mérito, transita em julgado e inviabiliza a renovação do *mesmo* processo entre as mesmas partes, com a mesma causa de pedir e com o mesmo objeto (STF, Pleno, MI 507/SP, rel. Min. Néri da Silveira, j.un. 26.5.1997, DJ 6.4.2001, p. 69, e STF, Pleno, MI 516/SP, rel. Min. Moreira Alves, j.un. 24.4.1997, DJ 6.6.1997, p. 24871). Suficientes, portanto, as considerações que ocupam o n. 4 do Capítulo 2 da Parte V do vol. 2, tomo I.

No que tange aos limites *subjetivos* da coisa julgada (v. n. 5 do Capítulo 2 da Parte V do vol. 2, tomo I) a se formar na decisão que aprecia o “mérito” do “mandado de injunção”, o melhor entendimento é o de que, à falta de lei regulamentadora, seja aplicado o regime do Código de Processo Civil ou do Código do Consumidor (v. n. 7 do Capítulo 2 da Parte II), em se tratando, respectivamente, de mandado de injunção *individual* ou *coletivo*.

Não obstante a conclusão exposta pelo parágrafo anterior, importa dar destaque ao pensamento de José Ignácio Botelho de Mesquita, que foi referido pelo Min. Eros Grau, na decisão monocrática que proferiu no MI 755/DF, j. 12.5.2009, DJe 19.5.2009. De acordo com o prestigiado Professor Titular de Direito Processual Civil da Universidade de São Paulo:

“Fixados estes limites desponta o problema da compreensão da hipótese da norma que será supletivamente formulada pelo tribunal. Deverá ela regular apenas o caso concreto submetido ao tribunal, ou abranger a totalidade dos casos constituídos pelos mesmos elementos objetivos, embora entre sujeitos diferentes? Dentre essas alternativas, é de se optar pela última, posto que atividade normativa é dominada pelo princípio da isonomia, que exclui a possibilidade de se criarem tantas normas regulamentadoras diferentes quantos sejam os casos concretos submetidos ao mesmo preceito constitucional. Também aqui é preciso ter presente que não cumpre ao tribunal remover um obstáculo que só diga respeito ao caso concreto, mas a todos os casos constituídos pelos mesmos elementos objetivos”.

Os “limites *temporais*” da coisa julgada (v. n. 6 do Capítulo 2 da Parte V do vol. 2, tomo I), por seu turno, devem observar a eventual regulamentação do direito constitucionalmente assegurado e que rendeu ensejo à impetração do “mandado de injunção”. Assim, julgado *procedente* o pedido e criadas condições de exercício do direito constitucionalmente assegurado, a superveniência de lei específica sobre o assunto deve se impor para reger a

mesma situação jurídica. Eventuais questionamentos daí derivados devem conduzir o interessado a buscar tutela jurisdicional sobre os direitos materiais que afirme possuir pelos meios apropriados.

6. RECURSOS

O art. 102, II, “a”, da Constituição Federal prevê a competência do Supremo Tribunal Federal para o julgamento do “recurso *ordinário*” quando for *denegatório* o acórdão do “mandado de injunção” impetrado originariamente nos Tribunais Superiores, dentre eles o Superior Tribunal de Justiça (art. 105, I, “h”, da Constituição Federal; v. n. 3, *supra*). A regra é repetida, no plano infraconstitucional, pelo art. 539, I, do Código de Processo Civil (v. n. 2.1 do Capítulo 10 da Parte I do vol. 5).

“Acórdão *denegatório*” deve ser entendido, similarmente ao que se dá para o “mandado de segurança”, de forma ampliativa, como o acórdão *contrário* à pretensão do impetrante, o *autor* do “mandado de injunção”. Indiferente que a rejeição de seu pedido tenha se dado por questões de ordem processual ou do ponto de vista material, isto é: é decisão denegatória para fins de *cabimento* do “recurso *ordinário*” o acórdão que deixa de acolher o pedido de tutela jurisdicional elaborado pelo impetrante por questões de ordem processual (falta de condições da ação ou de pressupostos processuais, por exemplo) ou por questões de ordem material (falta de vácuo ou mora legislativa a autorizar o acolhimento do pedido).

A disciplina do “recurso *ordinário*” não apresenta nenhuma peculiaridade, pelo que são suficientes as considerações que o n. 4 do Capítulo 10 da Parte I do vol. 5 faz a seu respeito.

Quando a impetração do “mandado de injunção” justificar-se perante as demais esferas do Poder Judiciário, o sistema recursal tal qual decorrente do “modelo constitucional” e do Código de Processo Civil, aplicado subsidiariamente com a Lei n. 12.016/2009, deve ser aplicado sem quaisquer ressalvas. Importa destacar, contudo, que eventual acórdão denegatório de mandado de injunção impetrado originariamente perante Tribunal Regional Federal ou Tribunal de Justiça não desafia seu contraste por recurso *ordinário* perante o Superior Tribunal de Justiça. Como o art. 105, II, da Constituição Federal é silente a este respeito, a hipótese é de apresentação de recurso extraordinário e/ou recurso especial, consoante o

caso (STJ, 5ª Turma, Pet 983/SP, rel. Min. Edson Vidigal, j.un. 1.9.1998, DJ 21.9.1998, p. 215, e STJ, 2ª Turma, Pet 192/SP, rel. Min. Helio Mosimann, j.un. 25.5.1994, DJ 20.6.1994, p. 16072). Por sua vez, o recurso ordinário julgado pelo Supremo Tribunal Federal, nos moldes do art. 102, II, “a”, da Constituição Federal, pressupõe que a decisão *denegatória* tenha sido proferida por Tribunal *Superior*.

Por fim, cabe o destaque de que, no âmbito da Justiça Eleitoral, o art. 121, § 4º, V, da Constituição Federal assegura a recorribilidade das decisões proferidas pelos Tribunais Regionais Eleitorais em “mandados de injunção” quando a decisão for *denegatória*.

CAPÍTULO 4

Ação popular

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A “ação popular” é expressamente prevista pelo inciso LXXIII do art. 5º da Constituição Federal nos seguintes termos: “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”.

O dispositivo constitucional amplia as previsões das Constituições anteriores que, desde o art. 113, n. 38, da Constituição Federal de 1934, asseguram, como *direito* ao cidadão, a legitimidade para questionar em juízo atos lesivos ao patrimônio das pessoas administrativas, então limitadas aos componentes da administração *direta* (União, Estados e Municípios).

Com efeito. Quando comparada a previsão atual com as que lhe são anteriores, salta aos olhos a percepção de que o *objeto* da “ação popular” acabou sendo ampliado viabilizando-a como instrumento de tutela jurisdicional do ato lesivo não só ao patrimônio das pessoas administrativas em geral, isto é, componentes da administração direta e indireta, mas também à “moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural”. Expresso nesse sentido, dando destaque à viabilidade de o cidadão buscar a tutela jurisdicional do meio ambiente pela “ação popular”, v.: STJ, 2ª Turma, REsp 889.766/SP, rel. Min. Castro Meira, j.un. 18.10.2007, DJ 18.10.2007, p. 333.

No plano infraconstitucional, a “ação popular” é disciplinada pela Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965, de cujo art. 1º, *caput*, lê-se: “Art. 1º Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito

Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista (Constituição, art. 141, § 38 [que corresponde ao atual art. 5º, LXXIII, da Constituição de 1988]), de sociedades mútuas de seguro 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, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos”.

Trata-se de lei inequivocamente “multidisciplinar”, porque se ocupa não só com regras relativas ao ambiente jurisdicional – o *procedimento* da “ação popular” –, mas também de direito material. Tanto que aquele diploma legislativo, a exemplo do que se colhe do Código Civil (e já era assim sob a égide do Código Civil anterior, de 1916), oferece elementos seguros para a construção de uma verdadeira teoria geral das “nulidades” e das “anulabilidades” do ato administrativo a ser observada pelos administrativistas. É ler, a propósito, os seus arts. 2º, 3º e 4º (v. n. 6, *infra*).

A circunstância de a “ação civil pública”, a “ação de improbidade administrativa” e, até mesmo, o “mandado de segurança”, mormente em sua modalidade *coletiva*, poderem, em alguma medida, buscar, jurisdicionalmente, os mesmos resultados ou, quando menos, resultados bastante próximos aos obteníveis com a “ação popular” não autoriza que se sacrifique o amplo campo de incidência de cada uma daquelas formas de tutela jurisdicional. Elas são, cada uma a seu modo, e com suas peculiaridades, justificadas desde o “modelo constitucional”, necessárias e úteis para *ampliar* o controle *jurisdicional* dos atos administrativos. É neste sentido – e apenas neste – que a Súmula 101 do STF, segundo a qual “o mandado de segurança não substitui a ação popular”, deve ser entendida, não havendo razão para entender relevante a diferença que, para o direito de outros países, faz-se pertinente entre “direito” e “interesse”, máxime à luz do que expressamente prevê o § 3º do art. 1º da Lei n. 12.016/2009 com relação ao “mandado de segurança” (v. n. 4 do Capítulo 1). Há rico acórdão da 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça em que a questão foi analisada e que merece ser lido, inclusive por força dos votos que acabaram ficando

vencidos na oportunidade. Trata-se do REsp 427.140/RO, rel. p./acórdão Min. Luiz Fux, j.m.v. 20.5.2003, DJ 25.8.2003, p. 263.

O objeto próprio da “ação popular” é o ato administrativo. Ela não se volta ao questionamento de atos jurisdicionais que estão sujeitos a controle pela via recursal ou, quando transitados em julgado, por “ação rescisória”. Nesse sentido: STF, 2ª Turma, Pet-AgR 2.018/SP, rel. Min. Celso de Mello, j.un. 22.8.2000, DJ 16.2.2001, p. 92, e AO 672/DF, rel. Min. Celso de Mello, j. 9.3.2000, DJ 16.3.2000 (decisão monocrática).

2. COMPETÊNCIA

A origem do ato impugnado na “ação popular” não é considerada para fins de fixação da competência. Não existe, para a “ação popular” nenhum caso de “foro por prerrogativa de função”.

Assim, por exemplo, uma “ação popular” em que é indicado como réu o Presidente da República deve ser ajuizada perante a justiça federal de primeira instância, dado o inequívoco *interesse* da União Federal para participar do processo nos termos do art. 6º, § 3º, da Lei n. 4.717/1965 (art. 109, I, da Constituição Federal; v. n. 2.3 do Capítulo 2 da Parte I do vol. 2, tomo I). É equivocada qualquer tentativa que busque ampliar o rol do art. 102, I, da Constituição Federal para reconhecer competente para a espécie como órgão de primeiro grau de jurisdição o Supremo Tribunal Federal.

O mesmo deve ser dito, por identidade de razões, com relação às demais autoridades que, por força daquele mesmo dispositivo constitucional, têm foro por prerrogativa de função para fins *criminais* ou quando seu ato for questionado por “mandado de segurança” (v. n. 6 do Capítulo 1), *habeas data* (v. n. 4.2 do Capítulo 2) ou “mandado de injunção” (v. n. 3 do Capítulo 3).

A competência originária do Supremo Tribunal Federal, em tais casos, pressuporia a efetiva ocorrência de um dos autorizadores constitucionais, quais sejam o art. 102, I, *n* (interesse ou impedimento dos membros da magistratura local) ou o art. 102, I, *f* (conflito entre União e demais pessoas federadas; v. n. 2 do Capítulo 3 da Parte II do vol. 1). Nesse sentido: STF, Pleno, Pet-QO 3.674/DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j.un. 4.10.2006, DJ 19.12.2006, p. 37; STF, Pleno, AO-QO 859/AP, rel. p./acórdão Maurício

Corrêa, j.m.v. 11.10.2001, DJ 1.8.2003, p. 102; STF, 2ª Turma, Pet-AgR 2.018/SP, rel. Min. Celso de Mello, j.un. 22.8.2000, DJ 16.2.2001, p. 92.

O mesmo raciocínio deve ser empregado para afastar do Superior Tribunal de Justiça (art. 105, I, da Constituição Federal; v. n. 3 do Capítulo 3 da Parte II do vol. 1), dos Tribunais Regionais Federais (art. 108 da Constituição Federal; v. n. 5.1 do Capítulo 3 da Parte II do vol. 1) e dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal (art. 125 da Constituição Federal; v. n. 6 do Capítulo 3 da Parte II do vol. 1) quaisquer *ações populares* em que as autoridades previstas naqueles dispositivos constitucionais reclamem, no âmbito penal ou para outras formas de obtenção de tutela jurisdicional no âmbito civil, foro por prerrogativa de função.

A questão, que tem sido bastante discutida mais recentemente no âmbito da “ação de improbidade administrativa”, deve receber a mesma solução demonstrada pelo n. 3 do Capítulo 5.

Deve prevalecer, por isso, mesmo à luz do “modelo constitucional do direito processual civil” vigente, o disposto no art. 5º da Lei n. 4.717/1965, que bem se amolda ao que estatuem os arts. 109, I, e 125, *caput*, da Constituição Federal:

“Art. 5º Conforme a origem do ato impugnado, é competente para conhecer da ação, processá-la e julgá-la o juiz que, de acordo com a organização judiciária de cada Estado, o for para as causas que interessem à União, ao Distrito Federal, ao Estado ou ao Município.

§ 1º Para fins de competência, equiparam-se atos da União, do Distrito Federal, do Estado ou dos Municípios os atos das pessoas criadas ou mantidas por essas pessoas jurídicas de direito público, bem como os atos das sociedades de que elas sejam acionistas e os das pessoas ou entidades por elas subvencionadas ou em relação às quais tenham interesse patrimonial.

§ 2º Quando o pleito interessar simultaneamente à União e a qualquer outra pessoa ou entidade, será competente o juiz das causas da União, se houver; quando interessar simultaneamente ao Estado e ao Município, será competente o juiz das causas do Estado, se houver”.

Apenas uma ressalva justifica-se com relação ao § 1º do dispositivo transcrito. Tendo presente o que este *Curso* sustenta com relação à

interpretação *ampliativa* do art. 109, I, da Constituição Federal no n. 2.3 do Capítulo 2 da Parte I do vol. 2, tomo I, não há qualquer incompatibilidade entre as previsões legislativa e constitucional no que diz respeito às sociedades de economia mista federais litigarem perante a justiça federal. Aquelas pessoas jurídicas, por terem, por definição, a maioria de seu capital societário em mãos da União Federal, devem encontrar, na justiça *federal* – e não na *estadual* – o seu foro competente porque é esta a *ratio* que decorre do precitado dispositivo constitucional. No particular, portanto, é correta a prescrição contida no dispositivo legal em destaque.

2.1. Conexão e continência

O art. 5º, § 3º, da Lei n. 4.717/1965 prevê regra de *prevenção* própria, que se afasta daquelas que, para os casos em geral, é prevista pelo Código de Processo Civil (v. n. 6 do Capítulo 3 da Parte II do vol. 2, tomo I).

A prevenção do juízo, em se tratando de “ação popular”, não depende da *citação válida* (art. 219 do Código de Processo Civil) nem do exame da inicial (art. 106 do mesmo Código).

Basta, para tanto, a “propositura da ação”, que deve ser entendida como a mera distribuição da petição inicial a uma das varas competentes para julgamento do pedido. Apenas quando se tratar de “vara única”, a dispensar, conseqüentemente, a *necessidade* da distribuição, é que o exame de admissibilidade da petição inicial – que ela seja “despachada” – significará, nos termos do art. 263 do Código de Processo Civil, “ação proposta”.

A diretriz acabou por inspirar mais recentemente a “ação de improbidade administrativa”, como se verifica do § 3º do art. 17 da Lei n. 8.429/1992, introduzido pela Medida Provisória n. 2.180-35/2001 (v. n. 3.1 do Capítulo 5).

Assim, uma vez *proposta a ação*, bem entendida a expressão nos moldes propostos pelo parágrafo anterior, estará prevento o juízo respectivo para todas as outras “ações populares” que digam respeito às mesmas partes, sob os mesmos fundamentos.

Considerando que o autor popular age como verdadeiro *substituto processual* de toda a coletividade (v. n. 3, *infra*), não há razão para entender que a prevenção pressuponha que a nova demanda seja iniciada pelo *mesmo* cidadão. Para fins de *prevenção*, são suficientes a identidade (total ou

parcial) dos réus e a identidade da causa de pedir. Mesmo que o pedido seja diverso, não há razão para descartar a incidência da regra aqui comentada que, em última análise, é predisposta para evitar o proferimento de decisões conflitantes sobre uma mesma realidade de direito material.

3. LEGITIMIDADE ATIVA

É imediata a percepção de que, tal qual prevista no art. 5º, LXXIII, da Constituição Federal de 1988, a legitimidade ativa é assegurada, única e exclusivamente, ao *cidadão* – qualquer cidadão –, silenciando-se a Constituição acerca da legitimidade de outros órgãos ou entidades. Sua atuação dá-se na qualidade de *substituto processual*. Ele age em nome próprio e em benefício de toda a coletividade, isto é, perseguindo, em juízo, a obtenção de tutela jurisdicional para direito que, no plano material, não lhe pertence única e exclusivamente, mas a toda a coletividade (v. n. 1 da Introdução da Parte II).

Isto, contudo, não deve ser entendido como sendo vedado à lei que reconheça a *outros entes legitimidade* ativa para romper a inércia da jurisdição com a pretensão de verem tutelados aqueles *mesmos* bens jurídicos.

É o que se dá, de forma bem evidente, com o art. 25, IV, “b”, da Lei n. 8.625/1993, que institui a lei orgânica dos Ministérios Públicos estaduais, segundo o qual: “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: (...) b) para a anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público ou à moralidade administrativa do Estado ou de Município, de suas administrações indiretas e fundacionais ou de entidades privadas de que participem”.

Haveria eventual inconstitucionalidade do dispositivo se a previsão *restringisse*, de alguma forma, o uso da “ação popular” pelo cidadão. Na medida em que o dispositivo legal preserva a previsão constitucional, *estendendo* a legitimidade ativa daquela “ação” ao Ministério Público, não há nenhuma agressão ao “modelo constitucional”, muito pelo contrário. Trata-se de iniciativa que *amplia* o acesso à Justiça e não o *restringe*. Ademais, em se tratando de acesso *coletivo* à Justiça, é correto o

entendimento que sustenta a necessidade de haver o maior número possível de legitimados. O reconhecimento, mesmo que em sede *constitucional*, de um legitimado, não exclui que a própria Constituição ou alguma lei, no plano infraconstitucional, possa reconhecer a outro ente, a outra instituição, a outra pessoa, igual qualidade. É o que o n. 5 do Capítulo 1 da Parte II chama de “legitimação *concorrente e disjuntiva*”.

Ademais, o inciso IX do art. 129 da Constituição Federal autoriza, de maneira expressa, que a lei possa emprestar ao Ministério Público outras funções desde que compatíveis com seus misteres constitucionalmente impostos. É inegável que a previsão legislativa destacada afina-se à previsão do inciso III do mesmo dispositivo constitucional, segundo o qual cabe ao Ministério Público perseguir a tutela (jurisdicional) de quaisquer interesses “difusos” e “coletivos”.

É este o entendimento assente na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça como faz prova sua Súmula 329: “O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública em defesa do patrimônio público”.

Sobre a redação do enunciado, cabe destacar, pelas mesmas razões que expõe o n. 1 do Capítulo 1 da Parte II, que a circunstância de haver menção a “ação civil pública” e não a “ação popular” é questão de nenhuma relevância teórica ou prática. Até porque, não há como negar, o enunciado, no particular, apenas repete o que se lê do próprio art. 25, IV, “b”, da Lei n. 8.625/1993.

É importante destacar, outrossim, que, apesar de a previsão legislativa aqui examinada estar veiculada na lei orgânica dos Ministérios Públicos *estaduais*, não há qualquer óbice para que também o Ministério Público Federal e o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios também se valham daquela previsão para buscar, perante o Estado-juiz, a tutela jurisdicional dos bens lá previstos. A regra é muito mais de cunho *processual* – e cabe à União Federal legislar sobre direito processual civil (art. 22, I, da Constituição Federal; v. 6.2 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 1) – do que *organizacional*.

E por fim mas não menos importante: é o próprio *caput* da Lei n. 7.347/1985 que, ao disciplinar a “ação civil pública”, assegura-a “sem prejuízo da ação popular”. Aquelas formas de buscar tutela jurisdicional,

destarte, são, por decorrência expressa de suas previsões pelo ordenamento jurídico nacional, *concorrentes* no sentido de servirem, ambas, aos *mesmos* propósitos. Trata-se, vale insistir, de realização adequada de um mais *amplo* acesso *coletivo* à Justiça, criando, ademais, um maior número de *legitimados* ativos e *técnicas processuais* aptas para a tutela (jurisdicional) de um mesmo bem jurídico.

3.1. O cidadão

Com a atenção voltada ao plano infraconstitucional, chama a atenção o disposto no § 3º do art. 1º da Lei n. 4.717/1965.

De acordo com o dispositivo, a prova da cidadania será feita com o título eleitoral, ou com documento que a ele corresponda.

É correto o entendimento de que o eleitor com mais de dezesseis e menos de dezoito anos de idade tem capacidade plena para propor a “ação popular”, embora seja, de acordo com o Código Civil, relativamente incapaz (art. 4º, I). Se o plano material aceita o voto do menor independentemente de qualquer assistência (art. 14, § 1º, II, “c”, da Constituição Federal), não faria sentido que, no plano processual, o mesmo menor, para exercitar o mesmo direito, embora em plano diverso, precisasse ver integrada a sua capacidade. Ademais, não é possível descartar que a assistência civil possa, de alguma forma, frustrar ou criar algum tipo de embaraço ao pleno exercício de cidadania do eleitor, ainda que no plano processual. Não se aplica ao autor popular com mais de dezesseis e menos de dezoito anos, destarte, a necessária *integração de capacidade* que, genericamente, é prevista pelos arts. 7º e 8º do Código de Processo Civil (v. n. 3.2.4 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 1).

Questão pertinente com relação ao ponto diz respeito a ser necessária, além da comprovação de que o cidadão é eleitor (prova que se faz com a apresentação do título), a prova de que exerceu aquele seu direito nas eleições mais recentes ou nas eleições que deram ensejo à eleição daqueles cujos atos, em última análise, pretende contrastar em juízo.

A melhor resposta é a que exige do eleitor que comprove ao magistrado estar em dia com a “justiça eleitoral”. Assim, não é necessário que ele tenha exercido o seu direito ao voto, embora obrigatório, mas que o tenha justificado consoante exige a lei de regência da matéria.

A 2ª Turma do STJ já entendeu, corretamente, que não afasta a legitimidade ativa do *cidadão* a circunstância de ele ser *eleitor* com domicílio eleitoral em município diverso daquele em que ocorreram os fatos que ensejam a “ação popular”. Trata-se do REsp 1.242.800/MS, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j.un. 7.6.2011, DJe 14.6.2011.

3.2. Litisconsórcio ativo

O art. 6º, § 5º, da Lei n. 4.717/1965 autoriza que “qualquer cidadão” pode “habilitar-se como litisconsorte ou assistente do autor da ação popular”.

A regra, que, rigorosamente, é desnecessária diante da genérica contida no art. 22 da Lei n. 4.717/1965, que expressamente prevê a subsidiariedade do Código de Processo Civil naquilo que não contrariar os seus dispositivos “nem a natureza específica da ação”, evidencia que outros cidadãos podem se *litisconsorciar* com o autor popular ou pretender atuar ao seu lado como *assistentes*.

As hipóteses, inequivocamente, são de “litisconsórcio *facultativo*” e de “assistência *litisconsorcial*”, respectivamente, até porque não há como recusar que a atuação do autor popular dá-se na qualidade de legitimado *extraordinário* de toda a coletividade. Neste sentido: STJ, 2ª Turma, AgRg no REsp 916.010/SP, rel. Min. Humberto Martins, j.un. 19.8.2010, DJe 3.9.2010 e STJ, 1ª Turma, AgRg no REsp 776.848/RJ, rel. Min. Luiz Fux, j.un. 22.6.2010, DJe 3.8.2010.

À falta de peculiaridades dignas de destaque, são aplicáveis à espécie as regras codificadas, tais quais expostas pelos Capítulos 2 e 3 da Parte VII do vol. 2, tomo I.

3.3. Desistência

O art. 9º da Lei n. 4.171/1965 prevê que, “se o autor desistir da ação ou der motivo à absolvição da instância, serão publicados editais nos prazos e condições previstos no art. 7º, inciso II, ficando assegurado a qualquer cidadão, bem como ao representante do Ministério Público, dentro do prazo de 90 (noventa) dias da última publicação feita, promover o prosseguimento da ação”.

A hipótese é de buscar, na coletividade, alguém que possa fazer as vezes do autor popular, um outro cidadão, ou instar o Ministério Público a assumir a titularidade na condução do processo até seus ulteriores termos. Trata-se de dispositivo que bem se realiza, o que, gradativamente, acabou por se consagrar na legislação mais recente sobre o “direito processual coletivo” (v. n. 2 da Introdução) e que acaba por reconhecer um certo grau de *indiferença* naquele que conduz, na qualidade de autor, o processo. O que basta é que se trate de um “legitimado adequado”, que, para todos os fins da “ação popular”, inegavelmente são qualquer cidadão e o Ministério Público (v. n. 3, *supra*).

A expressão “absolvição de instância” referida no dispositivo legal é desconhecida do Código de Processo Civil de 1973 e remonta às diversas hipóteses do art. 201 do Código anterior, de 1939. Ela equivale, na atualidade, aos casos que autorizam o magistrado a proferir uma sentença nos moldes do art. 267, isto é, de extinção do processo *sem* resolução de mérito. Antevendo que é este o destino do processo, caberá ao magistrado agir com base no art. 9º ora examinado, desde que o defeito que motiva o proferimento de uma tal sentença seja passível de ser evitado com a assunção do processo por um novo autor.

É correto, diante do disposto no art. 9º da Lei n. 4.717/1965, o entendimento de que a hipótese impõe ao magistrado o *dever* de mandar publicar os editais a que se refere o precitado dispositivo para que qualquer cidadão ou o Ministério Público, querendo, assumam a condução do processo. Nesse sentido: STJ, 2ª Turma, REsp 554.532/PR, rel. Min. Castro Meira, j.un. 11.3.2008, DJe 28.3.2008; STJ, 2ª Turma, REsp 958.290DF, rel. Min. Castro Meira, j.un. 6.9.2007, DJ 20.9.2007, p. 278, e STJ, 2ª Turma, REsp 771.859/RJ, rel. Min. Eliana Calmon, j.un. 15.8.2006, DJ 30.8.2006, p. 175.

4. LEGITIMIDADE PASSIVA

O art. 6º da Lei n. 4.717/1965 ocupa-se da legitimidade *passiva* para a “ação popular” nos termos seguintes: “A ação será proposta contra as pessoas públicas ou privadas e as entidades referidas no art. 1º, contra as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, ou que, por omissas,

tiverem dado oportunidade à lesão, e contra os beneficiários diretos do mesmo”.

O § 1º do dispositivo complementa a regra, ao estatuir que, “se não houver benefício direto do ato lesivo, ou se for ele indeterminado ou desconhecido, a ação será proposta somente contra as outras pessoas indicadas neste artigo”.

Também o § 2º, ao fazer expressa remissão à hipótese prevista no art. 4º, II, “b”, da Lei n. 4.717/1965 (alienação de bem público por valor inferior ao da avaliação), para impor que, na hipótese, sejam citados como réus, além das pessoas referidas no art. 1º da mesma Lei, os responsáveis pela avaliação inexata e seus beneficiários.

A hipótese é, inequivocamente, de litisconsórcio *necessário e simples*, isto é: não obstante a obrigatoriedade de participação de todos aqueles que, em tese, devem ser responsabilizados pelo ato questionado – que deram causa à sua prática e os que tenham, direta ou indiretamente, dele se beneficiado –, suas efetivas responsabilidades devem ser apuradas *individualmente* e, conseqüentemente, as penas a serem impostas devem observar esta mesma diretriz, inclusive no que diz respeito a eventual devolução de valores ao erário.

Destacando tratar-se de hipótese de litisconsórcio *passivo, necessário e simples*: STJ, 1ª Turma, REsp 879.999/MA, rel. Min. Luiz Fux, j.un. 2.9.2008, DJe 22.9.2008, e STJ, 2ª Turma, REsp 258.122/PR, rel. Min. João Otávio de Noronha, j.un. 27.2.2007, DJ 5.6.2007, p. 302.

A citação dos beneficiários do ato questionado pode ser feita por edital, a ser afixado na sede do juízo, e publicada três vezes gratuitamente no Diário da Justiça correspondente, com prazo de trinta dias, no que é claro o art. 7º, II, da Lei n. 4.717/1965. A autorização genérica para tanto vem do próprio art. 231, III, do Código de Processo Civil, que se aplica subsidiariamente à hipótese (art. 22 da Lei n. 4.717/1965).

Se, ao longo do processo, tornar-se conhecida a existência ou a identidade de alguma pessoa, beneficiada ou responsável pelo ato impugnado, ela deverá ser citada para o processo, sendo-lhe aberto prazo para oferecer contestação e produção das provas. É a previsão do inciso III do art. 7º da Lei n. 4.717/1965 que excepciona da previsão, corretamente, a hipótese de o beneficiário já ter sido citado por edital anteriormente, quando

presentes, vale a ênfase, à época os pressupostos que autorizavam a citação ficta por aquela modalidade.

5. OUTROS SUJEITOS PROCESSUAIS

Sem prejuízo da exposição relativa à legitimidade *ativa* e *passiva*, que ocupa os números anteriores, importa dar destaque a dois dispositivos da Lei n. 4.717/1965 que preveem a possibilidade de participação de alguns sujeitos processuais a outro título.

É o que se verifica com o § 3º e com o § 4º, ambos do art. 6º daquele diploma legal.

5.1. A participação da pessoa afetada pelo ato questionado

O § 3º do art. 6º da Lei n. 4.717/1965 prevê que “a pessoa jurídica de direito público ou de direito privado, cujo ato seja objeto de impugnação, poderá abster-se de contestar o pedido, ou poderá atuar ao lado do autor, desde que isso se afigure útil ao interesse público, a juízo do respectivo representante legal ou dirigente”.

O dispositivo, por si só, ameniza o rigor com o qual pode ser interpretado o art. 1º da mesma Lei no sentido de que as pessoas e entidades lá referidas deverem ser, invariavelmente, *rés* da “ação popular”. Se, é certo, elas devem ser *citadas* para o processo – o que, por si só, é capaz de torná-las *partes*, para todos os fins –, nem por isto segue-se o entendimento de que deverão participar do processo no polo *passivo*.

Assim, as pessoas e entidades referidas no dispositivo em exame podem, apesar de *citadas* para o processo, optar por atuar ao lado do autor popular ou, ainda, abster-se de contestar o pedido.

A abstenção de “contestar o pedido”, expressamente autorizada pelo § 3º do art. 6º da Lei n. 4.717/1965, não traz nenhuma peculiaridade digna de destaque. A hipótese é, tecnicamente, de *revelia*, dando ensejo às consequências reservadas, para a hipótese, pelo art. 319 do Código de Processo Civil. Cumpre destacar, contudo, que, dada a indisponibilidade do direito material da hipótese, dificilmente a revelia autorizará que o magistrado, apenas por aquele fundamento, acolha o pedido, reputando

verdadeiros os fatos alegados pelo autor (v. n. 3.2 do Capítulo 2 da Parte III do vol. 2, tomo I).

A atuação daquelas entidades ao lado do *autor*, por sua vez, é peculiaridade digna de destaque. Regra similar só é encontrada, no âmbito do direito processual civil brasileiro, na “ação de improbidade administrativa” cujo art. 17, § 3º, da Lei n. 8.429/1992, na redação que lhe deu a Lei n. 9.366/1996, limita-se a fazer expressa remissão ao dispositivo aqui examinado.

Considerando que, com a citação, a pessoa ou entidade torna-se *parte* do processo, o melhor entendimento para a hipótese é o de que a regra trata de uma modalidade de formação de litisconsórcio *ulterior*. Ulterior porque a posição processual a ser assumida pela pessoa ou entidade depende de uma deliberação de vontade sua que, em última análise, afasta aquela feita de início pelo autor popular na petição inicial.

Questão interessante que se põe sobre o tema é a de se saber se, durante o processo, é possível à pessoa ou à entidade pretenderem rever sua postura inicial e passar a atuar ao lado do polo oposto do processo. É supor que um dado município, citado para “ação popular”, opte, de início, por atuar ao lado do réu. Passado algum tempo – e a prática mostra que a hipótese é bastante comum quando há mudança de orientação política passadas as eleições –, pode o município pretender atuar ao lado do autor, questionando a juridicidade do ato?

A questão, para ser respondida afirmativamente, deve levar em conta o disposto no art. 17 da Lei n. 4.717/1965. De acordo com o dispositivo, “é sempre permitido às pessoas ou entidades referidas no art. 1º, ainda que hajam contestado a ação, promover, em qualquer tempo, e no que as beneficiar, a execução da sentença contra os demais réus”.

Assim, a nova opção a ser feita pela pessoa ou entidade – norma de exceção ao princípio da estabilização da demanda, que deriva dos arts. 264 e 294 do Código de Processo Civil (v. n. 7.8.1 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 2, tomo I) – deve ser entendida como uma forma de ela buscar a tutela adequada do interesse público (primário) que, em última análise, deve mover toda a sua atuação: no plano *material* e também no plano *processual*.

Assim, desde que a pessoa de direito público constate – mesmo depois de ter se litisconsorciado ao réu, como no exemplo figurado – que o “interesse

público” justifica sua atuação ao lado do autor, não há por que negar a possibilidade, dada a previsão normativa aqui em estudo. Mais ainda, à luz do art. 17 da Lei n. 4.717/1965, que reconhece legitimidade ativa para pessoa de direito público para o processo de execução. O que importa é que haja razões bastantes que justifiquem devidamente a nova postura assumida, desde o plano material, pela pessoa ou entidade.

A 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de reconhecer esta possibilidade no julgamento do REsp 9.669/SP, rel. Min. Garcia Vieira, j.un. 10.2.1998, DJ 27.4.1998, p. 71. A 2ª Turma daquele mesmo Tribunal, no AgRg no REsp 439.854/MS, rel. Min. Eliana Calmon, j.un. 8.4.2003, DJ 18.8.2003, p. 194, também sustentou a possibilidade da “retratibilidade da posição da pessoa jurídica na ação popular”. Mais recentemente, a mesma 2ª Turma (AgRg no REsp 973.905/SP, rel. Min. Humberto Martins, j.un. 4.6.2009, DJe 25.6.2009) entendeu que pedido do Município para que se valesse do prazo em dobro para contestar, tal qual prevê o art. 7º, IV, da Lei n. 4.717/1965 (v. n. 8, *infra*), não afastaria a possibilidade de sua atuação ao lado do autor.

Justamente para melhor tutela do interesse público em juízo é que parece possível também a hipótese inversa, isto é, que a pessoa ou entidade, uma vez litisconsorciada com o autor, decida litisconsorciar-se com o réu para pugnar pela licitude do ato questionado. Não há razão, com os olhos voltados a uma melhor e mais adequada tutela do interesse público, para recusar esta dupla via na alteração dos polos do processo. O que a pessoa ou entidade persegue em juízo é o proferimento de uma decisão que melhor tutela um interesse ou um direito que vai além dos “seus” próprios. Não busca a tutela, para fazer uso de tradicional classificação dos administrativistas, de “interesses *secundários*” das entidades públicas, mas, bem diferentemente, seus “interesses *primários*”, sinônimos do “verdadeiro” e “único” interesse público. Trata-se, para ir direto ao ponto, do interesse ou direito que, por definição, transcende a posição *particular* dos agentes políticos e administrativos e que, por isto mesmo, é fortalecedor das instituições democráticas a impor uma necessariamente ampla e flexível interpretação do dispositivo examinado.

5.2. O Ministério Público

De acordo com o § 4º do art. 6º da Lei n. 4.717/1965, “o Ministério Público 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”.

A disposição afina-se total e completamente ao “modelo constitucional” porque, a um só tempo, prevê que, na “ação popular”, o Ministério Público atuará na qualidade de fiscal da lei – mister institucional que está em consonância, como demonstra o n. 3.2 do Capítulo 4 da Parte II do vol. 1, com o art. 129, III, da Constituição Federal –, mas também porque veda àquela instituição que, “em qualquer hipótese”, assuma “a defesa do ato impugnado ou dos seus autores”, o que, fosse autorizado, esbarraria na vedação do inciso IX do mesmo dispositivo constitucional.

Na ação popular, o Ministério Público é, por força do § 4º do art. 6º da Lei n. 4.717/1965, “fiscal da lei”. Justamente em função da *qualidade* de sua atuação é que a própria lei reserva-lhe expressamente uma série de atribuições, tais como: o cumprimento de prazos processuais e extraprocessuais (art. 7º, § 1º, da Lei n. 4.717/1965; v. n. 8, *infra*); a possibilidade de assumir a condução do processo em caso de abandono do autor (art. 9º da Lei n. 4.717/1965) e, bem assim, a possibilidade de promover a execução na inércia dos interessados (art. 16 da Lei n. 4.717/1965).

O que se verifica do exame destes dispositivos é que o Ministério Público pode, ao longo da “ação popular”, assumir, decisivamente, a condução do processo. Inequivocamente quando o cidadão-autor abandona o feito – um caso expresso de “legitimação extraordinária subsidiária”, para empregar a nomenclatura de José Carlos Barbosa Moreira (“Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária”, p. 12) e Donaldo Armelin (*Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*, p. 131-132) – e, com maior hesitação, quando não há esta hipótese, assim, por exemplo, na possibilidade de atuação *concorrente* do Ministério Público e do autor popular, o que é irrecusável à luz do que autoriza o art. 25, IV, “b”, da Lei n. 8.625/1993 (v. n. 3, *supra*).

Importa, destarte, que o Ministério Público, sem prejuízo de ele próprio tomar a iniciativa de buscar tutela jurisdicional sobre os mesmos bens

protegidos pelo art. 5º, LXXIII, da Constituição Federal (v. n. 3, *supra*), aja amplamente para os fins do dispositivo aqui destacado, secundando o autor popular no que for necessário para que a tutela jurisdicional por ele requerida seja prestada de maneira inegavelmente eficiente e eficaz.

Questão interessante a respeito do tema é saber se pode o Ministério Público *aditar* a petição inicial do autor popular por considerá-la insuficientemente elaborada, apesar das amplas possibilidades instrutórias expressamente franqueadas ao particular pelos §§ 4º a 7º do art. 1º da Lei n. 4.717/1965, secundadas pelo art. 7º, I, “b”, da mesma Lei.

A resposta é positiva, atentando-se, contudo, aos prazos de contestação que se seguem à citação. Citados os réus, qualquer alteração na petição inicial depende de sua expressa concordância (art. 264 do Código de Processo Civil). Antes dela, contudo, não há qualquer óbice para que o Ministério Público, tendo possibilidade de examinar a inicial, acabe por se litisconsorciar ao autor justificando sua atuação, inclusive, na previsão genérica que lhe reconhece tal possibilidade, o art. 25, IV, *b*, da Lei n. 8.625/1993 (v. n. 3, *supra*).

6. CAUSA DE PEDIR

As possíveis causas de pedir na “ação popular” devem ser compreendidas desde a previsão constitucional do art. 5º, LXXIII, que faz expressa referência à sua pertinência 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 e cultural.

No plano infraconstitucional, as razões pelas quais se pode pretender a nulidade ou a invalidação dos atos ou omissões administrativas estão previstas expressamente nos arts. 2º, 3º e 4º da Lei n. 4.717/1965.

Para que seja devidamente identificada a causa de pedir da “ação popular”, importa dar destaque a *quem*, no plano *material*, pode sofrer algum ato (ou omissão) repudiado pelo sistema.

O rol está previsto, expressamente, no *caput* e nos §§ 1º e 2º do art. 1º da Lei n. 4.717/1965, e é complementado pelo art. 20 do mesmo diploma legal:

Assim é que os atos lesivos que dão ensejo à “ação popular” devem ser praticados em detrimento do “... patrimônio da União, do Distrito Federal,

dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista, de sociedades mútuas de seguro 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, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos”.

Por sua vez, o “patrimônio público”, para os fins de que trata a “ação popular”, é representado pelos bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico (art. 1º, § 1º, da Lei n. 4.717/1965, na redação da Lei n. 6.513/1977).

O art. 20 da Lei n. 4.717/1965 equipara às “entidades autárquicas” para os fins da “ação popular”: “a) o serviço estatal descentralizado com personalidade jurídica, custeado mediante orçamento próprio, independente do orçamento geral; b) as pessoas jurídicas especialmente instituídas por lei, para a execução de serviços de interesse público ou social, custeados por tributos de qualquer natureza ou por outros recursos oriundos do Tesouro Público; c) as entidades de direito público ou privado a que a lei tiver atribuído competência para receber e aplicar contribuições parafiscais”.

À luz dos novos contornos que a Constituição Federal de 1988 deu à estruturação da Administração Pública, direta e indireta, de todos os níveis federados, isto é, federal, estadual, municipal e distrital, a previsão legal tem significado apenas histórico. Seja em face da abrangência do próprio art. 5º, LXXIII, da Constituição Federal, ou do *caput* do art. 37 da Constituição Federal, não há espaço para qualquer dúvida relativa aos componentes da administração pública direta ou indireta e, conseqüentemente, a quem pode ser lesada, no plano material, por ato a ser repudiado pela “ação popular”.

É importante destacar, a propósito, que deve prevalecer a noção *constitucional* vigente sobre os componentes da administração *indireta* para fins de identificação da competência para processamento e julgamento da “ação popular”, observando-se, para tanto, o disposto no art. 109, I, da Constituição Federal. Neste sentido: STF, 2ª Turma, RE 414.375/SC, rel.

Min. Gilmar Mendes, j.un. 31.10.2006, 1.12.2006; STF, 1ª Turma, RE 366.168/SC, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 3.2.2004, DJ 14.5.2004, p. 45, e STJ, 1ª Seção, CC 30.756/SP, rel. p./acórdão Eliana Calmon, j.m.v. 26.9.2001, DJ 27.5.2002, p. 122.

Ademais, desde que haja, de alguma forma, injeção de dinheiro público em entidades ou empresas privadas, o *controle* relativo àqueles valores é tipicamente de direito público e, pelo menos com relação a ele, é irrecusável o alcance da “ação popular”.

É esta a melhor interpretação a ser dada não só ao *caput*, mas também ao § 2º do art. 1º da Lei n. 4.717/1965, que tem a seguinte redação: “§ 2º Em se tratando de instituições ou fundações, para cuja criação ou custeio o tesouro público concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, bem como de pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas, as consequências patrimoniais da invalidez dos atos lesivos terão por limite a repercussão deles sobre a contribuição dos cofres públicos”.

Os motivos pelos quais o ato administrativo que afete as pessoas e entidades indicadas acima pode ser questionado em “ação popular” estão, como já destacado, previstos nos arts. 2º, 3º e 4º da Lei n. 4.717/1965.

Sem necessidade de examinar cada uma das hipóteses – o que extrapolaria os limites de um curso de *direito processual civil* – importa ler na íntegra aqueles dispositivos de lei que são, no que diz respeito à exposição da matéria, suficientemente esclarecedores:

“Art. 2º São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de:

- a) incompetência;
- b) vício de forma;
- c) ilegalidade do objeto;
- d) inexistência dos motivos;
- e) desvio de finalidade.

Parágrafo único. Para a conceituação dos casos de nulidade observar-se-ão as seguintes normas:

- a) a incompetência fica caracterizada quando o ato não se incluir nas atribuições legais do agente que o praticou;
- b) o vício de forma consiste na omissão ou na observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato;

c) a ilegalidade do objeto ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo;

d) a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido;

e) o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência.

Art. 3º Os atos lesivos ao patrimônio das pessoas de direito público ou privado, ou das entidades mencionadas no art. 1º, cujos vícios não se compreendam nas especificações do artigo anterior, serão anuláveis, segundo as prescrições legais, enquanto compatíveis com a natureza deles.

Art. 4º São também nulos os seguintes atos ou contratos, praticados ou celebrados por quaisquer das pessoas ou entidades referidas no art. 1º:

I – a admissão ao serviço público remunerado, com desobediência, quanto às condições de habilitação, das normas legais, regulamentares ou constantes de instruções gerais;

II – a operação bancária ou de crédito real, quando:

a) for realizada com desobediência a normas legais, regulamentares, estatutárias, regimentais ou internas;

b) o valor real do bem dado em hipoteca ou penhor for inferior ao constante de escritura, contrato ou avaliação;

III – a empreitada, a tarefa e a concessão do serviço público, quando:

a) o respectivo contrato houver sido celebrado sem prévia concorrência pública ou administrativa, sem que essa condição seja estabelecida em lei, regulamento ou norma geral;

b) no edital de concorrência forem incluídas cláusulas ou condições, que comprometam o seu caráter competitivo;

c) a concorrência administrativa for processada em condições que impliquem a limitação das possibilidades normais de competição.

IV – as modificações ou vantagens, inclusive prorrogações que forem admitidas, em favor do adjudicatário, durante a execução dos contratos de empreitada, tarefa e concessão de serviço público, sem que estejam previstas em lei ou nos respectivos instrumentos;

V – a compra e venda de bens móveis ou imóveis, nos casos em que não cabível concorrência pública ou administrativa, quando:

a) for realizada com desobediência a normas legais, regulamentares, ou constantes de instruções gerais;

b) o preço de compra dos bens for superior ao corrente no mercado, na época da operação;

c) o preço de venda dos bens for inferior ao corrente no mercado, na época da operação.

VI – a concessão de licença de exportação ou importação, qualquer que seja a sua modalidade, quando:

a) houver sido praticada com violação das normas legais e regulamentares ou de instruções e ordens de serviço;

b) resultar em exceção ou privilégio, em favor de exportador ou importador.

VII – a operação de redesconto quando sob qualquer aspecto, inclusive o limite de valor, desobedecer a normas legais, regulamentares ou constantes de instruções gerais;

VIII – o empréstimo concedido pelo Banco Central da República, quando:

a) concedido com desobediência de quaisquer normas legais, regulamentares, regimentais ou constantes de instruções gerais;

b) o valor dos bens dados em garantia, na época da operação, for inferior ao da avaliação.

IX – a emissão, quando efetuada sem observância das normas constitucionais, legais e regulamentadoras que regem a espécie”.

Há acesa polêmica em sede de doutrina e de jurisprudência sobre se existe alguma diferença entre as hipóteses de nulidade previstas no art. 2º e no art. 4º da Lei n. 4.717/1965. É bastante comum, a propósito, falar que as hipóteses do art. 4º seriam de “lesividade presumida”, porque, diferentemente daquelas outras, foram previstas expressamente pelo legislador. Assim, comprovada a ocorrência do ato descrito, a nulidade deveria ser declarada pelo magistrado.

A questão, máxime depois do advento da Constituição de 1988, não tem por que prevalecer. Até porque *nulidade* (ou anulabilidade) do ato *não é* o único objeto a ser perseguido em sede de “ação popular”. Eventual lesão ao “patrimônio público” das pessoas e entidades protegidas desde o art. 5º,

LXXIII, da Constituição Federal e no âmbito da Lei n. 4.717/1965 deve conduzir o magistrado *além* do reconhecimento da nulidade a determinar também a *imposição da devolução dos valores* despendidos em dissonância com o ordenamento jurídico (v. n. 7, *infra*). Assim, embora seja correto o entendimento de que, para que seja imposta a devolução dos valores *lesivos*, o prévio reconhecimento de *nulidade* do ato seja providência inarredável, a recíproca não é verdadeira. Não há razão para *presumir* uma lesão para fins de reconhecimento da nulidade. A agressão ao ordenamento jurídico, mesmo sem repercussão *monetária*, sem diminuição dos cofres públicos, é suficiente para a *procedência* da “ação popular”.

É tanto mais pertinente a conclusão destacada pelo parágrafo anterior na medida em que, para o art. 5º, LXXIII, da Constituição Federal – e é neste ponto que ela inova em relação às Constituições anteriores – basta, para a “ação popular”, que haja violação da “moralidade administrativa”, independentemente, pois, de qualquer dispêndio monetário no sentido que decorre da interpretação posta em destaque. Também quando analisada a questão desta perspectiva, destarte, a mera injuridicidade é suficiente para a procedência do pedido, mesmo que não haja lesão no sentido material do termo. A efetiva ocorrência de lesão só importa para fins de *recomposição* dos danos ao erário. Se não houver danos, nem por isto o ato será considerado legítimo.

Neste exato sentido, cabe dar destaque à decisão da 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal (RE 170.768/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, j.un. 26.3.1999, DJ 13.8.1999, p. 16) da qual se lê da respectiva ementa: “O entendimento sufragado pelo acórdão recorrido no sentido de que, para o cabimento da ação popular, basta a ilegalidade do ato administrativo a invalidar, por contrariar normas específicas que regem a sua prática ou por se desviar dos princípios que norteiam a Administração Pública, dispensável a demonstração de prejuízo material aos cofres públicos, não é ofensivo ao inc. LXXIII do art. 5º da Constituição Federal, norma esta que abarca não só o patrimônio material do Poder Público, como também o patrimônio moral, o cultural e o histórico”.

Há decisões do Superior Tribunal de Justiça em sentido diverso, reclamando, para a procedência da “ação popular”, a ocorrência do binômio “lesividade” e “ilegalidade”. Nesse sentido: 1ª Turma, REsp 984.167/RS,

rel. Min. Luiz Fux, j.un. 5.6.2008, DJe 16.6.2008; 1ª Turma, REsp 806.153/RS, rel. Min. Luiz Fux, j.un. 8.4.2008, DJe 14.5.2008; 2ª Turma, REsp 719.548/PR, rel. Min. Eliana Calmon, j.un. 3.4.2008, DJe 21.11.2008; 2ª Turma, REsp 121.431/SP, rel. Min. João Otávio de Noronha, j.un. 15.2.2005, DJ 25.4.2005 p. 256, e 1ª Turma, REsp 407.075/MG, rel. Min. Luiz Fux, j.un. 27.8.2002, DJ 23.9.2002, p. 244.

Há precedentes daquele mesmo Tribunal, contudo, que acentuam – e corretamente – que a *lesividade* não deve ser entendida apenas no sentido *material*, seguindo, pois, a mesma trilha colocada em destaque no Supremo Tribunal Federal. Dada a amplitude constitucional da “ação popular”, predisposta a anular atos lesivos à *moralidade* administrativa, é suficiente aquela situação para a *procedência* do pedido. Nesse sentido: 1ª Turma, REsp 474.475/SP, rel. Min. Luiz Fux, j.un. 9.9.2008, DJe 6.10.2008; 2ª Turma, AgRg no REsp 774.932/GO, rel. Min. Eliana Calmon, j.un. 13.3.2007, DJ 22.3.2007, p. 325; 1ª Turma, REsp 552.691/MG, rel. Min. Luiz Fux, j.un. 3.5.2005, DJ 30.5.2005, p. 216.

7. PEDIDO

A “ação popular” busca, primordialmente, a declaração de *nulidade* ou a desconstituição de um ato (ou omissão) administrativo violador dos bens jurídicos tutelados (do ponto de vista do direito material) pelo art. 5º, LXXIII, da Constituição Federal, e pelo art. 1º, *caput* e §§ 1º e 2º, da Lei n. 4.717/1965. Trata-se, nos termos da nomenclatura tradicional, de uma “ação *declaratória*” ou “ação *constitutiva negativa*” (ou “ação *desconstitutiva*”), que busca extirpar um ato administrativo agressivo aos valores constitucionais e legais do ordenamento jurídico ou, como acha mais apropriado este *Curso*, de “tutela jurisdicional não executiva” (v. ns. 8.5.1, 8.5.2 e 8.5.6 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1).

Mas não só: havendo danos, a “ação popular” também se volta a persegui-los. Nesta perspectiva, também fazendo uso da nomenclatura tradicional, trata-se de “ação *condenatória*” ou, como prefere, este *Curso*, de “tutela jurisdicional *executiva*” (v. ns. 8.5.3 e 8.5.6 do Capítulo 1 da parte III do vol. 1).

Esta verdadeira *cumulação* de pedidos de tutela jurisdicional é expressa no art. 11 da Lei n. 4.717/1965, que, a despeito de ocupar-se da *sentença*, é

bastante claro quanto ao ponto. É lê-lo: “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 de dano, quando incorrerem em culpa”.

Complementando a previsão, dispõe o *caput* do art. 14 da mesma Lei: “Se o valor da lesão ficar provado no curso da causa, será indicado na sentença; se depender de avaliação ou perícia, será apurado na execução”.

Aos desdobramentos da questão, apontados pelos §§ 1º a 4º do mesmo dispositivo legal, volta-se o n. 9, *infra*.

8. PECULIARIDADES PROCEDIMENTAIS

A “ação popular”, lê-se do *caput* do art. 7º da Lei n. 4.717/1965, “obedecerá ao procedimento ordinário, previsto no Código de Processo Civil, observadas as seguintes normas modificativas”. É o que basta para localizar, no dispositivo, uma verdadeira “contradição nos próprios termos”. Se o procedimento é o *ordinário*, não há como supor que haja qualquer “norma modificativa”. Na exata medida em que existam tais normas, o procedimento deixa de ser *ordinário* (e, mais amplamente, *comum*) e passa a ser *especial* (v. n. 6.1 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 1).

A discussão quanto à nomenclatura, contudo, é inócua, verdadeiramente vazia de qualquer significado prático e teórico. Importa destacar as peculiaridades procedimentais, tais quais previstas pela legislação de regência.

Ao proferir juízo *positivo* de admissibilidade da petição inicial, o magistrado determinará a citação dos réus (v. n. 4, *supra*) e a intimação do Ministério Público (v. n. 5.2, *supra*), em conformidade com o art. 7º, I, “a”, da Lei n. 4.717/1965.

Atendendo a eventual pedido do autor, o magistrado requisitará às entidades indicadas na petição inicial os documentos que tiverem sido referidos, assim como outros que sejam relevantes para o esclarecimento dos fatos. Fixará, para atendimento, o prazo de quinze a trinta dias (art. 7º, I, “b”, da Lei n. 4.717/1965). Cabe ao Ministério Público providenciar para que as requisições sejam atendidas no prazo fixado (art. 7º, § 1º, da Lei n. 4.717/1965; v. n. 5.2, *supra*) – o seu descumprimento imotivado é punido

como crime de desobediência (art. 8º, *caput*, da Lei n. 4.717/1965) –, sendo certo, contudo, que o magistrado poderá autorizar a prorrogação do prazo para sua entrega quando o prazo inicial não puder ser cumprido (art. 7º, § 2º, da Lei n. 4.717/1965).

Sobre tais determinações, cabe dar destaque à possibilidade, de acordo com o § 4º do art. 1º da Lei n. 4.717/1965, de que o autor pleiteie diretamente às entidades referidas no art. 1º daquela mesma Lei certidões e informações que entender necessárias para instrução de sua petição inicial indicando a sua pertinência.

O § 5º do art. 1º da mesma Lei fixa o prazo de quinze dias, contados do recebimento da requisição respectiva, para que as certidões e as informações sejam fornecidas ao autor, sendo certo que sua utilização deve ser limitada à instrução da petição inicial da “ação popular”.

A requisição *judicial* destas certidões e informações, tal qual prevista pelo art. 7º, I, “b”, da Lei n. 4.717/1965, pressupõe a *negativa* de seu oferecimento ao autor diante de interesse público devidamente justificado que imponha a elas sigilo (art. 1º, § 6º, da Lei n. 4.717/1965). Como o § 7º do art. 1º da Lei n. 4.717/1965 autoriza que, em tal caso, a petição inicial venha desacompanhada daqueles elementos de prova, cabe ao magistrado requisitá-las – a exemplo do que, genericamente, prevê o art. 355 do Código de Processo Civil (v. Capítulo 4 da Parte IV do vol. 2, tomo I) –, avaliando as razões ofertadas para seu não oferecimento anterior. Feita a requisição, o processo correrá em segredo de justiça até o trânsito em julgado da sentença respectiva (art. 1º, § 7º, da Lei n. 4.717/1965).

De acordo com o art. 8º, *caput*, da Lei n. 4.717/1965, o descumprimento dos prazos para entrega das certidões, informações e, mais amplamente, cópias de documentos, para os fins do art. 1º, § 5º, e art. 7º, I, “b”, ambos da Lei n. 4.717/1965, acarreta a “pena de desobediência” – que, segundo o art. 330 do Código Penal, é de quinze dias a seis meses de detenção e multa –, salvo a comprovação de motivo justo devidamente comprovado pelo destinatário da determinação. O parágrafo único do mesmo art. 8º, reforçando a diretriz do § 5º do art. 1º da mesma Lei, salienta que o prazo tem início do dia em que entregue, sob recibo, o requerimento do (futuro) autor popular ou da requisição judicial respectiva.

O prazo para contestação é de *vinte dias*, prorrogáveis por igual período, desde que haja requerimento do réu e quando for “particularmente difícil a produção de prova documental”. Não cabe ao magistrado, destarte, prorrogar o prazo de ofício, diferentemente do que permite, para a “ação rescisória”, o art. 491 do Código de Processo Civil (v. n. 9 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 5).

O prazo, simples ou dilatado, é *comum* a todos os réus e tem início da entrega, em cartório do mandado de citação cumprido ou, se for o caso, do decurso do prazo do edital destinado àquela finalidade.

É visível a distinção da regra do art. 7º, IV, da Lei n. 4.717/1965, quando comparada com as constantes do Código de Processo Civil. Diante da especificidade da “ação popular”, são elas que devem prevalecer em detrimento das regras genéricas codificadas. É esta a razão pela qual também deve ser afastada, para o caso, a incidência da regra dos arts. 188 e 191 do Código de Processo Civil.

O inciso V do art. 7º da Lei n. 4.717/1965 faz menção ao “despacho saneador”, que, no sistema do Código de Processo Civil de 1973, deixou de existir. De qualquer sorte, o instante procedimental lá referido é o das “providências preliminares” dos arts. 323 a 328 do Código atual. Assim, ofertadas as contestações e ouvido o autor e o Ministério Público, na qualidade de fiscal da lei, a seu respeito, o magistrado assumirá uma das três alternativas lá previstas: determinará que sejam saneadas eventuais irregularidades, extinguindo, consoante o caso, o processo *sem* resolução do mérito (art. 329 do Código de Processo Civil); julgará antecipadamente a lide (art. 330 do Código de Processo Civil) ou designará audiência preliminar para que seja iniciada a fase instrutória (art. 331 do Código de Processo Civil), sendo certo, contudo, que, à luz do § 3º do mesmo dispositivo, não há razão para deixar de entender pertinente a sua dispensa, considerando, até mesmo, a *indisponibilidade* dos direitos e interesses usualmente tratados em sede de “ação popular”.

É, contudo, na hipótese em que o magistrado entender que o processo comporta “julgamento antecipado” que o inciso V do art. 7º da Lei n. 4.717/1965, de que as partes terão dez dias para “alegações”, tem maior aplicação. Ela deve ser observada até para que eventual julgamento independentemente da fase instrutória não *surpreenda* as partes e,

consequentemente, atrite com o “princípio do contraditório” (v. n. 5 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1). Até porque, de acordo com o mesmo dispositivo, o magistrado terá, após o oferecimento das alegações, quarenta e oito horas para proferir sentença.

O inciso VI do art. 7º da Lei n. 4.717/1965, pressupondo que a hipótese não seja de “julgamento antecipado da lide”, dispõe, similarmente ao que prevê o art. 456 do Código de Processo Civil, que, se a sentença não for proferida ao término da “audiência de instrução e julgamento” (v. n. 5 do Capítulo 9 da Parte IV do vol. 2, tomo I), ela o seja no prazo de quinze dias contados do recebimento dos autos pelo magistrado.

O prazo, assim como os demais previstos para situações semelhantes, apesar de merecer a nomenclatura de *impróprio*, deve ser observado com rigor até para que a diretriz constante do art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal – o “princípio da economia e eficiência processuais” – seja efetivamente cumprida (v. n. 15 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1). Tanto assim que o parágrafo único do art. 7º da Lei n. 4.717/1965, de forma bastante enérgica, prescreve que “o proferimento da sentença além do prazo estabelecido privará o juiz da inclusão em lista de merecimento para promoção, durante 2 (dois) anos, e acarretará a perda, para efeito de promoção por antiguidade, de tantos dias quantos forem os do retardamento, salvo motivo justo, declinado nos autos e comprovado perante o órgão disciplinar competente”.

9. SENTENÇA

Os arts. 11 a 13 da Lei n. 4.717/1965 disciplinam especificamente a sentença a ser proferida na “ação popular”.

O primeiro daqueles dispositivos, em estreita consonância com o quanto exposto pelo n. 6, *supra*, evidencia a possibilidade de a sentença conter, quando menos, *dois capítulos*: o primeiro, dedicado ao *reconhecimento* (ou “decretação”, como quer a regra em análise) da *invalidade* do ato impugnado; o segundo, voltado à imposição no dever de os responsáveis pela prática do ato inválido e seus respectivos beneficiários recomponem as perdas e danos (ou, como se lê da regra analisada, sua “condenação” ao pagamento de perdas e danos).

O mesmo art. 11, outrossim, traz regra que se afina à previsão do art. 37, § 5º, da Constituição Federal: a sentença deve ressaltar a “ação regressiva contra os funcionários causadores de dano, quando incorrerem em culpa”. Não se trata de entender que a persecução judicial da responsabilidade daqueles sujeitos seja *imprescritível* (v. n. 14, *infra*), mas, bem diferentemente, que ela seja resguardada (ressalvada), isto é, que os agentes públicos que tenham responsabilidade *pessoal* nos danos afinal reconhecidos existentes pela sentença paguem por eles com o *seu* próprio patrimônio. A execução respectiva, destarte, poderá, consoante o caso, ser dirigida *diretamente* contra o patrimônio daqueles agentes, independentemente de quem assuma o papel de exequente que, em se tratando de “ação popular”, aceita uma série de variantes que são estudadas pelo n. 12, *infra*.

O art. 14 da Lei n. 4.717/1965 disciplina a fixação do *quantum debeatur* pela sentença. De acordo com o *caput* do dispositivo, a sentença indicará, desde logo, o “valor da lesão” se ele ficar provado na etapa cognitiva do processo. A regra continua para destacar que, se a apuração do *quantum* “depender de avaliação ou perícia”, ela será realizada na fase de liquidação, que antecederá a de cumprimento de sentença, observando-se as regras dos arts. 475-C a 475-F, consoante o caso (v. ns. 8 e 9 do Capítulo 5 da Parte I do vol. 3).

A melhor interpretação para o dispositivo é no sentido de a sentença, na “ação popular”, não precisar, invariavelmente, indicar o *quantum debeatur* desde logo. O que a regra em exame quer é que ela indique, com precisão, o *an debeatur*, isto é, reconheça a nulidade ou anulabilidade do questionado e, se for o caso, a existência de danos dele derivados a serem suportados pelos seus responsáveis e/ou beneficiários. Sem destoar do que se dá para o sistema processual civil como um todo, quando não tiver sido possível, na “etapa cognitiva”, a apuração do *quantum debeatur*, é correto postergar a tarefa para a fase de liquidação. Expresso nesse sentido: STJ, 2ª Turma, REsp 146.756/SP, rel. Min. João Otávio de Noronha, j.un. 9.12.2003, DJ 9.2.2004, p. 139.

Os §§ 1º e 2º do art. 14 da Lei n. 4.717/1965 ocupam-se de situações específicas com relação à fixação imediata do *quantum*: assim, “quando a lesão resultar da falta ou isenção de qualquer pagamento, a condenação

imporá o pagamento devido, com acréscimo de juros de mora e multa legal ou contratual, se houver” e “quando a lesão resultar da execução fraudulenta, simulada ou irreal de contratos, a condenação versará sobre a reposição do débito, com juros de mora”.

Um terceiro capítulo da sentença da “ação popular” vem disciplinado pelo art. 12 da Lei n. 4.717/1965. De acordo com o dispositivo, “a sentença incluirá sempre, na condenação dos réus, o pagamento, ao autor, das custas e demais despesas, judiciais e extrajudiciais, diretamente relacionadas com a ação e comprovadas, bem como o dos honorários de advogado”. A regra amolda-se ao “princípio da sucumbência” tal qual decorrente do Código de Processo Civil (v. n. 4 do Capítulo 2 da Parte IV do vol. 1).

O referido princípio, contudo, é afastado em relação ao *autor*, a não ser que a sentença declare que ele – e não os réus – tenha agido de má-fé. Em tal hipótese tem incidência o disposto no art. 13 da Lei n. 4.717/1965 cuja disciplina está em harmonia com o disposto na parte final do inciso LXXIII do art. 5º da Constituição Federal, segundo o qual o autor popular é isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência “salvo comprovada má-fé”. De acordo com a previsão infraconstitucional, “a sentença que, apreciando o fundamento de direito do pedido, julgar a lide manifestamente temerária, condenará o autor ao pagamento do décuplo das custas”.

Assim, desde que a sentença reconheça que o autor popular agiu de má-fé (“lide temerária”), ele será responsabilizado pelo pagamento de verba correspondente a *dez vezes* o valor das custas processuais. Por força da previsão constitucional, que distingue, com nitidez, “custas judiciais” dos “ônus da sucumbência”, não há como afastá-lo *também* da responsabilização pelo pagamento dos honorários dos advogados do réu que, à falta de regra própria, serão arbitrados em consonância com os parâmetros do art. 20 do Código de Processo Civil (v. n. 4.3 do Capítulo 4 da Parte II do vol. 1).

O papel desempenhado pelos dispositivos destacados é tanto mais importante porque, de acordo com o art. 10 da Lei n. 4.717/1965, “as partes só pagarão custas e preparo a final”, o que significa que, para a “ação popular”, é expressamente excepcionada a regra do art. 19, *caput*, do Código de Processo Civil, segundo a qual as despesas relativas aos atos processuais devem ser *antecipadas* pela parte que requer a sua prática ou, nas condições estabelecidas pelo § 2º do mesmo dispositivo, pelo *autor*.

Neste sentido, aludindo ao art. 18 da Lei n. 7.347/1985 (v. n. 13 do Capítulo 1 da Parte II): STJ, 2ª Turma, REsp 1.225.103/MG, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j.un. 21.6.2011, DJe 2.8.2011.

O art. 15 da Lei n. 4.717/1965 prevê que, se, no curso do processo, “ficar provada a infringência da lei penal ou a prática de falta disciplinar a que a lei comine a pena de demissão ou a de rescisão de contrato de trabalho, o juiz, ‘ex officio’, determinará a remessa de cópia autenticada das peças necessárias às autoridades ou aos administradores a quem competir aplicar a sanção”.

A previsão, que bem pode constar da sentença – embora não haja razão para descartar sua incidência, consoante as circunstâncias, de outras fases do processo anteriores à sua prolação –, não retira do Ministério Público o *dever* de tomar igual atitude, o que só robustece a importância de sua participação na “ação popular” na qualidade de *fiscal da lei* (v. n. 5.2, *supra*).

10. RECURSOS

O art. 19 da Lei n. 4.717/1965, que tem redação dada pela Lei n. 6.014/1973, que ajustou a previsão original, rente ao sistema recursal do Código de Processo Civil de 1939, às alterações trazidas com o Código de Processo Civil de 1973, prevê que a sentença ficará sujeita ao “reexame necessário” quando “concluir pela carência ou pela improcedência da ação”.

O reexame necessário, como expõe o n. 1 do Capítulo 2 da Parte III do vol. 5, é *sucedâneo recursal* que inibe a produção dos efeitos de determinadas sentenças até que o Tribunal competente a analise independentemente da interposição de qualquer recurso pelos eventuais prejudicados. Esta característica do instituto, embora expressamente destacada na previsão legislativa em destaque, é inócua para a espécie porque nas duas hipóteses em que sujeita ao reexame necessário a sentença proferida na “ação popular” ela não tem aptidão de produzir, de imediato, nenhum efeito.

Com efeito chama a atenção do intérprete a circunstância de que o “reexame necessário” da “ação popular”, diferentemente daquele previsto de forma genérica no art. 475 do Código de Processo Civil – assim como no “mandado de segurança” (v. n. 12 do Capítulo 1) –, não é instituído em favor

da Fazenda Pública, mas em prol do cidadão ou, mais amplamente, do *autor* popular. É essa a razão pela qual sua reanálise compulsória só será feita se a sentença reconhecer o autor “carente da ação”, isto é, se imputar a ele a falta de qualquer uma das condições da ação ou se *rejeitar* o seu pedido. Só nestas hipóteses é que, independentemente de eventual recurso apresentado pelo próprio autor, os autos deverão ser enviados ao Tribunal competente para o reexame necessário.

O mesmo art. 19, *caput*, prevê, ainda, que da sentença que “julgar a ação procedente”, isto é, que *acolher* o pedido do autor, “caberá apelação, com efeito suspensivo”.

A previsão, em rigor, é inócua à luz do sistema processual civil vigente, dada a amplitude do art. 513 do Código de Processo Civil, reforçado, ademais, pelo art. 22 da Lei n. 4.717/1965, que prevê a subsidiariedade daquele Código para a “ação popular”. A regra, analisada por este viés, tem sabor histórico, máxime porque, na sua redação original, a apelação já era prevista como o recurso cabível e não o “agravo de petição” que, em geral, era o indicado nos casos disciplinados pela legislação processual civil extravagante.

De qualquer sorte, importa destacar que o efeito suspensivo à apelação, que ainda é a regra que decorre do *caput* do art. 520 do Código de Processo Civil (v. n. 4.2 do Capítulo 6 da Parte I do vol. 5), não inibe que a sentença produza, desde logo, o “efeito anexo” previsto no § 4º do art. 14 da Lei n. 4.717/1965 (v. n. 12, *infra*), que busca, em última análise, admitir o “sequestro” e/ou a “penhora” de bens dos responsáveis pela ilegalidade ou de seus beneficiários e, nesta medida, assegurar resultado útil ao processo em sua ulterior etapa executiva. Também não há por que afastar o sistema processual civil e permitir que o magistrado *antecipe* outros efeitos da sentença, caso se façam presentes os pressupostos do art. 273 do mesmo Código, na forma como expõe o n. 2 do Capítulo 1 da Parte I do vol. 4.

Questão interessante sobre o *caput* do art. 19 da Lei n. 4.717/1965 é a de saber se, diante do silêncio da regra, a apelação interposta da sentença que extingue o processo *sem* julgamento de mérito (art. 267 do Código de Processo Civil) ou da que rejeita o pedido autoral tem efeito suspensivo. A resposta, por força da aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, só pode ser *positiva*. Até porque, embora referindo-se ao reexame

necessário, a regra em comento enfatiza que, em tais hipóteses, a sentença não surtirá efeitos senão depois de confirmada pelo tribunal.

Consequência desta resposta é a compreensão de que os *efeitos* de eventual decisão *antecipatória* da tutela ou *assecuratória* do resultado útil do processo (v. n. 13, *infra*) deverão ser preservados, a despeito do conteúdo contrário, em sentido *lógico*, da sentença. Eventual superação do paradoxo decorrente desta situação deve ser buscada pelos mecanismos estudados pelo n. 3.2 do Capítulo 5 da Parte I do vol. 5.

O § 1º do art. 19 da Lei n. 4.717/1965, também na redação dada pela Lei n. 6.014/1973, prevê que de todas as decisões interlocutórias cabe o recurso de agravo de instrumento. Importa interpretar a regra levando em conta as modificações experimentadas pelo recurso de agravo mais recentemente, em especial a Lei n. 11.187/2005: a regra é que o agravo seja *retido*, deixando-se o agravo de instrumento para os casos previstos no *caput* do art. 522 do Código de Processo Civil: inadmissão do recurso de apelação; decisão relativa aos efeitos em que a apelação é recebida e, mais amplamente, todas aquelas situações em que se faz necessário o reexame *imediato* da interlocutória perante o Tribunal recursal competente (v. n. 2 do Capítulo 7 da Parte I do vol. 5).

Por sua vez, o § 2º do art. 19 da Lei n. 4.717/1965, que também recebeu nova redação da Lei n. 6.014/1973, amplia a *legitimidade* recursal na “ação popular”. De acordo com o dispositivo, “das sentenças e decisões proferidas contra o autor da ação e suscetíveis de recurso, poderá recorrer qualquer cidadão e também o Ministério Público”.

Assim, não só o cidadão que se tenha apresentado como *autor* tem legitimidade para recorrer das decisões que lhe sejam prejudiciais, mas, mais amplamente, qualquer *outro* cidadão. Trata-se de regra importante que contribui para um mais amplo e efetivo acesso à justiça ao longo de todo o processo, mesmo que somente na fase recursal. Uma vez mais, fica clara a intenção da lei de permitir que *qualquer cidadão* possa agir em nome de toda a coletividade, que, em tese, pode ser afetada pelo ato questionado.

O reconhecimento da legitimidade do Ministério Público pelo mesmo dispositivo legal não desperta qualquer dificuldade. Para tal fim, já seria bastante o art. 7º, I, “a”, da Lei n. 4.717/1965 e o reconhecimento de que sua participação na “ação popular” dá-se na qualidade de *custos legis* e, como

tal, legitimado para recorrer nos precisos termos do art. 499, § 2º, do Código de Processo Civil (v. n. 2.2.3 do Capítulo 3 da Parte I do vol. 5).

Dado o silêncio do art. 19 e, mais amplamente, de toda a Lei n. 4.717/1965, todos os demais recursos são aqueles decorrentes do sistema processual civil, o que dispensa, nesta sede, qualquer outra consideração, suficientes aquelas expostas, passo a passo, no vol. 5. No particular, deve-se dar ampla aplicação ao art. 22 daquele diploma legal que determina expressamente a aplicação das regras do Código de Processo Civil “à ação popular (...) naquilo em que não contrariem os dispositivos desta lei, nem a natureza específica da ação”. Não há espaço aqui para a discussão que, para o “mandado de segurança”, a falta de regra similar nas suas leis de regência, inclusive na mais recente, a Lei n. 12.016/2009, é, ainda hoje, tão presente (v. n. 18 do Capítulo 1).

11. COISA JULGADA

O art. 18 da Lei n. 4.717/1965 disciplina a coisa julgada na “ação popular”.

De acordo com o dispositivo, “a sentença terá eficácia de coisa julgada oponível ‘erga omnes’, exceto no caso de haver sido a ação julgada improcedente por deficiência de prova; neste caso, qualquer cidadão poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova”.

A regra, tal qual estatuída, excepciona o sistema do Código de Processo Civil ao dispor que não haverá coisa julgada quando a rejeição do pedido (“improcedência da ação”) justificar-se por deficiência de prova, o que autoriza que qualquer cidadão volte a romper a inércia jurisdicional para o *mesmo* fim “valendo-se de nova prova”.

Para o Código de Processo Civil, a improcedência do pedido motivada pela ausência ou insuficiência de provas fica acobertada pela coisa julgada material quando esgotados os recursos cabíveis da sentença respectiva ou quando não interpostos.

Segundo se lê na doutrina especializada, a motivação do legislador foi a de evitar eventual conluio entre algum cidadão (mal-intencionado) e o réu com relação às provas disponíveis para a invalidade e/ou lesão. Que uma fase instrutória mal sucedida pudesse vedar que outros cidadãos questionassem o *mesmo* ato munidos de outras provas acerca do *mesmo* fato.

É esta a razão pela qual não forma coisa julgada material a sentença que deixar de acolher o pedido do autor por falta de provas.

Questão pertinente sobre o dispositivo em exame é a de se saber se sua incidência pressupõe que a sentença evidencie que a improcedência do pedido dá-se pela reconhecida insuficiência de provas ou se, independentemente da motivação, o aparecimento de uma *nova* prova é capaz, por si só, de afastar eventual coisa julgada anterior.

É certo que a *motivação* da sentença, embora *não* transite em julgado (art. 469, I, do Código de Processo Civil; v. n. 4 do Capítulo 2 da Parte V do vol. 2, tomo I), é fator decisivo para a pesquisa sobre os limites *objetivos*, *subjetivos* e, até mesmo, *temporais* da coisa julgada. De qualquer sorte, a melhor interpretação, máxime diante da teoria que defende a “relativização da coisa julgada” (v. n. 7.1 do Capítulo 2 da Parte V do vol. 2, tomo I), é de admitir que a apresentação de *novas* provas sobre o *mesmo* fato é, por si só, fator bastante a autorizar uma *nova* provocação do Estado-juiz em busca da prestação de tutela jurisdicional negada anteriormente.

A circunstância de a coisa julgada na “ação popular” operar-se *erga omnes*, isto é, perante todos, como quer o art. 18 da Lei n. 4.717/1965, não destoa do sistema codificado. Trata-se, bem diferentemente, de consequência natural do sistema da legitimação extraordinária que o art. 1º daquela lei e, mais amplamente, o art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, reconhecem ao cidadão para *agir*, jurisdicionalmente, em nome de toda a coletividade. O legitimado extraordinário age em juízo para *vincular*, na medida de sua atuação, aqueles que não agem, embora pudessem agir. Para evitar esta decorrência do sistema, totalmente consonante ao “modelo constitucional”, importa que haja previsão expressa em sentido contrário. É o que o próprio art. 18 prevê com relação à “deficiência de prova” e, mais amplamente, o que, para as “ações civis públicas” e demais “ações coletivas”, está previsto nos incisos I e II do art. 103 do Código do Consumidor (v. ns. 10 e 7 dos Capítulos 1 e 2 da Parte II, respectivamente).

12. EXECUÇÃO

O art. 14, § 3º, da Lei n. 4.717/1965 traz importante regra sobre as técnicas a serem empregadas pelo magistrado na “execução” ou “cumprimento da sentença” proferida em “ação popular”.

De acordo com o dispositivo, “quando o réu condenado perceber dos cofres públicos, a execução far-se-á por desconto em folha até o integral ressarcimento do dano causado, se assim mais convier ao interesse público”. A crítica que se pode fazer ao dispositivo é a de que salários, vencimentos, subsídios e proventos dos trabalhadores em geral são *impenhoráveis* na forma regrada pelo art. 649, IV, do Código de Processo Civil (v. n. 2.4 do Capítulo 4 da Parte II do vol. 3).

A melhor interpretação para a hipótese, contudo, é a de entender que a regra em comento afasta a genérica impenhorabilidade da retribuição pelo trabalho prevista pelo dispositivo codificado. Importa, contudo, compatibilizar a previsão legislativa com o “princípio da dignidade da pessoa humana”, de estatura constitucional (art. 1º, III, da Constituição Federal). Para tanto, cabe entender legítima a adoção da técnica executiva tal qual prevista desde que o servidor receba dos cofres públicos o que lhe seja suficiente para sua própria subsistência e de sua família.

O § 4º do art. 14 da mesma Lei, por sua vez, prevê o que o n. 10 do Capítulo 1 da Parte V do vol. 2, tomo I, chama de “efeitos *anexos* da sentença”. De acordo com ele, “a parte condenada a restituir bens ou valores ficará sujeita a sequestro e penhora, desde a prolação da sentença condenatória”. Trata-se de regra que *amplia* a previsão do art. 466 do Código de Processo Civil e a “hipoteca judiciária” lá prevista, porque admite a prática de atos executivos sobre o patrimônio do executado *independentemente* de interposição de quaisquer recursos da sentença respectiva (v. n. 10, *supra*).

A *legitimidade* para a execução na ação popular aceita variantes consoante se façam presentes as hipóteses previstas nos arts. 16 e 17 da Lei n. 4.717/1965. Aquelas regras preveem uma verdadeira legitimidade *sucessiva* para a prática dos atos tendentes à prestação da tutela jurisdicional tal qual reconhecida na sentença.

De acordo com o primeiro daqueles dispositivos, “caso decorridos 60 (sessenta) dias da publicação da sentença condenatória de segunda instância, sem que o autor ou terceiro promova a respectiva execução, o representante do Ministério Público a promoverá nos 30 (trinta) dias seguintes, sob pena de falta grave”. É dizer: uma vez confirmada, em fase recursal, a sentença de *procedência* do pedido, cabe ao autor popular – ou a qualquer outro

cidadão, tratado como *terceiro* pela regra – dar início à sua execução observando o disposto no art. 475-J do Código de Processo Civil (v. n. 3 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 3). Caso não o faça no prazo de sessenta dias, caberá ao Ministério Público assumir a condução do processo nesta etapa, nos trinta dias seguintes, sob pena de responsabilização do agente.

Trata-se da mesma solução que acabou sendo incorporada – e aperfeiçoada – pelo art. 15 da Lei n. 7.347/1985 para a “ação civil pública” (v. n. 11 do Capítulo 1 da Parte II). É importante, por isto mesmo, entender que os sessenta dias dos quais terá o órgão ministerial o prazo de trinta dias para assumir a condução da etapa executiva pressupõem o trânsito em julgado. Embora eventual recurso especial e/ou recurso extraordinário a ser interposto do acórdão que confirme sentença favorável à pretensão do autor popular não tenham o condão de inibir o início de sua *execução provisória* (v. n. 8.2 do Capítulo 11 da Parte I do vol. 5), não é menos certo que, pelo sistema processual civil, a execução provisória é mera *faculdade* do exequente, não sendo correto, destarte, impor o ônus de seu início ao autor popular. Assim, os “sessenta dias da publicação da sentença condenatória de segunda instância” a que se refere o art. 16 da Lei n. 4.717/1965 devem ser entendidos como os sessenta dias que se seguem ao trânsito em julgado da decisão que se pretende executar.

Assim, robustece a importância da atuação do Ministério Público na qualidade de fiscal da lei para os fins da “ação popular” o disposto no artigo em comento em prol de uma efetiva prestação da tutela jurisdicional. A regra, importante frisar, é perfeitamente compatível com o “modelo constitucional” e evidencia o grau de *indisponibilidade* dos direitos e dos interesses que, mercê da decisão proferida, foram considerados violados pelos réus da “ação popular”.

O art. 17 da Lei n. 4.717/1965, por sua vez, reconhece que as pessoas e as entidades referidas no art. 1º daquele mesmo diploma legislativo possam “sempre” e “em qualquer tempo” promover a execução da sentença em face dos réus “no que as beneficiar” e “ainda que hajam contestado a ação” (isto é, o pedido).

A regra, que engrandece as instituições democráticas, porque as distingue de seus agentes, políticos e administrativos, deve ser entendida amplamente,

sem necessidade de observância dos prazos que vinculam, em alguma medida, a assunção da legitimidade executiva do Ministério Público.

13. TUTELA PREVENTIVA

O § 4º do art. 5º da Lei n. 4.717/1965, incluído pela Lei n. 6.513/1977, prevê que “na defesa do patrimônio público caberá a suspensão liminar do ato lesivo impugnado”.

A diretriz deve ser entendida, na atualidade, amplamente, em consonância com o “modelo constitucional” e em ampla sintonia com o sistema processual civil dali decorrente.

Assim, é irrecusável que o magistrado, quando estiver diante dos pressupostos respectivos, exerça o seu “dever-poder geral de antecipação” e/ou o seu “dever-poder geral de cautela”. Não há, na “ação popular” nenhuma peculiaridade digna de destaque sobre o assunto, suficientes, por isso mesmo, as considerações feitas a respeito do tema no vol. 4, em especial no n. 2 do Capítulo 1 da Parte I e no Capítulo 2 da Parte II, respectivamente.

Cabe o destaque, contudo, que, por força da previsão genérica do art. 4º, *caput*, da Lei n. 8.437/1992, a pessoa jurídica de direito público interessada poderá, diante dos respectivos pressupostos, requerer a “suspensão” de eventual decisão liminar do magistrado, sem prejuízo de se valer *também* do recurso de agravo de instrumento previsto para a hipótese (art. 4º, §§ 5º e 6º, da Lei n. 8.437/1992). A hipótese pressupõe, de qualquer sorte, que a pessoa jurídica *opte* por atuar ao lado do réu, como lhe permite o § 3º do art. 6º da Lei n. 4.717/1965 (v. n. 5.1, *supra*).

14. PRESCRIÇÃO

De acordo com o art. 21 da Lei n. 4.717/1965, “a ação prevista nesta lei prescreve em 5 (cinco) anos”.

O dispositivo traz à lembrança o estabelecido no § 5º do art. 37 da Constituição Federal, segundo o qual: “A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízo ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”.

A ressalva, expressamente feita pela regra constitucional, é, em geral, interpretada no sentido de que quaisquer pretensões ressarcitórias em favor de pessoas ou entidades públicas seriam *imprescritíveis*. É o que, no âmbito da “ação de improbidade administrativa”, é largamente difundido e aceito, de forma amplamente majoritária pela doutrina e pela jurisprudência, como expõe o n. 15 do Capítulo 5.

Embora este *Curso*, com as vênias cabíveis, não compartilhe daquele entendimento pelas razões que expõe o número já indicado, não deixa de ser curioso que o art. 21 ora em exame não desperta questionamento similar. O que parece mais correto, de qualquer sorte, é entender inconciliável o entendimento da *imprescritibilidade* das lesões experimentadas pelo erário e a *prescritibilidade* quinquenal da “ação popular”. Se é certo que a *invalidação* do ato questionado é pressuposto necessário para a determinação de reposição de danos ao erário para os fins da Lei n. 4.717/1965, a compreensão de que se trata de ato *improbo* também o é para os fins similares da Lei n. 8.429/1992.

Assim, do mesmo modo que aquele reconhecimento jurisdicional está sujeito ao prazo prescricional de cinco anos, a pretensão ressarcitória que *também* pode ser veiculada em “ação popular” fica, nos precisos termos do dispositivo examinado, sujeita ao *mesmo* prazo.

A melhor interpretação para o § 5º do art. 37 da Constituição Federal, de resto, não é a de supor *imprescritíveis* as “ações” que se voltem à reparação de danos ao erário, mas, apenas e tão somente, a de distinguir os prazos para que os *agentes* causadores dos danos respondam, direta e pessoalmente, por seus atos. É o que buscam, indistintamente, a “ação popular” e a “ação de improbidade administrativa”.

Superada esta discussão, cumpre destacar que o *dies a quo* do prazo prescricional é o da data da publicidade do ato questionado, isto é, do ato concreto lesivo ao direito postulado pelo autor popular. Nesse sentido: STJ, 2ª Turma, REsp 755.059/SP, rel. Min. Humberto Martins, j.un. 11.12.2007, DJ 7.2.2008, p. 1; STJ, 2ª Turma, AgRg no Ag 636.917/DF, rel. Min. João Otávio de Noronha, j.un. 16.10.2007, DJ 9.11.2007; STJ, 2ª Turma, REsp 693.959/DF, rel. Min. João Otávio de Noronha, j.un. 17.11.2005, DJ 1.2.2006, p. 491, e STJ, 1ª Turma, REsp 337.447/SP, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j.un. 4.12.2003, DJ 19.12.2003, p. 321.

CAPÍTULO 5

Ação de improbidade administrativa

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O combate aos atos de improbidade administrativa tem expressa previsão no § 4º do art. 37 da Constituição Federal, que tem a seguinte redação:

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

§ 4º 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”.

A disciplina daquele dispositivo constitucional deu-se com a Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992, que “dispõe sobre as 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”.

A Lei n. 8.429/1992, em seu art. 17, disciplina o procedimento da chamada “ação de improbidade administrativa” que, na forma como expõe a Apresentação, deve ser entendida como o *procedimento* que caracteriza o processo jurisdicional cujo objeto *imediato* é a aplicação das consequências *materiais* reguladas por aquele mesmo diploma legislativo, em especial as sanções previstas nos incisos I a III de seu art. 12.

A constitucionalidade formal da Lei n. 8.429/1992, por violação ao “princípio da bicameralidade” consagrado no art. 65 da Constituição Federal, foi posta em discussão perante o Supremo Tribunal Federal. Trata-

se da ADI 2.182/DF, rel. Min. Marco Aurélio, julgada improcedente por maioria de votos, contra o voto do Relator. Já na ADI 4.295/DF, promovida pelo Partido da Mobilização Nacional e distribuída ao mesmo Ministro, discute-se a constitucionalidade de alguns dos “tipos” de improbidade administrativa (arts. 9º a 11 da Lei n. 8.429/1992), bem como das sanções que lhe são correlatas (arts. 12 e 20 da Lei n. 8.429/1992, dentre outros), ainda pendente de julgamento.

2. INQUÉRITO CIVIL

O art. 14, *caput*, da Lei n. 8.429/1992 garante a qualquer pessoa o direito de representar à autoridade administrativa competente para que seja instaurado *processo administrativo* voltado à apuração de ato de improbidade administrativa, observando-se os diplomas legislativos aplicáveis à espécie (art. 14, § 3º, da Lei n. 8.429/1992), resguardando-se, em qualquer caso, os princípios do *contraditório*, da *ampla defesa* e, enfim, todas as garantias inerentes ao “devido processo legal” (art. 5º, LIV e LV, da Constituição Federal).

A representação, que será escrita ou reduzida a termo pela autoridade e assinada, deverá conter a qualificação de quem a formula (o “representante”), as informações sobre o fato inquinado de ímprobo, sua autoria e a indicação das provas de que se tenha conhecimento (art. 14, § 1º, da Lei n. 8.429/1992), sob pena de ser rejeitada (art. 14, § 2º, da Lei n. 8.429/1992). É crime punido com a pena de detenção de seis a dez meses e multa a representação pela prática de ato de improbidade administrativa por quem sabe ser o representante inocente (art. 19, *caput*, da Lei n. 8.429/1992). O parágrafo único do dispositivo ressalva, além das sanções penais, a responsabilidade do denunciante por eventual indenização em favor do denunciado pelos danos materiais, morais ou à imagem que sua iniciativa causar.

De acordo com o art. 15 da Lei n. 8.429/1992, a comissão processante dará conhecimento da representação ao Ministério Público e ao Tribunal de Contas da existência do *processo* administrativo instaurado para a apuração da prática do ato de improbidade administrativa. Tanto o Ministério Público como o Tribunal de Contas poderão nomear representante seu para acompanhar aquele processo.

Sem prejuízo da iniciativa das autoridades administrativas, e até mesmo quando rejeitada a representação iniciada nos moldes destacados acima (art. 14, § 2º, da Lei n. 8.429/1992), compete ao Ministério Público, de ofício, a requerimento de autoridade administrativa ou por representação formulada de acordo com as regras do mesmo art. 14, requisitar a instauração de inquérito policial ou o cabível *processo* administrativo. A previsão do art. 22 da Lei n. 8.429/1992 não exclui a iniciativa de o próprio Ministério Público determinar, de ofício, a instauração de inquérito civil público para apurar o fato, observando as regras que os arts. 8º e 9º da Lei n. 7.347/1985 reservam para a espécie (v. n. 2 do Capítulo 1 da Parte II), razão pela qual a 2ª Turma do STJ (RMS 38.010/RJ, rel. Min. Herman Benjamin, j.un. 2.5.2013, DJe 16.5.2013) entendeu possível o prosseguimento de inquérito civil público iniciado com base em denúncia anônima. Tanto lá como cá, contudo, não há qualquer obrigatoriedade na prévia instauração do inquérito civil para o ajuizamento da “ação de improbidade administrativa”. Tampouco na abertura de prévio processo administrativo contra os réus acusados da prática de atos de improbidade. Tanto que eventuais defeitos naquelas peças informativas não conduzem à nulidade do processo jurisdicional ou dos atos nele praticados. Neste sentido: STJ, 1ª Turma, AgRg no AREsp 113.436/SP, rel. Min. Benedito Gonçalves, j.m.v. 10.4.2012, DJe 18.5.2012.

O que importa é que também no âmbito do inquérito civil público as garantias constitucionais inerentes a qualquer *processo administrativo* sejam asseguradas. Importa destacar que o “investigado” não é *objeto*, mas *sujeito* de direitos.

É do resultado destas investigações que a “ação de improbidade administrativa” será proposta pelo legitimado ativo precedida, ou não, consoante o caso, de alguma medida jurisdicional *preparatória* ou *preventiva* (v. n. 14, *infra*). É, portanto, em sentido ampliativo que deve ser interpretado o *caput* do art. 16 da Lei n. 8.429/1992, segundo o qual: “Havendo fundados indícios de responsabilidade, a comissão representará ao Ministério Público ou à procuradoria do órgão para que requeira ao juízo competente a decretação do sequestro dos bens do agente ou terceiro que tenha enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público”.

3. COMPETÊNCIA

Peculiaridade digna de destaque sobre a competência em se tratando de “ações de improbidade administrativa” diz respeito à existência do chamado “foro privilegiado” ou, mais tecnicamente, “foro por prerrogativa de função” quando é réu algum agente político ou, mais amplamente, quando é réu alguém que, no âmbito do direito processual *penal*, tem, na Constituição Federal, aquela prerrogativa.

A resposta é negativa. Não existe, desde o “modelo constitucional do direito processual civil”, nenhuma regra que altere o sistema processual civil para a competência no caso em exame, vedada a interpretação por analogia com as situações em que, para fins de persecução *penal*, é prevista na Constituição Federal a prerrogativa de foro. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se, em um primeiro instante, neste sentido (v.g.: CE, Rcl 2.723/SP, rel. Min. Laurita Vaz, j.m.v. 15.10.2008, DJe 6.4.2009; STJ, CE, AgRg na Rcl 1.164/SP, rel. Min. Fernando Gonçalves, j.un.15.3.2006, DJ 27.3.2006, p. 134), tanto quanto a do Supremo Tribunal Federal (v.g.: Pet 4.498/AM, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 25.3.2009, DJe 31.3.2009, fazendo expressa menção ao AI-AgR 653.882/SP, rel. Min. Celso de Mello e ao AI-AgR 538.389/SP, rel. Min. Eros Grau), máxime se o processo já estiver em fase de cumprimento de sentença (STF, Pleno, Pet-QO 3.923/SP, rel. Min. Joaquim Barbosa, j.un. 13.6.2007, DJe 26.9.2008).

O Supremo Tribunal Federal, contudo, teve oportunidade de assegurar o foro por prerrogativa de função em “ação de improbidade administrativa” movida contra Ministro daquele Tribunal por ato praticado anteriormente à sua nomeação na qualidade de Advogado-Geral da União (Pet-QO 3.211/DF, rel. p./acórdão Min. Menezes Direito, j.m.v. 13.3.2008, DJe 27.6.2008), o que ensejou verdadeira reviravolta na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça acerca do tema, como fazem prova os seguintes julgados: CE, AgRg na Rcl. 2.115/AM, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j.un. 18.11.2009, DJe 16.12.2009; CE, Rcl 2.790/SC, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j.un. 2.12.2009, DJe 4.3.2010; 2ª Turma, REsp 1.235.952/RN, rel. Min. Herman Benjamin, j.un. 2.6.2011, DJe 15.6.2011; 1ª Turma, AgRg no Ag 1.404.254/RJ, rel. Min. Benedito Gonçalves, j.un. 27.9.2011, DJe 17.10.2011; 1ª Turma, AgRg na MC 18.692/RN, rel. Min. Napoleão Nunes

Maia Filho, j.un. 15.3.2012, DJe 20.3.2012 e 1ª Seção, Rcl 4.213/ES, rel. Min. Humberto Martins, j.un. 8.8.2012, DJe 15.8.2012.

À falta de qualquer previsão constitucional expressa a respeito, contudo, não há como, com o devido respeito, concordar com o entendimento exposto.

A Lei n. 10.628/2002 já buscou alterar este quadro, ao modificar os §§ 1º e 2º do art. 84 do Código de Processo Penal e estender a competência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça para o processamento de agentes políticos, mesmo quando já tivessem deixado o cargo. A questão chegou ao primeiro daqueles Tribunais por intermédio de duas “ações diretas de inconstitucionalidade” que foram acolhidas, declarando-se *inconstitucionais* as regras (STF, Pleno, ADI 2.860/DF e ADI 2.797/DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j.m.v. 15.9.2005, DJ 19.12.2006, p. 37). A fundamentação suficiente para tanto é a de ser *taxativa* a competência *constitucionalmente* fixada para aquelas Cortes, interditada, conseqüentemente, a lei infraconstitucional de disciplinar diferentemente. O entendimento, no particular, foi seguido pelo Superior Tribunal de Justiça (1ª Turma, REsp 901.049/MG, rel. Min. Luiz Fux, j.un. 16.12.2008, DJe 18.2.2009; 2ª Turma, REsp 767.187/SC, rel. Min. Herman Benjamin, j.un. 21.10.2008, DJe 19.12.2008; 2ª Turma, REsp 827.966/SP, rel. Min. Eliana Calmon, j.un. 18.9.2008, DJe 21.10.2008; 1ª Turma, AgRg no Ag 969.454/RJ, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j.un. 12.8.2008, DJe 21.8.2008, e 1ª Turma, REsp 817.639/ES, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j.un. 15.2.2007, DJ 26.4.2007, p. 223) que só mais recentemente reviu-o, ainda que por fundamento diverso, como demonstrado precedentemente.

Há Proposta de Emenda à Constituição (PEC n. 115/2007), de autoria do ex-Deputado Federal Paulo Renato (PSDB-SP), que pretende criar um “Tribunal Superior de Probidade Administrativa” com competência para processar e julgar, originariamente, os atos de improbidade administrativa e, bem assim, os crimes a ela relacionados quando praticada por agentes que, no âmbito penal, já têm foro por prerrogativa de função de acordo com o “modelo constitucional” hoje vigente. A iniciativa, polêmica, aguarda votação na Câmara dos Deputados. Se aprovada, contudo, o entendimento exposto pelos parágrafos anteriores perderá seu substrato jurídico.

A 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça (CC 100.682/MG, rel. Min. Castro Meira, j.un. 10.6.2009, DJe 18.6.2009) já teve oportunidade de

decidir que “ação de improbidade administrativa” movida pelo Ministério Público Estadual em face de policiais militares deve ser processada perante a justiça *comum*, não sendo alcançada pelo art. 125, § 4º, da Constituição Federal, que, depois da Emenda Constitucional n. 45/2004, reservou para a justiça militar estadual a competência para a discussão de atos disciplinares militares, hipótese que não se confunde com o bem tutelado pela Lei n. 8.429/1992, que recai sobre os próprios agentes e não sobre a “administração militar” (v. n. 6 do Capítulo 3 da Parte II do vol. 1).

3.1. Prevenção

O § 5º do art. 17 da Lei n. 8.429/1992, acrescentado pela Medida Provisória n. 2.180-35/2001, mantida vigente e eficaz pelo art. 2º da Emenda Constitucional n. 32/2001, traz regra que se distancia do regime do Código de Processo Civil para a *prevenção*. De acordo com o dispositivo, bastante similar ao art. 5º, § 3º, da Lei n. 4.717/1965, a “Lei da Ação Popular” (v. n. 2.1 do Capítulo 4), “a propositura da ação prevenirá a jurisdição do juízo para todas as ações posteriormente intentadas que possuam a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto”.

Em se tratando de “ações de improbidade administrativa”, destarte, a *prevenção* do juízo dá-se não pela determinação da citação ou por sua efetiva ocorrência (arts. 219, *caput*, e 106 do Código de Processo Civil; v. n. 6 do Capítulo 3 da Parte I do vol. 2, tomo I), mas, bem diferentemente, pela mera “propositura da ação” que, por força do art. 263 do mesmo Código, deve ser entendida como a distribuição da petição inicial onde houver mais de uma vara ou o seu mero recebimento (petição inicial “despachada”, como quer o precitado dispositivo de lei) pelo magistrado.

4. LEGITIMIDADE ATIVA

De acordo com o *caput* do art. 17 da Lei n. 8.429/1992, tem legitimidade para a “ação de improbidade administrativa” o Ministério Público ou a “pessoa jurídica interessada”.

Embora tenha havido, por longo tempo, alguma hesitação na doutrina e na jurisprudência acerca da legitimidade do Ministério Público para os fins da Lei n. 8.429/1992, a pertinência de sua condução do processo é irrefutável à

luz do “modelo constitucional do direito processual civil”. É o *caput* do art. 127 lido em conjunto com os incisos III e IX do art. 129, todos da Constituição Federal, que reconhecem àquela instituição a legitimidade para agir, no plano do direito processual civil, para a tutela dos “interesses sociais e individuais indisponíveis”, além de promover a “ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”, bem assim “exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas”.

O Ministério Público age, em tais casos, em nome da coletividade que tem, reconhecido pela Constituição Federal, o direito (material) de ser governada e administrada por agentes probos. A natureza coletiva e, para aplicar a classificação tricotômica do Código do Consumidor, *difusa* deste direito (v. n. 2 da Introdução da Parte II) é inegável, tanto quanto a sua indisponibilidade. Tanto assim que o § 1º do art. 17 da Lei n. 8.429/1992 veda “a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o *caput*”.

A circunstância de o *caput* do art. 17 da Lei n. 8.429/1992 *também* reconhecer legitimidade à “pessoa jurídica interessada” não afasta a colegitimação do Ministério Público para o *mesmo* fim. Trata-se, aqui, da mesma forma como expõe o n. 5 do Capítulo 1 da Parte II, de mais um caso de legitimação *concorrente e disjuntiva*.

O Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de uniformizar o seu entendimento sobre a questão, como faz prova sua Súmula 329: “O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública em defesa do patrimônio público”. A legitimidade do Ministério Público Estadual abrange, inclusive, atos praticados em detrimento do erário, antes da Constituição Federal de 1988 e da Lei n. 8.429/1992, tendo em conta o disposto no art. 1º, da Lei n. 7.347/1985, a “Lei da ação civil pública”. Nesse sentido: STJ, 1ª Turma, REsp 1.113.294/MG, rel. Min. Luiz Fux, j.un. 9.3.2010, DJe 23.3.2010.

Por “pessoa jurídica interessada” deve ser entendida a pessoa ou ente que, no plano material, pode ser alvo do ato de improbidade administrativa, isto é, agente *passivo* de um daqueles atos.

De acordo com o art. 1º da Lei n. 8.429/1992, “os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra 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 cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei”. O parágrafo único do dispositivo complementa o *caput* da seguinte forma: “Estão também sujeitos às penalidades desta lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de 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 cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos”.

Assim, pessoa jurídica interessada é toda aquela pessoa ou ente da administração direta ou indireta de qualquer dos entes federados e, mais amplamente, toda pessoa que receba algum tipo de subvenção, benefício ou incentivo dos cofres públicos na exata proporção da contribuição que tenha origem nos cofres públicos. É o caso, como corretamente já decidiu a 2ª Turma do STJ no REsp 1.070.067/RN, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j.un. 2.9.2010, DJe 4.10.2010, de reconhecer legitimidade ao Município para demandar ex-Prefeito questionando a aplicação de verbas públicas decorrentes de convênio firmado entre aquele ente federado e a União Federal.

O § 2º do art. 17 da Lei n. 8.429/1992, ao reconhecer que “a Fazenda Pública, quando for o caso, promoverá as ações necessárias à complementação do ressarcimento do patrimônio público”, robustece a pertinência do entendimento aqui sustentado.

5. LEGITIMIDADE PASSIVA

Réus da “ação de improbidade administrativa” podem ser todos aqueles que, de acordo com o art. 2º da Lei n. 8.429/1992, podem cometer os atos repudiados por aquele diploma legal.

É a seguinte a redação daquele dispositivo: “Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, 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”.

Questão controvertida diz respeito à circunstância de os agentes *políticos* poderem ser réus em “ações de improbidade administrativa” ou se, por ostentarem aquela qualidade, estariam sujeitos a outras sanções esparsas no ordenamento jurídico. A melhor resposta é a que admite a legitimidade passiva dos agentes *políticos* e não apenas das autoridades *administrativas*, claros, a respeito, os arts. 15, V, e 37, § 4º, da Constituição Federal, bem assim, além do próprio art. 2º aqui examinado, o art. 20, parágrafo único, que autoriza o magistrado a “determinar o afastamento do agente público do exercício do cargo” e o art. 23, I, da mesma Lei n. 8.429/1992, que expressamente se refere ao “término do exercício de mandato”.

Tanto que o art. 4º da Lei n. 8.429/1992 é expresso em acentuar que “os agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhe são afetos”.

Na Rcl 2.138/DF (STF, Pleno, rel. Min. Nelson Jobim, j.m.v. 8.8.2007, DJe 18.4.2008), contudo, prevaleceu, por seis votos a cinco, o entendimento de que o Supremo Tribunal Federal teria competência para julgar “ações de improbidade administrativa” dirigidas a autoridades que têm, no âmbito penal, foro por prerrogativa de função naquele Tribunal, analogamente ao que as alíneas “b” e “c” do inciso I do art. 102 da Constituição Federal preveem com relação às “infrações penais comuns” praticadas pelas autoridades lá indicadas, determinando a extinção do processo proposta perante a primeira instância.

O entendimento da maioria, com o devido respeito, não pode prevalecer porque eventual sobreposição de situações que, a um só tempo, desafiam a aplicação das penas relativas ao “crime de responsabilidade” não inibem a apenação nos termos da Lei n. 8.429/1992. A norma inserta no art. 85, V, da Constituição Federal (regulamentada, no plano infraconstitucional, pela Lei n. 1.079/1950, que define os crimes de responsabilidade), em última análise, não se sobrepõe e não elimina a proteção dada à probidade administrativa

pelo § 4º do art. 37 da mesma Carta, regulamentado pela Lei n. 8.429/1992. A orientação da minoria votante, sustentada na oportunidade pelos Ministros Carlos Velloso, Marco Aurélio, Sepúlveda Pertence, Celso de Mello e Joaquim Barbosa, é a que melhor interpreta o sistema vigente. Como os Ministros Carlos Ayres Britto, Eros Grau, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia não votaram na oportunidade porque sucederam a Ministros que já haviam participado da votação, a questão ganha renovado interesse porque, na sua atual composição, uma eventual nova manifestação do Supremo Tribunal Federal sobre o tema pode ser diferente da anterior. É o que, embora de forma incidental, acabou por prevalecer no julgamento da Pet-QO 3.923/SP, pelo Plenário daquele Tribunal, rel. Min. Joaquim Barbosa, j.un. 13.6.2007, DJe 26.9.2008, onde se determinou a remessa dos autos ao juízo da primeira instância (v. n. 3, *supra*). Há acórdão da 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (AI 640.992-5/1-00/São Paulo, rel. Des. Christine Santini, j.un. 30.10.2007, DJESP 9.1.2008) que acolhe expressamente esta orientação.

A regra do art. 2º da Lei n. 8.429/1992 é complementada pelo art. 3º do mesmo diploma legislativo, segundo o qual: “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”. Por força do dispositivo legal, até mesmo o *particular*, pessoa física ou pessoa jurídica, que não guarde nenhum vínculo com a administração pública pode ser réu da “ação de improbidade administrativa”, desde que crie condições para a prática do ato repudiado pelo sistema ou dele se beneficie de alguma forma, direta ou indiretamente.

O art. 3º da Lei n. 8.429/1992, similarmente ao que se dá com o art. 6º da Lei n. 4.717/1965, que disciplina a “ação popular”, deixa clara a hipótese de que, sendo caso de sua incidência, o litisconsórcio passivo a ser formado é *necessário* (STJ, 2ª Turma, REsp 401.437/SP, rel. Min. João Otávio de Noronha, j.un. 16.10.2007, DJ 9.11.2007, p. 235). No entanto, tanto quanto lá, a hipótese é de litisconsórcio *simples* (v. n. 4 do Capítulo 4) porque a efetiva ocorrência do ato de improbidade administrativa, assim como as penas aplicáveis (v. n. 9, *infra*), pode variar de acordo com o caso concreto e da efetiva participação e responsabilidade de cada um dos agentes

envolvidos. Neste sentido, são os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça: 2ª Turma, AgRg nos EDcl no Ag 587.748/PR, rel. Min. Humberto Martins, j. un. 15.10.2009, DJe 23.10.2009; 2ª Turma, EDcl no REsp 1.021.851/SP, rel. Min. Eliana Calmon, j.un. 23.6.2009, DJe 6.8.2009; 2ª Turma, REsp 1.021.851/SP, rel. Min. Eliana Calmon, j.un. 12.8.2008, DJe 28.11.2008 e STJ, 1ª Turma, REsp 827.935/DF, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j.un. 15.5.2008, DJe 27.8.2008. No âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo destacam-se, pela contundência de sua argumentação, os seguintes acórdãos proferidos pela 10ª Câmara de Direito Público, relatados pelo Des. Torres de Carvalho: AC 194.048-5/9-00, j.un. 2.2.2006, DJESP 24.4.2006; AC 242.646-5/1-00, j.m.v. 17.3.2006, DJESP 19.7.2006, e da 7ª Câmara de Direito Público daquele mesmo Tribunal: AC 215.503-5/7-00, j.un. 22.9.2003, DJESP 30.10.2003.

Cabe destacar que, mais recentemente, a jurisprudência do STJ (2ª Turma, REsp 896.044/PA, rel. Min. Herman Benjamin, j.un. 16.9.2010, DJe 19.4.2011; 2ª Turma, AgRg no Ag 1.322.943/SP, rel. Min. Humberto Martins, j.un. 22.2.2011, DJe 4.3.2011; 2ª Turma, REsp 1.226.324/SP, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j.un. 22.3.2011, DJe 31.3.2011; 2ª Turma, REsp 737.978/MG, rel. Min. Castro Meira, j.un. 19.2.2009, DJe 27.3.2009; 1ª Turma, AgRg no REsp 759.646/SP, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j.un. 23.3.2010, DJe 30.3.2011 e 1ª Turma, REsp 1.243.334/SP, rel. Min. Benedito Gonçalves, j. un. 3.5.2011, DJe 10.5.2011) tem afirmado que a hipótese é de litisconsórcio *facultativo*, destacando a inexistência de “relação jurídica *unitária*” nas hipóteses sujeitas à Lei de Improbidade Administrativa.

Com o devido respeito, o entendimento não pode ser generalizado. A *obrigatoriedade* do litisconsórcio depende da causa de pedir e do pedido tal qual expostos na petição inicial. A circunstância de haver possibilidade de julgamentos diversos para cada um dos réus (litisconsórcio *simples*) só confirma a *correta* compreensão de que os atos de cada um dos envolvidos devem ser *individualmente* considerados, merecendo repulsa ou aprovação analisados um a um. Isso, contudo, não conduz à viabilidade de, *consoante a causa de pedir e o pedido, escolher-se* livremente quem *deve-ser* ou não o réu: se a petição inicial descreve que a existência do ato ímprobo dependeu, direta ou indiretamente, da participação (ou da omissão) de alguém, não há

como fugir do litígio conjunto, aplicando-se, como salientado pelo parágrafo anterior, os arts. 1º, 2º e 3º da Lei n. 8.429/1992. Não porque os precitados dispositivos de lei obriguem o autor a tanto. Trata-se de litisconsórcio necessário que deriva da relação de direito *material*. Por isso é que a *causa de pedir* (que nada mais é do que o transporte, para o plano *processual*, do que o autor afirma ter ocorrido no plano *material*) e o *pedido* devem ser levados em conta caso a caso.

Correto, diante da ressalva feita pelo parágrafo anterior, o entendimento externado pelo Ministro Herman Benjamin no precitado REsp 896.044/PA no sentido de que “... os particulares não podem ser responsabilizados com base na LIA sem que figure no polo passivo um agente público responsável pelo ato questionado, o que não impede, contudo, o eventual ajuizamento de Ação Civil Pública comum para obter o ressarcimento do Erário”. Na oportunidade, Sua Excelência citou, em prol de sua tese, o quanto decidido pela 2ª Turma do STJ no REsp 1.155.992/PA, de sua relatoria, j.un. 23.3.2010, DJe 1.7.2010. É típico caso em que, mercê da *causa de pedir* e do *pedido* formulado, não há como, desde o plano *material*, fugir do litisconsórcio *necessário*.

Ainda sobre a legitimidade passiva importa dar destaque ao art. 8º da Lei n. 8.429/1992 segundo o qual “o sucessor daquele que causar lesão ao patrimônio público ou se enriquecer ilicitamente está sujeito às cominações desta lei até o limite do valor da herança”. O dispositivo deve ser interpretado no sentido de que a legitimação passiva do sucessor ou, consoante o caso, dos sucessores, restringe-se aos efeitos *patrimoniais* relativos ao ato de improbidade administrativa e não com relação às demais sanções que são de caráter personalíssimo. Neste sentido: STJ, 2ª Turma, REsp 732.777/MG, rel. Min. Humberto Martins, j.un. 6.11.2007, DJ 19.11.2007, p. 218. Em se tratando de falecimento durante o processo, a habilitação dos herdeiros deve observar o disposto no art. 1.055 a 1.062 do Código de Processo Civil (v. n. 5 do Capítulo 11 da Parte I do vol. 2, tomo II).

A defesa técnica dos réus da “ação de improbidade administrativa”, mesmo quando se tratar de agente público ou político, deve ser feita por advogado próprio, sendo vedado que os procuradores ou advogados públicos assumam a defesa do ato. Tanto quanto a “ação popular”, a “ação

de improbidade administrativa” é proposta em face do *agente*, em nome próprio, por ato seu, o que é suficiente para afastar a tese de que as advocacias públicas possam atuar para a *sua* defesa. O papel a ser desempenhado pelas pessoas jurídicas de direito público e, conseqüentemente, pelas advocacias públicas, dá-se para os fins do art. 17, § 3º, da Lei n. 8.429/1992 (v. n. 6, *infra*), hipótese totalmente diversa. Sobretudo quando o ato que fundamenta a “ação de improbidade administrativa” é ato pessoal do agente, praticado em detrimento da pessoa ou órgão público. É nesse sentido que se colhe da jurisprudência do STJ os seguintes precedentes: 2ª Turma, AgRg no REsp 681.571/GO, rel. Min. Eliana Calmon, j.un. 6.6.2006, DJ 29.6.2006, p. 176, e 1ª Turma, REsp 703.953/GO, rel. Min. Luiz Fux, j.un. 16.10.2007, DJ 3.12.2007, p. 262.

6. A INTERVENÇÃO DA PESSOA JURÍDICA

A exemplo do que o art. 6º, § 3º, da Lei n. 4.717/1965 reserva para a “ação popular”, o art. 17, § 3º, da Lei n. 8.429/1992 prevê que, toda a vez que a “pessoa jurídica” ou, mais amplamente, a entidade ou órgão que detenha legitimação processual, afetada pelo ato, não for autora, ela será intimada para, querendo, intervir no processo.

É o que se lê daquele dispositivo, na redação que lhe deu a Lei n. 9.366/1996: “§ 3º No caso de a ação principal ter sido proposta pelo Ministério Público, aplica-se, no que couber, o disposto no § 3º do art. 6º da Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965”.

A regra deve ser entendida, a exemplo do que se dá com o referido dispositivo da “Lei da Ação Popular” no sentido de a pessoa jurídica de direito público interessada poder abster-se de contestar o pedido *ou* decidir atuar ao lado do Ministério Público, quando entender que tal iniciativa atende adequadamente o interesse público.

Não há como recusar, a este respeito, ser viável que a pessoa jurídica à qual integra o réu da “ação de improbidade administrativa” intervenha no processo no polo *passivo* para atuar ao seu lado, defendendo, conseqüentemente, o ato praticado, desde que justifique que este seu comportamento atende melhor ao interesse público e aos princípios regentes da atividade administrativa. Neste sentido: STJ, 1ª Turma, REsp 637.597/SP, rel. Min. Luiz Fux, j.un. 10.10.2006, DJ 20.11.2006, p. 275, que também

destaca ser inviável que, ao longo do processo, a pessoa jurídica altere o foco de sua atuação processual, pretendendo atuar ao lado do réu quando, na sua primeira intervenção, decidira atuar ao lado do autor, entendimento com o qual, pelas razões expostas pelo n. 5.1 do Capítulo 4 e com o devido respeito, não pode concordar este *Curso*.

Quando a “ação de improbidade administrativa” for promovida por pessoa administrativa diversa daquela que sofreu as consequências dos atos rotulados de ímprobos, é correto o entendimento quanto à pertinência de ser intimada, para os fins do dispositivo ora examinado, aquela outra entidade, isto é, a “pessoa jurídica *interessada*”. Neste sentido já decidiu a 2ª Turma do STJ no REsp 1.263.538/BA, rel. Min. Herman Benjamin, j.un. 16.2.2012, DJe 7.3.2012.

Não há razão para descartar aprioristicamente que naqueles casos em que o pedido é formulado contra *particulares* (v. n. 5, *supra*), a respectiva pessoa jurídica ou entidade que ele integra possa pretender sua intervenção para os mesmos fins do dispositivo legal aqui comentado.

A hipótese, contudo, em quaisquer destes casos, não é de litisconsórcio. Sua intervenção para os fins do dispositivo aqui examinado não a torna *parte* no processo, mas, diferentemente do que se dá com a “ação popular” (v. n. 5.1 do Capítulo 4), de *amicus curiae*.

A distinção merece ser destacada: como a “ação de improbidade administrativa” *não é* voltada à declaração de nulidade ou à desconstituição de ato nenhum, mas, tão somente, ação que visa à aplicação das severas sanções descritas pelo art. 37, § 4º, da Constituição Federal e do art. 12 de sua específica lei de regência – diferentemente do que se dá na “ação popular” (v. n. 7 do Capítulo 4) –, não há razão para que a pessoa jurídica que, no plano material, *sofre* o ato ímprobo seja citada na qualidade de *ré*. É certo que ela pode ser *autora*, mas, em tais casos, não tem incidência o dispositivo em exame. A falta de sua iniciativa naquela qualidade é que dá margem à incidência da precitada regra. A ausência de ato seu sendo questionado em juízo é razão mais que suficiente para afastar o entendimento, até mesmo, de que a pessoa jurídica afetada possa atuar na qualidade de *assistente* do Ministério Público. A “ação de improbidade administrativa”, cabe a ênfase, não se volta contra a pessoa de direito público, mas a seus agentes ou aqueles que, por força do art. 3º da Lei n.

8.429/1992, possam praticar os atos repudiados por aquele diploma legislativo.

Tanto assim que se nota ser bastante rica a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de afastar a *necessidade* da intervenção da pessoa jurídica no processo negando tratar-se, a hipótese, de “litisconsórcio *necessário*”. Neste sentido: 2ª Turma, REsp 886.524/SP, rel. Min. João Otávio de Noronha, j.un. 23.10.2007, DJ 13.11.2007, p. 524, e 2ª Turma, REsp 737.972/PR, rel. Min. Eliana Calmon, j.un. 26.6.2007, DJ 3.8.2007, p. 330. É esta a razão pela qual a ausência de intimação da pessoa jurídica interessada não invalida o processo. Expressos nesse sentido são os seguintes acórdãos: STJ, 1ª Turma, AgRg no REsp 1.116.957/MG, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j.un. 22.6.2010, DJe 1.7.2010; STJ, 1ª Turma, REsp 526.982/MG, rel. Min. Denise Arruda, j.un. 6.12.2005, DJ 1.10.2006, p. 433; STJ, 2ª Turma, REsp 593.264/MG, rel. Min. Franciulli Netto, j.un. 21.6.2005, DJ 8.8.2005, p. 258; 1ª Seção, AgRg nos EREsp 329.735/RO, rel. Min. Castro Meira, j.un. 10.3.2004, DJ 14.6.2004, p. 154, e 1ª Turma, REsp 506.511/MG, rel. Min. Luiz Fux, j.un. 25.11.2003, DJ 19.12.2003, p. 340.

7. O MINISTÉRIO PÚBLICO COMO FISCAL DA LEI

O Ministério Público, se não for *autor*, atuará no processo na qualidade de fiscal da lei. É o que, expressamente, prevê § 4º do art. 17 da Lei n. 8.429/1992. O regime de sua atuação em tal qualidade é o previsto pelos arts. 83 e 84 do Código de Processo Civil, sem nenhuma peculiaridade digna de destaque, à exceção da ênfase dada pelo dispositivo legal específico, quanto à nulidade do processo na falta de sua intervenção. Suficientes, por isto mesmo, as considerações feitas, a respeito, pelo n. 3.2 do Capítulo 4 da Parte II do vol. 1.

8. CAUSA DE PEDIR

Os arts. 9º, 10 e 11 da Lei n. 8.429/1992 enumeram três tipos de atos de improbidade administrativa. Embora extensos e meramente exemplificativos, os dispositivos merecem transcrição literal porque têm condições de mostrar

um panorama razoavelmente extenso e suficientemente explicativo das diferentes manifestações de um ato de improbidade administrativa.

O art. 9º ocupa-se dos “atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito”.

De acordo com o dispositivo: “Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente: I – receber, para si ou para outrem, dinheiro, bem móvel ou imóvel, ou qualquer outra vantagem econômica, direta ou indireta, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente de quem tenha interesse, direto ou indireto, que possa ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público; II – perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem móvel ou imóvel, ou a contratação de serviços pelas entidades referidas no art. 1º por preço superior ao valor de mercado; III – perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a alienação, permuta ou locação de bem público ou o fornecimento de serviço por ente estatal por preço inferior ao valor de mercado; IV – utilizar, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidores públicos, empregados ou terceiros contratados por essas entidades; V – receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para tolerar a exploração ou a prática de jogos de azar, de lenocínio, de narcotráfico, de contrabando, de usura ou de qualquer outra atividade ilícita, ou aceitar promessa de tal vantagem; VI – receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para fazer declaração falsa sobre medição ou avaliação em obras públicas ou qualquer outro serviço, ou sobre quantidade, peso, medida, qualidade ou característica de mercadorias ou bens fornecidos a qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei; VII – adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público; VIII – aceitar emprego, comissão ou exercer atividade de consultoria ou

assessoramento para pessoa física ou jurídica que tenha interesse suscetível de ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público, durante a atividade; IX – perceber vantagem econômica para intermediar a liberação ou aplicação de verba pública de qualquer natureza; X – receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indiretamente, para omitir ato de ofício, providência ou declaração a que esteja obrigado; XI – incorporar, por qualquer forma, ao seu patrimônio bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei; XII – usar, em proveito próprio, bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta Lei”.

O art. 10, por sua vez, descreve os “atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário”.

Em consonância com a regra: “Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente: I – facilitar ou concorrer por qualquer forma para a incorporação ao patrimônio particular, de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta Lei; II – permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta Lei, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie; III – doar à pessoa física ou jurídica bem como ao ente despersonalizado, ainda que de fins educativos ou assistenciais, bens, rendas, verbas ou valores do patrimônio de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta Lei, sem observância das formalidades legais e regulamentares aplicáveis à espécie; IV – permitir ou facilitar a alienação, permuta ou locação de bem integrante do patrimônio de qualquer das entidades referidas no art. 1º desta Lei, ou ainda a prestação de serviço por parte delas, por preço inferior ao de mercado; V – permitir ou facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem ou serviço por preço superior ao de mercado; VI – realizar operação financeira sem observância das normas legais e regulamentares ou aceitar garantia insuficiente ou

inidônea; VII – conceder benefício administrativo ou fiscal sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie; VIII – frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente; IX – ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento; X – agir negligentemente na arrecadação de tributo ou renda, bem como no que diz respeito à conservação do patrimônio público; XI – liberar verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular; XII – permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente; XIII – permitir que se utilize, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta Lei, bem como o trabalho de servidor público, empregados ou terceiros contratados por essas entidades; XIV – celebrar contrato ou outro instrumento que tenha por objeto a prestação de serviços públicos por meio da gestão associada sem observar as formalidades previstas na lei; XV – celebrar contrato de rateio de consórcio público sem suficiente e prévia dotação orçamentária, ou sem observar as formalidades previstas na lei”.

Por fim, o art. 11 trata dos “atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração pública”.

De acordo com o dispositivo, “constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente: I – praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto na regra de competência; II – retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício; III – revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo; IV – negar publicidade aos atos oficiais; V – frustrar a licitude de concurso público; VI – deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo; VII – revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço”.

Discute-se se a ocorrência do ato de improbidade administrativa depende de dolo do agente ou se é suficiente a sua culpa. A resposta é dada pela própria lei: para os atos de improbidade administrativa subsumíveis ao art. 10 da Lei n. 8.429/1992, isto é, os atos que causam prejuízo ao erário, é suficiente a *culpa*.

Isto não quer dizer, contudo, que a configuração do ato de improbidade administrativa não pressuponha, em qualquer caso, a consciência de seu agente quanto à prática do ato repudiado pelo sistema. É o que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, desde o julgamento do REsp 213.994/MG, rel. Min. Garcia Vieira, j.un. 17.8.1999, DJ 27.9.1999, p. 59, pela sua 1ª Turma, tem destacado como a ocorrência de má-fé do agente. A Lei n. 8.429/1992 não pretende punir o agente inábil, mas, bem diferentemente, o desonesto. Do ponto de vista do direito material, o ato ímprobo é aquele repudiado pelo sistema jurídico desde o art. 37, § 4º, da Constituição Federal e não se confunde com o ato nulo, anulável ou meramente irregular. A *improbidade* não é e não deve ser tratada como sinônimo de *ilegalidade* ou como sinônimo de *nulidade* ou *anulabilidade* do ato jurídico. A caracterização da *improbidade* administrativa pressupõe a existência de mera *irregularidade* administrativa mas, para caracterizar-se, vai além dela. Neste sentido: STJ, 2ª Turma, REsp 1.350.232/DF, rel. Min. Castro Meira, j.un. 6.8.2013, DJe 16.8.2013; STJ, 1ª Turma, REsp 1.055.022/MT, rel. Min. Francisco Falcão, j.un. 26.8.2008, DJe 10.9.2008, STJ, 1ª Turma, REsp 734.984/DF, rel. p./acórdão Min. Luiz Fux, j.m.v. 18.12.2007, DJe 16.6.2008; STJ, 1ª Turma, REsp 917.437/MG, rel. p./acórdão Min. Luiz Fux, j.m.v. 16.9.2008, DJe 1.10.2008; STJ, 1ª Turma, REsp 861.566/GO, rel. Min. Luiz Fux, j.un. 25.3.2008, DJe 23.4.2008 e STJ, 1ª Turma, REsp 511.095/RS, rel. Min. Luiz Fux, j.un. 14.10.2008, DJe 27.11.2008.

Tanto assim que, mesmo nos casos do art. 10 da Lei n. 8.429/1992, a previsão legislativa da improbidade administrativa diante da *culpa* do agente não pode ser considerada uma espécie de “responsabilidade objetiva” a dispensar a prova efetiva do ato volitivo do agente para legitimar a sua apenação nas sanções da precitada Lei. É o que a 1ª Turma daquele mesmo Tribunal decidiu no REsp 875.163/RS, rel. Min. Denise Arruda, j.un. 19.5.2009, DJe 1.7.2009; no REsp 891.408/MG, rel. Min.

Denise Arruda, j.un. 25.11.2008, DJe 11.2.2009 e no AgRg no REsp 1.199.582/SP, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j.un. 15.12.2011, DJe 9.2.2012, e, no âmbito da 2ª Turma do mesmo Tribunal, no REsp 1.127.143/RS, rel. Min. Castro Meira, j.un. 22.6.2010, DJe 3.8.2010 e no REsp 1.151.884/SC, rel. Min. Castro Meira, j.un. 15.5.2012, DJe 25.5.2012.

É correto sustentar que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tendeu ao entendimento destacado nos parágrafos anteriores, como mostram os seguintes julgados proferidos no âmbito da 1ª Seção daquele Tribunal: EREsp 479.812/SP, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j.un. 25.8.2010, DJe 27.9.2010; EREsp 875.163/RS, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j.un. 23.6.2010, DJe 30.6.2010; 1ª Seção, EREsp 917.437/MG, j.un. 13.10.2010, DJe 22.10.2010 e REsp 1.163.643/SP, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j.un. 24.3.2010, DJe 30.3.2010 (acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC). É o que se verifica na jurisprudência que vem se avolumando no âmbito daquele Tribunal: STJ, 2ª Turma, REsp 1.129.277/RS, rel. Min. Herman Benjamin, j.un. 4.5.2010, DJe 21.6.2010; STJ, 1ª Turma, REsp 1.038.777/SP, rel. Min. Luiz Fux, j.un. 3.2.2011, DJe 16.3.2011; STJ, 2ª Turma, REsp 1.245.765/MG, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j.un. 28.6.2011, DJe 3.8.2011; STJ, 1ª Turma, AgRg no REsp 1.232.138/RJ, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j.un. 6.12.2011, DJe 13.12.2011; STJ, 2ª Turma, REsp 1.231.150/MG, rel. Min. Herman Benjamin, j.un. 13.3.2012, DJe 12.4.2012; 2ª Turma, AgRg no REsp 1.248.806/SP, rel. Min. Humberto Martins, j.un. 26.6.2012, DJe 29.6.2012 e STJ, 1ª Turma, REsp 1.192.056/DF, rel. p./acórdão Min. Benedito Gonçalves, j.m.v. 17.4.2012, DJe 26.9.2012.

De qualquer sorte, o “princípio da insignificância” não tem aplicação no campo da improbidade administrativa, como já teve oportunidade de decidir a 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 892.818/RS, rel. Min. Herman Benjamin, j.un. 11.11.2008, DJe 10.2.2010, dada a *indisponibilidade* dos direitos e interesses tutelados pela Lei n. 8.429/1992.

9. PEDIDO

Os pedidos a serem formulados na “ação de improbidade administrativa”, isto é, o seu *objeto imediato*, são os previstos no art. 12 da Lei n.

8.429/1992.

O dispositivo disciplina, em seus três incisos, as consequências cabíveis para cada um dos três tipos de improbidade administrativa de que trata a Lei n. 8.429/1992. Assim, importa saber, consoante a “causa de pedir” (v. n. 8, *supra*), se se trata de ato de improbidade administrativa que gere enriquecimento ilícito (art. 9º da Lei n. 8.429/1992) ou que cause lesão ao erário (art. 10 da Lei n. 8.429/1992) ou, ainda, que viole algum princípio regente da Administração Pública (art. 11 da Lei n. 8.429/1992). A depender do tipo do ato descrito na petição inicial, a repercussão jurídica reservada pela lei de regência varia e, conseqüentemente, também o(s) pedido(s) a ser(em) formulado(s).

O art. 12 da Lei n. 8.429/1992 tem a seguinte redação:

“Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato (redação dada pela Lei n. 12.120/2009):

I – na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos;

II – na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

III – na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco

anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos”.

Entre os “danos” referidos nos referidos incisos, não há óbice para que seja formulado pedido relativo ao pagamento de “danos *morais*”. Expresso nesse sentido é o seguinte julgado: STJ, 2ª Turma, REsp 960.926/MG, rel. Min. Castro Meira, j.un. 18.3.2008, DJe 1.4.2008.

Por força da aplicação subsidiária do sistema codificado, importa destacar que os pedidos a serem formulados pelo autor da “ação de improbidade administrativa” devem ser *certos e determinados* (art. 286; v. n. 7.1 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 2, tomo I). As exceções são aquelas previstas pelo próprio dispositivo do Código de Processo Civil. Não deve prevalecer, por isso mesmo, o que a prática vem consagrando no sentido de o autor pedir, por exemplo, que ao réu seja imposto o pagamento de multa civil de “até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente”. Importa que o autor especifique qual é o valor da multa que pretende ver aplicada ao réu, justificando se ela deva ser fixada no máximo legal ou em outro patamar.

A observação deita pelo parágrafo anterior é tanto mais importante porque não há elementos concretos na Lei n. 8.429/1992 acerca da dosimetria da pena em se tratando de atos de improbidade administrativa. O que é disciplinado a respeito está no parágrafo único do art. 12 segundo o qual, “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”.

Dada a extensa gama de sanções e de suas variantes, como se verifica de cada um dos incisos do art. 12 acima copiados, importa dar destaque à necessidade de a decisão do magistrado ser amplamente fundamentada, deixando clara a razão pela qual aplica as sanções, tais quais previstas, e, em as aplicando, em que grau o faz.

É correto o entendimento quanto a ser juridicamente possível que o magistrado, mesmo se convencendo da existência do ato de improbidade administrativa, deixe de aplicar todas as sanções previstas para a espécie,

não obstante pedido feito neste sentido pelo autor. É consequência irrecusável da aplicação dos princípios da “proporcionalidade” ou da “razoabilidade” à espécie, assunto ao qual se volta o n. 12, *infra*.

9.1. Cumulação de pedidos

Não há qualquer vedação para que haja cumulação de pedidos na “ação de improbidade administrativa”, observando-se o que, a propósito do tema, trata o n. 7.2 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 2, tomo I. Neste sentido: STJ, 2ª Turma, Resp 1.021.851/SP, rel. Min. Eliana Calmon, j.un. 12.8.2008, DJe 28.11.2008; STJ, 1ª Turma, REsp 757.595/MG, rel. Min. Luiz Fux, j.un. 4.3.2008, DJe 30.4.2008, e STJ, 2ª Turma, REsp 944.295/SP, rel. Min. Castro Meira, j.un. 4.9.2007, DJ 18.9.2007, p. 291.

Pelo contrário, pode acontecer que um mesmo ato possa ser configurado em mais de um tipo de improbidade administrativa ou, ainda, que o pedido seja cumulado *subsidiariamente* para, no caso de o magistrado entender que um dado ato não configura um tipo de improbidade administrativa, analisar sua subsunção à luz de outro tipo.

Também não há por que negar que sejam cumulados na “ação de improbidade administrativa” pedidos que vão além dos fins perseguidos pela Lei n. 8.429/1992. É supor o exemplo de o Ministério Público pretender, além da aplicação das sanções previstas no art. 12 daquele diploma legislativo, que seja declarado *nulo* ou, quando menos, que seja *anulado* um dado ato administrativo porque praticado, por exemplo, em desrespeito aos princípios regentes da atuação administrativa (art. 37 da Constituição Federal e art. 11 da Lei n. 8.429/1992).

A hipótese vem, embora timidamente, prevista de forma expressa pelo art. 25, IV, “b”, da Lei n. 8.625/1993, a Lei que institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público e dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados. De acordo com o dispositivo: “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: (...) b) para a anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público ou à moralidade administrativa do Estado ou de Município, de suas

administrações indiretas ou fundacionais ou de entidades privadas de que participem”.

Importa destacar, a respeito do dispositivo, que, embora veiculado em diploma legal que se ocupa de disciplinar a atuação dos Ministérios Públicos dos Estados, que a previsão legislativa pode (e deve) ser aproveitada *também* pelo Ministério Público da União e, no que diz respeito ao direito processual civil, pelo Ministério Público Federal. Trata-se, em última análise, de regra que diz respeito ao *direito processual civil* como um todo e não, especificamente, à estruturação dos Ministérios Públicos dos Estados. A circunstância de a regra ser veiculada por lei *federal*, de resto, afina-se ao comando do art. 22, I, da Constituição Federal.

Assim analisada e admitida a hipótese, não há como recusar tratar-se verdadeira cumulação de uma “ação civil pública” como uma “ação de improbidade administrativa” em um mesmo processo. As peculiaridades procedimentais da “ação de improbidade administrativa”, que asseguram um mais amplo exercício ao direito de defesa aos réus (v. n. 10, *infra*), devem preferir ao “procedimento *ordinário*” das ações civis públicas afastando, por isto e em atenção ao “modelo constitucional do direito processual civil”, o disposto no art. 292, § 2º, do Código de Processo Civil (v. n. 10, *infra*).

A viabilidade da cumulação das diversas penalidades previstas pelo art. 37, § 4º, da Constituição Federal e pelos três incisos do art. 12 da Lei n. 8.429/1992 deve conduzir o magistrado, necessariamente, à observância dos princípios da “proporcionalidade” e da “razoabilidade” para que, com base no parágrafo único daquele mesmo dispositivo legal, aplique, com a maior objetividade possível, as sanções, isolada ou cumulativamente, diante das características de cada caso concreto, levando em conta a efetiva participação de cada um dos envolvidos no ato questionado, viabilizando, com isto, uma *justa* repulsa do ato de improbidade administrativa, tal qual reconhecido pelo Estado-juiz (v. n. 12, *infra*).

10. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DA PETIÇÃO INICIAL

A despeito de o *caput* do art. 17 da Lei n. 8.429/1992 dispor que o *procedimento* das “ações de improbidade administrativa” é *ordinário*, a

Medida Provisória n. 2.225-45/2001 – ainda não convertida em lei e mantida vigente por força do art. 2º da Emenda Constitucional n. 32/2001 – modificou o procedimento originariamente previsto naquele diploma legislativo. É o que basta para entendê-lo, de acordo com o sistema processual civil, como um caso de procedimento *especial* (v. n. 6.1 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 1).

A *especialidade* do procedimento da “ação de improbidade administrativa” repousa na circunstância de a petição inicial impor um juízo de admissibilidade diferenciado. Distanciando-se de todos os demais procedimentos, os §§ 6º a 11 do art. 17 da Lei n. 8.429/1992, todos eles, repita-se, incluídos pela precitada Medida Provisória n. 2.225-45/2001, impõem que o *recebimento* da petição inicial dependa de um *prévio* contraditório a ser estabelecido com o réu e que pode resultar, até mesmo, na rejeição do pedido do autor em verdadeiro caso de julgamento *antecipadíssimo* da lide.

A 1ª Seção do STJ (REsp 1.163.643/SP, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j.un. 24.3.2010, DJe 30.3.2010) já teve oportunidade de entender, em sede de Recurso Especial Repetitivo (art. 543-C do Código de Processo Civil; v. n. 4.4 do Capítulo 11 da Parte I do vol. 5), que “O especialíssimo procedimento estabelecido na Lei 8.429/92, que prevê um juízo de delibação para recebimento da petição inicial (art. 17, §§ 8º e 9º), precedido de notificação do demandado (art. 17, § 7º), somente é aplicável para ações de improbidade administrativa típicas”, não devendo ser aplicado para os casos em que o pedido é de anulação de atos administrativos e obtenção do ressarcimento do dano respectivo, típico de uma “ação civil pública”. Não obstante, caso haja *cumulação de pedidos*, na forma proposta pelo n. 9.1, *supra*, a melhor interpretação é a de adotar o procedimento especial porque é ele que garante ao(s) réu(s) maior possibilidade de defesa e, nesse sentido, posição processual mais consentânea com o “modelo constitucional do direito processual civil”.

O § 6º do art. 17 da Lei n. 8.429/1992 exige que a petição inicial seja instruída com documentos ou justificações que contenham indícios suficientes da existência do ato de improbidade administrativa ou com a justificativa da impossibilidade de apresentação das provas pertinentes, destacando, expressamente, o dever de observância do “princípio da

lealdade processual”, com a remissão aos arts. 16 a 18 do Código de Processo Civil (v. n. 4 do Capítulo 2 da Parte IV do vol. 1).

Atendidas aquelas exigências, prossegue o § 7º do art. 17 da Lei n. 8.429/1992, a petição inicial será autuada e determinada a *notificação* do réu para oferecer, no prazo de quinze dias, manifestação por escrito, que poderá ser instruída com documentos e justificações. Dado o silêncio da regra, devem prevalecer, no que diz respeito à contagem do prazo e, bem assim, sobre sua eventual dilação, as regras codificadas. Assim, por exemplo, havendo *litisconsortes passivos*, não há razão para afastar a incidência do disposto no art. 191 do Código de Processo Civil (v. n. 4.2 do Capítulo 2 da Parte VII do vol. 2, tomo I).

Com a manifestação do réu, o magistrado terá trinta dias para rejeitar a petição inicial “se convencido da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita”, como se lê do § 8º do art. 17 da Lei n. 8.429/1992. O dispositivo não deve ser interpretado de forma a impor que a petição inicial traga, de plano, todos os elementos de prova aptos a fundamentar uma sentença de procedência, isto é, de acolhimento do(s) pedido(s) formulado(s) pelo autor. Seu objetivo é, primordialmente, evitar o que a prática forense chama de “lides temerárias”, isto é, processos que, pela total ausência de elementos de convicção, constatável desde a ruptura da inércia jurisdicional, não têm aptidão para conduzir à prestação da tutela jurisdicional pretendida. Neste sentido: STJ, 2ª Turma, REsp 1.008.568/PR, rel. Min. Eliana Calmon, j.un. 23.6.2009, DJe 4.8.2009.

A decisão que aplica o precitado § 8º do art. 17 deve ser fundamentada, de acordo com a expressa previsão legal que, no particular, apenas repete diretriz decorrente expressamente do “modelo constitucional do direito processual civil” (v. n. 12 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1). A possibilidade deste verdadeiro “julgamento *preliminar*”, com o contraditório já estabelecido, encarece, tanto mais, a necessidade de *suficiente e adequada* fundamentação no ato que *recebe* ou que *indefere* a petição inicial levando em conta os elementos apresentados pelas partes e por eventuais intervenientes. Expressos neste sentido são os seguintes julgados: STJ, 2ª Turma, AgRg no REsp 1.317.127/ES, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j.un. 7.3.2013, DJe 13.3.2013; STJ, 1ª Turma, REsp

1.073.233/MG, rel. Min. Luiz Fux, j.un. 18.6.2009, DJe 6.8.2009; STJ, 1ª Turma, REsp 901.049/MG, rel. Min. Luiz Fux, j.un. 16.12.2008, DJe 18.2.2009.

A não observância do especial procedimento relativo ao juízo de admissibilidade da petição inicial da “ação de improbidade administrativa” leva à nulidade do processo, como já teve oportunidade de decidir em diversas oportunidades a 1ª Turma do STJ: REsp 883.795/SP, rel. Min. Luiz Fux, j.m.v. 11.12.2007, DJe 26.3.2008; REsp 1.015.387/SE, rel. Min. José Delgado, j.un. 3.6.2008, DJe 23.6.2008; REsp 1.008.632/RS, rel. Min. Francisco Falcão, j.un. 2.9.2008, DJe 15.9.2008 e REsp 1.087.922/RS, rel. Min. Francisco Falcão, j.un. 7.5.2009, DJe 20.5.2009. A 2ª Turma daquele mesmo Tribunal, dissentindo, defende que a nulidade depende da comprovação de efetivo prejuízo ao exercício de defesa (assim, por exemplo, REsp 619.946/RS, rel. Min. João Otávio de Noronha, j.un. 12.6.2007, DJ 2.8.2007, p. 439, e REsp 965.340/AM, rel. Min. Castro Meira, j.un. 25.9.2007, DJ 8.10.2007, p. 256), orientação que, para este *Curso*, parece ser a que mais bem se afina ao sistema processual civil. A segunda corrente é a que tem prevalecido na jurisprudência mais recente daquele Tribunal acerca da questão, rotulando-a de “nulidade *relativa*”, cabendo àquele que alega a ausência da prévia intimação a demonstração da ocorrência de efetivo prejuízo: 2ª Turma, AgRg no REsp 1.134.408/RJ, rel. Min. Eliana Calmon, j.un. 11.4.2013, DJe 18.4.2013; 1ª Turma, REsp 1.194.009/SP, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j.un. 17.5.2012, DJe 30.5.2012 e 2ª Turma, AgRg no AREsp 104.451/MG, rel. Min. Herman Benjamin, j.un. 10.4.2012, DJe 23.4.2012.

A hipótese oposta daquela apresentada pelos parágrafos anteriores, de *recebimento* da petição inicial, isto é, de juízo *positivo* de admissibilidade, é regulada pelo § 9º do art. 17 da Lei n. 8.429/1992. De acordo com o dispositivo, o réu será *citado* para apresentar contestação.

A *notificação* e a *citação* de que tratam, respectivamente, os §§ 7º e 9º destacados devem ser entendidas como *citação* e *intimação*, respectivamente. A interpretação justifica-se, a despeito dos termos empregados pelo legislador, para evitar agressão ao “modelo constitucional do direito processual civil” e ao “princípio da economia e da eficiência processuais” lá previsto (v. n. 15 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1).

Mesmo quando analisada a questão do ponto de vista de outros princípios constitucionais, notadamente o do “contraditório”, o da “ampla defesa” e o do “devido processo legal”, a solução merece ser mantida. É que a *notificação* exigida pela lei faz as vezes de uma verdadeira *citação*, assim entendido o ato pelo qual o magistrado convoca o réu para defender-se em juízo (v. n. 4.4.1 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 1). A prática dos demais atos ao longo do processo pressupõe mera *intimação* que, observado o disposto no referido § 7º do art. 17 da Lei n. 8.429/1992, será suficiente para viabilizar a *devida* participação do(s) réu(s) dali em diante.

Tanto assim que, de acordo com julgados do Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma, REsp 730.264/RS, rel. Min. Herman Benjamin, j.un. 5.11.2008, DJe 24.3.2009; 1ª Turma, REsp 798.827/RS, rel. Min. Denise Arruda, j.un. 27.11.2007, DJ 10.12.2007, p. 295, e 1ª Turma, REsp 799.339/RS, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j.un. 20.6.2006, DJ 30.6.2006, p. 180), quando não realizada a *notificação* exigida pelo § 7º do art. 17 da Lei n. 8.429/1992, a *citação* é que tem o condão de interromper a prescrição, observando-se, sempre, o disposto nos §§ 1º e 2º do mesmo dispositivo legal.

Questão interessante a partir dessas premissas é a de se saber se é correto entender revel o réu que, tendo apresentado defesa prévia, não contestar o pedido, após o recebimento da petição inicial. O silêncio do réu na hipótese não deve ser entendido como revelia porque, de uma forma ou de outra, ele já teve oportunidade de contrapor-se ao que em face de si pediu o autor. Não há, destarte, inação ou omissão sua quanto ao exercício, ainda que prematuro, da ampla defesa e do contraditório. Ademais, mesmo que se queira entender revel o réu, não é possível presumir verdadeiros os fatos alegados pelo autor diante da *indisponibilidade* do bem em questão (art. 320, II, do Código de Processo Civil).

A decisão que *receber* a petição inicial, prossegue o § 10 do art. 17 da Lei n. 8.429/1992, é contrastável pelo recurso de agravo de instrumento. Para a hipótese, destarte, não há dúvida sobre o caráter *decisório* daquele pronunciamento – trata-se, com efeito, de uma “decisão interlocutória” nos precisos termos do art. 162, § 2º, do Código de Processo Civil – e, conseqüentemente, do cabimento do agravo na modalidade de instrumento. A expressa previsão quanto à modalidade daquela espécie recursal afina-se bastante bem ao melhor entendimento a ser extraído do *caput* do art. 522 do

Código de Processo Civil: a hipótese, na perspectiva do legislador, é de *urgência* no reexame da decisão relativa ao juízo *positivo* de admissibilidade da petição inicial, a afastar, conseqüentemente, qualquer interesse no seu contraste por intermédio do agravo *retido* (v. n. 2 do Capítulo 7 da Parte I do vol. 5).

Se, diferentemente, a decisão for de *rejeição* da petição inicial (art. 17, § 8º, da Lei n. 8.429/1992), ela deve ser entendida como *sentença* e, como tal, *apelável*. Caso, contudo, a rejeição seja *parcial* (afastando a arguição de prescrição, por exemplo), inclusive com relação a eventuais litisconsortes passivos (entendendo que um deles é parte ilegítima para o processo, por hipótese), o melhor entendimento é o de que a decisão merece ser contrastada pelo recurso de agravo de instrumento por lhe faltar uma das características da *sentença*, a despeito do que se lê do art. 162, § 1º, do Código de Processo Civil, que é a extinção do processo ou, mais precisamente, da etapa de conhecimento (v. n. 1 do Capítulo 1 da Parte V do vol. 2, tomo I). É a interpretação, ademais, que mais bem se afina ao art. 17, § 10, da Lei n. 8.429/1992. Mesmo quando forem proferidas tantas decisões quantos sejam os litisconsortes, é viável a interposição de um *único* recurso que as combata uma a uma. Neste sentido: STJ, 2ª Turma, REsp 907.603/PE, rel. Min. Castro Meira, j.un. 16.6.2009, DJe 1.7.2009.

O § 11 do art. 17 da Lei n. 8.429/1992, por sua vez, admite que, ao longo do processo, se “reconhecida a inadequação da ação de improbidade, o juiz extinguirá o processo sem julgamento do mérito”. O melhor entendimento para a regra é o que a aproxima ao regime codificado reservado para a constatação, pelo magistrado, da *ausência* de algum pressuposto processual de existência ou de validade ou a *presença* de algum pressuposto processual negativo. Não há por que duvidar, com efeito, da possibilidade de, a despeito do juízo *positivo* de admissibilidade, o magistrado, constatando uma daquelas hipóteses, vir a proferir – independentemente de provocação de qualquer das partes ou eventuais terceiros intervenientes, ademais – sentença fundamentada no art. 267, IV, do Código de Processo Civil. A mesma solução deve ser dada à hipótese de o magistrado entender faltante, a despeito do juízo *positivo* de admissibilidade, alguma condição da ação. É dever seu o de extinguir o processo sem resolução de mérito, mesmo que *parcialmente*, a partir do instante em que reconheça a sua falta. É este o

regime que já decorre, claramente, do Código de Processo Civil e que, reforçado pelo dispositivo aqui examinado, não pode deixar de ser observado para a “ação de improbidade administrativa”.

Ainda que o texto da regra refira-se, apenas, à possibilidade de extinção do processo *sem* resolução de mérito, não há por que negar a viabilidade de sua interpretação para alcançar também as hipóteses de julgamento *com* mérito na medida em que as diferentes posições de cada um dos réus sejam passíveis de identificação pelo magistrado. A hipótese é estudada, com mais profundidade, pelo n. 12-A, *infra*.

11. FASE INSTRUTÓRIA

O § 12 do art. 17 da Lei n. 8.429/1992, também incluído pela Medida Provisória n. 2.225-45/2001, traz regra própria para os depoimentos e para as inquirições a serem realizados ao longo da “fase instrutória” ao impor a observância do disposto no *caput* e no § 1º do art. 221 do Código de Processo Penal.

De acordo com aquele dispositivo, “o Presidente e o Vice-Presidente da República, os senadores e deputados federais, os ministros de Estado, os governadores de Estados e Territórios, os secretários de Estado, os prefeitos do Distrito Federal e dos Municípios, os deputados às Assembleias Legislativas Estaduais, os membros do Poder Judiciário, os ministros e juízes dos Tribunais de Contas da União, dos Estados, do Distrito Federal, bem como os do Tribunal Marítimo serão inquiridos em local, dia e hora previamente ajustados entre eles e o juiz. § 1º. O Presidente e o Vice-Presidente da República, os presidentes do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e do Supremo Tribunal Federal poderão optar pela prestação de depoimento por escrito, caso em que as perguntas, formuladas pelas partes e deferidas pelo juiz, lhes serão transmitidas por ofício”.

O dispositivo traz à lembrança o art. 411 do Código de Processo Civil, cabíveis a seu respeito, portanto, as considerações expostas pelo n. 4.1 do Capítulo 6 da Parte IV do vol. 2, tomo I.

A previsão legal, de qualquer sorte, deixa longe de qualquer dúvida que também podem ser *réus* da “ação de improbidade administrativa” as pessoas nele referidas.

12. SENTENÇA

A sentença da “ação de improbidade administrativa” considerada em si mesma traz poucas questões que a peculiarizam das demais do ponto de vista do *direito processual*.

Estaria ela sujeita a reexame necessário? A resposta que parece a mais correta para este *Curso* é a *negativa*. Não fossem bastantes as críticas que o instituto genericamente previsto no art. 475 do Código de Processo Civil merece quando analisado, como deve ser, da perspectiva do “modelo constitucional do direito processual civil” (v. n. 1 do Capítulo 2 da Parte III do vol. 5), a resposta é *negativa*, considerando inexistir previsão legislativa para tanto. Quando se tratar de hipótese de “cumulação de ações” e houver pedido de invalidação de ato administrativo – o que é bastante usual na prática forense (v. n. 9.1, *supra*) –, o reexame necessário pode ser concebido a partir do art. 19 da Lei n. 4.717/1965, hipótese em que têm aplicação as considerações que faz o n. 10 do Capítulo 4. O que fica sujeito ao reexame necessário em tal hipótese, contudo, é a invalidação do ato administrativo e não o reconhecimento do ato de improbidade administrativa e/ou a aplicação das sanções correlatas. Assim, os demais capítulos da sentença, relativos à identificação e ao apenamento do ato de improbidade administrativa dependem, para serem reexaminados pelo Tribunal, da interposição de recurso pelo sucumbente.

Outra indagação pertinente é em relação à possibilidade de condenação do autor em custas e despesas processuais. Embora a Lei n. 8.429/1992 seja silente a este respeito, o melhor entendimento é o de considerar aplicável à espécie o mesmo regime que, desde a Constituição Federal, deriva do sistema processual civil, restringindo a responsabilização pelos ônus sucumbenciais ao litigante de má-fé. Nesse sentido já decidiu corretamente a 1ª Turma do STJ no REsp 1.153.656/DF, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j.un. 10.5.2011, DJe 18.5.2011.

No mais, é suficiente para a sentença proferida na “ação de improbidade administrativa”, quando analisada na perspectiva do direito *processual*, o quanto expõe o Capítulo 1 da Parte V do vol. 2, tomo I.

É no plano *material* que a sentença nesses casos apresenta peculiaridades dignas de destaque. Não só no que diz respeito ao *reconhecimento* do ato de improbidade administrativa, isto é, a pesquisa relativa aos elementos que se

devem fazer presentes para sua configuração – assunto fascinante, porém estranho ao presente *Curso* –, mas também no que tange à *dosimetria* das diversas penas previstas no art. 37, § 4º, da Constituição Federal e nos três incisos do art. 12 da Lei n. 8.429/1992, suficientes, para cá, as considerações constantes dos ns. 8 e 9, *supra*. A lei, no particular, é bastante lacônica, limitando-se, o parágrafo único do dispositivo legal, a destacar que “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”.

É esta a razão pela qual a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sempre se mostrou bastante favorável à aplicação dos chamados “princípio da proporcionalidade” e “princípio da razoabilidade” como verdadeiros *guias* aptos a viabilizar um contraste, o mais objetivo possível, da correção das penas aplicadas diante das peculiaridades do caso concreto, verdadeiramente *modulando* as sanções, aplicando-as isolada ou cumulativamente, sopesando a efetiva atuação e o efetivo proveito de cada um dos envolvidos. É o que prevaleceu, dentre outros, nos seguintes julgados: STJ, 1ª Turma, REsp 980.706/RS, rel. Min. Luiz Fux, j.un. 3.2.2011, DJe 23.2.2011; STJ, 2ª Turma, EDcl no REsp 1.021.851/SP, rel. Min. Eliana Calmon, j.un. 23.6.2009, DJe 6.8.2009; STJ, 2ª Turma, REsp 1.019.555/SP, rel. Min. Castro Meira, j.un. 16.6.2009, DJe 29.6.2009; STJ, 2ª Turma, REsp 1.055.644/GO, rel. Min. Castro Meira, j.un. 21.5.2009, DJe 1.6.2009; STJ, 1ª Turma, REsp 875.425/RJ, rel. Min. Denise Arruda, j.un. 9.12.2008, DJe 11.2.2009, e STJ, 1ª Turma, REsp 929.289/MG, rel. Min. José Delgado, j.un. 18.12.2007, DJ 28.2.2008, p. 77. Aquela diretriz jurisprudencial acabou sendo consagrada na redação que a Lei n. 12.120/2009 deu ao *caput* do art. 12 da Lei n. 8.429/1992, o que impõe que a consequente decisão seja devidamente fundamentada para justificar a aplicação e a respectiva gradação de cada pena efetivamente aplicada diante dos elementos do caso concreto para cada um dos responsabilizados.

Para que o valor das multas, o tempo de suspensão dos direitos políticos, da proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais sejam adequados – isto é, estejam “de acordo com a gravidade do fato”, como impõe o referido dispositivo legal na sua atual redação –, encarece que *antes* da sentença a questão tenha sido

exaustivamente debatida pelas partes, o que acaba por confirmar o acerto do que expõe o n. 9, *supra*, sobre a necessidade de o pedido formulado pelo autor ser *certo e determinado*, viabilizando, com isto, o inafastável *contraditório*, uma escorreita instrução sobre o(s) ponto(s) e, em última análise, a criação de condições concretas para aplicar o parâmetro colocado em destaque no último parágrafo, a partir do que dispõe o parágrafo único do art. 12 da Lei n. 8.429/1992.

É também em nome dos mesmos princípios destacados que a proibição de contratar com o Poder Público pode ser restringida, consoante o caso, à localidade em que ocorreu o ato de improbidade administrativa. Assim: STJ, 1ª Turma, REsp 1.003.179/RO, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j.un. 5.8.2008, DJe 18.8.2008.

No que diz respeito ao reconhecimento do *dano* ao patrimônio público, a imposição de seu *ressarcimento* deve ser completa, atentando, o magistrado, ao disposto nos arts. 5º, 6º e 18, todos da Lei n. 8.429/1992. Considerando que a pessoa que sofreu este dano é conhecida, não se aplica para a “ação de improbidade administrativa” o disposto no art. 13 da Lei n. 7.347/1985 (v. n. 11 do Capítulo 1 da Parte II).

É certo, contudo, que o reconhecimento de dano não é elemento característico dos atos de improbidade administrativa previstos nos arts. 9º e 11 da Lei n. 8.429/1992. A aplicação das penas previstas na Lei n. 8.429/1992 pode independe – é a expressa previsão do inciso I de seu art. 21 – “da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público”. É importante, de qualquer sorte, entender o “patrimônio público” referido no dispositivo legal em sentido restrito, de patrimônio *econômico*, de cofres públicos, é dizer, a aplicação das sanções da Lei n. 8.429/1992 independem da efetiva ocorrência de dano *material* aos cofres públicos, ressalvada, evidentemente, a pena de ressarcimento ao erário, o que acabou ficando expresso com a nova redação que a Lei n. 12.120/2009 deu ao dispositivo referido em último lugar, que ressalva os casos em que a “pena de ressarcimento” deve ser aplicada.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é bastante uniforme quanto à configuração de o ato repudiado pelo precitado art. 11 da Lei n. 8.429/1992 prescindir da demonstração de dano. Nesse sentido: 1ª Seção, REsp 951.389/SC, rel. Min. Herman Benjamin, j.un. 9.6.2010, DJe 4.5.2011;

2ª Turma, REsp 1.227.849/PR, rel. p./acórdão Min. Castro Meira, j.m.v. 22.11.2011, DJe 13.4.2012; 1ª Turma, AgRg no AREsp 113.210/RS, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j.un. 22.5.2012, DJe 28.5.2012 e 1ª Seção, AgRg nos EREsp 1.143.484/SP, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j.un. 22.8.2012, DJe 30.8.2012. Coerentemente, nas hipóteses do art. 10 da Lei n. 8.429/1992, o ressarcimento ao erário é medida impositiva, uma verdadeira consequência do ato reconhecido como ímprobo. Assim, v.g.: STJ, 2ª Turma, REsp 1.298.914/SC, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j.un. 12.4.2012, DJe 17.4.2012.

Também não interfere na caracterização do ato de improbidade administrativa a aprovação ou a rejeição das contas pelo órgão de controle interno ou pelo Tribunal de Contas. A regra, prevista no art. 21, II, da Lei n. 8.429/1992, garante o que se chama “independência de instâncias”, rompendo qualquer vinculação que poderia haver entre a análise do ato na esfera administrativa e na esfera jurisdicional.

O Conselho Nacional de Justiça, por intermédio da Resolução n. 44/2007, com as modificações incorporadas pela Resolução n. 50/2008 e pela Resolução n. 172/2013, criou o “Cadastro Nacional de Condenados por Improbidade Administrativa” que pretende ser um verdadeiro banco de dados a reunir todas as pessoas físicas e jurídicas que já foram condenadas por atos de improbidade administrativa com decisões *materialmente* transitadas em julgado.

O cadastro acaba por permitir que se dê ampla aplicação ao disposto no art. 17, § 5º, da Lei n. 8.429/1992 quanto à existência de *prévio* processo que busca a tutela jurisdicional de um mesmo ato que se reputa ímprobo (v. n. 3.1, *supra*). Embora não exista obrigatoriedade de sua prévia consulta para dar início ao processo, aquela providência, que pode ser tomada de ofício pelo próprio magistrado (art. 5º da Resolução n. 44/2007 do CNJ, com a redação da Resolução n. 50/2008 do mesmo órgão), é salutar para evitar a multiplicidade de processos sobre um *mesmo* bem da vida e, eventualmente, a disparidade de decisões jurisdicionais que possam mostrar-se, no plano material, incompatíveis e inconciliáveis entre si.

12-A. JULGAMENTO PARCIAL

Questão instigante é saber se é possível ao magistrado proferir “julgamentos *parciais*” no processo de improbidade administrativa. A resposta, tendo em conta o atual estágio do direito processual civil, só pode ser positiva.

Mesmo antes das mais reformas pelas quais atravessou o vigente Código de Processo Civil, já havia vozes importantes, como a de Eduardo Talamini, que propugnavam pela viabilidade de julgamentos *parciais*. Em exemplar artigo doutrinário, o processualista afirma a possibilidade de tais julgamentos da seguinte maneira: “Quanto à ‘extinção parcial’ sem julgamento de mérito – como se viu – não são postos maiores óbices à sua admissibilidade. Ora, isso é o que basta para não se poder invocar a letra da lei como argumento contrário ao julgamento imediato parcial de mérito, em qualquer caso, no ‘saneador’. Afinal, se a ‘extinção parcial’ sem julgar mérito é possível, embora o art. 329 não a preveja expressamente (referindo-se apenas ao processo como um todo), o exame direto de parte do mérito nessa fase também há de sê-lo, a despeito de o art. 330 não explicitar essa possibilidade. Nesse ponto, é de se aproveitar a doutrina portuguesa a respeito do tema: o objetivo da fase saneadora é precisamente diminuir a matéria objeto da cognição do juiz, na continuidade do processo, estritamente àquilo que ainda não se está em condições de decidir (v. acima – III.2). Aliás, no Brasil nem mesmo existe o problema apontado por Anselmo de Castro, para o processo português, de se diferenciarem os órgãos que julgariam o mérito (v. III.2): o mesmo órgão que conduz o processo, profere a sentença” (“Saneamento do processo”, p. 95).

Ademais, a possibilidade de “julgamento *parcial* do mérito” vem sendo gradativamente aceita pela melhor doutrina processual civil brasileira depois das mais recentes reformas do Código de Processo Civil. Não só em função do novo conceito de sentença dado pela Lei n. 11.232/2005 mas também em função do que dispõe o § 6º do art. 273 do Código de Processo Civil, introduzido pela Lei n. 10.444/2002, tal como querem demonstrar os ns. 1 e 5 do Capítulo 5 da Parte I do vol. 4.

Tão mais pertinente é a incidência das conclusões propostas pelos parágrafos anteriores porque, em se tratando de improbidade administrativa, o litisconsórcio passivo é *simples* (v. n. 5, *supra*), isto é, cada um dos

corréus pode receber solução jurisdicional diversa de acordo com a sua própria participação ou colaboração com o ato questionado.

De outra parte, há diversos julgados do Superior Tribunal de Justiça afirmando que o litisconsórcio passivo, além de simples, é *facultativo*, destacando a inexistência de “relação jurídica *unitária*” nas hipóteses sujeitas à Lei de Improbidade Administrativa, como demonstrado pelo n. 5, *supra*. Em tais condições, afastada, ao menos genericamente, a necessidade do litisconsórcio passivo, a conclusão sobre a juridicidade do “desmembramento do processo” fica ainda mais evidente, na medida em que a situação de cada um dos réus fique clara para o magistrado, permitindo os consequentes *julgamentos parciais*. Mesmo para quem, como é o caso deste *Curso*, entender *necessário* o litisconsórcio passivo nos casos de improbidade administrativa, é irrecusável que o *desmembramento* do processo aqui defendido repousa na circunstância da possibilidade de julgamentos *diversos* para cada um dos réus e não na obrigatoriedade, apriorística, de todos os eventuais responsáveis pelo ato questionado serem *citados* para o processo.

Assim, na medida em que a instrução do processo permitir que o magistrado forme sua convicção sobre a responsabilidade de um ou mais de um réu (embora não de todos), a hipótese é de *desmembrar* o processo para aquele fim. O prosseguimento do processo para ulteriores atos instrutórios, em tais casos, justifica-se para os demais réus.

É possível ir além porque a solução não atrita, muito pelo contrário, com a própria sistemática da “ação de improbidade administrativa”, vez que a petição inicial pode vir a ser recebida para alguns réus e não para outros pelos mais variados motivos (art. 17, § 9º, da Lei n. 8.429/1992). Se esse verdadeiro desdobramento é possível no limiar do procedimento, ainda ao ensejo do juízo de admissibilidade da petição inicial, não há razão para que, durante o processo, na medida em que fiquem claras as diferentes posições de algum ou alguns dos réus em comparação com os demais, sejam eles julgados sem prejuízo de o processo prosseguir para produção de provas com relação aos demais.

O próprio § 11 do art. 17 da Lei n. 8.429/1992, a despeito de sua literalidade (v. n. 10, *supra*) autoriza esse entendimento porque aquele dispositivo tem a finalidade de permitir o descarte da ação de improbidade

administrativa a qualquer tempo sempre que houver elementos suficientes que afastem a ocorrência dos atos indicados como ímprobos. Com efeito, a *ratio legis* é a de viabilizar que, ao longo do processo, toda e qualquer informação que chegue ao conhecimento do juízo de pertinente para o deslinde do processo permita o *aprofundamento* da cognição jurisdicional e, com ela, independentemente do instante procedimental, excluir do processo de improbidade administrativa aquele que, pelos elementos de prova que tenham sido passíveis de reunião até aquele momento, não tem razão para prosseguir no processo para responder por ato de improbidade administrativa.

A circunstância de a regra referir-se, apenas, a julgamento *sem mérito* não infirma a conclusão, já que a finalidade do processo, de qualquer processo, é prestar tutela jurisdicional (decisão de mérito) ao autor e/ou ao réu, a depender de a quem a posição de direito material proteja.

13. EXECUÇÃO

O art. 18 da Lei n. 8.429/1992 dispõe que “a sentença que julgar procedente 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 regra deve ser interpretada em conjunto com o § 2º do art. 17 da Lei n. 8.429/1992 que expressamente reconhece à “Fazenda Pública, quando for o caso”, legitimidade para promover “as ações necessárias à complementação do ressarcimento do patrimônio público”.

À luz dos dois dispositivos, é de todo indiferente quem seja o autor da “ação de improbidade administrativa”, se o Ministério Público ou se a “pessoa jurídica interessada”. Ambos têm legitimidade para buscar, perante o Estado-juiz, o reconhecimento de um ou mais atos de improbidade administrativa que foram praticados e, bem assim, para perseguir a tutela jurisdicional *executiva*, que pressupõe aquele reconhecimento.

A perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só podem ser concretizadas com o trânsito em julgado da sentença que as impõe. É o que, expressamente, prevê o *caput* do art. 20 da Lei n. 8.429/1992. Isto, contudo, não significa que, durante o processo, não possa haver o *afastamento* do agente público do exercício do cargo, emprego ou função

quando a medida justificar-se em prol da instrução processual, como expõe o n. 14, *infra*.

14. TUTELA PREVENTIVA

No processo em que se busca a aplicação das sanções previstas nos incisos do art. 12 da Lei n. 8.429/1992 pode-se fazer necessária a prestação de tutela jurisdicional *preventiva* (v. n. 8.1.1 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1).

Destacam-se, em primeiro, as previsões dos arts. 7º e 16 da Lei n. 8.429/1992, segundo os quais é viável requerer ao juízo competente a “indisponibilidade dos bens do indiciado” e o “sequestro dos bens do agente ou terceiro que tenha enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público”, respectivamente.

A finalidade de ambos os dispositivos é a de criar condições *jurisdicionais* de realizar, a contento – e, conseqüentemente, em estreita harmonia com o “modelo constitucional do direito processual civil” –, as previsões *materiais* que constam dos arts. 5º e 6º da Lei n. 8.429/1992. Segundo esses dispositivos, respectivamente: “Ocorrendo lesão ao patrimônio público por ação ou omissão, dolosa ou culposa, do agente ou de terceiro, dar-se-á o integral ressarcimento do dano” e “No caso de enriquecimento ilícito, perderá o agente público ou terceiro beneficiário os bens ou valores acrescidos ao seu patrimônio”.

É vencedor, na jurisprudência do STJ, o entendimento de que o *periculum in mora* autorizador da indisponibilidade de bens é *presumido*. Assim, v.g.: 1ª Turma, AgRg no AREsp 188.986/MG, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j.un. 28.8.2012, DJe 24.9.2012 e 1ª Seção, REsp 1.319.515/ES, rel. p./acórdão Mauro Campbell Marques, j.m.v. 22.8.2012, DJe 21.9.2012. Para este *Curso*, a solução não pode ser generalizada, ficando reservada a prestação de “tutela de *evidência*” para os casos que possam ser albergados pelo inciso II e/ou pelo § 6º do art. 273 do CPC (v. n. 2.5 do Capítulo 1 e n. 2 do Capítulo 5 da Parte I do vol. 4).

A expressa previsão do “sequestro” pelo art. 16 da Lei n. 8.429/1992, que “será processado de acordo com o disposto nos arts. 822 e 825 do Código de Processo Civil”, como se lê de seu § 1º, não significa, contudo, que outras “cautelares típicas” não possam ser empregadas para garantir a

plena eficácia de decisão que imponha ao réu o *dever* de alguma quantia em dinheiro. Até porque o “sequestro”, como demonstra o n. 1 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 4, pressupõe que se pretenda garantir execução de *coisa certa*, o que nem sempre ocorrerá.

Destarte, seja pelo emprego do “arresto” a que se referem os arts. 813 a 821 do Código de Processo Civil (v. Capítulo 2 da Parte III do vol. 4), seja, de forma mais ampla, em nome do “dever-poder geral de cautela”, é inafastável a viabilidade de serem requeridas e, consoante estejam presentes os seus respectivos pressupostos, *deferidas* medidas que visem assegurar o resultado útil do processo quanto à aplicação das penas monetárias. Sejam as que digam respeito à devolução, aos cofres públicos, de dinheiros gastos ao arrepio das normas cabíveis; as que resultam de acréscimo indevido ao patrimônio do réu; sejam, por fim, as penas de multa, aplicadas cumulativa ou isoladamente. Neste sentido: STJ, 1ª Turma, REsp 957.766/PR, rel. Min. Luiz Fux, j.un. 9.3.2010, DJe 23.3.2010; STJ, 2ª Turma, REsp 1.023.182/SC, rel. Min. Castro Meira, j.un. 23.9.2008, DJe 23.10.2008; STJ, 2ª Turma, REsp 811.979/SP, rel. Min. Eliana Calmon, j.un. 16.9.2008, DJe 14.10.2008; STJ, 1ª Turma, REsp 958.582/MG, rel. Min. José Delgado, j.un. 6.3.2008, DJe 4.8.2008 e STJ, 2ª Turma, REsp 821.720/DF, rel. Min. João Otávio de Noronha, j.un. 23.10.2007, DJ 30.11.2007, p. 423. É essa a razão pela qual não se pode descartar aprioristicamente ser necessário pedido de indisponibilidade de bens, mesmo nos casos em que se alega violação ao art. 11 da Lei n. 8.429/1992, isto é, atos de improbidade administrativa que atentem contra os princípios da administração pública. Assim, v.g.: STJ, 2ª Turma, AgRg no REsp 1.299.936/RJ, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j.un. 18.4.2013, DJe 23.4.2013, e 2ª Turma, AgRg no REsp 1.311.013/RO, rel. Min. Humberto Martins, j.un. 4.2.2012, DJe 13.12.2012.

Dada a finalidade última daquelas medidas, outrossim, importa destacar que a constrição deve se limitar aos bens suficientes para o ressarcimento integral do dano, mesmo que os bens respectivos tenham sido adquiridos antes do ato inquinado de improbidade administrativa. É vasta, neste sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, como fazem prova os seguintes julgados: 1ª Turma, REsp 963.642/SP, rel. Min. Denise Arruda, j.un. 26.5.2009, DJe 22.6.2009; 1ª Turma, REsp 806.301/PR, rel. Min. Luiz Fux, j.un. 11.12.2007, DJe 3.3.2008; 2ª Turma, REsp 811.979/SP, rel. Min.

Eliana Calmon, j.un. 16.9.2008, DJe 14.10.2008, e 1ª Turma, REsp 955.835/SP, rel. Min. Francisco Falcão, j.un. 9.9.2008, DJe 6.10.2008.

Considerando, ainda aqui, o teor das medidas aqui aventadas e sua finalidade última de assegurar o resultado útil da execução de uma decisão que impõe o dever de *pagar* ou *ressarcir*, devem ser observadas as restrições relativas à penhora e, conseqüentemente, ao “arresto” ou ao “sequestro” que incidem sobre determinadas parcelas do patrimônio do devedor (v. n. 3.3 do Capítulo 1 da Parte I do vol. 3). A 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de decidir diferentemente no AgRg no REsp 956.039/PR, rel. Min. Francisco Falcão, j.m.v. 3.6.2008, DJe 7.8.2008. Na oportunidade, restou vencido o Ministro Teori Albino Zavascki para quem “... essa indisponibilidade visa a manter a base patrimonial para futuro ressarcimento de danos. Ora, isso é possível e só é possível se o bem é penhorável. Os bens impenhoráveis não estão sujeitos à penhora e, portanto, não estão sujeitos à indisponibilidade, espécie de constrição visando a garantir a base patrimonial”. A 2ª Turma do mesmo Tribunal (REsp 840.930/PR, rel. Min. Eliana Calmon, j.un. 16.9.2008, DJe 7.11.2008) também já teve oportunidade de sustentar a pertinência da indisponibilidade de bem de família.

As medidas aqui examinadas são tanto mais pertinentes diante do art. 13 da Lei n. 8.429/1992, segundo o qual:

“Art. 13. A posse e o exercício de agente público ficam condicionados à apresentação de declaração dos bens e valores que compõem o seu patrimônio privado, a fim de ser arquivada no serviço de pessoal competente.

§ 1º A declaração compreenderá imóveis, móveis, semoventes, dinheiro, títulos, ações, e qualquer outra espécie de bens e valores patrimoniais, localizados no País ou no exterior, e, quando for o caso, abrangerá os bens e valores patrimoniais do cônjuge ou companheiro, dos filhos e de outras pessoas que vivam sob a dependência econômica do declarante, excluídos apenas os objetos e utensílios de uso doméstico.

§ 2º A declaração de bens será anualmente atualizada e na data em que o agente público deixar o exercício do mandato, cargo, emprego ou função.

§ 3º Será punido com a pena de demissão, a bem do serviço público, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, o agente público que se recusar a

prestar declaração dos bens, dentro do prazo determinado, ou que a prestar falsa.

§ 4º O declarante, a seu critério, poderá entregar cópia da declaração anual de bens apresentada à Delegacia da Receita Federal na conformidade da legislação do Imposto sobre a Renda e proventos de qualquer natureza, com as necessárias atualizações, para suprir a exigência contida no *caput* e no § 2º deste artigo”.

O pedido, *típico* ou *atípico*, será *antecedente* ou *incidental* (STJ, 1ª Turma, REsp 206.222/SP, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j.un. 13.12.2005, DJ 13.2.2006, p. 661, e STJ, 1ª Turma, REsp 199.478/MG, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j.un. 21.3.2000, DJ 8.5.2000, p. 61), consoante o caso, observando-se, no particular, as considerações expostas pelo n. 6.2 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 4.

Quando *antecedente*, isto é, *preparatório*, será formulado ao juízo competente pelo legitimado ativo da “ação de improbidade administrativa”, o Ministério Público ou a “pessoa jurídica interessada”, como deixa entrever, expressamente, o *caput* do art. 16 da Lei n. 8.429/1992. Para tanto, são suficientes as considerações feitas pelo n. 4, *supra*. Em tais casos, contudo, a “ação de improbidade administrativa” deve ser proposta “dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar”, consoante se lê do *caput* do art. 17 da Lei n. 8.429/1992 que repete, no particular, a regra genérica do art. 806 do Código de Processo Civil (v. n. 9 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 4).

O § 2º do mesmo art. 16 é digno de destaque porque autoriza que o pedido inclua “a investigação, o exame e o bloqueio de bens, contas bancárias e aplicações financeiras mantidas pelo indiciado no exterior, nos termos da lei e dos tratados internacionais”, medidas estas que vão muito além dos *limites* da “ação cautelar de sequestro”, tal qual prevista nos arts. 822 a 825 do Código de Processo Civil, e que confirmam o entendimento exposto anteriormente: ao contrário do que poderia parecer de uma leitura mais presa ao *texto* da lei, as medidas que podem vir a ser tomadas e determinadas com vistas à ampla eficácia das “ações de improbidade administrativa” não são *exaustiva* nem *taxativamente* as previstas na lei de regência.

A depender da *urgência* a justificar a medida, outrossim, não há qualquer óbice para que a tutela jurisdicional *preventiva* seja prestada mesmo *antes* de proferido o juízo de admissibilidade da petição inicial que, de acordo com os §§ 6º a 8º do art. 17 da Lei n. 8.429/1992, pressupõe a prática de uma série de atos (v. n. 10, *supra*), o que, por si só, pode incrementar o perigo de ineficácia da medida que, diante dos seus pressupostos respectivos, deve ser deferida. Neste sentido: STJ, 2ª Turma, AgRg no REsp 1.317.653/SP, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j.un. 7.3.2013, DJe 13.3.2013; STJ, 1ª Turma, REsp 1.078.640/ES, rel. Min. Luiz Fux, j.un. 9.3.2010, DJe 23.3.2010; STJ, 1ª Turma, REsp 895.415/BA, rel. Min. Luiz Fux, j.un. 2.12.2008, DJe 17.12.2008, e STJ, 1ª Turma, REsp 929.483/BA, rel. Min. Luiz Fux, j.un. 2.12.2008, DJe 17.12.2008.

Também o parágrafo único do art. 20 da Lei n. 8.429/1992 prevê outra forma de exercício da tutela jurisdicional *preventiva*. De acordo com o dispositivo, “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”. Trata-se de medida voltada a garantir a adequada colheita da prova na suposição de que o réu da “ação de improbidade administrativa”, em função do cargo, emprego ou função que exerce, tem condições de criar alguma espécie de embaraço ou dificuldade na colheita das provas destinadas à formação da cognição judicial. O afastamento em tais casos, é o mesmo dispositivo legal que destaca, dá-se sem prejuízo da remuneração.

Trata-se de medida que tem função nitidamente *cautelar* e que, nestas condições, não se confunde com a *antecipação* dos efeitos da tutela jurisdicional que, porventura, pode ter sido requerida consistente na perda da função pública ou na perda do cargo. Para elas, diz o *caput* do art. 20 da Lei n. 8.429/1992, o trânsito em julgado é de rigor, não havendo, aprioristicamente, qualquer razão que permita ao magistrado *variar* esta razão, diante do que autoriza o parágrafo único do dispositivo. Nesse sentido, dando especial destaque à excepcionalidade da hipótese, v.: STJ, CE AgRg n SS 1.883/BA, rel. Min. Cesar Rocha, j.un. 17.12.2008, DJe 5.2.2009; STJ, 1ª Turma, REsp 929.483/BA, rel. Min. Luiz Fux, j.un. 2.12.2008, DJe 17.12.2008; STJ, 1ª Turma, REsp 801.891/PR, rel. Min. Luiz

Fux, j.un. 13.5.2008, DJe 19.6.2008; STJ, 1ª Turma, REsp 993.065/ES, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j.un. 26.2.2008, DJe 12.3.2008; STJ, 1ª Turma, REsp 604.832/ES, rel. Min. Denise Arruda, j.un. 3.11.2005, DJ 21.11.2005, p. 128 e STJ, CE, AgRg na SLS 1.500/MG, rel. Min. Ari Pargendler, j.un. 24.5.2012, DJe 6.6.2012.

15. PRESCRIÇÃO

O art. 23 da Lei n. 8.429/1992 disciplina a prescrição das “ações de improbidade administrativa”.

É a seguinte a redação do dispositivo:

“Art. 23. As ações destinadas a levar a efeito as sanções previstas nesta Lei podem ser propostas:

I – até cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança;

II – dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego”.

Há diversos julgados do Superior Tribunal de Justiça no sentido de os prazos prescricionais previstos pelo precitado art. 23 da Lei n. 8.429/1992 não dizerem respeito ao ressarcimento de danos ao erário, o que seria *imprescritível* à luz do que dispõe o § 5º do art. 37 da Constituição Federal. Neste sentido são os seguintes julgados: 2ª Turma, REsp 1.374.376/CE, rel. Min. Herman Benjamin, j.un. 25.6.2013, DJe 23.5.2013; 2ª Turma, REsp 1.069.723/SP, rel. Min. Humberto Martins, j.un. 19.2.2009, DJe 2.4.2009; 2ª Turma, REsp 1.067.561/AM, rel. Min. Eliana Calmon, j.un. 5.2.2009, DJe 27.2.2009; 2ª Turma, REsp 1.069.779/SP, rel. Min. Herman Benjamin, j.un. 18.9.2008, DJe 13.11.2009; 1ª Turma, REsp 705.715/SP, rel. Min. Francisco Falcão, j.un. 2.10.2007, DJe 14.5.2008 e 1ª Turma, AgRg no REsp 1.138.564/MG, rel. Min. Benedito Gonçalves, j. un. 16.12.2010, DJe 2.2.2011.

Outras decisões, do mesmo Superior Tribunal de Justiça, sustentam que o art. 23 da Lei n. 8.429/1992 regulamentaria apenas a primeira parte do art. 37, § 5º, da Constituição Federal e que, diante da ausência de regra expressa, o prazo prescricional para as “ações de ressarcimento ao erário”

seria de vinte anos, por aplicação analógica do art. 117 do Código Civil de 1916, que corresponde ao art. 205 do Código Civil de 2002, que prevê o prazo prescricional genérico de dez anos. É o que foi decidido nos seguintes casos: 2ª Turma, AgRg no Ag 993.527/SC, Rel. Min. Castro Meira, j.un. 19.8.2008, DJe 11.9.2008; 2ª Turma, REsp 960.926/MG, rel. Min. Castro Meira, j.un. 18.3.2008, DJe 1.4.2008, e 2ª Turma, REsp 601.961, rel. Min. João Otávio de Noronha, j.un. 7.8.2007, DJ 21.8.2007, p. 175.

Embora se ocupando de hipótese diversa, estranha à “ação de improbidade administrativa”, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (MS 26.210/DF, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j.m.v. 4.9.2008, DJe 10.10.2008) já teve oportunidade de entender também *imprescritíveis* as “ações de ressarcimento” com fundamento no precitado dispositivo constitucional. Na oportunidade, manifestou-se contrário o Ministro Marco Aurélio, que defendeu a prescritibilidade das ações e a recepção da legislação existente à época da promulgação da Constituição de 1988. O Ministro Cezar Peluso, por seu turno, sustentou que a ressalva constitucional deve ser limitada às “ações de ressarcimento” derivadas de ilícitos *criminais*, é dizer, nas suas palavras, “as ações tendentes a reparar os prejuízos oriundos da prática de crime danoso ao Erário”. Mais recentemente, o Plenário do Supremo Tribunal Federal reconheceu *status* de repercussão geral ao tema, em recurso extraordinário pendente de julgamento (RE-RG 669.069/MG, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j.un. 2.8.2013, DJe 26.8.2013).

Não há como concordar, com o devido respeito, com o entendimento no sentido da *imprescritibilidade* das “ações de ressarcimento ao erário”, incluídos, dentre elas, os *pedidos* relativos ao ressarcimento que podem ser formulados nas “ações de improbidade administrativa” (v. n. 9, *supra*).

É certo que se lê, do precitado § 5º do art. 37 da Constituição Federal, que: “A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”.

A *ressalva* feita por aquele dispositivo constitucional, contudo, não pode ser entendida no sentido de tornar *imprescritíveis* as “ações de ressarcimento”, mas, bem diferentemente, no sentido de o Estado, responsável *objetivamente* pelo dano (o que é expressamente previsto pelo §

6º do mesmo art. 37 da Constituição Federal), poder voltar-se ao causador do dano, “qualquer agente, servidor ou não”, para ressarcir-se do que vier a pagar, baseando a pretensão ressarcitória na sua responsabilidade *subjetiva*. O que o dispositivo constitucional quer, em última análise, é que a *lei* indique os prazos prescricionais das pretensões ressarcitórias em face do Estado, ressaltando seu direito de regresso em face do causador do dano.

Corroborando o entendimento aqui adotado a circunstância de a Medida Provisória n. 2.180-35/2001 ter introduzido um art. 1º-C na Lei n. 9.494/1997, segundo o qual: “Art. 1º-C. Prescreverá em cinco anos o direito de obter indenização dos danos causados por agentes de pessoas jurídicas de direito público e de pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos”. O precitado dispositivo, embora seja fruto de medida provisória mantida vigente pelo art. 2º da Emenda Constitucional n. 32/2001, o que, por si só, indica a sua inconstitucionalidade *formal*, pretende, a olhos vistos, *disciplinar* o precitado § 5º do art. 37 da Constituição Federal. Ademais, a *imprescritibilidade* de qualquer pretensão é opção que atrita frontalmente com o princípio da segurança jurídica a merecer, por isto mesmo, expressa previsão constitucional, a exemplo do que ocorre, no âmbito do direito penal, com os incisos XLII e XLIV do art. 5º da Constituição Federal com relação aos crimes de racismo e de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático, respectivamente.

Por tais razões, deve prevalecer o entendimento de que o art. 23 da Lei n. 8.429/1992 não viola o art. 37, § 5º, da Constituição Federal e, conseqüentemente, estabelece os prazos prescricionais para a “ação de improbidade administrativa”, *inclusive* no que diz respeito ao ressarcimento dos danos ao erário.

Ainda a respeito do tema, insta colacionar interessante acórdão da 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (REsp 801.846/AM, rel. Min. Denise Arruda, j.un. 16.12.2008, DJe 12.2.2009), no qual prevaleceu a interpretação de que o reconhecimento da prescrição das demais penas aplicáveis ao ato de improbidade administrativa impede o prosseguimento do processo para buscar o ressarcimento ao erário, ainda que se entenda *imprescritível* a pretensão respectiva. Para tal fim, segundo se lê do acórdão, faz-se necessário iniciar um novo processo.

Por fim, cabe destacar que as “ações de improbidade administrativa” ajuizadas em face de particular (art. 3º da Lei n. 8.429/1992; v. n. 5, *supra*) estão sujeitas ao mesmo prazo prescricional – e, conseqüentemente, à mesma discussão aventada acima – do art. 23 da Lei n. 8.429/1992. Expressos neste sentido são os seguintes acórdãos do Superior Tribunal de Justiça: 1ª Turma, REsp 1.087.855/PR, rel. Min. Francisco Falcão, j.un. 3.3.2009, DJe 11.3.2009; 1ª Turma, REsp 773.227/PR, rel. Min. Denise Arruda, j.un. 9.12.2008, DJe 11.2.2009, e 2ª Turma, REsp 965.340/AM, rel. Min. Castro Meira, j.un. 25.9.2007, DJ 8.10.2007, p. 256.

Parte II
DIREITO PROCESSUAL COLETIVO

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Muito do que a Introdução da Parte I trata a respeito do “direito processual *público*” tem plena aplicação para o “direito processual *coletivo*”. Também aqui, a *qualidade* de específicas normas jurídicas de direito material justificam, no plano *processual*, tratamento diferenciado. Tanto quanto lá e pelas mesmas razões, o *conteúdo* (o “direito *material*”) tem condições de afetar não só a razão de ser, mas, o que interessa mais de perto ao desenvolvimento do presente estudo, o *modo* de ser do *continente* (o “direito *processual*”).

Do mesmo modo que o desenvolvimento clássico e tradicional do direito processual civil, por se ocupar com a resolução de conflitos *individuais*, marca seu estudo e a construção de suas estruturas, o aparecimento, o crescimento e a conscientização de que *também* há, no plano material, conflitos *metaindividuais*, isto é, que vão além dos indivíduos, dizendo respeito, simultaneamente, a um maior número de pessoas e, até mesmo, a grupos bem definidos e organizados, pôs, para o estudioso do direito processual civil, a necessidade de se ocupar das formas de resoluções destes conflitos.

O “direito processual coletivo” encontra raízes profundas na obra fundamental de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, *Acesso à justiça*, tal qual expõe o n. 2.2 do Capítulo 2 da Parte I do vol. 1. Para aqueles autores, uma das três ondas de acesso à justiça consistia na “representação dos interesses difusos”, assim entendida a preocupação relativa à busca da tutela jurisdicional dos interesses e direitos não pertencentes a uma pessoa individualmente considerada, mas a grupos coletivamente diferenciados.

O que se percebe da preocupação daqueles autores é que o modelo do “direito processual civil clássico”, por suas próprias características, é inadequado e, portanto, deixa de desempenhar o papel que se espera de um *instrumento* para a tutela jurisdicional de outros direitos que, do ponto de vista do direito material, são totalmente diversos daqueles que, por décadas e séculos, foram decisivos para o desenvolvimento e o aperfeiçoamento do direito processual civil.

É lembrar que os temas fundamentais do direito processual civil são, todos eles, baseados e desenvolvidos, a partir de situações individuais, de um verdadeiro *padrão* de litígio, onde um (ou pouco mais de um) *autor* pretende ver reconhecido direito seu em face de um (ou pouco mais de um) *réu*. E mais: saber quem é (ou pode ser) este *autor* e este *réu* é uma questão que, em última análise, remonta à pesquisa relativa a saber quem, no plano material, é o titular daquele direito ou interesse (v. n. 3.1 do Capítulo 2 da Parte III do vol. 1).

No caso do “direito processual coletivo”, a premissa não é a mesma. Parafraseando questão clássica da obra de Cappelletti sobre a quem pertence o ar que se respira, a busca da resposta adequada é decisiva para saber quem, no plano material, pode pretender buscar a tutela *jurisdicional* da qualidade do ar.

A constatação da diferença da *qualidade* do direito material e sua necessária variação no plano processual, contudo, não deve conduzir o intérprete ao abandono das categorias do direito processual civil “clássico” ou “tradicional”. Tanto quanto o que o n. 2 da Introdução da Parte I sustenta para o “direito processual *público*”, a preocupação é muito mais voltada à *adaptação*, à *recontextualização* do que ao abandono e à crítica, mormente daquele que não leva em conta, como deve levar, a *diferença* do direito material carente de tutela jurisdicional.

É essa a razão pela qual, a este *Curso*, não parece despropositado entender como casos de “legitimação extraordinária” ou “substituição processual” aqueles previstos ao longo de toda a legislação do “direito processual coletivo” porque acabam por reconhecer legitimidade a alguém para, em nome próprio, buscar a tutela jurisdicional de direitos e interesses que, em última análise, não lhe pertencem. Não, pelo menos, fosse analisada a questão do ponto de vista tradicional, com exclusividade.

O que se dá de forma bem evidente no plano do “direito processual coletivo” é que a Constituição Federal e a lei acabaram por eleger determinados condutores do processo; pessoas, entidades e órgãos, públicos ou privados, que, de acordo com sua visão, apresentam-se em condições de pedir tutela jurisdicional em nome de um determinado grupo, homogêneo ou não, de pessoas que, individualmente, fruem (ou pretendem fruir) daquele direito. Nesse sentido, aqueles legitimados têm aptidão de romper a inércia da jurisdição e atuar ao longo do processo em prol da prestação da tutela jurisdicional.

Por assim dizer, o legislador brasileiro, inclusive o constituinte, fez escolhas muito claras sobre quem pode apresentar-se, perante o Estado-juiz, como “representante adequado” de determinados direitos e interesses em conflitos ou na iminência de entrarem em conflito desde o plano material.

2. A TIPOLOGIA DOS DIREITOS E INTERESSES TUTELÁVEIS JURISDICIONALMENTE DE FORMA COLETIVA

O “direito processual civil coletivo” brasileiro acabou sendo estruturado, primeiro de forma mais tímida pela Lei n. 7.347/1985, a “Lei da Ação Civil Pública”, e, a partir da Lei n. 8.078/1990, com o “Código do Consumidor”, de maneira mais generalizada, sobre uma verdadeira trilogia de “direitos” e “interesses”, os chamados “direitos e interesses *difusos*”, “direitos e interesses *coletivos*” e “direitos e interesses individuais homogêneos”.

É importante destacar, desde logo, que a dicotomia “direitos” e “interesses” não apresenta maior relevância para o momento da exposição. Ambas as palavras devem ser compreendidas – e é esta a segura orientação da doutrina (assim, v.g., a lição de Kazuo Watanabe, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, p. 718) – como sinônimas, indicando, tanto uma como a outra, afirmações de situações de vantagem no plano material que justificam, caso confirmadas, a prestação da tutela jurisdicional.

De acordo com o inciso I do parágrafo único do art. 81 da Lei n. 8.078/1990, os “direitos e interesses *difusos*” devem ser entendidos como os “transindividuais, de natureza indivisível de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”.

O inciso II do mesmo dispositivo conceitua os “direitos e interesses *coletivos*” como os “transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou a com a parte contrária por uma relação jurídica base”.

Por fim, o inciso III do parágrafo único do art. 81 do mesmo diploma legislativo refere-se aos direitos e interesses *individuais homogêneos* como os “decorrentes de origem comum”.

A doutrina e a jurisprudência, que lhe segue os passos, esforçam-se e esmeram-se em distinguir uma categoria da outra. Até porque, há aqueles que entendem que nem sempre a legitimação reconhecida para a tutela jurisdicional dos “direitos e interesses *difusos*”, por exemplo, seja extensiva para a tutela jurisdicional dos “direitos e interesses *individuais homogêneos*” e vice-versa (v. n. 5.1 do Capítulo 1).

Com o devido respeito, parece ser melhor entender, como propõe Antonio Gidi, em seu *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*, p. 48-57, que a tripartição concebida pelo legislador brasileiro é muito pouco funcional e que nada acrescenta ao tão desejado – e verdadeiramente impositivo – acesso *coletivo* à Justiça.

As dificuldades que a categorização daqueles “direitos e interesses” oferecem a todos que militam no foro são inescandíveis, todas elas resultando, em grande parte das vezes, em indesejáveis (e em boa parte das vezes em equivocadas) decisões de *ilegitimidade* dos entes que, de acordo com o modelo constitucional, apresentam-se, suficientemente, como adequados representantes de categorias ou classes de pessoas em juízo.

É escrever de forma bem direta: as intermináveis discussões sobre o que são interesses ou direitos “difusos”, “coletivos” e “individuais homogêneos” para definir quem pode dar início a um “processo coletivo” têm ocasionado uma verdadeira e constante inversão de valores na escolha feita, desde a Constituição Federal, sobre quem são os legitimados ativos para aquele mesmo fim. E pior: a maioria delas acaba com o não reconhecimento da legitimidade ativa e, conseqüentemente, com a frustração no exame do pedido de tutela jurisdicional feito ao Estado-juiz.

Na doutrina norte-americana, tão lembrada quando se trata do “direito processual coletivo”, chama a atenção a reflexão sobre o trabalho de Benjamin Kaplan, responsável pela modificação da *Rule 23* em 1966 para

substituir o sistema da *Rule* de 1938, que era baseada nas relações jurídicas existentes entre os membros da classe. Seu trabalho fundamental, “Continuing work of the civil committee: amendments to the Federal Rules of Civil Procedure”, publicado no vol. 81 da *Harvard Law Review*, em 1967, parece ter sido escrito para o direito brasileiro.

No que interessa ao momento presente, sua argumentação fundamenta-se, sobretudo, na dificuldade de decidir, com algum padrão de objetividade, quando se estava diante de uma “true”, “hybrid” ou “spurious class action”, uma vez que os termos “joint”, “common” e “several” – que, de acordo com a *Rule* 23(a)(1), (2) e (3) de 1938, definiam cada uma das três “categorias” de *class action* – “tinham pouco ou nenhum significado claro dentro ou fora do contexto das ações coletivas”. Narra que havia um autor da época que confessara a dificuldade entre discernir cada uma das categorias de *class action*, fazendo expressa alusão a que a distinção entre os “common” e os “several rights” era similar à tarefa de diferenciar gravatas azuis das verdes. Tudo para concluir, no que interessa para cá, sempre em tradução livre, que, “no geral, as categorias originais da *Rule* 23 não eram úteis e tendiam a desviar a atenção das questões importantes.

Não é o caso, sob pena de ir além dos limites deste *Curso*, de questionar o acerto ou o desacerto da opção do legislador brasileiro de querer rotular os direitos passíveis de tutela jurisdicional coletiva nas três classes referidas. As dificuldades, teóricas e práticas, que esta categorização de “direitos” oferecem a todos que militam no foro são inescandíveis e acabam por resultar, quase sempre, em indesejáveis decisões de *ilegitimidade* dos entes que, de acordo com o “modelo constitucional”, apresentam-se, suficientemente, como adequados representantes de categorias, classes ou grupos de pessoas em juízo.

Para solucionar o impasse, é preferível entender que os “direitos e interesses *difusos*”, tanto quanto os *coletivos* e os *individuais homogêneos*, não são “classes” ou “tipos” de direitos preconcebidos ou estanques, não interpenetráveis ou relacionáveis entre si. São – é esta a única forma de entender, para aplicar escorreitamente, a classificação feita pela lei brasileira – formas preconcebidas, verdadeiros modelos apriorísticos, que justificam, na visão abstrata do legislador, a *necessidade* da tutela jurisdicional coletiva. Não devem ser interpretados, contudo, como

realidades excludentes umas das outras, mas, bem diferentemente, como complementares.

Destarte, apenas para figurar um exemplo, sustentar que um conflito regido, no plano material, pelo “direito *tributário*” é “individual homogêneo” e, como tal, afasta, por si só, a legitimidade ativa do Ministério Público para buscar sua tutela jurisdicional em juízo, é, com o devido respeito, injustificável. A “origem comum” que caracteriza, para o inciso III do parágrafo único do art. 81 da Lei n. 8.078/1990, um “direito e interesse” como “individual homogêneo” – o ato que impõe uma indevida cobrança de tributo, por exemplo – não exclui que aquele mesmo “direito e interesse”, quando analisado, como deve ser, na perspectiva *material*, diga respeito a pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato ou que sejam titularizados por “grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”, podendo ser tratados, no seu transporte para o plano *processual*, como “difusos” ou “coletivos”, respectivamente.

É preferível, destarte, que a classificação tripartite derivada do precitado art. 81 da Lei n. 8.978/1990 – e cujo eco encontra-se em todos os diplomas legislativos que se ocupam de normas de “direito processual *coletivo*” – seja entendida, apenas e tão somente, como a contraposição que se põe, desde o plano material, entre direitos (e interesses) *individuais* e direitos (e interesses) *transindividuais*, assim atendidos aqueles que trespassam, por suas próprias características ou por razões meramente acidentais, o estado de sujeição de uma só pessoa.

Até porque a legitimidade das partes, no âmbito do “direito processual coletivo”, deita suas raízes na proteção adequada dos princípios constitucionais do direito processual civil ou, em uma só expressão, suficientemente eloquente, o “devido processo legal”. Legitimado – a referência leva em conta as peculiaridades do direito brasileiro sobre a matéria – é aquele que é eleito como tal pelo sistema jurídico, porque dá provas seguras de que tem condições de buscar, adequadamente, a prestação da tutela jurisdicional do direito daqueles que *não agem em juízo*. Trata-se de lição bem conhecida e verdadeiramente generalizada na doutrina que se voltou ao tema. É o que, de forma bem clara e bastante didática, lê-se da *Rule 23(a)(4)* das *class actions* do direito federal norte-americano segundo

a qual “the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class”.

No caso do direito processual civil brasileiro, em que os legitimados ativos são escolhidos expressamente pelo próprio ordenamento jurídico, desde a Constituição Federal (art. 5º, XXI e LXX, e art. 129, III, por exemplo) ou pelo direito infraconstitucional (art. 5º da Lei n. 7.347/1985 e art. 82 da Lei n. 8.078/1990, apenas para mencionar dois dos diversos diplomas legais que se ocupam do assunto), a questão destacada pelos parágrafos anteriores é tanto mais relativa. Importa verificar, sobretudo, se aquele que se apresenta perante o Estado-juiz é *eleito* para, em nome próprio, tutelar (jurisdicionalmente) direito alheio. Não obstante as considerações de que se ocupa o n. 1, *supra*, não se trata de nada substancialmente diverso do que, para o “direito processual civil *clássico* ou *individual*”, sempre se fez presente sob as vestes da “substituição processual”. A palavra de ordem para o estudo do “direito processual *coletivo*”, vale frisar, deve ser a de *adequação* ou de *nova contextualização* de novas realidades *materiais* para o plano do processo; não abandono das conquistas do passado.

3. A NECESSÁRIA SUBSIDIARIEDADE DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Todas as leis que regem o chamado “direito processual coletivo” não pertencem ao “Código de Processo Civil”. Nem por isto não possuem um caráter de unidade e de ordem. Neste sentido, não há como negar que elas fazem parte de um *sistema* de processo civil, em que a existência da codificação e, mais do que isto, de uma específica codificação é absolutamente indiferente. Mormente quando, como prefere este *Curso*, o estudo do direito processual civil, todo ele, deve partir do “modelo” para ele traçado desde a Constituição Federal.

No plano infraconstitucional, contudo, o referencial normativo seguro do “direito processual coletivo” é o conjunto formado pela interação da Lei n. 7.347/1985, “Lei da ação civil pública”, e parcela da Lei n. 8.078/1990, o “Código do Consumidor”, decorrente da interpretação conjunta de seus arts. 21 e 90, respectivamente. É indiferente, no particular, que o direito *material*

cuja tutela jurisdicional se pretende obter do Estado-juiz não seja relativo ao consumidor.

Há, contudo, diversos outros diplomas legislativos que não se voltam, precipuamente, a regular um “processo coletivo”, mas que contêm normas destinadas a disciplinar situações coletivas, sempre entendidas como “não individuais” ou “metaindividuais” dos direitos materiais que regulam (v. n. 2, *supra*). É o que se dá, por exemplo, com a Lei n. 8.069/1990, o “Estatuto da Criança e do Adolescente”, e com a Lei n. 10.741/2003, o “Estatuto do Idoso”. Outros diplomas legislativos, como a Lei n. 10.671/2003, o “Estatuto do Torcedor”, limitam-se, de sua parte, a fazer expressa remissão à parte processual coletiva do “Código de Proteção e Defesa do Consumidor”, o seu Livro III, para a defesa dos interesses e direitos por ela regulados (art. 40) com idênticos resultados.

4. PROPOSTA

Tanto quanto da Parte I, o objeto desta Parte é estudar alguns dos casos de “direito processual *coletivo*”, dando ênfase, sobretudo, ao seu *procedimento*. Para tanto, foram selecionados para análise a “ação civil pública”, a “ação coletiva” voltada à obtenção de tutela jurisdicional dos direitos e interesses individuais homogêneos, o “mandado de segurança coletivo”, a “ação direta de inconstitucionalidade”, a “ação declaratória de constitucionalidade” e a “arguição de descumprimento de preceito fundamental”.

É certo que estas três últimas espécies são merecedoras de classificação que leve em conta a circunstância de elas pertencerem ao chamado controle *concentrado* da constitucionalidade. Elas possuem, com efeito, elementos que as peculiarizam diante das demais modalidades estudadas ao longo desta Parte II. Contudo, a opção do *Curso* é a de indicar tais peculiaridades, bem assim suas consequências, ao longo da exposição, dando ênfase, como quer a Apresentação, a seu *procedimento*.

CAPÍTULO 1

Ação civil pública

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O objeto de exame deste capítulo é a “ação civil pública” disciplinada pela Lei n. 7.347/1985.

A “ação civil pública” não pode ser compreendida como sinônima de “ação coletiva” ou, mais corretamente, do chamado “direito processual coletivo”.

É importante distinguir, com a maior nitidez possível, o *contexto* adequado de exame daquela matéria de seu próprio exame.

A chamada “ação civil pública” é um *procedimento* para veicular, ao Estado-juiz, pedido de tutela jurisdicional relativo a determinados direitos e interesses. O “direito processual coletivo” é o *contexto* que permite a devida análise daquele instituto e de tantos outros que, mesmo sem serem uma “ação civil pública”, tal qual disciplinada na Lei n. 7.347/1985, também fazem parte daquele “ramo” do direito processual civil (v. n. 7.1 do Capítulo 1 da Parte I do vol. 1).

Até porque são diversas as leis que preveem “ações civis públicas” que não se confundem e não se exaurem com aquela que é examinada neste capítulo. Certo que elas têm quase integralmente o mesmo *procedimento* daquela que é disciplinada pela Lei n. 7.347/1985 e que sua (única) diferença palpável encontra-se no direito material que se pretende ver tutelado jurisdicionalmente.

De qualquer sorte, a ressalva é importante na exata medida em que é bastante comum ler-se na doutrina que existiriam tantas “ações civis públicas” quanto os diplomas legislativos que a preveem. A afirmação tem o mesmo significado de se afirmar que há tantos “procedimentos ordinários” quantos sejam os variados direitos materiais cuja tutela jurisdicional

impõem ao autor a observância daquele *procedimento* no processo jurisdicional respectivo.

A “ação civil pública” da Lei n. 7.347/1985, destarte, pode (e deve) ser usada como verdadeiro paradigma de análise de quaisquer outras “ações civis públicas” que outros diplomas legislativos prevejam, como se dá, por exemplo, com a Lei n. 7.853/1989 (pessoas portadoras de deficiência); a Lei n. 7.913/1989 (danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários); com a Lei n. 8.069/1990 (o “Estatuto da Criança e do Adolescente”); com a Lei n. 8.974/1995, que estabeleceu normas de segurança e mecanismos de fiscalização no uso das técnicas de engenharia genética na construção, cultivo, manipulação, transporte, comercialização, consumo, liberação e descarte de organismo geneticamente modificado, visando à proteção da vida e da saúde do homem, dos animais e das plantas, bem como do meio ambiente; com a Lei n. 10.741/2003 (o “Estatuto do Idoso”) e com a Lei n. 10.671/2003 (o “Estatuto de Defesa do Torcedor”), cujo art. 40 faz expressa remissão ao Título III do Código do Consumidor.

Em todos estes diplomas legislativos, ao lado da tutela *material* de determinados direitos, o legislador preocupou-se em disciplinar o mecanismo para buscar sua tutela *jurisdicional*, viabilizando, assim, um adequado acesso à Justiça, realizando, conseqüentemente, o “modelo constitucional do direito processual civil”.

A expressão “ação civil pública”, destarte, deve ela própria ser compreendida como verdadeira expressão idiomática porque acabou assumindo significado próprio, longe do significado de cada um dos elementos que a compõem.

A “ação” voltada à tutela dos “direitos e interesses *individuais homogêneos*”, categoria que foi introduzida, no direito brasileiro, pelo Código do Consumidor (art. 81, parágrafo único, III), é objeto de exame do Capítulo 2. A distinção de tratamento entre uma e outra justifica-se porque os *procedimentos* de uma e de outra são diversos. A “ação civil pública”, isto é, o procedimento regulado pela Lei n. 7.347/1985 volta-se à tutela (jurisdicional) dos direitos e interesses *difusos* e *coletivos*. Os arts. 91 a 100 do Código do Consumidor é que trazem o *procedimento* destinado à tutela (jurisdicional) dos direitos e interesses individuais homogêneos.

1.1. A ação civil pública no “modelo constitucional”

A exposição feita pelo número anterior mostra-se tanto mais pertinente porque a Constituição Federal, a par de incentivar e criar efetivas condições de um maior acesso *coletivo* à Justiça, limita-se a prever a “ação civil pública” em seu art. 129, III, como uma das funções essenciais à Justiça. Não há nenhum dispositivo constitucional que, a exemplo do que verifica para o “mandado de segurança”, “mandado de injunção”, *habeas data* ou a “ação popular”, resguarde, expressamente, aquela “ação”.

A observação, contudo, não significa que não se possa vincular a “ação civil pública” ao “modelo constitucional”. A uma, porque, por força do precitado inciso III do art. 129, ela é indissociável das funções institucionais a serem desempenhadas pelo Ministério Público; a duas, porque os princípios constitucionais do “acesso à Justiça”, da “efetividade do processo” e da “economia e eficiência processuais” devem ser analisados e *implementados* também na perspectiva *coletiva*, isto é, não *individual*.

Tanto assim que a correlação da “ação civil pública” às funções institucionais do Ministério Público, na forma preconizada pelo art. 129, III, da Constituição Federal, foi suficiente, por si só, para acarretar uma nítida evolução no plano infraconstitucional porque a Lei n. 7.347/1985, tal qual vigente à época da promulgação da Constituição Federal, não era ampla o suficiente para permitir a “ação civil pública” para a tutela (jurisdicional) de *quaisquer* direitos ou interesses *difusos* ou *coletivos*, mas, apenas e tão somente, àqueles que estavam, à época, previstos nos incisos de seu art. 1º, a saber: meio ambiente, consumidor e bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

A *constitucionalização* da “ação civil pública”, entendida na forma que propõem os parágrafos anteriores, é suficiente, por si só, para colocar em dúvida uma série de atos legislativos e medidas provisórias que querem *minimizar* ou *constranger* a tutela jurisdicional obtenível por aquele veículo processual para determinados bens. É o que de forma muito clara, mas não exclusivamente, está estampado no parágrafo único do art. 1º da Lei n. 7.347/1985, introduzido pela Medida Provisória n. 2.180-35/2001, que, sem prejuízo das considerações que, a seu respeito, faz o n. 7, *infra*, deve ser considerado como não escrito porque agressivo ao acesso *coletivo* à Justiça.

1.2. A influência do Código do Consumidor

Embora o n. 1, *supra*, tenha destacado que o objeto de estudo do presente capítulo seja a “ação civil pública”, tal qual disciplinada pela Lei n. 7.347/1985, é importante sublinhar que seria incompleto o exame da “ação civil pública” sem levar em conta as diversas alterações legislativas experimentadas por aquele diploma legislativo, notadamente as incorporadas pela Lei n. 8.078/1990, o chamado “Código do Consumidor”.

O *procedimento* da “ação civil pública”, com efeito, não pode ser entendido sem levar em conta o alcance do art. 21 da Lei n. 7.347/1985 e do art. 90 da Lei n. 8.078/1990 que, devidamente interpretados, criam condições de se atestar um verdadeiro *sistema* de “direito processual coletivo” no plano infraconstitucional, ao lado de outros *procedimentos* que, desde a Constituição Federal, têm finalidade similar.

Mesmo que, como destaca o n. 1, *supra*, o *procedimento* descrito na Lei n. 7.347/1985 volte-se à tutela jurisdicional de direitos e interesses *difusos* e *coletivos*, enquanto os arts. 91 a 100 da Lei n. 8.078/1990, complementando a tipologia criada por ela própria em seu art. 81 (v. n. 2 da Introdução), ocupam-se do *procedimento* do processo cuja finalidade é a tutela jurisdicional de direitos e interesses *individuais homogêneos* (v. n. 1 do Capítulo 2), esta correlação entre aqueles dois diplomas legislativos é irrecusável para uma adequada interpretação e aplicação daqueles veículos processuais que se complementam na busca de uma tutela jurisdicional coletiva adequada às mais variadas situações de direito material.

2. INQUÉRITO CIVIL PÚBLICO

O art. 8º, § 1º, da Lei n. 7.347/1985 prevê o chamado “inquérito civil público”. Trata-se de *processo* de índole administrativa a cargo do Ministério Público que tem como finalidade precípua buscar elementos aptos a embasar a futura propositura de “ação civil pública” ou, se for o caso, tomar, dos participantes, o respectivo termo de ajustamento de conduta (v. n. 3, *infra*).

É inequívoco que o “inquérito civil público” possui índole investigatória, semelhantemente ao que, no âmbito penal, verifica-se com o “inquérito policial”. Isto, contudo, não significa que nele *todas as garantias e direitos*

dos cidadãos não devam ser aplicados e respeitados. Trata-se de manifestação do Estado e, como tal, vinculada ao “modelo constitucional”. Havendo necessidade de busca de elementos de convicção em sigilo ou a prática de atos urgentes, a *autorização jurisdicional* de tais atos é irrecusável, sob pena de ofensa ao “modelo constitucional”. Para tanto, dentre outras medidas, a “cautelar de exibição” reúne condições suficientes para viabilizar, adequadamente, aqueles misteres sem ofensa aos direitos, constitucionalmente assegurados, dos investigados.

Até porque não há obrigatoriedade para que a “ação civil pública” seja precedida do “inquérito civil público”. A depender dos fatos, das circunstâncias e das provas disponíveis, é cabível ao Ministério Público – e, mais amplamente, a qualquer colegitimado – dar início de imediato à “ação civil pública”.

Tanto assim que o mesmo § 1º do art. 8º da Lei n. 7.347/1985, que faz expressa referência ao “inquérito civil público”, autoriza o Ministério Público a “... requisitar, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, o qual não poderá ser inferior a 10 (dez) dias úteis”. Complementada aquela previsão, o § 2º do mesmo dispositivo prescreve que “somente nos casos em que a lei impuser sigilo, poderá ser negada certidão ou informação, hipótese em que a ação poderá ser proposta desacompanhada daqueles documentos, cabendo ao juiz requisitá-los”. A recusa, o retardamento ou a omissão de dados técnicos relativos à requisição ministerial é crime punido com pena de reclusão de um a três anos e multa de dez a mil Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional, como estatui o art. 10 da Lei n. 7.347/1985.

O *caput* do art. 8º da Lei n. 7.347/1985 corrobora o entendimento exposto anteriormente porque admite que quaisquer dos colegitimados da “ação civil pública” requeiram às autoridades competentes as certidões e informações que entenderem necessárias para instruir a petição inicial, que deverão ser fornecidas no prazo de quinze dias. A única hipótese de recusa é a mesma destacada, constante do § 2º do dispositivo, quando a petição inicial virá, justificadamente, desacompanhada daqueles elementos que serão requisitados pelo magistrado, similarmente ao que o art. 355 do Código de Processo Civil permite (v. Capítulo 4 da Parte IV do vol. 2, tomo I). Trata-se

da mesma previsão que o art. 1º, § 7º, da Lei n. 4.717/1965 já reservava para o cidadão para a “ação popular” (v. n. 11 do Capítulo 4 da Parte I).

Os arts. 6º e 7º da Lei n. 7.347/1985 tratam do *dever funcional* de servidores públicos e magistrados, de todos os níveis hierárquicos, levarem ao conhecimento do Ministério Público fatos que possam ensejar a propositura de ações civis públicas, fornecendo-lhe os respectivos elementos de prova. O primeiro daqueles dispositivos também faculta a “qualquer pessoa” a mesma iniciativa.

Os parágrafos do art. 9º da Lei n. 7.347/1985 cuidam da possibilidade de *arquivamento* do “inquérito civil público” toda vez que, “esgotadas todas as diligências, se convencer da inexistência de fundamento para a propositura da ação civil”.

A decisão que determinar o arquivamento e que será, consoante ressalva *o caput* do art. 9º, *fundamentada* será encaminhada junto com os autos respectivos ao Conselho Superior do Ministério Público no prazo de três dias (art. 9º, § 1º) que a confirmará ou não, de acordo com o Regimento Interno respectivo (art. 9º, § 3º), sendo expressamente facultada a participação das associações legitimadas para a “ação civil pública” (v. n. 5.4, *infra*) no sentido de apresentar documentos e razões que possam ser úteis à decisão final daquele órgão (art. 9º, § 2º). Apesar de o dispositivo referir-se, apenas, a associações, não há razão para recusar aos demais colegitimados para a “ação civil pública” a possibilidade da prática dos mesmos atos. Trata-se, em última análise, de manifestação inequívoca do “princípio do *contraditório*”, no sentido de *colaboração* (v. n. 5 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1) no plano do processo administrativo.

Na hipótese de o Conselho não homologar o arquivamento do “inquérito civil público”, ele designará outro órgão do Ministério Público para dar início ao processo com vistas à obtenção da tutela jurisdicional sobre os bens lesionados ou ameaçados (art. 9º, § 4º).

3. TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA

De acordo com o § 6º do art. 5º da Lei n. 7.347/1985, incluído pelo Código do Consumidor, “os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências

legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial”.

O dispositivo, que não foi vetado pelo Presidente da República quando da promulgação do referido Código (STJ, 2ª Turma, REsp 443.407/SP, rel. Min. João Otávio de Noronha, j.un. 16.3.2006, DJ 25.4.2006, p. 106, e STJ, 1ª Turma, REsp 222.582/MG, rel. Min. Milton Luiz Pereira, j.un. 12.3.2002, DJ 29.4.2002, p. 166), busca obter, dos interessados, composição amigável no plano material que, uma vez assinado, assume o *status* de título executivo *extrajudicial* (v. n. 5.8 do Capítulo 4 da Parte I do vol. 3), como expressamente lhe é reconhecido pelo precitado dispositivo legal (STJ, 1ª Turma, REsp 840.507/RS, rel. Min. Denise Arruda, j.un. 9.12.2008, DJe 11.2.2009, e STJ, 2ª Turma, REsp 327.023/DF, rel. Min. Francisco Peçanha Martins, j.un. 7.3.2006, DJ 23.5.2006, p. 134).

Em função dessa sua finalidade é que não há obrigatoriedade que o Termo de Ajustamento de Conduta seja assinado pelos interessados. Tampouco inexiste obrigatoriedade de o Ministério Público analisar eventual proposta que lhe seja apresentada para fins de celebração daquele Termo. A natureza *consensual* do instituto é irrecusável e, como tal, deve balizar a sua interpretação. Nesse sentido: STJ, 4ª Turma, REsp 596.764/MG, rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j.un. 17.5.2012, DJe 23.5.2012.

Embora louvável a iniciativa do Ministério Público que busca a composição amigável *antes* do início do processo jurisdicional e com vistas a sanar os problemas porventura identificados em sede de “inquérito civil público” (v. n. 2, *supra*), o Termo de Ajustamento de Conduta previsto no dispositivo em exame não é e não deve ser entendido como pressuposto processual da “ação civil pública”, é dizer: mesmo que o referido Termo não seja sequer cogitado pelo Ministério Público, não há qualquer óbice para aquele órgão buscar, de imediato, a tutela jurisdicional dos direitos e interesses lesionados ou ameaçados. Não há, no particular, nenhuma razão para buscar o exaurimento da via administrativa perante o Ministério Público para, só então, justificar-se a *necessidade* de sua atuação jurisdicional. Nesse sentido: STJ, 2ª Turma, REsp 895.443/RJ, rel. Min. Eliana Calmon, j.un. 20.11.2008, DJe 17.12.2008.

Discute-se se o Termo de Ajustamento de Conduta pode ser realizado por outros legitimados para a “ação civil pública” além do Ministério Público.

Há motivos de sobra para entender que órgãos estatais como os chamados “Procons”, que atuam no plano da defesa dos consumidores, possam fazê-lo, não só diante da clareza do art. 5º, § 6º, da Lei n. 7.347/1985, mas também por ser desejável dar-se ampla interpretação ao art. 107 do Código do Consumidor, que regula a “convenção coletiva de consumo”.

Questão também interessante é saber se o Termo de Ajustamento de Conduta celebrado por um legitimado para a “ação civil pública” (o Ministério Público, por exemplo) pode, se descumprido, ser *executado* por outro legitimado (um sindicato, por exemplo). Para esse *Curso*, o melhor entendimento é o afirmativo, dado o contexto em que deve ser analisada a questão da legitimidade ativa no âmbito do “direito processual coletivo” (v. n. 5, *infra*). Não obstante, a 1ª Turma do STJ (REsp 1.020.009/RN, rel. Min. Benedito Gonçalves, j.un. 6.3.2012, DJe 9.3.2012) chegou a conclusão diversa, sustentando que, como o sindicato não tem legitimidade para firmar o referido Termo, não a tem para sua execução, ainda que, como no caso concreto, fosse também signatário.

4. COMPETÊNCIA

O art. 2º, *caput*, da Lei n. 7.347/1985 prevê que “as ações previstas nesta Lei serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa”.

É regra que regula, para a “ação civil pública”, o *foro* competente, distanciando-se, assim, das regras genéricas do Código de Processo Civil.

É bastante comum o entendimento de que a regra de competência estabelecida no dispositivo é *absoluta*, aplicáveis, portanto, as considerações que, a este respeito, faz o n. 2.1 do Capítulo 1 da Parte I do vol. 2, tomo I.

Daquele entendimento, contudo, não deve decorrer outro, segundo o qual seria competente a Justiça Estadual para as “ações civis públicas” em que são partes ou interessadas as pessoas federais a que se refere o art. 109, I, da Constituição Federal (v. n. 2.3 do Capítulo 2 da Parte I do vol. 2, tomo I) quando não houver, na localidade, vara federal. O dispositivo, tal qual redigido, não autoriza o entendimento, sendo descabido, conseqüentemente, entender que ele disciplinaria o disposto no art. 109, § 3º, da Constituição Federal. Foi este o motivo, proclamado pelo Plenário do Supremo Tribunal

Federal no RE 228.955/RJ (j.un. 10.2.2000, DJ 24.3.2001, p. 70), que acabou levando o Superior Tribunal de Justiça a cancelar sua Súmula 183, que tinha o seguinte enunciado: “Compete ao Juiz Estadual, nas comarcas que não sejam sede de vara da Justiça Federal, processar e julgar ação civil pública, ainda que a União figure no processo”.

O dispositivo, outrossim, merece ser interpretado em conjunto com o art. 93 do Código do Consumidor segundo o qual, “ressalvada a competência da Justiça Federal, é competente para a causa a justiça local: I – no foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local; II – no foro da Capital do Estado ou no do Distrito Federal, para os danos de âmbito nacional ou regional, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente”. O precitado art. 93, a despeito de sua localização, é norma ampla, que não se circunscreve a conflitos consumeristas. Quaisquer “ações civis públicas” – e, mais amplamente, quaisquer “ações coletivas” – têm a identificação do juízo competente regida por aquela regra (STJ, 4ª Turma, REsp 1.101.057/MT, rel. Min. Nancy Andrichi, j.un. 7.4.2011, DJe 15.4.2011 e STJ, 2ª Turma, REsp 448.470/RS, rel. Min. Herman Benjamin, j.un. 28.10.2008, DJe 15.12.2009). É típica norma de “direito processual coletivo”, portanto (v. n. 3 da Introdução).

À luz daquela regra, é correto o entendimento de que, a depender da extensão territorial do dano, o foro competente será um ou outro. Para os danos *locais*, competente é o foro do lugar onde os danos ocorreram ou estão para ocorrer. Em se tratando de dano *nacional* ou *regional*, o foro competente é o da Capital do Estado ou o do Distrito Federal. Não há, contudo, qualquer primazia ou exclusividade para o Distrito Federal nos casos em que o dano tem âmbito nacional. Neste sentido, já teve oportunidade de decidir a 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça no CC 17.533/DF, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j.un. 13.9.2000, DJ 30.10.2000, p. 120, orientação que, mais recentemente, foi reiterada pela 3ª Turma daquele Tribunal no julgamento do REsp 944.464/RJ, rel. Min. Sidnei Beneti, j.un. 16.12.2008, DJe 11.2.2009.

Em quaisquer casos, contudo, ressalva-se – e o *caput* do art. 93 do Código do Consumidor o faz expressamente – a competência da justiça federal. Mesmo para ela, contudo, importa aplicar a mesma diretriz dos incisos do dispositivo, que distingue entre os danos locais, em que a

“interiorização da justiça federal” (v. n. 5 do Capítulo 3 da Parte II do vol. 1) ganha em importância, e os danos nacionais ou regionais, onde competente será a vara federal localizada na capital do Estado ou do Distrito Federal.

É o que, para fins de ilustração, acabou por levar a 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (REsp 1.018.214/PR, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j.un. 2.6.2009, DJe 15.6.2009) a entender competente vara federal localizada em uma das capitais dos Estados envolvidos para “ação civil pública” voltada a decreto que criara Parque Nacional abrangente de nove municípios e dois Estados diversos.

Havendo concomitância de ações civis públicas na Justiça Federal e na Justiça Estadual, os processos devem ser reunidos perante aquela, dada a sua especialidade. É a diretriz que decorre da Súmula 489 do Superior Tribunal de Justiça, cujo enunciado é o seguinte: “Reconhecida a continência, devem ser reunidas na Justiça Federal as ações civis públicas propostas nesta e na Justiça estadual”.

Pelas razões expostas acima é que não há como concordar com decisão da 4ª Turma do STJ (REsp 1.120.169/RJ, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j.un. 20.8.2013, DJe 15.10.2013), que negou a possibilidade de a Defensoria Pública da União ajuizar ação civil pública perante a Justiça Federal contra diversas instituições financeiras, mesmo que apenas uma delas justificasse a incidência do art. 109, I, da Constituição Federal. A circunstância de o litisconsórcio, na espécie, ser *facultativo* é indiferente, até porque, em rigor, a Defensoria da União deve litigar perante a Justiça Federal (v. n. 2.3 do Capítulo 2 da Parte I do vol. 2, tomo I), o que seria suficiente para justificar, naquele caso, a sua competência em detrimento da Justiça Estadual.

O parágrafo único do art. 2º da Lei n. 7.347/1985, incluído pela Medida Provisória n. 2.180-35/2001, estabelece que “a propositura da ação prevenirá a jurisdição do juízo para todas as ações posteriormente intentadas que possuam a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto”.

Trata-se de regra que também afasta a “ação civil pública” das regras do Código de Processo Civil sobre *prevenção*. Para cá, a citação válida ou sua determinação não foram eleitas como fatores relevantes para aquele fim; sendo suficiente a “propositura da ação” que, em conformidade com o art. 263 do Código de Processo Civil, dá-se com a distribuição da petição

inicial quando houver mais de uma vara ou, não havendo, desde que a petição inicial seja “despachada”, isto é, apreciada pelo magistrado.

O critério constante do precitado dispositivo é tanto mais importante, como sói ocorrer em se tratando de *prevenção*, quando há, para uma mesma “ação civil pública”, mais de um juízo competente. Apesar da aplicação do art. 93 do Código do Consumidor à hipótese, como destacado acima, importa destacar que para identificação do juízo prevento *não tem aplicação o regime do Código de Processo Civil*, mas, diferentemente, o ora examinado porque, além de ser regra *específica*, é também mais *recente*.

A plena aplicabilidade do dispositivo em exame, contudo, pressupõe a existência de um Cadastro que catalogue todas as “ações civis públicas” ou, mais amplamente, todas as “ações coletivas” no Brasil. Cadastro similar, que cataloga os condenados, pessoas físicas ou jurídicas, pela prática de atos de improbidade administrativa, já existe para a Lei n. 8.429/1992. Ele é regulamentado pela Resolução n. 44/2007 do Conselho Nacional de Justiça com modificações posteriores (v. n. 12 do Capítulo 5 da Parte I).

As “ações *individuais*”, que persigam o mesmo bem que as “ações civis públicas”, estão afastadas do dispositivo em comento. Eventual *suspensão* de seu processamento depende de manifestação de vontade de seu autor. Mesmo quando o campo de *substituídos* por diversas “ações civis públicas” não coincidir, não há por que aplicar a regra, pela ausência de proferimento de decisões praticamente conflitantes. Para essa discussão, v. o quanto decidido pela 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do CC 47.731/DF, rel. p./acórdão Teori Albino Zavascki, j.m.v. 14.9.2005, DJ 5.6.2006, p. 231.

5. LEGITIMIDADE ATIVA

O art. 5º da Lei n. 7.347/1985 prevê os legitimados ativos para a “ação civil pública” e também para a “ação cautelar” (v. n. 12, *infra*).

Trata-se de hipótese de “legitimação *concorrente e disjuntiva*”, devendo a expressão ser entendida no sentido de que “qualquer um deles (dos legitimados previstos no referido dispositivo legal) pode agir de modo autônomo, independentemente da concordância ou atividade do outro” (Sergio Shimura, *Tutela coletiva e sua efetividade*, p. 54, sem os esclarecimentos entre parênteses).

Os números seguintes voltam-se ao exame de cada um dos incisos do precitado art. 5º.

5.1. Ministério Público

O Ministério Público recebeu do art. 129, III, da Constituição Federal, legitimidade para a “ação civil pública” quando voltada à tutela jurisdicional de direitos e interesses *difusos* e *coletivos* em sentido estrito (v. n. 2 da Introdução). O art. 5º, I, da Lei n. 7.347/1985, destarte, não poderia pretender disciplinar diferentemente sob pena de inconstitucionalidade.

É correto, por isso mesmo, dar destaque à circunstância de que a legitimidade do Ministério Público para a “ação civil pública” é verdadeiramente *institucional*, inequivocadamente ínsita à razão de ser daquela função essencial à Justiça (v. n. 3.1 do Capítulo IV da Parte II do vol. 1). Não que tal nomenclatura queira desdizer o que escreve o n. 1 da Introdução a respeito de a hipótese ser de “legitimação *extraordinária*”, mas, bem diferentemente, de reconhecer que, desde o “modelo constitucional”, o Ministério Público é representante adequado dos direitos e interesses *difusos* e *coletivos*, inclusive no ambiente jurisdicional.

Dentro da estrutura do Ministério Público devem ser observadas as diretrizes fornecidas pelas leis de regência daquela instituição, a Lei Complementar n. 75/1993 (Estatuto do Ministério Público da União) e a Lei n. 8.625/1993 (normas gerais sobre o Ministério Público dos Estados) acerca das atribuições de cada órgão. Assim, por exemplo, uma “ação civil pública”, em que o Governador do Estado é indicado como *réu*, deve ser subscrita pelo Procurador-Geral do Estado (art. 29, VIII, da Lei n. 8.625/1993), vedada a atuação dos Promotores de Justiça, a não ser que haja autorização legal ou normativa para tanto, como prevê, a respeito, o art. 29, IX, do mesmo diploma legislativo. Neste sentido: STJ, 2ª Turma, REsp 851.635/AC, rel. Min. Castro Meira, j.un. 10.3.2009, DJe 7.4.2009.

Questão tormentosa, contudo, é a de se saber se o Ministério Público tem legitimidade para a “ação civil pública” destinada à tutela de direitos e interesses “individuais homogêneos”. Deixando de lado a discussão levantada pelo n. 2 da Introdução sobre a complexa tarefa de discernir, com precisão e objetividade, o que são direitos difusos, coletivos ou individuais

homogêneos, a melhor resposta é a positiva, forte no que dispõe o art. 127, *caput*, da Constituição Federal, isto é, é o caso de se reconhecer legitimidade ao Ministério Público desde que os direitos e interesses a serem tutelados sejam *indisponíveis*. Nesse sentido, mais que a *individualidade* do direito ou do interesse, importa o seu grau de *indisponibilidade* a legitimar a atuação jurisdicional do Ministério Público em seu favor.

Assim, não obstante o art. 129, III, da Constituição Federal, não se referir de maneira expressa à legitimidade do Ministério Público para a tutela jurisdicional dos direitos e interesses *individuais homogêneos*, suas funções institucionais não a repelem. Até porque, por força do inciso IX daquele mesmo dispositivo constitucional, a legitimidade daquela instituição para tal mister é expressa no art. 25, IV, “a”, da Lei n. 8.625/1993, e no art. 6º, VII, “d”, da Lei Complementar n. 75/1993, que prevê legitimidade da instituição para a “ação civil pública” na defesa de “outros interesses individuais indisponíveis, homogêneos, sociais, difusos e coletivos”, tanto quanto o inciso XII do mesmo dispositivo legal.

Defendendo a ampla legitimidade do Ministério Público em tais casos é a segura lição de Nelson Nery Jr. e de Rosa Andrade Nery (*Código de Processo Civil comentado*, p. 264), que merece transcrição integral:

“No entanto, o feixe de direitos individuais, ainda que disponíveis, que tenham origem comum, qualifica esses direitos como sendo individuais homogêneos (CDC 81 par. ún. III), dando ensejo à possibilidade de sua defesa poder ser realizada coletivamente em juízo (CDC 81 ‘caput’ par. ún. III). Essa ‘ação coletiva’ é deduzida no interesse público em obter-se sentença única, homogênea, com eficácia ‘erga omnes’ da coisa julgada (CDC 103 III), evitando-se decisões conflitantes. Por essa razão está o MP legitimado a propor em juízo a ação coletiva para a defesa de direitos individuais homogêneos (...)”.

A jurisprudência evoluiu para reconhecer a legitimidade do Ministério Público para atuar em nome de indivíduos, desde que o direito ou interesse a ser tutelado jurisdicionalmente seja *indisponível*.

Importa dar destaque, a este respeito, à seguinte ementa, bem esclarecedora e que encontra eco, até os dias de hoje, na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

“Processual civil. Embargos de divergência. Fornecimento de medicamento a menor carente. Direito à saúde. Direito individual indisponível. Legitimação extraordinária do Ministério Público. Art. 127 da CF/88. Precedentes.

1. O Ministério Público possui legitimidade para defesa dos direitos individuais indisponíveis, mesmo quando a ação vise à tutela de pessoa individualmente considerada.

2. O artigo 127 da Constituição, que atribui ao Ministério Público a incumbência de defender interesses individuais indisponíveis, contém norma autoaplicável, inclusive no que se refere à legitimação para atuar em juízo.

3. Tem natureza de interesse indisponível a tutela jurisdicional do direito à vida e à saúde de que tratam os arts. 5º, *caput*, e 196 da Constituição, em favor de menor carente que necessita de medicamento. A legitimidade ativa, portanto, se afirma, não por se tratar de tutela de direitos individuais homogêneos, mas sim por se tratar de interesses individuais indisponíveis. Precedentes: EREsp 734493/RS, 1ª Seção, DJ de 16.10.2006; REsp 826641/RS, 1ª Turma, de minha relatoria, DJ de 30.06.2006; REsp 716.512/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 14.11.2005; EDcl no REsp 662.033/RS, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ de 13.06.2005; REsp 856194/RS, 2ª T., Ministro Humberto Martins, DJ de 22.09.2006, REsp 688052/RS, 2ª T., Ministro Humberto Martins, DJ de 17.08.2006.

4. Embargos de divergência não providos” (STJ, 1ª Seção, EREsp 819.010/SP, rel. p./acórdão Min. Teori Albino Zavascki, j.m.v. 13.2.2008, DJe 29.9.2008).

É esta a razão pela qual, diante do caráter de *indisponibilidade* de determinados direitos materiais, é irrecusável o reconhecimento da legitimidade ativa do Ministério Público para ajuizar a “ação civil pública”. É o que o Superior Tribunal de Justiça tem decidido, dentre outros casos, com relação à tutela jurisdicional de crianças e adolescentes e idosos. Dentre outros, v. os seguintes acórdãos: 3ª Turma, REsp 509.968/SP, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j.un. 6.12.2012, DJe 17.12.2012; 2ª Turma, REsp 1.060.665/RJ, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j.un. 9.6.2009, DJe 23.6.2009; 1ª Turma, REsp 869.843/RS, rel. Min. Luiz Fux, j.un. 18.9.2007, DJ 15.10.2007, p. 243, e 2ª Turma, REsp 855.739/RS, rel. Min. Castro Meira, j.un. 21.9.2006, DJ 2.10.2006, p. 257. A Corte Especial do STJ

reconheceu a legitimidade do Ministério Público para ajuizar “ações civis públicas” em prol de portador de deficiência auditiva, mesmo individualmente considerado (REsp 931.513/RS, rel. p./acórdão Herman Benjamin, j.m.v. 25.11.2009, DJe 27.9.2010) e, em geral, para “(...) resguardar direito individual indisponível, como ocorre na presente lide, que se refere à defesa do direito à saúde de paciente hipossuficiente portador de doença grave” (STJ, 1ª Turma, AgRg no REsp 1.162.946/MG, rel. Min. Sérgio Kukina, j.un. 4.6.2013, DJe 7.6.2013; STJ, 2ª Turma, REsp 1.136.851/SP, rel. Min. Herman Benjamin, j.un. 26.2.2013, DJe 7.3.2013 e STJ, 1ª Turma, AgRg no REsp 1.327.279/MG, rel. Min. Ari Pargendler, j.un. 18.12.2012, DJe 4.2.2013). Idêntica orientação prevaleceu com relação à continuidade do ensino médio no período noturno em colégio custeado pela União Federal (STJ, 2ª Turma, REsp 933.002/RJ, rel. Min. Castro Meira, j.un. 16.6.2009, DJe 29.6.2009), em favor dos mutuários do Sistema Financeiro da Habitação (SFH), dado o relevante interesse social da hipótese (STJ, CE, AgRg nos EREsp 274.508/SP, rel. Min. Felix Fischer, j.un. 20.3.2006, DJ 10.4.2006, p. 107), em ação civil pública questionando o direito de informação relativa ao saldo devedor de vale-transporte eletrônico (STJ, 3ª Turma, REsp 1.099.634/RJ, rel. Min. Nancy Andrichi, j.m.v. 8.5.2012, DJe 15.10.2012) e, ainda, em ação civil pública contra a interrupção de fornecimento de energia elétrica (STJ, 2ª Turma, REsp 1.197.654/MG, rel. Min. Herman Benjamin, j.un. 1.3.2011, DJe 8.3.2012).

O Supremo Tribunal Federal tem trilhado o mesmo caminho, dando ênfase à legitimidade ativa do Ministério Público para a tutela jurisdicional dos direitos e interesses individuais homogêneos *disponíveis* desde que “socialmente relevantes”. Nesse sentido: STF, 2ª Turma, RE-AgR 472.489/RS, rel. Min. Celso de Mello, j.un. 29.4.2008, DJe 29.8.2008, com a menção a diversos outros precedentes daquele Tribunal e do Superior Tribunal de Justiça, para reconhecer legitimidade ao Ministério Público para “ação civil pública” destinada à obtenção de certidões de tempo de serviço. Mais recentemente, a tese foi acolhida perante a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal para reconhecer a legitimidade do Ministério Público para fornecimento de medicamentos (RE 407.902/RS, rel. Min. Marco Aurélio, j.un. 26.5.2009, DJe 5.6.2009).

O Supremo Tribunal Federal editou, a propósito, a Súmula 643 segundo a qual: “O Ministério Público tem legitimidade para promover ação civil pública cujo fundamento seja a ilegalidade de reajuste de mensalidades escolares”.

Há, contudo, diversos outros julgados bastante restritivos quanto à legitimidade do Ministério Público para a “ação civil pública”. A análise de cada um deles revela, em linhas gerais, que se nega legitimidade àquela instituição quando se tratar de direito *disponível*.

É o que se verifica, a título exemplificativo, com o entendimento quanto à ilegitimidade do Ministério Público para “ação civil pública” em face do INSS para o fim de garantir o direito das crianças sob guarda judicial de serem inscritas, no regime geral da previdência social, como beneficiárias na condição de dependentes do segurado guardião (STJ, 6ª Turma, REsp 396.081/RS, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j.un. 2.9.2008, DJe 3.11.2008, com a ressalva do entendimento da Relatora); para “ação civil pública” pleitando indenização decorrente do DPVAT em benefício do segurado (Súmula 470 do STJ) ou, mais amplamente, a ilegitimidade daquela instituição para “ações civis públicas” voltadas à cobrança de anuidades por conselho profissional (STJ, 2ª Turma, REsp 900.274/PB, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j.un. 5.11.2008, DJe 28.11.2008).

Forte no entendimento de que se trataria de direito ou interesse individual homogêneo *disponível*, outrossim, é caudalosa a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (os *leading cases* são os seguintes: Pleno, RE 195.056/PR, rel. Min. Carlos Velloso, j.m.v. 9.12.1999, DJ 30.5.2003, p. 30, e Pleno, RE 213.631/MG, rel. Min. Ilmar Galvão, j.m.v. 9.12.1999, DJ 7.4.2000, p. 69 – orientação reafirmada pelo Pleno no ARE 694.294/MG, rel. Min. Luiz Fux, j.m.v. 25.4.2013, DJe 17.5.2013) e do Superior Tribunal de Justiça (1ª Seção, EDcl no AgRg nos EREsp 773.121/DF, rel. Min. Eliana Calmon, j.un. 26.3.2008, DJe 7.4.2008; STJ, 1ª Seção, EREsp 665.773/DF, rel. Min. Denise Arruda, j.un. 26.3.2008, DJe 7.4.2008; 1ª Seção, REsp 845.034/DF, rel. Min. José Delgado, j.m.v. 14.2.2007, DJ 11.6.2007, p. 260; 2ª Turma, REsp 878.312/DF, rel. Min. Castro Meira, j.un. 13.5.2008, DJe 21.5.2008) no sentido de reconhecer a *ilegitimidade* do Ministério Público para “ação civil pública” que pretenda contrastar questões *tributárias*, o que, na forma exposta pelo n. 7, *supra*, acabou motivando a introdução de um

(inconstitucional) parágrafo único no art. 1º da Lei n. 7.347/1985 que, buscando alargar o entendimento jurisprudencial a respeito do assunto, acabou por proibir ações civis públicas para controlar questões de natureza tributária independentemente do legitimado ativo.

Sem prejuízo das considerações que o n. 1.1, *supra*, expõe a respeito da matéria, não há como concordar com o entendimento destacado na exata medida em que, à luz da própria conceituação de tributo como “prestação pecuniária *compulsória*”, tal qual dada pelo art. 3º do Código Tributário Nacional, como é descabido entender que alguma exação tributária possa, em alguma medida, ser entendida como *disponível*. Ademais, comparando o amplo reconhecimento da legitimidade ativa do Ministério Público para questionar em juízo, por “ação civil pública”, mensalidades escolares (entendimento que, repita-se, encontra eco na Súmula 634 do STF), não parece haver qualquer razão jurídica para descartar o reconhecimento de sua legitimidade para questionar em juízo tributos.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal entendeu que o Ministério Público tem legitimidade para “ação civil pública” voltada a anular Termos de Acordo de Regime Especial (TARE). Trata-se do RE 576.155/DF, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j.m.v. 12.8.2010, DJe 25.11.2010.

A 1ª Turma daquele Tribunal, por sua vez, reconheceu legitimidade ao Ministério Público para “ação civil pública” voltada para o questionamento do estabelecimento de critérios de pontuação em concurso público. Trata-se do RE 216.443/MG, rel. Min. Marco Aurélio, j.m.v. 28.8.2012, DJe 6.9.2012.

Nas hipóteses em que sequer se pode cogitar, propriamente, de interesses individuais homogêneos, o reconhecimento da ilegitimidade do Ministério Público é de rigor. Nesse sentido, corretamente, decidiu a 4ª Turma do STJ no REsp 1.109.335/SE, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j.un. 21.6.2011, DJe 1.8.2011, negando prosseguimento a “ação civil pública” em que o *parquet* pretendia a tutela jurisdicional de pequeno grupo de pessoas associadas de um clube.

5.1.1. Fiscal da lei

Sem prejuízo do reconhecimento de sua legitimidade *ativa*, o § 1º do art. 5º da Lei n. 7.347/1985 impõe ao Ministério Público a sua atuação na

qualidade de “fiscal da lei” (*custos legis*) sempre que aquela instituição não tomar a iniciativa de dar início ao processo, conduzindo-o na qualidade de *autor*.

Importa destacar que a atuação do Ministério Público como fiscal da lei deve se dar independentemente de o direito ou interesse questionado ser “difuso”, “coletivo” ou “individual homogêneo”. Também pouco importa que ele seja “disponível” ou “indisponível”. A lei quer que aquela instituição intervenha naquela qualidade por se tratar de “ação civil pública”, mesmo que o seu objeto não autorizasse sua atuação como autor.

A participação do Ministério Público em tal qualidade não desperta maiores dificuldades, sendo suficientes, por isso mesmo, as considerações que, a respeito, faz o n. 3.2 do Capítulo 4 da Parte II do vol. 1.

5.2. Defensoria Pública

O reconhecimento expresso da legitimidade ativa da Defensoria Pública deve-se à Lei n. 11.448/2007 que, dando nova redação ao art. 5º da Lei n. 7.347/1985, introduziu nele seu atual inciso II. A jurisprudência do STJ, mesmo antes do advento daquele diploma legislativo, já reconhecia – e corretamente – legitimidade para a Defensoria Pública atuar no âmbito do “direito processual coletivo”. Por todos, v. o bem fundamentado acórdão que a 2ª Turma daquele Tribunal proferiu no REsp 1.264.116/RS, rel. Min. Herman Benjamin, j.un. 18.10.2011, DJe 13.4.2012.

Há uma “ação direta de inconstitucionalidade” (ADI 3.943/DF) ajuizada pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP que pretende a declaração de inconstitucionalidade daquele dispositivo ou, quando menos, sua interpretação conforme para restringir a legitimidade da Defensoria Pública aos direitos e interesses *coletivos* e *individuais homogêneos*.

O argumento nodal do pedido reside no entendimento de que, por força do art. 134 da Constituição Federal, a Defensoria Pública só poderia agir em prol de necessitados que, individualmente, comprovem carência financeira, o que, por si só, afastaria a pertinência de sua atuação *coletiva* e, menos ainda – e por definição –, na tutela jurisdicional de direitos e interesses *difusos*.

Não há como, com o devido respeito, concordar com o entendimento. Não que o art. 5º, II, da Lei n. 7.347/1985 não mereça, evidentemente, ser lido em conformidade com o “modelo constitucional do direito processual civil”, tendo em conta as funções institucionais que podem e as que não podem ser desempenhadas pela Defensoria Pública. No entanto, o reconhecimento, pela lei, da viabilidade de sua atuação no âmbito do “processo coletivo” não torna inconstitucional a regra. O que se deve buscar, em cada caso, é que a Defensoria Pública atue em prol dos direitos e dos interesses que carecem de sua atuação e não vedar, aprioristicamente, o reconhecimento de sua legitimidade. Em última análise, a Defensoria deve atuar em prol de seus “interesses *institucionais*”, sendo-lhe interdito buscar a tutela jurisdicional de direitos e interesses estranhos àquela finalidade. Também para ela, em suma, põe-se a necessidade de pesquisar a “pertinência temática”.

Ademais, sustentar, como querem alguns, que o reconhecimento de legitimidade a outras instituições ou outros entes acabaria por apequenar a função de outros colegitimados é descabido. Uma das características do “direito processual coletivo” brasileiro é, justamente, a de reconhecer a “legitimação *concorrente e disjuntiva*” (v. n. 5, *supra*), em estreita consonância com o “modelo constitucional do direito processual civil”.

Trata-se, em última análise, do mesmo entendimento que reconhece ao Ministério Público ampla legitimidade ativa para agir no âmbito do “direito processual coletivo”, sem que isto, por si só, signifique qualquer mácula ao reconhecimento de legitimidade da Defensoria Pública ou, até mesmo, da advocacia privada (assim, v.g.: STF, 2ª Turma, RE-AgR 554.088/SC, rel. Min. Eros Grau, j.un. 3.6.2008, DJe 20.6.2008, e STJ, 1ª Seção, EREsp 819.010/SP, rel. p./acórdão Min. Teori Albino Zavascki, j.m.v. 13.2.2008, DJe 29.9.2008). A questão se resume, assim, em saber em que condições a previsão *abstrata* da lei e, mais amplamente, do sistema jurídico, encontra, em cada caso concreto, a sua hipótese de incidência.

Com o advento da Lei Complementar n. 132/2009, que deu nova redação a diversos dispositivos da Lei Complementar n. 80/1994, eventuais dúvidas sobre as conclusões apresentadas anteriormente merecem ser definitivamente afastadas. É ler, dentre outros, seu art. 1º e os incisos VII, VIII e X do art. 4º,

que se mostram, todos, plenamente conformes ao “modelo constitucional do direito processual civil”.

5.3. Pessoas administrativas

Os incisos III e IV do art. 5º da Lei n. 7.347/1985 merecem exame conjunto.

De acordo com aquelas regras, têm legitimidade para a “ação civil pública”: “III – a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;” e “IV – a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista”.

Trata-se do reconhecimento expresso de que as entidades que compõem a chamada “administração direta” e as que compõem a chamada “administração indireta” dos diversos níveis federados (União, Estados, Municípios e Distrito Federal) têm legitimidade para a “ação civil pública”.

Apesar do silêncio das previsões legais destacadas, não há como negar legitimidade também às agências reguladoras e, com relação aos demais componentes da administração indireta, dar destaque que sua legitimidade dá-se nos diversos níveis federados e não, apenas, no plano federal. É esta a razão pela qual este *Curso* não pode concordar, com o devido respeito, com o entendimento oposto, estampado em julgamento da 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça no REsp 1.011.789/PR, rel. Min. José Delgado, j.un. 5.6.2008, DJe 27.8.2008.

As pessoas que compõem a administração direta (art. 5º, III, da Lei n. 7.347/1985), porque o são, estão dispensadas de demonstrar a “pertinência temática” para serem reconhecidas sua “representatividade adequada” em juízo. Com relação às pessoas que integram a administração indireta, é importante distinguir as que são regidas pelo direito público (autarquias, agências e fundações) das que são regidas, por imposição constitucional (art. 173), pelo direito privado (empresas públicas e sociedades de economia mista). Para estas, não para aquelas, a “pertinência temática” não pode ser afastada até para que não se atrite com o precitado dispositivo constitucional, que impõe, àquelas pessoas, o *mesmo* regime das empresas privadas.

5.4. Associações

A legitimidade ativa das associações, tal qual reconhecida expressamente pelo inciso V do art. 5º da Lei n. 7.347/1985, encontra fundamento maior no art. 5º, XXI, da Constituição Federal.

Buscando traçar critérios objetivos de “representatividade adequada”, as alíneas daquele mesmo dispositivo legal exigem que a associação “esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil” e “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”.

A afinidade entre as “finalidades institucionais” da associação e o objeto que se pretende tutelar jurisdicionalmente pela “ação civil pública” revela, em cada caso concreto, a efetiva legitimidade das associações para agir em juízo. É o que a doutrina e a jurisprudência consagraram com o eloquente nome de “pertinência temática”.

Para fins ilustrativos, vale destacar o entendimento de que tem legitimidade ativa associação de moradores para “ação civil pública” em que se pretende responsabilizar empresa por contaminação e à recuperação de áreas degradadas. Eventuais danos materiais e morais aos componentes da associação, contudo, merecem tratamento individualizado, liquidando-se a “sentença genérica”. Neste sentido, v., dentre outros, os seguintes julgados: STJ, 4ª Turma, REsp 982.923/PR, rel. Min. Fernando Gonçalves, j.un. 10.6.2008, DJe 12.8.2008. A 4ª Turma do STJ, no REsp 634.096/SP, rel. Min. Raul Araújo, j.un. 20.8.2013, DJe 29.8.2013, reconheceu legitimidade de associação de advogados cobrar em juízo, de acordo com seus estatutos, verbas honorárias de sucumbência devidas indistintamente a todos os seus associados, empregados de instituição financeira. Em outra oportunidade, a mesma 4ª Turma do STJ, no REsp 823.063/PR, rel. Min. Raul Araújo, j.un. 14.2.2012, DJe 22.2.2012, negou a legitimidade ativa para associação que pretendia tutelar jurisdicionalmente direitos de um ou dois associados. Consignou-se que a “ação civil pública” só pode pretender a tutela de um “número razoável de consumidores (...) sob pena de não ficar caracterizada a homogeneidade do interesse individual a ser protegido”.

O § 4º do art. 5º da Lei n. 7.347/1985, por sua vez, prevê que “o requisito da pré-constituição poderá ser dispensado pelo juiz, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou

pela relevância do bem jurídico a ser protegido”. Também aqui o legislador fornece, ao magistrado de cada caso concreto, dados que lhe permitam reconhecer, consoante as circunstâncias, a representatividade adequada da associação, mesmo sem levar em conta a pré-constituição anual.

No plano do “direito processual coletivo”, há regra que merece destaque. Trata-se do art. 2º-A da Lei n. 9.494/1997, introduzido pela Medida Provisória n. 2.180-35/2001, que, por força do art. 2º da Emenda Constitucional n. 32/2001, ainda vige como se lei fosse.

É a seguinte a redação do dispositivo:

“Art. 2º-A. A sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator.

Parágrafo único. Nas ações coletivas propostas contra entidades da administração direta, autárquica e fundacional da União, dos Estados e do Distrito Federal e dos Municípios, a petição inicial deverá obrigatoriamente estar instruída com a ata da entidade associativa que a autorizou, acompanhada da relação nominal dos seus associados e indicação dos respectivos endereços”.

O parágrafo único quer regulamentar a regra do inciso XXI do art. 5º da Constituição Federal, segundo a qual as associações de classe, quando expressamente autorizadas, podem representar em juízo seus associados.

A regra, contudo, é inconstitucional.

A uma, do ponto de vista *formal*, por se tratar de regra criada por medida provisória expedida sem a presença de seus pressupostos constitucionais autorizadores (art. 62 da Constituição Federal).

A duas, porque fere o princípio da isonomia. Por que só a petição inicial da “ação coletiva” movida por associação de classe em face das pessoas referidas no dispositivo em exame deve ser instruída com a ata da assembleia que aprova o ingresso em juízo? Em que a demanda contra as pessoas de direito público autoriza tratamento diferenciado com relação a regras de regularidade da petição inicial, máxime quando o art. 82, IV, da Lei n. 8.078/1990, aplicável à espécie por força do art. 21 da 7.347/1985,

dispensa, nos casos que indica, qualquer autorização assemblear para a “ação civil pública” (v. n. 3 do Capítulo 2)?

A três, porque o inciso XXI do art. 5º da Constituição Federal não autoriza que a lei imponha a *forma* pela qual a atuação jurisdicional (ou administrativa) das entidades de classe deve se dar. Assim, impor àqueles entes a realização de uma assembleia para tal fim é violar o comando do inciso XVII do mesmo art. 5º, que assegura não só a liberdade de associação, mas, correlatamente, também a liberdade de sua organização interna. Importa destacar, contudo, que o Pleno do Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de entender que a autorização assemblear (“autorização *específica*”) é sempre obrigatória, sendo insuficiente autorização *genérica* eventualmente contida nos próprios estatutos. Trata-se da Rcl-AgR 5.215/SP, rel. Min. Carlos Britto, j.un. 15.4.2009, DJe 22.5.2009.

De acordo com o § 3º do art. 5º da Lei n. 7.347/1985, havendo desistência infundada ou abandono do processo por *associação* legitimada, qualquer outro dos colegitimados pode assumir o polo ativo, prosseguindo na busca da tutela jurisdicional para o direito ou interesse questionado. A regra, específica, afasta, para o caso, o regime do art. 267, II, do Código de Processo Civil (v. n. 3.1.2 do Capítulo 1 da Parte V do vol. 2, tomo I). Para viabilizar a assunção do polo ativo do processo, contudo, importa que o magistrado dê ciência aos demais legitimados do ocorrido, similarmente ao que o § 1º do referido dispositivo codificado prevê para a “parte” e, no âmbito da “ação popular”, o art. 9º da Lei n. 4.717/1965 (v. n. 3.3 do Capítulo 4 da Parte I). A atuação do Ministério Público na qualidade de fiscal da lei, de resto, tende a minimizar situações que possam ficar carentes de tutela jurisdicional.

Há diversos julgados do STJ que, a respeito do precitado art. 5º, § 3º, da Lei n. 7.347/1985 sustentam que reconhecido o vício na representação processual da associação autora, deve-se, antes de proceder à extinção do processo, conferir oportunidade ao Ministério Público para que assuma a titularidade ativa do processo, lembrando, pertinentemente, da necessária incidência, em conjunto, do art. 13 do Código de Processo Civil na espécie. Nesse sentido: 2ª Turma, REsp 855.181/SC, rel. Min. Castro Meira, j.un.1.9.2009, DJe 18.9.2009 e 2ª Turma, REsp 1.372.593/SP, Rel. Min. Humberto Martins, j.un. 7.5.2013, DJe 17.5.2013.

A legitimidade ativa que o art. 5º da Lei n. 7.347/1985 reconhece para a “etapa de *conhecimento*” estende-se também para a “etapa de execução” ou de “cumprimento de sentença”, inclusive nos casos em que for proferida a “sentença genérica” a que se refere o art. 95 do Código do Consumidor, sem prejuízo, neste caso, de cada um dos interessados, individualmente considerados, perseguir o seu próprio direito em juízo. A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, referindo-se aos sindicatos, sedimentou a sua jurisprudência neste sentido, como faz prova o quanto decidido no EREsp 1.082.891/RN, rel. Min. Fernando Gonçalves, j.un. 6.5.2009, DJe 21.5.2009, e EREsp 1.079.671/RS, rel. Min. Fernando Gonçalves, j.un. 3.6.2009, DJe 18.6.2009. O tema é retomado pelo n. 6 do Capítulo 2.

Até porque pode acontecer de os valores envolvidos na execução não serem substanciais do ponto de vista econômico a recomendar que a execução seja promovida *coletivamente*, mesmo que os valores respectivos sejam recolhidos ao Fundo a que se refere o art. 13 da Lei n. 7.347/1985. Expressamente neste sentido, referindo-se às associações em geral, v.: STJ, 3ª Turma, REsp 880.385/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, j.un. 2.9.2008, DJe 16.9.2008.

5.5. Litisconsórcio ativo

O § 2º do art. 5º da Lei n. 7.347/1985 autoriza que o Poder Público e as associações, observando-se as exigências do dispositivo, litisconsorciem-se com os demais legitimados.

A hipótese é de litisconsórcio *facultativo* e bem demonstra que, no âmbito do direito processual coletivo brasileiro, a legitimação concorrente e disjuntiva é expressamente agasalhada pelo sistema, fomentando, em última análise, um maior acesso à Justiça.

O § 5º do mesmo art. 5º – que, apesar de alguma hesitação, não foi vetado pelo Presidente da República quando da promulgação do “Código do Consumidor” (STJ, 1ª Turma, REsp 382.659/RS, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j.un. 2.12.2003, DJ 19.12.2003, p. 322) – ocupa-se, expressamente, do litisconsórcio (facultativo) entre os Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e dos Estados para uma mais efetiva tutela jurisdicional dos interesses e direitos resguardados pela Lei n. 7.347/1985.

Sobre a atuação de mais de um órgão do Ministério Público – o que se justifica pelas razões de maior *otimização* de suas tarefas institucionais – importa destacar que, a depender do órgão que atuar no processo, a competência jurisdicional poderá variar. Assim, havendo participação do Ministério Público Federal, a competência é da justiça federal (v. n. 2.3 do Capítulo 2 da Parte I do vol. 2, tomo I). Para essa discussão, ao lado do reconhecimento da legitimidade do Ministério Público estadual para “ação civil pública” relativa ao “meio ambiente do trabalho” e a consequente competência da justiça estadual, v. STJ, 4ª Turma, REsp 240.343/SP, rel.p./acórdão Min. João Otávio de Noronha, j.m.v. 17.3.2009, DJe 20.4.2009.

6. LEGITIMIDADE PASSIVA

No plano passivo, a “ação civil pública” não traz nenhuma peculiaridade digna de destaque. A Lei n. 7.347/1985, com efeito, não traz nenhum dispositivo similar ao art. 6º da Lei n. 4.717/1965 (v. n. 5.1 do Capítulo 4 da Parte I) ou aos arts. 2º e 3º da Lei n. 8.429/1992 (v. n. 6 do Capítulo 5 da Parte I), que disciplinam, respectivamente, a “ação popular” e a “ação de improbidade administrativa”.

A depender das vicissitudes do direito material e das relações existentes entre os réus, conseqüentemente, formar-se-á litisconsórcio *necessário* ou *facultativo*, como, por exemplo, quando em “ação civil pública” busca-se a responsabilização de poluidores que são, de acordo com o art. 3º, IV, da Lei n. 6.898/1991, *solidariamente* responsáveis pelos danos que causarem (v. n. 2 do Capítulo 2 da Parte VII do vol. 2, tomo I). Neste sentido: STJ, 2ª Turma, REsp 529.027/SC, rel. Min. Humberto Martins, j.un. 16.4.2009, DJe 4.5.2009; STJ, 1ª Turma, REsp 771.619/RR, rel. Min. Denise Arruda, j.m.v. 16.12.2008, DJe 11.2.2009; STJ, 2ª Turma, AgRg no Ag 973.577/SP, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j.un. 16.9.2008, DJe 19.12.2008; STJ, 1ª Turma, REsp 884.178/MT, rel. Min. Luiz Fux, j.un. 18.9.2008, DJe 16.10.2008; STJ, 1ª Turma, REsp 884.150/MT, rel. Min. Luiz Fux, j.un. 19.6.2008, DJe 7.8.2008, e STJ, 2ª Turma, REsp 604.725/PR, rel. Min. Castro Meira, j.un. 21.6.2005, DJ 22.8.2005, p. 202.

O mesmo deve ser dito com relação às hipóteses de litisconsórcio *unitário* ou *simples*, sempre a depender das características e circunstâncias

do próprio direito material, suficientes, a propósito, as considerações de que se ocupa o n. 3 do Capítulo 2 da Parte VII do vol. 2, tomo I.

7. CAUSA DE PEDIR

De acordo com o *caput* do art. 1º da Lei n. 7.347/1987, seus dispositivos regem as “ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais” causados aos bens, direitos e interesses descritos nos seus diversos incisos.

A leitura do dispositivo bem demonstra o alerta feito pela Apresentação. Conjugando-o com a ressalva feita desde início, pelo n. 1, *supra*, não pareceria despropositada a identificação da seguinte regra decorrente de sua interpretação: a “ação civil pública” é uma “ação de responsabilidade por danos morais e patrimoniais”, o que poderia ensejar alguma perplexidade sobre qual “ação” é o quê. Como, na verdade, a ação, em si mesma considerada, não é uma nem outra coisa, a interpretação sugerida tem o mérito de evidenciar não só o acerto das premissas eleitas para o desenvolvimento do presente *Curso*, mas, muito mais do que isto, que a chamada “ação civil pública” deve ser entendida como mero *procedimento* de um processo cujo *objeto* (mediato) é a tutela jurisdicional dos danos (patrimoniais ou morais) dos bens jurídicos descritos nos incisos do art. 1º da Lei n. 7.347/1985.

O *caput* do dispositivo distingue a responsabilização pelos danos *morais* dos danos *patrimoniais*. A distinção, calcada no direito material, encontra eco no art. 5º, X, da Constituição Federal, e merece ser aplaudida porque elimina qualquer dúvida que pudesse haver sobre se um patrimônio não personificado poderia sofrer danos que não valorados, invariavelmente, em dinheiro. Mesmo que possa entender que o “dano moral” de um ente não personalizado é uma ficção jurídica, é irrecusável que a previsão legislativa é inequívoca ao criar um tal direito (material), assegurando-lhe uma adequada tutela jurisdicional.

Os bens jurídicos referidos nos incisos do art. 1º da Lei n. 7.347/1985, na sua atual redação, são os seguintes: meio ambiente (inciso I); consumidor (inciso II); bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (inciso III); qualquer outro interesse difuso ou coletivo (inciso IV); infração da ordem econômica e da economia popular (inciso V) e ordem urbanística (inciso VI).

É importante evidenciar que a cláusula genérica, que garante a pertinência da “ação civil pública” para “qualquer outro interesse difuso ou coletivo”, que ocupa o inciso IV do dispositivo, tal qual determinou o art. 110 do Código do Consumidor, não foi revogada pelas sucessivas leis e pela Medida Provisória n. 2.180-35/2001 que alteraram, ao longo dos anos, a redação e a ordem dos incisos do art. 1º da Lei n. 7.347/1985. Assim, sem prejuízo de a tutela jurisdicional daqueles interesses e direitos ser assegurada como uma das funções institucionais do Ministério Público, desde o art. 129, III, da Constituição Federal (v. n. 5.1, *supra*), é correto entender que também os demais legitimados podem persegui-los em juízo, conduzindo suas próprias ações civis públicas.

O parágrafo único do art. 1º da Lei n. 7.347/1985, acrescentado pela referida Medida Provisória n. 2.180-35/2001, mantida vigente pelo art. 2º da Emenda Constitucional n. 32/2001, dispõe que “não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados”.

O dispositivo e a restrição dele decorrente são flagrantemente inconstitucionais. Não só porque foi criado por medida provisória editada em qualquer “relevância e urgência”, ao arrepio, destarte, dos pressupostos autorizadores daquela espécie legislativa pelo art. 62 da Constituição Federal, mas também porque aqueles bens materiais ficaram, sem qualquer justificativa legítima, carentes de tutela jurisdicional *coletiva*.

Chama a atenção para a leitura da Exposição de Motivos que acompanhou a precitada Medida Provisória que a regra justificar-se-ia por haver julgados, no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, que reputavam *ilegítimo* o Ministério Público para “ações civis públicas” para fins tributários. Dentre outros motivos, porque se trataria de “direito e interesse *individual homogêneo*”, fora, portanto, das funções institucionais daquela entidade.

Mesmo que se pudesse concordar com o entendimento – o que não é o caso deste *Curso*, com a devida vênia (v. n. 2 da Introdução) –, não há qualquer correlação lógica entre aquela percepção (o Ministério Público não teria legitimidade para ações civis públicas tributárias) e a vedação,

pura e simples, da ação civil pública, *independentemente de seu legitimado*, para a tutela jurisdicional dos bens listados no parágrafo único do art. 1º da Lei n. 7.347/1985.

Assim, do ponto de vista substancial, o dispositivo deve ser considerado inconstitucional, sendo passíveis de proteção jurisdicional pela ação civil pública “pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados”. Se, no caso concreto, o legitimado deixar de mostrar-se um “representante adequado”, que, por esse motivo, o processo seja julgado extinto (art. 267, VI, do Código de Processo Civil). Não, contudo, em abstrato criando um verdadeiro caso de “*impossibilidade* jurídica do pedido” na contramão do acesso *coletivo* à Justiça.

Questão pertinente sobre a causa de pedir diz respeito ao exercício do controle incidental da constitucionalidade na “ação civil pública” que não traz nenhuma peculiaridade digna de destaque.

A especial circunstância de o reconhecimento da inconstitucionalidade de uma dada norma jurídica poder transbordar dos limites do processo é decorrência natural do direito e do interesse discutido (coletivo) e, portanto, não significa usurpação da competência que a Constituição Federal reconheceu ao Supremo Tribunal Federal e aos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal para exercício do controle *concentrado* de constitucionalidade. A questão é bem equacionada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (v.g.: Pleno, RE 424.993/DF, rel. Min. Joaquim Barbosa, j.un. 12.9.2007, DJe 19.10.2007, e 2ª Turma, RE-AgR 438.328/DF, rel. Min. Eros Grau, j.un. 24.6.2008, DJe 15.8.2008) e do Superior Tribunal de Justiça (v.g.: 2ª Turma, REsp 489.986/DF, rel. Min. Herman Benjamin, j.un. 16.4.2009, DJe 6.5.2009, e 1ª Turma, REsp 904.548/PR, rel. Min. Luiz Fux, j.un. 4.12.2008, DJe 17.12.2008). O *pedido* no âmbito da “ação civil pública”, diferentemente do que se dá com uma “ação direta de inconstitucionalidade”, não se resume ao reconhecimento da inconstitucionalidade de uma dada regra jurídica, mas, bem diferentemente, à efetiva prestação de tutela jurisdicional sobre um dado bem jurídico (objeto mediato).

8. PEDIDO

Do ponto de vista do “objeto *imediato*”, isto é, das tutelas jurisdicionais, classificadas do ponto de vista de seus efeitos, que o autor da “ação civil pública” pode pedir ao Estado-juiz, cumpre dar destaque aos arts. 3º e 11 da Lei n. 7.347/1985.

De acordo com o primeiro daqueles dispositivos, “a ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer” enquanto, para o segundo, “na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor”.

Os dois dispositivos, quando lidos na atualidade, mostram-se despiciendos, verdadeiramente superados, em função do que o Código de Processo Civil prevê a respeito do assunto em seus arts. 475-J e 461 e, de forma mais ampla, de seu art. 475-I, suficientes, por isso mesmo, as considerações de que se ocupa o n. 3 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 3.

O mesmo pode ser dito quando destacado o art. 83 do Código do Consumidor, que se aplica também à “ação civil pública” (art. 21 da Lei n. 7.347/1985), segundo o qual: “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”.

De qualquer sorte, a importância de ambas as regras reside na inovação e, mais do que isto, na verdadeira *revolução*, que, em 1985, trouxeram para o ordenamento jurídico brasileiro. Basta destacar, a este respeito, que o art. 11 da Lei n. 7.347/1985, assumindo, para todos os fins, a necessidade de obtenção de uma “execução específica” com relação aos bens tuteláveis pela “ação civil pública”, passou a admitir a imposição de multa diária ao réu – mesmo sem pedido do autor – para compeli-lo a um específico fazer ou não fazer, deixando, para segundo plano, as perdas e danos, que, em determinadas matérias típicas da “ação civil pública”, são, em termos práticos, totalmente inócuas.

Não obstante a redação dos dispositivos, destacados, outrossim, não há nada que impeça, muito pelo contrário, que os pedidos lá previstos sejam

cumulados, tanto para perseguir a imposição de deveres de fazer e de não fazer como a de pagamento de valores monetários – por danos *materiais* e *morais* (v. n. 7, *supra*) –, sendo certo que, neste caso, em se tratando de tutela jurisdicional de direitos e interesses *difusos* ou *coletivos*, o destinatário dos valores correspondentes só pode ser o Fundo a que se refere o art. 13 da Lei n. 7.347/1985. Se se tratar de tutela jurisdicional de direitos e interesses *individuais homogêneos*, o acolhimento de um tal pedido resultará, na normalidade dos casos, no proferimento da “sentença *genérica*” a que se refere o art. 91 do Código do Consumidor (v. n. 5 do Capítulo 2).

No que diz respeito ao “objeto *imediato*”, cumpre destacar que, com relação ao Ministério Público, há uma verdadeira *ampliação* da “ação civil pública”, por força do art. 25, IV, “b”, da Lei n. 8.625/1993, a Lei Nacional Orgânica do Ministério Público, segundo o qual é cabível a ação civil pública por aquele ente “para a anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público ou à moralidade administrativa do Estado ou de Município, de suas administrações indiretas ou fundacionais ou de entidades privadas de que participem”. A “ação civil pública”, em tais casos, para empregar a nomenclatura tradicional, faz as vezes de uma “ação constitutiva negativa”, à qual se pode agregar, se for o caso, uma “ação condenatória”, que tem como pressuposto lógico a invalidade do ato administrativo (v.g.: STJ, 1ª Turma, REsp 1.228.967/RJ, rel. Min. Benedito Gonçalves, j.un. 7.8.2012, DJe 14.8.2012). Há plena consonância entre este dispositivo e o art. 1º da Lei n. 7.347/1985, segundo o qual a ação civil pública *não exclui* a ação popular (v. n. 3 do Capítulo 4 da Parte I). Até porque o art. 6º, VII, da Lei Complementar n. 75/ 1993 (organização e atribuições do Ministério Público Federal) prevê o cabimento da ação civil pública para “a proteção dos direitos constitucionais”.

9. RECURSOS

O sistema recursal da “ação civil pública” não apresenta nenhuma peculiaridade, devendo ser aplicado o Código de Processo Civil, até mesmo por força do que dispõe o art. 19 da Lei n. 7.347/1985.

Previsões como o “agravo (de instrumento)” contra a “medida liminar” a que se refere o art. 12, *caput*, da Lei n. 7.347/1985 ou do “agravo (interno)” contra a decisão presidencial que aprecia o “pedido de suspensão” (art. 12,

§ 1º, da Lei n. 7.347/1985) são, nesse sentido, desnecessárias porque decorrem suficientemente do sistema.

O art. 14 da Lei n. 7.347/1985, contudo, traz regra interessante e que, ao menos na forma como redigida, peculiariza-se do sistema processual civil.

De acordo com o dispositivo, “o juiz poderá conferir efeito suspensivo aos recursos, para evitar dano irreparável à parte”.

É a consagração do que o n. 3 do Capítulo 4 da Parte I do vol. 5 chama de “efeito suspensivo *ope judicis*”, isto é, efeito suspensivo a ser concedido pelo magistrado consoante sejam as necessidades do caso concreto. Aqui, em se tratando de “ação civil pública”, a atribuição do efeito suspensivo justifica-se sempre que a parte (recorrente) puder sofrer algum “dano irreparável”. É o que, em geral, identifica-se pela expressão latina “*periculum in mora*”. Pela especificidade da regra, a atribuição do efeito suspensivo *não depende* da análise da probabilidade de êxito da pretensão recursal. É bastante, para tanto, que, da execução da decisão recorrida, possa decorrer dano irreparável.

O dispositivo também permite entender que *nenhum* recurso no âmbito da “ação civil pública” tem efeito suspensivo. Se esta é, a bem da verdade, a regra genérica do Código de Processo Civil, a previsão é importante no que diz respeito ao recurso de apelação. A melhor interpretação para o art. 14 da Lei n. 7.347/1985, destarte, é no sentido de entendê-lo como (mais) uma exceção ao *caput* do art. 520 daquele Código. Se o caso concreto recomendar, o magistrado concederá efeito suspensivo ao apelo, similarmente do que lhe permite o parágrafo único do art. 558 do Código de Processo Civil.

O “juiz” referido no art. 14 da Lei n. 7.347/1985 deve ser entendido como aquele que recebe, para processamento, o recurso respectivo e que, por isso mesmo, variará consoante a espécie recursal. Também aqui afasta-se a aplicação da regra genérica do parágrafo único do art. 800 do Código de Processo Civil, aproximando a solução dada pela “ação civil pública” àquela sugerida pelo n. 2 do Capítulo 4 da Parte II do vol. 4.

Diante do silêncio da Lei n. 7.347/1985 e dada a similaridade de objetos que a “ação civil pública” e a “ação popular” podem assumir, é correto o entendimento quanto à sujeição da sentença proferida em “ação civil pública” ao reexame necessário, aplicando-se, por analogia, a primeira

parte do art. 19 da Lei n. 4.717/1965, afastando, por isto mesmo, as ressalvas dos §§ 2º e 3º do art. 475 do Código de Processo Civil. É o que decidiu a 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp 1.108.542/SC, rel. Min. Castro Meira, j.un. 19.5.2009, DJe 29.5.2009.

Importa destacar, contudo, à luz do sistema processual civil, que o reexame necessário só se justifica quando o *objeto* da “ação civil pública” for regido pelo direito público, afastando-o quando se tratar de questão jungida ao direito (material) privado.

10. COISA JULGADA

O art. 16 da Lei n. 7.347/1985, na sua redação original, trazia à lembrança o disposto no art. 18 da Lei n. 4.717/1965 para a “ação popular”: a coisa julgada na “ação civil pública” é *erga omnes*, isto é, atinge a totalidade daqueles que não agem em juízo porque são *substituídos* pelos legitimados extraordinários, mas ressalva-se o caso de o pedido ser rejeitado por insuficiência de provas “... hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova”.

Para esta parte do dispositivo, são suficientes as considerações feitas pelo n. 11 do Capítulo 4 da Parte I, enfatizando tratar-se, aqui também, de definição da coisa julgada *secundum eventum litis*, porque a mesma só existe (independentemente de se tratar de *procedência* ou *improcedência* do pedido) se o exame do material probatório for exauriente.

Importa destacar, contudo, que o art. 2º da Lei n. 9.494/1997 deu nova redação ao dispositivo da Lei n. 7.347/1985, nele acrescentando a expressão “nos limites da competência territorial do órgão prolator”. É ler o dispositivo na sua atual redação: “A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova”.

Trata-se de regra inequivocamente *restritiva* e, por isto – não fosse sua origem de duvidosa inconstitucionalidade, porque a Lei n. 9.494/1997 é fruto de conversão de Medida Provisória expedida sem seus pressupostos autorizadores (v. voto vencido do Min. Marco Aurélio na ADC 4/DF, j.m.v.

1.10.2008, DJe 15.10.2008) –, ofensiva ao “modelo constitucional do direito processual civil”. Não há como o legislador querer restringir, menos ainda de forma *genérica*, os efeitos de uma decisão proferida na “ação civil pública”, bem assim o caráter de *imutabilidade* do quanto decidido (a “coisa julgada material”; v. n. 2 do Capítulo 2 da Parte V do vol. 2, tomo I), quando o *direito material* que fundamenta a *necessidade* da atuação jurisdicional puder, por definição, extrapolar os “limites territoriais” em que o juízo prolator da decisão exerce sua competência.

A ressalva feita pelo parágrafo anterior é importante: há casos em que, a despeito de ser *coletivo* (em sentido amplo) o direito ou o interesse, por questões de política legislativa, não há qualquer mácula em pretender o legislador restringir os efeitos da tutela jurisdicional a determinados segmentos territoriais. Até para que se mostre adequada a tutela (jurisdicional) que recai sobre o direito (material). É imaginar, por exemplo, a situação em que um sindicato de determinada categoria de determinado município pretende que a vantagem obtida por ele em juízo afete a *mesma* categoria de *outro* município. Do ponto de vista do direito material, nem sequer haveria *legitimidade* para tanto. Para casos como estes, não há qualquer crítica a ser feita à atual redação do art. 16 da Lei n. 7.347/1985.

No entanto, para outras situações, a restrição tem condições de mostrar-se totalmente contrária à garantia de acesso *coletivo* à Justiça (v. n. 1 da Introdução) que, por imposição constitucional, deve ser *efetiva*. A própria compreensão de *multiplicação* de processos para a tutela de um *mesmo* bem da vida, ainda que *coletivamente*, é contrária ao “modelo constitucional”. É imaginar um dano ambiental cujas consequências (no plano material) estendam-se para além dos limites territoriais de uma comarca ou seção judiciária. É fora de dúvida que sequer há condições físicas de constringer os efeitos da tutela jurisdicional e a imutabilidade do que foi decidido aos “limites da competência territorial do órgão prolator”. Idêntico raciocínio se aplica quando, pelas peculiaridades do direito material, ele não é passível de cisão por territórios sob pena de violar outras normas jurídicas, criando, por exemplo, riscos à livre concorrência.

Para casos que tais, importa que o magistrado, analisando as peculiaridades do caso concreto, afaste a restrição derivada do *texto* legal, o que lhe é dado fazer por força do controle *incidental* da

inconstitucionalidade (v. Capítulo 4 da Parte II do vol. 5). A *indivisibilidade* de determinadas classes de direitos e interesses (v. n. 2 da Introdução), nesse sentido, é indicativa de que, na perspectiva do acesso *coletivo* à Justiça, não devem ser consideradas restrições que acabam por nulificar ou tornar menos eficiente a tutela jurisdicional imposta pelo “modelo constitucional”.

Correta, portanto, a lição de Rodolfo de Camargo Mancuso (*Ação civil pública*, p. 329-330) no sentido de ser necessária a distinção entre “eficácia *subjetiva* da coisa julgada” e o que o prestigiado professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo chama de “eficácia *social* da decisão”, até para autorizar, em ampla consonância com as necessidades do direito *material*, que o magistrado, motivadamente, possa impor a exequibilidade de sua decisão a outras comarcas ou seções judiciárias para assegurar a incolumidade pública e a eficácia social da decisão, sujeitando-a de plano, entretanto, ao reexame necessário.

A grande maioria da doutrina vai além, fornecendo outros argumentos em detrimento da *restrição territorial* contida no art. 16 da Lei n. 7.347/1985, na redação dada pela Lei n. 9.494/1997. Na jurisprudência, dentre outros, merece destaque o quanto decidido pela 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça no REsp 411.529/SP, rel. Min. Nancy Andrichi, j.m.v. 24.6.2008, DJe 5.8.2008 e, mais recentemente, no REsp 1.243.386/RS, rel. Min. Nancy Andrichi, j.un. 12.6.2012, DJe 26.6.2012. Idem no âmbito da Corte Especial, em sede de Recurso Especial Repetitivo: REsp 1.243.887/PR, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j.m.v. 19.10.2011, DJe 12.12.2011 e REsp 1.247.150/PR, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j.un. 19.10.2011, DJe 12.12.2011.

Sustenta-se que, considerando o *necessário* inter-relacionamento da Lei n. 7.347/1985 e do Código do Consumidor – que criou a categoria dos “direitos e interesses individuais homogêneos” –, o referido art. 16 não poderia ser lido divorciado do art. 103 daquele Código, em especial de seu § 3º (v. n. 7 do Capítulo 2). Em ambos os dispositivos, além de ser ressalvada a possibilidade de os interessados buscarem a tutela jurisdicional *individual*, não há qualquer restrição quanto aos limites *territoriais* da decisão e da coisa julgada.

Com a devida vênia, o argumento não pode ser empregado genericamente porque se é certo que a leitura *conjunta*, verdadeiramente sistemática, é uma

imposição que deriva dos próprios arts. 21 da Lei n. 7.347/1985 e 90 do Código do Consumidor, não é menos certo que, do ponto de vista *infraconstitucional*, o art. 16 da Lei n. 7.347/1985, com a redação da Lei n. 9.494/1997, é *mais recente* que aqueles outros dispositivos legais que até hoje mantêm suas formulações originais de 1990 e que entraram em vigor em 1991. Assim, deste ponto de vista, a questão merece(ria) conduzir ao entendimento quanto ao *prevalhecimento* da lei mais recente que trata do *mesmo* assunto, ao menos nas hipóteses em que, na perspectiva do direito material, o direito sobre o qual se pretende a tutela jurisdicional é cindível. Até porque, a se entender que o art. 103 do Código do Consumidor, em especial, seus incisos I e II, teria repetido a regra do art. 16 da Lei n. 7.347/1985, este dispositivo teria sido, quando da promulgação daquele Código, revogado, ainda que tacitamente. E, assim sendo, o art. 2º da Lei n. 9.494/1997, ao lhe dar nova redação, teria, inequivocamente, revogado, por sua vez, mesmo que *tacitamente*, o dispositivo revogador, qual seja, os incisos I e II do art. 103 do Código do Consumidor.

Pelas mesmas razões e sempre com o devido respeito, não deve ser aceito o entendimento de que a alteração do art. 16 da Lei n. 9.494/1997 seria *ineficaz* por ter confundido “competência jurisdicional” com “coisa julgada”, máxime porque o art. 93 do Código do Consumidor, que se ocupa da identificação do juízo competente (v. n. 4, *supra*), não foi alterado por aquele diploma legislativo mais recente. Aqui também, quando analisada a questão na perspectiva *infraconstitucional*, não há razão para dar preferência à lei mais recente. Se, vale enfatizar, não se recusar legitimidade à opção adotada pelo legislador mais recente, analisando a questão, como *deve ser*, do ponto de vista do “modelo constitucional”, a *restrição* pretendida deve prevalecer porque representa, inequivocamente, a *regra* de direito positivo que resulta do art. 16 da Lei n. 7.347/1985.

Até porque, para robustecer a *necessidade* de a questão ser examinada na perspectiva *constitucional*, única a afastar a restrição territorial pretendida, em 1997, pelo legislador, deve ser destacado que, desde a Medida Provisória n. 1.798-2, de 11 de março de 1999, que se transformou na Medida Provisória n. 2.180-35, de 24 de agosto de 2001 e, com esta numeração, estabilizando-se mercê do art. 2º da Emenda Constitucional n.

32/2001, introduziu-se na Lei n. 9.494/1997 um art. 2º-A que tem a seguinte redação:

“Art. 2º-A. A sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio, no âmbito da competência territorial do órgão prolator.

Parágrafo único. Nas ações coletivas propostas contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas autarquias e fundações, a petição inicial deverá obrigatoriamente estar instruída com a ata da assembleia da entidade associativa que a autorizou, acompanhada da relação nominal dos seus associados e indicação dos respectivos endereços”.

A interpretação daqueles dispositivos, *caput* e parágrafo único – abstraída a questão constitucional –, revela, clara e inequivocamente, a intenção de as decisões proferidas em “ação coletiva” – importa perceber que nem sequer há referência a “ação civil pública”, que, como o n. 1, *supra*, explica, é expressão mais específica e, pois, menos *abrangente* – ficarem limitadas aos limites *territoriais* dos juízos prolatadores. Até mesmo uma *redefinição*, ainda que *implícita*, da *indivisibilidade* dos direitos e interesses *difusos* e *coletivos*, poderia ser sustentada, dada a possibilidade de a lei mais recente *derrogar* a mais antiga (art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

Também aqui, destarte, têm incidência as mesmas considerações expostas pelos parágrafos anteriores. A lei mais recente tem aptidão de prevalecer sobre disposições que, sobre o mesmo assunto, já existiam. É este, e não outro, o resultado de uma interpretação *sistemática* da evolução do direito positivo brasileiro sobre o assunto, quando menos, repita-se a ressalva já feita, nos casos em que o direito *material* comporta divisão que não comprometa outras normas jurídicas.

No entanto, a conclusão acima, porque calcada, única e exclusivamente, no plano infraconstitucional, não merece prevalecer, com o devido respeito ao que se decidiu no julgamento dos EREsp 399.357/SP, perante a 2ª Seção do STJ, rel. Min. Fernando Gonçalves, j.un. 9.9.2009, mesma orientação de diversos outros julgados daquela Corte, dentre os quais os seguintes: 4ª Turma, AgRg no REsp 167.079/SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j.un.

19.3.2009, DJe 30.3.2009, e CE, AgRg nos EREsp 253.589/SP, rel. Min. Luiz Fux, j.un. 4.6.2008, DJe 1º.7.2008, que analisaram a questão da perspectiva do art. 16 da Lei n. 7.347/1985.

Levando em conta o “modelo constitucional”, a restrição decorrente do art. 2º-A da Lei n. 9.494/1997 deve ser afastada. E não só porque atrita ao “acesso *coletivo* à Justiça”, tanto quanto o referido art. 16 da Lei da ação civil pública, mas também porque advém de medida provisória editada (e reeditada) sem a presença de seus pressupostos autorizadores desde o art. 62 da Constituição Federal e finalmente porque feridora do “princípio da isonomia processual”. Afinal, é possível interpretar-se o dispositivo em exame no sentido de que somente as “ações coletivas” promovidas contra a Fazenda Pública reclamam a sua incidência, o que denota, inequivocamente, o intuito do legislador de restringir a *efetividade* do processo naqueles casos e somente neles.

11. EXECUÇÃO

A execução ou “cumprimento de sentença” ou de quaisquer outras decisões veiculadoras de tutela jurisdicional no âmbito da “ação civil pública” deve observar o sistema decorrente do Código de Processo Civil, por força do que estatui o art. 19 da Lei n. 7.347/1985.

É certo, como destaca o n. 8, *supra*, que o art. 11 da Lei n. 7.347/1985 dá preferência à “execução específica” em detrimento das “perdas e danos”, opção mais que compreensível, considerando a *qualidade* dos próprios bens jurídicos que se pretende ver tutelados jurisdicionalmente pela “ação civil pública”, mas a previsão, em si mesma, não destoa, muito pelo contrário, do que, atualmente, prevê, a respeito, o art. 461 do Código de Processo Civil (v. Capítulo 1 da Parte III do vol. 3). E mesmo que não fosse pela *necessária* aplicação daquele dispositivo codificado, o art. 84 do Código do Consumidor, cuja incidência na “ação civil pública” é irrecusável por força do que estatui o art. 21 da Lei n. 7.347/1985, também conduziria à mesma interpretação.

O que há de diferente no âmbito da Lei n. 7.347/1985 a respeito da matéria é a previsão do § 2º do art. 12 sobre o *momento* em que a “multa diária” autorizada pelo referido art. 11 pode ser cobrada. De acordo com o dispositivo, “a multa cominada liminarmente só será exigível do réu após o

trânsito em julgado da decisão favorável ao autor, mas será devida desde o dia em que se houver configurado o descumprimento”.

A regra merece interpretação que leve em conta o “modelo constitucional do direito processual civil”. Na exata medida em que o magistrado perceba que o retardo relativo à cobrança da multa arbitrada para compelir o réu a *acatar a ordem* por ela emanada, inclusive *liminarmente*, pode comprometer a “efetividade do processo”, ele pode *antecipar* seus efeitos típicos e determinar sua cobrança imediata. Isto, sem prejuízo de adotar, com base no § 5º do art. 461 do Código de Processo Civil, que praticamente repete o que dispõe o § 5º do art. 84 do Código do Consumidor, “medidas de apoio” que têm em mira a obtenção da “tutela específica” ou, quando menos, do “resultado prático equivalente” (v. n. 4 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 3).

O art. 13 da Lei n. 7.347/1985, por sua vez, prevê que, havendo imposição de pagamento de dinheiro ao réu, o destinatário é um Fundo – o “Fundo de Defesa dos Direitos Difusos” – por ele criado e que está regulamentado, no plano federal, pelo Decreto n. 1.306/1994 e pela Lei n. 9.008/1995, que cria, no âmbito da estrutura organizacional do Ministério da Justiça, o Conselho Federal Gestor do Fundo de Defesa de Direitos Difusos (CFDD).

O recolhimento dos valores ao referido Fundo justifica-se porque, em se tratando de tutela jurisdicional de direitos e interesses *difusos* e *coletivos*, não há como ou, quando menos, não importa saber quem são as pessoas *individualmente* violadas ou ameaçadas em seus direitos. Assim, para dar a eventual imposição de pagar um destino que, por definição, tem como finalidade a “reconstituição dos bens lesados”, criou-se aquele Fundo, cuja gestão é atribuída a diversos segmentos do Estado e da própria sociedade civil.

O art. 15 da Lei n. 7.347/1985, a exemplo do que o art. 16 da Lei n. 4.717/1965 prevê para a “ação popular”, legitima o Ministério Público para a execução quando a associação que tiver dado início à “ação civil pública” deixar de promover a execução passados sessenta dias do trânsito em julgado da decisão que forma o título executivo. O dispositivo reserva idêntica legitimação aos demais entes do art. 5º da Lei n. 7.347/1985, o que conduz ao reconhecimento de uma verdadeira colegitimidade, concorrente e disjuntiva, para a execução.

Questão interessante diz respeito a saber se a assunção da execução também se justifica quando for autor da “ação civil pública” outro legitimado que não as associações (art. 5º, V, da Lei n. 7.347/1985). É supor a hipótese de a “ação civil pública” ter sido proposta por um dado município. Acolhido o seu pedido, superada a fase recursal e transitado em julgado o acórdão respectivo, a execução não é iniciada. Poderá o Ministério Público ou outro legitimado fazê-lo? A melhor resposta é a positiva até para que, com a prática dos atos executivos que se fizerem necessários, a tutela jurisdicional, tal qual reconhecida para a espécie, seja *efetivamente* prestada, razão última de ser de todo o aparato jurisdicional.

12. TUTELA JURISDICIONAL PREVENTIVA

Sem prejuízo da aplicação subsidiária do sistema codificado, expressamente ressalvado pelo art. 19 da Lei n. 7.347/1985, o seu art. 4º e seu art. 12 encarregaram-se de prever as formas de exercício da tutela jurisdicional com vistas a evitar a consumação de dano, isto é, de “tutela jurisdicional *preventiva*” (v. n. 8.1.1 do Capítulo 1 da Parte III do vol. 1 e n. 2 da Introdução do vol. 4). Tanto mais importante as previsões específicas considerando que a “ação civil pública” mereceu tratamento legislativo antes do advento da Constituição Federal de 1988 e antes, portanto, da ampla compreensão que seu art. 5º, XXXV, acabou por impor sobre a matéria.

De acordo com o art. 4º da Lei n. 7.347/1985, na redação que lhe deu a Lei n. 10.257/2001, “poderá ser ajuizada ação cautelar para os fins desta Lei, objetivando, inclusive, evitar o dano ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem urbanística ou aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico”.

A “ação cautelar” lá prevista não difere, em nada, da “ação cautelar” que, genericamente, vem disciplinada no Livro III do Código de Processo Civil. A distinção reside, apenas, na previsão dos referenciais de direito material que merecem, na perspectiva da “ação civil pública”, tutela jurisdicional mesmo que *cautelarmente*, isto é, *preventivamente* visando a obtenção de tutela jurisdicional apta a assegurar o resultado útil a ser proferido na “ação civil pública”, na relação exposta pelo n. 5 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 4, entre “ação cautelar” ou “preparatória” e “ação principal”. A legitimidade

ativa para a “ação cautelar” regulada pelo art. 4º da Lei n. 7.347/1985 é, de resto, a mesma da “ação civil pública”. É o que expressamente reconhece o art. 5º, *caput*, do mesmo diploma legal.

A redação atual do art. 4º em exame, é o caso de destacar, deveu-se para incluir no rol original expressa referência à “ordem urbanística”, devida pelos novos direitos *materiais* introduzidos no ordenamento jurídico pela precitada Lei n. 10.257/2001, mais conhecida como “Estatuto da Cidade”.

Maior importância ao art. 4º da Lei n. 7.347/1985, contudo, é subtraída pelo art. 12 daquele mesmo dispositivo legal. Aquele dispositivo, antecipando, de alguma forma, certas impressões que se fazem pertinentes na atualidade, a partir do Código de Processo Civil, mormente depois das mais recentes Reformas pelas quais passou, admite que o magistrado conceda “mandado liminar, com ou sem justificção prévia, em decisão sujeita a agravo”.

A melhor interpretação para a regra é a de que o magistrado possa, no *mesmo* processo em que o autor busca tutela jurisdicional, proferir decisão interlocutória que *assegure* o resultado útil final ou que *antecipe* os resultados práticos pretendidos, a final, pelo autor. Trata-se de dispositivo que reconhece, ainda que de forma tímida, o exercício do “dever-poder geral de cautela” e/ou do “dever-poder geral de antecipação” sem necessidade de qualquer outra formalidade que não a comprovação, ao magistrado, da presença de seus elementos autorizadores.

Até porque, a exemplo do que é possível sustentar para cada uma daquelas figuras (v. n. 3.8 do Capítulo 3 da Parte II do vol. 4), o dispositivo em comento é claro quanto à viabilidade de o magistrado que não conseguir vislumbrar *de imediato* – a lei refere-se, a propósito, em “mandado *liminar*” – a presença dos elementos que autorizam o exercício daqueles deveres-poderes, designar “audiência de justificção” para permitir ao autor provar a sua ocorrência.

Também o legislador quis evidenciar que a decisão a ser proferida pelo magistrado, acolhendo ou rejeitando o pedido, no todo ou em parte, é agravável de instrumento. Evita-se, assim, discussão como a que antes da Lei n. 12.016/2009 ocupava largo espaço em se tratando de mandado de segurança (v. n. 9.4 do Capítulo 1 da Parte I).

O § 1º do art. 12 da Lei n. 7.347/1985 disciplina, no âmbito da “ação civil pública”, o chamado “pedido de suspensão”.

A exemplo do que preveem, para o “mandado de segurança”, o *caput* do art. 15 da Lei n. 12.016/2009 (v. n. 13 do Capítulo 1 da Parte I) e, para as “ações cautelares” e os pedidos de antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional contra o Poder Público, o *caput* do art. 4º da Lei n. 8.437/1992 (v. n. 8 do Capítulo 5 da Parte II do vol. 4), o dispositivo legitima a “pessoa jurídica de direito público interessada” a formular pedido ao Presidente do Tribunal competente para a fase recursal para que suspenda a “execução da liminar” para o fim de “evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública”. Da decisão presidencial, prossegue o mesmo dispositivo, “caberá agravo para uma das turmas julgadoras, no prazo de 5 (cinco) dias a partir da publicação do ato”.

A regra merece as mesmas críticas que fazem os números indicados, inclusive do ponto de vista de sua violação ao “princípio da isonomia” e da desnecessidade de instituto como aquele diante da evolução do sistema recursal brasileiro antecipado, em alguma medida, pelo próprio art. 14 da Lei n. 7.347/1985 (v. n. 9, *supra*).

De qualquer sorte, como o entendimento prevalecente é no sentido de que se trata de medida de conteúdo mais *político-administrativo* do que *jurisdicional*, defende-se a subsistência e a previsão do “pedido de suspensão” para viabilizar que eventuais decisões que se mostrem concretamente ofensivas aos referenciais expostos pelo dispositivo em exame – a “ordem pública”, em última análise – sejam preservadas por decisão do Tribunal competente.

As inovações que, ao “pedido de suspensão”, foram incorporadas ao art. 4º da Lei n. 8.437/1992 pela Medida Provisória n. 2.180-35/2001, são, por sua vez, de aplicação irrecusável para o dispositivo em exame. Até porque a previsão do *caput* daquele dispositivo é ampla o suficiente para albergar qualquer decisão jurisdicional proferida em desfavor das pessoas jurídicas de direito público ou de seus agentes. Não só as “medidas *liminares*”, como quer o § 1º do art. 12 da Lei n. 7.347/1985, mas também as “sentenças”.

13. CUSTAS

O art. 18 da Lei n. 7.347/1985, que tem redação dada pelo Código do Consumidor, dispõe que “nas ações de que trata esta Lei, não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogado, custas e despesas processuais”.

Da leitura do dispositivo é correta a conclusão de que as “ações civis públicas”, isto é, os *processos* em que os legitimados do art. 5º da Lei n. 7.347/1985 pretenderem a tutela jurisdicional dos bens jurídicos referidos em seu art. 1º, afastam-se do regime de custas do Código de Processo Civil (v. n. 3 do Capítulo 2 da Parte IV do vol. 1). Diferentemente do que se dá para os demais casos, em se tratando de “ação civil pública”, não há *adiantamento* de custas nem das despesas processuais em geral. Isto, contudo, não significa que os referidos arts. 17 e 18 tenham tornado *gratuita* a “ação civil pública”. O que há é a desnecessidade de *adiantamento* das custas e não a *desnecessidade* de seu pagamento a final, uma vez fixados os responsáveis pela “sucumbência”.

Apenas para as *associações* (art. 5º, V, da Lei n. 7.347/1985) é correto sustentar a regra da *gratuidade*: nem *adiantamento* nem *responsabilização* final pelas custas e despesas processuais. Mesmo com relação a elas, contudo, deve ser observada a diretriz do art. 17 da Lei n. 7.347/1985, segundo a qual “em caso de litigância de má-fé, a associação autora e os diretores responsáveis pela propositura da ação serão solidariamente condenados em honorários advocatícios e ao décuplo das custas, sem prejuízo da responsabilidade por perdas e danos”.

A respeito do tema, há interessante acórdão da 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (REsp 1.049.822/RS, rel. Min. Francisco Falcão, j.m.v. 23.4.2009, DJe 18.5.2009) que entendeu, em “ação civil pública” movida pelo Ministério Público para apuração de danos ambientais, ser correta a determinação de os réus suportarem os custos da perícia determinada pelo juízo de primeira instância, forte na regra de *inversão* do ônus da prova contida no art. 6º, VIII, do Código do Consumidor, justificada, na hipótese, “em prol da sociedade, que detém o direito de ver reparada ou compensada eventual prática lesiva ao meio ambiente”. Sobre a correta aplicação da teoria do ônus dinâmico da prova (v. n. 8 do Capítulo 1 da Parte IV do vol. 2, tomo I) em sede de “ação civil pública *ambiental*”, v. o bem

fundamentado acórdão da 2ª Turma do STJ no REsp 883.656/RS, rel. Min. Herman Benjamin, j.un. 9.3.2010, DJe 28.2.2012.

Ademais, nas execuções *individuais* que tenham como *título executivo* a “sentença genérica” proferida no âmbito de “ação coletiva” (v. n. 6 do Capítulo 2), são devidos honorários advocatícios, não se aplicando o disposto no art. 1º-D da Lei n. 9.494/1997, introduzido pela Medida Provisória n. 2.180-35/2001. Há, acerca do tema, a Súmula 345 do Superior Tribunal de Justiça, com o seguinte enunciado: “São devidos honorários advocatícios pela Fazenda Pública nas execuções individuais de sentença proferida em ações coletivas, ainda que não embargadas”. A diretriz tem sido aplicada mais recentemente, como fazem prova os seguintes julgados: EAG 654.254-RS, DJ 25.2.2008; EREsp 701.768-RS, DJ 6.3.2008, e EREsp 658.595/RS, rel. Min. Castro Meira, j. 4.6.2008.

14. PRESCRIÇÃO

À falta de regra específica na Lei n. 7.347/1985, os prazos prescricionais dos mais variados direitos materiais, públicos ou privados, cuja tutela jurisdicional se pretende no âmbito da “ação civil pública” devem prevalecer em cada caso concreto.

Assim, por exemplo, se o que se pretende na “ação civil pública” for passível de tutela jurisdicional por “ação popular” (v. ns. 6 e 7 do Capítulo 4 da Parte I) e por “ação de improbidade administrativa” (v. ns. 8 e 9 do Capítulo 5 da Parte I), deve ser observado para a hipótese o prazo prescricional reservado para aquelas iniciativas. Trata-se de mais uma (necessária) aplicação do entendimento de que há um verdadeiro *sistema* de direito processual coletivo que resulta na devida interpretação dos diversos diplomas legislativos que se ocupam da matéria. São expressos neste sentido os seguintes acórdãos do Superior Tribunal de Justiça: 1ª Turma, REsp 1.089.206/RS, rel. Min. Luiz Fux, j.un. 23.6.2009, DJe 6.8.2009; 1ª Turma, REsp 911.961/SP, rel. Min. Luiz Fux, j.un. 4.12.2008, DJe 15.12.2008; 5ª Turma, REsp 912.612/DF, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j.un. 12.8.2008, DJe 15.9.2008, e 1ª Turma, REsp 727.131/SP, rel. Min. Luiz Fux, j.un. 11.3.2008, DJe 23.4.2008.

CAPÍTULO 2

Tutela jurisdicional de direitos e interesses individuais homogêneos

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O Capítulo 1 ocupa-se da exposição da “ação civil pública”, tal qual regulada pela Lei n. 7.347/1985. Aquela disciplina é toda ela voltada para a tutela jurisdicional de direitos e interesses que, de acordo com a classificação tricotômica proposta pelo parágrafo único do art. 81 do Código do Consumidor, são *difusos* ou *coletivos em sentido estrito*.

A tutela jurisdicional dos direitos e interesses *individuais homogêneos*, contudo, não é disciplinada por aquele diploma legislativo. Ela se encontra nos arts. 91 a 100 do Código do Consumidor (Lei n. 8.078/1990), em capítulo próprio, sugestivamente denominado “Das Ações Coletivas para a Defesa de Interesses Individuais Homogêneos”, objeto de exame do presente capítulo.

A distinção entre as matérias, contudo, quer ser apenas *didática*. Não existe nenhuma distinção *ontológica* entre uma “ação civil pública” e uma “ação coletiva”. Ambas as denominações devem ser entendidas como meras expressões idiomáticas que acabaram sendo consagradas pelas leis de regência da espécie e, sobretudo, pela doutrina, pela jurisprudência e pelos usos e costumes forenses e que denotam diferentes *procedimentos* para buscar (e obter) tutela jurisdicional para determinadas situações de direito material.

Assim, não há razão para entender aprioristicamente antitética a expressão “ação civil pública” quando contrastada com “direitos e interesses individuais homogêneos”. Pelo contrário, aquelas duas realidades inter-relacionam-se, integrando e complementando o acesso *coletivo* à Justiça, até mesmo por imposição do art. 21 da Lei n. 7.347/1985 e do art.

90 do Código do Consumidor. Tanto que, como expõe o n. 5.1 do Capítulo 1, questão frequente no foro é a consistente em saber se o Ministério Público pode ajuizar “ação civil pública” para a tutela jurisdicional de direitos e interesses pertencentes àquela classe.

Cabe insistir que a *distinção* da exposição da matéria quer ser apenas *didática* e centrada na descrição do *procedimento* que aqueles dois diplomas legislativos, embora inter-relacionados, acabaram veiculando *separadamente*.

Até porque o art. 83 do Código do Consumidor, segundo o qual “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”, deve ser lido e interpretado em sentido amplo no sentido de que “todas as espécies de tutela jurisdicional”, independentemente do *procedimento* a ser seguido, são admissíveis para obtenção de uma tutela jurisdicional eficiente e eficaz de um direito material, lesionado ou ameaçado mesmo que no âmbito coletivo, independentemente de sua classificação em “difuso”, “coletivo” ou “individual homogêneo”.

1.1. Campo de incidência

Os arts. 91 a 100 do Código do Consumidor ocupam-se da tutela jurisdicional *coletiva*. A tutela jurisdicional *individual*, embora encontre, naquele Código, regras diferenciadas do regime do Código de Processo Civil, não são tratadas nesta sede. É claro, a respeito, o art. 81, *caput*, da Lei n. 8.078/1990.

É nesse sentido que deve ser entendido o disposto nos arts. 101 e 102 do Código do Consumidor, que disciplinam “as ações de responsabilidade do fornecedor de produtos e serviços”. As diferentes regras contidas naqueles dispositivos não peculiarizam o “processo *coletivo*”, razão suficiente para que o presente tomo não se ocupe com elas. O que se extrai daqueles dispositivos, bem diferentemente, são regras que, apesar de produzirem reflexos no plano processual, têm natureza predominantemente de direito *material*.

Também é o que se dá com relação ao art. 84 do Código do Consumidor, que remete ao mais bem desenvolvido e aperfeiçoado art. 461 do Código de Processo Civil, suficientes, por isto mesmo, as considerações feitas pelo n. 4

do Capítulo 1 da Parte III do vol. 3, e ao seu art. 88, que veda a denúncia da lide na hipótese do parágrafo único do art. 13 do Código do Consumidor, assegurando, por isso mesmo, a possibilidade de eventual direito de regresso ser perseguido no mesmo processo nos termos do que, genericamente, demonstra o n. 2 do Capítulo 6 da Parte VII do vol. 2, tomo I.

O tratamento *coletivo* da tutela jurisdicional, como expõe o n. 2 da Introdução, não deve ser confundido com a natureza jurídica do bem da vida pretendido em juízo quando analisado no plano *material*. A ênfase dada pelos referidos dispositivos legais repousa no tratamento jurisdicional daqueles bens, coletivizando-os para aquele fim. Tanto que é bastante correta a distinção proposta por Teori Albino Zavascki, em sede de doutrina, no sentido de que importa distinguir a *tutela coletiva* de direito da tutela de *direito coletivo* (*Processo coletivo*, p. 41-43). Como tudo em direito processual civil, a realidade *material* subjacente ao plano do processo influencia na própria concepção do objeto de estudo (v. n. 2.1 do Capítulo 2 da Parte I do vol. 1).

Por fim, a despeito de se tratar de um “Código do *Consumidor*”, ademais, é correto o entendimento de que seus dispositivos de ordem *processual*, como os ora analisados, não se limitam à tutela jurisdicional do direito *material* do consumidor. Quaisquer interesses ou direitos (na perspectiva do direito *material*), mesmo que não vinculados ao “direito do *consumidor*”, são passíveis de receber tutela jurisdicional pelas regras – e, conseqüentemente, pelo *procedimento* – aqui estudadas, quando tratados em ambientação *coletiva*. Basta que eles possam ser subsumidos ao conceito de interesses ou direitos *individuais homogêneos*.

2. COMPETÊNCIA

A competência para os processos em que os legitimados do art. 82 do Código do Consumidor pretendem buscar a tutela jurisdicional de direitos e interesses *individuais homogêneos* é regulada pelo art. 93 daquele mesmo Código.

De acordo com o dispositivo, “ressalvada a competência da Justiça Federal, é competente para a causa a justiça local: I – no foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local; II – no foro da Capital do Estado ou no do Distrito Federal, para os danos de âmbito

nacional ou regional, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente”.

Como expõe o n. 4 do Capítulo 1, a melhor interpretação para a regra é a de que, a depender da extensão territorial do dano, o foro competente será o previsto no inciso I ou no inciso II. Para os danos *locais*, competente é o foro do lugar onde os danos ocorreram ou venham a ocorrer. Em se tratando de dano *nacional* ou *regional*, o foro é o da Capital do Estado ou o do Distrito Federal, ressalvando-se, em qualquer situação, a competência da Justiça Federal a ser apurada em consonância com o disposto no art. 109, I, da Constituição Federal.

3. LEGITIMIDADE ATIVA

O art. 82 do Código do Consumidor indica os legitimados “para os fins do art. 81, parágrafo único”, isto é, quem, na ótica do legislador, apresenta-se como *adequado representante* da tutela *coletiva* dos direitos e interesses catalogados por aquele dispositivo.

Para cá, importa dar destaque aos direitos e interesses *individuais homogêneos* (v. n. 1.1, *supra*), ressalva que se torna tanto mais importante diante do art. 91 do Código do Consumidor, na redação dada pela Lei n. 9.008/1995, que tem a seguinte redação: “Os legitimados de que trata o art. 82 poderão propor, em nome próprio e no interesse das vítimas ou seus sucessores, ação civil coletiva de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos, de acordo com o disposto nos artigos seguintes”.

Os quatro incisos do art. 82 do Código do Consumidor seguem a linha do que, desde 1985, ocupava o art. 5º da Lei n. 7.347 daquele ano. Na atualidade, contudo, depois do advento da Lei n. 11.448/2007, e a inclusão da Defensoria Pública como legitimada para a “ação civil pública” naquele rol, a simetria entre os dois dispositivos deixou de ser patente.

De qualquer sorte, as mesmas considerações feitas pelo n. 5 do Capítulo 1 para cada um dos legitimados lá referidos tem aplicação nessa sede. A inter-relação entre a Lei n. 7.347/1985 e o Código do Consumidor, Lei n. 8.078/1990, quanto ao ponto é total.

Não há por que duvidar, portanto, da legitimidade da Defensoria Pública para buscar a tutela jurisdicional de direitos e interesses *individuais homogêneos* das pessoas que justificam, desde o “modelo constitucional”,

sua razão *institucional* de ser. A Lei Complementar n. 132/2009, de resto, afastou qualquer dúvida que poderia haver sobre o tema quando, em perfeita harmonia com o “modelo constitucional do direito processual civil”, deu nova redação aos incisos VII e VIII do art. 4º da Lei Complementar n. 80/1994 (v. n. 5.2 do Capítulo 1).

Tampouco há espaço para questionar da legitimidade do Ministério Público para perseguir em juízo direitos e interesses daquela mesma classe, desde que preenchidas as exigências que os arts. 127, *caput*, e 129, IX, da Constituição Federal impõem a esse respeito. A este específico respeito, são suficientes as considerações de que se ocupa o n. 5.1.1 do Capítulo 1. O Ministério Público, quando não tiver a iniciativa de romper a inércia da jurisdição, isto é, ser *autor*, atuará no processo na qualidade de fiscal da lei. É o que expressamente prevê o art. 92 do Código do Consumidor, repetindo a regra do art. 5º, § 1º, da Lei n. 7.347/1985 para a “ação civil pública”.

Com relação às associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre suas finalidades institucionais a defesa dos interesses e dos direitos que pretendem fazer valer em juízo (“pertinência temática”) importa colocar em destaque que o inciso IV do art. 82 da Lei n. 8.078/1990 dispensa expressamente a “autorização assemblear” para o início do processo. O dispositivo é prova segura do acerto do entendimento exposto pelo n. 5.4 do Capítulo 1 no sentido de que o art. 5º, XXI, da Constituição Federal não pode ser entendido como se a *autorização* lá referida fosse, sempre e invariavelmente, a assemblear. Ela pode assumir diferentes *formas*, tudo a depender da correlata liberdade de associação também assegurada pela Constituição, razão suficiente, aliás, para, frisando o quanto exposto naquela sede, reputar inconstitucional a exigência feita pelo parágrafo único do art. 2º-A da Lei n. 9.494/1997 para as “ações coletivas” ajuizadas em face de pessoas jurídicas de direito público.

De mais a mais, parece mais afinado aos propósitos da Lei n. 8.078/1990 e ao rol de legitimados ativos nela prevista o entendimento que vê a hipótese em análise, seu art. 82, IV, como caso de “*substituição* processual” e não de “*representação* processual”, ou seja, a associação atua em juízo em nome próprio em prol de direito alheio (e não em nome alheio). Ainda quando a associação age em prol da *satisfação* do direito tal qual reconhecido, isto é, em sede de execução. Neste específico ponto, cabe o destaque, este *Curso*,

com o devido respeito, distancia-se do entendimento da maioria que sustenta existir dicotomia entre as etapas de *conhecimento* e de *execução* do processo, atuando a associação como “*substituta* processual” no primeiro caso e como “*representante* processual” no segundo. O tema é retomado pelo n. 6, *infra*.

4. PUBLICAÇÃO DE EDITAIS

Levando em conta as peculiaridades do direito material envolvido, direitos (e interesses) que são, em sua essência, *individuais*, mas que aceitam tratamento *coletivo*, o art. 94 da Lei n. 8.078/1990 exige que, “proposta a ação”, seja publicado edital em órgão oficial para que “... os interessados possam intervir no processo como litisconsortes”, sem prejuízo de a iniciativa ter “ampla divulgação pelos meios de comunicação social por parte dos órgãos de defesa do consumidor” para a mesma finalidade.

Assim, é correto entender que ao juízo *positivo* de admissibilidade da petição inicial – que, sistematicamente, deve ser entendida como “propositura da ação” – deve ser adicionada a determinação da publicação dos editais nos órgãos oficiais, os chamados “diários oficiais”, sem prejuízo de outras formas de comunicação mais efetivas nos dias atuais, inclusive eletrônicos e na mídia, dando ciência aos interessados de que algum dos legitimados do art. 82 do Código do Consumidor tomou a iniciativa de buscar a tutela jurisdicional de um dado bem da vida. A finalidade das comunicações é a de convocar para o processo todos aqueles que quiserem, em nome *próprio*, dele participar.

O art. 94 do Código do Consumidor refere-se à hipótese como sendo de *litisconsórcio*, o que, rigorosamente, não é correto. Mais tecnicamente, a intervenção do “interessado” dá-se na qualidade de “assistente litisconsorcial” porque ele, individualmente considerado, não tem legitimidade para agir. Trata-se de situação que bem se amolda ao conceito daquele instituto, de “assistência *litisconsorcial*”, proposto pelo n. 2 do Capítulo 3 da Parte VII do vol. 2, tomo I.

A ampla possibilidade de participação dos interessados, isto é, de todos aqueles que se entenderem destinatários ou beneficiários da tutela jurisdicional pretendida pelo legitimado coletivo, ganha importância não só para fins da intervenção destacada pelo parágrafo anterior, mas também

porque, de acordo com o art. 103, § 2º, do Código do Consumidor, seu atendimento aos editais do precitado art. 94 significará que a decisão a ser proferida naquele processo vincula-os independentemente de ser benéfica ou prejudicial a seus interesses (v. n. 7, *infra*). A solução adotada pelo legislador brasileiro, da “coisa julgada *secundum eventum litis*” e “*in utilibus*”, para os indivíduos, em se tratando de “processo *coletivo*”, recebe, no particular, nítida atenuação. A opção é perfeitamente compatível com o “modelo constitucional do direito processual civil” na exata medida em que, com a publicação dos editais do art. 94 do Código do Consumidor, o próprio indivíduo, *em nome próprio*, terá condições de atuar no processo, razão suficiente para vinculá-lo ao seu resultado, independentemente de ele ser favorável ou desfavorável à sua própria esfera jurídica.

Os editais também têm a finalidade de advertir todos os “interessados” para, querendo, requererem a *suspensão* dos seus próprios processos, tendo em vista o “processo *coletivo*”. Desde que o pedido respectivo seja formulado no prazo de trinta dias contados “da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva”, os indivíduos poderão beneficiar-se de eventual decisão favorável a ser proferida naquela sede. Caso contrário, isto é, na hipótese de seus “processos *individuais*” terem prosseguimento, a despeito da ciência acerca da existência do “processo *coletivo*”, as decisões a serem proferidas nas respectivas sedes é que prevalecerão. Também aqui a opção feita pelo legislador brasileiro é plenamente compatível com o “modelo constitucional do direito processual civil” na exata medida em que, ao prestigiar a *concomitância* da tutela jurisdicional *individual* e *coletiva*, aceita que o próprio interessado decida se pretende beneficiar-se de uma ou de outra das iniciativas. É o que decorre do art. 104 do Código do Consumidor (v. n. 8, *infra*).

Na hipótese de os editais a que se refere o art. 94 do Código do Consumidor não serem publicados ou, o que é o mesmo, os “interessados” não terem tido condições de saber *eficazmente* da existência do “processo *coletivo*”, isto é, voltado à tutela jurisdicional dos direitos e interesses individuais homogêneos, a melhor solução é a que preserva, quando da ciência respectiva, os resultados *favoráveis* do processo coletivo independentemente do prazo reservado pelo art. 104 do mesmo Código. Até porque a redação daquele dispositivo não deixa muito claro qual é o *dies a*

quo da fluência do prazo de trinta dias para que seja pleiteada a suspensão do “processo *individual*”. Em que autos deve ser dada a ciência lá referida? Nos autos do “processo *individual*” ou do “processo *coletivo*”?

5. SENTENÇA GENÉRICA

De acordo com o art. 95 do Código do Consumidor, “em caso de procedência do pedido, a condenação será genérica, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados”.

A “condenação *genérica*” referida no dispositivo é consequência do acolhimento de um pedido que, pelas características do direito material que se pretende ver tutelado jurisdicionalmente, só pode ser, ao menos na grande maioria das vezes, também formulado genericamente. Não que, a depender do caso concreto, uma “ação” voltada à tutela jurisdicional de direitos e interesses individuais homogêneos não possa levar ao Estado-juiz um pedido *certo e determinado* nos moldes exigidos pelo art. 286 do Código de Processo Civil (v. n. 7.1 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 2, tomo I). O que ocorre é que o art. 95, a despeito de sua formulação redacional, admite que, em se tratando de pedido *genérico*, seja proferida sentença de igual qualidade, que se limite, conseqüentemente, a impor uma “condenação genérica”.

Por “condenação genérica” deve ser entendido o reconhecimento jurisdicional da lesão ou ameaça a direito e a imposição das conseqüências daí derivadas aos responsáveis sem necessidade de ser fixado, desde logo, o efetivo alcance desta responsabilização. Por outras palavras, a “sentença genérica” limita-se a identificar o *an debeatur* sem pesquisar o *quantum debeatur*. O *quantum*, para os casos que reclamam incidência do dispositivo, será objeto de cognição jurisdicional ulterior, na “liquidação” a que se refere o art. 97 do Código do Consumidor (v. n. 6, *infra*).

Bem ilustra a dinâmica do dispositivo o exemplo de uma determinada associação de consumidor pleitear em juízo o *reconhecimento* de que um dado produto causou danos aos seus associados. A “sentença *genérica*” limitar-se-á a reconhecer que o produto causou danos, resguardando o direito de cada um dos associados, individualmente, comprovar em juízo, a partir daquela decisão, a extensão dos danos que tenha efetiva e concretamente sofrido. Justifica-se a opção legislativa em tais casos porque

nem sempre será possível identificar-se de plano a efetiva ocorrência e a real extensão dos danos experimentados por cada um dos consumidores afetados pelo produto. Na medida em que não só o *an debeat*, mas, também, o *quantum debeat* for passível de quantificação prévia, desde logo com a petição inicial ou, quando menos, ao longo da “etapa de conhecimento” – o que significa, evidentemente, que haja amplo contraditório a seu respeito –, não há razão para afastar a viabilidade de a sentença acolhê-lo integralmente, sendo, portanto, *certa e determinada*.

6. LIQUIDAÇÃO E EXECUÇÃO

Proferida a “sentença *genérica*” a que se refere o art. 95 do Código do Consumidor, segue-se a possibilidade de ela ser *liquidada* e *executada* pela “vítima e seus sucessores”, bem assim “pelos legitimados de que trata o art. 82”. É o que dispõe o art. 97 do Código do Consumidor.

A regra, como destaca o n. 5, *supra*, complementa, verdadeiramente, a do precitado art. 95, viabilizando a plena eficácia e a razão de ser da “sentença *genérica*” lá prevista. Não sendo o caso de se proferir uma tal sentença e não haveria razão nenhuma para uma regra como a aqui comentada. Tanto que, mesmo que se trate de tutela jurisdicional de direitos e interesses *individuais homogêneos*, sendo proferida sentença “*certa e determinada*”, não há razão para a “liquidação” do art. 97 do Código do Consumidor, passando-se, desde logo, à execução, que será promovida, consoante o caso, pelas próprias vítimas ou pelos legitimados coletivos (art. 98 do Código do Consumidor).

Há decisões do Pleno do Supremo Tribunal Federal (o *leading case* é o RE 193.503/SP, rel. p./acórdão Joaquim Barbosa, j.m.v. 12.6.2006, DJe 24.8.2007) e do Superior Tribunal de Justiça (por todas, v.: EREsp 1.082.891/RN, rel. Min. Fernando Gonçalves, j.un. 6.5.2009, DJe 21.5.2009, e EREsp 1.079.671/RS, rel. Min. Fernando Gonçalves, j.un. 3.6.2009, DJe 18.6.2009, ambas proferidas pela Corte Especial) que albergam esse entendimento, destacando que os *sindicatos* podem agir como *substitutos processuais* também na fase de liquidação/execução, executando *coletivamente* o julgado. É correto entender que também os demais entes indicados no art. 82 da Lei n. 8.078/1990 detêm idêntica legitimidade porque a hipótese para eles é de *substituição processual* (v. n. 3, *supra*),

aproximando-os do que, para os sindicatos, é expressamente previsto pelo art. 3º da Lei n. 8.073/1990, repetindo, no plano infraconstitucional, o que se lê, suficientemente, no art. 8º, III, da Constituição Federal.

O entendimento contrário, tendo presente a natureza do art. 95 do Código do Consumidor e as peculiaridades do “direito *individual homogêneo*”, é, contudo, o majoritário. Para esta corrente, a *substituição* processual das *associações* cessa com o proferimento da “sentença *genérica*”, embora admita que a “liquidação/execução” possa ser promovida pelo legitimado *coletivo* na qualidade de *representante* processual, isto é, munido de expressa autorização dos interessados individualmente considerados, nos termos do art. 5º, XXI, da Constituição Federal. Para esta exposição, v., dentre outros: STJ, 1ª Turma, REsp 487.202/RJ, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j.un. 6.5.2004, DJ 24.5.2004, p. 164, e STJ, 3ª Turma, REsp 880.385/SP, rel. Min. Nancy Andrichi, j.un. 2.9.2008, DJe 16.9.2008.

A *forma* de liquidação variará consoante as necessidades de cada caso concreto. Deve ser aplicado, à falta de regras diversas – o parágrafo único do art. 97, que se referia à necessária observância da “liquidação por *artigos*”, foi vetado –, o disposto nos arts. 475-B a 475-H do Código de Processo Civil. Destarte, a liquidação poderá limitar-se à apresentação de “memória de cálculo” (v. n. 7 do Capítulo 5 da Parte I do vol. 3), demandar produção de prova pericial, desenvolvendo-se por “arbitramento” (v. n. 8 do Capítulo 5 da Parte I do vol. 3) ou, o que se tem mostrado mais comum, demandar a produção de *fato novo*, a exigir, destarte, que se observe o procedimento da “liquidação por artigos” (v. n. 9 do Capítulo 5 da Parte I do vol. 3). Bastante eloquentes a respeito do tema são o julgamento que a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça proferiu no já mencionado REsp 880.385/SP e, mais recentemente, o entendimento a que chegou a 4ª Turma no REsp 1.187.632/DF, rel. p./acórdão Min. Antonio Carlos Ferreira, j.m.v. 5.6.2012.

O juízo que proferiu a “sentença *genérica*” não é, necessariamente, competente para a liquidação e para a execução quando promovidas *individualmente*.

O inciso I do § 2º do art. 98 do Código do Consumidor, ao estatuir que “é competente para a execução o juízo da liquidação da sentença ou da ação condenatória, no caso de execução individual” é pouco esclarecedor porque

não há nenhuma regra que defina, com exatidão, qual é o “foro competente para a liquidação”, que era identificado pelo parágrafo único do art. 97 do mesmo Código, que foi vetado.

Assim, para viabilizar a produção dos efeitos desejados pelo legislador em ampla consonância com o “modelo constitucional”, importa entender como competente para a liquidação o juízo do foro do domicílio do “interessado” ou da “vítima”, bem assim de seus eventuais sucessores, sem prejuízo, à luz do sistema processual civil, do juízo do foro do domicílio do réu. Trata-se da interpretação que mais se afina ao “princípio do acesso à justiça” no plano coletivo ou, como às vezes é chamado, o “princípio da facilitação da defesa”, extraído do art. 6º, VIII, do Código do Consumidor, tal qual decidiram a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça no REsp 1.084.036/MG, rel. Min. Nancy Andrighi, j.un. 3.3.2009, DJe 17.3.2009 e, em sede de Recurso Especial Repetitivo, a Corte Especial daquele Tribunal: REsp 1.243.887/PR, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j.m.v. 19.10.2011.

Em se tratando de “execução coletiva”, competente será o juízo perante o qual foi proferida a “sentença genérica”. É o que, fazendo referência à “ação condenatória”, prescreve o inciso II do § 2º do art. 98 do Código do Consumidor.

Eventuais problemas decorrentes da concomitância de execuções *individuais* e *coletivas* são solucionados expressamente pelo art. 99 do Código do Consumidor. De acordo com o dispositivo, “em caso de concurso de créditos decorrentes de condenação prevista na Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, e de indenizações pelos prejuízos individuais resultantes do mesmo evento danoso, estas terão preferência no pagamento”. O parágrafo único do mesmo dispositivo, complementando a regra, dispõe que “para efeito do disposto neste artigo, a destinação da importância recolhida ao Fundo criado pela Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, ficará sustada enquanto pendentes de decisão de segundo grau as ações de indenização pelos danos individuais, salvo na hipótese de o patrimônio do devedor ser manifestamente suficiente para responder pela integralidade das dívidas”.

É correto concluir da interpretação conjunta daquelas regras que, havendo “sentença *genérica*”, a liquidação e a execução *individuais* são preferidas pelo sistema. A liquidação e a execução *coletivas* são deixadas para segundo plano, em caráter verdadeiramente subsidiário. É o que decorre, com

clareza, do disposto no *caput* do art. 100 do Código do Consumidor, segundo o qual “decorrido o prazo de 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” (STJ, 4ª Turma, REsp 869.583/DF, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j.un. 5.6.2012, DJe 5.9.2012). O produto de indenização, isto é, os valores efetivamente devidos de acordo com a “condenação genérica”, a despeito de ser perseguido pelos legitimados coletivos, deve ser recolhido ao Fundo de que trata o art. 13 da Lei n. 7.347/1985 (v. n. 11 do Capítulo 1). Em qualquer caso, eventuais indenizações já pagas a título individual devem ser abatidas do total perseguido a título coletivo.

A execução pode ser *provisória* ou *definitiva*, observando-se, naquelas, as limitações estabelecidas pelo art. 475-O do Código de Processo Civil (v. n. 2 do Capítulo 6 da Parte I do vol. 3), cabendo ao exequente noticiar o grau de estabilidade do título executivo, consoante impõe o § 1º do art. 98 do Código do Consumidor, *verbis*: “§ 1º A execução coletiva far-se-á com base em certidão das sentenças de liquidação, da qual deverá constar a ocorrência ou não do trânsito em julgado”.

É importante destacar que a “execução *individual*” da “sentença *genérica*” consiste em um “novo processo” no qual o *an debeatur* não pode mais ser discutido porque objeto de discussão suficiente no âmbito do “processo *coletivo*”. A *defesa* a ser apresentada pelo réu deve tomar a forma da “impugnação” a que se referem os arts. 475-L e 475-M do Código de Processo Civil (v. Capítulo 1 da Parte V do vol. 3). Pela peculiaridade da hipótese, contudo, merecem interpretação ampla os incisos do art. 475-L, em especial o VI, para permitir que o executado alegue toda a matéria que caracterize a hipótese *individual*, desde que não infirme o quanto decidido no processo coletivo, que formou o “título executivo”, inclusive no que tange à legitimidade passiva (STJ, 4ª Turma, REsp 917.974/MS, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. un. 5.4.2011, DJe 4.5.2011). Assim, cabe ao executado voltar-se não só à *quantificação* do dano – daí a importância do que foi assinalado anteriormente sobre a *liquidação* e as diferentes formas de sua realização a depender das necessidades do caso concreto –, mas também à inexistência de nexo causal, à falta de comprovação dos danos efetivamente sofridos e, bem assim, alegar, comprovando, eventual prescrição ou

decadência do direito do indivíduo. Neste expresso sentido, v.: STJ, 1ª Turma, REsp 1.071.787/RS, rel. Min. Francisco Falcão, j.un. 24.3.2009, DJe 10.8.2009.

A 4ª Turma do STJ (REsp 1.275.215/RS, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j.un. 27.9.2011, DJe 1.2.2012) já teve oportunidade de entender que o prazo prescricional para a “execução individual” é de cinco anos contados do trânsito em julgado de sentença coletiva, orientação que vem sendo observada desde então (assim, v.g.: STJ, 4ª Turma, AgRg no AREsp 94.922/PR, rel. Min. Marco Buzzi, j.un. 20.3.2012, DJe 9.4.2012 e STJ, 3ª Turma, AgRg no AREsp 83.282/PR, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j.un. 5.6.2012, DJe 15.6.2012 e que acabou sendo consagrada pela 2ª Seção no julgamento do Recurso Especial Repetitivo 1.273.643/PR, rel. Min. Sidnei Beneti, j.m.v. 27.2.2013, DJe 4.4.2013). O prazo prescricional para a iniciativa, com o devido respeito, não pode ser generalizado: inexistente regra que se ocupe da espécie, devendo prevalecer, por isso mesmo, o entendimento que deriva da Súmula 150 do STF: o prazo para a execução é o mesmo da “ação de conhecimento”, isto é, o prazo previsto no ordenamento jurídico para obter o reconhecimento do direito. Assim, o prazo prescricional para a execução do quanto decidido em “ação civil pública” deve corresponder ao prazo previsto no ordenamento para obter o reconhecimento do direito e, nesse sentido, variará conforme o caso (v. n. 14 do Capítulo 1).

É irrecusável o entendimento de que o réu deve ser *citado* para a liquidação/execução e não apenas *intimado*. Trata-se, como já destacado, de um “novo *processo*”, a exigir, por isso mesmo, uma nova *citação*. Pela peculiaridade da sentença genérica, outrossim, é correto o entendimento quanto à *inaplicabilidade* do art. 475-J, *caput*, do CPC. Nesse sentido, já decidiu a Corte Especial do STJ em sede de Recurso Especial Repetitivo (REsp 1.247.150/PR, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j.un. 19.10.2011, DJe 12.12.2011). Cabe ressaltar, contudo, a viabilidade de incidência daquele dispositivo – e da cominação nele contida – quando for possível, pelas circunstâncias do caso concreto, que o exequente individual forneça ao executado prévia ciência do valor líquido por ele pretendido. Assim, v.g., quando o cálculo do valor devido limitar-se à hipótese do art. 475-B do CPC.

Em se tratando de execução contra a Fazenda Pública, sua defesa deve ser apresentada com observância do art. 741 do Código de Processo Civil, que reserva, para a hipótese, os “embargos à execução” (v. Capítulo 5 da Parte V do vol. 3), com a mesma ressalva feita pelo parágrafo anterior sobre a maior (e sistemática) amplitude das matérias neles alegáveis.

É por força desta peculiaridade das execuções extraídas dos “processos coletivos” que o Superior Tribunal de Justiça acabou por afastar a incidência do art. 1º-D da Lei n. 9.494/1997, introduzido pela Medida Provisória n. 2.180-35/2001, da hipótese que negava o cabimento de honorários advocatícios em execuções contra a Fazenda Pública não embargadas. O entendimento está consolidado na Súmula 345 daquele Tribunal, que tem o seguinte enunciado: “São devidos honorários advocatícios pela Fazenda Pública nas execuções individuais de sentença proferida em ações coletivas, ainda que não embargadas”.

7. COISA JULGADA

O art. 103 do Código do Consumidor se ocupa com a coisa julgada para “as ações coletivas de que trata este Código”. A disciplina estabelecida nos três incisos do dispositivo leva em conta a classificação de direitos e interesses proposta pelo parágrafo único do art. 81 do mesmo Código (v. n. 2 da Introdução). É correto entender, destarte, que o regime da coisa julgada depende da “espécie” de direito ou interesse envolvido.

Em se tratando de “direito e interesse *difuso*”, a coisa julgada será “*erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova” (art. 103, I, do Código do Consumidor).

Quando se tratar de “direito e interesse *coletivo* em sentido estrito”, a coisa julgará formar-se-á “*ultra partes*, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior” (art. 103, II, do Código do Consumidor).

Por fim, a coisa julgada será “*erga omnes*, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores”, quando se tratar de “direitos e interesses *individuais homogêneos*” (art. 103, III, do Código do Consumidor).

A distinção entre as expressões “*erga omnes*” e “*ultra partes*”, empregadas pelo legislador nos incisos I e III e no inciso II do mesmo art. 103 do Código do Consumidor, justifica-se diante da classificação por ele próprio proposta entre direitos e interesses *difusos, coletivos* (em sentido estrito) e *individuais homogêneos*. Da forma como regulada a coisa julgada *erga omnes*, a qualidade de imutabilidade que caracteriza a decisão meritória abrange, indistintamente, toda a coletividade. Já a coisa julgada *ultra partes* tende a vincular apenas o grupo, classe ou categoria. Nesse contexto, é correto o entendimento de que “coisa julgada *ultra partes*” é expressão menos ampla e menos abrangente que “coisa julgada *erga omnes*” porque, em última análise, diz respeito a um menor número de indivíduos que pode beneficiar-se da decisão que ela torna imutável.

Os §§ 1º a 4º do art. 103 do Código do Consumidor, por sua vez, dão margem à construção de que a coisa julgada no plano do “processo *coletivo*” forma-se *secundum eventum litis e in utilibus*. As duas expressões latinas devem ser compreendidas, no contexto do sistema aqui analisado, no sentido de que a coisa julgada forma-se no caso de *procedência* do pedido, apenas para favorecer os indivíduos e não para prejudicá-los. Se o Ministério Público, por exemplo, busca a tutela jurisdicional de direitos e interesses *difusos* e vê seu pedido ser julgado *improcedente*, qualquer indivíduo que se entender prejudicado por aquele mesmo bem poderá pleitear *individualmente* a tutela jurisdicional que entender merecedor a despeito do trânsito em julgado daquela decisão. Mas não só: se o fundamento da decisão de improcedência for a *falta* de provas, o Ministério Público ou outro legitimado *coletivo* pode dar ensejo a um *novo* processo em que, munido de novas provas, pretenda a tutela jurisdicional sobre o *mesmo* bem. É a mesma solução dada pelo art. 18 da Lei n. 4.717/1965 para a “ação popular” e pelo art. 16 da Lei n. 7.347/1985 para a “ação civil pública”.

Merece ressalva, contudo, a situação dos direitos e interesses *individuais homogêneos*. Para eles, consoante prescreve o § 2º do art. 103, o indivíduo que tiver intervindo na qualidade de “assistente *litisconsorcial*” no “processo *coletivo*” (v. n. 4, *supra*) estará vinculado ao que for decidido naquela sede mesmo que *prejudicial* a seus interesses. Justifica-se a medida porque, pela própria característica do direito material envolvido, foi-lhe franqueada a possibilidade de atuação *pessoal* no processo, razão suficiente

para afastar dele a possibilidade de buscar, em nome próprio, nova tutela jurisdicional. Seria o mesmo que desconsiderar para ele a ocorrência da coisa julgada (material) que se formou em processo que, em última análise, contou com sua participação ao lado do substituto processual, isto é, o legitimado coletivo. É a conclusão que, ademais, decorre do próprio sistema processual civil individual em que, pelas razões apresentadas pelo n. 5 do Capítulo 3 da Parte VII do vol. 2, tomo I, a coisa julgada vincula o assistente *litisconsorcial*.

8. LITISPENDÊNCIA

O art. 104 do Código do Consumidor afasta a ocorrência de *litispendência* entre as “ações coletivas” e as “ações individuais”. Rigorosamente, a regra é desnecessária porque as partes de um e de outro processo, por serem *diversas*, afastam, por si sós, o disposto no art. 301, §§ 1º a 3º, do Código de Processo Civil (v. n. 3.3.2 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 1). Correta, nesse sentido, é a Súmula 106 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, cujo enunciado é o seguinte: “Não configura litispendência a propositura de ação individual com objeto similar ao invocado em ação coletiva”.

O precitado art. 104, contudo, não se limita à enunciação daquela regra. O dispositivo também estatui que a coisa julgada coletiva não beneficiará os autores das “ações individuais se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva”.

Trata-se do que o n. 4, *supra*, salientou como uma das consequências derivadas da publicação dos editais ou, mais genericamente, das providências impostas pelo art. 94 do Código do Consumidor para dar publicidade *adequada* a qualquer iniciativa que pretenda buscar a tutela jurisdicional de direitos e interesses individuais homogêneos.

Embora as conclusões dos parágrafos anteriores representem o consenso doutrinário e jurisprudencial que existe sobre tema, importa destacar que a redação do art. 104 contém um erro de remissão. É correto entender que a remissão que faz ao art. 103 do Código do Consumidor é a seus três incisos (I, II e III) e não, como se lê no dispositivo, apenas aos seus incisos II e III.

Confirma o entendimento o disposto no § 2º do art. 103, consoante expõe o n. 7, *supra*.

O prazo para que a suspensão do “processo *individual*” seja requerida flui, de acordo com o precitado art. 104, da “ciência *nos autos* do ajuizamento da ação coletiva”. A melhor interpretação para a exigência legal é entender a fluência do trintídio a partir do instante em que o indivíduo, de maneira inequívoca, tenha ciência de que existe, para tutelar o mesmo bem da vida, uma “ação coletiva”.

A *forma* dessa ciência, bem como o *local* em que ela se dá (nos autos do “processo coletivo” ou do “processo individual”), é indiferente. O que importa é que ela seja *comprovada* para o juízo que terá que decidir sobre a extensão, ou não, de eventuais efeitos benéficos, e que ela seja *incontestável*, até para viabilizar que o indivíduo possa *optar* entre prosseguir na sua própria iniciativa ou aderir ao esforço coletivo.

A 2ª Seção do STJ, no julgamento do REsp 1.110.549/RS, rel. Min. Sidnei Beneti, j.m.v. 28.10.2009, DJe 14.12.2009, entendeu, em sede de Recurso Especial Repetitivo, que a suspensão do processo individual é *obrigatória* e não facultativa, diferentemente do que sugere a letra da regra em análise, única forma de “(...) garantir a efetividade da atividade jurisdicional em relação a macrolides, evitando-se a multiplicidade de processos individuais, efetuando-se a interpretação teleológica do art. 81 do CDC, no sentido de assegurar o direito de ajuizamento da pretensão individual, mas suspendendo-se o prosseguimento desses processos individuais para se aguardar o julgamento da ação coletiva”. Com o devido respeito, não há como concordar com aquele entendimento, dada a disponibilidade do direito individualmente considerado e toda a sistemática criada pelos dispositivos legais aqui examinados quanto à suspensão do “processo individual” para aguardar o desfecho do “processo coletivo”.

9. CUSTAS E DESPESAS PROCESSUAIS

O art. 87 do Código do Consumidor, segundo o qual “nas ações coletivas de que trata este Código não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogados, custas e despesas processuais. Parágrafo único. Em caso de litigância de

má-fé, a associação autora e os diretores responsáveis pela propositura da ação serão solidariamente condenados em honorários advocatícios e ao décuplo das custas, sem prejuízo da responsabilidade por perdas e danos”, merece as mesmas considerações que, aos arts. 17 e 18 da Lei n. 7.347/1985, fez o n. 13 do Capítulo 1.

Trata-se, também aqui, de técnica empregada pelo legislador para *incentivar* o acesso *coletivo* à Justiça.

CAPÍTULO 3

Mandado de segurança coletivo

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

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

Esse dispositivo deve ser entendido no contexto fortalecido pela Constituição Federal de 1988 de asseguração expresso e amplo do exercício *coletivo* dos direitos e garantias “clássicos”, isto é, de “primeira e segunda gerações” (v. n. 2 do Capítulo 2 da Parte II do vol. 1), bem assim dos novos direitos e garantias que, gradativamente, foram sendo reconhecidos e incorporados ao patrimônio jurídico dos indivíduos, tais como os direitos sociais, e, mais amplamente, os chamados “direitos de *terceira e quarta* gerações” (v. n. 2.4 do Capítulo 2 da Parte I do vol. 1).

A Constituição Federal de 1988 é repleta de hipóteses em que assegura expressamente a tutela coletiva, administrativa ou judicial, de direitos. Apenas para ilustrar nessa sede a afirmação, vale destacar as hipóteses do art. 5º, XXI, quando trata das entidades associativas; do art. 8º, III, quando se refere aos sindicatos; do art. 103, quando amplia sobremaneira o rol dos legitimados para a propositura da “ação direta de inconstitucionalidade” e da “ação declaratória de constitucionalidade” perante o Supremo Tribunal Federal; e do art. 129, III, quando reserva, como função institucional do Ministério Público, “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” (v. n. 5.1 do Capítulo 1).

Nessas condições, não poderia ser diferente com o mandado de segurança. O chamado “mandado de segurança *coletivo*”, destarte, deve ser

entendido como a garantia, constitucionalmente estabelecida, de exercício *coletivo* do mandado de segurança tal qual estabelecido pelo inciso LXIX do art. 5º da Constituição Federal (v. n. 1 do Capítulo 1 da Parte I). Não se trata, assim, de “... outra figura ao lado do MS tradicional, mas apenas hipótese de legitimação para a causa”. Tanto que “os requisitos de direito material do MSC continuam a ser os da CF 5º LXIX: proteção contra ameaça ou lesão a direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, por ato ilegal ou abusivo de autoridade” (Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery, *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*, p. 196, nota 114).

A ressalva feita pelos ilustres Professores da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo é tanto mais pertinente porque somente com o advento da Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009, é que o mandado de segurança coletivo ganhou disciplina infraconstitucional. Antes dela, apenas o art. 2º da Lei n. 8.437/1992 fazia referência a ele e, mesmo assim, limitadamente à apreciação do pedido de “medida liminar” (v. n. 7, *infra*).

A falta de disciplina infraconstitucional até então, contudo, não inibiu o largo uso do instituto, forte no que dispõe o § 1º do art. 5º da Constituição Federal e, na medida do necessário, pela adoção das soluções dadas pela evolução da legislação sobre o “direito processual coletivo”, máxime diante do entendimento vitorioso sobre o alcance e a aplicabilidade do art. 21 da Lei n. 7.347/1985, a “Lei da Ação Civil Pública”, expresso quanto a serem aplicáveis “... à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da Lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor”.

É essa a razão pela qual o presente Capítulo limita-se a estudar as *peculiaridades* do “mandado de segurança *coletivo*” quando confrontado com o “mandado de segurança (*individual*)”. É o que se tem com a legitimidade para agir, até mesmo por força da sua previsão constitucional (v. ns. 2 e 3, *infra*) e com a coisa julgada (v. n. 8, *infra*). Não é surpresa, portanto, constatar que os arts. 21 e 22 da Lei n. 12.016/2009 limitaram-se a disciplinar estes aspectos, além de, consolidando a regra do já mencionado art. 2º da Lei n. 8.437/1992, trazer peculiaridade procedimental acerca da

concessão da “medida liminar” em sede de mandado de segurança coletivo (v. n. 7, *infra*).

2. A LEGITIMIDADE DOS PARTIDOS POLÍTICOS (ART. 5º, LXX, “A”, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL)

De acordo com sua predestinação institucional (art. 17 da Constituição Federal e art. 1º da Lei n. 9.069/1995), os partidos políticos podem impetrar mandado de segurança coletivo para a tutela de qualquer direito relativo à ordem democrática nacional. É o que, de forma bastante clara, lê-se de sua lei de regência, segundo a qual 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”. A única exigência que deve ser observada para tanto é a da alínea *a* do inciso LXX do art. 5º da Constituição Federal, qual seja, a representação do partido no Congresso Nacional.

É restritivo e destoante da verdadeira função institucional dos partidos políticos no cenário nacional o entendimento que só autoriza a impetração para a tutela de seus filiados. Isso significaria tratar os partidos políticos como meras entidades associativas, reduzindo sua função institucional no ordenamento jurídico brasileiro, o que deve ser rejeitado até mesmo em função do que dispõe a alínea *b* do inciso LXX do art. 5º da Constituição Federal (v. n. 3, *infra*).

Assim, importa entender que o partido político tem legitimidade para o “mandado de segurança coletivo” tanto que o direito ou o interesse que pretende tutelar jurisdicionalmente coincida com suas finalidades programáticas, amplamente consideradas, *independentemente* de a impetração buscar a tutela jurisdicional de seus próprios membros. É esta e nenhuma outra, sob pena de violação do “modelo constitucional”, a compreensão da “pertinência temática” do mandado de segurança coletivo impetrado pelos partidos políticos.

É importante ter este quadro constitucional presente ao interpretar a primeira parte do *caput* do art. 21 da Lei n. 12.016/2009. Isto porque ele confere legitimidade aos partidos políticos na medida em que busquem a

“defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária”.

A redação, com o devido respeito, não é tão clara quanto deveria. A expressão “interesses legítimos” não porta maior referencial com o sistema jurídico nacional. Ela se relaciona com outras realidades normativas, máxime no direito europeu, em que a dicotomia “direito” e “interesse (legítimo)” importa para discernir o que deve ser julgado pela jurisdição propriamente dita e pela jurisdição administrativa ou contencioso administrativo.

De qualquer sorte, o que parece pretender a regra é que a legitimidade dos partidos políticos depende da circunstância de que, em cada caso, o *objeto* da impetração coincida com os objetivos institucionais do partido político, especificamente os relativos à sua finalidade partidária, ou, quando menos, *interesses* dos seus integrantes. Os “interesses legítimos”, assim, só podem ser entendidos como os direitos (ou melhor: as *afirmações* de direito) que se pretende tutelar jurisdicionalmente mediante o mandado de segurança coletivo.

A melhor interpretação para a regra examinada é a de que ela não inova na ordem jurídica nacional. Assim, importa interpretar de forma ampla a primeira parte do art. 21, *caput*, da Lei n. 12.016/2009: o partido político tem legitimidade para a impetração do mandado de segurança coletivo tanto que o direito (interesse) a ser tutelado coincida com suas finalidades programáticas, amplamente consideradas, *independentemente* de a impetração buscar a tutela jurisdicional de seus próprios membros. Só pode ser esta e nenhuma outra, sob pena de violação do “modelo constitucional do mandado de segurança”, a compreensão da “pertinência temática” do mandado de segurança coletivo impetrado pelos partidos políticos.

Dado o paralelismo que deve existir no plano das demais entidades federadas, típico da federação brasileira, é correto entender legítimos os partidos políticos que, a despeito de não terem representatividade no Congresso Nacional, estão representados nas assembleias legislativas dos Estados e nas Câmaras de vereadores para “mandados de segurança coletivos” que digam respeito a direitos e interesses que se limitem àquelas esferas federadas. A solução parece ser a mais acertada tendo em conta

também a necessidade da “representatividade adequada” ínsita ao “direito processual coletivo” (v. n. 1 da Introdução).

Se, durante o processo, o partido político perder a representação congressual, sua ilegitimidade ativa deve ser reconhecida pelo magistrado, que extinguirá o processo com fundamento no art. 267, VI, do Código de Processo Civil.

3. A LEGITIMIDADE DAS ORGANIZAÇÕES SINDICAIS, ENTIDADES DE CLASSE E ASSOCIAÇÕES (ART. 5º, LXX, “B”, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL)

A organização sindical, a entidade de classe ou a associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano podem impetrar o mandado de segurança coletivo “em defesa dos interesses de seus membros ou associados”. É o que se lê do art. 5º, LXX, *b*, da Constituição Federal.

Sua atuação mais restritiva, se comparada com a dos partidos políticos, justifica-se por sua própria predestinação institucional.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, desde o julgamento do RE 181.438/SP, rel. Min. Carlos Velloso, j.un. 28.6.1996, DJ 4.10.1996, p. 37111, e do RE 193.382/SP, rel. Min. Carlos Velloso, j.un. 28.6.1996, DJ 20.9.1996, p. 34547, teve oportunidade de definir como deve ser entendida a expressão “em defesa dos interesses de seus membros ou associados”, empregada pelo precitado dispositivo constitucional. Definiu-se, na oportunidade, que “o que deve ser salientado é que o objeto do mandado de segurança coletivo poderá ser um direito dos associados, independentemente de guardar vínculo com os fins próprios da entidade. O que se exige é que esse direito esteja compreendido na titularidade dos associados e que exista ela em razão das atividades exercidas pelos associados, não se exigindo, todavia, que esse direito ou interesse seja particular, próprio da classe, ou exclusivo da classe ou categoria representada pela entidade sindical ou de classe”.

Essa diretriz consta, hoje, expressamente, da Súmula 630 do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual “a entidade de classe tem legitimação para o mandado de segurança ainda quando a pretensão veiculada interesse

apenas a uma parte da respectiva categoria”. Esse enunciado, lendo-o a partir de seus precedentes, significa ser suficiente, para fins de reconhecimento da legitimidade ativa para o “mandado de segurança coletivo”, que seu *objeto* diga respeito a *parte* da classe ou categoria respectivas. Não há necessidade, destarte, de que a impetração busque a tutela jurisdicional da *totalidade* da classe ou categoria, sendo bastante que a ilegalidade ou o abuso de poder diga respeito a *parte* dela.

O que é mister para o *cabimento* do mandado de segurança coletivo, no que diz respeito à análise da legitimidade ativa, é que seja possível verificar a “pertinência temática” entre o objetivo da impetração e o vínculo associativo. É dessa “pertinência”, “coerência” ou “afinidade” que nasce a possibilidade da impetração do mandado de segurança na forma coletiva, porque a hipótese é de *substituição processual*.

O que se busca identificar nesta pesquisa de afinidade entre o objeto da impetração e as finalidades institucionais do impetrante é, em última análise, a garantia de que aquele que impetra o “mandado de segurança coletivo” atuará adequadamente em prol da proteção interesses e os direitos daqueles que *não agem em juízo*. É o que a doutrina do chamado “direito processual coletivo” denomina, de forma bastante significativa, “representação adequada”, expressão que bem ilustra a necessidade da garantia, em cada caso concreto, inclusive no âmbito coletivo, dos princípios constitucionais do direito processual civil, dentre eles o do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

A “pertinência temática”, destarte, deve ser compreendida no sentido de que o objeto do processo relacione-se com as finalidades institucionais do impetrante, razão primeira de ser do elo associativo. Não se trata, contudo, de entender a exigência restritivamente. Para seu preenchimento, o “mandado de segurança coletivo” não precisa limitar-se a buscar tutela jurisdicional de um direito “exclusivo” da categoria substituída processualmente; é suficiente que o direito cuja tutela jurisdicional se pretende relacione-se com as finalidades institucionais do impetrante.

É indiferente, ademais, o “número” de pessoas que serão, concretamente, beneficiadas com a impetração. Embora a precitada Súmula (e seus precedentes) não faça maiores considerações a respeito, é correto o entendimento de que, respeitada a “pertinência temática” entre o elo

associativo e os fins (*objeto*) da impetração, é indiferente que exista ou possa haver alguma controvérsia entre associados ou filiados, isto é, entre os *substituídos* do ente legitimado a agir.

A impetração do “mandado de segurança coletivo” pelas entidades relacionadas na alínea *b* do inciso LXX do art. 5º da Constituição Federal – e também para os partidos políticos – não depende da “autorização expressa”, que é exigida, apenas, para os casos subsumíveis ao inciso XXI do mesmo art. 5º. Nesse sentido é a Súmula 629 do Supremo Tribunal Federal: “A impetração do mandado de segurança coletivo por entidade de classe em favor dos associados independe da autorização destes”. O entendimento é observado também pelo Superior Tribunal de Justiça, como faz prova o seguinte acórdão: 1ª Turma, RMS 20.762/RJ, rel. Min. Luiz Fux, j.un. 5.8.2008, DJe 11.9.2008.

Com ainda mais razão não se aplica ao “mandado de segurança coletivo” a exigência contida no parágrafo único do art. 2º-A da Lei n. 9.494/97, introduzido pela Medida Provisória n. 2.180-35/2001, congelada com *status* de lei pelo art. 2º da Emenda Constitucional n. 32/2001, e que tem a seguinte redação: “Nas ações coletivas propostas contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas autarquias e fundações, a petição inicial deverá obrigatoriamente estar instruída com a ata da assembleia da entidade associativa que a autorizou, acompanhada da relação nominal dos seus associados e indicação dos respectivos endereços”. Há precedente do Plenário do Supremo Tribunal Federal nesse mesmo sentido (RMS 23.769/BA, rel. Min. Ellen Gracie, j.un. 3.4.2002, DJ 30.4.2004, p. 33), orientação observada também pelo Superior Tribunal de Justiça (6ª Turma, AgRg no REsp 413.736/PB, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j.un. 16.9.2008, DJe 6.10.2008; 1ª Turma, RMS 20.762/RJ, rel. Min. Luiz Fux, j.un. 5.8.2008, DJe 11.9.2008; 5ª Turma, AgRg no Ag 507.622/MS, rel. Min. Laurita Vaz, j.un. 28.9.2004, DJ 25.10.2004, p. 375; 1ª Turma, REsp 489.179/BA, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j.un. 29.6.2004, DJ 23.8.2004, p. 122, e CE, MS 6.318/DF, rel. Min. Fernando Gonçalves, j.un. 13.11.2002, DJ 2.12.2002, p. 218).

A segunda parte do *caput* do art. 21 da Lei n. 12.016/2009, ao prever a legitimidade ativa das organizações sindicais, entidades de classe e associações, afina-se bastante bem a estas diretrizes, de estatura

constitucional. A hipótese não reclama, por essa razão, o cuidado interpretativo sugerido pelo n. 2, *supra*. É lê-lo: “Art. 21. O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado (...) por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, 1 (um) ano, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensado, para tanto, autorização especial”.

4. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DA DEFENSORIA PÚBLICA

Apesar do silêncio do inciso LXX do art. 5º da Constituição Federal e da Lei n. 12.016/2009, não há como recusar a legitimidade ativa do Ministério Público para a impetração do “mandado de segurança coletivo”. Ela decorre imediatamente das finalidades institucionais daquele órgão tais quais definidas pelos arts. 127 e 129, III, da Constituição e, infraconstitucionalmente, pelo art. 6º, VI, da Lei Complementar n. 75/1993, para o Ministério Público da União, e pelo art. 32, I, da Lei n. 8.625/1993, para o Ministério Público dos Estados. É o entendimento defendido, dentre outros, por Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, *Constituição Federal comentada*, p. 196; Marcelo Navarro Ribeiro Dantas, *Mandado de segurança coletivo*, p. 105-106, e Lucília Isabel Candini Bastos, *Mandado de segurança coletivo: legitimidade ativa e objeto*, p. 204.

Na jurisprudência, embora sem fazer expressa menção ao art. 5º, LXX, da Constituição Federal, vale o destaque dos seguintes acórdãos da 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, que admitem a impetração do mandado de segurança coletivo pelo Ministério Público como forma de tutelar jurisdicionalmente direitos e interesses metaindividuais, dando-se máxima aplicação às suas funções *institucionais* definidas nos arts. 127, *caput*, e 129 da Constituição Federal e corretamente indicadas nos precitados dispositivos legais: REsp 869.843/RS, rel. Min. Luiz Fux, j.un. 18.9.2007, DJ 15.10.2007, p. 243; REsp 781.974/SC, rel. Min. Luiz Fux, j.un. 13.2.2007, DJ 9.4.2007, p. 229, e REsp 736.524/SP, rel. Min. Luiz Fux, j.un. 21.3.2006, DJ 3.4.2006, p. 256.

Com relação à legitimidade ativa da Defensoria Pública para impetrar mandado de segurança coletivo, cabe lembrar das mesmas considerações apresentadas pelo n. 5.2 do Capítulo 1, destacando não só o inciso VII do art. 4º da Lei Complementar n. 80/1994, na redação da Lei Complementar n. 132/2009, mas também dos incisos VIII e IX do mesmo dispositivo legal, que evidenciam que as funções daquela Instituição também devem ser desempenhadas no âmbito do “direito processual coletivo”.

5. LEGITIMIDADE DO INDIVÍDUO

Sobre a ilegitimidade do indivíduo para a tutela jurisdicional de interesse ou direito *coletivo*, cabe destacar interessante julgamento da 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça (AgRg no MS 13.248/DF, rel. Min. Castro Meira, j.un. 28.5.2008, DJe 16.6.2008) que negou a cacique de uma tribo indígena legitimidade para tanto, restringindo-a aos casos expressos no art. 5º, LXX, da Constituição Federal. Foi ressalvada, na oportunidade, o cabimento da “ação popular” para a mesma finalidade diante do que dispõem as Súmulas 101 e 266 do Supremo Tribunal Federal, sendo certo que o mandado de segurança foi rejeitado também à míngua de “direito líquido e certo” (v. n. 2.2 do Capítulo 1 da Parte I).

É certo que o art. 5º, LXX, da Constituição Federal não prevê a hipótese em nenhuma de suas alíneas, mas não há razão para *restringir* a legitimidade para o “mandado de segurança coletivo” apenas àqueles casos. O que a Constituição Federal assegura, é certo, não pode ser amesquinhado pela lei. Mas o acesso *coletivo* à Justiça não pode conduzir a entendimento que acabe por negar a *outros* “representantes adequados” aquela mesma possibilidade. Assim, mesmo que não se queira concordar com o entendimento proposto pelo n. 4 do Capítulo 1 da Parte I para o § 3º do art. 1º da Lei n. 12.016/2009, é forçoso concluir que, diante de eventuais previsões normativas, a legitimidade do *indivíduo* para as “ações coletivas” ou, como interessa para cá, para o “mandado de segurança coletivo” é irrecusável porque, além de não atritar com o disposto no inciso LXX do art. 5º da Constituição Federal, afina-se à abertura do sistema de direito processual coletivo desejado desde o “modelo constitucional”.

6. OS “DIREITOS” TUTELÁVEIS PELO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO

Do ponto de vista do “modelo constitucional”, é incorreto o entendimento que pretende restringir o “mandado de segurança *coletivo*” para a tutela jurisdicional de direitos e interesses *coletivos em sentido estrito* (v. n. 2 da Introdução). Também os chamados “direitos e interesses *difusos*” e os “direitos e interesses *individuais homogêneos*” podem ser tutelados jurisdicionalmente pelo “mandado de segurança coletivo”, a depender do caso concreto, sempre levando em conta a legitimidade ativa de seu impetrante, observando-se, para tanto, as considerações que fazem os ns. 2 e 3, *supra*.

Entendimento diverso seria trair a finalidade *institucional* dos partidos políticos, que não se pode limitar à defesa dos direitos e interesses de *seus* integrantes. A atuação do partido político em juízo – ou fora dele – não se limita à tutela dos seus filiados; não foi nessa condição e para esse fim que a Constituição Federal destacou a legitimidade dos partidos políticos das demais entidades e associações nas duas alíneas do art. 5º, LXX, da Constituição Federal. Embora movido pelas suas diretrizes institucionais – que, desde o plano material, justificam o elo associativo que, por força de sua lei orgânica, dá ensejo à existência jurídica dos partidos políticos –, os beneficiados pela sua atuação são, necessariamente, indeterminados. Pouco importa que haja, ou não, alguma relação jurídica-base que una os eventuais beneficiários da medida. Uma tal constatação, para o direito positivo brasileiro, deve ser entendida como “direito *difuso*” e não como *coletivo* ou *individual homogêneo*, como quer a classificação tricotômica do parágrafo único do art. 81 do Código do Consumidor (v. n. 2 da Introdução).

O mesmo se dá com relação aos entes legitimados pela alínea *b* do inciso LXX do art. 5º da Constituição Federal. Pode acontecer, com efeito, que aquilo que poderia, ao menos *aprioristicamente*, ser rotulado de “direito *difuso*” – um ato administrativo que viole, por hipótese, a moralidade administrativa (art. 37, *caput*, da Constituição Federal) – possa dizer respeito à razão de ser de uma entidade de classe ou de uma organização não governamental. Pode acontecer, outrossim, que aquele mesmo ato diga respeito, quando menos, *a uma* das finalidades institucionais dos entes

legitimados à impetração coletiva. É irrecusável o reconhecimento de que cada um destes entes têm legitimidade, extraída desde a Constituição Federal, para questionar o referido ato por mandado de segurança coletivo, em cada uma das hipóteses aventadas, independentemente da *classificação* que se queira dar ao suposto ato (direito).

Definido o alcance do art. 5º, LXX, *b*, da Constituição Federal dessa forma, é possível admitir, embora os precedentes da Súmula 630 do Supremo Tribunal Federal (v. n. 3, *supra*) não cuidem da hipótese, a impetração do mandado de segurança coletivo pelas entidades lá indicadas para a tutela jurisdicional de direitos e interesses que não sejam coletivos em sentido estrito, isto é, próprios e típicos dos filiados ou associados do impetrante. Também será possível a impetração coletiva para a tutela jurisdicional de bens específicos dos integrantes das entidades legitimadas (“direitos ou interesses *individuais homogêneos*”) ou mais amplos que os agremiados (“direitos ou interesses *difusos*”), mas que, de uma forma ou de outra, relacionem-se com a razão de ser do próprio impetrante, vale enfatizar, com a razão de ser do vínculo associativo.

Eventual crítica às conclusões expostas pelo parágrafo anterior, de que o direito ventilado não seria *difuso* mas *individual homogêneo* – afinal todo e qualquer ato coator tem, por definição, uma “origem comum” – conduz ao que é exposto pelo n. 2 da Introdução: a escolha do legislador brasileiro por categorizar em tipos *estranques* os “direitos” (ou “interesses”) passíveis de tutela jurisdicional coletiva não surte os efeitos desejados; ela é falha porque irreal. Os “direitos” são ou não, no plano material; eles não se organizam, naquela sede, como “difusos”, “coletivos” ou “individuais homogêneos”; eles são, apenas, “direitos”, merecendo ser relativizada a forma como eles sejam (ou possam ser) apresentados no plano processual.

Correto, nesse sentido, o entendimento da doutrina que sempre defendeu a pertinência do mandado de segurança coletivo também para a tutela jurisdicional dos “direitos *difusos*”. Nesse sentido: Marcelo Navarro Ribeiro Dantas, *Mandado de segurança coletivo*, p. 102-108; Hermes Zaneti Júnior, *Mandado de segurança coletivo: aspectos processuais controvertidos*, p. 76-79; Carlos Alberto Pimentel Uggere, *Mandado de segurança coletivo*, p. 75-87; Marta Casadei Momezzo, *Mandado de segurança coletivo: aspectos polêmicos*, p. 45-48; Antonio Carlos Garcia

Martins, *Mandado de segurança coletivo*, p. 63-71. Em sentido oposto, Uadi Lamêgo Bulos, *Mandado de segurança coletivo*, p. 64-66.

Não obstante essas considerações, não há como perder de vista que o parágrafo único do art. 21 da Lei n. 12.016/2009 limitou-se a prever o cabimento do mandado de segurança coletivo para a tutela de direitos *coletivos e individuais homogêneos*, nada dispondo acerca de sua pertinência para perseguir a tutela jurisdicional de direitos *difusos*. É ler o dispositivo: “Parágrafo único. Os direitos protegidos pelo mandado de segurança coletivo podem ser: I – coletivos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica; II – individuais homogêneos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante”.

Uma vez mais, entre a *abertura* do acesso *coletivo* à Justiça determinado pela Constituição Federal e o *texto* da Lei, este *Curso* opta – e nem poderia ser diferente – pelo prevalectimento do “modelo constitucional”. Assim, sem necessidade de ir além do que expõe o n. 2 da Introdução com relação à análise crítica do *modelo* que vem sendo adotado, desde o Código do Consumidor, para a tutela jurisdicional coletiva dos direitos, cabe concluir no sentido de que, apesar do que se lê do parágrafo único do art. 21 da Lei n. 12.016/2009, é irrecusável que o mandado de segurança coletivo também pode, consoante o caso, buscar a tutela jurisdicional do que o nosso sistema convencionou rotular de “direitos” (ou “interesses”) *difusos*. A solução do problema está, vale a pena insistir, nas vantagens da tutela jurisdicional coletiva sobre a individual e na verificação de quem, de acordo com o sistema brasileiro, é representante adequado para conduzi-los e atuá-los no plano processual.

Importa destacar: “direitos *difusos*” – assim como os “coletivos” e os “individuais homogêneos” – não podem ser compreendidos como “classes” ou “tipos” de direitos estanques, não interpenetráveis ou relacionáveis entre si. São – é esta a única forma de entender, para aplicar escorreitamente a classificação feita pela lei brasileira – apenas modelos apriorísticos, preconcebidos, que justificam, na visão abstrata do legislador, a

necessidade da tutela jurisdicional coletiva. Assim, um “direito *difuso*” também é passível de ser tutelado jurisdicionalmente pelo mandado de segurança coletivo na exata medida em que algum dos legitimados para a impetração comprove sua aptidão de representar adequadamente em juízo todos aqueles que, em alguma medida, podem vir a ser afetados pelo ato que se quer questionar perante o Estado-juiz.

7. “MEDIDA LIMINAR”

O § 2º do art. 22 da Lei n. 12.016/2009 repete a única norma jurídica que, até o advento daquele diploma legal, ocupava-se com o “mandado de segurança coletivo”, o art. 2º da Lei n. 8.437/1992.

É a seguinte a redação do dispositivo: “§ 2º. No mandado de segurança coletivo, a liminar só poderá ser concedida após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá pronunciar-se no prazo de 72 (setenta e duas) horas”.

Restringir, apriorística e generalizadamente, as técnicas disponibilizadas pelo legislador para a tutela jurisdicional de “ameaças ou lesões” a direito é medida que agride, expressamente, o inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal (v. n. 9.2 do Capítulo 1 da Parte I). A única forma de evitar que o dispositivo em exame caia naquele vício é entendê-lo como uma saudável diretriz que assegura, em cada caso concreto, o estabelecimento dos princípios do “contraditório” e da “ampla defesa”, que também integram o “modelo constitucional do direito processual civil” (v. ns. 5 e 6 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1).

A regra, com efeito, é que todos os interessados – e isto inclui, nem poderia ser diferente, o Poder Público – sejam ouvidos em juízo *previamente*. Neste sentido, nada mais coerente que, considerando a amplitude *subjéctiva* que o “mandado de segurança coletivo” tem aptidão de atingir, o legislador tenha optado em estabelecer o prévio contraditório prescrito no dispositivo em exame. O que não pode ocorrer, contudo, sob pena de agressão ao “modelo constitucional de direito processual civil”, é que a exigência legal tenha condições, em cada caso concreto, de inviabilizar a proteção *in natura* para a qual o mandado de segurança, inclusive na sua forma coletiva, é predestinado desde a Constituição Federal (v. n. 2 do Capítulo 1 da Parte I).

Tanto assim que é entendimento amplamente majoritário em sede de doutrina o de que o representante do Poder Público só deverá ser intimado a se pronunciar sobre o pedido de “medida liminar” se essa providência não comprometer a salvaguarda do direito do impetrante, isto é, naqueles casos em que, rigorosamente, o *periculum in mora* (o perigo de ineficácia da medida) não se apresentar de modo tão intenso. Em sendo, contudo, o estabelecimento desse contraditório prévio, deve ser necessária e sistematicamente *postergado*, dando-se lugar à grandeza constitucional do instituto e à *efetividade* do processo.

Ressalvado o § 2º do art. 2º da Lei n. 12.016/2009, todas as demais questões sobre a “medida liminar” no “mandado de segurança coletivo” não trazem nenhuma peculiaridade. Assim, a existência dos pressupostos que conduzem o magistrado à sua concessão; a sua plena recorribilidade; os usos (e abusos) do “pedido de suspensão”; a sua duração e as suas relações com a sentença e com a fase recursal são todos temas que são estudados, suficientemente, pelo Capítulo 1 da Parte I.

8. COISA JULGADA

A coisa julgada no “mandado de segurança coletivo” traz peculiaridade digna de destaque. O ser *coletivo* do “mandado de segurança” afeta o que o n. 14 do Capítulo 1 da Parte I expõe acerca da coisa julgada para o “mandado de segurança *individual*”, em especial sobre o art. 19 da Lei n. 12.016/2009.

Até o advento da Lei n. 12.016/2009, prevalecia o entendimento de que a coisa julgada do “mandado de segurança coletivo” encontrava sua disciplina no art. 103 do Código do Consumidor. Era conclusão inarredável à luz do art. 21 da Lei n. 7.347/1985, expresso quanto a serem aplicáveis “... à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da Lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor”.

O art. 22, *caput*, da precitada Lei, como lei específica, passou a regular a hipótese. O dispositivo cuida dos limites *subjetivos* da coisa julgada (material) do mandado de segurança coletivo, isto é, disciplina quem fica sujeito à imutabilidade da decisão de *mérito* que vier a ser proferida

naquela sede, uma vez julgados e findos os recursos porventura cabíveis e interpostos.

A regra, ao estatuir que, “no mandado de segurança coletivo, a sentença fará coisa julgada limitadamente aos membros do grupo ou categoria substituídos pelo impetrante”, é coerente com os dois incisos do parágrafo único do art. 21 (v. n. 6, *supra*). Na exata medida em que, pela *letra* da lei, os únicos “direitos” passíveis de tutela jurisdicional pelo mandado de segurança coletivo são os *coletivos* e os *individuais homogêneos*, é compreensível que a coisa julgada, uma vez formada, restrinja-se aos “membros do grupo ou categoria substituídos pelo impetrante”. Por definição, os direitos daquela tipologia pertencem a pessoas determinadas ou determináveis.

Pelas razões expostas pelo n. 6, *supra*, contudo, é caso de entender o mandado de segurança coletivo como medida jurisdicional apta à tutela dos chamados direitos *difusos*, a despeito do silêncio da nova lei. Assim, admitida a impetração para tais fins – que tem tudo para ser a corriqueira em se tratando de impetração de iniciativa dos partidos políticos –, é forçoso concluir que a coisa julgada dirá respeito a todos aqueles que estavam sujeitos ao ato questionado independentemente de se entender, como quer a lei, tratar-se de direitos *coletivos* ou *individuais homogêneos*. A interpretação do dispositivo aqui examinado, em última análise, deve guardar estreita relação com a compreensão de quem é, em que condições e para que *legitimado* para a impetração coletiva. Não, como é possível extrair dele, o contrário. A formação da coisa julgada aos substituídos processuais é *consequência* da legitimidade adequada do impetrante; não sua *causa*.

O que é julgado em qualquer caso – e com relação ao mandado de segurança coletivo não é diferente – é um *direito* (ou interesse), tal qual existente no plano material. A categorização deste direito dá-se, para o direito brasileiro, apenas e tão somente, para fins de reconhecimento da legitimidade para agir, de descoberta do “representante adequado”. Nunca, contudo, para restringir os limites subjetivos da coisa julgada. Um tal entendimento seria restringir um dos pilares seguros de toda a construção do “direito processual *coletivo*”, máxime quando, como se dá com relação ao

mandado de segurança coletivo, a escolha dos “representantes adequados”, isto é, dos legitimados para agir, deu-se na própria Constituição Federal.

Assim, a despeito de sua *redação*, o *caput* do art. 22 da Lei n. 12.016/2009 não pode dar a (falsa) impressão de que o campo dos substituídos processualmente pelo mandado de segurança coletivo pode ser restringido.

Sobre regras restritivas, cabe lembrar do *caput* do art. 2º-A da Lei n. 9.494/1997, fruto da Medida Provisória n. 2.180-35/2001, segundo o qual: “A sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator”.

O dispositivo, por constranger o acesso coletivo à Justiça, já não deveria ser aplicado ao mandado de segurança coletivo. O silêncio da nova lei, no particular, deve ser entendido como consciente (e correto) afastamento daquela disciplina. Para estar sujeito à coisa julgada que se forma no mandado de segurança coletivo é suficiente que o indivíduo tenha sido devidamente substituído pelo impetrante, sendo indiferente, para tanto, o *momento* em que se verificou o elo associativo que basta, tendo em conta as exigências feitas pelo art. 21, *caput*, da própria Lei n. 12.016/2009 e, superiormente, pela Constituição Federal, existir.

9. RELAÇÃO COM AS AÇÕES INDIVIDUAIS

O § 1º do art. 22 da Lei n. 12.016/2009, tomando como modelo, ao que tudo indica, o art. 104 do Código do Consumidor, acabou por criar regra que destoa, por completo, do sistema de tutela jurisdicional coletiva existente no Brasil até então.

De acordo com a regra, “o mandado de segurança coletivo não induz litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada não beneficiarão o impetrante a título individual se não requerer a desistência de seu mandado de segurança no prazo de 30 (trinta) dias a contar da ciência comprovada da impetração da segurança coletiva”.

A ausência de litispendência entre o mandado de segurança coletivo e o mandado de segurança individual, assegurada pela regra, é medida que deve ser aplaudida. É providência que viabiliza um maior e mais amplo acesso à

justiça tanto no âmbito coletivo como no individual. É a segura diretriz que já decorria, suficientemente, do precitado art. 104 do Código do Consumidor.

Prescrever que a decisão a ser proferida no mandado de segurança coletivo *beneficia* os substituídos é, também, regra que se afina à diretriz que decorre da adequada interpretação dos §§ 1º e 2º do art. 103 do Código do Consumidor (v. n. 7 do Capítulo 2).

Contudo, exigir que o impetrante individual, para se beneficiar da decisão proferida em sede coletiva, tenha que *desistir* de seu mandado de segurança no prazo de trinta dias a contar da comprovada ciência da impetração do mandado de segurança em sua forma coletiva, além de atritar com o modelo que vem sendo consagrado (e festejado) no direito brasileiro, é medida que conflita, a olhos vistos, com o “modelo constitucional do direito processual civil”.

É imaginar a situação em que uma associação de classe, ACASB, tenha impetrado mandado de segurança coletivo para questionar o mesmo ato (ou omissão) que já é objeto de diversos mandados de segurança individuais. Os impetrantes, individualmente considerados, desistem de seus mandados de segurança. Oportunamente, pelas mais variadas razões, processuais e materiais, o mandado de segurança coletivo é julgado em sentido contrário à pretensão do legitimado ativo. Pela *letra* da nova lei, todos os impetrantes individuais estarão irremediavelmente sujeitos àquela decisão, mesmo que contrária a seus interesses, porque, para (tentar) se beneficiar de seus efeitos, foram obrigados a *desistir* de suas próprias impetrações.

Poder-se-ia se discordar da conclusão do parágrafo anterior com o argumento de que o tratamento favorável ao impetrante, em todo e em qualquer caso, atrita com os princípios do contraditório e da ampla defesa. A crítica, contudo, não prevaleceu na nossa doutrina. E em se tratando de mandado de segurança coletivo ela tem, com o devido respeito, menos razão ainda para ser aceita: o mandado de segurança é, por si só, direito e garantia, individual e coletiva, que não pode ser apequenada pela lei, ainda mais da forma como pretende o dispositivo em comento.

Inegável, destarte, a superioridade da solução dada à hipótese pelo art. 104 do Código do Consumidor: pode o impetrante *individual* requerer a *suspensão* de seu processo para que se beneficie da decisão a ser proferida

no âmbito coletivo. Nunca, contudo, *desistir* dele, perdendo a possibilidade, dada pelo sistema, de se beneficiar *ou* pela impetração coletiva *ou* pela impetração individual já que, é o próprio dispositivo em exame que assegura, não há litispendência entre os dois processos. A opção feita pelo referido dispositivo do Código do Consumidor é a que mais bem se afina ao “modelo constitucional” na medida em que *incentiva*, a um só tempo, o acesso *coletivo* à Justiça, sem criar o receio de que uma má atuação do legitimado coletivo possa, por si só, prejudicar aqueles que não agiram em juízo ou, pior, que agiram, mas que, mercê da impetração *coletiva*, optaram por desistir de seus próprios mandados de segurança individuais.

A melhor interpretação para a regra, neste sentido, é entendê-la, a despeito de sua redação, no sentido de que o impetrante *individual* pode aguardar o desfecho do mandado de segurança *coletivo* para prosseguir em seu processo sem ser forçado, para se beneficiar de uma eventual decisão favorável a ser proferida naquela sede, a *desistir* de sua iniciativa, providência que, de resto, é irreversível no plano processual. Deve prevalecer sobre o *texto* da nova regra, o que decorre, de maneira segura, do *sistema* de proteção coletiva vigente no direito processual civil brasileiro. Até porque a Lei n. 12.016/2009, no particular, não revogou nenhum dos dispositivos que, a respeito do tema, regem aquele sistema. Contra, defendendo a nova opção da Lei n. 12.016/2009: STJ, 1ª Turma, RMS 34.270/MG, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j.un. 25.10.2011, DJe 28.10.2011.

9.1. O cômputo do prazo de trinta dias

O prazo de trinta dias, no qual o pedido de *suspensão* do mandado de segurança individual – e não de sua *desistência* (v. n. 9, *supra*) – deve ser formulado, corre da “ciência comprovada da impetração do mandado de segurança coletivo”.

A melhor interpretação para a exigência legal é entender a fluência do trintídio a partir do instante em que o impetrante individual, de maneira inequívoca, tenha ciência de que existe, para tutelar o mesmo bem da vida, um mandado de segurança coletivo.

A *forma* dessa ciência, bem como o *local* em que ela se dá (nos autos do mandado de segurança coletivo ou nos do individual), é indiferente. O que

importa é que ela seja *comprovada* para o juízo que terá que decidir sobre a extensão, ou não, de eventuais efeitos benéficos, e que ela seja *incontestável*, até para viabilizar que o impetrante possa *optar*, com segurança e conscientemente, entre prosseguir na sua própria iniciativa ou aderir ao esforço coletivo. Máxime se prevalecer, a despeito das considerações expostas pelo número anterior, a *letra* do § 1º do art. 22 da Lei n. 12.016/2009 sobre o *sistema* de proteção jurisdicional coletiva já existente no direito processual civil brasileiro.

CAPÍTULO 4

Ação direta de inconstitucionalidade

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A “ação direta de inconstitucionalidade” é expressamente prevista no art. 102, I, “a”, da Constituição Federal, estando seus legitimados *ativos*, isto é, aqueles que podem promovê-la, indicados no art. 103 da mesma Constituição, rol que foi sensivelmente ampliado pela Emenda Constitucional n. 45/2004.

Seu emprego no plano dos Estados é assegurado pelo art. 125, § 2º, da Constituição Federal. Sua disciplina jurídica deve observar o modelo federal, que ocupa a maior parte do desenvolvimento do presente Capítulo (v. n. 12, *infra*).

Trata-se da forma pela qual o controle *concentrado* da constitucionalidade é realizado no âmbito do Supremo Tribunal Federal (e também no âmbito dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal), não se confundindo, destarte, com a possibilidade de exercício do controle *difuso, incidental*, de constitucionalidade que, de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, é passível de exercício por qualquer magistrado, ainda que, no plano dos Tribunais, seja mister a observância do art. 97 da Constituição Federal e o procedimento estabelecido pelos arts. 480 a 483 do Código de Processo Civil (v. Capítulo 2 da Parte II do vol. 5), garantindo-se, assim, o que o n. 9 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1 denominou “princípio da reserva de plenário”.

É bastante comum a referência de a “ação direta de inconstitucionalidade” representar um caso de “processo *objetivo*” e que, por isso, os conceitos e os institutos do direito processual civil em geral não têm aplicação ou, quando menos, merecem uma série de ressalvas e abrandamentos para serem bem empregados.

A afirmação merece ser entendida com ressalvas. É preferível entender que os conceitos e os institutos do direito processual civil merecem ser devidamente *contextualizados* para guiarem adequadamente as discussões relativas às “ações diretas de inconstitucionalidade”. Negar que existam *partes, interesses, coisa julgada* e tantas outras realidades inerentes a qualquer tema afeito ao direito processual civil é, com o devido respeito, pretender criar uma aura que em nada contribui para a correta compreensão e conseqüente *funcionamento* da “ação direta de inconstitucionalidade”.

Aqui, como em qualquer outro tema respeitante ao “direito processual coletivo”, a palavra de ordem deve ser “adaptação” e não *abandono*; “reconstrução” e não *destruição*, aplicando-se, ao instituto aqui em análise, as considerações desenvolvidas pelo n. 1 da Introdução.

2. LEGITIMADOS ATIVOS

De acordo com o art. 103 da Constituição Federal, são legitimados ativos para a “ação direta de inconstitucionalidade: I – o Presidente da República; II – a Mesa do Senado Federal; III – a Mesa da Câmara dos Deputados; IV – a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V – o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI – o Procurador-Geral da República; VII – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII – partido político com representação no Congresso Nacional; IX – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional”.

O art. 2º da Lei n. 9.868/1999, que também traz o rol dos legitimados ativos em seus nove incisos, deve ser lido em consonância com o rol constitucional, que acabou sendo ampliado pela Emenda Constitucional n. 45/2004 para *unificar* os legitimados para a “ação direta de inconstitucionalidade” com os da “ação declaratória de constitucionalidade” (v. n. 2 do Capítulo 5), além de incluir, nos incisos IV e V do art. 103 da Constituição Federal, expressa menção à Câmara Legislativa e ao Governador do Distrito Federal, respectivamente.

A mera leitura do art. 103 da Constituição Federal, mesmo antes da referida Emenda Constitucional, é capaz de revelar importante contribuição para o alargamento e o fortalecimento do mecanismo de controle concentrado de constitucionalidade tratado por este Capítulo. Desde sua

introdução no ordenamento jurídico brasileiro pela Emenda Constitucional n. 16/1965, a “representação de inconstitucionalidade” era prerrogativa exclusiva do Procurador-Geral da República (v. n. 3 do Capítulo 2 da Parte II do vol. 1). Foi a Constituição de 1988 quem permitiu, pioneiramente na nossa história, a *ampliação* dos legitimados a outras instituições, inclusive dos Estados e do Distrito Federal, além de indicar como “representantes adequados” também entidades da sociedade civil, assim o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, os partidos políticos, as organizações sindicais e as entidades de classe.

Esta ampliação dos legitimados ativos é responsável pelo elevado número de “ações diretas de inconstitucionalidade” que, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, têm sido apresentadas ao Supremo Tribunal Federal. De acordo com estatística feita por aquele Tribunal no mês de abril de 2009, foram 4.230 processos com aquela finalidade que chegaram àquela Corte desde então. É certo, de acordo com os mesmos dados, que a grande maioria dos casos (1.769, isto é, 41,8%), contudo, não superou o juízo positivo de admissibilidade, sendo julgadas *integralmente* procedentes 686 (16,2%) e *parcialmente* procedentes 173 (4,1%) contra 169 julgadas *improcedentes* (4%).

Os mesmos dados revelam que a maioria dos processos foi iniciada por Governadores (1.061 do total; 25,1%), seguidos das confederações sindicais ou entidades de classe (928 do total; 21,9%) e, em terceiro lugar, o Procurador-Geral da República (903 do total; 21,3%). Estes números são suficientes para demonstrar a importância que a *sociedade civil* devidamente organizada tem assumido no controle *concentrado* de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

Sobre a análise do rol do art. 103 da Constituição Federal é comum a distinção entre os “legitimados *universais*” e os “legitimados *especiais*”. Aqueles, por força de seus misteres institucionais, estão legitimados para questionar em abstrato qualquer norma jurídica, entendida a expressão tal qual esclarece o n. 6, *infra*, enquanto estes, os “legitimados *especiais*”, devem demonstrar, caso a caso, em que medida seus “interesses *institucionais*” credenciam-nos como “representantes adequados” perante o Supremo Tribunal Federal, isto é, em que medida preenchem a exigência do

que a jurisprudência daquele Tribunal vem rotulando, há tempos, de “pertinência temática”.

Os “legitimados *particulares*” são os indicados no inciso IX do art. 103 da Constituição Federal, isto é, a confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. Para elas é que o *objeto* da “ação direta de inconstitucionalidade” deve mostrar aderência com suas finalidades institucionais.

A exigência constava, até mesmo, do parágrafo único do art. 2º da Lei n. 9.868/1999, nos seguintes termos: “As entidades referidas no inciso IX, inclusive as federações sindicais de âmbito nacional, deverão demonstrar que a pretensão por elas deduzida tem pertinência direta com os seus objetivos institucionais”. O dispositivo, contudo, foi vetado quando da promulgação.

Os demais legitimados para a “ação direta de inconstitucionalidade”, por força de seus próprios misteres institucionais, estão dispensados de demonstrar, caso a caso, uma tal exigência. Mesmo com relação ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, que é o órgão supremo daquela entidade (art. 45, § 1º, da Lei n. 8.906/1994), importa destacar que, por força de suas peculiaridades institucionais, sua atuação vai além da defesa das prerrogativas e, mais amplamente, dos interesses e direitos da classe dos advogados (art. 44, II, da Lei n. 8.906/1994). A Ordem dos Advogados do Brasil, de acordo com sua lei de regência, afinadíssima ao “modelo constitucional do direito processual civil”, também tem como missão “defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado democrático de direito, os direitos humanos, a justiça social e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas”. É o que se lê, com todas as letras do art. 44, I, da Lei n. 8.906/1994 (v. n. 4.2 do Capítulo 4 da Parte I do vol. 1) e é nesta qualidade que, de acordo com o inciso XIV do art. 54 da Lei n. 8.906/1994, compete àquele Conselho “ajuizar ação direta de inconstitucionalidade de normas legais e atos normativos, ação civil pública, mandado de segurança coletivo, mandado de injunção e demais ações cuja legitimação lhe seja outorgada por lei”.

Importa dar destaque a algumas questões relativas aos legitimados ativos para a “ação direta de inconstitucionalidade” com o objetivo de ilustrar a

interpretação e a aplicação do art. 103 da Constituição Federal pelo Supremo Tribunal Federal.

No que diz respeito à representação *processual* dos Chefes do Poder Executivo (Federal, Estadual e Distrital) na “ação direta de inconstitucionalidade” (art. 103, I e V, da Constituição Federal), há discussão sobre se se faz necessária ou não sua representação por advogados, assim entendidos, à luz dos arts. 131 e 132 da Constituição Federal, os advogados públicos. A indagação é tanto mais importante diante do parágrafo único do art. 3º da Lei n. 9.868/1999, segundo o qual: “a petição inicial, acompanhada de instrumento de procuração, quando subscrita por advogado, será apresentada em duas vias, devendo conter cópias da lei ou do ato normativo impugnado e dos documentos necessários para comprovar a impugnação”. O Plenário do Supremo Tribunal Federal teve oportunidade de voltar-se ao assunto na ADI-EDcl 2.728/AM, rel. Min. Marco Aurélio, j.m.v. 19.10.2006, DJe 4.10.2007, entendendo legítima a outorga de procuração a advogado para o desenvolvimento daquele mister. Tanto mais correto o entendimento porque inconfundíveis os conceitos de legitimidade para agir e de capacidade postulatória, como corretamente entendeu o Pleno do STF, dentre tantas oportunidades, na ADI 2.906/RJ, rel. Min. Marco Aurélio, j.un. 1.6.2011, DJe 28.6.2011.

O Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de entender, com relação aos partidos políticos (art. 103, VIII, da Constituição Federal), que a perda da representação no Congresso Nacional, em qualquer uma de suas Casas, ao longo do processo afasta a sua legitimidade para a “ação direta de inconstitucionalidade”, matéria esta passível de apreciação de ofício. Nesse sentido: STF, Pleno, ADI-AgR 2.035/RJ, rel. Min. Ellen Gracie, j.m.v. 3.4.2003, DJ 1.8.2003, p. 102; STF, Pleno, ADI-AgR 2.826/RJ, rel. Min. Maurício Corrêa, j.m.v. 19.3.2003, DJ 9.5.2003, p. 44 e STF, Pleno, ADI-AgR 2.202/RJ, rel. Min. Celso de Mello, j.m.v. 27.2.2003, DJ 29.8.2003, p. 18.

Com relação à organização sindical e às entidades de classe de âmbito nacional (art. 103, IX, da Constituição Federal), fazem-se pertinentes as seguintes considerações, além daquelas já referidas anteriormente:

Em se tratando de entidade de classe, ela deve demonstrar ter “âmbito nacional”, assim entendido pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

representação da entidade em, pelo menos, nove Estados da Federação.

Não se amolda no conceito do inciso IX do art. 103 da Constituição Federal a entidade de classe formada por apenas fração de determinada categoria funcional. Nesse sentido: STF, Pleno, ADI-AgR 1.875/DF, rel. Min. Celso de Mello, j.un. 20.6.2001, DJe 11.12.2008. Também não são legitimadas ativas para a “ação direta de inconstitucionalidade” as *federações sindicais* (STF, Pleno, ADI-MC 1.003/DF, rel. Min. Celso de Mello, j.un. 1.8.1994, DJ 10.9.1999, p. 2) ou os *sindicatos nacionais*, mas, apenas e tão somente, as *confederações sindicais* (STF, Pleno, ADI-MC 1.599/DF, rel. Min. Maurício Corrêa, j.un. 26.2.1998, DJ 18.5.2001, p. 430).

O Supremo Tribunal Federal acabou alterando o seu posicionamento inaugural para entender que “o conceito de entidade de classe é dado pelo objetivo institucional classista, pouco importando que a eles diretamente se filiem os membros da respectiva categoria social ou agremiações que os congreguem, com a mesma finalidade, em âmbito territorial mais restrito. 2. É entidade de classe de âmbito nacional – como tal legitimada à propositura da ação direta de inconstitucionalidade (CF, art. 103, IX) – aquela na qual se congregam associações regionais correspondentes a cada unidade da Federação, a fim de perseguirem, em todo o País, o mesmo objetivo institucional de defesa dos interesses de uma determinada classe. 3. Nesse sentido, altera o Supremo Tribunal sua jurisprudência, de modo a admitir a legitimação das ‘associações de associações de classe’, de âmbito nacional, para a ação direta de inconstitucionalidade” (STF, Pleno, ADI-AgR 3.153/DF, rel. p./acórdão Min. Sepúlveda Pertence, j.m.v. 12.8.2004, DJ 9.9.2005, p. 34).

3. LEGITIMADOS PASSIVOS

Embora a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal faça constante referência a que a “ação direta de inconstitucionalidade” constitui um “processo *objetivo*”, no qual não há partes nem interesses ou direitos subjetivados (v. n. 1, *supra*), o § 3º do art. 103 da Constituição Federal é suficientemente claro quanto à exigência de o Advogado-Geral da União ser *citado para defender* o ato ou texto impugnado. É ler o dispositivo na sua íntegra: “Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará,

previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado”.

Sem prejuízo da incidência do § 3º do art. 103 da Constituição Federal, os editores da norma jurídica questionada devem *também* ser citados para exercerem o contraditório que é, vale a ênfase, *inerente* a qualquer manifestação do Estado brasileiro, inclusive no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

É esta a melhor interpretação a ser dada ao art. 6º da Lei n. 9.868/1999, segundo o qual “o relator pedirá informações aos órgãos ou às autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado”, complementado pelo seu respectivo parágrafo único, que reserva o prazo de trinta dias, contados do recebimento do pedido, para que as “informações”, isto é, a manifestação que se entender cabível, sejam prestadas.

4. INTERVENÇÃO DE TERCEIROS

O art. 7º, *caput*, da Lei n. 9.868/1999 veda expressamente a “intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade”.

A proibição relaciona-se à compreensão de que, por se tratar de “processo *objetivo*”, não teria sentido que *terceiros* intervissem para defender direitos seus, direta ou indiretamente. Pelas razões que expõe o n. 3, *supra*, a vedação legal, que, no particular, reitera bem consolidada posição jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal merece ser entendida no seu devido contexto.

Não há como negar que as formas *tradicionais* de intervenção de terceiro, tais quais previstas e disciplinadas pelo Código de Processo Civil, não têm aplicação para a “ação direta de inconstitucionalidade”. Será difícil, para não afirmar *impossível*, imaginar um exemplo em que, naquele processo, verifique-se a hipótese de incidência da “oposição”, da “nomeação à autoria”, da “denúnciação da lide” ou do “chamamento ao processo” (v. Capítulos 4 a 7 da Parte VII do vol. 2, tomo I, respectivamente). Mesmo a “assistência”, na sua modalidade *simples* ou *litisconsorcial*, como concebida pelos arts. 50 a 55 do Código de Processo Civil, é difícil de ser cogitada porque é pressuposto de sua admissão que um interesse ou direito *direto, subjetivável*, pudesse ser cogitado por alguém que, por sua vez, dificilmente teria legitimidade para atuar em nome de todos aqueles que

também estariam em posição idêntica perante a norma questionada pelo legitimado ativo para a “ação direta de inconstitucionalidade”.

Isto, contudo, não significa que, por força de suas peculiaridades de “processo *coletivo*” e considerando o seu *objeto*, seja vedada a intervenção de *outros* terceiros que não se confundam e que não se limitem às modalidades mencionadas pelo parágrafo anterior. Tanto que o § 2º do art. 7º da Lei n. 9.868/1999 – que tem recebido ampla aplicação na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – autoriza que “o relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades”. Trata-se da intervenção do *amicus curiae*, terceiro que, em nome de um “interesse *institucional*”, intervém em processo alheio para defender posições de vantagem (direitos e/ou interesses) que serão inevitavelmente atingidos pelo que vier a ser decidido (v. n. 1 do Capítulo 8 da Parte VII do vol. 2, tomo I). Não fosse pela abrangência de seu *objeto*, os “efeitos *vinculantes*” que têm as decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal em “ação direta de inconstitucionalidade” (v. n. 8, *infra*) já seriam suficientes para *justificar* a pertinência desta modalidade interventiva que, em última análise, viabiliza o exercício de um verdadeiro “contraditório *institucionalizado*” ao longo do exercício da função jurisdicional, similar ao que se deve verificar no plano legislativo.

Considerando o veto ao § 1º do art. 7º da Lei n. 9.868/1999, o “prazo fixado no parágrafo anterior” deve ser entendido amplamente. Não é o caso de limitá-lo, como queria o dispositivo vetado, ao “prazo para informações” (v. n. 3, *supra*), mas, mais amplamente, de permitir que até o início do julgamento da “ação direta de inconstitucionalidade” se admitam colher ou autorizar a oitiva de eventuais *amici curiae*, viabilizando que a sociedade civil e o próprio Estado em suas outras esferas de Poder estejam adequadamente representados perante o Supremo Tribunal Federal.

A *irrecorribilidade* da decisão do relator, imposta pelo § 2º do art. 7º da Lei n. 9.868/1999, merece ser contrastada com o “princípio da colegialidade”. Não há razão que justifique a restrição imposta pela lei, sendo preferível, conseqüentemente, a interpretação que a admita, até para viabilizar, perante os demais Ministros que integram o Supremo Tribunal

Federal, uma maior e mais ampla discussão sobre quem são os entes e as pessoas, jurídicas ou físicas, que podem, consoante as circunstâncias de cada caso concreto, pretender atuar na qualidade de *amicus curiae*.

A intervenção de terceiros admitida pelo § 2º do art. 7º da Lei n. 9.868/1999 não exclui que *outros* terceiros manifestem-se ao longo do processo, hipótese que é expressamente admitida pelos §§ 1º a 3º do art. 9º da mesma Lei (v. n. 7, *infra*). Uma distinção visível entre as hipóteses é que a intervenção fundamentada no § 2º do art. 7º é *espontânea*, isto é, o terceiro (o *amicus curiae*) pleiteia a sua intervenção. No caso dos parágrafos do art. 9º, diferentemente, a iniciativa da intervenção parte do relator da “ação direta de inconstitucionalidade”; um caso, para adotar a classificação proposta pelo n. 2 do Capítulo 8 da Parte VII do vol. 2, tomo I, de “intervenção *provocada*”.

5. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DA PETIÇÃO INICIAL

O art. 3º da Lei n. 9.868/1999 dispõe acerca dos elementos que compõem a petição inicial da “ação direta de inconstitucionalidade”.

De acordo com o dispositivo, a petição conterá: “I – o dispositivo da lei ou do ato normativo impugnado e os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações” e “II – o pedido, com suas especificações”.

A petição inicial, prossegue o parágrafo único do mesmo dispositivo, deverá ser apresentada em duas vias e trazer cópias da lei ou do ato normativo impugnado, bem assim dos documentos que se fizerem necessários à comprovação da inconstitucionalidade que se pretende ver reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal.

Sendo assinada por advogado, é ainda o parágrafo único do art. 3º da Lei n. 9.868/1999 que exige, a petição inicial será acompanhada do respectivo instrumento de procuração. A exigência limita-se aos legitimados pelos incisos VIII e IX do art. 103 da Constituição Federal, como ensinam Ives Gandra da Silva Martins e Gilmar Ferreira Mendes (*Controle concentrado de constitucionalidade*, p. 281).

O art. 4º da Lei n. 9.868/1999 reconhece ao relator para que, monocraticamente, indefira a petição inepta, não fundamentada e manifestamente improcedente. Da sua decisão cabe o recurso de “agravo *interno*”, expressamente previsto pelo parágrafo único do mesmo dispositivo.

Embora a Lei n. 9.868/1999 seja silente a respeito, é irrecusável que o “juízo *negativo* de admissibilidade” só será proferido se restar frustrada a determinação de *emenda* da petição inicial, nos termos do art. 284 do Código de Processo Civil (v. n. 4 do Capítulo 2 da Parte II do vol. 2, tomo I), que merece ser aplicado à hipótese. A aplicação deste dispositivo é tanto mais importante na exata medida em que o art. 5º da Lei n. 9.868/1999 prevê a inviabilidade da *desistência* da “ação direta de inconstitucionalidade” depois de “proposta”. A mesma *indisponibilidade* que dá sustento àquela proibição deve conduzir o relator, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, a contornar eventuais óbices, sobretudo os de conteúdo *formal*, que possam, de alguma maneira, obstaculizar o julgamento do pedido, com a consequente declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade da norma jurídica questionada.

Uma vez exarado o “juízo *positivo* de admissibilidade”, o relator determinará a oitiva dos órgãos ou autoridades que editaram a lei ou o ato normativo impugnado. Aquelas autoridades terão o prazo de trinta dias contados do recebimento do ofício respectivo para prestar as “informações” que entenderem cabíveis (art. 6º e parágrafo único da Lei n. 9.868/1999).

Findo o prazo para apresentação das “informações”, que, como no “mandado de segurança”, devem ser entendidas como verdadeira *defesa* da norma jurídica questionada, será determinada a oitiva do Advogado-Geral da União que, nos termos do art. 103, § 3º, da Constituição Federal e art. 8º, § 3º, da Lei n. 9.868/1999, *defenderá* o ato questionado, atuando como verdadeiro “*curador* da norma atacada” – e assumirá este papel obrigatoriamente (STF, Pleno, ADI 2.906/RJ, rel. Min. Marco Aurélio, j.un. 1.6.2011, DJe 28.6.2011; STF, Pleno, ADI 2.376/RJ, rel. Min. Marco Aurélio, j.un. 1.6.2011, DJe 30.6.2011 e STF, Pleno, ADI 4.457/PR, rel. Min. Marco Aurélio, j.un. 1.6.2011, DJe 1.7.2011) – e o Procurador-Geral da República que, nos termos do § 1º do art. 8º da Lei n. 9.868/1999, e, superiormente, por força do § 1º do art. 103 da Constituição Federal, atuará

na qualidade de fiscal da lei (v. n. 3.2 do Capítulo 4 da Parte II do vol. 1), o que significa dizer que ele dará, ou não, sustento ao ato normativo consoante o caso. Ambos terão o prazo de quinze dias para apresentar sua manifestação, como dispõe o *caput* do mesmo art. 8º.

6. OBJETO

O objeto da “ação direta de inconstitucionalidade” é a *lei*, formal ou substancial.

Decretos regulamentadores, não autônomos ou secundários, não podem ser alvo do controle concentrado de constitucionalidade por prevalecer o entendimento de que eles, por definição, devem ser contrastados perante a lei que buscam regulamentar para depois ser contrastados diante da Constituição Federal. A “ação direta de inconstitucionalidade”, com efeito, não se presta a discutir ou reconhecer eventuais inconstitucionalidades reflexas ou oblíquas. Nesse sentido: decisão monocrática do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito na ADI 4.176/DF, j. 5.3.2009, DJe 12.3.2009 e STF, Pleno, ADI-AgR 2.618/PR, rel. Min. Carlos Velloso, j.un. 12.8.2004, DJ 31.3.2006, p. 7. Admitindo a “ação direta de inconstitucionalidade” por se tratar de decreto autônomo, é o entendimento a que o Pleno do STF chegou na ADI 3.664/RJ e na ADI 4.152/SP, ambas relatadas pelo Min. Cezar Peluso, j.un. 1.6.2011, DJe 21.9.2011.

De qualquer sorte, em que pese a contundência dos argumentos e a consolidação da jurisprudência no sentido destacado, parece ser correto o entendimento de que, a depender da *causa de pedir* da “ação direta de inconstitucionalidade”, é irrecusável a sua pertinência para apreciar o ato, embora de origem administrativa. É supor, por exemplo, o questionamento de um decreto por entendê-lo editado sem qualquer respaldo legal (sem que prévia lei o autorizasse) e assim, conseqüentemente, violador, por si só, do art. 84, IV, da Constituição Federal. É o que se pode extrair da rica discussão que ocupou o julgamento da ADI-AgR 2.398/DF, rel. Min. Cezar Peluso, j.m.v. 25.6.2007, DJe 30.8.2007.

7. FASE INSTRUTÓRIA

Os parágrafos do art. 9º da Lei n. 9.868/1999 preveem uma verdadeira “fase *instrutória*”, ainda que ela se apresente muito diferenciada quando contrastada com a do “procedimento *comum*” (v. n. 3 da Introdução do vol. 2, tomo I).

De acordo com o § 1º do art. 9º da Lei n. 9.868/1999, havendo necessidade de “esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria”, assunto regulado nos arts. 21, XVII e XVIII, e 154 do RISTF.

O § 2º do mesmo dispositivo, em continuação, autoriza o relator a pedir informações aos “Tribunais Superiores, aos Tribunais federais e aos Tribunais estaduais acerca da aplicação da norma impugnada no âmbito de sua jurisdição”.

O § 3º, por sua vez, reserva o prazo de trinta dias, contados da solicitação do relator, para que as diligências previstas nos §§ 1º e 2º se realizem.

As providências são de enorme importância porque, ao desmistificarem, em alguma medida, a afirmação de que um “processo *objetivo*” seria avesso a eventuais perquirições de fato (v. n. 1, *supra*), permitem que o relator e, correlatamente, os demais Ministros do Supremo Tribunal Federal recebam um maior número de informações e elementos que admitam uma melhor formação de sua convicção, permitindo, conseqüentemente, a elaboração de uma decisão que melhor se aplique ao caso, tal qual posto para julgamento.

Até porque, no atual estágio da teoria geral do direito, é inegável que a interpretação de uma norma jurídica, qualquer que seja ela, não se resume a uma mera tarefa de *subsunção*, acrítica e técnica. A *concreção* da norma jurídica com a necessária consideração de elementos culturais, políticos, sociais, econômicos, dentre outros (v. n. 2.6 do Capítulo 2 da Parte I do vol. 1), só é viável se e na exata medida em que aqueles mesmos elementos sejam oportunamente aportados ao processo. É o que os §§ 1º e 2º do art. 9º da Lei n. 9.868/1999 permitem, máxime quando *também* a intervenção de terceiros que, *espontaneamente*, possam trazer aquelas (e outras) informações, é expressamente autorizada pelo § 2º do art. 7º da Lei n. 9.868/1999.

É a devida análise e reflexão sobre estes elementos que permitirão também que os Ministros do Supremo Tribunal Federal avaliem se os *efeitos* de seu julgamento, seja no sentido de declarar a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade da norma jurídica contrastada, deixarão de retroagir e em que medida nos termos e para os fins do art. 27 da Lei n. 9.868/1999, assunto ao qual se volta o n. 8, *infra*.

8. JULGAMENTO

De acordo com o *caput* do art. 9º da Lei n. 9.868/1999, esgotado o prazo de quinze dias para que o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República manifestem-se (v. n. 5, *supra*) e, desde que encerrada eventual “fase *instrutória*” que se justifique pelas razões expostas pelo n. 7, *supra*, o relator elaborará seu relatório e enviará cópia aos demais Ministros, pedindo dia para o início do julgamento.

O art. 22 da Lei n. 9.868/1999 prevê que o quórum mínimo para a sessão de julgamento é de oito Ministros, dois terços do total de Ministros do Supremo Tribunal Federal.

A decisão tomada, é o que se lê do art. 23 da Lei n. 9.868/1999, será no sentido de ser declarada a *constitucionalidade* (hipótese de *rejeição* do pedido) ou a *inconstitucionalidade* (rejeição de *acolhimento* do pedido) da norma jurídica questionada consoante o caso, desde que, em um ou em outro sentido, tenham se manifestado pelo menos seis Ministros, maioria absoluta do Supremo Tribunal Federal. Pode acontecer também, apesar do silêncio do dispositivo, que o Supremo Tribunal Federal acolha o pedido feito na “ação direta de inconstitucionalidade” para dar “interpretação conforme”, com ou sem redução de texto, à norma jurídica impugnada. A hipótese, embora indiretamente, é prevista no parágrafo único do art. 28 da Lei n. 9.868/1999.

O parágrafo único do dispositivo ocupa-se com a falta de quórum para a declaração da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade do dispositivo. A solução por ele indicada é que seja suspenso o julgamento quando estiverem ausentes Ministros em número que possa influir no julgamento até seu comparecimento.

O caráter verdadeiramente *dúplice* da “ação direta de inconstitucionalidade” anunciado pelo *caput* do art. 23 da Lei n. 9.868/1999 é reiterado com maior vigor pelo seu art. 24. É ler o dispositivo:

“Proclamada a constitucionalidade, julgar-se-á improcedente a ação direta ou procedente eventual ação declaratória; e, proclamada a inconstitucionalidade, julgar-se-á procedente a ação direta ou improcedente eventual ação declaratória”.

O art. 27 da Lei n. 9.868/1999 traz importante regra que permite ao Supremo Tribunal Federal, por voto de oito de seus membros, restringir ou modular os efeitos *retroativos* do reconhecimento da *inconstitucionalidade* de lei ou ato normativo sempre que razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social o justificarem. De acordo com o dispositivo, a declaração de inconstitucionalidade poderá ter eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser indicado para tanto.

Com o proferimento da decisão e fixada a extensão da retroatividade de seus efeitos, a autoridade ou órgão responsável pela edição da norma jurídica questionada será comunicada. É imposição feita pelo art. 25 da Lei n. 9.868/1999.

Sem prejuízo desta comunicação, transcorridos dez dias do trânsito em julgado da decisão (v. n. 10, *infra*), o Supremo Tribunal Federal determinará a publicação, em seção especial, do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União a parte dispositiva do acórdão (art. 28, *caput*, da Lei n. 9.868/1999).

Diferentemente do que se dá no âmbito do controle *difuso* da constitucionalidade, aqui não há espaço para qualquer hesitação quanto à *desnecessidade* da comunicação ao Senado Federal nos termos do art. 52, X, da Constituição Federal para que aquele órgão baixe Resolução no sentido de retirar, do ordenamento jurídico, a norma jurídica reputada *inconstitucional* pelo Supremo Tribunal Federal. A decisão do Supremo, em se tratando de “controle *concentrado* de constitucionalidade”, é bastante para aquele mesmo fim.

Os efeitos *vinculantes* em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário, à Administração Pública federal, estadual, municipal e distrital, e a eficácia *erga omnes*, isto é, contra todos, da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em “ação direta de inconstitucionalidade” são previstos não só no § 2º do art. 102 da Constituição Federal, mas também no parágrafo único do art. 28 da Lei n. 9.868/1999.

Somente o Poder Legislativo está a salvo daquela característica bem marcante das decisões proferidas no controle *concentrado* de

constitucionalidade. A ressalva justifica-se pela soberania popular direta que reside naquela função estatal e que pode conduzi-lo a reeditar a norma jurídica que, eventualmente, tenha sido proscrita do ordenamento jurídico por decisão do Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido, STF, Pleno, ADI 2.903/PB, rel. Min. Celso de Mello, j.un. 1.12.2005, DJe 18.9.2008.

9. TUTELA DE URGÊNCIA

O art. 102, I, “p”, da Constituição Federal é expresso ao reconhecer a competência do Supremo Tribunal Federal para julgar o “pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade”. Entendendo, como este *Curso* propõe, que o “dever-poder geral de antecipação” e o “dever-poder geral de cautela” são *ínsitos* ao exercício da função jurisdicional (v. n. 2 do Capítulo 1 da Parte I e n. 1 do Capítulo 2 da Parte II do vol. 4, respectivamente), é irrecusável a conclusão de que o dispositivo tem muito pouco a acrescentar para o ordenamento jurídico. De qualquer sorte, sua previsão explícita tem o condão de afastar quaisquer dúvidas sobre a “ação direta de inconstitucionalidade” também merecer – como qualquer outra pretensão de tutela jurisdicional, aliás –, a depender das circunstâncias de cada concreto, o proferimento de decisões que *antecipem* os efeitos do julgamento final ou, quando menos, que criem condições de aquele julgamento surtir regularmente seus regulares efeitos.

O assunto vem disciplinado pelos arts. 10 a 12 da Lei n. 9.868/1999.

De acordo com o art. 10 daquela Lei, “salvo no período de recesso, a medida cautelar na ação direta será concedida por decisão da maioria absoluta dos membros do Tribunal, observado o disposto no art. 22, após a audiência dos órgãos ou autoridades dos quais emanou a lei ou ato normativo impugnado, que deverão pronunciar-se no prazo de cinco dias”.

A “medida cautelar” aí referida assume as vezes de um verdadeiro “processo cautelar” nos mesmos moldes e com as mesmas características daquele previsto no Livro III do Código de Processo Civil (v. n. 2 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 4).

O § 1º do dispositivo impõe o estabelecimento *prévio* do contraditório, determinando que o relator, quando considerar indispensável, ouça o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República, no prazo de três dias, sendo certo, conforme o § 3º do mesmo dispositivo, que o Tribunal

deferirá a “medida cautelar” sem a prévia audiência do órgão ou autoridade das quais teve origem a norma impugnada “em caso de excepcional urgência” (assim, v.g.: STF, Pleno, ADI MC-REF 4.451/DF, rel. Min. Ayres Britto, j.un. 2.9.2010, DJe 1.7.2011). A previsão afina-se à do art. 804 do Código de Processo Civil e, por isso, é merecedora das mesmas considerações que faz o n. 3.8 do Capítulo 3 da Parte II do vol. 4. É, também, a melhor interpretação a ser dada ao art. 22, § 2º, da Lei n. 12.016/2009, voltado para o “mandado de segurança coletivo”, na linha do que propõe o n. 7 do Capítulo 3.

O julgamento da “medida cautelar” de que se ocupa o art. 10 da Lei n. 9.868/1999 admite a sustentação oral dos representantes judiciais do legitimado ativo (v. n. 2, *supra*) e das autoridades ou órgãos responsáveis pela expedição do ato, observando-se, a propósito, o disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

Similarmente ao que o art. 28, *caput*, da Lei n. 9.868/1999 reserva para o julgamento *final*, isto é, para o acórdão trânsito em julgado, o art. 11 da mesma Lei dispõe que, julgado procedente o pedido “cautelar”, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário Oficial da União e do Diário da Justiça da União a parte dispositiva da decisão, no prazo de dez dias. O mesmo artigo prevê, ainda, que o relator determinará que a autoridade da qual tiver emanado o ato preste informações com observância do art. 6º (v. n. 3, *supra*). A incidência da regra pressupõe que a hipótese seja de concessão *inaudita altera pars* da “medida cautelar”.

O julgamento relativo à “medida cautelar”, embora tenha eficácia *erga omnes*, não retroage, isto é, tem efeitos apenas *ex nunc*, a não ser que o Supremo Tribunal Federal decida diferentemente, reconhecendo-lhe eficácia retroativa (art. 11, § 1º, da Lei n. 9.868/1999). Trata-se de regra *oposta* à que decorre do art. 27 da Lei n. 9.868/1999 para o julgamento da “ação direta de inconstitucionalidade”. É esta a razão pela qual, em consonância com o § 2º do art. 11 da Lei n. 9.868/1999, “a concessão da medida cautelar torna aplicável a legislação anterior acaso existente, salvo expressa manifestação em sentido contrário”.

A lei silencia a respeito dos efeitos *vinculantes* do julgamento da “medida cautelar”. O melhor entendimento para a hipótese é o de entendê-los existentes, considerando que a hipótese deve ser entendida como

verdadeira *antecipação* do julgamento da própria “ação direta de inconstitucionalidade”.

O art. 12 da Lei n. 9.868/1999, que tem recebido larga aplicação no âmbito do Supremo Tribunal Federal, autoriza que o “pedido de medida cautelar” acabe por fazer as vezes da própria “ação direta de inconstitucionalidade”, providência que acaba por evitar a prática de atos processuais verdadeiramente desnecessários porque dobrados. É dispositivo que merece (e que tem recebido) generosa aplicação, similar àquela que o Capítulo 8 da Parte I do vol. 4 entende deva ser dada ao § 7º do art. 273 do Código de Processo Civil, até como forma de encerrar a (falsa) polêmica sobre a existência de alguma distinção ontológica entre a “antecipação da tutela” e o “processo cautelar”. Sem precisar retomar o assunto, desenvolvido suficientemente no número indicado, importa destacar que a solução dada pelo dispositivo em exame resolve – e bem – o problema do ponto de vista da *forma*.

De acordo com o dispositivo, “havendo pedido de medida cautelar, o relator, em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, poderá, após a prestação das informações, no prazo de dez dias, e a manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, sucessivamente, no prazo de cinco dias, submeter o processo diretamente ao Tribunal, que terá a faculdade de julgar definitivamente a ação”.

10. RECURSOS

O art. 26 da Lei n. 9.868/1999 dispõe que a decisão proferida na “ação direta de inconstitucionalidade” é irrecorrível, ressalvando, apenas e tão somente, o cabimento dos embargos de declaração (v. Capítulo 8 da Parte I do vol. 5).

O mesmo dispositivo afasta, outrossim, o cabimento da “ação rescisória” como forma de contraste da decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal.

Trata-se de dispositivo que atesta inequívoca opção política que, somada à peculiaridade de ser o Supremo Tribunal Federal o órgão jurisdicional de mais alta hierarquia no ordenamento jurídico brasileiro, não confronta o “modelo constitucional do direito processual civil”.

11. EXECUÇÃO

Feitas as comunicações e as publicações a que se refere o art. 25 da Lei n. 9.868/1999 (v. n. 8, *supra*), a expectativa é a de que os demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública, isto é, do Poder Executivo, em seus diversos níveis federados, cumpram a decisão do Supremo Tribunal Federal. Caso não o façam, contudo, o mecanismo cabível para *impor* sua observância é a *reclamação*, assunto ao qual se volta o Capítulo 3 da Parte III do vol. 5.

Trata-se de consequência inarredável do caráter *vinculante* das decisões que o Supremo Tribunal Federal profere em “ação direta de inconstitucionalidade” nos precisos termos do art. 102, § 2º, da Constituição Federal.

12. A “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE” NO ÂMBITO DOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA DOS ESTADOS E DO DISTRITO FEDERAL

No âmbito dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal e Territórios, o controle *concentrado* de constitucionalidade dos atos normativos estaduais (e dos respectivos municípios) e distritais perante as Constituições dos Estados e a Lei Orgânica do Distrito Federal, respectivamente, é exercitado levando-se em conta a mesma disciplina exposta precedentemente. É o que expressamente assegura o art. 125, § 2º, da Constituição Federal: “Cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão”.

No âmbito do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios deve ser observada também a Lei n. 11.697/2008, expedida com fundamento no art. 22, XVII, da Constituição Federal, que dispõe sobre a organização judiciária do Distrito Federal e dos Territórios. Os §§ 1º a 4º do art. 8º daquele diploma legal preveem as normas a serem aplicadas às “ações diretas de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Distrito Federal,

em face de sua Lei Orgânica”, e o § 5º do mesmo dispositivo, especificamente, a aplicação subsidiária da Lei n. 9.868/1999 para a espécie.

A peculiaridade que restringe o *objeto* da atuação daqueles Tribunais para o contraste das normas jurídicas estaduais e municipais perante a respectiva Constituição Estadual (e, no âmbito do Distrito Federal, perante sua Lei Orgânica), acabou por impor o contraste da decisão respectiva pelo Supremo Tribunal Federal toda vez que a decisão tomada pela Corte local autorizar o cabimento do recurso extraordinário nos termos do inciso III do art. 102 da Constituição Federal. Isto porque, pelas características da Constituição Federal de 1988 e do pacto federativo dela derivado, há pouco espaço para criação de normas jurídicas estaduais (ou distritais) ou municipais que não tenham, em maior ou menor medida, relação com alguma norma constitucional *federal*. É ampla, a respeito, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, desde o julgamento da Rcl 383/SP, rel. Min. Moreira Alves, j.m.v. 11.6.1992, DJ 21.5.1993, p. 9765, cuja ementa vale ser transcrita: “Reclamação com fundamento na preservação da competência do Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade proposta perante Tribunal de Justiça na qual se impugna Lei municipal sob a alegação de ofensa a dispositivos constitucionais estaduais que reproduzem dispositivos constitucionais federais de observância obrigatória pelos Estados. Eficácia jurídica desses dispositivos constitucionais estaduais. Jurisdição constitucional dos Estados-membros. Admissão da 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 constitucional federal de observância obrigatória pelos Estados, contrariar o sentido e o alcance desta. Reclamação conhecida, mas julgada improcedente”. Mais recentemente, v. a judiciosa decisão monocrática proferida pelo Ministro Gilmar Mendes na Rcl 4.432/TO, j. 27.10.2006, DJ 10.10.2006, p. 49, e o julgamento que o Pleno do Supremo Tribunal Federal proferiu no RE 573.675/SC, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j.m.v. 25.3.2009, DJe 21.5.2009.

No Estado de São Paulo, a previsão da “ação direta de inconstitucionalidade” está no art. 90 da Constituição estadual, em tudo

parelho à disciplina dada pela Constituição Federal, que tem a seguinte redação:

“Art. 90. São partes legítimas para propor ação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estaduais ou municipais, contestados em face desta Constituição ou por omissão de medida necessária para tornar efetiva norma ou princípio desta Constituição, no âmbito de seu interesse:

I – o Governador do Estado e a Mesa da Assembleia Legislativa;

II – o Prefeito e a Mesa da Câmara Municipal;

III – o Procurador-Geral de Justiça;

IV – o Conselho da Seção Estadual da Ordem dos Advogados do Brasil;

V – as entidades sindicais ou de classe, de atuação estadual ou municipal, demonstrando seu interesse jurídico no caso;

VI – os partidos políticos com representação na Assembleia Legislativa, ou, em se tratando de lei ou ato normativo municipais, na respectiva Câmara.

§ 1º O Procurador-Geral de Justiça será sempre ouvido nas ações diretas de inconstitucionalidade.

§ 2º Quando o Tribunal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Procurador-Geral do Estado, a quem caberá defender, no que couber, o ato ou o texto impugnado.

§ 3º Declarada a inconstitucionalidade, a decisão será comunicada à Assembleia Legislativa ou à Câmara Municipal interessada, para a suspensão da execução, no todo ou em parte, da lei ou do ato normativo.

§ 4º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma desta Constituição, a decisão será comunicada ao Poder competente para a adoção das providências necessárias à prática do ato que lhe compete ou início do processo legislativo, e, em se tratando de órgão administrativo, para a sua ação em trinta dias, sob pena de responsabilidade.

§ 5º Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou de seu Órgão Especial poderá o Tribunal de Justiça declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou municipal, como objeto de ação direta.

§ 6º Nas declarações incidentais, a decisão dos Tribunais dar-se-á pelo órgão jurisdicional colegiado competente para exame da matéria”.

13. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

O § 2º do art. 103 da Constituição Federal prevê o cabimento de uma outra “ação direta de inconstitucionalidade”. Diferentemente daquela que foi, até o momento, objeto dos comentários deste Capítulo, trata-se de medida voltada a reconhecer a *omissão* do Poder Legislativo, do Poder Executivo ou, consoante o caso, do próprio Poder Judiciário, em editar norma jurídica que torne “efetiva norma constitucional”. A Lei n. 12.063, de 27 de outubro de 2009, que “estabelece a disciplina processual da ação direta de inconstitucionalidade por omissão”, consolida a jurisprudência construída pelo Supremo Tribunal Federal desde a criação dessa modalidade de “controle *concentrado* da constitucionalidade” pela Constituição Federal de 1988, acrescentando um Capítulo II-A à Lei n. 9.868/1999, dedicada ao assunto.

Os legitimados ativos para a “ação direta de inconstitucionalidade por omissão”, à falta de qualquer outro indicativo constitucional, são os mesmos a que se refere o art. 103 da Constituição Federal para a “ação direta de inconstitucionalidade” e para a “ação declaratória de constitucionalidade”. O art. 12-A da Lei n. 9.868/1999, acrescentado pela Lei n. 12.063/2009, acolhe essa orientação.

Uma vez proposta, é vedada a desistência da “ação direta de inconstitucionalidade por omissão”, como se lê do art. 12-D da Lei n. 9.868/1999, acrescentado pela Lei n. 12.063/2009. Trata-se de idêntica regra a que o art. 5º da Lei n. 9.868/1999 reserva para a “ação direta de inconstitucionalidade”, e o art. 16 do mesmo diploma legal, para a “ação declaratória de constitucionalidade”.

O art. 12-B da Lei n. 9.868/1999, acrescentado pela Lei n. 12.063/2009, disciplina os requisitos da petição inicial da “ação direta de inconstitucionalidade por omissão”. Ela indicará “a omissão inconstitucional total ou parcial quanto ao cumprimento de dever constitucional de legislar ou quanto à adoção de providência de índole administrativa” e trará “o pedido, com suas especificações”. A inicial, se for o caso, deve ser acompanhada de instrumento de procuração, e será apresentada em duas vias, devendo conter

cópias dos documentos necessários para comprovar a alegação de omissão (art. 12-B, parágrafo único).

Se a petição inicial for inepta, não fundamentada ou se o seu pedido for manifestamente improcedente, ela é passível de ser rejeitada liminarmente pelo relator. Desta decisão monocrática, cabe agravo *interno*, tudo em consonância com o art. 12-C e respectivo parágrafo único da Lei n. 9.868/1999, incluídos pela Lei n. 12.063/2009.

O *procedimento* da “ação direta de inconstitucionalidade por omissão” é o mesmo da “ação direta de inconstitucionalidade”. Tanto que o *caput* do art. 12-E da Lei n. 9.868/1999, acrescentado pela Lei n. 12.063/2009, limita-se a fazer remissão expressa ao procedimento decorrente dos arts. 6º a 9º da Lei n. 9.868/1999, suficientes, por isso, as considerações que ocupam o n. 7, *supra*. Não obstante, os parágrafos do referido art. 12-E trazem algumas regras a serem observadas.

De acordo com seu § 1º, “os demais titulares referidos no art. 2º desta Lei poderão manifestar-se, por escrito, sobre o objeto da ação e pedir a juntada de documentos reputados úteis para o exame da matéria, no prazo das informações, bem como apresentar memoriais”. O § 2º, por seu turno, autoriza ao relator “... solicitar a manifestação do Advogado-Geral da União, que deverá ser encaminhada no prazo de 15 (quinze) dias”, enquanto o § 3º prevê que “o Procurador-Geral da República, nas ações em que não for autor, terá vista do processo, por 15 (quinze) dias, após o decurso do prazo para informações”.

De acordo com o § 2º do art. 103 da Constituição Federal, reconhecida a omissão, o Supremo Tribunal Federal a comunicará ao órgão competente, dando o prazo de trinta dias para que a providência seja adotada quando se tratar de órgão administrativo. O § 1º do art. 12-H da Lei n. 9.868/1999, introduzido pela Lei n. 12.063/2009, dispõe que o Tribunal poderá estabelecer “prazo razoável” para tanto, “tendo em vista as circunstâncias específicas do caso e o interesse público envolvido”. O § 2º do mesmo dispositivo legal determina a observância do que consta dos arts. 22 a 28 da Lei n. 9.868/1999 (v. n. 8, *supra*) para o julgamento da “ação direta de inconstitucionalidade por omissão”.

Os arts. 12-F e 12-G da Lei n. 9.868/1999, ambos incluídos pela Lei n. 12.063/2009, disciplinam a “medida cautelar em ação direta de

inconstitucionalidade por omissão”. As regras repetem basicamente o que consta dos arts. 10 a 12 da Lei n. 9.868/1999 para a “ação direta de inconstitucionalidade” (v. n. 9, *supra*).

Assim, havendo excepcional urgência e relevância da matéria, o Tribunal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, observado o *quorum* de, pelo menos, oitos Ministros, poderá conceder medida cautelar, após a audiência dos órgãos ou autoridades responsáveis pela omissão inconstitucional, que deverão pronunciar-se no prazo de cinco dias. A medida cautelar poderá consistir na suspensão da aplicação da lei ou do ato normativo questionado, no caso de omissão parcial; na suspensão de processos judiciais ou de procedimentos administrativos; ou, ainda, em outra providência a ser fixada pelo Tribunal. O Procurador-Geral da República será ouvido no prazo três dias quando o relator reputar indispensável sua oitiva. No julgamento do pedido de medida cautelar será facultada sustentação oral aos representantes judiciais do requerente e das autoridades ou órgãos responsáveis pela omissão inconstitucional, na forma estabelecida no Regimento do Supremo Tribunal Federal.

Uma vez que a medida cautelar seja concedida, o Supremo Tribunal Federal fará publicar, em seção especial do Diário Oficial da União e do Diário da Justiça da União, a parte dispositiva da decisão no prazo de dez dias, devendo solicitar as informações à autoridade ou ao órgão responsável pela omissão inconstitucional, observando-se, no mais, o mesmo procedimento reservado para a “ação direta de inconstitucionalidade”.

A crítica que é feita, comumente, a esta medida jurisdicional – e isto desde sua criação no cenário jurídico nacional, com a Constituição Federal de 1988 – é que ela revela pouca (ou nenhuma) aptidão de prestar tutela jurisdicional efetiva, uma vez que o *mero* reconhecimento da omissão do órgão competente não é suficiente para que seja fruído concretamente o direito assegurado pela Constituição Federal. Mais ainda porque não existe, no plano da Constituição Federal e, tampouco, no da lei de regência, nenhuma medida que acabe por *obrigar* a autoridade responsável pela edição do ato normativo faltante. Nesta perspectiva, o “mandado de injunção”, máxime quando formulado *coletivamente*, acaba oferecendo condições de uma tutela jurisdicional mais *eficiente*, como expõe o n. 4 do Capítulo 3 da Parte I.

Antes da edição de sua lei disciplinadora, a “ação direta de inconstitucionalidade por omissão” teve pouca aplicação no Supremo Tribunal Federal. Tanto que a *classe processual* “ação direta de inconstitucionalidade por omissão – ADO” foi criada, naquele Tribunal, somente no ano de 2008. Até então as “ações diretas de inconstitucionalidade” veiculavam, sem qualquer distinção *administrativa* para fins de controle por aquele Tribunal, pretensões que se amoldavam à previsão do precitado art. 103, § 2º, da Constituição Federal. O relatório elaborado pelo Supremo Tribunal Federal, no mês de abril de 2009, sobre as estatísticas relativas aos processos sobre o controle *concentrado* de constitucionalidade (v. n. 2, *supra*) dá conta de, apenas, sete “ações diretas de inconstitucionalidade por omissão”, quatro promovidas por confederações sindicais e entidades de classe, duas por partidos políticos e uma por governador de Estado. Até agosto de 2009, este número era de oito “ações diretas de inconstitucionalidade por omissão”, sendo a oitava de iniciativa do Partido Progressista em face do Governador do Estado de Santa Catarina.

Não obstante a estatística destacada pelo parágrafo anterior, que pode dar impressão errada, alguns casos ilustram suficientemente a importância do instrumento na jurisprudência mais recente do Supremo Tribunal Federal. São de serem destacados os seguintes:

Na ADI 3.682/MT, proposta pela Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso, rel. Min. Gilmar Mendes, j.un. (quanto ao mérito) 9.5.2007, DJe 5.9.2007, reconheceu-se, por unanimidade de votos, a mora do Congresso Nacional na elaboração de lei complementar federal que daria ensejo ao início do prazo para criação, incorporação, fusão e desmembramento de municípios (art. 18, § 4º, da Constituição Federal). O Supremo Tribunal Federal concedeu ao Congresso Nacional o prazo de dezoito meses para que aquele vácuo legislativo fosse preenchido, o que acabou resultando na elaboração da Emenda Constitucional n. 57/2008, que, dentre outras medidas, acabou por convalidar a criação, fusão, incorporação e desmembramento de municípios até 31 de dezembro de 2006, desde que observadas as exigências impostas pela legislação estadual.

Na ADI 3.276/CE, proposta pelo Partido Democrático Trabalhista, rel. Min. Eros Grau, j.un. 2.6.2005, DJe 31.1.2008, o Supremo Tribunal Federal

reconheceu a mora legislativa que obstaculizava os Estados a observarem as regras relativas às carreiras de auditores e membros do Ministério Público Especial junto ao Tribunal de Contas nos Estados.

É bem provável que, com o advento da Lei n. 12.063/2009 e os novos dispositivos por ela incluídos na Lei n. 9.868/1999, a “ação direta de inconstitucionalidade por omissão” seja utilizada mais frequentemente como importante componente do controle *concentrado* de constitucionalidade no sistema brasileiro.

CAPÍTULO 5

Ação declaratória de constitucionalidade

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A “ação declaratória de constitucionalidade” foi introduzida no cenário jurídico nacional pela Emenda Constitucional n. 3/1993 e foi bastante criticada à época, sobretudo pelos constitucionalistas.

Sustentava-se, dentre outros pontos, a sua desnecessidade diante dos avanços que à “ação direta de inconstitucionalidade” haviam sido trazidos pela Constituição Federal de 1988, com especial destaque à ampliação do rol dos legitimados para provocar o Supremo Tribunal Federal a manifestar-se, em abstrato, sobre a constitucionalidade de uma dada norma jurídica. Também destacava-se o argumento de que a rejeição do pedido na “ação direta de inconstitucionalidade” já era o suficiente para reconhecer, para os devidos fins, a *constitucionalidade* da norma jurídica tornando inócua qualquer outra medida que, em última análise, buscava o atingimento do *mesmo* fim.

O Supremo Tribunal Federal teve oportunidade de se manifestar sobre o tema na Questão de Ordem da ADC 1/DF, quando afirmou, embora incidentalmente, a *constitucionalidade* daquele mecanismo como componente do sistema de controle *concentrado* da constitucionalidade brasileiro (STF, Pleno, rel. Min. Moreira Alves, j.m.v. 27.10.1993, DJ 16.6.1995, p. 18212).

A Lei n. 9.868/1999 ocupou-se de disciplinar indistintamente a “ação direta de inconstitucionalidade” como a “ação declaratória de constitucionalidade”. Seu art. 24, ao dispor que “proclamada a constitucionalidade, julgar-se-á improcedente a ação direta ou procedente eventual ação declaratória; e, proclamada a inconstitucionalidade, julgar-se-á procedente a ação direta ou improcedente eventual ação declaratória”, confirma, como destacado acima, a primeira impressão da doutrina. A tutela

jurisdicional obtenível na “ação direta” é idêntica à da “ação declaratória”. Com o advento da Emenda Constitucional n. 45/2004 e a unificação dos legitimados *ativos* para uma e para outra medida (v. n. 2, *infra*), a crítica fica ainda mais evidente.

Não obstante estas considerações, não há como negar que a previsão da “ação declaratória de constitucionalidade”, independentemente da “ação direta de inconstitucionalidade”, é medida que bem se amolda e se justifica no ordenamento jurídico brasileiro. É equivocada, do ponto de vista da tutela jurisdicional, esperar que alguém rompa a inércia da jurisdição na expectativa de que seu pedido seja rejeitado e que, por isso, o *réu* obtenha a tutela jurisdicional desejada. A “ação declaratória de constitucionalidade”, destarte, viabiliza que o Supremo Tribunal Federal seja provocado a reconhecer a *constitucionalidade* da norma jurídica toda a vez que a sua *inconstitucionalidade* comprometer, objetivamente, a presunção de sua conformidade com o ordenamento jurídico. Com a unificação dos legitimados ativos para sua propositura, ademais, todas as críticas que, à época de sua introdução no cenário jurídico nacional, foram feitas quanto à criação de privilégios processuais para determinadas pessoas jurídicas de direito público em detrimento de outros legitimados para a “ação direta de inconstitucionalidade”, perdem sua razão de ser.

De qualquer sorte, é interessante destacar que o número de “ações declaratórias de constitucionalidade” que haviam dado entrada no Supremo Tribunal Federal até o mês de julho de 2009 era de apenas 23, enquanto, no mesmo período, o número das “ações diretas de inconstitucionalidade” era bastante superior, superando 4.280. A diferença que revela o exame destes dados dá conta suficiente da maior importância da “ação direta de inconstitucionalidade” no cenário jurídico brasileiro em detrimento daquele outro veículo do “controle *concentrado* da constitucionalidade”.

Das 23 “ações declaratórias de constitucionalidade”, ademais, somente 14 foram julgadas, sendo que, delas, 8 não foram conhecidas, isto é, não superaram o juízo *positivo* de admissibilidade; 5 foram acolhidas integralmente e 1 foi julgada procedente em parte.

2. LEGITIMADOS ATIVOS

Na sua origem, com a Emenda Constitucional n. 3/1993, os legitimados ativos à “ação declaratória de constitucionalidade” eram sensivelmente mais restritos quando comparados com os legitimados para a “ação direta de inconstitucionalidade”.

Com efeito, o § 4º do art. 103 da Constituição Federal, tal qual criado por aquela Emenda Constitucional, dispunha que “a ação declaratória de constitucionalidade poderá ser proposta pelo Presidente da República, pela Mesa do Senado Federal, pela Mesa da Câmara dos Deputados ou pelo Procurador-Geral da República”.

O art. 13 da Lei n. 9.868/1999 limitou-se a repetir aquele texto.

A Emenda Constitucional n. 45/2004, contudo, acabou por revogar o precitado § 4º do art. 103 da Constituição Federal e, ao dar nova redação ao *caput* (e também a algum dos incisos) do art. 103 da mesma Carta, acabou por *unificar* o rol dos legitimados ativos para a “ação declaratória de constitucionalidade”.

Assim, desde a Emenda Constitucional de 2004, os legitimados para a “ação direta de inconstitucionalidade” são os mesmos para a “ação declaratória de constitucionalidade”, razão pela qual as considerações feitas pelo n. 2 do Capítulo 4 têm pleno cabimento para cá, conquanto não haja nenhuma peculiaridade digna de destaque a respeito do tema.

Até o mês de abril de 2009, de acordo com relatório elaborado pelo Supremo Tribunal Federal, a maior parte das “ações declaratórias de constitucionalidade” que haviam dado entrada naquele Tribunal, tiveram iniciativa em confederações sindicais e em entidades de classe de âmbito nacional (31,8%), seguindo-as o Presidente da República com 22,7% dos pedidos e os Governadores de Estado com 18,2%. A ADC 23/DF, posterior à elaboração daquele relatório, foi ajuizada pela Confederação Nacional da Indústria – CNI e sua inicial foi rejeitada sob o argumento de que nela se buscava o controle abstrato de constitucionalidade de ato infralegal, causador, no máximo, de inconstitucionalidade reflexa. A decisão monocrática proferida pelo Ministro Ricardo Lewandowski (DJe 24.6.2009) foi objeto de agravo *interno*, que aguarda julgamento perante o Plenário daquele Tribunal.

3. LEGITIMADOS PASSIVOS E INFORMAÇÕES

A despeito do silêncio da Lei n. 9.868/1999, é irrecusável que, no *processo* da “ação declaratória de constitucionalidade”, haja oportunidade para ampla defesa e, sobretudo, contraditório. Mesmo em se tratando de “processo *objetivo*”, aqueles princípios constitucionais não podem ser dispensados ou afastados. Sobretudo porque, diferentemente do que se verificou à época de introdução desse mecanismo no ordenamento jurídico brasileiro, a ampliação do rol dos legitimados para a “ação declaratória de constitucionalidade” feita pela Emenda Constitucional n. 45/2004 pode fazer surgir a hipótese em que o legitimado *ativo* não é o editor da norma que pretende reconhecer constitucional. Uma tal constatação é razão suficiente para dar embasamento à conclusão aqui propugnada.

Assim, o art. 6º da Lei n. 9.868/1999 deve ser aplicado por analogia à espécie, cabendo ao relator determinar a colheita das “informações aos órgãos ou às autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado”, que serão prestadas, consoante o parágrafo único do mesmo dispositivo, no prazo de trinta dias do recebimento do pedido respectivo.

Pelas mesmas razões, a oitiva do Advogado-Geral da União não pode ser afastada, malgrado o silêncio do art. 19 da Lei n. 9.868/1999 quando contrastado com o art. 8º da mesma Lei. A lacuna legislativa deve ser entendida no sentido de desnecessidade de uma nova oitiva nos casos em que é sua a iniciativa de provocação do Supremo Tribunal Federal. Quando se tratar de outro legitimado, contudo, é irrecusável que ele também seja ouvido. Trata-se de decorrência irrecusável dos princípios da ampla defesa e do contraditório.

Por fim, o art. 19 da Lei n. 9.868/1999 e, superiormente, o art. 103, § 1º, da Constituição Federal impõem que o Procurador-Geral da República seja ouvido, o que, aceitas as considerações apresentadas pelos parágrafos anteriores, dar-se-á após o prazo das informações.

4. INTERVENÇÃO DE TERCEIROS

O art. 18 da Lei n. 9.868/1999 veda a “intervenção de terceiros no processo de ação declaratória de constitucionalidade”. O texto repete idêntica restrição que consta do *caput* do art. 7º da Lei n. 9.868/1999, o que se justifica por força das considerações expostas pelo n. 4 do Capítulo 4.

Os parágrafos do art. 18 da Lei n. 9.868/1999, contudo, foram vetados quando da promulgação da Lei e, desta forma, não consta previsão expressa que admita a intervenção do *amicus curiae*, a exemplo do que, para a “ação direta de inconstitucionalidade”, autoriza expressamente o § 2º do precitado art. 7º.

O veto presidencial, no particular, não afasta a *necessária* interpretação sistemática da Lei n. 9.868/1999 e, conseqüentemente, a permissibilidade de *amicus curiae* pretender intervir na “ação declaratória de constitucionalidade” para ampliar o *contraditório*, de inspiração constitucional, tornando mais representativa e mais democrática a decisão que, a final, o Supremo Tribunal Federal proferirá. O quanto escrito pelo n. 4 do Capítulo 4 a respeito da “ação direta de inconstitucionalidade”, destarte, tem aplicação para a hipótese, sem prejuízo das considerações mais amplas que justificam aquela modalidade de intervenção de terceiros desde o “modelo constitucional do direito processual civil”, expostas pelo n. 1 do Capítulo 8 da Parte VII do vol. 2, tomo I.

5. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DA PETIÇÃO INICIAL

O art. 14 da Lei n. 9.868/1999 dispõe acerca dos elementos que devem integrar a petição inicial da “ação declaratória de constitucionalidade”.

De acordo com o dispositivo: “Art. 14. A petição inicial indicará: I – o dispositivo da lei ou do ato normativo questionado e os fundamentos jurídicos do pedido; II – o pedido, com suas especificações; III – a existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação declaratória. Parágrafo único. A petição inicial, acompanhada de instrumento de procuração, quando subscrita por advogado, será apresentada em duas vias, devendo conter cópias do ato normativo questionado e dos documentos necessários para comprovar a procedência do pedido de declaração de constitucionalidade”.

A única exigência que a difere da “ação direta de inconstitucionalidade” (v. n. 5 do Capítulo 4) e que, por isso, merece exame nesta sede, é aquela feita pelo inciso III do dispositivo em exame: o legitimado ativo deve comprovar a existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação

da norma jurídica que se pretende ter sua constitucionalidade reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal.

A regra relaciona-se com a própria razão de ser da “ação declaratória de constitucionalidade”, sendo correto entendê-la como indicativo do “interesse de agir”. Não fosse pela circunstância de os órgãos jurisdicionais recusarem a aplicação de uma dada norma jurídica e não haveria razão para provocar o Supremo Tribunal Federal para que se manifestasse a respeito da *constitucionalidade* daquela mesma norma jurídica. O que se pretende com a exigência, destarte, é justificar o porquê da tomada de iniciativa de pleitear, junto ao Supremo Tribunal Federal, que se manifeste sobre o tema, *impondo* uma solução que afastará a instabilidade sobre a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da regra em nome do princípio maior da segurança jurídica.

O art. 15 da Lei n. 9.868/1999, similarmente ao que dispõe o art. 4º da mesma Lei (v. n. 5 do Capítulo 4), autoriza o juízo *negativo* de admissibilidade da petição inicial quando ela for inepta, não fundamentada ou manifestamente improcedente, assegurando, seu parágrafo único, o contraste da decisão monocrática do relator perante o Pleno do Supremo Tribunal Federal, mediante o recurso de “agravo *interno*”. Aqui também, a despeito do silêncio da regra específica, deve ter ampla aplicação o disposto no art. 284 do Código de Processo Civil.

O art. 16 da Lei n. 9.868/1999, por sua vez, não autoriza a desistência da “ação declaratória de constitucionalidade” após sua propositura, isto é, após o proferimento do juízo de admissibilidade pelo Ministro relator. É o que, para a “ação direta de inconstitucionalidade”, prevê o art. 5º da mesma Lei e que traz à tona as mesmas considerações feitas pelo n. 5 do Capítulo 4.

6. OBJETO

O *objeto* da “ação declaratória de constitucionalidade” não traz nenhuma peculiaridade digna de destaque. Vale enfatizar, apenas, a necessidade de o legitimado ativo demonstrar, desde sua petição inicial, que a norma jurídica em questão tem tido sua constitucionalidade colocada em xeque perante os demais órgãos jurisdicionais por força do que expressamente exige o inciso III do art. 14 da Lei n. 9.868/1999 (v. n. 5, *supra*).

No mais, são pertinentes as mesmas considerações que o n. 6 do Capítulo 4 fez a propósito da “ação direta de inconstitucionalidade”.

7. FASE INSTRUTÓRIA

Os §§ 1º a 3º do art. 20 da Lei n. 9.868/1999 reservam para a “ação declaratória de constitucionalidade” as mesmas regras que os §§ 1º a 3º do art. 9º da mesma Lei preveem para a “ação direta de inconstitucionalidade”.

Trata-se, como o n. 7 do Capítulo 4 quer evidenciar, de verdadeira “fase *instrutória*” do processo que tende a viabilizar a realização de um mais amplo contraditório, ainda que institucionalizado, na controvérsia que justifica a manifestação do Supremo Tribunal Federal. A *abertura* para a manifestação das pessoas, das entidades e das instituições referidas nestes dispositivos no âmbito da “ação declaratória de constitucionalidade” é fator de importante *democratização* das decisões do Supremo Tribunal Federal.

8. JULGAMENTO

Os arts. 19 e 20 da Lei n. 9.868/1999, da mesma forma que os arts. 8º e 9º da mesma Lei dispõem para a “ação direta de inconstitucionalidade”, preveem que, colhida a manifestação do Procurador-Geral da República, e superada eventual *instrução* (v. n. 7, *supra*), o relator elaborará seu relatório, distribuindo-o para os demais Ministros do Supremo Tribunal Federal e pedirá dia para que se inicie o julgamento da “ação declaratória de constitucionalidade”.

O quórum de instalação da sessão de julgamento e o quórum para o reconhecimento da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade da norma jurídica são os mesmos que os arts. 22 e 23 da Lei n. 9.868/1999 reservam para a “ação direta de inconstitucionalidade”. A seu respeito, destarte, é suficiente o que, a seu respeito, escreve o n. 8 do Capítulo 4.

9. TUTELA DE URGÊNCIA

O art. 21, *caput*, da Lei n. 9.868/1999 prevê a viabilidade de o Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, deferir “pedido de medida cautelar na ação declaratória de constitucionalidade,

consistente na 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”.

A previsão expressa do exercício do “dever-poder de cautela” na hipótese é digna de destaque para afastar qualquer discussão quanto ao tema, até porque o art. 102, I, “p”, da Constituição Federal limita-se a prever a competência do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar originariamente “o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade”. É certo, contudo, que o Plenário do Supremo Tribunal Federal já havia se posicionado favoravelmente à admissibilidade do exercício daquele dever-poder *também* no âmbito da “ação declaratória de constitucionalidade” (ADC-MC 4/DF, rel. Min. Sydney Sanches, j.m.v. 11.2.1998, DJ 21.5.1999, p. 2).

O dispositivo legal tem o mérito também de permitir que a “medida cautelar” seja analisada e, se o caso, deferida, na própria “ação declaratória de constitucionalidade”, evitando, com isto, a duplicação de atos processuais que deriva do Livro III do Código de Processo Civil.

A previsão, outrossim, autoriza o entendimento de que o disposto no art. 12 da Lei n. 9.868/1999 e a *abreviação procedimental* lá prevista sejam aplicados para a “ação declaratória de constitucionalidade” (v. n. 9 do Capítulo 4). A única ressalva, digna de nota, é que o parágrafo único do art. 21 da Lei n. 9.868/1999 impõe que, concedida a “medida cautelar”, o julgamento realize-se no prazo de cento e oitenta dias, “sob pena de perda de sua eficácia”. A exigência é digna de destaque à luz do “princípio da economia e da eficiência processuais” expressamente previsto no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal (v. n. 15 do Capítulo 1 da Parte II do vol. 1).

Concedida a “medida cautelar”, prossegue o mesmo parágrafo único, a parte dispositiva da decisão será publicada em seção especial do Diário Oficial da União no prazo de dez dias, tendo início o prazo de cento e oitenta dias para que o julgamento se realize como acima referido.

10. RECURSOS

O art. 26 da Lei n. 9.868/1999, aplicável indistintamente para a “ação direta de inconstitucionalidade” e para a “ação declaratória de

constitucionalidade”, prevê que o único recurso cabível da decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal na “ação declaratória de constitucionalidade” sejam os embargos de declaração. O dispositivo também veda que a decisão, uma vez transitada em julgado, seja objeto de “ação rescisória”. Aplicam-se, aqui, as mesmas considerações feitas pelo n. 10 do Capítulo 4.

11. EXECUÇÃO

A exemplo do que o n. 11 do Capítulo 4 trata com relação à “ação direta de inconstitucionalidade”, também a decisão proferida na “ação declaratória de constitucionalidade” tem, por força do art. 102, § 2º, da Constituição Federal, eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes contra os demais órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo em todas as órbitas federais.

Cabe destacar, a título de curiosidade histórica, que a Emenda Constitucional n. 3/1993, ao introduzir a “ação declaratória de constitucionalidade” no ordenamento jurídico brasileiro, emprestou a ela efeitos vinculantes, em uma época em que não era clara a existência, ou não, de tal característica para a “ação direta de inconstitucionalidade”. A questão começou a ganhar forma com a Lei n. 9.868/1999, cujo art. 28, parágrafo único, prevê expressamente a vinculação do quanto decidido em uma e em outra forma de exercício do controle concentrado de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, e eventual dúvida sobre a *constitucionalidade* daquele dispositivo restou superada com a nova redação que ao precitado § 2º do art. 102 da Constituição Federal deu a Emenda Constitucional n. 45/2004.

Eventual descumprimento do quanto decidido pelo Supremo Tribunal Federal naquela sede rende ensejo à apresentação de “reclamação” perante aquele Tribunal, assunto ao qual se volta o Capítulo 3 da Parte III do vol. 5.

12. A “AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE” NO ÂMBITO DOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA DOS ESTADOS E DO DISTRITO FEDERAL

Apesar do silêncio da Constituição Federal e da Lei n. 9.868/1999, não há razão para descartar que a “ação declaratória de constitucionalidade” seja instrumento utilizável no âmbito dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal e Territórios, respeitado, evidentemente, o “modelo constitucional”, cujo paralelismo é estruturante de toda a organização judiciária nacional (v. n. 6 do Capítulo 3 da Parte II do vol. 1).

A Lei n. 11.697/2008, que dispõe sobre a organização judiciária do Distrito Federal e dos Territórios, é expressa, em seu art. 8º, I, “o”, quanto ao tema, assegurando, para tanto, a competência originária do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, a indicar o acerto da conclusão exposta pelo parágrafo anterior. O § 1º do mesmo art. 8º, por seu turno, outorga ao Regimento Interno daquele Tribunal competência para disciplinar o procedimento da “ação declaratória”, observando-se o disposto nos §§3º e 4º do mesmo dispositivo legal.

13. “AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO”

Dada a razão de ser da “ação declaratória de constitucionalidade”, não há espaço para se conceber que ela se justifique pela *omissão* das autoridades competentes para editar normas jurídicas, diferentemente do que o § 2º do art. 103 da Constituição Federal prevê para a “ação direta de inconstitucionalidade” (v. n. 13 do Capítulo 4).

O comportamento *comissivo* dos editores de normas jurídicas ao lado da controvérsia sobre sua constitucionalidade (v. n. 5, *supra*) são, conjugados, fatores essenciais para esta forma de exercício do controle *concentrado* da constitucionalidade.

CAPÍTULO 6

Arguição de descumprimento de preceito fundamental

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A “arguição de descumprimento de preceito fundamental” é novidade trazida pela Constituição Federal de 1988, expressamente prevista no § 1º do art. 102 nos seguintes termos: “A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei”.

A Lei n. 9.882, de 3 de dezembro de 1999, editada por expressa imposição do referido dispositivo constitucional, disciplinou o instituto que, até então, não era admitido pelo Supremo Tribunal Federal que entendia, o referido dispositivo constitucional, como sendo de “eficácia *contida*”, isto é, carecedor de regulamentação legal para produzir os seus regulares efeitos. Neste sentido: STF, Pleno, Pet-QO 1.365/DF, rel. Min. Néri da Silveira, j.un. 3.12.1997, DJ 23.3.2001, p. 86; STF, Pleno, Pet-AgR 1.140/TO, rel. Min. Sydney Sanches, j.un. 2.5.1996, DJ 31.5.1996, p. 18.803, e STF, 2ª Turma, AI-AgR 145.860/SP, rel. Min. Marco Aurélio, j.un. 9.2.1993, DJ 12.3.1993, p. 3563.

Trata-se de instrumento que compõe, ao lado da “ação direta de inconstitucionalidade” e da “ação declaratória de constitucionalidade”, o controle *concentrado* de constitucionalidade do direito brasileiro.

De acordo com relatório elaborado pelo Supremo Tribunal Federal, no mês de abril de 2009, a “arguição de descumprimento de preceito fundamental” é o segundo mecanismo mais utilizado no âmbito do controle *concentrado* de constitucionalidade perante aquela Corte, perdendo espaço, apenas, para a “ação direta de inconstitucionalidade” (v. n. 2 do Capítulo 4). Àquela época, haviam sido apresentadas ao Supremo Tribunal Federal 166

“arguições de descumprimento de preceito fundamental”, das quais 101 já haviam sido julgadas. Entre elas, 97 (58,4%) não haviam superado o juízo *positivo* de admissibilidade, 3 haviam sido julgadas *procedentes* e as demais, 54 (32,5%), aguardavam, ainda, julgamento.

2. LEGITIMADOS ATIVOS

Os legitimados ativos para a “arguição de descumprimento de preceito fundamental” são previstos pelo art. 2º da Lei n. 9.882/1999.

De acordo com o inciso I daquele dispositivo, “podem propor arguição de descumprimento de preceito fundamental: I – os legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade”.

Com relação àqueles legitimados, que constam do art. 103 da Constituição Federal, na redação que lhe deu a Emenda Constitucional n. 45/2004, são suficientes as considerações que faz o n. 2 do Capítulo 4, inclusive no que diz respeito ao necessário prevalectimento daquele rol diante do que consta do art. 2º da Lei n. 9.868/1999.

Assim, as mesmas exigências e discussões cabíveis com relação àqueles entes têm plena aplicação para a “arguição de descumprimento de preceito fundamental”. Tanto que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por unanimidade de votos, já teve oportunidade de decidir que “quem não tem legitimidade para propor ação direta de inconstitucionalidade, não a tem para ação de descumprimento de preceito fundamental” (AgRg na ADPF 148/SP, rel. Min. Cezar Peluso, j.un. 3.12.2008, DJe 6.2.2009). Tratava-se de pedido formulado por Prefeito Municipal que, como se verifica do art. 103 da Constituição Federal, não tem legitimidade para a “ação direta de inconstitucionalidade”.

No relatório elaborado pelo Supremo Tribunal Federal do qual deu notícia o n. 1, *supra*, lê-se que a maior parte das “arguições de descumprimento de preceito fundamental” que foram apresentadas àquele Tribunal (29,5% do total) tiveram como legitimados ativos as confederações sindicais e as entidades de classe de âmbito nacional.

O inciso II do art. 2º da Lei n. 9.882/1999 previa, originariamente, a legitimidade de “qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público” para a “arguição de descumprimento de preceito fundamental”. O dispositivo foi vetado pelo Presidente da República quando da promulgação

da Lei com o argumento de que: “A admissão de um acesso individual e irrestrito é incompatível com o controle concentrado de legitimidade dos atos estatais – modalidade em que se insere o instituto regulado pelo projeto de lei sob exame. A inexistência de qualquer requisito específico a ser ostentado pelo proponente da arguição e a generalidade do objeto da impugnação fazem presumir a elevação excessiva do número de feitos a reclamar apreciação pelo Supremo Tribunal Federal, sem a correlata exigência de relevância social e consistência jurídica das arguições propostas. (...) De resto, o amplo rol de entes legitimados para a promoção do controle abstrato de normas inscrito no art. 103 da Constituição Federal assegura a veiculação e a seleção qualificada das questões constitucionais de maior relevância e consistência, atuando como verdadeiros agentes de representação social e de assistência à cidadania. Cabe igualmente ao Procurador-Geral da República, em sua função precípua de Advogado da Constituição, a formalização das questões constitucionais carentes de decisão e socialmente relevantes. Afigura-se correto supor, portanto, que a existência de uma pluralidade de entes social e juridicamente legitimados para a promoção de controle de constitucionalidade – sem prejuízo do acesso individual ao controle difuso – torna desnecessário e pouco eficiente admitir-se o excesso de feitos a processar e julgar certamente decorrentes de um acesso irrestrito e individual ao Supremo Tribunal Federal. Na medida em que se multiplicam os feitos a examinar sem que se assegure sua relevância e transcendência social, o comprometimento adicional da capacidade funcional do Supremo Tribunal Federal constitui inequívoca ofensa ao interesse público”.

Subsistiu no ordenamento, contudo, o § 1º do art. 2º da Lei n. 9.882/1999, segundo o qual o “interessado”, isto é, qualquer cidadão, pode representar ao Procurador-Geral da República para que ele provoque a manifestação do Supremo Tribunal Federal em sede de “arguição de descumprimento de preceito fundamental”. De acordo com o dispositivo, o Procurador-Geral da República, que é o chefe do Ministério Público da União (v. n. 3.3 do Capítulo 4 da Parte II do vol. 1), examinará os fundamentos jurídicos do pedido que lhe for encaminhado, decidindo acerca da apresentação, ou não, da medida.

A previsão, que aproxima a “arguição de descumprimento de preceito fundamental” à “representação de inconstitucionalidade”, conhecida, pelo direito brasileiro antes da Constituição Federal de 1988 (v. n. 3 do Capítulo 2 da Parte II do vol. 1), preenche adequada e suficientemente a lacuna criada pelo veto apostado ao inciso II do art. 2º em análise.

3. LEGITIMADOS PASSIVOS

O art. 6º da Lei n. 9.882/1999 autoriza que o Ministro que for sorteado como relator da “arguição de descumprimento de preceito fundamental” solicite “as informações às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado, no prazo de dez dias”. O art. 5º, § 2º, do mesmo diploma legal, a propósito da “liminar” passível de ser concedida naquele processo, também prevê a possibilidade de o relator ouvir os órgãos ou autoridades responsáveis pelo ato questionado, além do Advogado-Geral da União.

Embora os dispositivos não sejam claros a respeito, é inegável que o editor – ou, em sendo mais de um, os editores – do ato normativo questionado (v. n. 6, *infra*) são os legitimados *passivos* da “arguição de descumprimento de preceito fundamental”, e é nesta qualidade que devem ser *citados* para manifestarem-se perante o Supremo Tribunal Federal acerca das alegações feitas pelo legitimado ativo.

É daquelas autoridades o ônus de estabelecer o devido *contraditório*, como dá a entender o art. 7º da Lei n. 9.882/1999 quando autoriza o relator, após o prazo das “informações”, pedir dia para julgamento, reservando, de qualquer sorte, o prazo de cinco dias para que o Procurador-Geral da República manifeste-se no caso quando não tiver sido ele o *autor* do pedido. Sua atuação, para os fins do parágrafo único do referido dispositivo, é inegavelmente de *custos legis*.

4. INTERVENÇÃO DE TERCEIROS

A Lei n. 9.882/1999 não prevê a possibilidade de intervenção de quaisquer terceiros, nem mesmo, ainda que sem nominá-lo, do *amicus curiae*. Não há naquele diploma legislativo regra similar àquela constante do § 2º do art. 7º da Lei n. 9.868/1999 para a ação direta de inconstitucionalidade (v. n. 4 do Capítulo 4).

O que existe, para a arguição de descumprimento de preceito fundamental, é aquilo que pode ser chamado de “abertura procedimental” no sentido de que, também nesta sede, é dado ao relator “instruir” o processo, colhendo informações que lhe pareçam importantes para decidir acerca do descumprimento, ou não, do preceito fundamental.

Assim, de forma similar ao que a Lei n. 9.868/1999 reserva para as “ações diretas de inconstitucionalidade” (arts. 6º, 8º e 9º; v. n. 7 do Capítulo 4) e para as “ações declaratórias de constitucionalidade” (arts. 19 e 20; v. n. 7 do Capítulo 5), a Lei n. 9.882/1999 prevê que o relator da “arguição de descumprimento de preceito fundamental” possa ouvir “... os órgãos ou autoridades responsáveis pelo ato questionado, bem como o Advogado-Geral da União ou o Procurador-Geral da República, no prazo comum de cinco dias” antes da apreciação de pedido de liminar (art. 5º, § 2º). Também que ele pode, depois de apreciado o pedido de liminar, solicitar informações às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado, no prazo de dez dias (art. 6º). Ainda, e desde que entenda necessário, “... poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria” (art. 6º, § 1º). E, por fim, a critério do relator, poderão ser autorizadas “... a sustentação oral e juntada de memoriais por requerimento dos interessados no processo” (art. 6º, § 2º). O Ministério Público atuará como *custos legis* em todas as arguições de descumprimento de preceito fundamental que não tiver ajuizado (art. 7º, parágrafo único, da Lei n. 9.882/1999).

Considerando, contudo, que a “arguição de descumprimento de preceito fundamental” pode assumir a feição de controle *abstrato e concentrado* de constitucionalidade e ter, por isso mesmo, efeitos *erga omnes* e efeitos vinculantes (v. n. 8, *infra*), não há como afastar a possibilidade de entidades de classe ou outros órgãos representativos de segmentos sociais pleitearem seu ingresso na qualidade de *amicus curiae*, fundamentando-se não só no art. 7º, § 2º, da Lei n. 9.868/1999, aplicável para a espécie por analogia, mas, superiormente, como decorrência do “modelo constitucional do direito processual civil”. Têm incidência aqui as mesmas considerações feitas pelo n. 4 do Capítulo 5 para a “ação declaratória de constitucionalidade”.

Até porque o § 2º do art. 6º da Lei n. 9.882/1992, ao facultar ao relator a admissão de sustentação oral e a apresentação de memoriais por requerimento de “interessados”, deve ser lido amplamente para abranger naquele conceito também a manifestação de eventual *amicus curiae*.

Não obstante, a intervenção do *amicus curiae* nas arguições de descumprimento de preceito fundamental já foi rejeitada pelo Supremo Tribunal Federal.

Na ADPF 54/DF, proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde, que cuida da licitude, ou não, de aborto de fetos sem cérebro (anencefalia), o relator, Ministro Marco Aurélio, entendeu ser o caso de indeferir o ingresso da Confederação Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) na qualidade de *amicus curiae*. Negou, para tanto, a possibilidade de aplicação, por analogia, do disposto no art. 7º, § 2º, da Lei n. 9.868/1999, para a ação direta de inconstitucionalidade, ao procedimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental e, mais do que isto, salientou que a admissão do *amicus curiae* dependeria de reputar o relator, a seu critério exclusivo, oportuna a oitiva. De acordo com o entendimento de Sua Excelência, não existiria um “direito subjetivo público” de se pretender o ingresso na qualidade de *amicus* nestes casos. É o relator (e não quem pretende intervir) que pode entender oportuna a oitiva de segmentos representativos da sociedade.

O Ministro Marco Aurélio, no caso acima destacado, embora provocado para tanto, não reconsiderou sua decisão. Entendeu, contudo, determinar, ele próprio, a oitiva de diversos segmentos da sociedade brasileira sobre a questão, dada a patente polêmica que o tema envolvia e todos os valores nele representados, que extrapolam – e em muito – o campo exclusivamente jurídico. Evitou, é certo, tratar esta convocação com o nome de *amicus curiae*, preferindo o nome de “audiência pública”. Não há como negar, entretanto, a similaridade entre as figuras ou, quando menos, da função que a oitiva de todos estes segmentos da sociedade civil tem capacidade de assumir para o julgamento da causa (j. 28.9.2004, DJ 5.10.2004, p. 4).

A mesma sorte acabou sendo reservada para diversas outras “arguições de descumprimento de preceito fundamental” em que, com fundamento no art. 6º, § 1º, da Lei n. 9.882/1999, têm sido realizadas audiências públicas,

recusada a intervenção de terceiros para atuar no processo na qualidade de *amicus curiae*.

Não há por que discordar desta prática, que se vem mostrando cada vez mais comum no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Até porque seus efeitos práticos coincidem com os que adviriam de manifestações *espontâneas* de *amici curiae*. O que releva destacar, no entanto, é que a “convocação” da audiência pública por parte do Relator é forma, ainda que indireta, de inibir a *voluntariedade* na manifestação e, pois, de reduzir ou, quando menos, de *controlar* a forma de acesso ao Supremo Tribunal Federal nas hipóteses em que o controle concentrado de constitucionalidade está sendo exercido. É buscar “transformar” uma intervenção que pode ser *espontânea* em uma intervenção “*provocada*”, partindo do pressuposto que, com esta alteração, o magistrado pode manter maior controle daqueles que intervêm no processo, mesmo que na qualidade de *amicus curiae*.

Sobre o tema cabe destacar, ainda, uma questão que decorre da restrição que, com o veto presidencial ao art. 2º, II, da Lei n. 9.882/1999, acabou por caracterizar o rol de legitimados ativos para a “arguição de descumprimento de preceito fundamental” (v. n. 2, *supra*).

Na exata medida em que se pode concordar com as razões do veto no sentido de o cidadão brasileiro, por si só, individualmente considerado, não ser tido como “portador adequado” de determinadas questões para a apreciação do Supremo Tribunal Federal, não é menos certo que, como sua necessária decorrência, deve ser incentivada a participação, ainda que indireta, de todos aqueles que possam, em alguma medida, contribuir para uma melhor (e mais democrática) decisão do Supremo Tribunal Federal no âmbito da “arguição de descumprimento de preceito fundamental”. É este o papel, como acentua o n. 3 do Capítulo 8 da Parte VII do vol. 2, tomo I, que desempenha o *amicus curiae*.

Assim, não obstante o silêncio da Lei n. 9.882/1999, e não obstante as considerações acima destacadas a respeito da realização das “audiências públicas”, não há como recusar a possibilidade de intervenção de *amicus curiae* também na “arguição de descumprimento preceito fundamental” perante o Supremo Tribunal Federal, até mesmo por força da aplicação analógica do art. 7º, § 2º, da Lei n. 9.868/1999 à hipótese. Trata-se de entendimento que vem sendo acolhido em diversas oportunidades por aquele

Tribunal como se vê das decisões proferidas, dentre outros, nos seguintes processos: ADPF 33/PA, rel. Min. Gilmar Mendes; ADPF 46/DF, rel. Min. Marco Aurélio; ADPF 70/DF, rel. Min. Marco Aurélio e ADPF 73/DF, rel. Min. Eros Grau. O art. 154 do RISTF, alterado pela Emenda Regimental n. 29/2009, é amplo o suficiente para albergar esta conclusão.

5. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DA PETIÇÃO INICIAL

A petição inicial da “arguição de descumprimento de preceito fundamental” deve observar, no que tange à sua regularidade, o disposto no art. 3º da Lei n. 9.882/1999.

De acordo com o dispositivo, “a petição inicial deverá conter: I – a indicação do preceito fundamental que se considera violado; II – a indicação do ato questionado; III – a prova da violação do preceito fundamental; IV – o pedido, com suas especificações; V – se for o caso, a comprovação da existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação do preceito fundamental que se considera violado”.

A exigência do inciso V é tanto mais importante para demonstrar, a exemplo do que se dá para a “ação declaratória de constitucionalidade”, a *necessidade* de manifestação do Supremo Tribunal Federal quanto ao tema para coibir a multiplicação da questão perante os demais órgãos jurisdicionais (assim, v.g.: STF, Pleno, ADPF 101/DF, rel. Min. Cármen Lúcia, j.m.v. 24.6.2009, DJe 4.6.2012). Tanto assim que o § 1º do art. 6º da Lei n. 9.882/1999 autoriza ao relator, dentre outras providências que se justifiquem à guisa de *instrução* do processo (v. n. 7, *infra*), a oitiva das “partes nos processos que ensejaram a arguição”. A exigência e a iniciativa não têm o condão de transformar a “arguição de descumprimento de preceito fundamental” em instrumento do controle *difuso* da constitucionalidade, mas, bem diferentemente, de mostrar e justificar a razão última de ser do controle *concentrado*. Como em qualquer outra forma de manifestação do Poder Judiciário, a finalidade última é a de prestar tutela jurisdicional para situações concretas, para regular relações jurídicas que já existem ou que estão para existir entre pessoas de direito público ou de direito privado.

O parágrafo único do art. 3º da Lei n. 9.882/1999, complementando as exigências feitas por seu *caput*, determina que a petição inicial seja, quando for o caso, acompanhada de instrumento de mandato e que seja apresentada em duas vias. Além disto, deverá trazer cópia do ato questionado e os documentos necessários para comprovar a alegação.

É a apresentação de tais documentos que viabiliza ao relator determinar a quem de direito a prestação das informações nos moldes do art. 5º, § 2º, e art. 6º, *caput*, ambos da Lei n. 9.882/1999.

O art. 4º, *caput*, da mesma Lei autoriza o relator a proferir o juízo *negativo* de admissibilidade da petição inicial “quando não for o caso de arguição de descumprimento de preceito fundamental, faltar algum dos requisitos prescritos nesta Lei ou for inepta”. Da decisão cabe o recurso de agravo *interno* no prazo de cinco dias (art. 4º, § 2º, da Lei n. 9.882/1999).

O rigor do referido art. 4º, *caput*, deve ser mitigado com a interpretação que o n. 4 do Capítulo 2 da Parte II do vol. 2, tomo I, propõe para o art. 284 do Código de Processo Civil. Sempre que possível, o relator *deverá* determinar a emenda da petição inicial, mormente quando a falta de “algum dos requisitos prescritos nesta Lei” for de conteúdo meramente *formal*.

6. OBJETO

A “arguição de descumprimento de preceito fundamental”, de acordo com o art. 1º da Lei n. 9.882/1999, “terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público”, sendo certo que ela também é cabível, de acordo com o inciso I do parágrafo único do mesmo dispositivo, “quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição”.

A melhor interpretação para a regra é a de entender contrastáveis pela “arguição de descumprimento de preceito fundamental” todos aqueles atos normativos que não são passíveis de terem a sua constitucionalidade controlada, perante o Supremo Tribunal Federal, pela “ação direta de inconstitucionalidade” ou pela “ação declaratória de constitucionalidade”. É o que se dá para os atos normativos infralegais (v. n. 6 do Capítulo 4) e para as leis editadas antes do advento da Constituição Federal de 1988, desde

que eles estejam em confronto com preceito fundamental da Constituição atual.

O entendimento do parágrafo anterior tem a grande vantagem de completar adequada e suficientemente as formas de controle concentrado da constitucionalidade no direito brasileiro, evitando que o modelo deixe carente de tutela jurisdicional qualquer norma jurídica, inclusive no plano *objetivo* ou *abstrato* perante o Supremo Tribunal Federal. Vale ressaltar, contudo, que o Ministro Néri da Silveira, relator originário da ADI 2.231/DF, deferiu em parte a liminar pedida pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil com relação a esse dispositivo “para excluir, de sua aplicação, controvérsia constitucional concretamente posta em juízo”. Como ainda não houve a conclusão do julgamento, a regra mantém-se em vigor.

As conclusões anteriores, contudo, merecem ser ressalvadas à luz do § 1º do art. 4º da Lei n. 9.882/1999, segundo o qual: “Não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade”. Trata-se do que vem chamado de “princípio da subsidiariedade” (STF, Pleno, ADPF 33/PA, rel. Min. Gilmar Mendes, j.m.v. 7.12.2005, DJ 27.10.2006, p. 31), a ser entendido no sentido do descabimento da “arguição de descumprimento de preceito fundamental” toda a vez que os demais mecanismos processuais, inclusive os incidentais nos processos em curso, forem aptos a evitar a consumação de lesões ou ameaças a afirmações de direito. Para tanto, convém destacar que eventual insucesso no manejo daqueles meios não significa a abertura para a “arguição de descumprimento de preceito fundamental”. Nesse sentido: STF, Pleno, ADPF 83/ES, rel. Min. Carlos Britto, j.un. 2.4.4.2008, DJe 31.7.2008.

A expressão “preceito fundamental”, por fim, merece interpretação ampla e abrangente. Ela deve compreender quaisquer dispositivos constitucionais estruturantes do Estado brasileiro e dos direitos e das garantias individuais e coletivos. Assim, por exemplo, os Títulos I e II da Constituição Federal (arts. 1º a 17); os princípios contidos no art. 37, VII; o art. 60, § 4º (cláusulas pétreas); as garantias decorrentes do sistema tributário nacional (arts. 145 a 152), os princípios fundantes da atividade econômica (art. 170),

bem como os direitos e os deveres estabelecidos no VIII, dedicado à ordem social.

7. FASE INSTRUTÓRIA

A exemplo do que se dá com a “ação direta de inconstitucionalidade” (v. n. 7 do Capítulo 4) e com a “ação declaratória de constitucionalidade” (v. n. 7 do Capítulo 5), o art. 6º da Lei n. 9.882/1999 prevê a possibilidade de haver uma verdadeira “fase *instrutória*” no processo da “arguição de descumprimento de preceito fundamental”.

Assim, solicitadas as informações às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado – reservado o prazo de dez dias para que elas sejam prestadas –, o § 1º do art. 6º daquela Lei autoriza o relator a “ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria”.

Além disso, o § 2º do mesmo dispositivo permite ao relator autorizar a sustentação oral, assim como a juntada de “memoriais, por requerimento dos interessados no processo”.

Sem prejuízo das considerações que, a propósito, faz o n. 4, *supra*, acerca destes dispositivos e da abertura *procedimental* por eles autorizada, viabilizadora de uma mais ampla *participação* de determinados segmentos da sociedade civil e do próprio Estado no *processo* decisório do Supremo Tribunal Federal, é irrecusável que as providências previstas nos §§ 1º e 2º do art. 6º da Lei n. 9.882/1999 têm, todas elas, como objetivo maior criar condições de *aprimorar* o grau de *cognição* e de *convencimento* dos Ministros daquele Tribunal. É neste sentido que devem ser compreendidas como formas de *instrução* do processo que, como tais, devem ser incentivadas e ampliadas.

8. JULGAMENTO

Após o prazo das informações, das eventuais diligências autorizadas pelos §§ 1º e 2º do art. 6º da Lei n. 9.882/1999, da oitiva do Procurador-Geral da República quando não tiver sido ele o *autor* da “arguição de

descumprimento de preceito fundamental” (v. n. 2, *supra*), o relator elaborará o relatório, enviando cópia para os demais Ministros, e solicitará dia para o julgamento (art. 7º, *caput*, da Lei n. 9.882/1999).

O § 2º do art. 6º da Lei n. 9.882/1999, vale o destaque, admite a sustentação oral pelos “interessados no processo”, decidindo, a respeito, o relator.

O art. 8º da Lei n. 9.882/1999 exige, para que a decisão seja tomada, a presença, na sessão de julgamento respectiva, de pelo menos dois terços dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, isto é, oito Ministros.

Quando da promulgação da Lei n. 9.882/1999 foram vetados os dois parágrafos do referido art. 8º. O § 1º exigia para a *procedência* ou para a *improcedência* do pedido formulado na “arguição de preceito fundamental” a manifestação, em um ou em outro sentido, de, pelo menos, dois terços dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. O § 2º, por sua vez, previa que o julgamento deveria ser suspenso caso não fosse alcançada a maioria necessária para sua realização até que se realizasse sessão plenária em que o quórum mínimo de votos pudesse ser alcançado.

A razão do veto aos dois dispositivos foi a de que a exigência legal teria condições de criar obstáculo ao julgamento da “arguição de descumprimento de preceito fundamental” ao impor a observância de um quórum ainda mais elevado do que aquele exigido pelo art. 23, *caput*, da Lei n. 9.868/1999, de seis Ministros, para a procedência ou improcedência da “ação direta de inconstitucionalidade” ou da “ação declaratória de constitucionalidade” (v. n. 8 do Capítulo 4 e n. 8 do Capítulo 5).

Sem regra expressa a respeito na Lei n. 9.882/1999, é correto o entendimento de que o acolhimento do pedido feito na “arguição de descumprimento de preceito fundamental”, respeitado o quórum relativo à realização da sessão de julgamento, deve-se dar pela maioria dos membros do Supremo Tribunal Federal, isto é, por, pelo menos, seis Ministros. A interpretação deve prevalecer sobre qualquer outra até como forma de compatibilizar o quórum imposto pelo art. 5º, *caput*, da mesma Lei ao julgamento da “medida liminar” (v. n. 9, *infra*).

Mesmo com o veto do § 2º do art. 8º da Lei n. 9.882/1999, é de ser aplicado, por analogia, o disposto no parágrafo único do art. 23 da Lei n. 9.868/1999 quanto à necessidade de *suspensão* da sessão de julgamento

para aguardar o quórum exigido pelo *caput* do artigo para sua instauração ou prosseguimento.

Julgada a “arguição de descumprimento de preceito fundamental”, comunicar-se-á as “autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental” (art. 10, *caput*, da Lei n. 9.882/1999).

A decisão deve ser cumprida de imediato, independentemente da lavratura do acórdão (art. 10, § 1º, da Lei n. 9.882/1999), sendo certo que, uma vez transitada em julgado, sua parte dispositiva será publicada em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União (art. 10, § 2º, da Lei n. 9.882/1999).

O § 3º do art. 10 da Lei n. 9.882/1999 prevê que a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em “arguição de preceito fundamental” tem “eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público”. A previsão, apesar de não ter respaldo expresso na Constituição Federal, deve ser prestigiada porque se apresenta em consonância com os meios de controle *concentrado* da constitucionalidade, fazendo eco, destarte, ao que o art. 102, § 2º, da Constituição Federal reserva para a “ação direta de inconstitucionalidade” e para a “ação declaratória de constitucionalidade”.

O art. 11 da Lei n. 9.882/1999, similarmente ao que o art. 27 da Lei n. 9.868/1999 prevê para a “ação direta de inconstitucionalidade” e para a “ação declaratória de constitucionalidade”, autoriza que o Supremo Tribunal Federal, desde que por maioria de dois terços de seus membros, restrinja os efeitos da decisão tomada na “arguição de descumprimento de preceito fundamental” quando ela resultar na declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo ou determine que a decisão só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado desde que haja razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social.

Aqui, a exemplo do que escreve o n. 8 do Capítulo 4, o sentido da regra é permitir, ao Supremo Tribunal Federal, que regulamente eventuais consequências de seu julgamento, preocupando-se com os efeitos concretos, e do impacto da sua decisão em relações jurídicas concretas que existam – quiçá por longos anos – antes de seu julgamento final.

9. TUTELA DE URGÊNCIA

O art. 5º, *caput*, da Lei n. 9.882/1999 disciplina a possibilidade de ser deferido “pedido de medida liminar na arguição de descumprimento de preceito fundamental”.

Tal medida, a exemplo do que se dá para a “ação direta de inconstitucionalidade” (v. n. 9 do Capítulo 4) e para a “ação declaratória de constitucionalidade” (v. n. 9 do Capítulo 5), deve ser entendida como a decisão (colegiada ou monocrática) que *antecipa*, no todo ou em parte, o resultado pretendido a final pelo legitimado ativo da “arguição de descumprimento de preceito fundamental”. De acordo com a expressa previsão do § 3º do art. 5º da Lei n. 9.882/1999, outrossim, a medida liminar pode significar a determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processo ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da “arguição de descumprimento de preceito fundamental”, salvo de decorrentes de coisa julgada. O Ministro Néri da Silveira do Supremo Tribunal Federal, relator originário da ADI 2.231/DF, declarou a inconstitucionalidade do dispositivo em sede de cautelar. Ainda não houve a conclusão do julgamento pelo que a regra mantém-se incólume no ordenamento jurídico.

A formulação do pedido de medida liminar, sua análise e seu deferimento não reclamam um “outro” processo (um “processo *cautelar*”). Trata-se de requerimento a ser feito e, consoante o caso, concedido no *mesmo* processo da “arguição de preceito fundamental” em caráter *incidental*. Apesar do silêncio do art. 3º da Lei n. 9.882/1999 (v. n. 5, *supra*), um tal pedido pode ser feito desde a apresentação da petição inicial.

O *caput* do art. 5º da Lei n. 9.882/1999 reserva, para o deferimento do pedido, a observância do quórum correspondente à maioria absoluta dos membros do Supremo Tribunal Federal, isto é, o pedido só pode ser concedido se votarem, neste sentido, seis Ministros do Supremo Tribunal Federal. Como o tema não é tratado pela Constituição Federal, a disparidade do número de Ministros para a hipótese, quando comparado com o dos Ministros que devem estar presentes ao julgamento *final* (v. n. 8, *supra*), não pode ser recusada pelo intérprete. Trata-se de legítima opção política feita pelo legislador ordinário.

O § 1º do art. 5º da Lei n. 9.882/1999 autoriza o relator a, “em caso de extrema urgência ou perigo de lesão grave, ou ainda, em período de recesso”, conceder o pedido de medida liminar. O dispositivo vale-se da expressão “*ad referendum* do Tribunal Pleno”, a ser entendida como verdadeira condição *resolutiva* da decisão monocrática. A decisão surtirá seus efeitos até que o Pleno do Supremo Tribunal Federal manifeste-se a seu respeito *independentemente* da interposição de qualquer recurso pelos interessados. Apesar disto, não há por que deixar de conhecer eventual agravo interposto pelo interessado como já teve oportunidade de decidir o Plenário do STF no julgamento da ADPF-AgR 79/DF, rel. Min. Cezar Peluso, j.m.v. 18.6.2007, DJ 17.8.2007, p. 23.

Mesmo nos casos previstos no referido § 1º, é dado ao relator, como se lê do § 2º do art. 5º da Lei n. 9.882/1999, colher a prévia oitiva dos órgãos ou autoridades responsáveis pelo ato questionado e também do Advogado-Geral da União ou do Procurador-Geral da República no prazo comum de cinco dias. Trata-se de providência salutar que, em nome do princípio do contraditório, deve ser observada *sempre que* a “extrema urgência” ou o “perigo de lesão grave” não forem tamanhos que a prévia oitiva daquelas pessoas puder comprometer a eficácia da tutela jurisdicional pretendida com a provocação do Supremo Tribunal Federal.

10. RECURSOS

O art. 12 da Lei n. 9.882/1999 prescreve a irrecorribilidade da decisão tomada na “arguição de descumprimento de preceito fundamental”, além de colocá-la a salvo da “ação rescisória”.

A comparação do dispositivo com o art. 26 da Lei n. 9.868/1999 revela que para cá sequer os embargos de declaração são excepcionados.

Considerando a razão de ser daquele recurso, máxime quando devidamente contextualizado no “modelo constitucional do direito processual civil”, como decorrência do “princípio da *motivação*” (v. n. 1 do Capítulo 8 da Parte I do vol. 5), não há por que negar o seu cabimento quando presentes seus pressupostos autorizadores (art. 535 do Código de Processo Civil).

De qualquer sorte, mesmo quando apresentados os declaratórios, é importante que as comunicações exigidas pelo art. 10, *caput*, da Lei n.

9.882/1999 (v. n. 8, *supra*) sejam realizadas, a não ser que o relator decida diferentemente, dando ao recurso efeito *suspensivo*.

11. EXECUÇÃO

Além do que o n. 8, *supra*, acentuou quanto à necessidade de *imediato* cumprimento da decisão tomada na “arguição de descumprimento de preceito fundamental” com base no que dispõe o § 1º do art. 10 da Lei n. 9.868/1999, o art. 13 da mesma Lei prevê, expressamente, o cabimento de *reclamação* contra o ato que conflitar com o quanto decidido pelo Supremo Tribunal Federal naquela sede. A previsão afina-se ao caráter *vinculante* da decisão a ser proferida nos termos do § 3º do mesmo art. 10 (v. n. 8, *supra*).

O dispositivo faz remissão aos arts. 156 a 162 do Regimento Interno daquele Tribunal, que disciplinam aquele sucedâneo recursal que, pelas razões apresentadas pelo n. 1 do Capítulo 3 da Parte III do vol. 5, merecem ser lidos em conformidade com o art. 13 da Lei n. 8.039/1990.

APÊNDICE

Pequeno glossário de Direito Processual Civil

Os termos abaixo listados e sua significação pretendem fornecer ao leitor compreensão mais imediata de algumas palavras e expressões utilizadas com maior frequência ao longo do volume. A iniciativa complementa o glossário que consta dos demais volumes do *Curso* e não pretende substituir as explicações apresentadas e desenvolvidas durante o trabalho.

Ação civil pública – procedimento jurisdicional que pretende a prestação de tutela jurisdicional a direitos coletivos, assim entendidos os não individuais. É expressamente prevista, como função institucional do Ministério Público no art. 129, III, da Constituição e é regulamentada pela Lei n. 7.347/1985.

Ação coletiva – Expressão empregada, em geral, como sinônima de “ação civil pública”. A depender do contexto, quer evidenciar o procedimento que os arts. 91 a 100 do Código do Consumidor reservam para a tutela jurisdicional dos chamados direitos ou interesses “individuais homogêneos”.

Ação de improbidade administrativa – procedimento jurisdicional que pretende a prestação de tutela jurisdicional consistente na aplicação de sanções a quem pratica atos rotulados como de improbidade administrativa. É prevista pelo art. 37, § 4º, da Constituição Federal e regulamentada pela Lei n. 8.429/1992.

Ação declaratória de constitucionalidade – Procedimento jurisdicional constitucionalmente diferenciado que permite, ao Supremo Tribunal Federal, declarar a constitucionalidade de leis ou atos normativos federais. É prevista pelos arts. 102, I, “a”, § 2º, e 103 da Constituição Federal e regulamentada pela Lei n. 9.868/1999.

Ação direta de inconstitucionalidade – Procedimento jurisdicional constitucionalmente diferenciado que permite, ao Supremo Tribunal Federal,

declarar a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos federais. É prevista pelos arts. 102, I, “a”, § 2º, e 103 da Constituição Federal e regulamentada pela Lei n. 9.868/1999. A Constituição Federal a prevê para os Estados no seu art. 125, § 2º.

Ação direta de inconstitucionalidade por omissão – Procedimento jurisdicional constitucionalmente diferenciado que permite, ao Supremo Tribunal Federal, reconhecer a mora do Poder competente na elaboração de leis e atos normativos. É prevista pelos arts. 103, § 2º, da Constituição Federal.

Ação popular – procedimento jurisdicional constitucionalmente diferenciado no qual o cidadão pretende a prestação de tutela jurisdicional consistente na invalidação de 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. É prevista pelo art. 5º, LXXIII, da Constituição Federal e regulamentada pela Lei n. 4.717/1965.

Arguição de descumprimento de preceito fundamental – procedimento jurisdicional constitucionalmente diferenciado que permite, ao Supremo Tribunal Federal, reconhecer o descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição Federal. É prevista pelo art. 102, § 1º, da Constituição Federal e regulamentada pela Lei n. 9.882/1999.

Autoridade coatora – aquele(a) que, em nome de pessoa jurídica que exerce função pública, atua no polo passivo de “mandado de segurança”, “*habeas data*” ou “mandado de injunção”.

Coisa julgada *erga omnes* – formação da coisa julgada (material) em face de toda coletividade.

Coisa julgada formal – imutabilidade endoprocessual resultante da não interposição ou do julgamento de todos os recursos cabíveis.

Coisa julgada *in utilibus* – formação da coisa julgada (material) para favorecer o autor.

Coisa julgada material – imutabilidade que certas decisões jurisdicionais, as que apreciam o “mérito”, assumem em nome da segurança jurídica. A coisa julgada material tem consequências para fora do processo, são extraprocessuais.

Coisa julgada *secundum eventum litis* – formação da coisa julgada (material) que depende do resultado do processo.

Coisa julgada *ultra partes* – formação da coisa julgada (material) em face de um dado grupo.

Decisão denegatória – decisão contrária ao pedido formulado pelo autor, tenha, ou não, sido apreciado o mérito.

Dever-poder geral de antecipação – significativo da possibilidade de o magistrado, diante dos pressupostos do art. 273 do CPC, autorizar o início dos atos executivos com vistas a satisfazer o direito de uma das partes.

Dever-poder geral de cautela – significativo da possibilidade de o magistrado, diante dos pressupostos do art. 798 do CPC, adotar medidas adequadas à salvaguarda do direito de uma das partes ao longo do processo.

Direito líquido e certo – fatos passíveis de demonstração documental com a petição inicial do mandado de segurança.

Direito processual coletivo – subdivisão do direito processual civil que dá ênfase ao estudo das normas processuais civis respeitantes à prestação de tutela jurisdicional a direitos e interesses metaindividuais, isto é, não limitados a sujeitos individualmente considerados.

Direito processual público – subdivisão didática do direito processual civil que dá ênfase ao estudo das normas processuais civis respeitantes à presença de pessoa jurídica de direito público ou quem lhe faça as vezes perante o Estado-juiz.

Habeas corpus – procedimento jurisdicional constitucionalmente diferenciado que pretende a prestação de tutela jurisdicional consistente na proteção do direito de locomoção. É previsto no art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal de 1988 e regulamentado pelos arts. 647 a 667 do Código de Processo Penal (Decreto-lei n. 3.689/1941).

Habeas data – procedimento jurisdicional constitucionalmente diferenciado que pretende a prestação de tutela jurisdicional consistente na obtenção, retificação ou esclarecimento de informações relativas à pessoa do impetrante. É previsto no art. 5º, LXXII, da Constituição Federal de 1988 e regulamentado pela Lei n. 9.507/1997.

Impetrante – aquele que formula pedido ao Estado-juiz em sede de “mandado de segurança”, “*habeas data*” ou “mandado de injunção”. O mesmo que “autor” de um destes procedimentos jurisdicionais constitucionalmente diferenciados.

Informações – corresponde à(s) defesa(s) apresentada(s) pelo réu, notadamente a contestação.

Legitimidade ativa – aquele que pode assumir o polo ativo do processo, isto é, ser *autor*.

Legitimidade passiva – aquele que pode assumir o polo passivo do processo, isto é, ser *réu*.

Liminar – v. medida liminar.

Mandado de injunção – procedimento jurisdicional constitucionalmente diferenciado que pretende a prestação de tutela jurisdicional consistente em tornar viável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. É previsto no art. 5º, LXXI, da Constituição Federal de 1988.

Mandado de segurança – procedimento jurisdicional constitucionalmente diferenciado no qual o impetrante pretende a prestação de tutela jurisdicional consistente na proteção de 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 quem desempenhe função pública. É previsto no art. 5º, LXIX, da Constituição Federal de 1988 e regulamentado pela Lei n. 12.016/2009.

Mandado de segurança coletivo – manifestação coletiva do mandado de segurança. É previsto no art. 5º, LXX, da Constituição Federal de 1988 e regulamentado pela Lei n. 12.016/2009.

Medida liminar – decisão interlocutória que antecipa os efeitos da tutela jurisdicional, tais quais pretendidos pelo autor, total ou parcialmente, no início do processo.

Mérito – enfrentamento, pelo magistrado, da lesão ou da ameaça a direito cuja afirmação, pelo autor, justifica o exercício da função jurisdicional; sinônimo de “conflito de interesses”; “lide”; “objeto litigioso”.

Parte(s) – aquele(s) que pede(m) e em face de quem se pede tutela jurisdicional.

Pertinência temática – expressão que busca contrastar o objeto do processo com as finalidades institucionais de determinados entes ou entidades para lhes reconhecer legitimidade ativa no plano do “direito processual coletivo”.

Petição inicial – formalização do pedido de prestação de tutela jurisdicional formulado pelo autor quando rompe a inércia da jurisdição.

Procedimento – organização dos atos processuais de acordo com as normas jurídicas.

Processo – método de atuação do Estado com vistas à exteriorização de sua vontade.

Representação processual – hipótese de alguém atuar no processo em nome alheio para buscar tutela jurisdicional em prol de direito alheio.

Representatividade adequada – expressão empregada no plano do “direito processual coletivo” que busca verificar a adequada legitimidade para agir de determinadas entidades.

Sentença denegatória – v. decisão denegatória.

Substituição processual – hipótese de alguém atuar no processo em nome próprio para buscar tutela jurisdicional em prol de direito alheio.

Terceiros – qualquer um que não seja autor ou réu, mas que tenha interesse jurídico para intervir em processo alheio.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA E CITADA

ABELHA RODRIGUES, Marcelo. *Ação civil pública e meio ambiente*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

_____. *Processo civil ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Suspensão de segurança – Sustação da eficácia de decisão judicial proferida contra o Poder Público*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ABREU SAMPAIO, Marcus Vinicius de. Execução. Mandado de segurança por desrespeito à coisa julgada. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 77, 1995.

ACKEL FILHO, Diomar. “*Writs*” constitucionais (“*habeas corpus*”, *mandado de segurança*, *mandado de injunção*, “*habeas data*”). 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. *Mandado de segurança*. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2000.

AFFONSO, Daniela Ferro. *Do mandado de segurança e a questão da execução provisória*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1988.

AIRES FILHO, Durval. *As dez faces do mandado de segurança*. Brasília: Brasília Jurídica, 1998.

ALEM, José Antônio. *Mandado de segurança: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Universitária de Direito, 1987.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003.

ALMEIDA, João Batista de. *Aspectos controvertidos da ação civil pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza; ALVIM, Eduardo Arruda; MARINS, James. *Código do consumidor comentado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ALVIM, Eduardo Arruda. *Mandado de segurança no direito tributário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

ALVIM, José Eduardo Carreira. *Habeas data*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

AMERICANO, Jorge. *Comentários ao Código de Processo Civil do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1941. vol. 2.

APPIO, Eduardo. *Controle de constitucionalidade no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2006.

ARAÚJO, Edmir Netto de. *Mandado de segurança e autoridade coatora*. São Paulo: LTr, 2000.

ARAÚJO, José Henrique Mouta. *Mandado de segurança: questões controvertidas*. Salvador: JusPodivm, 2007.

ARAÚJO, Marcelo Cunha de. *O novo processo constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

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

_____. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor (parte processual)*. São Paulo: Saraiva, 2002.

ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

ASSIS, Carlos Augusto de. *Sujeito passivo no mandado de segurança*. São Paulo: Malheiros, 1997.

AURELLI, Arlete Inês. *O juízo de admissibilidade na ação de mandado de segurança*. São Paulo: Malheiros, 2006.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 1992.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio (coord.). *Curso de mandado de segurança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

BARBI, Celso Agrícola. *Do mandado de segurança*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. Atualização de Bernardo Pimentel de Souza.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A expressão “competência funcional” no art. 2º da Lei da ação civil pública. *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, vol. 380, 2006.

_____. Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 404, 1969.

BARCELOS, Pedro dos Santos. Medidas liminares em mandado de segurança. Suspensão de execução de medida liminar. Suspensão de execução de sentença. Medidas cautelares. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 663, 1991.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

———. *Do mandado de segurança*. São Paulo: Saraiva, 1982.

BASTOS, Lucília Isabel Candini. *Mandado de segurança coletivo: legitimidade ativa e objeto*. Curitiba: Juruá, 2008.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006.

BERGAMINI, Adolpho. *O processo do mandado de segurança*. Rio de Janeiro: Calvino Filho Editor, 1936.

BERNARDES, Juliano Taveira. *Controle abstrato de constitucionalidade: elementos materiais e princípios processuais*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRAGA, Renato Rocha. *A coisa julgada nas demandas coletivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

BRANDÃO, Flávia Monteiro de Castro. A suspensão das medidas de urgência nas ações contra o Poder Público à luz do devido processo legal. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, vol. 4, 2003.

BRUSCHI, Gilberto; DONOSO, Denis. Breves considerações sobre o cabimento dos honorários advocatícios em mandado de segurança. *Revista Brasileira de Direito Processual*. Belo Horizonte: Fórum, vol. 64, 2008.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Mandado de segurança coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

BUZAID, Alfredo. *Considerações sobre o mandado de segurança coletivo*. São Paulo: Saraiva, 1992.

_____. *Do mandado de segurança*. São Paulo: Saraiva, 1989.

CAIS, Cleide Previtalli. *O processo tributário*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CALAMANDREI, Piero. Lineas fundamentales del proceso civil inquisitorio. In: *Estudios sobre el proceso civil*. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1945.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Do mandado de segurança contra atos judiciais. In: GIL, Otto de Andrade (org.). *Estudos sobre o mandado de segurança*. Rio de Janeiro: Instituto Brasileiro de Direito Processual Civil, 1962.

_____. Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, “habeas data”. In: *Constituição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

CALMON FILHO, Petrônio. Intervenção obrigatória do Ministério Público. Desnecessidade. Pessoa jurídica de direito público no polo passivo da relação processual. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 111, 2003.

CAMARGO, Andrea Capistrano. *O direito fundamental à efetividade das decisões proferidas em mandado de segurança*. Dissertação de mestrado. Vitória: Faculdade de Direito de Vitória, 2007.

CAMARGO, Angela Capistrano. *O direito fundamental à efetividade do processo: uma análise dos efeitos pretéritos à impetração do mandado de segurança*. Dissertação de mestrado. Vitória: Faculdade de Direito de Vitória, 2007.

CAMILLO, Carlos Eduardo Nicoletti. *Mandado de segurança: cabimento, pressupostos e procedimento da impetração preventiva*. São Paulo: Universitária de Direito, 2002.

CAMPOS FILHO, Paulo Barbosa de. *Ação popular constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1968.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves.

CARDOSO, Hélio Apoliano. *O mandado de segurança nos tribunais*. São Paulo: Iglu, 1999.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Mandado de segurança. Assistência e “amicus curiae”. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 112, 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CASTRO NUNES. *Do mandado de segurança e de outros meios de defesa contra atos do Poder Público*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988. Atualização de José de Aguiar Dias.

CAVALCANTE, Mantovanni Colares. Comentários às novas Súmulas do Supremo Tribunal Federal relacionadas ao mandado de segurança. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo: Dialética, vol. 10, 2004.

—. *Mandado de segurança*. São Paulo: Dialética, 2002.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Do mandado de segurança*. 4. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Freitas Bastos, 1957.

CERQUEIRA CÉSAR, Joaquim Portes de. Garantia constitucional do *habeas data*. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 61, 1991.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COELHO, Paulo Magalhães da Costa. *Controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Saraiva, 2002.

CONRADO, Paulo Cesar. *Processo tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

COSTA, José Armando da. *Contorno jurídico da improbidade administrativa*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

COSTA, Susana Henriques da (coord.). *Comentários à lei de ação civil pública e lei de ação popular*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

COUTINHO, Ana Luísa Celino. *Mandado de segurança – suspensão no direito brasileiro*. Curitiba: Juruá, 1999.

CRETILLA JR., José. *Comentários à lei do mandado de segurança*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____. *Do mandado de segurança coletivo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. “*Class action*” e mandado de segurança coletivo. São Paulo: Saraiva, 1990.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A fazenda pública em juízo*. 7. ed. São Paulo: Dialética, 2009.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle judicial das omissões do Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2004.

DADAM, Luzia Nunes. *Ação popular: controle jurisdicional e razoabilidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

D'ANGELO, Élcio; D'ANGELO, Suzi. *O princípio da proibidade administrativa e a atuação do Ministério Público*. 2. ed. Campinas: LZN, 2004.

DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Mandado de segurança coletivo: legitimação ativa*. São Paulo: Saraiva, 2000.

DELFINI, Ricardo Alessi. *Ação declaratória de constitucionalidade e os princípios constitucionais do processo*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

DIDIER JR., Fredie (org.). *Ações constitucionais*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2008.

DIDIER JR., Fredie; ZANETTI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2008. vol. 4.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Suspensão de segurança pelo Presidente do Tribunal. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 105, 2002.

DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação civil pública*. São Paulo: Saraiva, 2001.

DIREITO, Carlos Alberto. *Manual do mandado de segurança*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ESTAGNAN, Joaquín Silguero. *La tutela jurisdiccional de los intereses colectivos a través de la legitimación de los grupos*. Madri: Dykinson, 1995.

FADEL, Sérgio Sahione. *Teoria e prática do mandado de segurança*. Rio de Janeiro: Konfino, 1966.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa e crimes de prefeitos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FERRACINI, Luiz Alberto. *Improbidade administrativa*. 2. ed. Campinas: Agá Juris, 1999.

FERRAZ, Sérgio. *Mandado de segurança*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

FERRAZ, Sérgio (coord.). *Mandado de segurança*. Porto Alegre: Fabris/Instituto dos Advogados Brasileiros, 1986.

FERREIRA, Olavo Alves. *Controle de constitucionalidade e seus efeitos*. São Paulo: Método, 2003.

FERREIRA, Pinto. *Teoria e prática do mandado de segurança*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

FERREIRA, Sérgio de Andréa. A natureza mandamental-condenatória do mandado de segurança na Lei n. 5.021, de 1966. *Revista de Direito Público*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 22, 1972.

_____. O mandado de segurança e as inovações da Lei n. 5.021 de 1966. *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, vol. 243, s/d.

FERREIRA, Wolgran Junqueira. *Enriquecimento ilícito dos servidores públicos no exercício da função*. São Paulo: Edipro, 1994.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves; GRINOVER, Ada Pellegrini; FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Liberdades públicas: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1978.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Mandado de segurança*. 6. ed. São Paulo, Malheiros, 2009.

FIGUEIREDO, Marcelo. *O controle da moralidade na Constituição*. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. *Proibição administrativa*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

FONTES, Paulo Gustavo Guedes. *O controle da Administração pelo Ministério Público*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

FORNACIARI JUNIOR, Clito. Prescrição das ações de ressarcimento de danos causados por ato de improbidade administrativa. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 265, 2005.

FRANCO, Luiz Antônio Barbosa. *Mandado de segurança: efeito suspensivo do recurso contra sentença denegatória*. Bauru: Jalovi, 1980.

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

FRIEDENTHAL, Jack H.; KANE, Mary Kay; MILLER, Arthur R. *Civil procedure*. St. Paul: West Publishing, 1985.

FURTADO, Luísa Elisabeth T. C. *Ação popular*. São Paulo: LTr, 1997.

- GARCIA, Emerson. ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 3. ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006.
- GARCIA, Mônica Nicida. *Responsabilidade do agente público*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- _____. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- _____. *Rumo a um Código de Processo Civil coletivo: a codificação das ações coletivas no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- GODINHO, Robson Renault. *A proteção processual dos direitos dos idosos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. *Ação popular: aspectos polêmicos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- _____. *Curso de direito processual civil coletivo*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- GONÇALVES, Aroldo Plínio (coord.). *Mandado de segurança*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- GONÇALVES, Benedito. *Mandado de segurança: legitimidade ativa das associações*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.
- GRECO, Leonardo. Novas Súmulas do STF e alguns reflexos sobre o mandado de segurança. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo: Dialética, vol. 10, 2004.
- GRECO FILHO, Vicente. *Tutela constitucional das liberdades*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. A ação civil pública refém do autoritarismo. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 96, 1999.
- _____. Ações coletivas. Identidade total ou parcial. Conexão, continência e litispendência. A aparente diversidade no polo ativo. Conflito positivo de competência. Reunião dos processos perante o juízo prevento. Critérios. In: *A marcha do processo*. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2000.
- _____. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 6. ed. São Paulo: Forense Universitária, 1999.
- _____. Uma nova modalidade de legitimação à ação popular. Possibilidade de conexão, continência e litispendência. In: MILARÉ, Édís (coord.). *Ação*

civil pública. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. *Os processos coletivos nos países de “civil law” e “common law”*: uma análise de direito comparado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GUIMARÃES, Ary Florencio. *O Ministério Público no mandado de segurança*. Curitiba: s/n, 1959.

GUIMARÃES, José Lázaro Alfrêdo. *As ações coletivas e as liminares contra atos do Poder Público*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1993.

GUIMARÃES, Luiz Machado. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1942. vol. IV.

GUTIERREZ, Cristina. *Suspensão de liminar e de sentença na tutela do interesse público*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

HAPNER, Carlos Eduardo M. Ação popular – liminar – pressupostos. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 68, 1992.

KLIPPEL, Rodrigo; SARTÓRIO, Élvio Ferreira. A aplicação do art. 285-A ao julgamento dos mandados de segurança de competência originária dos Tribunais. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo*, Vitória: PGE/ES, vol. 5, n. 5, 2006.

KLONOFF, Robert H.; BILICH, Edward K. M. *Class actions and other multy-party litigation: cases and materials*. St. Paul: West Group, 2000.

LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Teoria geral da ação civil pública*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LIMBERGER, Têmis. *Atos da administração lesivos ao patrimônio público*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

LIPPMANN, Ernesto. O “habeas data” visto pela doutrina e interpretado pelos Tribunais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 723, 1996.

LOUREIRO, Lair da Silva; LOUREIRO FILHO, Lair da Silva. *Mandado de segurança e mandado de injunção: jurisprudência do órgão especial do*

tribunal de justiça do Estado de São Paulo, 1989/1995. São Paulo: Saraiva, 1996.

LOUREIRO JUNIOR. *O controle da constitucionalidade das leis*. São Paulo: Max Limonad, 1957.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Normas processuais civis interpretadas: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo, das leis do mandado de segurança*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

MACHADO, Hugo de Brito. *Mandado de segurança em matéria tributária*. 3. ed. São Paulo: Dialética, 1998.

MACIEL, Adhemar Ferreira. Mandado de segurança – direito líquido e certo. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 92, 1998.

MAIA FILHO, Napoleão Nunes. *Estudos processuais sobre o mandado de segurança*. Fortaleza: UFC/Casa de José de Alencar, 2000.

MALERBI, Diva. *Perfil do “habeas data”*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *Ação popular*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. Contribuição esperada do Ministério Público e da Defensoria Pública na prevenção da atomização judicial dos megaconflitos. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 164, 2008.

_____. *Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARCUS, Richard L.; SHERMAN, Edward F. *Complex litigation: cases and materials on advanced civil procedure*. 3. ed. St. Paul: West Group, 1998.

MARINS, James. *Direito processual tributário brasileiro (administrativo e judicial)*. São Paulo, Dialética, 2001.

_____. *Princípios fundamentais do direito processual tributário*. São Paulo, Dialética, 1998.

MARINS, James; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Processo tributário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

MARTINS, Antonio Carlos Garcia. *Mandado de segurança coletivo*. Porto Alegre: Síntese, 1999.

MARTINS, Fernando Rodrigues. *Controle do patrimônio público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira (coord.). *Ação declaratória de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 1995.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Proibição administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2001.

MATIELO, Fabrício Zamprogna. *Mandado de segurança*. 2. ed. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2001.

MATTA, José Eduardo Nobre. *Habeas data*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (coord.). *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvea. *Direito processual constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, "habeas data", ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade*. 26. ed. Atualizada por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes. Com a colaboração de Rodrigo Garcia da Fonseca. São Paulo: Malheiros, 2003.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2004.

MENDONÇA LIMA, Alcides de. A Constituição Federal e os institutos processuais. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 54, 1989.

MILARÉ, Édis (coord.). *Ação civil pública: Lei 7.347/1985 – 15 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MINHOTO JÚNIOR, Alcebiádes da Silva. *Teoria e prática da ação popular constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

MOMEZZO, Marta Casadei. *Mandado de segurança coletivo: aspectos polêmicos*. São Paulo: LTr, 2000.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Dialética, 1999.

MOTTA, Sylvio; DOUGLAS, William. *Controle de constitucionalidade*. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

NEIVA, José Antonio Lisbôa. *Improbidade administrativa: estudo sobre a demanda na ação de conhecimento e cautelar*. Niterói: Impetus, 2005.

NERY JUNIOR, Nelson. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 6. ed. São Paulo: Forense Universitária, 1999.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NOGUEIRA, Alberto. *Direito constitucional das liberdades públicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NOJIRI, Sérgio. Discricionariedade judicial em decisão que concede ou denega liminar em mandado de segurança. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 81, 1996.

NORTHFLEET, Ellen Gracie. Suspensão de sentença e de liminar. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 97, 2000.

NUNES JUNIOR, Vidal Serrano; SCIORILLI, Marcelo. *Mandado de segurança, mandado de injunção, ação civil pública, ação popular, "habeas data"*. São Paulo: Verbatim, 2009.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (org.). *Processo e constituição*. Rio de Janeiro, Forense, 2004, p. 303-326.

OLIVEIRA, Fabio Cesar dos Santos. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

OLIVEIRA, Francisco Antônio de. *Mandado de segurança e controle jurisdicional: mandado de segurança coletivo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos

Tribunais, 2001.

PALU, Oswaldo Luiz. *Controle dos atos do governo pela jurisdição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PASSOS, Paulo Roberto da Silva. *Da medida liminar no mandado de segurança*. São Paulo: Jalovi, 1988.

_____. *Do mandado de segurança*. São Paulo: Edipro, 1991.

PAULA, Adriano Perácio de. *Direito processual do consumo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

PAVANI, Sérgio Augusto Zampol (org.). *A União em juízo*. São Paulo: MP Editora, 2005.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de improbidade administrativa comentada*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias; FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

PENALVA, Ernesto Pedraz. *Privilegios de las administraciones públicas en el proceso civil*. Madrid: Civitas, 1993.

PEREIRA, Hélio do Valle. *Manual da Fazenda Pública em juízo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PEREIRA, Milton Luiz. Mandado de segurança – Câmara de vereadores – Personalidade judiciária – Legitimação ativa. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 104, 2001.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. Medida liminar em mandado de segurança: cabimento em controle difuso de constitucionalidade. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo: Dialética, vol. 5, 2003.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *A natureza jurídica do direito individual homogêneo e sua tutela pelo Ministério Público como forma de acesso à justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PINTO, Francisco Bilac Moreira. *Enriquecimento ilícito no exercício dos cargos públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PIRES, Luis Manoel Fonseca. *Controle judicial da discricionariedade administrativa*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

PISTILLI, Ana de Lourdes Coutinho Silva. *Mandado de segurança e coisa julgada*. São Paulo: Atlas, 2006.

PIZZOL, Patricia Miranda. *Liquidação nas ações coletivas*. São Paulo: Lejus, 1998.

PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. t. 5.

—. *Tratado das ações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. t. 1.

—. *Tratado das ações*. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1999. t. 6.

PRADO, Francisco Octavio de Almeida. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2001.

RAMON, Nilson. *Do mandado de segurança*. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 1980.

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

REIS, Nilson. *Mandado de segurança*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

REMÉDIO, José Antonio. *Mandado de segurança individual e coletivo*. São Paulo: Saraiva, 2002.

RIZZARDO, Arnaldo. *Ação civil pública e ação de improbidade administrativa*. Rio de Janeiro: GZ, 2009.

ROCHA, José de Moura. *Mandado de segurança*. Rio de Janeiro: Aide, 1987.

RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ROLIM, Luiz Antonio. *A administração indireta, as concessionárias e permissionárias em juízo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ROSAS, Roberto. *Direito sumular*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

SALLES, Carlos Alberto de. *Execução judicial em matéria ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SALVADOR, Antônio Raphael da Silva; SOUZA, Osni de. *Mandado de segurança: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 1998.

SAMPAIO, José Adércio Leite; COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro e; SILVA FILHO, Nívio de Freitas; ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. *Improbidade administrativa: 10 anos da Lei 8.429/92*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SANCHES, Sydney. Inovações processuais na Constituição Federal de 1988. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 635, 1988.

SANTANA, Alcioni Serafim de. *Poder geral de cautela e medidas legislativas impeditivas à sua consecução*. Campinas: Copola Editora, 1996.

SANTOS, J. Ozéias. *Interpretação à lei do mandado de segurança*. São Paulo: Lawbook, 1999.

_____. *Mandado de segurança: teoria, legislação, jurisprudência e prática*. Araras: Best Book, 1998.

SANTOS, Ulderico Pires dos. *O mandado de segurança na prática e na jurisprudência*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

SARMENTO, George. *Improbidade administrativa*. Porto Alegre: Síntese, 2002.

SCARPINELLA BUENO, Cassio. A legitimidade ativa no mandado de segurança coletivo (CF/88, art. 5º, LXX). *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 88, 1997.

_____. A legitimidade para a ação direta de inconstitucionalidade: a jurisprudência do STF sobre o art. 103, inc. IX, da Constituição Federal. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo*, São Paulo: Max Limonad, vol. 2, 1995.

_____. *A nova lei do mandado de segurança: comentários sistemáticos à Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. A ultra-atividade da suspensão de segurança e a súmula 626 do STF. In: WAGNER JR., Luiz Guilherme (coord.). *Estudos em homenagem ao Professor Adilson Dallari*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. Ação civil pública e o estatuto da cidade. In: DALLARI, Adilson de Abreu; FERRAZ, Sergio (coord.). *Estatuto da cidade (comentários à lei federal 10.257/2001)*. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. “*Amicus curiae*” no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Coisa julgada e sentença “denegatória” em mandado de segurança. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 80, 1995.

_____. Honorários de advogado, execuções não embargadas e a Fazenda Pública (estudo sobre o art. 1º-D da Lei 9.494/97). *Revista Dialética de*

Direito Processual, São Paulo: Dialética, vol. 8, 2003.

_____. Inconstitucionalidade das novas regras da suspensão de liminar em mandado de segurança. *Revista do Advogado*, São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, n. 64: 50 anos da lei do mandado de segurança. out. 2001.

_____. *Liminar em mandado de segurança: um tema com variações*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. Liminar em mandado de segurança: uma nova variação velha. *Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba: Genesis, vol. 14, 1999.

_____. Litisconsórcio necessário e ausência de citação de litisconsorte necessário em mandado de segurança (contra ato judicial). *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 79, 1995.

_____. *Mandado de segurança: comentários às Leis ns. 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. O agravo interno e o indeferimento da suspensão de segurança – o cancelamento da Súmula 506 do STF: notas para uma primeira reflexão. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo: Dialética, vol. 3, 2003.

_____. O mandado de segurança contra ato judicial e o parágrafo único do art. 527 do Código de Processo Civil. In: CIANCI, Mirna; QUARTIERI, Rita; MOURÃO, Luiz Eduardo; GIANNICO, Ana Paula C. (coord.). *Temas atuais das tutelas diferenciadas: estudos em homenagem ao Professor Donaldo Armelin*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *O poder público em juízo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Poder público em juízo: uma proposta de teoria geral. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos (org.). *Curso de direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006. vol. III.

_____. Réquiem para a ação civil pública. In: FIUZA, César Augusto de Castro; SÁ, Maria de Fátima Freire de; DIAS, Ronaldo Brêtas C. (coord.). *Temas atuais de direito processual civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

_____. Sentenças concessivas de mandado de segurança em matéria tributária e efeitos patrimoniais: estudo de um caso. In: SANTOS, Ernane Fidélis dos; WAMBIER, Luiz Rodrigues; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Execução civil: estudos em*

homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. Tutela antecipada e ações contra o Poder Público (reflexão quanto a seu cabimento como consequência da necessidade de efetividade do processo). In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. “Tutela coletiva em juízo: uma reflexão sobre a alteração proposta para o art. 81, parágrafo único, III, do CDC”. *Revista do Advogado – 20 anos de vigência do Código de Defesa do Consumidor – Desafios atuais*. Ano XXXI, n. 114. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, dezembro de 2011, p. 18-30.

SCARPINELLA BUENO, Cassio; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (coord.). *Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SCHIMIDT JR., Roberto Eurico. *Mandado de segurança: prática, processo e jurisprudência*. 7. ed. Curitiba: Juruá, 2002.

SEABRA, Antonio Luiz Bandeira. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Vale do Mogi, 2002.

SEABRA FAGUNDES, Miguel. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

SESIN, Domingo Juan. *Administración pública. Actividad reglada, discrecional y técnica – Nuevos mecanismos de control judicial*. Buenos Aires: Depalma, 1994.

SHIMURA, Sérgio. A execução coletiva dos direitos individuais homogêneos. In: LOPES, João Batista; CUNHA, Leonardo José Carneiro da (coord.). *Execução civil (aspectos polêmicos)*. São Paulo: Dialética, 2005.

_____. *Tutela coletiva e sua efetividade*. São Paulo: Método, 2006.

SIDOU, J. M. Othon. “*Habeas corpus*”, *mandado de segurança, mandado de injunção, “habeas data”, ação popular*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

SILVA, Edson Ferreira (coord.). *Demandas contra a fazenda pública*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

SILVA, Flávia Regina Ribeiro da. *Ação popular ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

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

_____. *Mandado de injunção e “habeas data”*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1989.

SIQUEIRA FILHO, Élio Wanderley de. Da ultra-atividade da suspensão de liminar em “writ”. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 701, 1994.

SLAIBI FILHO, Nagib. *Ação popular mandatória*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

SOBRINHO, Délio José Rocha. *Prerrogativas da Fazenda Pública em juízo*. Sergio Antonio Fabris, 1999.

SOUTO, João Carlos. *A União Federal em juízo*. São Paulo: Saraiva, 1998.

SOUZA, Motauri Ciocchetti de. *Ação civil pública: competência e efeitos da coisa julgada*. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Interesses difusos em espécie*. São Paulo: Saraiva, 2000.

SPISSO, Rodolfo R. *Tutela judicial efectiva en materia tributaria*. Buenos Aires: Depalma, 1996.

STARLING, Marco Paulo Cardoso; OLIVEIRA, Júnia Barroso de. *Ação civil pública: o direito e o processo na interpretação dos Tribunais Superiores*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SUNDFELD, Carlos Ari; SCARPINELLA BUENO, Cassio. Apontamentos sobre honorários de advogado em mandado de segurança. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 84, 1996.

_____. Cabimento de mandado de segurança contra atos praticados por empresas estatais em licitação. *Revista da Associação dos Pós-graduandos da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo*, São Paulo, vol. 5, 1993.

SUNDFELD, Carlos Ari; SCARPINELLA BUENO, Cassio (coord.). *Direito processual público: a Fazenda Pública em juízo*. São Paulo: Malheiros, 2000.

TALAMINI, Eduardo. O processo do “habeas data”: um breve exame. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 101, 2001.

_____. “Saneamento do processo”. *Revista de Processo*, vol. 86. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

TAVARES, André Ramos. *Tratado da arguição de preceito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *Tribunal e jurisdição constitucional*. São Paulo: Celso Bastos, 1998.

TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (org.). *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei n. 9.882/99*. São Paulo: Atlas, 2001.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Mandados de segurança e de injunção*. São Paulo: Saraiva, 1990.

THIBAU, Tereza Baracho. *O “habeas data”*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

TOLOSA FILHO, Benedicto de. *Comentários à lei de improbidade administrativa*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

TUCCI, Rogério Lauria; CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Constituição de 1988 e processo*. São Paulo: Saraiva, 1989.

UGGERE, Carlos Alberto Pimentel. *Mandado de segurança coletivo*. Curitiba: Juruá, 1999.

VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo*. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Suspensão de liminares e sentenças contrárias ao Poder Público*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005.

VIANA, Juvêncio Vasconcelos. *Efetividade do processo em face da fazenda pública*. São Paulo: Dialética, 2003.

VIDIGAL, Luis Eulálio de Bueno. *Do mandado de segurança*. São Paulo: 1953.

VILLELA, Gilberto Etchaluz. *A suspensão das liminares e das sentenças contra o Poder Público*. Porto Alegre: Síntese, 1998.

WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa. *A ação civil pública como instrumento de defesa da ordem urbanística*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

WALD, Arnoldo. *Do mandado de segurança na prática judiciária*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

WALD, Arnoldo (coord.). *Aspectos polêmicos da ação civil pública*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Tutela jurisdicional das liberdades públicas*. Curitiba: Juruá, 1991.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *“Habeas data”*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

WATANABE, Kazuo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 6. ed. São Paulo: Forense Universitária, 1999.

_____. *Da cognição no processo civil*. 3. ed. São Paulo: CEBEJ/Bookseller, 2000.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Mandado de segurança coletivo: aspectos processuais controvertidos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ZENKNER, Marcelo. *Ministério Público e efetividade do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SITES CONSULTADOS

Associação dos Advogados de São Paulo – www.aasp.org.br

Câmara dos Deputados – www2.camara.gov.br

Instituto Brasileiro de Direito Processual – www.direitoprocessual.org.br

Portal do Governo do Estado de São Paulo – www.saopaulo.sp.gov.br

Presidência da República – www.presidencia.gov.br

Senado Federal – www.senado.gov.br

Superior Tribunal de Justiça – www.stj.jus.br

Supremo Tribunal Federal – www.stf.jus.br

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – www.tjsp.jus.br