

35

SABERES DO DIREITO

Direitos Difusos e Coletivos II

*Ações coletivas em espécie: ação civil pública, ação popular e
mandado de segurança coletivo*

FERNANDO DA FONSECA GAJARDONI

COORDENADORES

ALICE BIANCHINI
LUIZ FLÁVIO GOMES



*Conheça o autor
deste livro.
Assista ao vídeo.*



**Editora
Saraiva**

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.

35
SABERES DO DIREITO

Direitos Difusos e Coletivos II

*Ações coletivas em espécie: ação civil pública, ação popular e
mandado de segurança coletivo*

FERNANDO DA FONSECA GAJARDONI

COORDENADORES

ALICE BIANCHINI
LUIZ FLÁVIO GOMES

2012

 Editora
Saraiva



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.saraivajur.com.br

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 978-85-02-17105-3
Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Gajardoni, Fernando da Fonseca
Direitos difusos e coletivos II : (ações coletivas em segurança
coletivo) / Fernando da Fonseca Gajardoni. – São Paulo :
Saraiva, 2012. – (Coleção saberes do direito ; 35)
1. Interesses coletivos (Direito) 2. Interesses difusos (Direito)
I. Título. II. Série.

Índice para catálogo sistemático:
1. Interesses difusos e coletivos : Direito civil 347.44

Diretor editorial Luiz Roberto Curia
Diretor de produção editorial Lígia Alves
Editor Roberto Navarro
Assistente editorial Thiago Fraga
Produtora editorial Clarissa Boraschi Maria
Preparação de originais, arte, diagramação e revisão Know-how Editorial
Serviços editoriais Kelli Priscila Pinto / Vinicius Asevedo Vieira
Capa Aero Comunicação
Produção gráfica Marli Rampim
Produção eletrônica Know-how Editorial

Data de fechamento da edição: 17-2-2012

Dúvidas?

Acesse www.saraivajur.com.br

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.



FERNANDO DA FONSECA GAJARDONI

Professor Doutor de Direito Processual Civil e Coletivo da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP (FDRP-USP) e do Programa de Mestrado em Direitos Coletivos da UNAERP. Doutor e Mestre em Direito Processual pela USP (FD-USP). Membro da comissão de juristas nomeada pelo Ministério da Justiça para elaboração da Nova Lei da Ação Civil Pública (PL n. 5.139/2009). Juiz de Direito no Estado de São Paulo.

Advogado.

Conheça os autores deste livro:
<http://atualidadesdireito.com.br/conteudonet/?ISBN=17104-6>

COORDENADORES

ALICE BIANCHINI

Doutora em Direito Penal pela PUCSP. Mestre em Direito pela UFSC.
Presidente do Instituto Panamericano de Política Criminal – IPAN.
Diretora do Instituto LivroeNet.

LUIZ FLÁVIO GOMES

Jurista e cientista criminal. Fundador da Rede de Ensino LFG. Diretor-presidente do Instituto de Pesquisa e Cultura Luiz Flávio Gomes. Diretor do Instituto LivroeNet. Foi Promotor de Justiça (1980 a 1983), Juiz de Direito (1983 a 1998) e Advogado (1999 a 2001).

Conheça a LivroeNet: http://atualidadesdodireito.com.br/conteudonet/?page_id=2445

◆ Apresentação

O futuro chegou.

A Editora Saraiva e a LivroeNet, em parceria pioneira, somaram forças para lançar um projeto inovador: a **Coleção Saberes do Direito**, uma nova maneira de aprender ou revisar as principais disciplinas do curso. São mais de 60 volumes, elaborados pelos principais especialistas de cada área com base em metodologia diferenciada. Conteúdo consistente, produzido a partir da vivência da sala de aula e baseado na melhor doutrina. Texto 100% em dia com a realidade legislativa e jurisprudencial.

Diálogo entre o livro e o  ¹

A união da tradição Saraiva com o novo conceito de livro vivo, traço característico da LivroeNet, representa um marco divisório na história editorial do nosso país.

O conteúdo impresso que está em suas mãos foi muito bem elaborado e é completo em si. Porém, como organismo vivo, o Direito está em constante mudança. Novos julgados, súmulas, leis, tratados internacionais, revogações, interpretações, lacunas modificam seguidamente nossos conceitos e entendimentos (a título de informação, somente entre outubro de 1988 e novembro de 2011 foram editadas 4.353.665 normas jurídicas no Brasil – fonte: IBPT).

Você, leitor, tem à sua disposição duas diferentes plataformas de informação: uma **impressa**, de responsabilidade da Editora Saraiva (livro), e outra disponibilizada na **internet**, que ficará por conta da LivroeNet (o que chamamos de  ¹).

No  ¹ você poderá assistir a **vídeos** e participar de **atividades** como simulados e enquetes. **Fóruns de discussão** e

leituras complementares sugeridas pelos autores dos livros, bem como comentários às novas leis e à jurisprudência dos tribunais superiores, ajudarão a enriquecer o seu repertório, mantendo-o sintonizado com a dinâmica do nosso meio.

Você poderá ter acesso ao  ¹ do seu livro mediante **assinatura**. Todas as informações estão disponíveis em www.livroenet.com.br.

Agradecemos à Editora Saraiva, nas pessoas de Luiz Roberto Curia, Roberto Navarro e Lígia Alves, pela confiança depositada em nossa Coleção e pelo apoio decisivo durante as etapas de edição dos livros.

As mudanças mais importantes que atravessam a sociedade são representadas por realizações, não por ideais. O livro que você tem nas mãos retrata uma mudança de paradigma. Você, caro leitor, passa a ser integrante dessa revolução editorial, que constitui verdadeira inovação disruptiva.

Alice Bianchini | Luiz Flávio Gomes
Coordenadores da Coleção Saberes do Direito
Diretores da LivroeNet

Saiba mais sobre a LivroeNet
<http://atualidadesdodireito.com.br/?video=livroenet-15-03-2012>

1 O  deve ser adquirido separadamente. Para mais informações, acesse www.livroenet.com.br.

◆ Sumário

Introdução

Capítulo 1 Ação Civil Pública (Ação Coletiva)

1. Generalidades

1.1 Origem, conceito e desenvolvimento histórico-legislativo

1.2 Previsão legal e sumular

2. Objeto

2.1 Tutela preventiva e ressarcitória

2.2 O dano moral coletivo (ou difuso)

2.3 Bens e direitos tutelados

2.4 Defesa do meio ambiente

2.5 Vedação do objeto

2.6 Concomitância de outras ações coletivas

3. Legitimidade

3.1 Legitimidade ativa e representação adequada

3.1.1 Controle judicial da representação adequada

3.1.2 Dúvida quanto ao legitimado ativo representar adequadamente a coletividade

3.1.3 Reconhecimento da ilegitimidade ou da falta de representação e o princípio do interesse jurisdicional no conhecimento do mérito

3.1.4 Características da legitimidade ativa

3.1.5 Formação de litisconsórcio ativo

3.1.6 Natureza da legitimação

3.1.7 Legitimados em espécie

3.2 Legitimidade passiva

3.2.1 Ação coletiva passiva

3.3 A atuação do Ministério Público como *custos legis*

3.4 Intervenção de terceiros

3.4.1 Assistência

3.4.2 Oposição

3.4.3 Nomeação à autoria

3.4.4 Denúnciação à lide

3.4.5 Chamamento ao processo

3.4.6 *Amicus curiae*

4. Inquérito civil

4.1 Generalidades

4.1.1 Características, finalidades e objeto

4.1.2 Previsão legal

4.1.3 Legitimidade

4.1.4 Facultatividade

4.2 Instauração do inquérito civil

4.2.1 Formas de instauração

4.2.2 Conflito de atribuições entre Ministérios Públicos

4.2.3 Investigação preliminar (procedimento preparatório de inquérito civil)

4.2.4 Efeito da instauração

4.2.5 Medidas contra a instauração do inquérito civil

4.3 Instrução do inquérito civil

4.3.1 Poderes instrutórios do membro do MP

4.3.2 Publicidade

4.3.3 Contraditório e ampla defesa

4.4 Conclusão do inquérito civil

4.5 Recomendações

4.6 Audiências públicas

5. Compromisso de ajustamento de conduta

[5.1 Compromisso de ajustamento de conduta e improbidade administrativa](#)

[5.2 Programa extrajudicial de prevenção ou reparação de danos](#)

[6. Outras questões processuais](#)

[6.1 Procedimento](#)

[6.2 Limites à concessão de liminares em ACP](#)

[6.3 Particularidades em sede de direito probatório](#)

[6.4 Sucumbência](#)

[6.5 Apelação e reexame necessário](#)

[6.6 Possibilidade de declaração de inconstitucionalidade no âmbito da ação civil pública](#)

[6.7 Ajuizamento de ação civil pública em favor de uma única pessoa](#)

Capítulo 2 Ação Popular

[1. Generalidades](#)

[1.1 Breve notícia histórica](#)

[1.2 Conceito e natureza jurídica](#)

[1.3 Previsão legal e sumular](#)

[2. Objeto da ação](#)

[2.1 Tutela preventiva ou repressiva](#)

[2.2 Dano moral coletivo](#)

[2.3 Defesa do patrimônio público](#)

[2.4 Defesa da moralidade administrativa](#)

[2.5 Defesa do meio ambiente](#)

[2.5.1 Ação popular ambiental como uma espécie anômala de ação civil pública](#)

[2.6 Rol taxativo](#)

[2.7 Concomitância de outras ações coletivas](#)

[3. Cabimento](#)

[3.1 Contra atos](#)

[3.2 Ilegalidade](#)

[3.3 Lesividade](#)

[4. Legitimidade](#)

[4.1 Legitimidade ativa](#)

[4.1.1 Controle judicial da representação adequada](#)

[4.1.2 Comprovação da cidadania](#)

[4.1.3 Perda da legitimidade ativa após o ajuizamento da ação](#)

[4.1.4 Formação de litisconsórcio ativo](#)

[4.1.5 Natureza da legitimação](#)

[4.2 Legitimidade passiva](#)

[4.3 A especial posição da pessoa jurídica lesada pelo ato atacado](#)

[4.4 A atuação do Ministério Público como *custos legis*](#)

[4.5 Intervenção de terceiros](#)

[5. Outras questões processuais](#)

[5.1 Procedimento](#)

[5.2 A competência na ação popular](#)

[5.3 Conteúdo da sentença e sanções](#)

[5.4 Custas e sucumbência](#)

[5.5 Apelação e reexame necessário](#)

[5.6 Possibilidade de declaração de inconstitucionalidade no âmbito da ação popular](#)

Capítulo 3 Mandado de Segurança Coletivo

[1. Disciplina legal do MS coletivo até a Lei n. 12.016/2009](#)

[2. Legitimidade para impetração do mandado de segurança coletivo na nova lei](#)

[3. Partido político](#)

[4. Organização sindical, entidade de classe ou associação](#)

- [5. Inexistência de outros legitimados](#)
- [6. Natureza da legitimação](#)
- [7. Desnecessidade de autorização dos membros e associados para a propositura](#)
- [8. Possibilidade de defesa de interesse de apenas parcela da categoria](#)
- [9. Impetração de mandado de segurança individual pelos legitimados para o mandado de segurança coletivo](#)
- [10. Objeto do mandado de segurança coletivo](#)
- [11. A competência nos mandados de segurança coletivos](#)
- [12. Coisa julgada](#)
- [13. Inaplicabilidade do art. 2º-A da Lei n. 9.494/97 no mandado de segurança coletivo](#)
- [14. Impossibilidade de concessão *inaudita altera pars* contra o poder público](#)
- [15. Execução de sentença concessiva de mandado de segurança coletivo](#)
 - [15.1 Nas obrigações de fazer, não fazer e entregar](#)
 - [15.2 Nas obrigações de pagar](#)
- [16. A Lei n. 12.016/2009 e as ADI 4.296 e 4.403](#)

Referências

◆ Introdução

Nosso interesse pelo estudo do processo coletivo se deve à influência (ou pressão, como preferirem) de dois grandes juristas: Luiz Flávio Gomes e Ada Pellegrini Grinover.

No ano de 2005, em um encontro casual no prédio da Rede LFG na Rua Bela Cintra, São Paulo, Luiz Flávio Gomes comentava com a Professora Ada Pellegrini Grinover, na nossa presença, das dificuldades de se encontrar um professor de processo coletivo, tema cada dia mais corrente nos concursos públicos.

A Professora Ada Pellegrini Grinover, então, direta como todos os que a conhecem sabem, exclamou: “*Gajardoni dará estas aulas, não é, Gajardoni?*”.

A reação do neófito (e assustado) processualista àquela altura não podia ser outra que não um “*é claro, Professora*”, seguido de um “*está feito, então, avante!*”, do Professor LFG.

E lá se vão mais de 7 anos de dedicação ao estudo e ao ensino do processo coletivo.

Por evidente, além deste livro, o estudo do processo coletivo me rendeu outros bons frutos na academia. Por primeiro, a participação na Comissão de Juristas nomeada pelo Ministério da Justiça para elaboração da Nova Lei de Ação Civil Pública, ainda em trâmite no Congresso Nacional (PL 5.139/2009). Depois, a indicação para, em parceria com outros colegas, a regência da disciplina processo coletivo no 9º semestre da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP (FDRP-USP). E, por fim, convites fantásticos para palestras, conferências, e para ministrar o tema em cursos de Mestrado, inicialmente na Fundação Universidade de Itaúna (MG) e, depois, na UNAERP (Universidade de Ribeirão Preto/SP).

Este livro, tanto quanto as aulas ministradas, é dividido em duas partes (dois volumes). O primeiro (volume 34) exclusivamente dedicado à *teoria geral do processo coletivo*, cujo domínio é essencial para avançar sobre o objeto do segundo (volume 35): *ações coletivas*

em espécie: ação civil pública, ação popular e mandado de segurança coletivo.

Milhares de alunos já se iniciaram no delicioso (mas também intrincado) estudo do processo coletivo sob a minha batuta. E cada um deles – com indagações, críticas, comentários e elogios –, à sua maneira, contribuiu para a realização deste trabalho (que nada mais é do que o desenvolvimento, aprofundado e por escrito, daquilo que é trabalhado no curso de processo coletivo da Rede LFG).

É a eles – exclusivamente – que credito e dedico este trabalho.

Franca, verão de 2012.

◆ Capítulo 1

Ação Civil Pública (Ação Coletiva)

1. Generalidades

1.1 Origem, conceito e desenvolvimento histórico-legislativo

A ação civil pública surgiu no Brasil no art. 14, § 1º, da Lei n. 6.938/81 (Política Nacional do Meio Ambiente). Ao tratar dos ilícitos praticados contra o meio ambiente, ela prevê que, além da responsabilização penal, o Ministério Público (da União e dos Estados) proporá, contra os causadores do dano, ação para responsabilização civil pelos danos.

Para regulamentar esta disposição até então sem antecedente no país, o legislativo federal, a partir de um anteprojeto de lei elaborado por grandes juristas (Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe, Cândido Rangel Dinamarco, Waldemar Mariz de Oliveira Jr.) e fundido com outro, apresentado por membros do Ministério Público do Estado de São Paulo (Camargo Ferraz, Édis Milaré e Nelson Nery Jr.), aprovou a Lei n. 7.347/85, a Lei de Ação Civil Pública, até então vigente.

O termo ação civil pública foi escolhido à luz da expressão “ação penal pública”. Afinal, ao menos quando de seu nascimento, apenas o Ministério Público seria legitimado a utilizá-la, tal qual a ação penal pública. Ademais, pesou na adoção da nomenclatura o fato de que a ação seria movida em favor da coletividade, do interesse público, tal como a ação penal.

Em uma acepção bem ampla, ação civil pública seria qualquer ação não penal ajuizada pelo MP (ações coletivas, ação rescisória, ação de anulação de casamento, ação civil *ex delicto* etc.). Em uma acepção mais restrita – de nosso agrado –, a ação civil pública seria qualquer ação não penal ajuizada pelo MP ou afim, exclusivamente para a tutela dos interesses supraindividuais. Não que isto seja importante, pois, afinal, ações não têm nome, apenas se admitindo estas designações (à luz do pedido) por conta da tradição romanística. Mas isto explicaria, inclusive, o mau uso, especialmente pelo MP, da expressão “ação civil pública” para designar ações para a defesa de direitos e interesses estritamente individuais (como a que objetiva garantir acesso a creche a, apenas, uma única criança).

Dentro da nossa visão restritiva de que a ação civil pública é a medida tendente à tutela dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, tem-se o seguinte precedente do STJ, a apontar que, “para configuração de legitimidade ativa e de interesse processual de associação para a propositura de ação civil pública em defesa de consumidores, faz-se necessário que a inicial da lide demonstre ter por objeto a defesa de direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos. Não é cabível o ajuizamento de ação coletiva para a defesa de interesses meramente individuais, o que importa carência de ação”. Afinal, nas ações em que se pretende a defesa de direitos individuais homogêneos, “não obstante os sujeitos possam ser determináveis na fase de conhecimento (exigindo-se estejam determinados apenas na liquidação de sentença ou na execução), não se pode admitir seu ajuizamento sem que haja, ao menos, indícios de que a situação a ser tutelada é pertinente a um número razoável de consumidores. O promovente da ação civil pública deve demonstrar que diversos sujeitos, e não apenas um ou dois, estão sendo possivelmente lesados pelo fato de ‘origem comum’, sob pena de não ficar caracterizada a homogeneidade do interesse individual a ser protegido” (STJ, Resp 823.063/PR, 4ª T., Rel. Min. Raul Araújo, j. 14-2-2012).

Posteriormente, potencializando o alcance dos dispositivos da Lei de Ação Civil Pública, foram editados dois importantes diplomas. O primeiro deles, a própria Constituição Federal, que a partir do seu art. 127, a tratar do Ministério Público, eleva a ação civil pública a *status* constitucional (art. 129 da CF). O segundo diploma, o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90), que no art. 81 e ss. trata, em capítulo separado, das ações coletivas.

Rememore-se, conforme já anotamos no item 2 do Capítulo 6 do v. 34, que há verdadeira celeuma doutrinária a respeito da autonomia catalogatória das ações coletivas em relação às ações civis públicas. As primeiras, de acordo com vários autores, seriam as previstas no CDC para a defesa dos direitos individuais homogêneos (art. 81, III, do CDC), conforme nomenclatura inaugurada a partir do art. 91 do citado estatuto. Já para a tutela dos direitos difusos e coletivos (art. 81, I e II, do CDC), restaria a ação civil pública. Não compactuamos deste entendimento, por cremos que não há diferenças suficientes entre ações coletivas (individuais homogêneos) e ação civil pública (difusos e coletivos) a justificar a diferenciação. Ambas submetem-se ao mesmo procedimento, têm os mesmos legitimados ativos e regras de competência, enfim, seguem o mesmo regime jurídico processual. A mera diferenciação do objeto parece-nos não ser suficiente a justificar o tratamento em separado, até por conta do já citado *sistema processual coletivo* (item 9 do Capítulo 7 do v. 34). Entendemos que ação coletiva é gênero, no qual se filiam as ações coletivas comuns (ACP, Popular, MSC etc.) e especiais (ADI, ADC, ADPF). No PLC 5.139/2009 (Nova Lei de Ação Civil Pública) – corretamente – se propõe o tratamento aglutinado do tema em torno do termo ACP, acabando-se com esta diferenciação feita por parte da doutrina.

Por outro lado, entendemos que a ação civil de improbidade administrativa (Lei n. 8.429/92) não é uma ação civil pública (embora o STJ tenha entendimento no sentido de que se trate de espécie de ACP). A legitimidade ativa, o objeto, o regime da coisa julgada e o próprio procedimento processual das duas ações são absolutamente distintos, não justificando, portanto, o tratamento

conjunto ou a utilização da mesma nomenclatura para designar fenômenos tão distintos.

Outras leis surgiram após a consolidação daquilo que se costuma chamar de *sistema processual coletivo* (item 9 do Capítulo 7 do v. 34), entre elas o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), a Lei de improbidade administrativa (Lei n. 8.429/92), o Estatuto da cidade (Lei n. 10.257/2011), o Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/2003), o Estatuto do Deficiente (Lei n. 7.913/89) etc., todas com disposições concernentes à tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais (homogêneos), com referências expressas à ação civil pública.

Há, também, algumas leis paralelas que acabam, de certo modo, tendo reflexos no âmbito da ação civil pública, por exemplo, a Lei n. 8.437/92 (que trata do pedido de suspensão da liminar ou da sentença proferida contra o Poder Público e estabelece limites à concessão de liminares contra o Poder Público).

Houve também retrocessos na legislação processual coletiva brasileira, por meio de inúmeras medidas provisórias, editadas pelo Governo Federal, tendentes a limitar o alcance das ações civis públicas contra o Poder Público, algumas delas perenizadas pela Emenda Constitucional n. 32 (MP 2.180-35), outras convertidas em lei (Lei n. 9.494/97).

A observação do que cotidianamente acontece tem demonstrado que as alterações implementadas na Lei n. 7.347/85 por força de lei (em sentido formal), como regra, vêm para potencializar a eficácia do processo coletivo, especialmente da ação civil pública. Por outro lado, as alterações que vêm por força de medidas provisórias objetivam, também como regra, limitar o alcance e a eficácia da ação civil pública. Emblemáticas, neste sentido, a Medida Provisória 1.570-4 (posteriormente, convertida na Lei n. 9.494/97) – que alterou o art. 16 da Lei n. 7.347/85 para limitar os efeitos da sentença proferida em sede de ação civil pública aos limites territoriais do órgão prolator (*vide* item 2.6 do Capítulo 9 do v. 34) – e a Medida Provisória 2.180-35 – que impediu o manejo de certas matérias (tributária, por exemplo) via ação civil pública. O motivo

é evidente: o Poder Público (especialmente o federal), sendo o maior demandado em sede de processo coletivo no país, tem absoluto interesse em limitar o alcance das decisões proferidas nesta sede.

Na década passada houve diversas tentativas de se reformar a legislação processual coletiva brasileira, com destaque para 2 (dois) anteprojetos de Código Brasileiro de Processos Coletivos: a) o CBPC da USP-IBDP (Instituto Brasileiro de Direito Processual), coordenado pela Professora Ada Pellegrini Grinover, da USP; e b) o CBPC – da UNESA/UERJ, coordenado pelo Desembargador Aluisio Gonçalves Castro Mendes.

Estes dois anteprojetos não vingaram no âmbito legislativo, mas certamente foram fonte inspiradora para a elaboração do PLC 5.139/2009 (Nova Lei de Ação Civil Pública), fruto do trabalho de comissão de juristas nomeada pelo Ministério da Justiça e presidida pelo Desembargador Federal Rogério Favreto (então Secretário da Reforma do Judiciário), com a participação, ainda, do advogado Luiz Manoel Gomes Jr. (relator), Ada Pellegrini Grinover (USP), Aluísio Gonçalves Castro Mendes (Justiça Federal-RJ), Ricardo Barros Leonel (MP-SP), Gregório Assagra de Almeida (MP-MG), Fernando da Fonseca Gajardoni (Justiça Estadual-SP), entre outros.

O PLC 5.139/2009 consolida na Lei de Ação Civil Pública praticamente todo o trato do processo coletivo brasileiro, constituindo-se em verdadeiro código, na esteira dos anteprojetos que o antecederam.

Referido projeto foi apresentado à Câmara dos Deputados em 2009 e, atualmente, aguarda o julgamento da (equivocada) decisão de seu arquivamento pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara.

1.2 Previsão legal e sumular

A disciplina central da ação civil pública está na Lei n. 7.347/85, com as alterações trazidas pelas Leis ns. 8.078/90, 8.884/94, 9.494/97, 10.257/2001 e 11.448/2007 e pela Medida Provisória 2.180-35/2001.

Muitas das disposições constantes da Lei n. 7.347/85 são repetidas, com alguma variação, no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), no Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257/2001), no Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/2003), no Estatuto do Deficiente (Lei n. 7.913/89) etc., diplomas estes que têm um capítulo próprio voltado para a tutela dos direitos difusos, coletivos e individuais (homogêneos).

Não custa rememorar, neste momento, que a Lei de Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85) e o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90) servem como normas-base de um microssistema que disciplina todo o processo coletivo brasileiro (*vide* item 9 do Capítulo 7 do v. 34). Isto porque o art. 21 da Lei n. 7.347/85 (Lei de Ação Civil Pública) determina a aplicação, *no que for cabível*, dos dispositivos do Livro III do Código de Defesa do Consumidor (que trata das ações coletivas). E o art. 90 do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90), ao tratar das ações coletivas, determina a aplicação, *naquilo que não contrariar suas disposições*, da Lei de Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85). Da interpretação do conteúdo destas duas *normas de envio*, extrai-se a ideia da existência de um todo único, conjunto, composto pela LACP e pelo CDC, aplicável a toda e qualquer ação para a tutela dos interesses supraindividuais (ação civil pública, ação popular, ação civil de improbidade administrativa, mandado de segurança coletivo etc.). E extrai-se, também, a afirmação de fácil compreensão no sentido de as regras do CDC serem aplicáveis a praticamente todas as ações civis públicas, inclusive às que não têm natureza consumerista. Tem-se por formado, assim, o núcleo central de um sistema (ou microssistema) normativo, que não se esgota, entretanto, apenas na combinação destas duas normas. Isto porque, apesar da posição de destaque da LACP e do CDC neste sistema, não se pode negar que as demais leis com vocação coletiva também o compõem, de modo a serem utilizadas naquilo que forem úteis à efetivação da tutela dos interesses supraindividuais (Leis ns. 4.717/65; arts. 21 e 22 da Lei n. 12.016/2009; Lei n. 8.429/92; arts. 208 a 224 da Lei n. 8.069/90; Lei n. 7.853/89 etc.). Obviamente, deverá o intérprete aferir, no caso concreto, eventual

incompatibilidade e a especificidade de cada norma coletiva em relação aos demais diplomas. Mas isto é feito casuisticamente, não sendo possível, *prima facie*, determinar o que pode ser aplicado integrativamente e o que não pode.

Também não se pode esquecer a previsão constitucional da ação civil pública no art. 129, III, da Constituição Federal, ao estabelecer que entre as funções institucionais do Ministério Público está a de promover o “inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”.

Desde 1985, quando criada a ação civil pública (art. 14, § 1º, da Lei n. 6.938/81), o STJ editou poucas súmulas relacionadas ao tema. A Súmula 470 estabelece que “O Ministério Público não tem legitimidade para pleitear, em ação civil pública, a indenização decorrente do DPVAT em benefício do segurado”. A Súmula 329 diz que “O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública em defesa do patrimônio público”. Havia também outra súmula, a 183, que dizia competir “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”. Esta súmula, entretanto, foi cancelada na sessão do STJ de 8-11-2000, de modo que, em vigência, temos apenas as outras duas (470 e 329).

No âmbito do STF, há a Súmula 643, sobre ação civil pública. Ela diz que “O Ministério Público tem legitimidade para promover ação civil pública cujo fundamento seja a ilegalidade de reajuste de mensalidades escolares”.

2. Objeto

Nos termos dos arts. 1º, 3º e 11 da Lei n. 7.347/85, a ação civil pública é cabível para a tutela preventiva ou ressarcitória, de ordem moral ou patrimonial, de todo e qualquer direito difuso, coletivo ou individual homogêneo.

2.1 Tutela preventiva e ressarcitória

Por tutela preventiva, deve-se compreender aquela tendente a evitar a ocorrência do ilícito e, conseqüentemente, de danos indenizáveis. A ela se contrapõe a tutela ressarcitória (ou reparatória), cujo objetivo é reparar o ilícito e o dano ocorrido em um dos bens ou direitos tutelados na demanda.

A tutela preventiva é, no mais das vezes, relacionada às obrigações de fazer e não fazer (art. 11 da Lei n. 7.347/85 e art. 84 do CDC), cuja execução, precipuamente, é feita mediante cominações (multa); pode ser inibitória ou de remoção do ilícito. Por tutela inibitória, entende-se a tendente a obstar (impedir) a ocorrência do ilícito. A tutela da remoção do ilícito objetiva afastar (retirar) o ilícito já praticado, tenha ele desencadeado ou não danos indenizáveis.

Exemplificativamente, basta pensar em uma ação civil pública ambiental, a objetivar evitar a realização de obra sem licenciamento ambiental. Tem-se típico caso de tutela inibitória, que objetiva evitar a ocorrência do ilícito. Uma vez, entretanto, iniciadas as obras sem o licenciamento, tem cabimento, também, a tutela da remoção do ilícito, para que as obras já executadas em detrimento do meio ambiente sejam levantadas. Por fim, caso com o evento (o ilícito praticado) tenha havido danos ao meio ambiente, entra em campo a tutela ressarcitória, cujo objetivo é reparar o dano de modo específico (v.g., replantio) ou pecuniariamente (excepcional).

Nada impede que se cumulem, no mesmo processo, pedidos inibitórios, de remoção do ilícito e ressarcitórios, na forma do art. 292 do CPC. Como também plenamente possível que estas tutelas sejam reclamadas em demandas autônomas e separadas. O importante é que o processo seja capaz de tutelar adequadamente o direito ou interesse metaindividual em discussão.

Já a tutela ressarcitória objetiva reparar danos de ordem patrimonial ou moral praticados em detrimento dos interesses e direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

A doutrina divide a tutela ressarcitória em *tutela ressarcitória pelo equivalente* e *tutela específica*. A tutela pelo equivalente consiste na reparação pecuniária pela transferência de um valor equivalente ao prejuízo causado. Na esfera dos direitos coletivos, esta forma de reparação não é a ideal, uma vez que os bens jurídicos tutelados demandam tutela específica, isto é, proteção que permita a reparação *in natura* do bem afetado.

Quanto ao dano patrimonial, não há maiores dificuldades. Tudo aquilo que foi perdido e que poderia ser ganho, caso não tivesse havido o ilícito indenizável, deve ser computado (perdas e danos).

Já quanto ao dano moral coletivo, a questão não é tão simples como parece.

2.2 O dano moral coletivo (ou difuso)

Existem duas posições diametralmente opostas a respeito do dano moral coletivo (ou difuso, como preferem alguns), inclusive na jurisprudência superior.

Uma primeira posição simplesmente nega a existência e a indenizabilidade dos danos morais coletivos. Aduzem não haver compatibilidade do dano moral com a ideia da transindividualidade, *i.e.*, da indeterminabilidade dos titulares dos direitos e da indivisibilidade da ofensa e da reparação da lesão.

Para os adeptos desta primeira posição, a ofensa moral sempre se dirige à pessoa, enquanto portadora de individualidade própria. Como os danos desta natureza são ofensas aos direitos da personalidade (*v.g.*, a imagem perante o grupo social), restaria claro que o dano moral é personalíssimo e somente visualiza a pessoa enquanto detentora de características e atributos próprios e invioláveis, os quais são inexistentes na coletividade. Consequentemente, apenas individualmente seriam indenizáveis os danos morais, nunca coletivamente.

Neste sentido, há inúmeros precedentes da 1ª Turma do STJ negando a indenizabilidade de danos morais coletivos em razão de

atos perpetrados contra o meio ambiente (Resp 971.844/RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, *DJe* 12-2-2010; Resp 598.281/MG, Rel. p/ acórdão Min. Teori Albino Zavascki, *DJ* 1º-6-2006, e Resp 821.891/RS, Rel. Min. Luiz Fux, *DJe* 12-5-2008). Também há precedente negando indenização por danos morais coletivos em caso de fraude em processo licitatório (STJ, Resp 1.003.126/PB, 1ª T., Rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 1º-3-2011).

A partir do entendimento abraçado por esta parte da jurisprudência, no máximo, seria reclamável, no processo coletivo, indenização por danos morais nas ações civis públicas para a tutela dos direitos e interesses individuais homogêneos (art. 81, III, do CDC). Afinal, apenas estes tutelam, especificamente, direitos individuais, de modo a ser possível a ocorrência destes danos à personalidade. Jamais seria possível a fixação de indenização por danos morais em ações civis públicas tutelares de direitos difusos e coletivos, cujos titulares são indeterminados.

Uma segunda posição – *da qual somos partidários* – admite à plenitude a existência e a indenizabilidade dos danos morais coletivos (ou difusos), inclusive nos processos para a tutela dos direitos difusos e coletivos *stricto sensu* (art. 81, I e II, do CDC).

Primeiro, porque o art. 1º, *caput*, da Lei n. 7.347/85, parece bastante claro a respeito, ao lançar como objeto da ação civil pública a reparação de danos patrimoniais e morais coletivos.

E segundo, principalmente, porque há condutas humanas que, uma vez praticadas, são plenamente capazes de causar sentimento de desprestígio, de desrespeito, de engodo, não apenas em um indivíduo, mas em todo o grupo social, em toda a coletividade (determinada ou não). Basta pensar, neste sentido, em uma empresa que, a pretexto de fazer um comercial, desrespeita a Bandeira Nacional ou ofenda determinado grupo étnico.

Nesta linha, o STJ já pontuou que “o dano moral coletivo, assim entendido o que é transindividual e atinge uma classe específica ou não de pessoas, é passível de comprovação pela presença de

prejuízo à imagem e à moral coletiva dos indivíduos enquanto síntese das individualidades percebidas como segmento, derivado de uma mesma relação jurídica-base”. Pontuou, ainda, que, “o dano extrapatrimonial coletivo prescinde da comprovação de dor, de sofrimento e de abalo psicológico, suscetíveis de apreciação na esfera do indivíduo, mas inaplicável aos interesses difusos e coletivos” (STJ, Resp 1.057.274, 2ª T., Rel. Min. Eliana Calmon, j. 1º-12-2009).

Por óbvio, não é qualquer atentado aos interesses da coletividade que pode acarretar dano moral difuso. Nem todo ato ilícito se revela como afronta aos valores de uma comunidade, sendo indispensável “que o fato transgressor seja de razoável significância e desborde os limites da tolerabilidade. Ele deve ser grave o suficiente para produzir verdadeiros sofrimentos, intranquilidade social e alterações relevantes na ordem extrapatrimonial coletiva” (STJ, Resp 1.221.756/RJ, 3ª T., Rel. Min. Massami Uyeda, j. 2-2-2012).

As hipóteses de indenizabilidade do dano moral coletivo, portanto, não podem ser previamente definidas, mas, sim, à luz do caso concreto e da ofensa, pela conduta, àquilo que temos chamado de *inconsciente coletivo*.

Já se deferiu indenização por dano moral coletivo (R\$ 50.000,00), por exemplo, em razão da conduta do banco de não proporcionar acessibilidade adequada para idosos, gestantes, deficientes físicos e outras pessoas com dificuldade de locomoção (STJ, Resp 1.221.756/RJ, 3ª T., Rel. Min. Massami Uyeda, j. 2-2-2012). Também foi deferida indenização por danos morais coletivos (R\$ 100.000,00) pela cobrança, sem anuência dos consumidores usuários do serviço de telefonia móvel, de “*pacote de serviços não contratado*” (STJ, Resp 1.203.573/RS, 2ª T., Rel. Min. Humberto Martins, j. 13-12-2011).

No arbitramento do valor indenizatório a título de dano moral difuso, deve ser levada em conta a técnica do desestímulo, a fim de que se evitem novas violações aos valores coletivos, a exemplo do que

se dá em tema de dano moral individual. Em outras palavras, o montante da condenação deve ter dupla função: compensatória para a coletividade e punitiva para o ofensor, considerando-se a gravidade da lesão, a situação econômica do agente e as circunstâncias do fato.

Fixada indenização por danos morais coletivos nas hipóteses de ofensa a direitos e interesses difusos e coletivos, o produto da indenização será vertido ao fundo de reparação de bens lesados, na forma do art. 13 da Lei n. 7.347/85 (item 3.1.1, letra “b”, do Capítulo 12 do v. 34). Nas ações para a tutela dos direitos e interesses individuais homogêneos, eventual indenização por dano moral tem como destinatários as vítimas e sucessores.

2.3 Bens e direitos tutelados

Os incisos do art. 1º da Lei n. 7.347/85 têm redação truncada, ocorrida graças à aprovação de inúmeros projetos de lei (art. 53 da Lei n. 10.257/2001) e à edição de medidas provisórias (MP 2.180-35) que não se comunicavam (*i.e.*, não sabiam um da existência do outro).

Apesar da verdadeira bagunça que se formou a partir das diversas inclusões e renumerações havidas nos incisos, entende-se que a redação vigente do dispositivo é a seguinte:

Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: I – ao meio ambiente; II – ao consumidor; III – a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; IV – a qualquer outro interesse difuso ou coletivo; V – por infração da ordem econômica e da economia popular (com redação pela Lei n. 12.529/2011); VI – à ordem urbanística.

Este dispositivo é complementado por outras duas regras de diplomas que compõem o microsistema processual coletivo, como o ECA (art. 208 da Lei n. 8.069/90) e o Estatuto do Idoso (art. 79 da Lei n. 10.741/2003):

Art. 208 da Lei n. 8.069/90. Regem-se pelas disposições desta Lei as ações de responsabilidade por ofensa aos direitos assegurados à

criança e ao adolescente, referentes ao não oferecimento ou oferta irregular: I – do ensino obrigatório; II – de atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência; III – de atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade; IV – de ensino noturno regular, adequado às condições do educando; V – de programas suplementares de oferta de material didático-escolar, transporte e assistência à saúde do educando do ensino fundamental; VI – de serviço de assistência social visando à proteção à família, à maternidade, à infância e à adolescência, bem como ao amparo às crianças e adolescentes que dele necessitem; VII – de acesso às ações e serviços de saúde; VIII – de escolarização e profissionalização dos adolescentes privados de liberdade; IX – de ações, serviços e programas de orientação, apoio e promoção social de famílias e destinados ao pleno exercício do direito à convivência familiar por crianças e adolescentes. § 1º As hipóteses previstas neste artigo não excluem da proteção judicial outros interesses individuais, difusos ou coletivos, próprios da infância e da adolescência, protegidos pela Constituição e pela Lei.

Art. 79 da Lei n. 10.741/2003. Regem-se pelas disposições desta Lei as ações de responsabilidade por ofensa aos direitos assegurados ao idoso, referentes à omissão ou ao oferecimento insatisfatório de: I – acesso às ações e serviços de saúde; II – atendimento especializado ao idoso portador de deficiência ou com limitação incapacitante; III – atendimento especializado ao idoso portador de doença infectocontagiosa; IV – serviço de assistência social visando ao amparo do idoso. Parágrafo único. As hipóteses previstas neste artigo não excluem da proteção judicial outros interesses difusos, coletivos, individuais indisponíveis ou homogêneos, próprios do idoso, protegidos em lei.

Da análise do art. 1º, IV, da Lei n. 7.347/85, do § 1º do art. 209 do ECA e do parágrafo único do art. 79 do Estatuto do Idoso, bem se vê que o rol de bens e direitos tuteláveis pela ação civil pública é amplíssimo. Afinal, os dispositivos citados são verdadeiras *normas de encerramento*, vez que, após as leis enumerarem os diversos possíveis

objetos da ação civil pública, enunciam que não está excluída a proteção a outros interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos não indicados expressamente na norma.

Pode se afirmar, então, sem medo algum de errar, que, apesar de não haver expressa menção nos dispositivos citados, a ação civil pública também é vocacionada à defesa do patrimônio público, da moralidade administrativa, da segurança pública, da educação e da saúde de todos (não só de idosos e de crianças e adolescentes), *e de todo e qualquer outro direito ou interesse difuso, coletivo ou individual homogêneo.*

Neste sentido, basta ver o verbete sumular n. 329 do STJ, a prever que “O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública em defesa do patrimônio público”, o qual não integra, expressamente, o rol de bens e direitos tutelados pela ACP (art. 1º da Lei n. 7.347/85).

No passado, objetava-se que, como o art. 1º, IV, da Lei n. 7.347/85, só fazia referência a direitos difusos e coletivos, não seria possível o manejo de ação civil pública na tutela dos direitos e interesses individuais homogêneos, reservada exclusivamente para a defesa do consumidor (*vide* art. 81 e ss. do CDC) (AgRg no Resp 547.704/RN, 6ª T., Rel. Min. Paulo Medina, DJ 13-62005). Este entendimento, entretanto, está completamente superado em razão do reconhecimento da existência do microssistema processual coletivo. Pois basta uma breve incursão sobre os arts. 21 da LACP e 90 do CDC – os quais fazem expressa menção à tutela de interesses e direitos individuais pela ACP, pouco importando a natureza do direito debatido – para se concluir que é possível o ajuizamento de ACP para a tutela dos interesses e direitos individuais homogêneos relacionados a meio ambiente, consumidor, previdência social etc. Por isto, hoje é uniforme o entendimento no STJ, no sentido de que é cabível o ajuizamento de ação civil pública em defesa de direitos individuais homogêneos não relacionados a consumidores (STJ, Resp 706.791/PE, Rel. Min. Tereza de Assis Moura, j. 17-2-2009).

2.4 Defesa do meio ambiente

Não há como se negar que o meio ambiente é – e sempre será – o objeto de defesa mais caro à ação civil pública. Afinal, a ação civil pública foi criada, exclusivamente, para a defesa do meio ambiente (art. 14, § 1º, da Lei n. 6.938/81), só tendo sido alargado o seu objeto após a edição da Lei n. 7.347/85.

Conforme o art. 225 da Constituição Federal, “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”. Estabelece, ainda, o § 1º do citado dispositivo constitucional, que “para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: I – preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas; II – preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético; III – definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção; IV – exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade; V – controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente; VI – promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente; VII – proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade”.

Considera-se meio ambiente o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas (art. 3º, I, da Lei n. 6.938/81).

A doutrina costuma classificar o meio ambiente em quatro vertentes: a) meio ambiente natural (ou físico); b) meio ambiente artificial; c) meio ambiente do trabalho; e d) meio ambiente cultural.

O meio ambiente natural ou físico é constituído pelos recursos naturais, como o solo, a água, o ar, a flora e a fauna, e pela correlação recíproca de cada um destes elementos com os demais. Sua disciplina está especialmente na Lei n. 6.938/81 e no art. 225 da CF.

Absolutamente comuns, na prática, ações civis públicas para suspender obra (inclusive pública) que gere risco de danos ao meio ambiente; para impedir a queimada da cana de açúcar (e a emissão de gases nocivos ao meio ambiente natural); para proibir rodeios (e eventuais maus-tratos aos animais que dele participam); para obstar o despejo de resíduos poluentes em rio; para obrigar proprietários rurais a averbar na matrícula dos bens a área de reserva legal etc.

O meio ambiente artificial é composto pelo espaço urbano construído, pelo seu conjunto de edificações (espaço urbano fechado) e de equipamentos públicos (espaço urbano aberto) existentes. Seu conceito, embora mais intimamente ligado ao próprio conceito de cidade, não exclui a zona rural, já que qualifica algo que se refere a todos os espaços habitáveis. A sua proteção recebeu tratamento destacado no sistema, não só no art. 182 e ss. da CF, mas também da Lei n. 10.257/2001 (Estatuto das Cidades).

Já o meio ambiente do trabalho é o conjunto de fatores que se relacionam às condições do ambiente de trabalho, como o local de trabalho, as máquinas, as ferramentas, os agentes físicos, químicos e biológicos e as operações, os processos, enfim, a relação entre o trabalhador e o meio físico.

Alguns autores não classificam de modo autônomo o meio ambiente do trabalho, considerando-o uma extensão do conceito de

meio ambiente artificial. Assim, a classificação dantes sugerida seria tripartida (meio ambiente natural, meio ambiente artificial e meio ambiente cultural).

É uniforme o entendimento de que as ações civis públicas para a proteção do meio ambiente do trabalho são, à luz do art. 114 da CF, de competência material da Justiça do Trabalho. Neste sentido é a Súmula 736 do STF: “Compete à Justiça do Trabalho julgar as ações que tenham como causa de pedir o descumprimento de normas trabalhistas relativas à segurança, higiene e saúde dos trabalhadores”.

Finalmente, o meio ambiente cultural é o patrimônio histórico, artístico, paisagístico, ecológico, científico e turístico. Constitui-se tanto de bens de natureza material (lugares, objetos e documentos de importância para a cultura) quanto imaterial (idiomas, danças, cultos religiosos e costumes).

O tombamento é um ato administrativo realizado pelo Poder Público com o objetivo de preservar, por meio da aplicação da lei, bens de valor histórico, cultural e arquitetônico, isto é, o meio ambiente cultural (art. 1º do Decreto-lei n. 25/37). Uma vez tombado, o patrimônio passa a sofrer limitações de ordem administrativa (limitação ao direito de propriedade), de modo que o seu proprietário deixa de ter liberdade plena de uso, gozo, fruição e disposição (art. 1.228 do CC). Cria-se, com o tombamento, uma presunção legal de valor histórico-cultural do bem. Contudo, não é condição, para o exercício da ação civil pública para a proteção do bem, que ele esteja tombado. Perfeitamente possível que bens e valores não tombados sejam protegidos pela ACP, caso em que, entretanto, o autor da ação, previamente, deverá provar este valor. Caso já haja o tombamento, não há necessidade desta prova, vez que o valor histórico-cultural estará legalmente presumido.

Essa classificação quadripartida do meio ambiente atende a uma necessidade exclusivamente metodológica, por facilitar a identificação da atividade agressora e do bem diretamente degradado. Afinal, o meio

ambiente, por definição, é unitário, de modo que, independentemente dos seus aspectos e das suas classificações, a sua proteção jurídica é uma só.

Por isto, *a ação civil pública se presta à defesa de qualquer destas espécies de meio ambiente* (natural, artificial, do trabalho e cultural).

É interessante notar que o art. 1º da Lei n. 7.347/85, neste aspecto, é redundante (embora isto não seja criticável). Pois, ao prever no inciso I a tutela do meio ambiente pela ação civil pública, não seria necessário que lançasse, nos incisos III e VI, a proteção aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e à ordem urbanística. Afinal, a expressão “meio ambiente” do inciso I, nos seus aspectos cultural e artificial, já abarca os bens e direitos tutelados pelos incisos III e VI da disposição.

Tem prevalecido o entendimento de que a responsabilidade civil ambiental é objetiva, com a adoção da teoria do risco da atividade ou do risco-proveito (art. 225 da CF c.c. art. 14, § 1º, da Lei n. 6.938/81). Em outros termos, aquele que, por meio de sua atividade, aufere lucros, vantagens e benefícios, deve ser obrigado a reparar eventuais danos ao meio ambiente, ainda que sua conduta seja isenta de dolo ou de culpa, não se admitindo, sequer, a invocação das excludentes da força maior ou do caso fortuito.

Também merece ser rememorada a afirmação feita no Capítulo 13 do v. 34 de que são imprescritíveis as ações coletivas para a tutela do meio ambiente, especialmente a voltada à reparação dos danos a ele causados. Entende-se que, diante do fato de se tratar de direito inerente à vida, fundamental e essencial à afirmação dos povos (sendo, inclusive, antecedente a todos os demais direitos), a imprescritibilidade da tutela do meio ambiente seria decorrência implícita do sistema (art. 226 da CF). Conforme decidido pelo STJ: “Sabemos que a regra é a prescrição, e que o seu afastamento deve apoiar-se em previsão legal. É o caso da imprescritibilidade de ações de reparação dos danos causados ao patrimônio público,

regra prevista na Constituição Federal de 1988, no art. 37, § 5º. Entretanto, o direito ao pedido de reparação de danos ambientais, dentro da logicidade hermenêutica, também está protegido pelo manto da imprescritibilidade, por se tratar de direito inerente à vida, fundamental e essencial a afirmação dos povos, independentemente de estar expresso ou não em texto legal (...). No conflito entre estabelecer um prazo prescricional em favor do causador do dano ambiental, a fim de lhe atribuir segurança jurídica e estabilidade, com natureza eminentemente privada, e tutelar de forma mais benéfica bem jurídico coletivo, indisponível, fundamental, que antecede todos os demais direitos – pois sem ele não há vida, nem saúde, nem trabalho, nem lazer –, este último prevalece, por óbvio, concluindo pela imprescritibilidade do direito à reparação do dano ambiental” (Resp 1120117/AC, 2ª T., Rel. Min. Eliana Calmon, j. 10-11-2009).

2.5 Vedação do objeto

Por meio de Medida Provisória 2.180-35 – com efeitos perenizados por força do art. 2º da Emenda Constitucional n. 32 –, o Poder Executivo Federal, com o beneplácito do Poder Legislativo, estabeleceu algumas hipóteses de vedação de cabimento da ação civil pública.

Conforme o art. 1º, parágrafo único, da Lei n. 7.347/85, não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam: a) tributos; b) contribuições previdenciárias; c) Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS); e d) ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados.

A vedação é genérica, e abarca, portanto, qualquer ação civil pública, proposta por qualquer dos legitimados do art. 5º da LACP (art. 82 do CDC), a respeito dos temas ali indicados, seja para a tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos (art. 81 do CDC).

O móvel do dispositivo é evidente: blindar o Poder Público (especialmente o federal) – principal demandado em sede de processo

coletivo no país – contra as investidas do Poder Judiciário sobre os seus cofres. Pois uma decisão proferida em uma ação civil pública com o escopo de coibir a cobrança de determinado tributo/contribuição que se considera inconstitucional, ou de autorizar o levantamento de valores vertidos ao FGTS, pode representar um rombo no orçamento do Poder Executivo (federal, estadual, distrital ou municipal), quem sabe, até, com a bancarrota da própria administração.

A doutrina critica duramente este dispositivo, seja pela forma como inserido no sistema (por medida provisória sem os requisitos da relevância e urgência, nos termos do art. 62 da CF), seja pelo seu próprio conteúdo. Afinal, é graças a ele que temas sensíveis ao processo coletivo e que poderiam ser solucionados globalmente (matéria tributária, por exemplo) só são tutelados do ponto de vista individual.

E quem perde com isto? Evidentemente, o cidadão e a Justiça. O primeiro, pois obrigado a ajuizar ações individuais em temas uniformes, repetidos. E a segunda, porque obrigada a julgar centenas de milhares de vezes processos absolutamente semelhantes que poderiam ser tutelados coletivamente, com menor gasto temporal e financeiro.

Apesar de todas as críticas, a jurisprudência do STJ vem emprestando plena eficácia à disposição, especialmente no que tange à vedação de propositura de ação civil pública, pelo MP, em matéria tributária (EResp 771.460/DF, 1ª Seção, Rel. Min. Eliana Calmon, *DJ* 15-10-2007; Resp 850.718/DF, 1ª T., Rel. Min. Luiz Fux, *DJ* 10-9-2007; EResp 753.901/DF, 1ª Seção, Rel. Min. João Otávio de Noronha, *DJ* 6-8-2007; EResp 665.773/DF, Rel. Min. Denise Arruda, *DJe* 7-4-2008).

Pensamos que o art. 1º, parágrafo único, da Lei n. 7.347/85, configura verdadeira hipótese de impossibilidade jurídica do pedido (*rectius*: dos elementos da ação), de modo que o ajuizamento de ACP veiculando as pretensões expressamente vedadas pela lei deve acarretar o indeferimento da inicial e a

extinção do processo, sem julgamento do mérito (art. 267 c.c. art. 295, ambos do CPC).

Uma ressalva, entretanto, deve ser feita para a exata compreensão da vedação do art. 1º, parágrafo único, da Lei n. 7.347/85. Tratando-se de dispositivo limitador da eficácia da ação civil pública – que de certo modo pode ser considerada garantia constitucional (art. 129, III, da CF) –, a sua interpretação há de ser feita de modo bastante restritivo, preservando pretensões que objetivem a defesa e a integridade do erário e a higidez do processo de arrecadação tributária, ainda que os temas debatidos tangenciem questões relacionadas a tributos, contribuições previdenciárias, FGTS e outros fundos.

Já se admitiu, assim: a) ação civil pública que objetive a condenação da empresa concessionária à emissão de faturas de consumo de energia elétrica com dois códigos de leitura ótica, informando de forma clara e ostensiva os valores correspondentes à contribuição de iluminação pública e à tarifa de energia elétrica (tutela do consumidor) (Resp 1.010.130/MG, 1ª T., Rel. Min. Luiz Fux, j. 9-1-2010); b) ação civil pública para anular Termo de Acordo de Regime Especial (TARE), em que concedidos incentivos fiscais a empresa (tutela do patrimônio público) (STF, Informativo 595); c) ação civil pública com o objetivo de declarar nulo certificado de entidade assistencial e, conseqüentemente, os benefícios fiscais a ela concedidos (tutela da moralidade e do patrimônio público) (STJ, Resp 1.101.808/SP, 1ª T., Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 17-8-2010); d) ação civil pública que objetive reconhecer a nulidade de atos administrativos que trouxeram benefício exclusivo a um único contribuinte, permitindo-lhe o recolhimento a menor de ICMS (tutela do patrimônio público) (STJ, Resp 903.189, 1ª T., Rel. Min. Luiz Fux, j. 16-12-2010). Em todos estes casos, entendeu-se que as ações não veiculavam pretensões vedadas pelo art. 1º, parágrafo único, da Lei n. 7.347/85.

Também tem sido admitida ação civil pública em matéria previdenciária (revisão de benefícios previdenciários), na medida em que o art. 1º, parágrafo único, da Lei n. 7.347/85, só obsta pretensões relacionadas às contribuições previdenciárias (Lei n. 8.212/91), e não a benefícios (STJ, Resp 946.533/PR, 6ª T., Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 10-5-2011; Resp 1.142.630/PR, 5ª T., Rel. Min. Laurita Vaz, j. 7-12-2010). Mas há julgados em sentido contrário, exclusivamente para negar legitimidade ativa (*rectius*: representação adequada) do Ministério Público para o ajuizamento de tal ação (STJ, Resp 396.081/RS, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 2-9-2008; Resp 404.656/RS, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 17-12-2002).

No PL 5.139/2009 (Nova Lei de Ação Civil Pública), parece-nos haver retrocesso neste ponto. É que o art. 1º, § 1º, estabelece não caber “ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, concessão, revisão ou reajuste de benefícios previdenciários ou assistenciais, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados”. Ou seja, limita-se ainda mais a disposição atual (art. 1º, parágrafo único, da Lei n. 7.347/85), para também não admitir o processamento de ações cujo objetivo seja a concessão, revisão ou reajuste de benefícios previdenciários.

2.6 Concomitância de outras ações coletivas

O emprego da ação civil pública não impede o manejo concomitante, pelos legitimados respectivos, da ação popular, do mandado de segurança coletivo e mesmo das pretensões individuais correspondentes ou decorrentes.

Neste sentido, basta ver o que consta do próprio art. 1º, *caput*, da Lei n. 7.347/85, a ressaltar, expressamente, o cabimento da ação popular.

Por evidente, estas ações podem se relacionar pelos fenômenos da coisa julgada, litispendência, conexão ou continência. A respeito, remetemos o leitor ao que escrevemos no v. 34 desta obra, Capítulo 11.

3. Legitimidade

3.1 Legitimidade ativa e representação adequada

Diversamente do sistema norte-americano – em que certos tipos de ações coletivas podem ser ajuizadas pelo particular (desde que comprove ao juiz, por meio de uma série de habilidades, representar adequadamente os interesses da coletividade interessada) –, no Brasil, não se reconhece, ao menos para a ação civil pública, legitimidade ao particular para a propositura da ação.

Por aqui, a opção adotada foi a de presumir que somente certas pessoas jurídicas, algumas de natureza pública (MP, Defensoria, Administração Pública direta e indireta), outras de natureza privada (associações, entidades de classe, sindicatos, partidos políticos), possam representar adequadamente os interesses da coletividade, estando, a partir daí, habilitadas a propor ações para a tutela dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Certamente sopesou nesta decisão o fato já relatado (v. 34, Capítulo 2) de haver uma natural tendência à imobilização dos indivíduos na defesa dos interesses e direitos supraindividuais, principalmente aqueles de titularidade absolutamente indeterminada (direitos difusos) ou que não seriam tuteláveis individualmente diante da pequenez da vantagem econômica que poderia ser haurida. Com a indicação daqueles que terão entre suas finalidades a defesa da coletividade, diminui-se bem esta imobilização (*efeito carona*).

Portanto, não há divergência em nosso país quanto à existência de uma presunção legal de que os entes indicados no art. 5º da LACP (art. 82 do CDC) – os únicos legitimados para a propositura da ação civil pública (ação coletiva) – representem adequadamente os interesses da coletividade, podendo propô-la.

Quando se fala em *representação* por aqui, não nos referimos à *representação* no sentido técnico-jurídico da palavra no direito processual civil brasileiro, mas, sim, àqueles legitimados pelo direito positivo de um país a propor uma ação coletiva em

benefício do grupo titular do direito ou interesse metaindividual. Como bem adverte a doutrina, *representante*, aqui, deve ser considerado como sinônimo de porta-voz: o autor da ação coletiva é um porta-voz dos interesses da coletividade (seu portador em juízo).

3.1.1 Controle judicial da representação adequada

As divergências surgem quando se indaga sobre a possibilidade de o juiz, ao receber uma ação civil pública ajuizada pelos entes eleitos pelo legislador, afastar a presunção legal de representação adequada e indicar que, naquele caso concreto, está ausente a representação. Ou, em outros termos: além do controle *ope legis* de representatividade, poderá haver também um controle *ope judicis* (judicial) dela (como ocorre nos EUA)?

Um primeiro grupo de autores entende que, à exceção das associações – cuja atuação o art. 5º, V, da Lei n. 7.347/85, expressamente condiciona a uma prévia demonstração de representatividade ao magistrado (constituição ânua e pertinência temática) –, não poderia o Judiciário negar algo que o sistema expressamente conferiu ao autor da ação coletiva, isto é, a representatividade adequada. Para os adeptos desta teoria, o autor da ação coletiva deve, à luz das suas finalidades institucionais, decidir se há ou não interesse que justifique sua atuação, não sendo lícito ao Judiciário, assim, fazer controle sobre algo que a lei não lhe permitiu.

Assim, o representante do Ministério Público deverá decidir se em determinado conflito consumerista há interesse social que legitime sua atuação (art. 127 da CF), e não o Judiciário. Do mesmo modo, quem elegerá se os titulares do direito são hipossuficientes (art. 134 da CF) para fins de atuação coletiva é a Defensoria Pública, e não o juiz.

Uma segunda corrente entende que a existência de um controle legislativo prévio não impede que o juiz, no caso concreto e à luz do

interesse em debate, considere que o autor da ação coletiva não representa adequadamente os interesses daquela coletividade. Haveria, assim, para todos os entes eleitos pelo legislador como representantes adequados (e não só para as associações), uma fase de controle judicial da representação.

De acordo com esta segunda linha de pensamento – e à míngua de previsão legal específica –, tal controle seria feito à luz das finalidades institucionais do ente legitimado. O juiz, no processamento da ação coletiva, aferiria se, além da legitimidade oferecida pela lei, o autor tem entre suas finalidades institucionais a defesa do direito ou dos interesses supraindividuais em debate.

Exemplificando: ajuizada uma ação civil pública pelo Ministério Público, o Judiciário aferiria se o seu objeto contempla a defesa da ordem jurídica, do regime democrático, dos interesses sociais ou de direitos individuais indisponíveis (art. 127 da CF). Estando os interesses e direitos em debate fora deste âmbito (finalidade institucional do MP), o juiz reconheceria a falta de representatividade adequada dos interesses daquela coletividade, convidando outros legitimados com tal fim para assumir a titularidade ativa da ação (princípio do interesse jurisdicional no conhecimento do mérito). Exemplo concreto deste fenômeno é o da Súmula 470 do STJ, que não reconhece a legitimidade (*rectius*: representatividade adequada) do MP para pleitear, em ACP, indenização decorrente de DPVAT em benefício de segurado (direito meramente patrimonial e disponível).

Preferimos a segunda posição (controle judicial da representação) – que atualmente é prevalecente na doutrina e jurisprudência – por acreditar que não existem poderes ilimitados frente ao Poder Judiciário, que sempre pode controlá-los quando provocado (art. 5º, XXXV, da CF). Não seria diferente em tema de ações coletivas: o legislador não deu um cheque em branco para que os legitimados ativos, a seu bel-prazer, abusassem da prerrogativa de propor ações coletivas, ajuizando-as em temas completamente fora de suas

finalidades institucionais e para os quais não lhes foi confiada presunção de representatividade.

Não existe para nós, assim, legitimado universal para ações coletivas comuns, sempre devendo haver controle judicial da representação por meio da aferição dos interesses em jogo (finalidade institucional).

Neste quadrante, nosso país se distancia profundamente do direito norte-americano. Lá, além da pertinência temática, há outros critérios de aferição da capacidade de o autor coletivo representar a coletividade, como condição econômica, histórico social, especialidade no assunto etc. Aqui no Brasil, à míngua de previsão legal, quer parecer que o único critério seguro de aferição judicial da representação adequada – que, repita-se, é presumida *ope legis* (presunção relativa) – é a finalidade institucional (pertinência temática). *Maxima venia* de parcela respeitável da doutrina, o juiz não tem condições de aferi-la por outros meios que não seja este, sob pena de ativismo judicial incompatível com a segurança jurídica e de risco grave de ser limitado, a pretexto de uma *representação ideal*, o cabimento de um sem-número de demandas coletivas.

A representatividade adequada dos entes legitimados no art. 5º da LACP – aferida pelo juiz, via controle *ope judicis* e à luz da pertinência temática e das finalidades institucionais – consubstancia hipótese de pressuposto processual específico, e não de condição da ação coletiva (legitimidade ativa *ad causam*). Assim, tal requisito não seria levado em consideração quando da análise da legitimidade processual. Nada impede que o autor da ação coletiva seja legitimado para a propositura da ação coletiva, mas não preencha o pressuposto processual da representatividade adequada.

3.1.2 Dúvida quanto ao legitimado ativo representar adequadamente a coletividade

Havendo dúvida sobre estar ou não o interesse ou direito em debate na finalidade institucional do órgão proponente, deve se permitir o processamento da ação coletiva, ampliando-se o espectro de tutela aos interesses metaindividuais. Afinal, quanto mais os órgãos legitimados se envolverem na defesa coletiva dos direitos e interesses, melhor para a sociedade e para o próprio Poder Judiciário (diminuição do número de ações individuais). Eventuais equívocos no processamento da ação coletiva por legitimado ativo despreparado, ou sem representação adequada, são bem neutralizados no Brasil pelo regime da coisa julgada *in utilibus* (a coisa julgada coletiva, em regra, só favorece ao indivíduo, nunca o prejudicando).

3.1.3 Reconhecimento da ilegitimidade ou da falta de representação e o princípio do interesse jurisdicional no conhecimento do mérito

Pelo princípio do interesse jurisdicional no conhecimento do mérito (item 3 do Capítulo 7, v. 34), apregoa-se que, diante do interesse público primário que norteia o processo coletivo e do número de pessoas que poderão ser beneficiadas pela demanda, é necessário que as decisões nele proferidas efetivamente apreciem o conteúdo do conflito, evitando-se, ao máximo, a prolação de sentenças terminativas (sem apreciação do mérito).

Para o atendimento a este princípio, é fundamental que a técnica processual coletiva permita a flexibilização dos requisitos de admissibilidade da ação e do processo (pressupostos processuais e condições da ação). Assim, o que levaria à extinção sem mérito do processo individual não necessariamente terá o mesmo efeito no processo coletivo.

Por isto, a falta de capacidade do autor da ação coletiva, seja por não estar no rol do art. 5º da Lei n. 7.347/85, seja porque, mesmo estando no rol, não representa adequadamente o interesse ou direito em debate (v.g., o MP na defesa de direitos individuais patrimoniais, disponíveis e sem relevância social), não deverá levar à extinção do processo, mas, sim, à convocação pelo juiz (edital ou carta) de outros legitimados ativos (inclusive com representação adequada) para

assunção do polo ativo da ação, permitindo-se, com isto, um pronunciamento de mérito sobre o pedido.

Emblemático, neste sentido, o art. 9º do PLC 5.139/2009: “Não haverá extinção do processo coletivo, por ausência das condições da ação ou pressupostos processuais, sem que seja dada oportunidade de correção do vício em qualquer tempo ou grau de jurisdição ordinária ou extraordinária, inclusive com a substituição do autor coletivo, quando serão intimados pessoalmente o Ministério Público e, quando for o caso, a Defensoria Pública, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social, podendo qualquer legitimado adotar as providências cabíveis, em prazo razoável, a ser fixado pelo juiz”.

3.1.4 Características da legitimidade ativa

A maioria dos autores aponta que a legitimidade ativa para a propositura da ação civil pública no Brasil é concorrente e disjuntiva.

É concorrente porque o rol do art. 5º da LACP (art. 82 do CDC) contempla mais de um legitimado ativo, que ao mesmo tempo pode agir.

E é disjuntiva tendo-se em vista que um legitimado ativo não depende da não atuação do outro, ou mesmo de sua concordância, para a propositura da ação civil pública.

Absolutamente equivocado pensar, por isto, que o Ministério Público, em virtude de sua ascendência legal sobre o tema (art. 129, III, da CF), tenha primazia no ajuizamento da ação civil pública em relação a qualquer outro legitimado ativo (Defensoria, Administração direta ou indireta e associações). Nenhum colegitimado precisa de deferência do MP para ajuizamento da ACP ou mesmo, tendo capacidade (órgãos públicos), para a celebração de TAC. Este é o conteúdo e o alcance da característica da disjuntividade.

Eventual ajuizamento da ação civil pública por mais de um legitimado se resolve por meio das regras de coisa julgada,

litispendência, conexão e continência estudadas no v. 34, Capítulo 11, desta obra.

3.1.5 Formação de litisconsórcio ativo

O art. 5º, §§ 2º e 5º, da Lei n. 7.347/85, é absolutamente claro quanto à possibilidade de quaisquer dos legitimados ativos formarem litisconsórcio para a propositura da ação civil pública, inclusive o Ministério Público dos Estados e o Federal.

Irrelevante, por aqui, indagar se os parágrafos referidos autorizam a formação do litisconsórcio ativo, pelos colegitimados, após a propositura da ação civil pública (litisconsórcio ulterior), ou se o ingresso deles, nesta condição, ocorreria a título de assistência litisconsorcial (art. 54 do CPC) (*vide* [item 3.4.1](#) deste capítulo, *infra*). O relevante é notar que a Lei n. 7.347/85 autoriza a união de forças, a que título for, em prol da tese veiculada na ação coletiva.

Diante da legitimidade concorrente, uma vez formado o litisconsórcio ativo entre colegitimados, não resta dúvida de que ele será facultativo, porém unitário. Afinal, a sua formação não é imposta pela lei, tampouco pela natureza da relação de direito material debatida. Ademais, a decisão proferida obrigatoriamente será de mesmo teor para todos os litisconsortes (e eventuais substituídos por eles).

Não se pode olvidar, também, na forma do art. 94 do CDC, a possibilidade do ingresso do indivíduo (vítima ou sucessor) como litisconsorte ou assistente do autor da ação civil pública para a tutela dos interesses individuais homogêneos (e, para alguns, também dos direitos coletivos *stricto sensu*). Nestes casos, a coisa julgada formada na ação coletiva será *pro et contra*, de modo a prejudicar eventual utilização, oportuna, pelo indivíduo, da ação individual correspondente (ou decorrente) (*vide* item 2.4 do Capítulo 9, v. 34).

3.1.6 Natureza da legitimação

Há três correntes bem definidas na doutrina a respeito da natureza da legitimação ativa (*ad causam*) no processo coletivo brasileiro.

Uma primeira corrente, mais tradicional, entende que sempre – seja para a tutela dos direitos e interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos – a legitimação ativa no processo coletivo brasileiro é *extraordinária* (substituição processual). O autor coletivo agiria em nome próprio, exclusiva ou concorrentemente ao titular do direito material, mas na defesa do direito que não é próprio (alheio).

A grande vantagem desta posição é se aproveitar de um instituto típico e conhecido do processo individual, adaptando-o às nuances do processo coletivo. Traz, entretanto, a desvantagem de não representar adequadamente o fenômeno, já que não se pode negar que o autor coletivo – especialmente nas hipóteses de tutela de direitos difusos e coletivos *stricto sensu* – também é o titular do direito material ou mesmo tem, entre suas finalidades institucionais, a defesa do bem ou direito objeto da ação (de modo que o direito tutelado não é alheio a ele).

O exemplo da ação popular é bastante emblemático. Embora o cidadão aja para a defesa do direito da coletividade, não se pode negar que, sendo ele também membro da coletividade, defende direito próprio (é titular de parcela do direito). O mesmo se diga quanto à própria legitimidade do MP para a defesa dos interesses sociais (art. 127 da CF). Embora não seja o titular deles, insofismável que é uma das suas principais atribuições, não sendo o direito em debate, portanto, alheio aos seus fins institucionais.

Uma segunda corrente indica ser *ordinária* a legitimidade ativa no processo coletivo. Os adeptos desta posição fixam a premissa de que, quando o autor coletivo ajuíza a ação, fá-lo não só para a defesa de interesses alheios, mas também de interesses próprios, pessoais ou institucionais. Haveria, assim, coincidência de parcela da titularidade do direito material ou dos fins institucionais com a representação processual.

Os defensores desta tese, entretanto, ressaltam que ela só teria validade quando se tratasse de direitos e interesses naturalmente coletivos (difusos e coletivos *stricto sensu*). Quando os direitos e interesses tutelados pela ação coletiva fossem individuais homogêneos, haveria mesmo legitimação ativa *extraordinária* (a título de substituição processual), tal qual defendido na primeira posição. Ponderam que, nestes casos, diante da natureza individual do direito, o autor coletivo não defende direito próprio, tampouco interesse institucional, mas, sim, direito das vítimas e sucessores, isto é, alheio.

A terceira e última posição defende que a legitimidade ativa no processo coletivo seria *autônoma para a condução do processo* (*selbständige Prozeßführungsrecht*).

De acordo com os defensores desta tese, a legitimação autônoma para a condução do processo seria um modelo de legitimação própria, *sui generis*, existente exclusivamente no âmbito do direito processual coletivo e em razão dos direitos e interesses metaindividuais que ele tutela. Para eles, não tem cabimento no processo coletivo a aplicação do modelo de legitimação do processo individual (*ordinária* e *extraordinária*), a qual é baseada, exclusivamente, na titularidade (ou não) do direito material. No processo coletivo, o legislador teria, independentemente do conteúdo do direito material a ser discutido em juízo, legitimado certas pessoas, órgãos ou entidades a conduzir o processo judicial no qual se pretende proteger o direito ou interesse difuso ou coletivo.

A crítica mais sentida à teoria da legitimação *autônoma para a condução do processo* advém do fato de ela destoar do padrão do novo processo civil constitucional, pois prega, na busca por uma concepção genuinamente coletiva, o extremo afastamento entre o direito processual e o direito material, desrespeitando um dos pilares básicos do processo civil hodierno: o da instrumentalidade substancial. Dizer que a legitimidade é autônoma em relação ao processo em nada soluciona os problemas da tutela coletiva, eis que se abandona a corriqueira classificação baseada na titularidade do

direito material, e, em seu lugar, acrescenta-se uma classificação fundada na lei e nada mais.

Parcela dos defensores desta corrente ressalva, contudo, que este modelo de legitimação autônoma não seria aplicável aos direitos e interesses individuais homogêneos, que diante de sua natureza individual, seguiriam mesmo o padrão da legitimação extraordinária (com o autor coletivo defendendo, em nome próprio, direito alheio). Neste aspecto, esta parcela de autores aproximaria a terceira corrente das duas primeiras.

Crê-se que, com a ressalva do parágrafo anterior, que esta terceira corrente é a melhor representante do fenômeno da legitimação ativa no processo coletivo brasileiro. Afinal, a legitimação nas ações para a defesa dos direitos e interesses difusos e coletivos não é ordinária, pois o atingido pela coisa julgada não é o titular do direito de ação, ainda que se diga que o legitimado ativo tenha por finalidade institucional a defesa desses direitos. E também não é extraordinária, pois, tratando-se de direitos e interesses naturalmente coletivos, não é possível se identificar o substituído, o que prejudica a afirmação de que alguém haja em nome próprio na defesa de pessoas indeterminadas (*sic*). Melhor mesmo por ora – ao menos no estágio atual da ciência jurídica – a posição que liberta o processo coletivo do padrão de legitimidade do processo individual, ressaltando, apenas, a aplicação do modelo da legitimação extraordinária para a defesa dos direitos e interesses individuais homogêneos (que é direito individual).

3.1.7 Legitimados em espécie

3.1.7.1 Ministério Público

Embora não haja ascendência legal do Ministério Público sobre os demais legitimados para a propositura da ação civil pública, não há como se negar que é ele o principal artífice do processo coletivo brasileiro, até pela indicação do art. 129, III, da CF, no sentido de que é sua função institucional “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”.

E isto é facilmente explicável a partir da constatação de que não há qualquer tipo de incentivo econômico ao ajuizamento de ações coletivas pelos demais legitimados, especialmente pelos de natureza privada (associações). Principalmente no âmbito dos direitos e interesses individuais homogêneos, é muito mais vantajosa uma atuação atomizada – com milhares de ações individuais com fixação de honorários em separado – do que uma única ação coletiva.

Além disso, é muito menos desgastante do ponto de vista político e emocional, e mais barata, a propositura da ação coletiva via MP, órgão cujos membros, em regra, são bastante preparados e financiados pelo Estado. Por isto, não é incomum que órgãos colegitimados à propositura, como administração pública e associações, prefiram comunicar os fatos ao MP em vez de proporem, por si, a ação civil pública.

Isto seria facilmente solucionado se fosse proposto, em favor dos legitimados ativos, a fixação de uma gratificação financeira – de natureza diversa dos honorários advocatícios – pelo sucesso na demanda coletiva, a ser fixada em vista da importância do bem jurídico tutelado e da extensão dos danos e dos beneficiados pela decisão.

Dentro da ideia de que a representação adequada é aferida a partir da finalidade institucional do legitimado ativo, o art. 127 da CF – complementado pelas leis de regência da instituição (Lei n. 8.625/93 e LC n. 75/93) – estabelece que o Ministério Público pode atuar na defesa: a) da ordem jurídica; b) do regime democrático; c) dos interesses sociais; e d) dos interesses individuais indisponíveis.

Prevalece o entendimento de que, em se tratando de direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, o Ministério Público sempre representaria adequadamente os interesses da coletividade. Em virtude da indivisibilidade do objeto em debate, sempre haveria interesse social na solução do tema. Assim, em matérias genericamente tratadas, como meio ambiente, moralidade administrativa, saúde, segurança pública, patrimônio público, entre outras, o Ministério Público não só estaria

legitimado a agir como, também, representaria adequadamente os interesses da coletividade indeterminada.

Está completamente superada na jurisprudência a dúvida que havia sobre a legitimidade (*rectius*: representação adequada) do Ministério Público para o ajuizamento de ação civil pública para a defesa do patrimônio público. Entendia-se, anteriormente à edição da Súmula 329 do STJ (“O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública em defesa do patrimônio público”), que, como o art. 129, IX, da CF, veda a atuação do MP como representante judicial ou órgão de consultoria de entidades públicas, não seria possível que postulasse a reparação do patrimônio público. Para isto, o sistema teria predisposto a ação popular, ou mesmo a atuação da pessoa jurídica de direito público lesada. Por óbvio, tal argumento não resiste, já que, sendo o patrimônio público direito difuso, o MP tem toda a legitimidade e representação para atuar em sua defesa. Ademais, não há problema algum no manejo da ACP nesta temática, até pela regra da concomitância com a ação popular, constante do art. 1º, *caput*, da Lei n. 7.347/85 (*vide* [item 2.5](#) deste capítulo, *supra*).

Já quanto aos direitos e interesses individuais homogêneos – a cujo respeito, não obstante o silêncio do art. 129, III, da CF, há mais dúvida sobre a capacidade de atuação do MP (art. 25, IV, *a*, da Lei n. 8.625/93 e art. 6º, VII, *d*, da LC n. 75/93) –, a questão é controvertida.

De um lado, há autores a defender que, da mesma forma que nas ações coletivas para a tutela dos difusos e coletivos, sempre o MP estaria apto a representar a coletividade. Isto porque haveria um interesse social na decisão conjunta da questão comum, evitando-se, com isto, não só a multiplicidade de ações individuais, como também decisões contraditórias nestas demandas. Haveria, então, um interesse social *in re ipsa* em qualquer ação coletiva para a tutela dos direitos e interesses individuais homogêneos, dentro das finalidades institucionais do MP (*teoria ampliativa*).

De outro, há autores a defender que, diante das finalidades institucionais do MP (art. 127 da CF), o órgão somente representaria

adequadamente a coletividade quando ajuizasse ações coletivas na defesa de interesses individuais indisponíveis ou, nos casos de interesse disponível, desde que ele tivesse manifesta relevância social (repercussão no interesse público) (*teoria restritiva*).

Exemplificativamente, ao adotar-se a primeira posição, o Ministério Público seria um legitimado universal para as ações coletivas de todo o gênero, já que em qualquer temário poderia atuar a bem da solução uniforme e generalizada da questão. Já se adotada a segunda posição, o Ministério Público, na tutela dos direitos e interesses individuais homogêneos, não poderia atuar em temas de cunho meramente patrimonial e de natureza disponível. Assim, poderia ajuizar ação para proteger a boa-fé coletiva (direito social à informação); para rever contratos do sistema financeiro da habitação (direito social à moradia) (STJ, Corte Especial, EResp 644.821/PR, Rel. Min. Castro Meira, j. 4-8-2008) ou para sobrestar processos de execuções extrajudiciais em tutela de direito e interesse de mutuários do Sistema Financeiro de Habitação (STJ, Resp 1.126.708/PB, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 17-9-2009); para garantir tratamento médico a determinada coletividade (direito indisponível à saúde) (STF, RE 407.902/RS, 1ª T., Rel. Min. Marco Aurélio, j. 26-5-2009), para discutir reajuste de mensalidades escolares (direitos indisponível à educação) (Súmula 643 do STF). Mas não poderia atuar para a tutela de direitos disponíveis e sem relevância social alguma, como a discussão sobre índice de reajuste de cláusulas de contrato de locação, defeitos de fabricação do *DVD player* de carros de luxo etc.

Hoje prevalece na jurisprudência superior este segundo entendimento, isto é, o Ministério Público só representa adequadamente a coletividade quando, em sede de direitos e interesses individuais homogêneos, tutela interesses indisponíveis ou disponíveis de relevância social.

Boa prova disto é a Súmula 470 do STJ, que não reconhece a legitimidade (*rectius*: representatividade adequada) do MP para

pleitear, em ACP, indenização decorrente de DPVAT em benefício de segurado (direito meramente patrimonial e disponível). Além disso, já se entendeu que o Ministério Público não tem legitimidade (*rectius*: representatividade) para ajuizar ação civil pública contra ex-dirigente de clube de futebol em razão da alegada prática de atos que teriam causado prejuízos de ordem moral e patrimonial à agremiação futebolística, em razão da ausência de interesse público (STJ, Resp 1.041.765/MG, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 22-9-2009).

Definir o que é interesse indisponível não é tarefa das mais difíceis (vida, saúde, segurança, educação etc.). A grande dificuldade na adoção desta segunda posição está exatamente em se definir o que seria interesse social relevante, o que deixa margem para discussão dos limites de atuação do Ministério Público nas ações coletivas para a tutela dos interesses e direitos individuais homogêneos.

Há respeitável corrente doutrinária e jurisprudencial no sentido de que, em matéria consumerista – sempre –, o Ministério Público poderia ajuizar ações civis públicas para a tutela dos direitos e interesses individuais homogêneos. Os adeptos desta tese sustentam que, como o art. 91 e ss. do CDC compõem um capítulo próprio só para reger esta temática, teria havido uma opção legislativa pela representação ampla do MP em relação aos direitos do consumidor.

Mas a jurisprudência superior a respeito do tema é confusa, ora corretamente seguindo esta linha e reconhecendo a legitimidade do MP para a defesa dos direitos individuais do consumidor, ora negando-a, sob o fundamento da falta de relevância social da atuação.

Já se negou a legitimidade (*rectius*: representatividade adequada) do MP para: a) discutir a validade (abusividade) de cláusula de contrato de locação realizado com apenas uma administradora do ramo imobiliário, sob o fundamento de que não havia regência pelo CDC e de que o direito em debate era disponível e sem relevância social (Resp 605.295/MG, 5ª T., Rel. Min. Laurita Vaz, j. 20-10-2009); b) reclamar nulidade de cláusula contratual de adesão para aquisição do imóvel, tema que, apesar de regido pelo CDC, seria

disponível e não teria relevância social (Resp 394.759/RJ, 4ª T., Rel. p/ acórdão Min. Carlos Fernandes Mathias, j. 12-8-2008).

Por outro lado, já se reconheceu a legitimidade (*rectius*: representatividade adequada) do MP para: a) discutir cláusulas de contrato de adesão relacionadas a arrendamento mercantil (Resp 627.495, 3ª T., Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 9-8-2007; Resp 508.889/DF, 3ª T., Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 16-5-2006); b) exigir detalhamento de contas telefônicas (STJ, Resp 684.712/DF, 1ª T., Rel. Min. José Delgado, j. 7-11-2006).

Conforme já alertamos no [item 2.4](#) deste capítulo, *supra*, apesar de todas as críticas, a jurisprudência do STJ vem emprestando plena eficácia ao art. 1º, parágrafo único, da Lei n. 7.347/85, especialmente no que tange à vedação de propositura de ação civil pública, pelo MP, em matéria tributária (EResp 771.460/DF, 1ª Seção, Rel. Min. Eliana Calmon, *DJ* 15-10-2007; Resp 850.718/DF, 1ª T., Rel. Min. Luiz Fux, *DJ* 10-9-2007; EREsp 753.901/DF, 1ª Seção, Rel. Min. João Otávio de Noronha, *DJ* 6-8-2007; EResp 665.773/DF, Rel. Min. Denise Arruda, *DJe* 7-4-2008).

Tem se preservado, contudo, a legitimidade do MP para o exercício de pretensões que objetivem a defesa e a integridade do erário e a higidez do processo de arrecadação tributária, ainda que os temas debatidos tangenciem questões relacionadas a tributos, contribuições previdenciárias, FGTS e outros fundos.

Já se admitiu, assim: a) ação civil pública que objetive a condenação da empresa concessionária à emissão de faturas de consumo de energia elétrica com dois códigos de leitura ótica, informando de forma clara e ostensiva os valores correspondentes à contribuição de iluminação pública e à tarifa de energia elétrica (tutela do consumidor) (Resp 1.010.130/MG, 1ª T., Rel. Min. Luiz Fux, j. 9-1-2010); b) ação civil pública para anular Termo de Acordo de Regime Especial (TARE), em que concedidos incentivos fiscais a empresa (tutela do patrimônio público) (STF, Informativo 595) (RE 576.155/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski); c) ação civil pública com o objetivo de declarar

nulo certificado de entidade assistencial, e, conseqüentemente, os benefícios fiscais a ela concedidos (tutela da moralidade e do patrimônio público) (STJ, Resp 1.101.808/SP, 1ª T., Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 17-8-2010); d) ação civil pública que objetive reconhecer a nulidade de atos administrativos que trouxeram benefício exclusivo a um único contribuinte, permitindo-lhe o recolhimento a menor de ICMS (tutela do patrimônio público) (STJ, Resp 903.189, 1ª T., Rel. Min. Luiz Fux, j. 16-12-2010). Em todos estes casos, entendeu-se que as ações não veiculavam pretensões vedadas pelo art. 1º, parágrafo único, da Lei n. 7.347/85.

Diante da relevância social da postulação, também tem sido admitida ação civil pública ajuizada pelo MP em matéria previdenciária (revisão de benefícios previdenciários), na medida em que o art. 1º, parágrafo único, da Lei n. 7.347/85, só obsta pretensões relacionadas às contribuições previdenciárias (Lei n. 8.212/91), e não a benefícios (STJ, Resp 946.533/PR, 6ª T., Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 10-5-2011; Resp 1.142.630/PR, 5ª T., Rel. Min. Laurita Vaz, j. 7-12-2010).

Há julgados do STJ, entretanto, em sentido contrário, e, *maxima venia*, sem explicação lógica alguma (a não ser a de obstar que o INSS seja alcançado pela atuação do MP). Por exemplo, sem sentido o precedente que negou a legitimidade do MP (*rectius*: representatividade adequada) em defesa de direitos de crianças e adolescentes sob guarda, de serem inscritas como dependentes de seus guardiões para fins de percepção de benefícios previdenciários (STJ, Resp 396.081/RS, 6ª T., Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 2-9-2008, com a ressalva do entendimento da relatora). Aqui, afirmou-se, com propriedade, que o direito em debate é disponível e não regido pelo CDC. Mas esqueceu-se completamente do interesse social da medida, o que justificaria a atuação do MP. No mesmo sentido: Resp 404.656/RS, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 17-12-2002.

Tem se entendido que o Ministério Público Federal é considerado órgão da União para fins de determinação de competência (art. 109, I, da CF), razão pela qual todas as suas ações devem ser ajuizadas na Justiça Federal. Competirá ao juízo federal aferir a legitimidade do MPF para a causa sob a ótica do interesse protegido, remetendo a demanda para a Justiça competente nos casos em que lhe entender ausente.

Neste sentido, já se afirmou que “em ação proposta pelo Ministério Público Federal, órgão da União, somente a Justiça federal está constitucionalmente habilitada a proferir sentença que vincule tal órgão, ainda que seja sentença negando sua legitimação” (CC 40.534/RJ, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, *DJ* 17-5-2004) (STJ, Resp 1.057.878/RS, 2ª T., Rel. Min. Herman Benjamin, j. 26-5-2009). Afinal de contas, a simples “propositura pelo MPF de Ação Civil Pública não é suficiente para a fixação da competência da Justiça federal” (CC 35.980/GO, Rel. Min. Luiz Fux, *DJ* 25-2-2004).

Deste modo, havendo concomitância de ações propostas pelo Ministério Público Estadual e pelo Ministério Público Federal, a reunião das ações para julgamento conjunto deverá ocorrer no juízo federal (que tem competência para apreciar os feitos de interesse do MPF) (STJ, CC 112.137/SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 24-11-2010), ainda que, oportunamente, tenha ele poder para reconhecer a ilegitimidade do MPF e devolver o feito para a Justiça Estadual.

Embora a jurisprudência seja no sentido da exclusividade da Justiça Federal para apreciar ações civis públicas propostas pelo MPF, a partir do julgamento da Reclamação 7.138 pelo STF (Pleno, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 24-2-2011) – em que se reconheceu a possibilidade de o Ministério Público Estadual ofertar diretamente reclamação junto ao STF –, pensamos que é admissível se afirmar ser possível ao Ministério Público Estadual demandar perante qualquer órgão do Poder Judiciário (estadual, federal ou nacional,

como é o caso do STJ e do STF). Assim, em nosso sentir, a intervenção do MPF acarreta o deslocamento da competência para a Justiça Federal. Mas o MPE pode ajuizar demandas diretamente na Justiça Federal, nos casos de sua alçada, ainda que sem a participação do MPF.

3.1.7.2 Defensoria Pública

Inicialmente, é conveniente indicar que o reconhecimento legal genérico da legitimidade da Defensoria Pública (da União e dos Estados) para a propositura da ação civil pública veio com a Lei n. 11.448/2007.

Até a entrada em vigor do referido diploma, predominava na jurisprudência o entendimento de que a Defensoria Pública não possuía legitimidade ativa para a ação civil pública, salvo se: a) atuasse na representação judicial de associação legitimada para a propositura, mas economicamente hipossuficiente; e b) atuasse como órgão de defesa do consumidor com interesses próprios a defender, na forma do art. 82, III, do CDC.

Sobre esta última situação, o STJ tinha precedente anterior à Lei n. 11.448/2007, no sentido que “O NUDECON, órgão especializado, vinculado à Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, tem legitimidade ativa para propor ação civil pública objetivando a defesa dos interesses da coletividade de consumidores que assumiram contratos de arrendamento mercantil, para aquisição de veículos automotores, com cláusula de indexação monetária atrelada à variação cambial”. Afirmou-se, neste julgado, que “no que se refere à defesa dos interesses do consumidor por meio de ações coletivas, a intenção do legislador pátrio foi ampliar o campo da legitimação ativa, conforme se depreende do artigo 82 e incisos do CDC, bem assim do artigo 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal, ao dispor, expressamente, que incumbe ao Estado promover, na forma da lei, a defesa do consumidor” (STJ, Resp 555.111/RJ, 3ª T., Rel. Min. Castro Meira, j. 5-9-2006).

Com o advento da Lei n. 11.448/2007, a atuação genérica da Defensoria Pública está sendo objeto de contestação pela ADI 3.943, ajuizada pela CONAMP (Associação Nacional dos Membros do Ministério Público). Na ação, o órgão alega que a possibilidade de a Defensoria Pública propor, sem restrição, ação civil pública “afeta diretamente” as atribuições do Ministério Público. Segundo a associação, a lei contraria os arts. 5º, LXXIV, e 134, da Constituição Federal, que versam sobre as funções da Defensoria Pública de prestar assistência jurídica integral e gratuita aos que não possuem recursos suficientes. Aduz a autora da ADI, ainda, que aqueles que são atendidos pela Defensoria Pública devem ser, pelo menos, individualizáveis, identificáveis, de modo que não há possibilidade alguma de a Defensoria Pública atuar na defesa de interesses difusos, coletivos ou individuais, diante da indeterminabilidade dos sujeitos.

Acreditamos, *maxima venia*, que não há inconstitucionalidade alguma na Lei n. 11.448/2007 e, mais do que isto, que é salutar a legitimidade ativa da Defensoria Pública para o sistema, não havendo razões para que o Ministério Público “*tema*” a perda de atribuições para a propositura da ACP (até por conta da posição restritiva a respeito de necessitados que adotamos).

Com efeito, quando se pensa na atuação da Defensoria Pública em sede de ação civil pública, a primeira indagação que naturalmente deve ser feita é sobre a sua representatividade, o que passa pela análise de suas finalidades institucionais.

De acordo com o art. 134 da CF, e à luz da LC n. 80/94 (Lei Orgânica da Defensoria), à Defensoria Pública (da União e dos Estados) incumbe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV, da CF.

A Defensoria Pública, portanto, só tem a representação adequada dos interesses dos necessitados, bem menor do que a representação do MP, prevista no art. 127 da CF, para a defesa: a) da ordem jurídica; b) do regime democrático; c) dos interesses sociais; e d) dos interesses individuais indisponíveis.

Mas o que seriam necessitados?

Sobre isto, há na doutrina duas posições diametralmente opostas.

Uma primeira posição, absolutamente *restritiva*, indica que o conceito constitucional de necessitado é de ordem estritamente econômica. Aduzem os adeptos desta posição que o próprio art. 134 da CF, ao fazer referência expressa ao art. 5º, LXXIV, da CF, já deixaria isto bastante claro, vez que a regra fala que o Estado prestará assistência judiciária gratuita aos que comprovarem *insuficiência de recursos*.

Uma segunda posição, *ampliativa* digamos, entende que o conceito de hipossuficiente não é exclusivamente econômico (apesar da referência do art. 134 ao art. 5º, LXXXIV, da CF). Para os seus adeptos, além da hipossuficiência econômica (realmente relacionada à falta de recursos financeiros), haveria hipossuficiência jurídica ou organizacional, que seria aquela das pessoas desprovidas de assistência jurídica ou de capacidade de auto-organização, ainda que tenham recursos financeiros para isto.

Para os que defendem esta linha, haveria entre as funções da Defensoria Pública algumas típicas e outras atípicas, todas bem relacionadas na LC n. 80/94 (Lei Orgânica da Defensoria), com as alterações introduzidas pela LC n. 132/2009. As típicas seriam as realmente relacionadas à incapacidade econômica (art. 4º, I, da LC n. 80/94), inclusive para a propositura de ações capazes de propiciar a adequada tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos, quando o resultado da demanda puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes (art. 4º, VI, da LC n. 80/94), e de exercer a defesa dos direitos e interesses individuais, difusos, coletivos e individuais homogêneos e dos direitos do consumidor, na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal (art. 4º, VII, da LC n. 80/94). Já as atípicas seriam aquelas referentes à assistência jurídica de pessoas, independentemente de sua capacidade econômica, como o exercício da curadoria especial de ausentes, o acompanhamento de flagrantos, de presos e de adolescentes internados etc. (*vide* art. 4º e incisos da LC n. 80/94). Exatamente dentro destas funções atípicas da Defensoria estaria a de promover ação civil pública em favor dos hipossuficientes jurídicos ou organizacionais.

O autor deste trabalho tem concepção restritiva a respeito deste tema, de modo a negar à Defensoria Pública representação adequada de interesses não relacionados à incapacidade econômica. O art. 134 da CF, ao tratar da finalidade institucional da Defensoria Pública, faz referência expressa ao art. 5º, LXXIV, da CF, o qual é radiante no sentido de vincular o conceito de necessitado ao de insuficiência de recursos. Preservadas as autorizadíssimas posições em contrário, qualquer interpretação da LC n. 80/94 no sentido de ampliar o conceito de hipossuficiente para outras searas parece-nos esbarrar na letra clara da Carta Constitucional.

Assim, entende-se que a Defensoria Pública pode ajuizar ações civis públicas relacionadas ao consumidor, desde que entre os beneficiários da postulação estejam pessoas economicamente hipossuficientes, como ocorre no tocante a gêneros básicos de alimentação e vestuário; pode ajuizar ação para discussão de cláusulas de contratos habitacionais, desde que referentes a moradias populares; pode demandar, em ação coletiva, indenização em favor de moradores ou da população ribeirinha atingida por uma enchente ou ilícito ambiental, mas desde que os beneficiados sejam pobres. Não pode, entretanto, pretender demandar coletivamente a respeito de gêneros de consumo como carros de luxo e produtos alimentícios de alto custo (bacalhau, caviar etc.); discutir, em sede da ACP, cláusula ilícita de contrato de compra e venda de imóvel de classe média e alta; buscar indenização para pessoas atingidas por enchente ou ilícito ambiental em área nobre da cidade.

A negativa de representação adequada da Defensoria Pública para assuntos não relacionados a hipossuficientes econômicos, contudo, nem de longe implica na adesão à tese da ADI 3943, ajuizada pela CONAMP.

Em nenhum momento, negamos – como faz a CONAMP – a legitimidade ou a representação adequada da Defensoria para o ajuizamento das ações coletivas. Apenas condicionamos tal atuação ao

fato de pessoas economicamente necessitadas serem as titulares dos direitos difusos, coletivos ou individuais (homogêneos) postulados.

O argumento da CONAMP de que somente após a individualização do beneficiário ou do titular do direito material será possível o reconhecimento de sua condição de necessitado – o que, em tese, afastaria a legitimidade da Defensoria para as ações coletivas, cujos sujeitos são indeterminados – não nos convence.

Há determinados tipos de eventos que, independentemente da individualização dos titulares do direito material, permitem, de plano, a presunção de que afetam um grupo de pessoas economicamente desfavorecidas, a aferição de que, potencialmente, pessoas economicamente necessitadas serão beneficiadas.

Um plano econômico que atinja, exclusivamente, a poupança (aplicação financeira geralmente utilizada por população de classe média/baixa); um desmoronamento na encosta de um morro no subúrbio da cidade (onde naturalmente vivem pessoas pobres); o risco ao meio ambiente onde vive uma colônia de pescadores (que em regra são pessoas pobres); um reajuste inadequado dos benefícios assistenciais devidos a pessoas idosas ou com deficiência (art. 203, V, da CF); questões relacionadas ao sistema penitenciário e direitos humanos dos presos; em todos estes temas, há uma presunção *hominis* de hipossuficiência econômica dos titulares do direito material.

Portanto, crê-se que a Defensoria Pública tem plenas condições de ajuizar ações civis públicas para a tutela de direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, desde que pertinentes a pessoas economicamente necessitadas, *mesmo que potencialmente*.

Este parece ser o atual entendimento do STJ a respeito do tema. No julgamento do Resp 1106515/MG, 1ª T., Rel. Min. Arnaldo Esteves, j. 16-12-2010, afirmou-se que “a Lei 11.448/07 alterou o art. 5º da Lei 7.347/85 para incluir a Defensoria Pública como legitimada ativa para a propositura da ação civil pública. Essa e outras alterações processuais fazem parte de uma série de

mudanças no arcabouço jurídico-adjetivo com o objetivo de, ampliando o acesso à tutela jurisdicional e tornando-a efetiva, concretizar o direito fundamental disposto no art. 5º, XXXV, da CF”. Também no Resp 912.849/RS, 1ª T., Rel. Min. José Delgado, j. 26-2-2008, entendeu-se que a Defensoria Pública tem plena legitimidade para a propositura da ação civil pública que busca auferir responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. Houve, neste julgamento, voto de vista do Ministro Teori Albino, no sentido de que a Defensoria Pública só seria legitimada para a defesa dos interesses individuais homogêneos (não dos difusos e coletivos), vez que somente neles seria possível, no momento da liquidação/execução do julgado, aferir-se a necessidade econômica dos titulares do direito material.

Eventualmente, serão beneficiadas pela decisão proferida, na ação civil pública proposta pela Defensoria Pública, pessoas que não sejam economicamente necessitadas. A indivisibilidade do objeto da ação, no caso dos direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, ou mesmo a preferência do sistema pelas decisões uniformes, no caso dos individuais homogêneos, levam a esta afirmação. Pode, portanto, um não necessitado, independentemente de prova da incapacidade financeira, *transportar in utilibus* a sentença proferida na ação civil pública proposta pela Defensoria Pública em favor da coletividade de necessitados.

Em sentido contrário, no voto de vista do Ministro Teori Albino no Resp 912.849/RS (1ª T., Rel. Min. José Delgado, j. 26-2-2008) – no sentido de que a Defensoria Pública só seria legitimada para a defesa dos interesses individuais homogêneos (não dos difusos e coletivos) –, indicou-se a necessidade de o indivíduo, para se beneficiar da sentença coletiva na ACP da Defensoria, comprovar a necessidade econômica no momento da liquidação/execução.

A afirmação da CONAMP de que a atuação da Defensoria Pública, nos moldes suprapreconizados, afeta diretamente as atribuições do MP,

chega a causar espécie. Primeiro, porque, como vimos, as finalidades institucionais dos órgãos são distintas. Segundo, porque, desde a Lei n. 7.347/85, administração direta, indireta e associações podem propor ação civil pública. E nunca houve qualquer insurgência por parte de órgãos classistas do MP sob o fundamento de que a propositura da ação, por eles, ofenderia atribuições do MP. E, terceiro – principalmente –, porque não há problema absolutamente nenhum de, eventualmente, haver propositura da ação civil pública tanto pelo MP quanto pela Defensoria (v.g., interesse social de pessoas necessitadas). As regras relativas à relação entre demandas coletivas, já estudadas (v. 34, item 3 do Capítulo 10), bem resolvem os problemas daí advindos.

3.1.7.3 Administração direta e indireta

Os incisos III e IV do art. 5º da Lei n. 7.347/85 estabelecem que possam propor ação civil pública “a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios” (administração direta), bem como “a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista” (administração indireta), entre as quais podem ser incluídas as agências reguladoras e as universidades públicas federais, estaduais e municipais.

Absolutamente equivocado, por isto, precedente do STJ no sentido de que autarquia estadual não tem legitimidade para propor ação civil pública (Resp 1.011.789/PR, 1ª T., Rel. Min. José Delgado, j. 5-6-2008). Além de a LACP não fazer nenhuma restrição neste sentido, o precedente vai de encontro à própria ideia de federação. Afinal, a União não é – ao menos legalmente – mais do que o Estado, o DF ou o Município. O entendimento, ademais, ignora a interpretação sistemática do inciso IV do art. 5º da LACP com o inciso III. Pois qual seria a razão para se legitimar o Estado para a propositura da ACP e não se legitimarem as autarquias estaduais, quando a União e suas autarquias podem propor ACP?

Entende-se que, no tocante a estes legitimados, também haja necessidade de ser aferida a finalidade institucional (pertinência temática) para o reconhecimento da adequada representação. Como já

alertamos outrora, não nos parece haver representantes adequados universais em tema de processo coletivo comum.

Mesmo a administração direta – que, de fato, tem um rol de atribuições constitucionais muito maior do que qualquer outro legitimado coletivo (realização do bem comum) – precisa agir em conformidade com seus propósitos. Do contrário, não representará adequadamente a coletividade.

O Município, assim, não representaria adequadamente os interesses da coletividade quando, por exemplo, pretendesse, via ACP, insurgir-se contra a organização do serviço de radiodifusão, energia elétrica, navegação, aviação etc. (temas completamente fora de sua alçada, conforme o art. 21, XIII, da CF), ou a respeito de danos ocorridos fora dos seus limites (v.g., o direito dos consumidores de outro Estado da Federação). Mas poderia atuar em tais ações se o fundamento da postulação fosse a defesa do meio ambiente, já que o art. 225 da CF estabelece que o dever de defendê-lo é de todos. Do mesmo modo, a Petrobrás – sociedade de economia mista com controle acionário da União – não representaria adequadamente a coletividade quando ajuizasse ação para a tutela da segurança pública. Mas certamente estaria dentro de suas finalidades institucionais se o fizesse na defesa do patrimônio ambiental, especialmente relacionado aos recursos naturais (gás e petróleo).

Há autores, entretanto, a sustentar não haver necessidade de demonstração de pertinência temática para os órgãos da administração direta, e mesmo para os órgãos da administração indireta (autarquias e fundações). Se adotado este entendimento, os órgãos públicos da administração direta e indireta seriam universalmente legitimados para o ajuizamento de ação civil pública em qualquer tema.

O art. 82, III, do CDC autoriza que as entidades ou órgãos da administração direta e indireta destinados à defesa do consumidor, ainda que desprovidos de personalidade jurídica, possam propor ação civil pública. Reconhece a estes órgãos executivos da defesa do consumidor, assim, *personalidade judiciária*.

Este dispositivo deve ser interpretado à luz do microsistema processual coletivo (item 9 do Capítulo 7, v. 34), para o fim de permitir que qualquer órgão ou entidade da administração direta ou indireta com finalidades próprias a defender, ainda que desprovido de personalidade jurídica, possa ajuizar em nome próprio (e não da pessoa jurídica a que pertença), em qualquer tema (consumidor, meio ambiente, moralidade administrativa etc.), ação civil pública.

O exemplo sempre lembrado quando se fala do art. 82, III, do CDC é mesmo o do PROCON, que em muitas cidades é uma pasta do Poder Executivo Municipal, sem personalidade jurídica. Mas, dentro da ideia de microsistema, uma secretaria municipal ou estadual do meio ambiente – com a finalidade específica de atuar em sua proteção – poderia, perfeitamente, em nome próprio (não do Município ou do Estado), ajuizar ACP na defesa do meio ambiente; ou a Controladoria Geral da União poderia propor, sem dúvida alguma, ação civil pública em prol da defesa da moralidade administrativa.

3.1.7.4 Associações

O termo “associação” abrange uma série de entidades que, inicialmente, são constituídas como tal (art. 53 e ss. do CC). É o caso dos sindicatos, entidades de classe, cooperativas, partidos políticos etc. Todos eles têm legitimidade para a propositura da ação civil pública (art. 5º, V, da Lei n. 7.347/85).

Os “Centros Acadêmicos”, nomenclatura utilizada para associações nas quais se congregam estudantes universitários, regularmente constituídos e desde que preenchidos os requisitos legais, possuem legitimidade para ajuizar ação civil pública em defesa dos direitos individuais homogêneos, de índole consumerista, dos estudantes do respectivo curso, frente à instituição de ensino particular. Este foi o entendimento sufragado pelo STJ no julgamento do Resp 1.189.273/SC, 4ª T., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 1º-3-2011. Neste mesmo julgado, consignou-se que “a vocação institucional natural do centro acadêmico, relativamente aos estudantes de

instituições de ensino privadas, insere-se no rol previsto nos arts. 82, IV, do CDC, e 5º da Lei n. 7.347/85”, de modo que “o art. 7º da Lei 9.870/99, deve ser interpretado em harmonia com o art. 82, IV, do CDC, o qual é expresso em afirmar ser ‘dispensada a autorização assemblear’ para as associações ajuizarem a ação coletiva”. O STJ também já reconheceu a legitimidade do sindicato de servidores (espécie de associação qualificada pelo registro no Ministério do Trabalho) para promover ação civil pública na defesa dos direitos individuais homogêneos de seus membros (STJ, Resp 1199611, 2ª T., Rel. Mauro Campbel Marques, j. 19-10-2010).

Diversamente dos demais legitimados – cujo controle judicial da representação é objeto de intenso debate acadêmico –, quanto às associações, previu-se, expressamente, este controle, realizado à evidência do preenchimento de dois pressupostos cumulativos: a) pré-constituição há pelo menos um ano, requisito este que o juiz pode desconsiderar tendo em vista o manifesto interesse social ou a relevância do bem jurídico a ser protegido (art. 5º, § 4º, da LACP); b) a compatibilidade da finalidade institucional da associação com a defesa judicial dos direitos objetos da ação civil pública.

O primeiro requisito se destina a prevenir abusos na criação de associações com o único e exclusivo objetivo de propor ações civis públicas (associações *ad hoc*), sem que haja vínculo associativo nenhum entre os componentes da entidade. Entende-se que este requisito da constituição anual só deverá ser exigido das associações em sentido estrito, já que entidades como sindicatos, partidos políticos e entidades de classe (que na origem também são associações) se sujeitam a requisitos muito mais rigorosos para sua constituição (controle pelo Ministério do Trabalho, Justiça Eleitoral), de modo que este controle pelo tempo de constituição e funcionamento pode ser dispensado.

Já a respeito do segundo requisito – isto é, o vínculo de afinidade temática da associação com o objeto litigioso (*pertinência temática*) –, tem prevalecido interpretação extensiva, admitindo-se que a associação autora não se dedique, exclusivamente, à defesa dos interesses e

direitos protegidos pela ACP (art. 1º da Lei n. 7.347/85), tampouco que a defesa seja a principal finalidade da instituição. Em outros termos, quanto maior o objeto social da associação autora, maior será o rol de bens e direitos que ela terá a capacidade de portar (representar) em juízo.

Neste sentido, o STJ já pontuou que “a ação civil pública pode ser ajuizada tanto pelas associações exclusivamente constituídas para a defesa do meio ambiente, quanto por aquelas que, formadas por moradores de bairro, visam ao bem-estar coletivo, incluída, evidentemente nessa cláusula a qualidade de vida, só preservada enquanto favorecida pelo meio ambiente” (STJ, 2ª T., Resp 31.150/SP, Rel. Min. Ari Pargendler, j. 20-5-1996).

Questão interessante e que merece destaque neste instante é a do art. 2º-A da Lei n. 9.494/97 – dispositivo especialmente moldado para as ações coletivas ajuizadas por *associações* (art. 5º, V, da Lei n. 7.347/85) e para a *tutela dos interesses e direitos individuais homogêneos* (art. 81, III, do CDC) –, que até o momento tem sido aplicado e considerado eficaz.

Estabelece o *caput* do referido artigo que “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”. E o parágrafo único do dispositivo arremata: “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 disposição vem na esteira do art. 16 da Lei n. 7.347/85 (com redação pela própria Lei n. 9.494/97) e limita a eficácia das sentenças proferidas nas ações coletivas ajuizadas por associações (exclusivamente para a defesa dos interesses e direitos individuais homogêneos de seus associados). Mais do que isto, estabelece, ainda,

que, se for o Poder Público o réu destas ações, a inicial deverá vir acompanhada de uma ata da assembleia da associação que autorizou a propositura e de relação nominal (com endereços) de todos os associados domiciliados na Comarca ou Subseção Judiciária.

O legislador faz, no art. 2º-A, parágrafo único, da Lei n. 9.494/97, absoluta confusão entre os conceitos de legitimação extraordinária e de representação. O art. 5º, XXI, da CF, estabelece que as associações, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus associados judicial ou extrajudicialmente. Mas o art. 5º, V, da LACP e o art. 82, IV, do CDC, legitimam extraordinariamente as associações à promoção da ação civil pública, inclusive para a defesa dos interesses e direitos individuais homogêneos de seus filiados. Para solver esta aparente contradição, convém destacar que, dentro das finalidades institucionais da entidade associativa – às quais os filiados já aderiram no momento em que ingressaram na entidade e a que, portanto, não precisam aderir de novo em assembleia –, a associação não representa os filiados (age em nome alheio na defesa de direito alheio). Pelo contrário, é legitimada por lei (extraordinariamente) a defendê-los (defesa de direito alheio em nome próprio). Consequentemente, dentro destas finalidades institucionais, a associação não precisa de autorização assemblear alguma, que só seria necessária quando ela atuasse, em nome dos associados (representação), fora das finalidades institucionais. Eis a razão pela qual esta autorização exigida no art. 2º-A da Lei n. 9.494/97 não faz sentido algum e é dispensável.

Pensamos que este dispositivo sofre exatamente as mesmas críticas já feitas ao art. 16 da Lei n. 7.347/85 (item 2.5 do Capítulo 9, v. 34), sendo, portanto, inconstitucional, ineficaz e ilógico. Por isto, cremos que, em breve – e pelos mesmos fundamentos invocados no julgamento do Resp 1.243.887/PR (STJ, Corte Especial, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 19-10-2011) –, ele seja considerado ineficaz.

Neste sentido, negando aplicabilidade ao disposto no art. 2º-A da Lei n. 9.494/97, já decidiu o STJ que, “independentemente de autorização especial ou da apresentação de relação nominal de associados, as associações civis, constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos pelo CDC, gozam de legitimidade ativa para a propositura de ação coletiva (Resp 805.277/RS, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 23-9-2008). Decidiu, ainda, que “a distinção, defendida inicialmente por Liebman, entre os conceitos de eficácia e de autoridade da sentença, torna inócua a limitação territorial dos efeitos da coisa julgada estabelecida pelo art. 16 da LACP. A coisa julgada é meramente a imutabilidade dos efeitos da sentença. *Mesmo limitada aquela, os efeitos da sentença produzem-se erga omnes, para além dos limites da competência territorial do órgão julgador*” (STJ, Resp 411.529/SP, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 24-6-2008).

Contudo, caso não se entenda assim, convém mais uma vez ressaltar que a limitação aqui narrada é só para as ações coletivas que, concomitantemente: a) sejam ajuizadas por associações; b) para a tutela de direitos e interesses individuais homogêneos; e c) no tocante à necessidade de autorização assemblear e relação nominal dos associados (com endereço), só para as ações ajuizadas contra pessoas jurídicas de direito público. Nas ações ajuizadas por MP, Defensoria etc., ou mesmo nas que objetivem tutelar direitos difusos ou coletivos *stricto sensu*, este dispositivo não é aplicável, ainda que a parte demandada seja pessoa jurídica de direito público.

3.1.7.5 A situação especial da OAB

Não há a menor dúvida a respeito da legitimidade da OAB para o ajuizamento da ação civil pública. Além de constar expressamente do rol de legitimados do Estatuto do Idoso (art. 81, III, da Lei n. 10.741/2003) – aplicado integrativamente a todo o microssistema processual coletivo (item 9 do Capítulo 7, v. 34) –, tal legitimidade advém do art. 54, XIV, da Lei n. 8.906/94 (EOAB), no sentido de que compete ao Conselho Federal da OAB “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 legitimidade lhe seja outorgada por lei”.

Duas questões, contudo, merecem ser referenciadas.

A primeira, no sentido de que a OAB, tanto quanto os demais entes legitimados, só pode agir dentro de suas finalidades institucionais, qual seja, a de “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” (art. 44, I, da Lei n. 8.906/94).

Alguns autores, diante da largueza do objeto social da OAB e do entendimento do STF a respeito de sua legitimidade universal para as ações de controle de constitucionalidade (Lei n. 9.868/99), acabam afirmando que estaríamos diante de um legitimado que não deve demonstrar pertinência temática.

Não nos parece que isto realmente ocorra. A amplitude do objeto social não significa que não haja possibilidade de controle da representação. Ademais, a legitimidade universal da OAB para ações de controle de constitucionalidade faz sentido à luz do objetivo social *da defesa da Constituição*, de modo que – em realidade – também é observada a regra da pertinência temática.

Por exemplo, não parece estar entre as finalidades institucionais da OAB a defesa genérica do consumidor (não inscrito em seus quadros).

A segunda questão tem a ver com competência. Tem prevalecido o entendimento de que as ações civis públicas propostas pela Ordem dos Advogados do Brasil, diante de sua natureza de autarquia de serviço público federal, devem ser dirimidas no âmbito da Justiça Federal, conforme art. 109, I, da CF (STJ, CC 45.410/SC, 1ª Seção, Rel. p/ acórdão Min. Francisco Falcão, j. 28-92005). Até porque o art. 109, I, da Constituição não faz distinção entre as várias espécies de ações e procedimentos, bastando, para a determinação da competência da

Justiça Federal, a presença, num dos polos da relação processual, de qualquer dos entes arrolados na citada norma. Assim, presente a Ordem dos Advogados do Brasil – autarquia federal de regime especial – no polo ativo da ação, a competência para julgá-la é da Justiça Federal, ainda que a postulação não seja para a tutela de direito próprio (mas, sim, de seus membros) (STF, AgRg no RE 266.689/MG, 2ª T., Rel. Min. Ellen Gracie, j. 17-8-2004).

Este entendimento, que é superior e pacífico, não conta com a nossa adesão. Não faz o mínimo sentido que a OAB, ao postular direitos dos associados na forma do art. 54, II, do EOAB (dever de representar, em juízo ou fora dele, os interesses coletivos e individuais dos advogados), demande automaticamente perante a Justiça Federal, ainda que não haja interesse de nenhum ente da União. Quando a OAB funciona como entidade de classe (tutela dos direitos coletivos e individuais homogêneos de seus membros), a competência, em regra, deveria ser da Justiça Estadual, mantendo-se a competência da Justiça Federal, apenas, quando a entidade atuasse na defesa dos interesses da autarquia especial (e não de seus membros). O entendimento de que sempre a OAB deva litigar perante a Justiça Federal leva a situações absurdas do ponto de vista do pacto federativo. Uma ação coletiva da OAB contra ato da Presidência de um Tribunal de Justiça – órgão máximo da Justiça Estadual – será processada na Justiça Federal de 1º grau, simplesmente porque a OAB é parte (*sic*). Na verdade, os problemas de competência para o processamento das ações ajuizadas pela OAB é fruto das dificuldades na definição da própria natureza jurídica da entidade. Ela é considerada autarquia federal para fins de definição de competência da Justiça Federal e de isenção fiscal (art. 44, § 5º, do EOAB). Mas é considerada associação de classe para não se submeter ao controle do Tribunal de Contas da União (como ocorre quanto às demais autarquias federais) ou à ingerência funcional ou hierárquica de qualquer órgão da Administração Pública (art. 44, § 2º, do EOAB).

3.2 Legitimidade passiva

Há duas posições na doutrina e na jurisprudência a respeito da legitimidade passiva nas ações civis públicas.

Uma primeira invoca a aplicação integrativa do art. 6º da Lei de Ação Popular (Lei n. 4.717/65), expresso no sentido de que “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”. Para os adeptos desta posição, haveria, no polo passivo da ação civil pública, um litisconsórcio necessário (por força da lei) e simples.

Uma segunda posição entende que, diante da omissão da Lei n. 7.347/85 a respeito do tema, seria o caso concreto que definiria a natureza do litisconsórcio passivo a ser formado. Seriam as vicissitudes do direito material que imporiam a necessidade (casos de unitariedade da relação jurídica) ou a facultatividade.

Em ação civil pública com escopo de anular procedimento licitatório, seria indispensável a formação de litisconsórcio necessário entre o órgão licitante e a empresa vencedora do certame, vez que a anulação do ato deve ser pronunciada contra ambos (unitariedade da relação jurídica material). Por outro lado, tratando-se de ação civil pública ambiental para reparação dos danos ao meio ambiente, diante da natureza solidária da responsabilidade civil (art. 3º, IV, da Lei n. 6.898/81), há facultatividade na formação do litisconsórcio (STJ, Agr 1156486/PR, 1ª T., Rel. Min. Arnaldo Esteves, j. 12-4-2011).

Embora durante todo este trabalho sustentássemos a aplicação integrativa do microssistema processual coletivo, no caso presente, acreditamos – na esteira da jurisprudência dominante – que a melhor solução é mesmo a de se deixar, para o caso concreto, a definição da natureza do litisconsórcio passivo na ação civil pública.

Ilustrativamente, “o litisconsórcio passivo necessário dos aprovados em concurso público cuja nulidade pode ser decretada

em sede de ação civil pública não se impõe, porquanto eventual procedência da demanda não é suficiente, por si só, para demonstrar a comunhão de interesses entre todos os inscritos no certame, pois os eventuais aprovados possuem mera expectativa de direito” (STJ, Resp 1164151, 5ª T., Rel. Min. Jorge Mussi, j. 25-10-2011).

3.2.1 Ação coletiva passiva

As *ações coletivas passivas* (*defendant class action*, do direito norte-americano) são as demandas ajuizadas contra a coletividade, isto é, aquelas em que se pede o cumprimento de dada obrigação. Uma ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público para impedir a continuidade da greve em serviços públicos essenciais (Polícia, Metrô, servidores da Justiça etc.), uma ação coletiva para obrigar todo o sistema financeiro (bancos e afins) a não praticar determinada conduta, bem representam demandas em que, apesar de também terem como beneficiados a coletividade (portanto, também são ações coletivas ativas), são ajuizadas contra determinado grupo organizado, contra uma coletividade determinada.

Parte da doutrina nega, peremptoriamente, a existência das ações coletivas passivas. Fazem-no sob o sólido fundamento de que, além da falta da previsão legal, não há representantes adequados da coletividade demandada eleitos pelo sistema processual, principalmente quando se tratar de direito ou interesses individuais homogêneos (art. 81, III, do CDC).

Já se decidiu que “a discussão quanto à admissibilidade de processos coletivos passivos, porém, é bastante nova. Nos diversos projetos de Códigos Coletivos existentes, há divergência quanto ao assunto. Como bem observa Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. (*Curso de direito processual civil*, v. 4, 4. ed., p. 401), entre os diversos projetos atualmente existentes para a elaboração de um Código para Processos Coletivos, há a previsão irrestrita de ações coletivas passivas no *Código-Modelo para Ibero-América* (arts. 32 e ss.), pelo Código de Processo Civil Coletivo elaborado por

Antônio Guidi (art. 28) e pelo Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, apresentado no âmbito dos programas de pós-graduação da UERJ e UNESA (arts. 42 a 44). O Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos elaborado por Ada Pellegrini Grinover, por sua vez, prevê esta modalidade de ação apenas para a tutela de direito difusos ou coletivos, em sentido estrito, excluindo os direitos individuais homogêneos. Trata-se, portanto, de questão que ainda suscitará muito debate, no futuro. No estado atual da legislação quanto a processos coletivos, porém, notadamente considerando-se a regra quanto à coisa julgada formada nas ações em que se discutam direitos individuais homogêneos, não é possível admitir a apresentação, pelo réu, de pedido de declaração incidental” (STJ, Resp 1051302/DF, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 23-3-2010).

A experiência prática, contudo, tem contrariado tal afirmação, na medida em que os exemplos dantes citados são cotidianos e provam a existência das ações coletivas passivas. Afinal, é o Direito que deve se amoldar à realidade, e não o contrário.

Obviamente, ao admitirmos a existência da ação coletiva passiva na esteira de importante parte da doutrina, surge a dificuldade adicional de se definir quem, então, representaria a coletividade demandada.

E a resposta só pode ser casuística: o caso concreto revelará ao órgão julgador se o grupo demandado tem algum órgão representativo – geralmente, sindicato ou associação de classe – capaz de representar adequadamente a coletividade demandada (controle judicial da representação adequada).

Nos exemplos supra-alinhavados, o sindicato ou a associação dos policiais, dos metroviários, dos servidores da Justiça, bem representaria a coletividade demandada e que pretende fazer a greve; a Federação Brasileira dos Bancos (FEBRABAN) bem pode representar a coletividade das instituições financeiras cuja conduta é pretendida.

Mas repita-se: só será cabível a ação coletiva passiva se o juiz for capaz, com base em critérios supralegais de aferição (número de

filiados, base territorial de representação, idoneidade da entidade etc.), de determinar a capacidade de a entidade demandada agir em nome do grupo ou categoria demandada. Não havendo esta representação adequada, não deverá ser admitida a ação coletiva passiva.

O tema é novo e inspira, de fato, dificuldades. Não se sabe se a sentença proferida na ação coletiva passiva alcançaria, também, eventuais não associados ou sindicalizados; ou se ela é cabível somente para a tutela dos direitos difusos e coletivos (art. 81, I e II, do CDC), ou também para a tutela dos interesses individuais homogêneos (art. 81, III, do CDC). Só o tempo será capaz de responder com segurança a estas indagações.

3.3 A atuação do Ministério Público como “custos legis”

O art. 5º, § 1º, da Lei n. 7.347/85, estabelece que, nas ações em que o Ministério Público não for parte, necessariamente, atuará como fiscal da lei e da ordem jurídica.

Pouco importa a natureza da ação civil pública; se para a tutela de direitos e interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos; se o interesse tutelado é disponível ou indisponível; se tenha ou não relevância social: em qualquer ação civil pública, o MP atuará como órgão opinativo, inclusive para que acompanhe o evento e promova, se o caso, a responsabilização civil e criminal dos responsáveis.

O representante do MP, contudo, não é obrigado a opinar favoravelmente aos interesses do autor coletivo. A autonomia funcional do MP, conquistada (com clareza) após a CF/88, permite que os seus membros atuem conforme sua própria convicção.

3.4 Intervenção de terceiros

O estudo do direito processual sob a ótica do direito público, sem sombra de dúvida, contribuiu para que o fenômeno processual fosse encarado sob uma ótica mais prática, mais aderente à realidade e à tutela do direito material. A visão instrumentalista da técnica processual, sem dúvida, é fruto dos influxos publicísticos recebidos pelo direito processual a partir do século XX.

Com efeito, o direito processual civil não pode ser encarado do ponto de vista exclusivo das partes litigantes (visão privatista do fenômeno), eis que, antes de servir de instrumento para o exercício do direito de ação e da defesa, é ferramenta para que o Estado, na prestação do serviço público jurisdicional, faça atuar a vontade concreta da lei (direito objetivo), pacificando os conflitos em sociedade.

Daí por que, antes de “coisa privada” das partes ou do juiz, o processo é “coisa pública” e, como tal, pode e deve alcançar a todos aqueles que, de certa forma, têm participação ou podem ser atingidos, positiva ou negativamente, pelos efeitos da decisão que se proferirá.

Esta é a razão pela qual não se admite mais, como no passado, uma visão restritiva quanto às hipóteses de intervenção de terceiros no âmbito do processo civil. Toda vez que houver a possibilidade de pessoa não integrante da relação jurídica processual ser atingida pelos efeitos da sentença, é recomendável, se não desejável, que seja ela integrada à relação jurídica processual, até para que a solução do litígio, a aplicação do direito objetivo, potencialize-se e se estenda para todos os envolvidos no conflito.

A integração, por outro lado, também é desejável do ponto de vista da pacificação e da economia processual. Admitida a premissa de que a coisa julgada só atinge as partes da relação jurídica processual, não beneficiando nem prejudicando terceiros (art. 472 do CPC), é certo que a integração à lide daqueles que se interessarem ou a quem possa interessar o julgamento da causa amplia os limites subjetivos da coisa julgada, evitando, com isto (e eis aqui a justificativa do ponto de vista econômico), o ajuizamento de uma nova ação para retomada das discussões travadas no primitivo processo.

Assim, é salutar que o Direito, encontrando esta possibilidade de atuação do direito objetivo sobre a esfera jurídica alheia (terceiros), *proporcione* ou *imponha* a integração, colocando à disposição do magistrado e das partes instrumentos adequados para tanto.

A questão toda é saber se, no âmbito do processo coletivo, tal visão ampliadora das hipóteses de intervenção de terceiros tem cabimento, especialmente se relevarmos que há regras específicas sobre a coisa

julgada que tornam, nesta seara, o processo coletivo absolutamente distinto do processo individual (arts. 103 e 104 do CDC c.c. art. 16 da LACP).

3.4.1 Assistência

A nosso ver, à luz do art. 5º, § 2º, da Lei n. 7.347/85 (que fala, apenas, em litisconsórcio), nas ações civis públicas será sempre possível a atuação dos demais colegitimados como assistentes litisconsorciais do autor coletivo (após o ajuizamento da ação). Primeiro, porque o assistente litisconsorcial é aquele que, apesar de poder ser parte, não o foi. Ora, o colegitimado, por óbvio, poderia ter ajuizado a demanda coletiva na qual pretende atuar na qualidade de assistente, caso em que seria litisconsorte ativo. E segundo, pois ao contrário do assistente simples, que possui inúmeras limitações (arts. 52 e 53 do CPC), o colegitimado que ingressa em ação coletiva passa a figurar e atuar como litisconsorte, com todos os ônus e direitos inerentes a tal posição processual.

Inclusive, diante da repercussão e do alcance do direito tutelado em sede coletiva, conveniente que o juiz, a fim de ampliar a representação e estimular a participação da sociedade no destino da ação coletiva, manipule o procedimento, à míngua de previsão legal, a fim de incentivar a formação de assistência litisconsorcial (ativa) entre os colegitimados nas ações coletivas, por exemplo, convidando-os a virem participar da ação coletiva.

Obviamente, o ingresso do colegitimado como assistente litisconsorcial fica dependendo não só da capacidade de atuação, na forma do art. 5º da Lei n. 7.347/85, mas, também, da aferição da representação adequada daquele interveniente à luz de suas finalidades institucionais.

3.4.2 Oposição

Nos termos dos arts. 56 e seguintes do Código de Processo Civil, havendo a pretensão de terceiro, total ou parcial, com relação a direito ou coisa objeto de demanda já ajuizada, ou seja, com a decisão

determinando a citação, poderá ser utilizado o instituto jurídico da oposição.

A oposição nada mais é que uma demanda de terceiro contra o autor e réu de ação já em processamento, uma ação bifronte, ou, se se quiser, por uma mesma ação se colima uma dualidade de eficácia.

A oposição é incompatível com a ação civil pública. Primeiro, porque o eventual direito objeto de proteção é, obviamente, coletivo, ou seja, pertence a uma coletividade de pessoas, individualizáveis ou não, inexistindo interessado ou entidade que seja seu titular exclusivo, até sob pena de perder sua natureza coletiva. E segundo, porque o ente legitimado não defende, em regra, direito próprio, o que também justificaria a impossibilidade da oposição.

Caso o terceiro pretenda vindicar a cotitularidade do bem ou direito debatido na demanda coletiva, o caso não será de oposição (restrita às pretensões exclusivas), mas, sim, de litisconsórcio ou assistência (como veremos mais adiante).

3.4.3 Nomeação à autoria

Os arts. 62 e 63 do CPC – em autêntico instrumento para a correção do polo passivo da demanda – autorizam o detentor, ou aquele demandado em ação indenizatória por ato praticado por ordem ou instruções de terceiro, que nomeie ao autor o verdadeiro legitimado passivo *ad causam*, evitando, assim, uma eventual sentença terminativa.

O rol de cabimento da nomeação à autoria é exaustivo, de modo que, além das duas hipóteses contempladas expressamente na lei (arts. 62 e 63 do CPC), não há no CPC outras situações em que caiba a nomeação.

Não vemos qualquer incompatibilidade entre o referido instituto e a ação civil pública, ao contrário, a sua finalidade atende aos objetivos de tais demandas, ou seja, obter uma solução rápida e útil. Nem teria sentido consentir com o prosseguimento da ação contra pessoa evidentemente ilegítima para ocupar o polo passivo da ação coletiva, o que depõe, inclusive, contra o princípio da celeridade processual (art. 5º, LXXVIII, da CF).

Exemplo que pode ser invocado é o de determinado empregado que se encontra em área de preservação ambiental por determinação de seu empregador. Demandado, deverá indicar, na ação civil pública que objetiva a desocupação, quem é o real responsável pela violação.

3.4.4 Denúnciação à lide

São requisitos indispensáveis para o deferimento da denúnciação à lide, na forma do art. 70 do CPC: a) pretensão própria do denunciante contra o denunciado; e b) existência de direito de regresso do denunciante frente ao denunciado.

A natureza da legitimação ativa nas ações civis públicas (autônoma para a condução do processo) – na qual o postulante atua sem ser o titular do direito material em debate – afasta a viabilidade de se discutirem relações próprias entre o denunciante (réu) e o denunciado (ente legitimado).

No mais, ainda que houvesse algum direito de regresso – originário de outras relações jurídicas –, isso não justificaria a sua invocação na ação civil pública.

Isto porque a denúnciação à lide tem como elemento fundamental a economia processual, tornando possível a solução de vários conflitos em uma única demanda. Utilizada nas ações coletivas, iriam ser criados vários incidentes, prejudicando o processamento mais célere de tal demanda, com prejuízos para os interessados (*vide* arts. 13, parágrafo único, e 88, ambos do CDC).

Havendo, portanto, direito de regresso a ser exercitado pelas partes da ação civil pública, que ele seja exercitado pela via autônoma, não sendo cabível denúnciação à lide em sede de ação civil pública.

3.4.5 Chamamento ao processo

O chamamento ao processo ocorre toda vez que o demandado faz integrar, de forma coativa, o responsável principal ou o coobrigado no polo passivo da demanda (art. 77 do CPC).

A principal hipótese de cabimento – e a única que nos interessa em tema de ação civil pública – é a do art. 77, III, do CPC, no sentido da

possibilidade de o devedor chamar os demais devedores solidários quando exigida, total ou parcialmente, a dívida comum.

Temos que será sempre possível a chamada, pelo coobrigado, dos demais responsáveis pelo evento, quando houver a formação de litisconsórcio necessário na ação civil pública (algo que, como vimos, depende do direito material em debate: [item 3.2](#) deste capítulo, *supra*). Não porque propriamente seria caso de chamamento, mas, sim, porque, com a admissão desta providência, evita-se a ocorrência de uma nulidade absoluta alegável a qualquer tempo.

Havendo, contudo, responsabilidade solidária (como no caso de dano ambiental) – e, portanto, formação de litisconsórcio facultativo –, não parece ser possível ampliar-se o polo passivo da ação civil pública por meio do chamamento ao processo. Afinal, admitida a integração do corresponsável, corre-se o risco de se ver deslocada a discussão principal sobre a reparação do dano para outra discussão sem relevo para a causa coletiva: qual a cota de responsabilidade de cada um dos demandados (chamante e chamados) pela reparação.

Este, inclusive, foi o móvel que levou o CDC a estabelecer que o fornecedor de produtos se submeta à Teoria da Responsabilidade Objetiva, sendo inviável discutir a culpa entre os responsáveis, com inegável perda de tempo e prejuízo para os direitos cuja proteção é almejada.

A única possibilidade de utilização do chamamento ao processo nas ações civis públicas seria na rara hipótese de o demandado ter contratado seguro de responsabilidade (art. 101, II, do CDC), caso em que lhe seria lícito fazer integrar a seguradora no polo passivo.

Há autores, contudo, a apontar que não há qualquer vedação legal a impedir a utilização do chamamento ao processo coletivo, já que o art. 88 do Código do Consumidor – chamado integrativamente – veda, apenas, a denúncia à lide. Alegam que com a ampliação do polo passivo haveria maior possibilidade de reparar o dano, ponderação absolutamente respeitável.

3.4.6 *Amicus curiae*

Nas ações de controle de constitucionalidade, “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” (art. 7º, § 2º, da Lei n. 9.868/99).

Tem-se, aí, a previsão legal da figura do *amicus curiae*, um terceiro que, a convite da corte ou a pedido, ingressa no processo com o objetivo de ministrar elementos que possam contribuir para o adequado julgamento da causa.

A diferença fundamental entre o *amicus curiae*, e o assistente (figura mais próxima) é a de que este possui um interesse jurídico vinculado a um dos litigantes, já que será em alguma medida afetado pela futura decisão judicial. O *amicus curiae*, por outro lado, não possui um “*interesse jurídico*” propriamente dito, pois tem o objetivo apenas de que a tutela jurisdicional seja oferecida considerando certos elementos e/ou informações tidas como relevantes (interesse moral, econômico, acadêmico, científico etc.).

Em nosso sentir, diante da repercussão e do alcance do direito tutelado em sede coletiva, é conveniente que o juiz, a fim de estimular a participação da sociedade no resultado da ação, manipule o procedimento, à míngua de previsão legal, a fim de incentivar a intervenção do *amicus curiae*, inclusive convidando entidades representativas dos interesses em jogo para intervirem no feito nesta qualidade.

Inclusive, ousamos sugerir, ainda que inexistente disposição legal expressa, a possibilidade de intervenção do *amicus curiae* para outras ações coletivas diversas das de controle concentrado de constitucionalidade, especialmente a ação civil pública ora estudada.

4. Inquérito civil

4.1 Generalidades

4.1.1 Características, finalidades e objeto

O inquérito civil é um procedimento de natureza administrativa (não jurisdicional), regra geral público, de caráter pré-processual, unilateral, facultativo (não obrigatório), presidido pelo representante do Ministério Público, que se destina à colheita de elementos prévios e indispensáveis ao exercício responsável da ação coletiva.

Duas são as finalidades principais do inquérito civil: *a)* tornar possível a obtenção de dados e elementos visando a instruir eventual ação civil pública (ação coletiva ou ação civil de improbidade administrativa); e *b)* evitar o ajuizamento de demandas sem qualquer embasamento fático e/ou jurídico.

Exatamente por isto, especial cabimento tem o inquérito civil em sede de ação civil de improbidade administrativa (que, para alguns, é espécie de ação civil pública), vez que não é incomum aportarem inúmeras representações no MP com acusações sem nenhum amparo na realidade, tudo com vistas a denegrir a imagem e a atuação de agentes públicos, especialmente dos agentes políticos. A prévia investigação dos fatos via IC permite ao MP o levantamento concreto de dados para, só após, ser formada a opinião concreta a respeito da veracidade da representação e serem eleitas as eventuais medidas a bem da tutela da probidade administrativa.

Mas não se pode negar que o inquérito civil acaba funcionando, também, como base para a atuação de mecanismos extrajudiciais de solução dos conflitos coletivos. Afinal, em seu bojo, corriqueiramente o Ministério Público expede recomendações ao investigado, promove audiências públicas para discussão dos direitos e interesses metaindividuais violados, e celebra termos de ajustamento de conduta às prescrições legais (TAC).

Inclusive, não se pode negar que a simples instauração do inquérito civil já pode alcançar o desiderato buscado pelo Ministério Público, qual seja, a adequação da conduta do investigado aos ditames legais. Pois o simples fato de estar sendo investigado, muitas vezes, desmotiva o agente a praticar ou prosseguir na prática da conduta que se pretende obstar. Evidente, pois, certo caráter preventivo inibitório do inquérito civil.

Por exemplo, sabendo que o Ministério Público está investigando denúncia sobre desmatamento ilícito ou acerca da alienação de lotes urbanos cujo projeto de loteamento ainda não fora concluído, a simples instauração do inquérito civil com a requisição de informes pode levar os investigados a abandonarem as práticas que se pretende coibir.

O objeto principal do inquérito civil é mesmo a investigação sobre a ofensa aos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Esta é a interpretação adequada à luz do art. 129, III, da CF, que o relaciona, diretamente, ao manejo da ação civil pública (que tem exatamente este objeto, à luz do art. 81 do CDC).

Mas há respeitável posição doutrinária no sentido de que o inquérito civil também se prestaria para apurar lesão ou ameaça de lesão a direito individual, já que entre as finalidades institucionais do MP estaria, também, a tutela de direitos individuais indisponíveis (vida, saúde etc.). Nestes casos, se, ao final do inquérito civil, o representante do MP concluir que a lesão ou ameaça de lesão não atinge um dos bens e direitos incluídos na finalidade institucional do órgão (art. 127 da CF), promoverá o seu arquivamento.

4.1.2 Previsão legal

A previsão legal do inquérito civil é encontrada no art. 129, III, da CF e nos arts. 8º, § 1º, e 9º da Lei Federal n. 7.347/85, embora também haja normas estaduais a disciplinar o tema no âmbito dos Ministérios Públicos dos Estados.

O inquérito civil também tem previsão em diversos atos internos (portarias, resoluções, provimentos) dos Ministérios Públicos Federal e Estaduais. Estes atos internos, entretanto, de 2007 em diante, tiveram que se adequar aos termos da Resolução n. 23, editada pelo Conselho Nacional do Ministério Público, de 17 de setembro de 2007. Conforme o art. 16 da referida resolução, “Cada Ministério Público deverá adequar seus atos normativos referentes a inquérito civil e a procedimento preparatório de investigação cível aos termos da

presente Resolução, no prazo de noventa dias, a contar de sua entrada em vigor”.

A Resolução n. 23/2007, do CNMP (com posteriores alterações/complementações pelas Resoluções ns. 35/2009 e 59/2010, também do CNMP), veio literalmente para suprir um absoluto vazio que existia a respeito do tema. Embora possa ser criticada a forma como resolvido este problema – por meio de elaboração de norma por órgão de cunho absolutamente administrativo (e não legislativo) –, não há como se negar ter referida resolução resolvido a forma lacônica como tratado o tema na Lei n. 7.347/85.

Embora tratado no âmbito da Lei de Ação Civil Pública, não resta dúvida absolutamente alguma, na doutrina e na jurisprudência, de que o inquérito civil pode ser empregado toda vez que o Ministério Público tiver legitimidade para a propositura da ação coletiva. Consequentemente, plenamente manejável o inquérito civil antes do ajuizamento da ação civil de improbidade administrativa (que, para alguns, é espécie de ação civil pública) (Lei n. 8.429/92) ou da ação coletiva (para aqueles que acreditam na autonomia de tal catalogação).

4.1.3 Legitimidade

Somente ao Ministério Público é outorgada a possibilidade de instaurar e presidir o inquérito civil, e a mais nenhum outro legitimado para propositura da ação civil pública (art. 5º da Lei n. 7.347/85 e art. 82 do CDC).

Costuma ser apontado que a exclusividade conferida ao Ministério Público para a instauração de inquérito civil é justificável haja vista as suas relevantes funções institucionais, o que não estaria presente nos demais colegitimados.

Não parece totalmente correta tal afirmação. Há outros órgãos públicos com relevância institucional de mesma envergadura do MP que não têm legitimidade para a instauração de inquérito civil (Defensoria Pública).

O que justifica, ao menos no atual momento histórico, a existência desta exclusividade da instauração do inquérito civil pelo MP é o fato de este órgão ter poder investigatório e de coerção na obtenção de

provas, inclusive sob pena de responsabilidade criminal. Pois o inquérito civil, sem estes poderes instrutórios, seria um instituto jurídico totalmente inútil. É isto que distancia o MP, por exemplo, da Defensoria Pública, que não tem poderes de investigação tão amplos.

Obviamente, os demais colegitimados para a propositura da ACP (inclusive a Defensoria) também podem amealhar elementos para formação do convencimento pelo ajuizamento ou não da ação. Mas a eles restam, exclusivamente, os meios ordinários, como a produção antecipada de provas ou o pedido de informações e certidões junto ao Poder Público, se o caso.

4.1.4 Facultatividade

O inquérito civil é dispensável para a propositura da ação civil pública, como ocorre com o inquérito policial, desde que o membro do Ministério Público já tenha, por outros meios, coligido elementos suficientes para a propositura da ação (art. 1º, parágrafo único, da Resolução n. 23 do CNMP).

4.2 Instauração do inquérito civil

4.2.1 Formas de instauração

Nos termos do art. 8º, § 1º, da Lei n. 7.347/85, e do art. 2º, §§ 1º a 4º, da Resolução CNMP n. 23/2007, a instauração do inquérito civil poderá ocorrer: a) de ofício; b) por provocação; ou c) por designação.

Ocorrerá de ofício quando o representante do MP, no uso de suas atribuições, tiver conhecimento, por meio de comunicações verbais, por órgãos de imprensa ou mesmo por constatação pessoal, de atos ou fatos que possam implicar em atos atentatórios aos direitos e interesses metaindividuais tuteláveis pelo MP (*vide* art. 127 da CF).

Será instaurado por provocação quando o representante do Ministério Público acolher representação de interessado (pessoa física ou jurídica) ou de autoridade judicial, administrativa ou legislativa clamando pela apuração dos fatos.

E se dará por designação quando o Procurador-Geral de Justiça ou da República, o Conselho Superior do Ministério Público (MPE), a Câmara de Coordenação e Revisão (MPF), ou demais órgãos superiores do Ministério Público, determinarem a investigação.

Nos casos de delegação de atribuição originária, a instauração do inquérito civil poderá se dar, também, por determinação do Procurador-Geral ou do órgão superior do MP (CSMP ou Câmara de Coordenação e Revisão). Tal providência é bastante comum nas hipóteses em que o Conselho Superior rejeita a promoção de arquivamento da representação e determina o ajuizamento da ação civil pública por um novo membro do MP (art. 9º, § 2º, da LACP).

Não sendo o caso de representação absolutamente inepta (sem menção ao fato a ser investigado, apócrifa e sem indicativos mínimos de convicção etc.) ou de fatos já solucionados ou que já tenham sido investigados – caso em que o Promotor de Justiça ou o Procurador da República procederão ao arquivamento da representação (art. 9º da Lei n. 7.347/85) (art. 5º da Resolução CNMP n. 23/2007) –, o representante do MP dará início ao procedimento investigativo, determinando a abertura de procedimento preparatório de inquérito civil (investigação preliminar), ou determinará a própria instauração de inquérito civil (art. 129, III, da CF c.c. art. 8º, § 1º, da Lei n. 7.347/85), podendo, ainda, em sendo o caso (ocorrência de concomitante ilícito penal), requisitar a instauração de inquérito policial (art. 22 da LIA). Não há impedimento, entretanto, para que o representante do Ministério Público, já tendo elementos suficientes para a formação de seu convencimento (peças recebidas diretamente de autoridades judiciárias ou administrativas, procedimentos administrativos conduzidos e concluídos por Comissão Processante na forma do art. 15 da LIA, cópia de pareceres ou decisões do Tribunal de Contas etc.), ajuíze diretamente a ação coletiva, independentemente de qualquer ato prévio de investigação (que, repita-se, é facultativa).

Sendo necessária a instauração do inquérito civil, de acordo com o art. 4º da Resolução CNMP n. 23, de 17-9-2007, será baixada portaria, numerada em ordem crescente, renovada anualmente, devidamente

registrada em livro próprio e autuada, contendo: I – o fundamento legal que autoriza a ação do Ministério Público e a descrição do fato objeto do inquérito civil; II – o nome e a qualificação possível da pessoa jurídica e/ou física a quem o fato é atribuído; III – o nome e a qualificação possível do autor da representação, se for o caso; IV – a data e o local da instauração e a determinação de diligências iniciais; V – a designação do secretário, mediante termo de compromisso, quando couber; VI – a determinação de afixação da portaria no local de costume, bem como a de remessa de cópia para publicação.

Referida disposição ainda indica que, se, no curso do inquérito civil, novos fatos indicarem a necessidade de investigação de objeto diverso do que estiver sendo investigado, o membro do Ministério Público poderá aditar a portaria inicial ou determinar a extração de peças para instauração de outro inquérito civil, respeitadas as normas incidentes quanto à divisão de atribuições.

Vale a nota de que a instauração de inquérito civil sem a observância rigorosa dos requisitos *supra* não acarreta, *ab initio*, a nulidade do procedimento investigativo, mas, se comprovado o prejuízo à apuração real dos fatos ou à defesa do investigado (v.g., não definição do fato a ser investigado), isto pode acarretar a nulidade da investigação, inclusive permitindo o trancamento do inquérito civil, conforme veremos a seguir.

O art. 138 do CPC é aplicado ao inquérito civil, para estabelecer que não pode presidir o inquérito civil o promotor/procurador que estiver impedido (art. 134 do CPC) ou suspeito (art. 135 do CPC). Assim, exemplificativamente, não pode instaurar e presidir o inquérito civil o Promotor de Justiça que presenciou os fatos a serem investigados, vez que não tem isenção suficiente para ser, concomitantemente, testemunha e presidente do inquérito.

Questão a nosso ver interessante é a da suspeição do membro do Ministério Público para o inquérito civil quando residir no local em que ocorreu o dano (especialmente ambiental). Tem se entendido que, em se tratando de matéria que diz respeito indistintamente a todos os integrantes da comunidade, não há de se reconhecer a

suspeição do promotor ou do juiz, mesmo que também atingidos pelo dano. Do contrário, “os juízes e promotores seriam suspeitos em todas as causas que discutissem interesse, como dano ambiental, em que, por exemplo, se estaria discutindo problema de qualidade de água, pois há evidente interesse em que suas casas também sejam abastecidas por água potável; ou, então, em ações em que se discute a constitucionalidade de tributos federais, os quais todos os juízes também são obrigados a recolher” (STJ, Resp 734.892/SP, 1ª T., Rel. Min. Luiz Fux. j. 14-2-2006).

4.2.1.1 Direito de representação

Qualquer pessoa do povo tem o direito de representar ao Ministério Público sobre a ocorrência de atos ofensivos aos interesses e direitos metaindividuais, a fim de que seja instaurada a investigação necessária destinada à apuração dos fatos. Trata-se, sem dúvida alguma, de uma forma de controle popular da Administração Pública (tanto quanto a ação popular do art. 5º, LXXIII, da CF).

Na verdade, tal direito decorre do art. 5º, XXXIV, *a*, da Constituição Federal, que assegura a toda e qualquer pessoa o direito de peticionar gratuitamente (*direito de petição*) aos poderes públicos constituídos, tanto para a defesa de direito próprio quanto para reclamar da ocorrência de ilegalidades ou de abuso de poder.

E vem na esteira, também, da regra do art. 6º da Lei n. 7.347/85: “Qualquer pessoa poderá e o servidor público deverá provocar a iniciativa do Ministério Público, ministrando-lhe informações sobre fatos que constituam objeto da ação civil e indicando-lhe os elementos de convicção”.

Diversamente dos servidores públicos, que terão o dever de informar (*vide* item *infra*), o dispositivo garante a qualquer interessado a *faculdade* de comunicar às autoridades constituídas fatos que ofendam os direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Nenhuma sanção pode ser atribuída ao particular – a não ser a pecha de falta de cidadania – pelo fato de preferir não levar ao conhecimento das autoridades referidos fatos.

Os dispositivos citados, entretanto, não garantem ao representante o direito de ver iniciada uma investigação, tampouco concedem ao particular um salvo-conduto para apresentar representação infundada e com nítida finalidade de causar indevida persecução contra o acusado.

Neste sentido, já pronunciou o STJ que “o direito de petição aos poderes públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder”, assegurado pelo art. 5º, XXXIV, *a*, da CF, tem natureza instrumental: é direito, assegurado ao cidadão, de ver recebido e examinado o pedido em tempo razoável e de ser comunicado da decisão tomada pela autoridade a quem é dirigido. Nele não está contido, todavia, o direito de ver deferido o pedido formulado”. Por isto “o direito de representação por improbidade administrativa, previsto no art. 14 da Lei 8.429/92, não compreende o de ver necessariamente instaurado o processo de investigação, caso não haja início de prova considerada razoável para tanto. A discussão sobre a existência ou não de provas suficientes para instauração, ainda mais em se tratando de prova que estaria, não no processo, mas ‘arquivados na própria Câmara Legislativa’, não pode ser dirimida em mandado de segurança, que não comporta investigação probatória dessa dimensão” (RMS 16.424/DF, 1ª T., Rel. Min. Teori Albino, j. 5-5-2005).

Tanto é assim, que o art. 339 do Código Penal (além do art. 19 da LIA) criminaliza a conduta daquele que dá “causa à instauração de investigação policial, de processo judicial, instauração de investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente”.

4.2.1.2 Dever de representação (informação)

Diferentemente do particular, os servidores públicos não têm a faculdade de informar sobre a ocorrência de fatos que constituam o objeto da ação civil pública, mas, sim, o dever legal de assim agir.

De fato, o art. 6º da Lei n. 7.347/85, supratranscrito, é claro neste sentido.

Também o disposto no art. 7º da Lei n. 7.347/85 prevê que “Se, no exercício de suas funções, os juízes e tribunais tiverem conhecimento de fatos que possam ensejar a propositura da ação civil, remeterão peças ao Ministério Público para as providências cabíveis”, conduta esta que não depende do trânsito em julgado da sentença para ser tomada pelo magistrado.

O não cumprimento pelo servidor público do dever de representação (ou dever de informação) implica na prática do crime de prevaricação, nos termos do art. 319 do Código Penal, podendo, ainda, dar ensejo ao ato de improbidade administrativa previsto no art. 11, II, da Lei n. 8.429/92.

4.2.1.3 Forma da representação

Nos termos do art. 14, § 1º, da Lei n. 8.429/92 – aplicada integrativamente por conta do microssistema processual coletivo (*vide* item 9 do Capítulo 7, v. 34) –, a representação é ato solene, de modo que será necessariamente escrita. Caso seja apresentada oralmente, deverá ser reduzida a termo pela autoridade receptora da representação.

Nela constarão, além da qualificação completa do representante (nome, endereço, profissão etc.), as informações sobre o fato e sua autoria, preferencialmente com indicação da qualificação (nome, endereço, profissão etc.) do representado.

Apenas as questões fáticas precisam ser indicadas pelo representante, vez que a qualificação jurídica da conduta e as eventuais medidas administrativas e judiciais a serem tomadas (instauração de procedimento, afastamento preventivo do funcionário investigado, ajuizamento de ação civil pública, pedido de antecipação de tutela etc.) ficam a cargo do órgão representado, que é mesmo quem tem qualificação para definir as providências.

Nada impede, entretanto, que o interessado sugestione medidas a serem tomadas pelo representado, algo que, por óbvio, não tem caráter vinculativo.

Caso o representante conheça provas a respeito dos fatos, deverá indicá-las na representação ou até mesmo juntá-las, caso as tenha em

seu poder (provas escritas), embora o dever de investigar seja mesmo da autoridade representada.

Ausentes os requisitos considerados necessários para a apuração dos fatos, o representante será intimado (por qualquer meio idôneo) para complementar a representação, sob pena de arquivamento sumário.

4.2.1.4 Representação anônima (apócrifa)

Questão interessante é a da possibilidade de a representação ser anônima (apócrifa), especialmente frente à regra do art. 5º, IV, da CF (que veda o anonimato na manifestação do pensamento).

Embora o art. 2º, II, da Resolução n. 23 do CNMP, seja claro no sentido de que deverá constar da representação a qualificação mínima daquele que a apresente e onde possa ser localizado, não se pode negar a possibilidade de a investigação ter início com base em denúncia anônima, até porque é dever de ofício da autoridade representada ministerial a apuração de fatos ilícitos chegados a seu conhecimento na defesa do interesse público. Isto, aliás, é o que aparenta indicar o § 3º do referido dispositivo: “O conhecimento por manifestação anônima, justificada, não implicará ausência de providências, desde que obedecidos os mesmos requisitos para as representações em geral, constantes no art. 2º, inciso II, desta Resolução”.

O tema, em discussão semelhante, foi objeto de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, que, na linha do voto do Ministro Carlos Ayres Britto, assinalou haver “uma distinção entre manifestação de pensamento e delação anônima para fins penais”, sendo que “a manifestação do pensamento é a veiculação de algo elaborado pela mente; é o produto de uma reflexão; logo, traduz-se numa doutrina, tese, crítica, ponto de vista ou opinião racionalmente fundamentada”, podendo ser concluído que “delações anônimas na esfera penal não passam de simples notícias de fatos empíricos, legalmente descritos como infrações penais”. Ocorre que referida posição foi vencida, prevalecendo a tese de que “não serve à persecução criminal notícia de prática criminosa sem

identificação da autoria, consideradas a vedação constitucional do anonimato e a necessidade de haver parâmetros próprios à responsabilidade, nos campos cível e penal, de quem a implemente” (STF, HC 84.827/TO, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 7-8-2007, *DJ* 23-11-2007; MS 24.405/DF, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 3-12-2003, *DJ* 23-4-2004).

Respeitada a convicção em sentido contrário, pensa-se que a eventual apresentação de representação anônima poderá justificar a apuração dos fatos e, eventualmente, até a instauração do inquérito civil. Afinal, vige no âmbito da apuração do fato o princípio da oficialidade (art. 2º, I, da Resolução n. 23 do CNMP), de modo que todo o fato que chegue ao conhecimento do MP – principalmente se concomitantemente configurar crime – deve ser apurado, ainda que a denúncia seja anônima.

Evidentemente, a autoridade ministerial, diante de representação anônima, deverá agir com muito mais cautela e discricção na apuração dos fatos. Primeiro, porque é sabido que o anonimato pode sustentar informações falsas e reveladas por conta de interesses escusos do representante contra o representado (inimizade política, intrigas pessoais etc.). E segundo, pois a seriedade da acusação fica abalada pelo fato de o representante não ter *nada a perder*, vez que, anônimo, dificilmente será identificado para os fins de persecução pelo crime do art. 339 do Código Penal.

Por isto, de se permitir a apuração dos fatos com base em denúncia anônima apenas se a representação indicar elementos mínimos e sérios de convicção, que viabilizem, ao menos, a instauração de um procedimento investigativo preparatório que possa levar à descoberta real dos fatos.

No PL 5.139/2009 (Nova Lei de Ação Civil Pública), houve opção expressa em se permitir a investigação de fatos com base em denúncia anônima. De acordo com o art. 51, § 2º, do citado PL, “É autorizada a instauração de inquérito civil fundamentado em manifestação anônima, desde que instruída com elementos mínimos de convicção”.

4.2.2 Conflito de atribuições entre Ministérios Públicos

Há conflito de atribuições entre membros do Ministério Público, quando dois ou mais deles divergem sobre quem tem atribuição para instaurar o inquérito civil (e, conseqüentemente, propor eventual ação civil pública).

O conflito é negativo quando os membros diversos do Ministério Público declinam de investigar/atuar. Do contrário, o conflito será positivo quando eles se consideram com atribuição para o evento.

Tratando-se de membros pertencentes ao mesmo órgão do Ministério Público, o conflito será decidido pelo Procurador-Geral de Justiça (conflitos entre membros do Ministério Público do mesmo Estado) ou pelo Procurador-Geral da República (conflito entre membros do Ministério Público da União), que tem ascendência hierárquico-administrativa sobre ambos os membros (art. 10, X, da Lei n. 8.625/93). Após decidir se há realmente o conflito, indicará qual dos Promotores de Justiça ou Procuradores da República/Trabalho deverá atuar no caso.

Caso haja, entretanto, conflito de atribuições entre membros de órgãos distintos do MP (MPE de um Estado *versus* MPE de outro Estado; MPE *versus* MP da União), a competência para dirimi-lo é do STF (art. 102, I, *f*, na interpretação dada pelo próprio STF no julgamento da Ação Cível Originária 853, Pleno, Rel. Cezar Peluso, j. 8-3-2007). Afinal, o Procurador-Geral da República não tem ascendência funcional sobre membros do Ministério Público Estadual, mas apenas sobre membros do Ministério Público da União (art. 128, I, e § 1º, da CF).

4.2.3 Investigação preliminar (procedimento preparatório de inquérito civil)

Havendo dúvida sobre a própria veracidade do fato a investigar, pode o representante do Ministério Público, antes mesmo da instauração do inquérito civil, determinar a realização de um procedimento investigatório prévio (procedimento preparatório de

inquérito civil), com o escopo de formar o pré-convencimento da autoridade ministerial sobre a viabilidade ou não de dar início a uma investigação formal (inquérito civil). A investigação preliminar teria por finalidade a obtenção de informações preambulares ou complementares sobre o fato representado, delatado ou noticiado. Por meio dela se possibilitaria o diagnóstico a respeito da eventual ocorrência de algum evento justificador da instauração de inquérito civil ou do ajuizamento da ação civil pública.

A disciplina normativa do procedimento preparatório de inquérito civil é encontrada no art. 2º, §§ 4º a 7º, da Resolução CNMP n. 23/2007. Tais dispositivos estabelecem que o procedimento preparatório deverá ser autuado com numeração sequencial à do inquérito civil e registrado em sistema próprio, mantendo-se a numeração quando de eventual conversão. O procedimento preparatório deverá ser concluído no prazo de 90 (noventa) dias, prorrogável por igual período, uma única vez, em caso de motivo justificável. Vencido este prazo, o membro do Ministério Público promoverá seu arquivamento, ajuizará a respectiva ação civil pública ou o converterá em inquérito civil.

Não se deve confundir, contudo, o procedimento preparatório de inquérito civil (ou mesmo o próprio inquérito civil) com o procedimento administrativo de acompanhamento e fiscalização, previsto na tabela unificada de feitos criada a partir da Resolução n. 63/2010 do CNMP.

Este último é o procedimento destinado ao acompanhamento e fiscalizações, de cunho permanente ou não, de fatos e instituições e de políticas públicas e demais procedimentos não sujeitos a inquérito civil, instaurado pelo Ministério Público, que não tenham caráter de investigação cível ou criminal de determinada pessoa, em função de um ilícito específico.

Trata-se, portanto, de um *procedimento não investigativo*, cujo objeto é o de acompanhar determinado evento, entidade ou fundação, exatamente para se assegurar de que não haverá ofensa aos direitos e interesses da coletividade.

4.2.4 Efeito da instauração

Conforme o art. 26 do Código de Defesa do Consumidor, o direito de reclamar pelos vícios aparentes ou de fácil constatação caduca em 30 dias, se o serviço ou produto for não durável, e em 90 dias, se o serviço ou produto for durável, contados a partir da entrega efetiva do produto ou do término do serviço.

Contudo, o § 2º do dispositivo estabelece que obsta a decadência (*i.e.*, o prazo não corre): a) enquanto não houver resposta oficial da reclamação do consumidor ao fornecedor; e b) enquanto não for concluído inquérito civil instaurado a este respeito.

Tem-se, portanto, como efeito da instauração do inquérito civil, o de obstar o curso do prazo decadencial nas relações de consumo.

Acredita-se – à luz da ideia de microsistema processual coletivo (item 9 do Capítulo 7, v. 34) –, que esta regra é aplicável a qualquer objeto tutelável pela ação civil pública, e não apenas ao consumidor. Assim, também não haveria decadência do direito enquanto estivesse em curso inquérito civil para apurar o evento.

E acredita-se, também, que esta regra anômala de impedimento do curso do prazo decadencial se aplica às hipóteses de prescrição (art. 27 do CDC), pese o veto ao art. 27, parágrafo único, do CDC. Assim, estaria obstado o curso da prescrição reparatória (individual e coletiva) enquanto estivesse em curso inquérito civil do MP para apuração do evento.

4.2.5 Medidas contra a instauração do inquérito civil

Embora se reconheça que o simples fato de ser investigado já cause certo dano à imagem, regra geral não há recurso contra a instauração do inquérito civil.

Em alguns Estados da Federação, as leis, que tratam da atuação do Ministério Público preveem recurso contra a instauração do inquérito. Por exemplo, no Estado de São Paulo, o art. 108 da Lei Complementar n. 734/93 permite dois recursos no âmbito do

inquérito civil: a) do indeferimento da representação para a instauração, no prazo de 10 dias contados da ciência da decisão, e; b) da decisão que determina a instauração, no prazo de 5 dias, possuindo efeito suspensivo. Há autores que entendem ser inconstitucional tal dispositivo, já que estaria sendo regulada questão referente à Lei de Ação Civil Pública, portanto direito processual, de competência exclusiva da União. Tal entendimento, contudo, máxima vênua, é equivocado, vez que as normas sobre inquérito civil são de procedimento (não de processo), como tal na competência concorrente do Estado federado (art. 24, XI, da CF).

Tem-se admitido, entretanto, embora apenas em situações absolutamente excepcionais – quando comprovada, de plano, a atipicidade de conduta, causa extintiva da punibilidade ou absoluta falta de indícios de autoria –, o trancamento de inquérito civil pela via do mandado de segurança ou mesmo do *habeas corpus* (STJ, RMS 30.510/RJ, 2ª T., Rel. Min. Eliana Calmon, j. 17-12-2009).

Não vemos qualquer inconveniente nesta interpretação, até porque a natureza do inquérito é de procedimento meramente administrativo, sujeitando-se, por óbvio, ao controle jurisdicional.

Pensamos, também, ser possível o trancamento do inquérito civil por outros dois fundamentos, além dos já indicados.

Primeiro, por excesso de prazo, isto é, quando a investigação demorar tempo incompatível com a seriedade que se espera do ato, tudo a fim de não permitir que o indivíduo fique, eternamente, sob o jugo da investigação ministerial, o que evidentemente causa prejuízo à dignidade e à imagem pessoal do servidor público.

Aqui vale lembrar que a Resolução n. 23 do CNMP é bastante benevolente com a questão do prazo para conclusão do inquérito civil, vez que em seu art. 9º prevê o prazo de um ano para sua conclusão, mas permite a prorrogação por tantas vezes quanto forem necessárias, tudo em vista de decisão fundamentada do seu presidente. Embora o parágrafo único do dispositivo até permita que cada Ministério Público, no âmbito de sua atribuição, limite o

número de prorrogações, não se acredita que esta limitação seja realmente efetiva, o que nos permite sustentar a possibilidade de controle judicial do tempo e da objetividade da investigação.

E segundo, quando a investigação for conduzida de modo genérico, sem vínculo com o seu objeto específico, o que pode se dar, inclusive, a partir da falta de indicação precisa, na própria portaria de instauração do inquérito civil, do fato a ser investigado (art. 4º, I, *in fine*, da Resolução CNMP n. 23/2007).

Por fim, vale destacar que o art. 5º, da Resolução CNMP n. 23, de 17-92007, embora não preveja recurso contra a instauração do inquérito civil, prevê o cabimento do recurso administrativo, no prazo de 10 dias, contra a decisão ministerial de arquivamento da representação, caso em que a representação e os fundamentos de rejeição da instauração serão encaminhados, juntamente com as razões de recurso, ao órgão superior do Ministério Público (Conselho Superior ou Câmara de Coordenação e Revisão) para julgamento.

4.3 Instrução do inquérito civil

4.3.1 Poderes instrutórios do membro do MP

A instrução do inquérito civil será presidida por membro do Ministério Público a quem for conferida essa atribuição, nos termos da lei, o qual terá poderes de promover pessoalmente a coleta de todas as provas lícitas a bem da efetiva apuração dos fatos descritos na portaria de instauração do inquérito (não de outros).

Os poderes instrutórios do MP, na verdade, decorrem do disposto no art. 129, VI, da CF – que lhe garante a prerrogativa de expedir notificações e requisitar informações e documentos para instruir os procedimentos administrativos de sua competência –, bem como do disposto na Lei n. 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), que, especialmente no art. 26, disciplina a questão.

De acordo com o citado dispositivo, basicamente três gamas de deveres/poderes podem ser aplicadas a bem da exata apuração dos fatos investigados:

a) *Dever/poder de oitiva*, consistente na possibilidade de o MP expedir notificações para colher depoimentos de qualquer pessoa sob o compromisso de dizer a verdade (falso testemunho), e sob pena, também, de, não comparecendo imotivadamente, ser conduzido coercitivamente pela força pública, respeitadas as hipóteses em que o notificado só prestará depoimento perante Procurador-Geral (art. 26, § 1º, da LOMP).

Nesse rol, evidentemente, não se inclui a pessoa que está sendo investigada, que poderá ser convidada para ofertar subsídios ou esclarecimentos que queira fazer sobre o fato. E, na hipótese de desatendimento do convite, essa circunstância deverá ser registrada nos autos do inquérito, descabendo sua condução coercitiva. Por outro lado, caso compareça, não pode o investigado ser forçado a prestar compromisso de dizer a verdade, tampouco ser obrigado a responder a perguntas formuladas pelo promotor ou procurador presidente, pois não pode ser compelido a confessar a prática ilícita ou a apresentar prova contra si mesmo.

b) *Dever/poder de requisição*, consistente na possibilidade de serem requisitadas informações escritas, documentos e exames periciais de órgãos públicos de qualquer esfera da Federação (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) – salvo nas hipóteses protegidas por sigilo constitucional –, sob pena da prática do crime previsto no art. 9º da Lei de Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85).

Existe verdadeira celeuma em doutrina no sentido de o sigilo bancário estar ou não coberto pela proteção constitucional do art. 5º, X, da CF (direito fundamental à vida privada).

Embora haja corrente no sentido de que o sigilo bancário advém, exclusivamente, da proteção legal dos arts. 3º e 4º da LC n. 105/2001 – como tal afastável por requisição ministerial, nos termos do art. 26 da Lei n. 8.625/93 (independentemente de prévia autorização judicial) –, estamos entre aqueles que creditam ao sigilo bancário proteção constitucional derivada do art. 5º, X, da CF, de modo que, nos termos, inclusive, do art. 3º, *caput*, da LC n. 105/2001 (que afasta a incidência

do art. 26 da LOMP), parece-nos só ser possível a quebra de tal sigilo mediante requisição judicial.

Insustentável tese em sentido contrário, na premissa de que o art. 26 da Lei n. 8.625/93, por ser lei especial, não estaria sujeito às limitações da LC n. 105/2001, de modo que, autorizando o representante do Ministério Público a requisitar informações a qualquer pessoa física ou jurídica, poderia fazê-lo diretamente às autoridades bancárias. *Maxima venia*, o que a LC n. 105/2001 faz é só explicitar o alcance do direito constitucional à vida privada, de modo que a vedação não vem de norma inferior, mas, sim, de dispositivo constitucional, que, como tal, prevalece sobre a LOMP.

Portanto, no âmbito do inquérito civil (ou da própria ação civil pública), a quebra do sigilo bancário – que deverá incidir sobre fato determinado (e não sobre meros indícios) – deverá ser obtida judicialmente.

O STJ tem reiterada jurisprudência no sentido de não ser possível ao MP acessar, diretamente, dados bancários e fiscais dos seus investigados, *verbis*: “A Turma reiterou o entendimento de que o Ministério Público, no uso de suas prerrogativas institucionais, não está autorizado a requisitar documentos fiscais e bancários sigilosos diretamente ao Fisco e às instituições financeiras, sob pena de violar os direitos e garantias constitucionais de intimidade da vida privada dos cidadãos. Somente quando precedida da devida autorização judicial, tal medida é válida. Assim, a Turma concedeu a ordem para determinar o desentranhamento dos autos das provas decorrentes da quebra de sigilo fiscal realizada pelo Ministério Público sem autorização judicial, cabendo ao magistrado de origem verificar quais outros elementos de convicção e decisões proferidas na ação penal em tela e na medida cautelar de sequestro estão contaminados pela ilicitude ora reconhecida” (STJ, HC 160.646/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 1º-9-2011).

Entendemos, contudo, que, se os dados pretendidos pelo MP forem relativos a contas bancárias do Poder Público, poderá acessá-los diretamente, independentemente de autorização judicial. Isto porque,

por pertencerem a órgão público, não há quanto ao titular destas contas proteção constitucional à intimidade. Prevalece, aí, a regra do art. 26 da Lei n. 8.625/93, que autoriza a requisição direta.

c) *Dever-poder de inspeção*, consistente na possibilidade de serem desenvolvidas diligências investigatórias junto às pessoas ou órgãos públicos (não privados) referidos no item anterior, caso em que não será necessário mandado judicial se o ato for realizado pelo próprio Promotor de Justiça ou pelo Procurador da República. Caso a inspeção tenha que ser desenvolvida em residência de pessoa física ou em estabelecimento de pessoa jurídica de direito privado, é indispensável a obtenção de mandado judicial, nos termos do art. 5º, XI, da CF, sob pena de ilicitude da prova.

Não cabe interceptação telefônica para apuração de fato investigado em inquérito civil, vez que o art. 5º, XII, da CF, bem como a Lei n. 9.296/96 (art. 1º), só a admite, e mediante prévia autorização judicial, para investigações de natureza penal. O que é altamente controvertido, na doutrina e na jurisprudência, é a possibilidade de ser utilizada a prova assim obtida, na investigação criminal que apura o mesmo ato, como prova emprestada no cível, isto é, no inquérito civil ou propriamente na ação civil pública. Somos bastante simpáticos à ideia, em vista da inexistência de vedação legal explícita e da possibilidade de produção, no âmbito do inquérito civil ou da ação civil pública, de todas as provas morais e legítimas (art. 332 do CPC).

O STF, em decisão proferida no Inquérito 2424 (Rel. Cezar Peluso), permitiu que fossem compartilhadas interceptações telefônicas – em caráter excepcional e diante do interesse público em jogo – com Comissões Parlamentares de Inquérito e com autoridades administrativas. Conclui-se, a partir daí, que a jurisprudência superior parece se inclinar pela admissibilidade do empréstimo das interceptações telefônicas ordenadas pela autoridade criminal competente para as investigações civis, desde que observadas as referidas condições.

O membro do Ministério Público poderá nomear, por evidente, servidor para secretariá-lo na condução do inquérito civil, não havendo

óbice, também, para que este servidor, mediante prévia determinação do Promotor de Justiça ou do Procurador da República, pratique atos instrutórios de menor alcance, como a vistoria mediante certificação (na esteira dos oficiais de justiça em sede de constatações).

As peças do inquérito civil, conforme forem sendo juntadas no processo, deverão sê-lo em ordem cronológica, e todas as diligências ou atos praticados (inclusive depoimentos) devem ser documentados por meio de termos, sendo terminantemente vedado – sob pena de responsabilização funcional – que algumas peças ou termos (geralmente só os mais importantes) sejam reservados em separado para, só após finda a investigação, serem acostados ao procedimento, geralmente às vésperas do ajuizamento da ação de improbidade administrativa. Este expediente, que tem o nítido escopo de pegar o investigado de surpresa, viola a regra de publicidade, da boa-fé investigativa e, principalmente, da publicidade do inquérito civil (que já vimos ser a regra), vez que o investigado não terá conhecimento concomitante de provas, ainda que colhidas extrajudicialmente, embasadoras da acusação, não podendo, assim, prestar esclarecimentos e fazer contraprova a bem da exata formação da convicção do órgão ministerial.

4.3.2 Publicidade

A questão da publicidade do inquérito civil é hoje disciplinada no art. 7º da Resolução CNMP n. 23/2007.

Eis a redação do dispositivo: “Art. 7º Aplica-se ao inquérito civil o princípio da publicidade dos atos, com exceção dos casos em que haja sigilo legal ou em que a publicidade possa acarretar prejuízo às investigações, casos em que a decretação do sigilo legal deverá ser motivada. § 1º Nos requerimentos que objetivam a obtenção de certidões ou extração de cópia de documentos constantes nos autos sobre o inquérito civil, os interessados deverão fazer constar esclarecimentos relativos aos fins e razões do pedido, nos termos da Lei n. 9.051/95. § 2º A publicidade consistirá: I – na divulgação oficial, com o exclusivo fim de conhecimento público mediante

publicação de extratos na imprensa oficial; II – na divulgação em meios cibernéticos ou eletrônicos, dela devendo constar as portarias de instauração e extratos dos atos de conclusão; III – na expedição de certidão e na extração de cópias sobre os fatos investigados, mediante requerimento fundamentado e por deferimento do presidente do inquérito civil; IV – na prestação de informações ao público em geral, a critério do presidente do inquérito civil; V – na concessão de vistas dos autos, mediante requerimento fundamentado do interessado ou de seu procurador legalmente constituído e por deferimento total ou parcial do presidente do inquérito civil. § 3º As despesas decorrentes da extração de cópias correrão por conta de quem as requereu. § 4º A restrição à publicidade deverá ser decretada em decisão motivada, para fins do interesse público, e poderá ser, conforme o caso, limitada a determinadas pessoas, provas, informações, dados, períodos ou fases, cessando quando extinta a causa que a motivou. § 5º Os documentos resguardados por sigilo legal deverão ser autuados em apenso”.

A regra geral, portanto, é que o inquérito civil é público. Só é possível ser decretado o sigilo nas investigações em duas situações: a) sigilo legal; b) quando a publicidade puder acarretar prejuízo às investigações, caso em que deverá haver motivação idônea, pelo presidente do inquérito (promotor ou procurador), a respeito.

O ato do presidente do inquérito civil que decreta o sigilo das investigações, sob o fundamento de que a publicidade acarreta prejuízo às investigações, é controlável, via MS, pelo Poder Judiciário. Será judicialmente restabelecida a publicidade, que é a regra, quando: a) o Judiciário não encontrar motivação idônea que sustente o sigilo; b) não houver prejuízo à investigação pela publicidade indevidamente cassada pelo promotor ou pelo procurador.

Pensamos que não há como negar acesso aos autos do inquérito civil ao investigado ou a qualquer outro interessado que demonstre

legítimo interesse. Ainda que a investigação esteja protegida por eventual sigilo (aplicação analógica dos arts. 155 do CPC e 20 do CPP), às partes e seus advogados, regularmente constituídos, não pode haver limitação de acesso.

É *direito* do advogado, regularmente constituído pelo investigado, ter *vista* do inquérito civil, já que não pode haver sigilo contra ele. Não há base legal a justificar a exegese restritiva, *data venia*, frente ao claro texto do art. 7º, inciso XIII, do Estatuto dos Advogados (Lei n. 8.906/94).

A expressão “*desde que não estejam sujeitos ao sigilo*”, constante da supracitada norma, somente abrange o advogado enquanto não representar a parte interessada. Tendo sido constituído, não há a incidência da vedação.

O Superior Tribunal de Justiça, entretanto, tem adotado exegese restritiva na análise do direito do advogado em ter *vista* de inquérito policial, em precedente ora empregado em razão da similitude com o inquérito civil: “I. Os princípios do contraditório e da ampla defesa não se aplicam ao inquérito policial, que é mero procedimento administrativo de investigação inquisitorial. II. A restrição à liberdade profissional de advogado só se configuraria se demonstrada a iminência de medidas destinadas à restrição da liberdade física ou patrimonial do seu cliente, a demandar a efetiva ação do profissional do direito – o que não ocorreu *in casu*. III. Não há ilegalidade na decisão que, considerando estar o inquérito policial gravado de sigilo, negou, fundamentadamente, vista dos autos inquisitoriais ao advogado. IV. Sendo o sigilo imprescindível para o desenrolar das investigações, configura-se a prevalência do interesse público sobre o privado” (STJ, RHC 13.360/PR, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 27-5-2003, DJU 4-8-2003).

Questão delicada no tocante à publicidade é a concernente à comunicação dos fatos investigados à imprensa. Razoável que o membro do Ministério Público possa prestar informações, inclusive aos meios de comunicação social, a respeito das providências adotadas para a apuração de fatos em tese ilícitos. Mas não se pode permitir que

o representante do MP, sob pena de responsabilização funcional, externe ou antecipe juízos de valor a respeito de apurações ainda não concluídas, isto a fim de evitar – à luz da respeitabilidade que tem a figura do Promotor de Justiça ou do Procurador da República (verdadeiros formadores de opinião) – que haja indevidos pré-julgamentos por parte da opinião pública, com os consequentes danos à imagem do investigado. É graças, aliás, ao descumprimento destas regras básicas de conduta que, cada vez mais, observam-se propostas legislativas (de móvel e constitucionalidade duvidosos) no sentido de limitar a atuação do Ministério Público no âmbito das ações coletivas.

Exemplificativamente, tramita no Congresso Nacional, em regime de urgência, o Projeto de Lei n. 265/2007, de autoria do deputado federal Paulo Salim Maluf, que estabelece punições contra membros do Ministério Público que entrarem com ação civil pública supostamente motivados por promoção pessoal, má-fé ou perseguição política. A mesma proposta prevê que a associação ou membro do Ministério Público, responsável pela ação, deverá pagar multa equivalente a dez vezes o valor das custas processuais, além dos honorários advocatícios.

4.3.3 Contraditório e ampla defesa

Por se tratar de um *procedimento inquisitorial*, não há obrigatoriedade de ser garantido contraditório pleno aos investigados. O representante do Ministério Público, no caso concreto, definirá, à luz do art. 6º, § 5º, da Resolução CNMP n. 23/2009 (que garante a qualquer pessoa o direito de apresentar documentos e informações para melhor elucidação dos fatos), se permite ou não a intervenção dos interessados, especialmente do investigado, e de seus advogados a bem da prestação de algum esclarecimento que se fizer necessário, colhendo suas declarações, deferindo a juntada de resposta escrita e de documentos, e autorizando a produção de provas sugeridas pelo investigado.

No mesmo sentido, analisando a questão sob a ótica da sindicância e do inquérito policial, mas com entendimento invocável no caso

do inquérito civil: “*Isso significa*, portanto, que a fase ritual em que *presentemente* se acha o procedimento de apuração sumária e preliminar dos fatos *não comporta* a prática do contraditório, *nem impõe* a observância da garantia da plenitude de defesa, *eis que* a investigação promovida pela Comissão de Sindicância *reveste-se*, no presente momento, do caráter de unilateralidade, *impregnada* que se acha de inquisitividade, circunstância essa que torna *insuscetível* de invocação a cláusula da plenitude de defesa e do contraditório. *É por essa razão* que José Frederico Marques (*Elementos de direito processual penal*, v. I/157, item n. 82, 2. ed., 1965, Forense), *ao versar* o tema da investigação penal, *adverte* que *não tem* pertinência, nessa fase procedimental, *caracterizada* pela nota da *unilateralidade* da apuração dos fatos, a invocação do princípio do contraditório, *exatamente por ainda não haver sido instaurado* o concernente processo: ‘Um procedimento policial de investigação, com o contraditório, seria verdadeira aberração, pois inutilizaria todo esforço investigatório que a polícia deve realizar para a preparação da ação penal’” (STF, MC em MS 24.458/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 18-2-2003, DJU 21-2-2003, p. 58 – Informativo STF 298).

De fato, se a finalidade do inquérito civil, tanto quanto a do inquérito policial, é a de colher elementos para a formação da convicção do titular da ação (civil e penal), razoável que se reserve este momento para a investigação unilateral dos fatos, sem o que a necessária liberdade de apuração poderia ficar comprometida.

É evidente que os dados colhidos no inquérito civil terão que, *obrigatoriamente*, ser confirmados no decorrer da ação civil pública a ser ajuizada, agora, sob o crivo do contraditório (art. 5º, LV, da CF). Sem isto, a prova colhida extrajudicialmente não tem valor jurídico algum.

Os elementos colhidos no inquérito civil possuem, assim, validade apenas *relativa*. Têm certo valor por representarem uma investigação pública e de caráter oficial. As informações contidas no inquérito civil até podem concorrer para formar ou reforçar a

convicção do juiz; mas desde que não colidam com provas de maior hierarquia, como aquelas colhidas judicialmente sob as garantias do contraditório.

Apesar disto, a prática tem conduzido a uma situação surreal, em que se admite, em virtude da aparente imparcialidade do representante do MP na colheita dos elementos de prova, a validade integral das provas obtidas no inquérito civil (testemunhos, perícias etc.), não sendo incomum ver sentenças de procedência de ações civis públicas baseadas exclusivamente naqueles elementos.

Ora, diversamente da autoridade judicial, o Ministério Público é parte e, como tal, almeja dados para o ajuizamento da ação coletiva, o que afasta não só a sua imparcialidade, mas também a validade dos elementos probantes coligidos na fase administrativa (sob pena de vulneração ao princípio do contraditório e da ampla defesa).

As provas obtidas no inquérito civil só poderiam sustentar, ainda que desacompanhadas de ratificação judicial plena, o acolhimento de uma ação coletiva, se eventualmente o representante do Ministério Público, no âmbito do inquérito civil, houvesse permitido a ampla participação dos investigados na sua colheita. Quanto mais amplo e efetivo o contraditório no âmbito dos procedimentos, maior a legitimidade, a validade e a eficácia das provas colhidas.

O contraditório é verdadeira condição de existência e validade das provas, vez que ele é *exigência constitucional impostergável* em todos os momentos da atividade instrutória. Exatamente por isto, alguns autores têm entendido, com alguma razão, que a prova colhida no inquérito civil poderá ser considerada válida – inclusive com dispensa de sua renovação em juízo –, se eventualmente o presidente do inquérito permitir a participação plena dos interessados e advogados na colheita da prova. Quer dizer, quanto maior o contraditório havido na colheita extrajudicial da prova, maior seria o valor emprestado pelo juiz a ela no momento do julgamento da ação civil pública. Para estes autores, seria lícito, inclusive, ao juiz dispensar, nestas condições de contraditório extrajudicial pleno, a renovação da prova em juízo, principalmente

quanto às perícias realizadas por órgãos públicos oficiais (que serão os mesmos, em regra, a realizar a prova judicialmente ordenada).

Portanto, a regra geral é que a prova colhida no inquérito civil que não for repetida em sede judicial é *imprestável* para fins condenatórios, salvo se, no inquérito civil, o seu presidente, à luz dos postulados constitucionais do contraditório e da ampla defesa, franqueou aos interessados a plena participação na sua colheita.

4.4 Conclusão do inquérito civil

Uma vez concluída a investigação pelo Ministério Público no âmbito do inquérito civil, descortinam-se 2 (duas) diferentes situações.

Havendo elementos suficientes indicativos da prática do ato de improbidade, o Ministério Público ajuizará a competente ação coletiva.

Entretanto, não havendo elementos suficientes reveladores da prática de ato ofensivo aos direitos metaindividuais tuteláveis pelo MP (art. 127 da CF), o órgão promoverá o arquivamento fundamentado do inquérito civil (art. 30 da Lei n. 8.625/93 e arts. 10 a 13 da Resolução CNMP n. 23/2007), encaminhando o procedimento para homologação do órgão superior – Conselho Superior do Ministério Público (no caso do MPE) ou Câmara de Coordenação e Revisão (no caso do MPF) – no prazo de 3 (três) dias, sob pena de responsabilização funcional.

Interessante destacar que, se mais de um fato ou pessoa estiver sendo investigado, e o representante do Ministério Público se convencer quanto à prática de ato ofensivo aos direitos e interesses metaindividuais no tocante a um fato ou pessoa, e não quanto aos demais, deverá promover o arquivamento da parte em que entende inexistente o ilícito e, na parte em que constatar a ilegalidade, deverá ajuizar a ação. Não é possível, em situação alguma e sob pena de responsabilidade funcional, o nominado *arquivamento implícito*, em que o simples ajuizar da ação quanto a apenas parcelas dos fatos ou pessoas investigadas significa que não há elementos para o acionamento dos demais.

Até que haja homologação do arquivamento pelo órgão superior, podem todos os colegitimados à propositura da ação civil pública (art. 5º da LACP) ministrar elementos de convicção (arrazoados, documentos etc.) a fim de sustentar o acerto ou o erro do arquivamento proposto pelo membro do MP (art. 9º, § 2º, da LACP).

Designada sessão para julgamento da promoção, o órgão superior do Ministério Público poderá: a) homologar o arquivamento proposto, caso em que os demais colegitimados à ação de improbidade (à exceção do próprio Ministério Público, para quem o arquivamento é vinculante) poderão propô-la, vez que não há subordinação alguma entre eles, agindo todos com legitimação concorrente e disjuntiva; b) converter o julgamento da promoção em diligência, isto a fim de que ao procedimento venha alguma outra prova a ser requerida diretamente (documentos) ou por intermédio do proponente (oitiva de testemunhas), para só depois deliberar a respeito da representação; c) rejeitar a promoção, caso em que, para preservar a íntima convicção (e a qualidade do trabalho) do proponente, o Procurador-Geral nomeará um outro representante do Ministério Público para atuar no caso e ajuizar a ação de improbidade administrativa.

O membro do MP nomeado não poderá, a pretexto de também não estar convicto da necessidade do ajuizamento da ACP, repropor o arquivamento, vez que, nomeado pelo Procurador-Geral para o ato, atua como *longa manus* dele, agindo, portanto, por mera representação funcional, e não por atuação própria e pessoal.

4.5 Recomendações

A recomendação tem previsão no art. 6º, XX, da LC n. 75/93, no art. 27, parágrafo único, IV, da Lei n. 8.625/93, e também no art. 15 da Resolução n. 23 do CNMP.

De acordo com o art. 15 da Resolução n. 23/2007 do CNMP, “O Ministério Público, nos autos do inquérito civil ou do procedimento preparatório, poderá expedir recomendações devidamente fundamentadas, visando à melhoria dos serviços públicos e de

relevância pública, bem como aos demais interesses, direitos e bens cuja defesa lhe caiba promover”.

Tais recomendações, embora formais, têm caráter meramente admonitório; em hipótese alguma vinculam o órgão (público ou privado) ou a pessoa recomendada (física ou jurídica), que não é obrigada, portanto, a atender à sugestão ministerial. O dever do representado cinge-se à prestação de informações sobre o atendimento ou não da sugestão, e isto apenas se houve requerimento do recomendante neste sentido (art. 27, IV, da Lei n. 8.625/93).

Entretanto, após a recomendação, o órgão ou o agente recomendados não podem mais se escusar de eventual responsabilidade civil e administrativa sob o fundamento de que não tinham conhecimento da ocorrência, especialmente naquelas hipóteses em que a recomendação visava à adequação da conduta do representado ao disposto na legislação. A partir da recepção da recomendação, presume-se dolosa a conduta comissiva ou omissiva do recomendado.

Obviamente, as recomendações que exijam alguma conduta ou postura do órgão ou pessoa a que se destinam devem fixar prazo razoável para o cumprimento da obrigação. Do contrário, elas não teriam o caráter orientador que as caracteriza, servindo, apenas, como mera anunciação da propositura da ação civil pública.

Por fim, vale destacar que as recomendações só podem ser manejadas para evitar a ocorrência de ilícitos, nunca após a ocorrência do evento ou das consequências daí derivadas. Tanto é assim, que o parágrafo único do citado art. 15 da Resolução CNMP n. 23/2007 é claro no sentido de ser vedada a expedição de recomendação como substitutivo do termo de ajustamento de conduta ou da ação civil pública.

Diverge a doutrina acerca do momento em que a recomendação pode ser expedida. Um grupo sustenta que ela pode ser expedida desvinculada de uma investigação formal (procedimento preparatório ou inquérito civil), ou mesmo de um procedimento administrativo de acompanhamento (Resolução CNMP n.

63/2010). Outro grupo defende que a expedição de recomendações pressupõe a existência de uma investigação em curso (inquérito civil ou procedimento preparatório). Temos posição intermediária, que admite a expedição de recomendação independentemente do curso de um procedimento investigativo, mas desde que haja algum evento documentado que justifique o ato. Em outros termos, ao menos um procedimento administrativo de acompanhamento deve haver para que seja expedida uma recomendação.

4.6 Audiências públicas

Embora não se trate de instrumento exclusivo do Ministério Público – vez que o art. 20, § 1º, da Lei n. 9.869/99, autoriza o STF a realizá-la para ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria –, o art. 27, parágrafo único, IV, da Lei n. 8.625/93, autoriza o Ministério Público a promover audiências públicas, que, por evidente, serão realizadas no bojo do inquérito civil.

Destinam-se as audiências públicas à coleta de informações necessárias para uma exata atuação do membro do Ministério Público, principalmente nas situações em que o objeto da investigação seja tema controvertido, polêmico, ou a cujo respeito haja diversidade de posições dentro do próprio grupo, em tese, beneficiado pela atuação do MP (definição de interesses prioritários).

A fim de regulamentar e uniformizar os procedimentos adotados nas audiências públicas no país, o Conselho Nacional do Ministério Público editou, em 29-2-2012, a Resolução de n. 84. De acordo com ela, “compete aos Órgãos do Ministério Público, nos limites de suas respectivas atribuições, promover audiências públicas para auxiliar nos procedimentos sob sua responsabilidade e na identificação das variadas demandas sociais”, as quais “serão realizadas na forma de reuniões organizadas, abertas a qualquer cidadão, para discussão de situações das quais decorra ou possa decorrer lesão a interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, e terão por finalidade coletar, junto à sociedade e ao Poder Público, elementos que embasem a decisão do órgão do

Ministério Público quanto à matéria objeto da convocação” (art. 1º, § 1º). Estabelece a resolução que as “audiências públicas serão precedidas da expedição de edital de convocação do qual constarão, no mínimo, a data, o horário e o local da reunião, bem como o objetivo e a forma de cadastramento dos expositores, além da forma de participação dos presentes”, edital este que será, obrigatoriamente, publicado em site oficial do MP (e facultativamente no DO) (arts. 2º e 3º). Realizada a audiência, a Resolução estabelece que “será lavrada ata circunstanciada, no prazo de 5 (cinco) dias, a contar de sua realização”, da qual será dada ciência ao Procurador-Geral (art. 4º). Por fim, estabelece, ainda, que, “ao final dos trabalhos que motivaram a audiência pública, o representante do Ministério Público deverá produzir um relatório, no qual poderá constar a sugestão de alguma das seguintes providências: I – arquivamento das investigações; II – celebração de termo de ajustamento de conduta; III – expedição de recomendações; IV – instauração de inquérito civil ou policial; V – ajuizamento de ação civil pública; VI – divulgação das conclusões de propostas de soluções ou providências alternativas, em prazo razoável, diante da complexidade da matéria” (art. 6º).

A audiência pública tem caráter meramente consultivo (e não deliberativo), de modo que as opiniões externadas pelos diversos segmentos sociais que participarão do ato não vinculam a atuação do Ministério Público. Como regra, são convidados para dela participar especialistas no assunto e membros da sociedade, de modo a garantir a mais ampla participação social possível e a adequada cognição a respeito do evento.

Tem se observado a realização de um sem-número de audiências públicas pelo MP a fim de se inteirar da situação orçamentária de órgãos públicos, antes da propositura da ação civil pública. Com efeito, tanto o representante do MP quanto a comunidade precisam ter consciência de que as necessidades sociais são infinitas, ao passo que os recursos públicos são finitos. As audiências públicas permitem, assim, um novo enfoque da problemática, não mais do

ponto estritamente jurídico, mas, sim, do ponto de vista econômico, social, político e científico. As audiências públicas, sem dúvida alguma, propiciam uma efetiva participação da coletividade na tomada da decisão pelo ajuizamento ou não da ação coletiva (democracia participativa).

5. Compromisso de ajustamento de conduta

O compromisso de ajustamento de conduta (CAC) é previsto em vários dispositivos legais: arts. 5º, § 6º, da Lei n. 7.347/85 (Lei de Ação Civil Pública), art. 211 da Lei n. 8.069/90 (ECA), arts. 8º, VII, e 53 da Lei n. 8.884/94 (Infrações à Ordem Econômica); art. 79-A da Lei n. 9.605/98 (Condutas e Atividades Lesivas ao Meio Ambiente); e art. 14 da Resolução CNMP n. 23/2007.

É o instrumento por meio do qual alguns legitimados coletivos podem tomar do interessado – seja ele pessoa física ou pessoa jurídica, de direito público ou de direito privado – um compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.

As expressões “Compromisso de Ajustamento de Conduta (CAC)” ou “Termo de Ajustamento de Conduta (TAC)” são utilizadas como sinônimas. Mas em realidade não são. Há entre elas uma relação de forma e conteúdo. Isto porque o compromisso é o conteúdo da celebração, isto é, a relação jurídica travada. Já o termo é o documento escrito no qual as partes instrumentalizam a avença. Ou seja, assim como o instrumento do contrato (forma) está para a relação jurídica contratual (conteúdo), o termo de ajustamento de conduta (forma) está para o compromisso de ajustamento de conduta (conteúdo).

Trata-se de instituto cuja natureza jurídica é muito mais próxima do reconhecimento jurídico do pedido do que propriamente da transação, em que os investigados se comprometem, mediante cominações (geralmente multa), a adequar suas condutas aos termos da legislação vigente, evitando-se, com isto, a propositura da demanda coletiva.

Esta discussão sobre a natureza jurídica do TAC é estéril. Entender que a disponibilidade quanto a prazo e forma de cumprimento da obrigação representa concessão, elemento essencial do instituto da transação; ou que a concessão, elementar da transação, ater-se-ia a aspectos, apenas, de direito material (e não de forma), de modo que haveria reconhecimento jurídico; é irrelevante. O que importa é saber que o celebrante do TAC não pode fazer concessões relacionadas ao direito material, já que não é o titular dele (apenas o legitimado pela lei a postulá-lo em juízo). No máximo, o celebrante pode conceder prazo e negociar a forma de cumprimento da obrigação (parcelamento).

Os prazos e condições para o cumprimento das obrigações pelo ajustado devem ser estabelecidos de acordo com o caso concreto. Devem ser levados em consideração a complexidade da obrigação, o seu custo, a urgência no seu atendimento e, por que não, a capacidade financeira do ajustado.

É plenamente possível a celebração de compromisso parcial de ajustamento de conduta (*compromisso preliminar*). Isto ocorre toda vez que houver composição apenas: a) quanto a parte dos investigados, que aceita ajustar suas condutas às exigências legais; e b) quanto a parcela dos eventos apurados. Havendo *compromisso preliminar*, possível que se prossiga nas investigações quanto às demais pessoas e fatos apurados e, sendo necessário, que se ajuíze ação civil pública para obtenção do ajuste, apenas, daquilo que não foi objeto do compromisso parcial.

A celebração do compromisso não significa qualquer admissão de culpa pelo ajustado, principalmente no âmbito penal (art. 935 do CC). Pelo contrário, à luz das modernas tendências de direito penal (princípio da intervenção mínima do Estado em matéria penal), o compromisso assumido pelo investigado, aliado à reparação do dano, torna até dispensável eventual persecução penal pela prática equivalente, por falta de justa causa.

Este raciocínio – que nos parece válido para praticamente todos os bens e direitos tutelados pela ACP (art. 1º da Lei n. 7.347/85) – tem especial relevo no direito ambiental, no qual, muito mais do que a persecução penal, deseja-se a reparação integral do meio ambiente. Não há, assim, como se negar que a celebração de compromisso pelo agente, aliado ao cumprimento das obrigações nele contempladas, permite um tratamento diferenciado dele no âmbito penal.

De acordo com o art. 5º, § 6º, da Lei de Ação Civil Pública, somente os órgãos públicos legitimados (MP, Defensoria Pública, Administração Direta, autarquias e fundações de direito público) podem tomar dos interessados, aqui entendidos como responsáveis, o Compromisso de Ajustamento de Conduta (o que leva à conclusão de que não necessariamente ele será celebrado no âmbito de um inquérito civil, instrumento privativo do MP). Conseqüentemente, associações e pessoas jurídicas de direito privado (empresas públicas e sociedades de economia mista), embora também legitimadas para a propositura de ACP, não podem celebrar CAC.

Mas sempre é bom destacar que o CAC é *instrumento de garantia mínima* dos direitos e interesses metaindividuais. Não há impedimento, por isto, para que, celebrado o CAC por um dos legitimados, os outros legitimados, entendendo que as medidas previstas na composição são insuficientes (*compromisso lacunoso*), possam celebrar outro compromisso de ajustamento de conduta (*compromisso complementar*), ou mesmo ajuizar a ação coletiva para reparação integral do dano. Nesta última situação – que pode ser assumida, inclusive, por quem não tenha legitimidade para celebrar o compromisso (associações, empresas públicas e sociedades de economia mista) –, competirá à autoridade judicial aferir o cabimento da ação coletiva à luz do interesse de agir – necessidade do proponente.

Nada impede, também, que qualquer interessado (inclusive os legitimados para a propositura da ação civil pública), descontente com a celebração de compromisso por outro órgão, ajuíze ação

anulatória do compromisso. Os réus desta ação serão, necessariamente, os celebrantes da avença (litisconsórcio necessário e unitário), salvo se um deles for o autor. Nos casos em que o CAC for celebrado pelo MP, o Ministério Público celebrante – devidamente representado pelo Procurador-Geral – figurará como réu (e não pela Fazenda a que pertence). Tem-se, aqui, uma situação excepcional de capacidade formal do Ministério Público para figurar como parte demandada. A ação anulatória de CAC sempre é ajuizada em 1º grau de jurisdição, e seu julgamento se dá à luz das causas de anulação dos negócios jurídicos em geral (arts. 166 e ss. do CC).

Nos casos de compromisso celebrado pelo Ministério Público no âmbito de inquéritos civis (ou procedimentos preparatórios) instaurados, é indispensável, para a sua validade, prévia homologação, pelo Conselho Superior do Ministério Público (MPE) ou pela Câmara de Coordenação e Revisão (MPF), do arquivamento do inquérito civil. Pois, se este ato é essencial para que se deem por encerradas as investigações a respeito do evento, e se as investigações serão encerradas exatamente porque o investigado se compromete a adequar suas condutas às exigências legais, conseqüentemente o órgão superior do Ministério Público terá que apreciar a conveniência e os termos da avença celebrada pelo promotor/procurador para autorizar o arquivamento do inquérito civil.

Só depende da ratificação do órgão superior do MP, entretanto, o CAC celebrado no âmbito do inquérito civil. Se eventualmente o promotor/procurador propuser a ação civil pública e, em seu bojo, houver a autocomposição (reconhecimento jurídico do pedido ou transação), não há necessidade de ratificação da avença pelo órgão superior do MP. Nestes casos, a aferição da legalidade e da oportunidade do acordo, à luz da indisponibilidade do interesse público, é toda do Poder Judiciário.

A fiscalização sobre o cumprimento das obrigações constantes do compromisso é do órgão celebrante. Mas nada impede que qualquer

dos legitimados para celebrá-lo possa, subsidiariamente, colaborar nesta fiscalização, especialmente o Ministério Público.

Não há, entretanto, ascendência alguma do Ministério Público sobre os demais legitimados à celebração do compromisso, de modo que o MP não precisa concordar, aprovar, autorizar ou sequer se simpatizar com a celebração do CAC por outro legitimado. O reconhecimento da competência concorrente e disjuntiva para a celebração acarreta esta independência absoluta entre os entes legitimados, sempre ressalvada a possibilidade já referida de responsabilização do ente celebrante pela má avença, bem como do ajuizamento de ação civil pública para obtenção daquilo não contemplado adequadamente pelo compromisso.

Interessante notar que, por isto, parecer haver um maior controle sobre o CAC celebrado pelo MP em relação ao celebrado pelos demais legitimados. Basta rememorar que o CAC celebrado pelo MP no âmbito do inquérito civil (que é a regra) fica sujeito à aprovação do órgão superior, sob pena de ineficácia.

Diante desta legitimidade concorrente para a celebração do CAC, pode acontecer de ser celebrado mais de um compromisso a respeito do mesmo fato. Surge, então, discussão sobre qual seria o compromisso a ser cumprido pelo ajustante. Em nosso sentir, sempre será o mais benéfico à coletividade. E isto à luz do art. 6º, § 1º, do Decreto n. 2.181/97, que se aplica a todos os CACs (e não só aos relativos a consumidor), por conta do microssistema processual coletivo (item 9 do Capítulo 7 do v. 34).

Referido Decreto n. 2.181/97 dispõe sobre a organização do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC), estabelecendo as normas gerais de aplicação das sanções administrativas previstas no CDC. De acordo com o art. 6º, § 1º, de referida norma, “A celebração de termo de ajustamento de conduta não impede que outro, desde que mais vantajoso para o consumidor, seja lavrado por quaisquer das pessoas jurídicas de direito público integrantes do SNDC”.

Uma vez celebrado, o CAC passa a ter eficácia de título executivo extrajudicial, de modo que o seu inadimplemento possibilita a imediata propositura da liquidação/execução coletiva, sujeita a embargos à execução com as matérias elencadas no art. 745 do CPC.

Como regra, o CAC é celebrado no âmbito das obrigações de fazer e não fazer, em que o ajustado aceita adequar sua conduta às exigências legais, sob pena de multa. Não nos parece, entretanto, que não seja possível, também, a celebração de CAC em outros tipos de obrigação, vez que não há disposição legal alguma que a vede.

O caso adiante do servidor público que recebeu, sem dolo, vantagens indevidas, e que se compromete a devolver aos cofres públicos tais valores de modo parcelado, é um bom exemplo de CAC celebrado no âmbito das obrigações de quantia.

Entendemos, à luz do art. 5º, § 6º, da Lei n. 7.347/85, que é requisito essencial do compromisso a fixação de cominações para o caso de descumprimento da avença. Esta cominação, em regra, é a multa coercitiva (*astreinte*), mas nada impede que, sem prejuízo dela, também seja fixada multa indenizatória para reparar os danos sofridos pelo não cumprimento da obrigação.

Pode acontecer que, após a celebração do compromisso, surja algum evento novo que justifique, de parte a parte, uma revisão da avença anterior, para adequá-la às novas condições econômicas, sociais ou fáticas.

Basta pensar em um compromisso celebrado em matéria ambiental, no qual a precipitação pluviométrica impeça o replantio nas datas aprazadas com o MP; ou mesmo em um compromisso na área do consumidor, em que a ajustada, em virtude de mudança na política cambial do país, não seja capaz de cumprir a obrigação no número de parcelas avençadas.

Para estes casos, entendemos que se aplica o disposto no art. 53, § 8º, da Lei n. 8.884/94 – que trata do processo administrativo no Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE): “As

condições do termo de compromisso poderão ser alteradas pelo CADE se comprovar sua excessiva onerosidade para o representado, desde que a alteração não acarrete prejuízo para terceiros ou para a coletividade”.

5.1 Compromisso de ajustamento de conduta e improbidade administrativa

Tratando-se de conduta ilegal que, em tese, configure ato de improbidade administrativa (arts. 9º, 10 e 11 da Lei n. 8.429/92), tem prevalecido o entendimento de que não é cabível CAC. A prática do ato implica não só no dever de reparar o dano, mas também em inúmeras outras sanções de natureza administrativa e civil (art. 12 da Lei n. 8.429/92) que não podem ser objeto de tergiversação pelo celebrante.

Há, ademais, disposição legal expressa no sentido de não ser cabível qualquer tipo de transação ou acordo na ação prevista na Lei n. 8.429/92 (art. 17, § 1º, da LIA), de modo que, se qualquer legitimado celebrar TAC em sede de improbidade – ou mesmo se o Judiciário, com a ação já ajuizada, referendar (homologar) tal celebração –, praticarão improbidade administrativa, nos termos do art. 11, I, da Lei n. 8.429/92.

Somente será possível, então, a celebração de CAC, se o ato praticado pelos agentes públicos em geral não implicar, concomitantemente, na prática de improbidade administrativa.

É o que ocorre, por exemplo, quando servidor público recebe rendimentos a maior e, após a constatação do vício em sede de inquérito civil, aceita devolver aos cofres públicos o valor acrescido, de forma não dolosa, ao seu patrimônio pessoal. Neste caso, possível a celebração do CAC.

Há quem sustente, em doutrina, a possibilidade de compromisso de ajustamento, em sede de improbidade, se a única pretensão do autor da ação for a reparação do dano ou a reversão dos bens indevidamente

acrescidos ao patrimônio particular do acionado, o que, convenhamos, é bastante raro.

Respeitada a preocupação legislativa e doutrinária com a vedação a compromissos de ajustamento de conduta em sede de improbidade administrativa, o fato é que seria bastante razoável que se concedessem poderes, ao menos ao MP, para que pudesse, mediante a renúncia a algumas das sanções do art. 12 da Lei n. 8.429/92, aceitar o compromisso de alguns investigados, desde que, por óbvio, estes colaborassem com as investigações, revelando dados suficientes sobre a participação de terceiros e a localização de verbas ou patrimônio subtraído da coletividade (delação premiada). Trata-se, entretanto, de posição que só pode ser firmada *de lege ferenda*, vez que, diante da clareza do art. 17, § 1º, da LIA, impossível se faz a admissão do compromisso de ajustamento de conduta em relação a atos de improbidade administrativa.

5.2 Programa extrajudicial de prevenção ou reparação de danos

Proposta absolutamente interessante e que – mesmo à míngua de previsão legal – parece-nos ser de possível implementação no Brasil é a adoção do modelo extrajudicial de prevenção ou reparação dos danos, que seria uma espécie de termo de ajustamento de conduta, mas aprovado judicialmente.

Por ele, o demandado, a qualquer tempo – inclusive antes do ajuizamento da ação civil pública, no curso do inquérito civil ou da ação civil pública, ou mesmo na fase de cumprimento de sentença –, poderia apresentar em juízo proposta de prevenção ou reparação de danos a interesses ou direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos, a qual seria executada extrajudicialmente.

Este modelo funcionaria, mais ou menos, como ocorre hoje no processo de recuperação judicial (art. 47 e ss. da Lei n. 11.101/2005), com o Judiciário tendo o papel de aprovar o plano e acompanhar, ainda que a distância, a sua execução.

Além da vantagem de solucionar o conflito e atender aos interesses da coletividade, o mais interessante do programa é a garantia de que a pretensão coletiva será satisfeita, tornando desnecessárias, portanto, medidas executivas em um primeiro momento. Elas só seriam necessárias caso o plano aprovado fosse descumprido.

Interessante notar que, como a proposta é apresentada para homologação judicial, é desnecessária qualquer atuação do Conselho Superior do Ministério Público ou da Câmara de Coordenação e Revisão na aprovação, como ocorre no arquivamento do inquérito civil pela celebração do TAC. Aqui havendo apreciação judicial da proposta, não há espaço para a intervenção de órgãos de cunho eminentemente administrativo.

Obviamente, em caso de acordo mal celebrado ou mal homologado, os responsáveis poderão vir a responder pela ocorrência no âmbito administrativo e, excepcionalmente, criminal, sem prejuízo do ajuizamento de outra ação civil pública para atendimento integral da pretensão coletiva.

O PL 5.139/2009 (Nova Lei de Ação Civil Pública) tem um capítulo inteiro só para tratar deste mecanismo alternativo de solução dos conflitos coletivos.

Art. 57. O demandado, a qualquer tempo, poderá apresentar em juízo proposta de prevenção ou reparação de danos a interesses ou direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos, consistente em programa extrajudicial. § 1º O programa poderá ser proposto no curso de ação coletiva ou ainda que não haja processo em andamento, como forma de resolução consensual de controvérsias. § 2º O programa objetivará a prestação pecuniária ou a obrigação de fazer, mediante o estabelecimento de procedimentos a serem utilizados no atendimento e satisfação dos interesses e direitos referidos no *caput*. § 3º Em se tratando de interesses ou direitos individuais homogêneos, o programa estabelecerá sistema de identificação de seus titulares e, na medida do possível, deverá envolver o maior número de partes interessadas e afetadas pela demanda. § 4º O procedimento poderá compreender as diversas

modalidades de métodos alternativos de resolução de conflitos, para possibilitar a satisfação dos interesses e direitos referidos no *caput*, garantidos a neutralidade da condução ou supervisão e o sigilo.

Art. 58. A proposta poderá ser apresentada unilateralmente ou em conjunto com o legitimado ativo, no caso de processo em curso, ou com qualquer legitimado à ação coletiva, no caso de inexistir processo em andamento.

Art. 59. Apresentado o programa, as partes terão o prazo de cento e vinte dias para a negociação, prorrogável por igual período, se houver consentimento de ambas.

Art. 60. O acordo que estabelecer o programa deverá necessariamente ser submetido à homologação judicial, após prévia manifestação do Ministério Público.

Art. 61. A liquidação e execução do programa homologado judicialmente contarão com a supervisão do juiz, que poderá designar auxiliares técnicos, peritos ou observadores para assisti-lo.

6. Outras questões processuais

6.1 Procedimento

Tem se entendido que o rito da ação civil pública, à míngua de previsão específica na Lei n. 7.347/85, será o comum ordinário, observadas a possibilidade de flexibilização procedimental já referida (item 6.2 do Capítulo 7, v. 34) e pequenas alterações constantes da Lei de Ação Civil Pública.

Os requisitos da inicial são aqueles indicados no art. 282 do Código de Processo Civil. Para instruí-la, o interessado poderá requerer às autoridades competentes as certidões e informações que julgar necessárias, a serem fornecidas no prazo de 15 (quinze) dias (art. 8º, *caput*, da Lei n. 7.347/85 e art. 22 do ECA), as quais só poderão ser

utilizadas para fins de instrução da ação civil (art. 3º, § 2º, *in fine*, da Lei n. 7.853/89).

Em se tratando de hipótese em que a lei impuser sigilo, sendo negada a certidão ou informação, proposta a ação desacompanhada daqueles documentos, cabe ao juiz requisitá-los (art. 8º, § 2º, da Lei n. 7.347/85).

O Ministério Público instruirá a inicial com eventual inquérito civil ou procedimento análogo por ele instaurado e instruído. Nada impede, contudo, que, arquivado o inquérito civil pelo Ministério Público, outro legitimado, com cópia dele, proponha a ação civil pública.

No tocante ao valor da causa, na omissão da Lei n. 7.347/85 e do microssistema, segue-se o CPC subsidiariamente (art. 19 da Lei n. 7.347/85), incidindo, pois, os arts. 258 e ss. do CPC.

O mesmo seja dito quanto à citação. Não havendo disposições específicas sobre o tema, aplica-se o CPC. Assim, a citação poderá ser pessoal, por carta ou por edital, dependendo da situação do réu, nos termos dos arts. 212 e ss. do CPC.

O prazo para a contestação é de 15 dias, aplicando-se a quadruplicação e a dobra dos arts. 188 e 191 do CPC.

Conforme já anotamos no item 6.2 do Capítulo 7 do v. 34, no processo coletivo, em virtude do interesse público primário em jogo, parte da doutrina admite que, em caráter excepcional, e observadas certas condições, possam as regras de forma ser moldadas judicialmente, isto quando sua utilização torne estéril ou dissipe os fins do processo coletivo. Por exemplo, parece-nos não haver impedimento para que o juiz, observando a disparidade de armas entre as partes do processo coletivo, possa intervir nos prazos, ampliando-os para potencializar o princípio constitucional do contraditório. É o típico caso da ação civil pública ajuizada pelo MP, que durante anos investiga os fatos por meio de inquérito civil, e, após amealhar milhares de documentos, ajuíza a ação, para que o réu, citado, conteste-a em 15 dias. Quer nos parecer ser possível ao juiz – ainda que à míngua de previsão legal específica – conceder o prazo de 60 ou 90 dias para que o requerido conteste a ação

coletiva diante da complexidade das acusações que lhe são dirigidas.

É possível arguição, por meio de exceção, do impedimento (art. 134 do Código de Processo Civil) e da suspeição (art. 135 do Código de Processo Civil), conforme dispõe o art. 304 da mesma legislação, no prazo de 15 dias, contado do fato que ocasionou o impedimento ou a suspeição (art. 305).

Considerando-se que apenas a incompetência relativa pode ser arguida por meio de exceção (art. 112 do Código de Processo Civil) e que a competência, no caso das ações civis públicas, é absoluta (item 5.1 do Capítulo 11, v. 34), incabível a exceção de incompetência, devendo a parte arguir a incompetência absoluta como preliminar de contestação (art. 301, II, do CPC).

6.2 Limites à concessão de liminares em ACP

O art. 1º da Lei n. 8.437/92 estabelece que não será cabível medida liminar contra atos do Poder Público em qualquer tipo de processo, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança.

E o art. 7º, § 2º, da Lei n. 12.016/2009 (Lei do MS), é claro no sentido de que “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”.

A partir do padrão de julgamento estabelecido na ADC 04 (STF), a jurisprudência tem se inclinado para considerar constitucional tal vedação, podendo, contudo, o magistrado, em casos bastante específicos e mediante fundamentação idônea, afastar o impeditivo legal e conceder a liminar. O STF, inclusive, considerou que a vedação constante da referida disposição, mesmo após o julgamento da ADC 04, não se aplica às decisões liminares

antecipatórias de tutela em causas de natureza previdenciária (Súmula 729 do STF).

Além desta limitação de ordem material, há uma limitação de ordem processual.

O art. 2º, da Lei n. 8.437/92, impede que, na ação civil pública, sejam concedidas liminares (cautelares ou antecipatórias) sem prévia oitiva, no prazo de 72 horas, do órgão de representação judicial da pessoa jurídica de direito público demandada (administração direta, autarquia e fundações), isto é, da procuradoria.

A jurisprudência do STJ, de modo geral, vem se pronunciando no sentido de que tal regra é compatível com a Constituição Federal e de observância obrigatória nas hipóteses de concessão de liminar contra o Poder Público, sob pena de nulidade da decisão concessiva da liminar (Resp 667.939/SC, 2ª T., Rel. Min. Eliana Calmon, j. 20-3-2007, *DJ* 13-8-2007, p. 355; Resp 220.082/GO, 2ª T., Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 17-5-2005, *DJ* 20-6-2005, p. 182; Resp 88.583/SP, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, *DJ* 18-11-1996, p. 44.847; AgRg no AgRg no Resp 303.206/RS, 1ª T., Rel. Min. Francisco Falcão, j. 28-8-2001, *DJ* 18-2-2002, p. 256).

Não obstante, o próprio STJ mitiga tal obrigação em hipóteses excepcionais, tal como nos casos em que a demora no cumprimento da obrigação legal de prévia oitiva da pessoa jurídica de direito público – o que acontece invariavelmente quando o ato depende de carta precatória – possa comprometer a própria eficácia do provimento, especialmente nos casos de risco de vida à pessoa humana ou de perturbação da ordem pública (Resp 860.840/MG, 1ª T., Rel. Min. Denise Arruda, j. 20-3-2007, *DJ* 23-4-2007, p. 237; e Resp 746.255/MG, 2ª T., Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 2-2-2006, *DJ* 20-3-2006, p. 254). Certamente, ao admitir a inflexibilidade da norma, estaríamos muito próximos da violação do art. 5º, XXV, da CF.

Deve se considerar que só será essencial a prévia oitiva do Poder Público quando houver possibilidade de concessão da liminar. Do contrário, a liminar pode ser indeferida independentemente de prévia

oitiva do representante judicial do órgão estatal (no caso, as procuradorias).

Pensamos que, mesmo nos casos em que não é observada a disposição, é mister que o Poder Público comprove a ocorrência de prejuízo pela sua não oitiva para que seja decretada a nulidade da decisão liminar.

6.3 Particularidades em sede de direito probatório

Não há previsão legal específica sobre o tema na LACP, tampouco nas demais leis que integram o microsistema processual coletivo (item 9 do Capítulo 7, v. 34), de modo que se aplicam, subsidiariamente, as regras do CPC a respeito do tema (art. 19 da Lei n. 7.347/85).

Mas há algumas particularidades advindas do regime especial da LACP e do direito material em debate que trazem reflexos no âmbito probatório.

Tem se admitido – por conta da aplicação integrativa do microsistema processual coletivo (art. 6º, VIII, da Lei n. 8.078/90 c.c. o art. 21 da Lei n. 7.347/85) e do princípio ambiental da precaução – a inversão do ônus da prova nas ações civis públicas ambientais, transferindo para o empreendedor da atividade potencialmente perigosa o ônus de demonstrar a segurança do empreendimento (STJ, Resp 972.902/RS, 2ª T., Rel. Min. Eliana Calmon, j. 25-8-2009).

Pessoalmente, pensamos que a possibilidade de inversão do ônus da prova – exatamente por conta do microsistema processual coletivo – não se aplica, apenas, às ações civis públicas para a tutela do meio ambiente, mas a qualquer ação civil pública, de que objeto for.

O PL 5.139/2009 (Nova Lei de Ação Civil Pública), antenado com as visões mais modernas sobre o tema, propõe a adoção do modelo de distribuição dinâmica do ônus da prova em sede de ação coletiva. Assim, competirá ao juiz distribuir a responsabilidade pela produção da prova, levando em conta os conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos detidos pelas partes ou

segundo a maior facilidade em sua demonstração. Estabelece o projeto, ainda, que o juiz poderá distribuir essa responsabilidade segundo os critérios previamente ajustados pelas partes, desde que esse acordo não torne excessivamente difícil a defesa do direito de uma delas, sendo-lhe lícito, a todo momento, rever o critério de distribuição da responsabilidade da produção da prova, diante de fatos novos, observado o contraditório e a ampla defesa (art. 20).

Diante da regra de isenção geral de despesas processuais havida com o art. 18 da Lei n. 7.347/85, dificuldades extremas são apresentadas com o custeio da prova pericial, já que resta afastado o regime dos arts. 27 e 33 do CPC (a prova é custeada, como regra, por quem a requer).

A partir do julgamento, pelo STJ, do EResp 981.949/RS (1ª Seção, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 24-2-2010), pacificou-se o entendimento de que não há como exigir do autor da ação civil pública o adiantamento das custas da perícia judicial, sem declarar a inconstitucionalidade do art. 18 da Lei n. 7.347/85. Mas, por outro lado, não se pode também compelir o réu a arcar com o adiantamento desses valores para a produção de prova contra si mesmo, por ausência de previsão legal.

O custeio da prova pericial na ação civil pública, assim, ou é deixado para pagamento ao final pelo requerido vencido, ou – não sendo possível a realização do ato pela inexistência de peritos dispostos a receber ao final – será suportado pela União ou pelo Estado (conforme o processo tenha curso na Justiça Federal ou Estadual), o qual, inclusive, poderá realizar o ato por meio de universidades públicas e de outros órgãos científicos existentes em sua estrutura.

No mesmo sentido, o art. 21 do PL 5.139/2009 (Nova Lei de Ação Civil Pública) dispõe que, em sendo necessária a realização de prova pericial requerida pelo legitimado ou determinada de ofício, o juiz nomeará perito. Não havendo servidor do Poder Judiciário apto a desempenhar a função pericial, competirá a este Poder remunerar o trabalho do perito, após a devida requisição judicial.

6.4 Sucumbência

O art. 18 da Lei n. 7.347/85 é claro no sentido de 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”. E o art. 17 da mesma lei diz: “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 partir destes dispositivos e de vários outros análogos existentes no microsistema (art. 219 do ECA, art. 87 do CDC e art. 88 do Estatuto do Idoso), podem ser tiradas as seguintes conclusões.

No caso de improcedência da ação civil pública – tirantes as hipóteses de má-fé do proponente –, não haverá condenação do autor ao pagamento de custas e honorários advocatícios. Há entendimento tanto no sentido de que esta regra vale para todos os legitimados ativos como também que a isenção de custas e honorários só ocorreria para as associações, Defensoria Pública e MP, estando a administração direta e indireta sujeita à sucumbência, independentemente de má-fé, em caso de falta de êxito na propositura.

Preferimos a posição que isenta todos os autores coletivos da sucumbência, ressalvada a má-fé. A incidência da sucumbência nas ações propostas pela administração direta e indireta vai de encontro à ideia de facilitar a propositura das ações coletivas, fazendo com que estes legitimados prefiram não agir ou fazê-lo por meio do MP, exatamente para evitar os riscos do perdimento da demanda. Ademais, se formos rigorosos, apenas a associação seria isenta de sucumbência, já que o art. 18 só se refere a elas. Qual a razão do tratamento diferenciado do MP e da Defensoria em relação à administração direta e indireta?

Havendo má-fé na propositura da ACP, a condenação na sucumbência recairá sobre a entidade autora (associação e

administração direta e indireta) ou sobre a Fazenda a que pertença o proponente, conforme se tratar de órgão da União, do Estado ou do DF (MP e Defensoria), sempre com possibilidade de regresso contra o funcionário público causador do dano (Promotor de Justiça ou defensor público).

Já no caso de procedência da ação civil pública, se o autor for qualquer legitimado diverso do MP, incide a plenos pulmões o art. 20 do CPC, devendo, pois, os vencidos responder pelas custas e honorários advocatícios. O produto dos honorários arbitrados em favor da Defensoria Pública nas ACPs por ela ajuizadas representa receita do órgão do Poder Executivo a que pertence (União, Estado, DF), devendo ser vertida, como regra, para estruturação física e para a escola dos defensores. O produto da honorária arbitrada em favor dos demais legitimados (associações e administração direta e indireta) será destinado aos advogados da autora (ou a fundo de honorários existente em boa parte das carreiras da advocacia pública).

Caso, entretanto, a ação civil pública acolhida tenha sido ajuizada pelo MP, há entendimento – com o qual estamos de pleno acordo – no sentido de que o vencido não suportará o pagamento dos honorários advocatícios (STJ, Resp 493.823/DF, 2ª T., Rel. Min. Eliana Calmon, j. 4-12-2003). Afinal, o representante do MP recebe subsídios, não havendo sentido para que haja fixação de sucumbência em seu favor ou da instituição a que vinculado.

6.5 *Apelação e reexame necessário*

O art. 14 da Lei n. 7.347/85 (art. 85 da Lei n. 10.741/2003) altera o regime padrão do CPC – que estabelece a regra do duplo efeito da apelação (art. 520 do CPC) – para expressamente transferir a tarefa de conceder ou não o efeito suspensivo ao recurso ao juiz da causa.

Assim, na ação civil pública não incide, de modo automático, a suspensão da eficácia dos efeitos da decisão, pelo fato de ela estar sujeita a recurso de apelação. Automático é, apenas, o efeito devolutivo.

O prazo de apelação é o previsto no art. 508 do CPC (15 dias) – incidente a dobra dos arts. 188 e 191 do CCP –, inclusive nas ações

civis públicas relativas a direitos da infância e da adolescência, já que os prazos fixados no art. 198 do ECA somente são aplicados aos procedimentos especiais regulados nos arts. 152 a 197 do Estatuto da Criança e do Adolescente, e não à ACP (STJ, Resp 784.285/RS, Rel. Min. Denise Arruda, *DJ* 4-12-2006; Resp 633.030/SC, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, *DJ* 12-9-2006).

Seguindo a regra geral, têm legitimidade para recorrer contra a sentença proferida na ação civil pública as partes do processo. Caso haja sucumbimento do polo ativo, também pode recorrer qualquer outro colegitimado, incluindo o MP, caso não seja o autor da ação (art. 19, § 2º, da Lei n. 4.717/65, integrativamente).

Quanto ao reexame necessário, diante da existência de normas específicas no microssistema a respeito do tema (art. 4º, § 1º, da Lei n. 7.853/89 e art. 19 da Lei de Ação Popular), tem prevalecido – corretamente – o entendimento de que as sentenças que reconheçam a carência da ação (art. 267, VI, do CPC) ou que julguem improcedente a ação civil pública (em 1ª instância) não têm eficácia enquanto não forem confirmadas pelo Tribunal (STJ, Resp 1108542/SP, Rel. Min. Castro Meira, j. 19-5-2009).

Resta, portanto, afastado o regime do reexame necessário, em favor da Fazenda Pública, do art. 475 do CPC. Aqui, na ação civil pública, o reexame necessário existe em favor da coletividade (reexame necessário invertido).

6.6 Possibilidade de declaração de inconstitucionalidade no âmbito da ação civil pública

Alguns autores, em passado não muito distante, sustentavam que não seria possível o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos por meio da ACP. Ponderavam que, diante da eficácia *erga omnes* de tal declaração (art. 16 da Lei n. 7.347/85 c.c. art. 103, I, do CDC), o efeito prático da decisão que reconhecesse a inconstitucionalidade nesta sede seria equivalente ao das ações de controle concentrado de constitucionalidade (ADI, ADC e ADPF), de

modo que ocorreria não só burla da sistemática de legitimação ativa do art. 103 da CF, como, também, usurpação da competência originária do STF em relação ao tema (art. 102, I, *a*, da CF), já que a ACP, como regra, processa-se em 1º grau.

Após muita discussão, chegou-se ao consenso – inclusive no âmbito do próprio STF – de que é plenamente possível a declaração incidental de inconstitucionalidade, na ação civil pública, de quaisquer leis ou atos normativos, desde que a controvérsia constitucional não figure como pedido, mas, sim, como causa de pedir, fundamento ou simples questão prejudicial, indispensável à resolução do litígio principal, em torno da tutela do interesse público (STJ, Resp 437.277/SP, 2ª T., Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 13-12-2004).

Exemplificativamente, seria possível pedir, em sede de ACP, o reconhecimento da inconstitucionalidade de uma lei federal que limitasse a entrega de determinado medicamento, pelo SUS, a portadores de meningite. Mas a declaração de inconstitucionalidade se daria, apenas, para garantir aos doentes o recebimento incondicionado do medicamento (não para declarar com eficácia *erga omnes* a inconstitucionalidade da lei).

6.7 Ajuizamento de ação civil pública em favor de uma única pessoa

Esta discussão – em nosso sentir – é fruto da falta de um critério seguro para definir o que representa o termo “ação civil pública”.

Como vimos ([item 1.1](#) deste capítulo, *supra*), em uma acepção bem ampla, a expressão “ação civil pública” seria qualquer ação não penal ajuizada pelo MP (ações coletivas, ação rescisória, ação de anulação de casamento, ação civil *ex delicto* etc.). Já em uma acepção mais restrita – muito mais de nosso agrado –, a ação civil pública seria qualquer ação não penal ajuizada pelo MP ou afim, *exclusivamente para a tutela dos interesses supraindividuais*.

Não que isto seja importante, pois, afinal, ações não têm nome, apenas se admitindo estas designações (à luz do pedido) por conta da tradição romanística. Mas isto explica o mau uso da expressão “ação

civil pública” para designar ações para a defesa de direitos e interesses estritamente individuais (como a que objetiva garantir acesso a creche ou o recebimento de medicamentos a, apenas, uma única criança).

Ora, o Ministério Público é legitimado, à luz do art. 127 da CF, para a tutela dos interesses sociais e individuais indisponíveis, seja por meio de que instrumento for (mandado de segurança, ação de cobrança, ação de obrigação de fazer e não fazer, monitória etc.). A simples referência no art. 129, III, da CF, de que está entre as funções institucionais do MP a promoção da ação civil pública não significa que tudo que o MP toque, como Midas, seja uma ação civil pública.

Apesar desta má interpretação do fenômeno, a jurisprudência dominante é no sentido da possibilidade de o MP propor ação civil pública (*rectius*: ação de obrigação de fazer, mandado de segurança etc.) em favor de apenas uma só pessoa, à luz do art. 127 da CF, especialmente para medidas em favor de crianças e adolescentes (art. 201 e incisos do ECA) e de idosos (art. 74 da Lei n. 10.741/2003) (STJ, EResp 734.493/RS, 1ª Seção, *DJ* 16-10-2006; Resp 826.641/RS, 1ª T., de nossa relatoria, *DJ* 30-6-2006; Resp 716.512/RS, 1ª T., Rel. Min. Luiz Fux, *DJ* 14-11-2005; EDcl no Resp 662.033/RS, 1ª T., Rel. Min. José Delgado, *DJ* 13-6-2005; Resp 856.194/RS, 2ª T., Min. Humberto Martins, *DJ* 22-9-2006; Resp 688.052/RS, 2ª T., Min. Humberto Martins, *DJ* 17-8-2006).

Eventual legitimidade concorrente da Defensoria Pública para a mesma tarefa (art. 134 da CF) não é óbice para o exercício desta mesma função pelo MP.

Capítulo 2

◆ Ação Popular

1. Generalidades

1.1 Breve notícia histórica

A ação popular tem sua origem mais remota no Direito romano. Conquanto ali predominasse o espírito marcadamente individualista, o certo é que também havia por lá pequena vertente de defesa da *res publica*. Conviviam, então, em um regime jurídico incipiente, o de direito público (ao qual vinculados os bens e direitos protegidos pela ação popular) e o de direito privado (regedor das relações romanas por excelência).

Embora presente nas Ordenações do Reino, no direito propriamente brasileiro a ação popular apareceu mesmo na Constituição Imperial de 1824. O art. 157 do referido diploma estabelecia o cabimento da ação popular contra todos os juízes de direito e oficiais de justiça, por suborno, peita, peculato e concussão. Estabelecia, ainda, que a medida deveria ser intentada dentro de ano e dia pelo próprio queixoso ou por qualquer do povo, guardada a ordem do processo estabelecida na lei.

A Constituição de 1891 não previa especificamente a ação popular. Mas à época admitia-se seu cabimento em virtude das ainda vigentes Ordenações Manuelinas.

Isto até 1916, quando, à luz do art. 76 do CC/1916 (para propor, ou contestar uma ação, é necessário ter legítimo interesse econômico, ou moral), passou-se a entender que não era mais cabível ação popular no país.

Reapareceu na Constituição de 1934 (art. 113, XXXVIII); foi suprimida pela Carta ditatorial de 1937; e tornou ao direito brasileiro na Constituição de 1946 (art. 141, § 38).

Neste período, a ação popular foi regulamentada pela Lei n. 4.717, de 29-6-1965, que até hoje está em vigor.

Manteve-se a ação popular no art. 151, § 31, da Constituição de 1967 (mesmo com a Emenda Constitucional de 1969). Neste período, houve ainda a edição da Lei n. 6.513, de 20-12-1977, que alterou o § 1º do art. 1º da Lei n. 4.717/65 para estender o alcance da ação popular para além da defesa do patrimônio público (bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico).

Com o advento da atual CF/88 (art. 5º, LXXIII), ampliou-se, um pouco mais, o objeto da ação popular, para, além do patrimônio público e cultural, proteger o meio ambiente e a moralidade administrativa: “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”.

1.2 Conceito e natureza jurídica

A ação popular é instrumento estudado por vários ramos do Direito, de modo que a sua conceituação e a sua natureza jurídica variam conforme a visão aplicada.

Para os constitucionalistas, a ação popular é vista como uma garantia, *um “writ” constitucional*, ao lado do *habeas corpus*, do *habeas data*, do mandado de segurança e do mandado de injunção.

Já os administrativistas costumam salientar que a ação popular representa verdadeiro mecanismo constitucional de controle popular da legalidade/lesividade dos atos em geral. Traduzem, ainda, que a medida é adequada para o exercício do direito subjetivo e público a um governo honesto, de modo a transparecer, na sua índole, um caráter marcadamente cívico/administrativo. A partir destas premissas, seria lícito afirmar, para eles, que a ação popular serve, de certo modo,

como mais uma forma de controle da Administração Pública pelo povo (por meio do Poder Judiciário), aproximando-se dos mecanismos de democracia direta como o referendo, o plebiscito e o projeto de lei de iniciativa popular.

Os processualistas, por sua vez, enfocam a ação popular exclusivamente à luz do instrumental existente para o seu exercício, afirmando, por consequência, tratar-se de um procedimento especial cível de legislação extravagante.

1.3 Previsão legal e sumular

A disciplina legislativa da ação popular é encontrada, diretamente, no art. 5º, LXXIII, da CF e na Lei n. 4.717/65 (com alterações pela Lei n. 6.513/77).

Há, também, leis paralelas que acabam, de certo modo, tendo reflexos no seu âmbito, por exemplo, a Lei n. 8.437/92 (que trata do pedido de suspensão da liminar ou da sentença proferida contra o Poder Público e estabelece limites à concessão de liminares contra o Poder Público).

Apesar de ser a primeira ação coletiva brasileira, a vetusta ação popular não despertou – até por conta do seu subaproveitamento pela sociedade – grande interesse jurisprudencial, a ponto de terem sido editadas, nos últimos 120 anos, apenas duas súmulas de jurisprudência a respeito do tema, ambas do STF: Súmulas 11 (“*O mandado de segurança não substitui a ação popular*”) e 365 (“*Pessoa jurídica não tem legitimidade para propor ação popular*”).

2. Objeto da ação

A ação popular tem objeto mais limitado do que a ação civil pública. Enquanto esta é capaz de tutelar qualquer direito ou interesse difuso, coletivo ou individual homogêneo, aquela só se presta à tutela de direitos e interesses tipicamente difusos (art. 81, I, do CDC).

De fato, conforme o art. 5º, LXXIII, da CF e o art. 1º e parágrafos da Lei n. 4.717/65, a ação popular serve à tutela preventiva (inibitória ou de remoção do ilícito) ou ressarcitória dos seguintes bens e direitos

difusos: a) patrimônio público; b) moralidade administrativa; c) meio ambiente; e d) patrimônio histórico-cultural.

2.1 Tutela preventiva ou repressiva

Conforme já vimos no item 2.1 do Capítulo 1 deste volume, por tutela preventiva deve se compreender aquela tendente a evitar a ocorrência do ilícito e, conseqüentemente, de danos indenizáveis. A ela se contrapõe a tutela repressiva (ressarcitória, reparatória e anulatória), cujo objetivo é reparar o ilícito e o eventual dano ocorrido em um dos bens ou direitos tutelados na demanda.

A tutela preventiva, que é, no mais das vezes, relacionada às obrigações de fazer e não fazer, e cuja execução, precipuamente, é feita mediante cominações (multa), pode ser inibitória ou de remoção do ilícito. Por tutela inibitória, entende-se a tendente a obstar (impedir) a ocorrência do ilícito. Já a tutela da remoção do ilícito objetiva afastar (retirar) o ilícito já praticado, tenha ele já desencadeado ou não danos indenizáveis.

Nada impede que se cumulem, no mesmo processo, pedidos inibitórios, de remoção do ilícito e anulatórios/ressarcitórios, na forma do art. 292 do CPC. Como também plenamente possível que estas tutelas sejam reclamadas em demandas autônomas e separadas.

Parte da doutrina entende que a ação popular não pode ter natureza preventiva. Os adeptos de tal posição firmam-se no fato de que o art. 5º, LXXIII, da CF, é claro no sentido de que a ação popular visa *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*, de modo que, em uma interpretação literal do comando constitucional, a natureza da ação sempre será repressiva (contra o ato lesivo já praticado, e não a ser praticado). Eles, inclusive, prendem-se no fato de o art. 11 da Lei n. 4.717/65 só fazer referência à natureza desconstitutiva e, eventualmente, condenatória da sentença da ação popular, estando afastado, portanto, o caráter executivo ou mandamental ínsito da tutela preventiva.

Maxima venia, esta posição é insustentável.

A ação popular faz parte de microssistema normativo, de modo que a inexistência de previsão específica da tutela preventiva no art. 5º, LXXIII, da CF, ou na Lei n. 4.717/65, é superada pela interpretação integrativa do art. 84 do CDC, expresso no sentido do manejo desta espécie de tutela.

De se considerar, ainda, que a interpretação literal do texto constitucional não é a melhor, vez que a CF, ao falar em anulação do ato lesivo ao patrimônio, moralidade, meio ambiente e patrimônio histórico-cultural, por evidente, está se referindo ao préstimo da ação popular para a defesa destes bens e direitos difusos em sentido *lato* (o que inclui a tutela preventiva).

Ademais, não faria sentido vedar o emprego da tutela preventiva para a defesa de bens e direitos sensíveis como o meio ambiente e o patrimônio histórico-cultural, os quais, sabidamente, após lesados, são impossíveis ou muito difíceis de serem reparados.

Portanto, pensa-se – embora sem negar a natureza predominantemente repressiva da medida – que a ação popular pode ser empregada na sua natureza preventiva.

Alguns autores propugnam que é possível uma conciliação entre a posição que nega e a que aceita o emprego da ação popular de modo preventivo. Para eles, a ação popular só será repressiva quando tiver por objeto anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe. Já para a defesa da moralidade administrativa, do meio ambiente e do patrimônio histórico e cultural, seria possível o manejo, também, da tutela preventiva. Não aderimos a tal posição, porque também acreditamos que é preferível o manejo preventivo da tutela do patrimônio público à repressiva. Tanto que o § 4º do art. 5º da Lei n. 4.717/65 admite a concessão da liminar para suspender o ato lesivo impugnado, o que revela traço característico da preventividade. Usando o dito popular, não faz sentido colocar-se fechadura em porta já arrombada.

2.2 Dano moral coletivo

Uma vez aceita a possibilidade de o causador do dano à coletividade ser condenado a indenizar o dano moral difuso (coletivo) – nos termos do já considerado no item 2.2 do Capítulo 1 deste volume –, crê-se que tal verba também pode ser demandada e deferida em sede de ação popular.

Tendo-se em vista o fundamento constitucional de tal reparação (art. 5º, X, da CF) e a aplicação do microsistema processual coletivo (item 9 do Capítulo 7 do v. 34), não há como se negar que o autor popular pode reclamar uma reparação pecuniária em prol da coletividade, pese a falta de referência expressa a este respeito na Lei n. 4.717/65 (justificável pelo fato de ela ter sido editada antes da CF/88).

Outrossim, não faz o mínimo sentido admitir-se a reparação do dano moral difuso no âmbito da ação civil pública e não admiti-lo na ação popular. O cidadão não tem menos direitos e interesses do que o MP, Defensoria Pública, administração e associações (art. 5º da LACP). Pelo contrário, tem mais, já que, como membro da coletividade lesada, a sua representatividade é potencializada.

Por isto adiantamos, desde já, que a lesividade a que alude o texto constitucional (art. 5º, LXXIII, da CF), tanto abrange o patrimônio material quanto o moral. Tanto é lesiva a alienação de um imóvel por preço vil quanto a destruição de um recanto ou de objetos sem valor econômico, mas de alto valor histórico, cultural, ecológico ou artístico para a coletividade local.

Fixada indenização por danos morais coletivos nas hipóteses de ofensa a direitos e interesses difusos constantes do art. 5º, LXXIII, da CF, o produto da indenização será vertido ao fundo de reparação de bens lesados, na forma do art. 13 da Lei n. 7.347/85, aqui aplicado integrativamente.

2.3 Defesa do patrimônio público

Este é o principal objeto da ação popular, inclusive em virtude de a Lei n. 4.717/65 ter sido concebida inicialmente, de modo exclusivo, para sua defesa.

O conceito de patrimônio público para fins de ação popular é *amplissimo*, abrangendo não só os bens e direitos da administração direta e indireta, mas também o patrimônio das *entidades particulares subvencionadas pelo Poder Público*.

De fato, o art. 1º, *caput*, da Lei de Ação Popular, é claro no sentido de que “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), 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”.

E o § 2º do art. 1º da Lei n. 4.717/65 esclarece: “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”.

São corriqueiras ações populares, na defesa do patrimônio público, contra doações de bens públicos feitas sem lei que as autorize; contra anistia tributária irregular (inclusive com violação de aspectos da Lei de Responsabilidade Fiscal); para reparação de despesas de viagem de esposa de parlamentar que viaja ao exterior para representação do país etc.

Prevalece o entendimento de que o interesse relacionado ao patrimônio público, para fins de defesa via ação popular, deve ser *direto*, não bastando que seja meramente reflexo (STJ, Resp 445.653/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 15-10-2009). Em outros

termos, o dano ao patrimônio público deve ser concreto e fruto do ato praticado pelo(s) demandado(s), não podendo ser suposto, presumido.

2.4 Defesa da moralidade administrativa

O art. 37, *caput*, da CF, estabelece que a Administração Pública, direta ou indireta, de qualquer dos Poderes da União, Estado, Distrito Federal e Municípios, obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Mas em que consistiria a moralidade? Como defendê-la?

A resposta a esta indagação não é fácil, pois o conceito de moralidade é variável conforme o tempo e o espaço. O que é imoral em determinado lugar não o é em outro. O imoral de ontem é moral amanhã.

Por isto, parece ser uniforme o entendimento de que a moralidade é um *conceito jurídico indeterminado*, a ser definido pelo intérprete no caso concreto e conforme as condições de tempo e de lugar.

Esta é a razão pela qual, de todos os objetos da ação popular, certamente este é o que desperta maior dificuldade de aplicação prática e, por isto mesmo, o maior número de diversidade de interpretações.

Embora seja algo muito mais fácil de sentir do que de definir, e embora o conceito também não ajude, diante de sua abstração, entende-se que a moralidade administrativa é composta por padrões éticos e de boa-fé no trato da coisa pública.

No presente momento, entende-se que viola a moralidade administrativa a realização de propaganda institucional em desrespeito do art. 37, § 1º, da CF, com a realização de autopromoção do administrador. Entende-se que viola a moralidade administrativa, também, a contratação de parentes para cargos de confiança, em afronta à Súmula Vinculante 13, do STF.

2.5 Defesa do meio ambiente

Conforme investigado no item 2.4 do Capítulo 1 deste volume, o meio ambiente pode ser quadripartido nas suas facetas natural, artificial, do trabalho e cultural.

Aqui valem as mesmas considerações lá feitas, sendo lícito se afirmar, portanto, que *a ação popular se presta à defesa de qualquer das espécies de meio ambiente.*

Os exemplos de ação popular ambiental na doutrina e jurisprudência são abundantes: a ação popular intentada contra a construção do aeroporto internacional de São Paulo, para proteger as matas de Caucaia; contra o aterro parcial da lagoa Rodrigo de Freitas, para proteger a paisagem; contra o aeroporto de Brasília, por questões estéticas; contra a demolição do Colégio Caetano de Campos, em São Paulo, para preservar seu valor histórico e artístico; contra o plano de esgotos “Sanegran”, em São Paulo, para preservar o meio ambiente e a saúde pública; contra a instalação de quiosques e toldos visando a atividades comerciais, em praça pública da estância hidromineral de Águas de Lindoia; contra a construção de prédios de apartamentos em uma praia de Itanhaém, no litoral de São Paulo.

Por isto, pode se dizer que o art. 5º, LXXIII, da CF e a Lei n. 4.717/65 são redundantes (embora isto não seja criticável). Pois, ao prever a defesa do meio ambiente pela ação popular, não seria necessário que se lançasse a proteção aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (art. 1º, § 1º, da Lei n. 4.717/65, com redação pela Lei n. 6.513/77). Afinal, a expressão “meio ambiente” do art. 5º, LXXIII, da CF, no seu aspecto cultural, já abarca os bens e direitos de valor histórico-cultural.

[2.5.1 Ação popular ambiental como uma espécie anômala de ação civil pública](#)

Alguns autores sustentam – com bastante propriedade – que a ação popular ambiental (incluindo a para a defesa do patrimônio histórico-cultural) seria, em realidade, uma ação civil pública cuja legitimação seria do cidadão.

Esta posição, embora de prematuro desenvolvimento na doutrina, agrada bastante, e explica a razão pela qual, nesta seara, seria possível

o ajuizamento da ação contra o particular, e não contra o Poder Público, como transparece do texto constitucional.

A admitir-se a natureza de ação civil pública à ação popular com este objeto, o regime jurídico a ser seguido na demanda seria, preponderantemente, o da Lei n. 7.347/85.

2.6 Rol taxativo

Diversamente da ação civil pública – em que o art. 1º, IV, da Lei n. 7.347/85, oferece norma de encerramento a criar um rol exemplificativo de bens e direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos a serem tutelados –, o objeto da ação popular é taxativo, de modo a não ser possível a tutela de outros bens e direitos difusos além dos elencados no art. 5º, LXXIII, da CF (patrimônio público, moralidade administrativa, meio ambiente e patrimônio histórico-cultural).

Assim, “a Ação Popular não é servil à defesa dos consumidores, porquanto instrumento flagrantemente inadequado mercê de evidente *ilegitimatio ad causam* (art. 1º, da Lei 4717/65 c/c art. 5º, LXXIII, da Constituição Federal) do autor popular, o qual não pode atuar em prol da coletividade nessas hipóteses”. Isto porque a ação popular “não é servil ao amparo de direitos individuais próprios, como soem ser os direitos dos consumidores, que, consoante cediço, dispõem de meio processual adequado à sua defesa, mediante a propositura de ação civil pública, com supedâneo nos arts. 81 e 82 do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90)” (STJ, Resp 818.725/SP, 1ª T., Rel. Min. Luiz Fux, j. 13-5-2008).

2.7 Concomitância de outras ações coletivas

O emprego da ação popular não impede o manejo concomitante, pelos legitimados respectivos, da ação civil pública, do mandado de segurança coletivo, e mesmo das pretensões individuais decorrentes.

Neste sentido, basta ver o que consta do próprio art. 1º, *caput*, da Lei n. 7.347/85, a ressaltar, expressamente, o cabimento da ação popular no curso da ação civil pública.

Por evidente, estas ações podem se relacionar pelos fenômenos da coisa julgada, litispendência, conexão ou continência. A respeito, remetemos o leitor ao que escrevemos no v. 34, Capítulo 11.

3. Cabimento

A ação popular é cabível: a) *contra atos*; b) que padeçam de *ilegalidade* e c) acarretem *lesividade*; aos bens e direitos anunciados no [item anterior](#).

3.1 *Contra atos*

Em regra absolutamente geral, a ação popular serve para atacar *atos administrativos* (comissivos ou omissivos, atuais ou iminentes).

Estes devem ser entendidos como toda manifestação de vontade tendente a adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir ou declarar direitos em favor da Administração Pública ou de quem, seja qual for o modo, lhe faça as vezes (administração indireta e entidades subvencionadas).

Regra geral, a ação popular não cabe contra *atos praticados por particulares*. A princípio, se o particular quiser dispor de seu patrimônio, tem todo o direito de fazê-lo, não sendo lícito à coletividade pretender proteger bens e direitos alheios.

Mas esta afirmação tem uma exceção: a ação popular ambiental (inclusive na defesa do patrimônio histórico-cultural). Como vimos no [item 2.5.1](#) deste capítulo, *supra*, tem se entendido que se trata de uma espécie anômala de ação civil pública ambiental, cujo legitimado ativo é o cidadão. Esta é a razão pela qual a ação popular ambiental é cabível contra o particular.

Portanto, devemos ter redobrado cuidado ao responder à indagação se é cabível ação popular contra o particular. Ela é cabível, mas apenas contra o particular subvencionado pelo Poder Público (art. 1º, *caput* e § 2º, da Lei n. 4.717/65), ou em matéria ambiental (incluído, aqui, o patrimônio histórico-cultural).

Não cabe ação popular, como regra, contra *atos tipicamente legislativos*. Sendo a lei comando abstrato e genérico, não se vê como o ato possa ser concretamente atacado. A excepcionar a afirmação, têm-se, apenas, as leis de efeitos concretos (v.g., lei que desapropria área de proteção ambiental; lei que cria município etc.), as quais, diante da concretude de efeitos e dispensabilidade de ato administrativo posterior para lhes dar eficácia, admitem o controle da legalidade/lesividade via ação popular.

Contra *atos tipicamente jurisdicionais* não cabe ação popular. Ainda que ilegal e lesiva aos bens e objetos tutelados pela ação popular (patrimônio público, moralidade administrativa, meio ambiente e patrimônio histórico-cultural), decisões judiciais são atacadas por recursos e ações impugnativas previamente destacadas como tal pelo sistema, não por meio da garantia constitucional da ação popular.

Já se entendeu que a ação popular é via própria para obstar acordo judicial transitado em julgado em que o cidadão entende ter havido dano ao erário (STJ, Resp 906.400/SP, 2ª T., Rel. Min. Castro Meira, j. 22-5-2007). Mas aqui, tecnicamente, o ato atacado não é a decisão judicial, mas, sim, o acordo homologado por ela (no caso, um acordo na ação judicial de desapropriação, que definiu o preço da área expropriada). Trata-se, portanto, de ação popular contra ato administrativo, cuja atividade do Estado-Juiz foi meramente homologatória. Para as decisões judiciais que enfrentam o mérito do conflito, não temos dúvida em afirmar que não cabe ação popular.

Não nos parece ser cabível ação popular, também, contra *atos estritamente políticos* (v.g., celebração de tratados, declaração de guerra etc.). Por se tratar de atos de expressão da soberania nacional, não nos parece lícito ao Poder Judiciário, seja por que via for (inclusive pela popular), controlá-los.

3.2 Ilegalidade

Não é lícito ao Judiciário ingerir-se na atividade da Administração Pública, salvo para controlar a legalidade dos atos por ela praticados.

Pois, à evidência do art. 37 da CF, a administração (e todos os seus agentes) também está sujeita ao império da lei.

Não cabe, por isto, ao Judiciário imiscuir-se no juízo de conveniência e oportunidade quando a lei autoriza o agente a agir discricionariamente. Seja nos casos de revogação, seja nos de anulação, a apreciação jurisdicional é restrita ao aspecto de legalidade.

Convém estabelecer que a expressão “ato ilegal”, fixada na norma constitucional para fins de cabimento da ação popular, é atécnica. O sistema de invalidade, no Direito – especialmente no Direito Administrativo –, é amplíssimo, de modo que seria mais correto se falar em ato viciado. Assim, todos os atos inválidos (inexistentes, nulos ou anuláveis) são passíveis de sindicabilidade pela ação popular.

O art. 2º da Lei n. 4.717/65 elenca e define quais são as hipóteses de ilegalidade dos atos em geral, assim entendidos aqueles que incorram em: a) incompetência; b) vício de forma; c) ilegalidade do objeto; d) inexistência dos motivos; e) desvio de finalidade.

Assim, qualquer ato praticado com os vícios supradefinidos será considerado ilegal, passível, como tal, de ser atacado pela ação popular.

O art. 3º da Lei de Ação Popular, por outro lado, deixa claro que o rol de ilegalidades retrorreferido é *meramente exemplificativo*. Pois tal dispositivo estabelece que os atos, cujos vícios não se compreendam nas especificações do artigo anterior, “*serão anuláveis, segundo as prescrições legais, enquanto compatíveis com a natureza deles*”.

A inobservância dos princípios constitucionais da administração pública do art. 37 da CF (moralidade, publicidade, impessoalidade e eficiência) é também ofensiva à legalidade, pese a ausência de indicação do art. 2º da Lei n. 4.717/65. O nepotismo cruzado – aquele em que agentes públicos nomeiam uns os parentes dos outros para cargos em comissão – é bom exemplo de prática ilegal (violadora da moralidade administrativa), embora fora do rol do art. 2º da Lei n. 4.717/65.

Os atos praticados por particulares relativos ao meio ambiente (incluindo o patrimônio histórico-cultural) também são controláveis do ponto de vista da legalidade. Embora não enquadráveis no padrão do art. 2º da Lei n. 4.717/65 – que são, como cediço, os elementos ou requisitos do ato administrativo –, para que caiba ação popular ambiental, é necessário que o ato praticado pelo particular viole a lei.

3.3 Lesividade

A jurisprudência majoritária ainda é no sentido de que, para a procedência da pretensão popular, é necessária a presença concomitante dos requisitos vício do ato (ilegalidade) e lesividade, este último, preferencialmente, de caráter material. Fala-se, a partir disto, da necessidade da presença do binômio ilegalidade/lesividade.

Tal pensar, entretanto, é objeto de severas críticas da doutrina (especialmente no campo da defesa da moralidade administrativa). Se está o administrador jungido a princípios obrigatórios (legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência – art. 37, *caput*, da Constituição Federal), a simples presença de vício no ato já escancara uma lesividade, que, se não for patrimonial, é moral. Assim, em nosso sentir – ainda em posição minoritária –, seria cabível a ação popular assentada na ilegalidade como causa de pedir autônoma. Em sentido muito próximo ao que pensamos, manifestou-se o STF: “O entendimento 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 de princípios que norteiam a Administração Pública, sendo dispensável a demonstração de prejuízo material aos cofres públicos, não é ofensivo ao inciso LXXVIII 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” (RE 170.768/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, *DJ* 13-8-1999).

A lesividade do ato, contudo, deve ser lida em termos, de acordo com o caso concreto. A lesividade pode ser presumida pela lei a partir

do valor constitucionalmente protegido, com dispensa do conteúdo econômico do ato.

É o que acontece com as hipóteses mencionadas no art. 4º da Lei n. 4.717/65. A lei presume a ocorrência de prejuízo (a lei fala equivocadamente em nulidade) dos seguintes atos em desacordo com normas legais, regulamentares ou de instruções gerais (como ausência de concurso ou licitação): I) a admissão ao serviço público remunerado; II) a operação bancária ou de crédito real; III) a empreitada, tarefa ou concessão de serviço público; IV) as modificações ou vantagens, prorrogações inclusive, em favor do adjudicatário, durante a execução dos contratos de empreitada, tarefa ou concessão de serviço público; V) a compra e venda de bens móveis ou imóveis; VI) a concessão de licença de exportação ou importação; VII) a operação de redesconto; VIII) o empréstimo concedido pelo Banco Central; e IX) a emissão (de moeda corrente).

Os atos presumidos lesivos constantes do art. 4º da Lei n. 4.717/65 encerram uma presunção absoluta de lesividade (*jure et de jure*), contra a qual não cabe prova em contrário da inexistência da lesividade. Com efeito, o simples fato de contratar sem concurso público (ainda que o admitido seja pessoa de altíssimo gabarito e com alta produtividade), ou mesmo o de adquirir produtos sem licitação (ainda que de boa qualidade e com preço abaixo do mercado), já acarreta prejuízo presumido pelo legislador.

Também tem se presumido a lesividade do ato quando a ação popular objetive a defesa, isoladamente, da moralidade administrativa.

Já se entendeu, assim, que “a ação popular visa proteger, entre outros, o patrimônio público material, e, para ser proposta, há de ser demonstrado o binômio ‘ilegalidade/lesividade’. Todavia, a falta de um ou outro desses requisitos não tem o condão de levar, por si só, à improcedência da ação. Pode ocorrer de a lesividade ser presumida, em razão da ilegalidade do ato; ou que seja inexistente, tais como nas hipóteses em que apenas tenha ocorrido ferimento à moral administrativa” (STJ, Resp 479.803/SP, 2ª T., Rel. Min. João

Otávio Noronha, *DJ* 22-9-2006). Na mesma toada, indicando que a ação popular é instrumento hábil à defesa da moralidade administrativa, ainda que inexista dano material ao patrimônio público, diversos são os precedentes do STJ (AgRg no Resp 774.932/GO, *DJ* 22-3-2007 e Resp 552.691/MG, *DJ* 30-5-2005). Motivo pelo qual se pode afirmar, quanto ao STJ, que a jurisprudência da Corte “é pacífica no sentido de que é cabível a ação civil pública na defesa da moralidade administrativa, ainda que inexista dano material ao patrimônio público” (STJ, AGResp 774.932/GO, 2ª T., Rel. Min. Eliana Calmon, *DJ* 22-3-2007).

Havendo lesividade patrimonial, além da anulação em virtude do vício (inexistência, nulidade ou anulabilidade) do ato lesivo, haverá determinação para reparação ou restituição dos valores lesados.

4. Legitimidade

4.1 Legitimidade ativa

Não há dúvida alguma no sentido de que o legitimado ativo para a ação popular é o cidadão (art. 5º, LXXIII, da CF). O que causa algum debate é a definição de quem é esta figura.

O entendimento dominante – à luz do art. 1º, § 3º, da Lei n. 4.717/65 – é no sentido de vincular a cidadania ao gozo dos direitos políticos. Isto é, o cidadão, para fins de ação popular, é o indivíduo que tem capacidade de votar (direitos políticos ativos) e de ser votado (direitos políticos inativos). Há, contudo, autorizadas vozes na doutrina no sentido de que a cidadania seria exercida por qualquer pessoa residente e domiciliada no Brasil, o que dilargaria bastante a legitimidade ativa da ação popular.

A titularidade dos direitos políticos, porém, não é conferida somente ao nacional cidadão, mas ao estrangeiro naturalizado ou ao português equiparado (arts. 12 c.c. art. 14 da Constituição Federal). É possível, portanto, que estrangeiros proponham ação popular nestas condições.

O menor eleitor (art. 14, § 1º, II, *c*) pode ajuizar ação popular, desde que, obviamente, esteja alistado, algo que foi implicitamente reconhecido pelo STJ (Resp 889.766/SP, 2ª T., Rel. Min. Castro Meira, j. 4-10-2007). Não parece que seja necessário – preservadas algumas (poucas) posições em contrário – que o relativamente incapaz seja assistido pelos seus representantes legais (art. 8º do CPC), já que os direitos políticos não se exercem por interposta pessoa. Entendimento contrário levaria à absurda conclusão de que o exercício do voto dependeria da assistência do representante, o que violaria frontalmente a natureza secreta do voto (art. 14, *caput*, da CF).

Conforme a Súmula 365 do STF, pessoa jurídica – exatamente por não exercitar direitos políticos – não tem legitimidade para propor ação popular, ainda que de natureza ambiental.

Há respeitável posição doutrinária, contudo, com supedâneo na interpretação do art. 225 da CF, a indicar que a ação popular ambiental poderia ser ajuizada por qualquer pessoa (inclusive pessoa jurídica), independentemente do exercício dos direitos políticos. Sustentam, com razão, que, ao atribuir a todos o dever de defender o meio ambiente, teria o legislador constitucional estabelecido uma legitimidade universal para a tutela do meio ambiente, a ser exercida, diante da regra do art. 5º, LXXIII, da CF, pela via da ação popular.

Há alguns julgados do STJ reconhecendo a legitimidade do Ministério Público para o exercício da ação popular. Deles se extrai entendimento no sentido de que a nova ordem constitucional erigiu um autêntico concurso de ações entre os instrumentos de tutela dos interesses transindividuais e, *a fortiori*, legitimou o Ministério Público para o manejo deles, na forma do art. 129, III, da CF. Por isto, ponderam que, após a constatação da importância e dos inconvenientes da legitimação isolada do cidadão, não há mais lugar para o veto da *legitimatío ad causam* do MP para a ação popular, a ação civil pública ou o mandado de segurança coletivo, motivo pelo qual o MP pode propor toda e qualquer demanda que vise à defesa dos interesses difusos e coletivos, sob o ângulo material (perdas e danos) ou imaterial

(lesão à moralidade) (STJ, Resp 700.206/MG e Resp 637.322/RR, 1ª T., Rel. Min. Luiz Fux, j. 9-3-2010 e 24-11-2004).

Não faz o mínimo sentido, *maxima venia*, o reconhecimento da legitimidade ativa do MP para a ação popular. Primeiro, pelo quebrantamento da regra do sistema a vincular seu exercício à qualidade de cidadão, algo que o Ministério Público, como instituição, não exerce. E segundo, pela absoluta falta de sentido prático para tal reconhecimento, já que o MP titulariza, para exatamente os mesmos fins, instrumento muito mais poderoso e efetivo, que é a ação civil pública (art. 129, III, da CF).

4.1.1 Controle judicial da representação adequada

Conforme já externamos no item 10 do Capítulo 7 do v. 34, acreditamos ser possível ao magistrado controlar se o autor da ação coletiva representa, adequadamente, os interesses do grupo ou da categoria representada, pese a existência de uma presunção legal (relativa) de que os legitimados ativos eleitos tenham esta representação.

Ressalvamos, contudo, que, na inexistência de previsão legal específica a respeito dos critérios para o exercício deste controle, será ele feito à luz das finalidades institucionais (pertinência temática) do autor.

No caso específico da ação popular, portanto, não nos parece lícito ao juiz negar a capacidade de ajuizamento da ação sob o fundamento de que o cidadão não representa adequadamente os interesses do grupo de que faz parte, seja por não integrá-lo, seja porque não há capacidade econômica, intelectual ou financeira para a postulação etc.

Para nós, o único controle que há da representação em tema de ação popular é quanto ao objeto da ação. Sendo o objeto da demanda a defesa do patrimônio público, da moralidade, do meio ambiente ou do patrimônio histórico-cultural, representa o cidadão adequadamente os interesses da coletividade, vez que a CF confiou-lhe a tutela de tais bens e direitos pela via da ação popular (pertinência temática).

Restaria discutir se seria possível o controle da representação adequada para os casos em que o cidadão ajuíza a ação popular fora do local em que exerce os direitos políticos (local em que vota). Diante da natureza difusa dos bens e direitos tutelados pela ação popular (patrimônio público, moralidade administrativa, meio ambiente, patrimônio histórico-cultural), acreditamos não haver óbice algum a isto, de modo a não ser possível negar ao cidadão a representação adequada a este pretexto. Até porque, é cediço que, não raro, o indivíduo vive em uma cidade e vota em outra, não tendo o domicílio eleitoral relação de identidade com o domicílio civil. Eventuais abusos no ajuizamento da ação popular serão avaliados pelo juiz do caso à luz da regra de apenamento do art. 13 da Lei n. 4.717/65.

4.1.2 Comprovação da cidadania

A prova do exercício dos direitos políticos deve ser feita logo no ajuizamento da ação popular, com a apresentação, pelo autor, do título de eleitor ou certidão equivalente emitida pela Justiça Eleitoral (art. 1º, § 3º, da Lei n. 4.717/65).

Ainda que eventualmente esteja o autor da ação em débito para com a Justiça Eleitoral (art. 7º, § 3º, do Código Eleitoral), enquanto não for cancelado seu título de eleitor, preserva o exercício dos direitos políticos (capacidade de votar e ser votado) e, por conseguinte, com a legitimação para a ação popular.

4.1.3 Perda da legitimidade ativa após o ajuizamento da ação

Nos termos dos arts. 12, § 4º, e 15, ambos da Constituição Federal, após o ajuizamento da ação popular pode ocorrer de o autor perder a nacionalidade brasileira (e conseqüentemente os direitos políticos), ou ter seus direitos políticos suspensos (incapacidade civil absoluta; condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos; recusa a cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa; e aplicação da pena de suspensão dos direitos políticos em sede de improbidade administrativa).

Como a legitimidade é questão de ordem pública, aferível em todos os instantes do fenômeno processual, teria ocorrido a perda superveniente da legitimidade ativa do autor popular para a ação, o que acarretaria a necessidade de extinção do processo, sem resolução do mérito.

Contudo, tem aplicação aqui o princípio do interesse jurisdicional no conhecimento do mérito (item 3 do Capítulo 7, v. 34), a apregoar que, diante do interesse público primário que norteia o processo coletivo e do número de pessoas que poderão ser beneficiadas pela demanda, é necessário que as decisões nele proferidas efetivamente apreciem o conteúdo do conflito, evitando-se, ao máximo, a prolação de sentenças terminativas (sem apreciação do mérito).

Por isto, para o atendimento a este princípio, é fundamental a flexibilização da técnica processual coletiva, permitindo que outros legitimados ativos – no caso, outros cidadãos no exercício dos direitos políticos – assumam a autoria da ação popular, seja porque compareceram espontaneamente, seja diante da convocação, por carta ou edital, para tal fim.

Caso não haja cidadão disposto a assumir a titularidade ativa da ação popular, poderá o Ministério Público, na forma do art. 9º da Lei n. 4.717/65, assumir a titularidade ativa.

Veja, portanto, que não reconhecemos a possibilidade de o Ministério Público ajuizar uma ação popular, mas estamos plenamente de acordo em que, caso haja necessidade, possa ele dar seguimento a uma ação popular já ajuizada por um cidadão.

4.1.4 Formação de litisconsórcio ativo

O art. 6º, § 5º, da Lei n. 4.717/65, é absolutamente claro quanto à possibilidade de vários cidadãos formarem litisconsórcio ativo para a propositura da ação popular.

Irrelevante, por aqui, indagar se o parágrafo referido autoriza a formação do litisconsórcio ativo, pelos colegitimados, após a propositura da ação popular (litisconsórcio ulterior), ou se o ingresso deles, nesta condição, ocorreria a título de assistência litisconsorcial

(art. 54 do CPC). O relevante é notar que a Lei n. 4.717/65 autoriza a união de forças, a que título for, em prol da tese veiculada na ação coletiva.

Diante da legitimidade concorrente, uma vez formado o litisconsórcio ativo entre colegitimados, não resta dúvida de que ele será facultativo, porém unitário. Afinal, a sua formação não é imposta pela lei, tampouco pela natureza da relação de direito material debatida. Ademais, a decisão proferida obrigatoriamente será de mesmo teor para todos os litisconsortes.

4.1.5 Natureza da legitimação

Em tema de ação popular, há duas posições a respeito da natureza jurídica da legitimação.

Uma primeira posição, dominante, no sentido de que o cidadão age como substituto processual da coletividade, de modo a existir típico caso de *legitimação extraordinária* (art. 6º do CPC).

Inclusive, esta é a posição do STF a respeito do tema, conforme nos faz ver a ementa da Reclamação 424/RJ (Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 5-51994): I. Ação popular: natureza da legitimação do cidadão em nome próprio, mas na defesa do patrimônio público: caso singular de substituição processual. II. STF: competência: conflito entre a União e o Estado: caracterização na ação popular em que os autores, pretendendo agir no interesse de um Estado-membro, postulam a anulação de decreto do Presidente da República e, pois, de ato imputável à União.

Outra assevera que o cidadão, conquanto em juízo substitua os interesses de toda a sociedade, também está agindo em nome próprio, porque, como cidadão, igualmente, tem o direito à observância dos bons valores administrativos que a ação popular se presta a proteger. Teríamos, então, típico caso de *legitimação ordinária*.

4.2 Legitimidade passiva

Diferentemente da Lei n. 7.347/85 (Lei de Ação Civil Pública), a Lei de Ação Popular (Lei n. 4.717/65) tem um dispositivo próprio para tratar do tema, que divide os legitimados passivos em 3 (três) grupos.

Conforme o art. 6º da Lei n. 4.717/65, a ação será proposta contra: a) as pessoas jurídicas de direito público ou de direito privado; b) as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, ou que, por omissão, tiverem dado oportunidade à lesão; e c) os beneficiários diretos do ato.

As pessoas jurídicas de direito público ou de direito privado referidas são aquelas narradas no art. 1º, § 2º, da Lei n. 4.717/65, quais sejam, a administração direta e a indireta, bem como as entidades custeadas ou subvencionadas com dinheiro público, inclusive de natureza privada (creches, hospitais, fundações de direito privado etc.). Por óbvio, só serão citadas para integrar o polo passivo aquelas cujos atos estejam sendo objeto de impugnação.

Também entram neste grupo as pessoas jurídicas, públicas ou privadas (estas, independentemente de custeio público), causadoras de dano ao meio ambiente (aqui incluído o patrimônio histórico-cultural). O art. 6º da LAP dá a entender que apenas as pessoas jurídicas de direito privado custeadas ou subvencionadas pelo patrimônio público poderiam ser demandadas na ação popular. Mas isto é facilmente explicável pelo fato de que, à época da edição da Lei n. 4.717/65, ainda não era possível o manejo da ação popular ambiental (que, como já alertamos, é uma espécie de ação civil pública, com o cidadão como legitimado ativo). Portanto, é possível existir ação popular, apenas, contra particulares que não tenham relação alguma com o Poder Público.

As autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, por óbvio, só são aqueles com poder de comando sobre a operação, não sendo crível que o mero executor material do ato seja demandado (v.g., o almoxarife que, sob as ordens do superior, entrega ao particular bens desviados do patrimônio público).

Já os beneficiários do ato que serão demandados na ação popular são apenas os diretos e conhecidos, isto é, aqueles que, na condição de partícipes do ato, lucraram ou se beneficiaram primariamente com ele. Os beneficiários indiretos (v.g., os funcionários da empresa contratada sem licitação) ou os que não forem conhecidos (*vide* art. 6º, § 1º, da Lei n. 4.717/65) não integram o polo passivo da ação popular.

Não resta dúvida de que o litisconsórcio formado a partir destes três grupos é necessário e simples. Necessário, porque é a lei, na forma do art. 47 do CPC, que impõe a sua formação, sob pena de nulidade (ilegitimidade passiva) do processo (art. 267, VI, do CPC). E simples, porque não há, no plano do direito material, unitariedade da relação jurídica, de modo que a decisão proferida pode ter efeitos distintos para cada um dos demandados.

Já se entendeu que “a ação popular reclama cúmulo subjetivo no polo passivo, cujo escopo é o de alcançar e convocar para o âmbito da ação, não apenas os responsáveis diretos pela lesão, mas todos aqueles que, de forma direta ou indireta, tenham concorrido para sua ocorrência, bem assim os que dela se beneficiaram ou se prejudicaram” (STJ, Resp 762.070/SP, 1ª T., Rel. Min. Luiz Fux, j. 10-2-2010). Assim, no caso de anulação de concurso público realizado por Prefeitura Municipal, integrarão o polo passivo ela (pessoa jurídica), o prefeito que homologou o ato e eventualmente os membros da comissão do concurso (funcionários e administradores que praticaram o ato), além dos que foram contratados (não os que só foram aprovados, mas ainda não assumiram) no certame atacado (beneficiários diretos). Já na ação popular para anular resolução da Câmara Municipal que nomeou ilegalmente servidores, serão réus a Câmara e a Prefeitura Municipal que responde pelo ato (pessoa jurídica), o presidente da Câmara responsável pelo ato (administrador), bem como os servidores ilegalmente nomeados (beneficiários) (STJ, Resp 931.528/SP, 2ª T., Rel. Min. Eliana Calmon, j. 17-11-2009).

A ausência da integração não é mera irregularidade, mas ausência de pressuposto processual de existência e validade da relação jurídica

regular, o que autoriza a decretação de nulidade e o retorno do processo à fase de citação (STJ, Resp 678.620/MG, 1ª T., Rel. Min. Francisco Falcão, DJU 18-12-2006), salvo na hipótese do art. 7º, III, da Lei n. 4.717/65.

Isto porque o art. 7º, III, da Lei n. 4.717/65 – certamente já prevendo as dificuldades para formação deste amplo litisconsórcio passivo em sede de ação popular (até porque os responsáveis pelo ato e beneficiários poderão ser descobertos no curso da ação, em instrução) – traz regra a excepcionar, de modo parcial, o disposto no art. 294 do CPC. O dispositivo determina que “Qualquer pessoa, beneficiada ou responsável pelo ato impugnado, cuja existência ou identidade se torne conhecida no curso do processo e antes de proferida a sentença final de primeira instância, deverá ser citada para a integração do contraditório, sendo-lhe restituído o prazo para contestação e produção de provas (...)”.

Tem-se, na regra *supra*, mais do que autorização legal para a formação de *litisconsórcio passivo necessário ulterior*, e sim verdadeira operação de salvamento do processo, que não terá todos os seus atos anulados pelo simples não participar de um litisconsorte necessário.

Permite-se a integração do praticante ou beneficiário do ato impugnado, desde que descoberto antes da prolação de sentença de 1º grau, caso em que terá oportunizada ampla defesa. Caso a sentença já tenha sido proferida e o beneficiário ou praticante do ato atacado só venha a ser descoberto depois, a única solução possível é a anulação da sentença pelo Tribunal, recomeçando-se tudo com a participação de todos.

Problema recorrente no foro é o da legitimidade passiva quanto aos atos praticados por colegiados. Muitas vezes, é invocada a ilegitimidade passiva dos membros, tais como edis nas câmaras de vereadores, membros de comissão de licitação e concurso etc. A solução já está legalmente posta: todo aquele beneficiário, direto ou indireto, integra o polo passivo, a teor do art. 6º da Lei n. 4.717/65. Preferível a legitimação passiva ampla, até porque a eventual culpa para a formação do ato atacado é matéria afeta ao mérito da causa.

4.3 A especial posição da pessoa jurídica lesada pelo ato atacado

O art. 6º, § 3º, da Lei n. 4.717/65, autoriza que a pessoa jurídica de direito público ou privado (custeada ou subvencionada), 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 ou dirigente.

Da interpretação conjugada do dispositivo com o *caput*, deduz-se que a pessoa jurídica sempre constará, no ajuizamento da ação popular, no polo passivo. Após, citada para os termos da demanda, poderá, a juízo do representante: a) permanecer no polo passivo, caso em que defenderá o ato atacado; b) migrar para o polo ativo, quando, então, atacará o ato impugnado pelo autor popular; e c) poderá se omitir, caso em que não será possível a aplicação do art. 319 do CPC, diante da expressa autorização legal da conduta.

A rigor, quando a pessoa jurídica lesada migra do polo passivo para o polo ativo, na verdade será assistente simples (art. 6º, § 3º, da LAP), e não litisconsorte ativo do autor popular. Não seria hipótese de assistência litisconsorcial, pois a pessoa jurídica não é um litisconsorte ativo, somente passivo, ou seja, quando citada para inclusão no polo passivo pelo cidadão que propôs a ação popular.

A pessoa jurídica lesada, assim, tem *legitimação bifronte* em sede de ação popular, especialmente sendo órgão do Poder Público, que, conforme a Súmula 473 do STF, tem o poder de revisão da legalidade dos atos administrativos em geral.

Pensamos que, uma vez eleito o polo pelo representante da pessoa jurídica lesada (ativo ou passivo), não é lícito, posteriormente, mudar de polo, sob pena de se violarem comezinhas regras processuais de segurança jurídica e de estabilidade da demanda (arts. 264 e 294 do CPC).

4.4 A atuação do Ministério Público como “custos legis”

O art. 6º, § 4º, da Lei n. 7.347/85, estabelece que, nas ações populares, o Ministério Público necessariamente atuará como fiscal da lei e da ordem jurídica.

O dispositivo ainda estabelece que o Ministério Público, nesta qualidade, deverá apressar a produção da prova, promover a responsabilidade civil e penal, providenciar para que as requisições de documentos sejam atendidas nos prazos fixados pelo juiz, promover a execução da sentença quando não tenha sido feita pelo autor.

Rememore-se que, nos casos de desistência ou abandono infundados da ação pelo autor, tem o MP o especial dever de dar seguimento à ação popular (art. 8º da Lei n. 4.717/65), bem como promover a execução da sentença decorridos 60 dias do trânsito em julgado sem que o autor popular, ou qualquer outro cidadão, assim proceda (art. 16 da Lei n. 4.717/65). A respeito, conferir o que dissemos nos itens 1 do Capítulo 7 (princípio da indisponibilidade mitigada da ação coletiva) e 2 do Capítulo 7 (princípio da indisponibilidade da execução coletiva) do v. 34.

O representante do MP, contudo, não é obrigado a opinar favoravelmente aos interesses do autor coletivo. A autonomia funcional do MP, conquistada (com clareza) após a CF/88, permite que os seus membros atuem conforme sua própria convicção.

4.5 Intervenção de terceiros

Praticamente as mesmas considerações que tecemos, a respeito do tema, no tocante à ação civil pública, são aplicadas à ação popular. Remetemos o leitor, portanto, para o [item 3.4](#) do Capítulo 1 deste volume.

5. Outras questões processuais

5.1 Procedimento

O art. 7º da Lei n. 4.717/65 estabelece que a ação popular obedecerá ao procedimento ordinário do CPC, observadas algumas normas modificativas. Ora, se há variantes no procedimento, deixa o rito de ser ordinário e passa a ser especial.

A petição inicial segue o padrão dos arts. 282 e 283 do CPC, devendo, entretanto, vir acompanhada da prova da cidadania para fins de aferição da legitimidade ativa (art. 1º, § 3º, da Lei n. 4.717/65). É possível que o autor popular, não tendo obtido êxito na requisição extrajudicial de documentos às pessoas jurídicas referidas no art. 1º, § 2º, da LAP, requeira que o juiz os requisite na forma do art. 1º, § 7º, c.c. art. 7º, I, *b*, da Lei n. 4.717/65, sob pena de desobediência (art. 8º da Lei n. 4.717/65).

O pedido formulado pelo autor é eminentemente constitutivo negativo quanto à eficácia principal. Como pedido eventual, é possível a cumulação do ressarcimento de perdas e danos com o de anulação do ato impugnado. Pensamos ser possível, também, pedido de natureza cominatória, especialmente nas ações de obrigação de fazer e não fazer em matéria ambiental (incluindo a defesa do patrimônio histórico-cultural).

Estando em ordem a petição inicial, o juiz poderá, na forma do art. 5º, § 4º, da Lei n. 4.717/65 c.c. art. 84, § 3º, do CDC, conceder tutela antecipada, inclusive para suspender os efeitos do ato atacado, observadas, no mais, as restrições ao seu cabimento contra o Poder Público, na forma do art. 1º da Lei n. 8.437/92 c.c. art. 7º, § 2º, da Lei n. 12.016/2009 (*vide* [item 6.2](#) do Capítulo 1 deste volume). A decisão proferida neste momento é impugnável por agravo de instrumento e, caso concedida a liminar, também por pedido de suspensão, na forma do art. 4º da Lei n. 8.437/92.

Entendemos que, em virtude da existência do microssistema processual coletivo (item 9 do Capítulo 7, v. 34), aplicável à ação popular o disposto no art. 2º, da Lei n. 8.437/92, de modo que fica impedida a concessão de liminares (cautelares ou antecipatórias) sem prévia oitiva, no prazo de 72 horas, do órgão de representação judicial da pessoa jurídica de direito público demandada (administração direta, autarquia e fundações).

Os requeridos serão citados pessoalmente, observadas as restrições por carta constantes do art. 222 do CPC. Os beneficiários diretos do ato atacado poderão ser citados por edital, na forma do art. 7º, II, da Lei n. 4.717/65. Acreditamos que este dispositivo deve ser compatibilizado com as garantias constitucionais do processo (contraditório e ampla defesa), de modo a só ser admitida a citação por edital quando os beneficiários diretos formarem um litisconsórcio multitudinário (a inviabilizar o próprio processamento caso haja citação pessoal de todos), ou de paradeiro desconhecido.

Os réus serão citados para contestação no prazo de 20 (vinte) dias, prorrogáveis, a pedido do interessado, por mais 20 (vinte) dias, quando particularmente difícil a produção de prova documental (art. 7º, IV, da Lei n. 4.717/65). Este prazo será comum a todos os demandados, não se aplicando o disposto nos arts. 188 e 191 do CPC.

Não é cabível exceção de incompetência, já que as regras de competência na ação popular, por seguirem o padrão do microsistema processual coletivo (art. 2º da LACP c.c. art. 93 do CDC), têm natureza absoluta. Assim, a incompetência deve ser alegada em preliminar de contestação.

Não cabe, também, reconvenção, na forma do art. 315, parágrafo único, do CPC.

A sentença na ação popular será prolatada no prazo de 15 dias a partir do encerramento da instrução (que segue o regime do CPC). Conforme o art. 7º, VI e parágrafo único, da Lei n. 4.717/65, o descumprimento deste prazo acarreta sanções de natureza administrativa ao juiz, que fica privado da inclusão em lista de promoção por merecimento por 2 anos, além da perda, para fins de promoção por antiguidade, de tantos dias quanto tenha atrasado a prolação de sentença, salvo motivo justo, devidamente declinado nos autos e comprovado perante órgão superior da magistratura.

5.2 A competência na ação popular

As regras de competência na ação popular, praticamente, seguem o padrão da ação civil pública. Em outros termos, a disciplina legal do tema é encontrada da combinação do art. 16 da LACP c.c. art. 93 do

CDC, diplomas centrais do nominado microssistema processual coletivo, temperados, ainda, pelas regras específicas do art. 5º da LAP. Por isto, fica o autor remetido para o que dissemos no Capítulo 11 do v. 34 desta obra (inclusive no concernente à ação popular ambiental).

Contudo, algumas particularidades podem ser destacadas em relação ao tema.

A incompetência dos tribunais para processar e julgar a ação popular tem sido invariavelmente reafirmada, ainda quando se irrogue a responsabilidade pelo ato questionado a dignitário individual – a exemplo do Presidente da República – ou a membro ou membros de órgão colegiado de qualquer dos poderes do Estado cujos atos, na esfera cível – como sucede no mandado de segurança – ou na esfera penal – como ocorre na ação penal originária ou no *habeas corpus* – estejam sujeitos diretamente à sua jurisdição (STF, Pet-QO 3.674/DF, Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 19-12-2006). Portanto, a ação popular, como regra quase que absoluta, sempre será processada em 1º grau.

Alguns autores sustentam que a origem da subvenção pública determina a competência material para julgamento da ação popular tutelar do patrimônio público, nas hipóteses de entidades de direito público ou privado custeadas ou subvencionadas pelo Poder Público. Em princípio, se o repasse vem da União, a competência é da Justiça Federal, diante do interesse da União no feito (art. 109, I, da CF). Do contrário, se a verba é estadual ou municipal, a competência é da Justiça Estadual.

Contudo, o STJ tem duas súmulas que costumam ser aplicadas analogicamente à questão (208 e 209), para se afirmar que, se a verba repassada pela União já houver sido incorporada ao patrimônio da entidade privada ou do órgão público, a competência será da Justiça Estadual, vez que não haverá mais interesse da União no feito.

Um bom parâmetro para se aferir se já houve ou não a incorporação da verba federal ao patrimônio local é perquirir sobre a necessidade de prestação de contas. Havendo a necessidade de prestá-las, ainda não houve incorporação da verba, de modo que a competência para julgar a ação popular será da Justiça Federal. Não

havendo necessidade das contas, já terá havido incorporação das verbas, e a competência será da Justiça Estadual (STJ, AgRg no Agravo 932.447/SE, 1ª T., Rel. Min. José Delgado, j. 11-3-2008; CC 34.465/DF, 1ª Seção, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, j. 28-5-2003).

Não nos agrada a aplicação destas duas súmulas para definir a competência para julgamento da ação popular. Para nós, a competência do art. 109 da CF não se dá em razão da matéria discutida na demanda, mas, sim, diante da manifestação do interesse da União no feito. Assim, nos casos de repasse de verba federal para município ou entidade privada subvencionada, quando a União não manifestar interesse em integrar a lide, a competência será da Justiça Estadual, sendo pouco importante que haja ou não a necessidade de prestação de contas. Neste exato sentido, cf. STJ, EResp 936.205/PR, Corte Especial, Rel. Min. Castro Meira, j. 4-2-2009.

Sendo os bens e direitos tutelados pela ação popular de natureza difusa, vale a regra do local do dano presente ou suposto para a definição da competência territorial absoluta, observada a sua extensão para definição do ajuizamento no DF ou na capital dos Estados atingidos (dano nacional) ou na capital dos Estados (dano regional) (art. 91 do CDC).

5.3 Conteúdo da sentença e sanções

Regra geral, a natureza da sentença proferida na ação popular é desconstitutiva. Mas pode assumir caráter condenatório quando haja dano a reparar (art. 11 da Lei n. 4.717/65).

A condenação à reparação do dano, contudo, nunca pode recair sobre a pessoa jurídica lesada, ainda que tenha defendido o ato. Afinal, não faz sentido que, sendo a destinatária do produto da reparação, também seja condenada a pagá-lo.

Na forma do art. 14 da Lei n. 4.717/65, se o valor da lesão ficar provado no curso do processo, será, desde então, indicado na sentença;

do contrário, se depender de avaliação ou perícia, será apurado em execução (*rectius*: liquidação de sentença). 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. Quando a lesão resultar da execução fraudulenta, simulada ou irreal de contratos, a condenação versará sobre a reposição do débito, com juros de moral.

Interessante notar que na Lei de Ação Popular parece-nos haver uma regra aplicável a todas as ações coletivas que objetivem a reparação de danos causados ao patrimônio público em sentido lato (e não só à ação popular). O art. 14, § 3º, da Lei n. 4.717/65, cria uma exceção à impenhorabilidade salarial do art. 649, IV, do CPC, ao estabelecer que “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”. Interessante também notar que o mesmo dispositivo, logo no § 4º, ainda prevê que a parte condenada a restituir bens ou valores ficará sujeita a arresto ou sequestro desde a prolação da sentença condenatória.

Conforme anunciado no [item 2.1](#) deste capítulo, *supra*, e embora haja respeitável doutrina em sentido diverso, acredita-se que seja possível a tutela preventiva em sede de ação popular, de modo que se descortina possível a prolação de sentenças de natureza executiva e mandamental, especialmente nas ações que objetivem impor obrigações de fazer e não fazer (meio ambiente e proteção ao patrimônio histórico-cultural).

Não é possível na sentença da ação popular haver imposição de sanções de natureza política, administrativa ou criminal, a serem buscadas em separado e perante as instâncias próprias (art. 15 da Lei n. 4.717/65 e art. 40 do CPP).

Há autores a sustentar, de modo bastante pertinente, que seria possível a aplicação, no bojo da ação popular, das sanções do art. 12 da Lei n. 8.429/92, desde que comprovado que o ato atacado

configurara, também, ato de improbidade administrativa. A jurisprudência superior, contudo, não encampa tal tese, sob o fundamento de que “o direito administrativo sancionador está adstrito aos princípios da legalidade e da tipicidade, como consectários das garantias constitucionais”, de modo que “a sanção prevista em determinado ordenamento é inaplicável a outra hipótese de incidência, por isso que inacumuláveis as sanções da ação popular com as da ação por ato de improbidade administrativa, mercê da distinção entre a legitimidade *ad causam* para ambas e o procedimento, fato que inviabiliza, inclusive, a cumulação de pedidos” (STJ, Resp 879.360/SP, 1ª T., Rel. Min. Luiz Fux, j. 17-6-2008).

5.4 Custas e sucumbência

As custas não serão adiantadas pelo autor (art. 10 da Lei n. 4.717/65) – inclusive de perícia –, de modo que caberá ao Estado pagar por eventuais despesas, nos termos do que já consignamos quando do trato da matéria na ação civil pública ([item 6.4](#) do Capítulo 1 deste volume, *supra*).

Quanto à sucumbência, o art. 5º, LXXIII, da CF, é claro no sentido de que não haverá sucumbência do autor popular quando vencido. O mote da norma é evidente, a fomentar o acesso à Justiça e permitir que o cidadão, não correndo riscos pela derrota na demanda, ajuíze a ação popular.

Contudo, o próprio dispositivo constitucional é claro no sentido de que, quando a ação for empregada como meio de artil, para fins pessoais ou da agremiação política, o autor será penalizado com a aplicação de litigância de má-fé, sem prejuízo das custas (no décuplo) e honorários advocatícios (cf. art. 13 da LAP).

Caso a ação seja julgada procedente, os réus reembolsarão eventuais despesas judiciais e extrajudiciais realizadas pelo autor popular, bem como pagarão, a seu advogado, honorários advocatícios (art. 12 da Lei n. 4.717/65), observada, no mais, a regra do art. 20 e parágrafos do CPC.

5.5 Apelação e reexame necessário

As sentenças de procedência da ação popular provocam o recebimento da apelação contra elas interposta nos efeitos devolutivo e suspensivo, nos termos do art. 19, *caput, in fine*, da LAP. O regime aqui, portanto, é diverso do da ação civil pública, em que o juiz da causa decide se atribui ou não efeito suspensivo ao recurso (art. 14 da Lei n. 7.347/85).

O prazo de apelação é o previsto no art. 508 do CPC (15 dias), sendo aplicáveis os arts. 188 e 191 do CPC.

Seguindo a regra geral, têm legitimidade para recorrer contra a sentença proferida na ação popular as partes do processo (incluído aí o autor popular). Caso haja sucumbimento do polo ativo, também podem recorrer qualquer outro cidadão (recurso de terceiro interessado/prejudicado) e o Ministério Público (art. 19, § 2º, da Lei n. 4.717/65).

As sentenças que reconheçam a carência da ação (art. 267, VI, do CPC) ou que julguem improcedente a ação popular (em 1ª instância) não têm eficácia enquanto não forem confirmadas pelo Tribunal.

Resta, portanto, afastado o regime do reexame necessário, em favor da Fazenda Pública, do art. 475 do CPC. Aqui na ação popular, o reexame necessário existe em favor da coletividade (reexame necessário invertido).

5.6 Possibilidade de declaração de inconstitucionalidade no âmbito da ação popular

Pelos mesmos motivos invocados no [item 6.6](#) do Capítulo 1 deste volume, tem se admitido o controle incidental da constitucionalidade dos atos normativos em geral via ação popular, desde que incidental.

Em outros termos, é possível que a causa de pedir da ação popular seja a inconstitucionalidade de lei, mas nunca o pedido.

Já se decidiu, neste sentido, que a ação popular é imprópria para o controle da constitucionalidade das leis pelo sistema concentrado.

Admite-se, apenas, quando a declaração de inconstitucionalidade for *incidenter tantum* (STJ, Resp 441.761/SC, 1ª T., DJ 18-12-2006; Resp 5.865/SC, 2ª T.; Resp 504.552/SC, 2ª T.).

Capítulo 3

◆ Mandado de Segurança Coletivo

1. Disciplina legal do MS coletivo até a Lei n. 12.016/2009

Até a vigência da Lei n. 12.016/2009, não havia diploma que regulamentasse o mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX, da CF).

Até porque o mandado de segurança coletivo não era um instituto novo, mas, sim, o mesmo mandado de segurança anteriormente conhecido, apenas com a possibilidade de veiculação de pretensão coletiva.

Entretanto, como se tratava de garantia constitucional inserta no art. 5º da CF, entendia-se com tranquilidade que a disposição era autoaplicável (norma de eficácia plena), de modo que, mesmo na inexistência de norma regulamentadora, plenamente possível a impetração do mandado de segurança coletivo.

Então, coube à doutrina e à jurisprudência encontrar a solução para o uso adequado do mandado de segurança coletivo.

Prevaleceu o entendimento de que as regras do mandado de segurança coletivo decorriam da combinação de vários diplomas, conforme o tema a ser tratado:

- a) quanto à *legitimidade* para a impetração, empregava-se o disposto no art. 5º, LXX, da CF (partidos políticos e sindicatos, associações e entidades de classe), embora na doutrina houvesse quem admitisse ampliação deste rol por norma infraconstitucional;

- b) quanto ao *procedimento*, a base era toda encontrada na Lei n. 1.533/51, com eventuais alterações e limitações impostas pelas Leis ns. 4.348/64 e 5.021/66;
- c) quanto ao *objeto*, entendia-se que a regência era dada pelo art. 81 do CDC (Lei n. 8.078/90), que conceituava os direitos e interesses metaindividuais;
- d) quanto às regras de *competência*, vingou o entendimento de que eram aplicáveis as disposições das Constituições Federal (arts. 102, I, *d*; 105, I, *b*; 108, I, *c*; 109; 114, IV, e 121) e Estadual sobre o tema, além das regras constantes da Lei n. 1.533/51 (especialmente do art. 2º);
- e) finalmente, entendia-se que as regras de *coisa julgada* eram tidas da combinação do CDC (arts. 103 e 104) com a Lei de Ação Civil Pública (art. 16 da Lei n. 7.347/85), relação de coordenação, esta, que leva a doutrina a apontar a existência de um microssistema processual coletivo daí derivado.

2. Legitimidade para impetração do mandado de segurança coletivo na nova lei

Prevê o art. 5º, LXX, da CF que: “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”.

A Lei n. 12.016/2009, a pretexto de regulamentar a disposição, acabou, na esteira da jurisprudência dominante neste tema – não da doutrina, que sempre insistiu na ampliação do rol, com admissão de outros legitimados para a impetração coletiva –, repetindo os termos da Constituição Federal, agora com a definição da temática da impetração pelos dois legitimados constitucionais.

Prevê o art. 21 da Nova Lei do Mandado de Segurança que o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado: *a*) por partido político com representação no Congresso Nacional, *na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade*

partidária; ou b) por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, 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, dispensada, para tanto, autorização especial.

3. Partido político

Por partido político deve-se entender uma associação civil (pessoa jurídica de direito privado), sem fins lucrativos, cuja finalidade é a de garantir o regime democrático e o sistema representativo, bem como tutelar os direitos fundamentais (art. 1º da Lei n. 9.096/95). Para que seja assim constituído, os estatutos do partido político devem ser regularmente registrados no Tribunal Superior Eleitoral (art. 17, § 2º, da CF).

Antes do advento da Lei n. 12.016/2009, a doutrina entendia que a legitimação do partido político para a impetração do mandado de segurança coletivo era mais ampla, não se limitando apenas à defesa dos direitos e interesses de seus filiados. Apontava-se que, como no texto constitucional não era estabelecida a limitação referida – diversamente do que acontecia com as organizações sindicais, entidades de classe e associações –, não poderia o intérprete restringir o alcance da norma, que, sendo garantia constitucional, deveria, inversamente, ser interpretada de modo potencializado.

Assim, prevalecia o entendimento na doutrina de que o partido político, em sede de mandado de segurança coletivo, funcionava como verdadeiro guardião do direito objetivo, não havendo limitação temática nenhuma à impetração, mas apenas no tocante à necessidade de ter ao menos um representante no Congresso Nacional (Câmara ou Senado).

Há quem sustente, inclusive, que mesmo sem representação no Congresso Nacional poderia o partido impetrar mandado de segurança coletivo, agora não mais na condição de partido, mas,

sim, de associação civil (art. 5º, LXX, *b*, da CF), caso em que deverá comprovar a constituição anual.

A própria jurisprudência superior, entretanto, acabou rejeitando os argumentos da doutrina especializada. Ainda que sem restringir o alcance do cabimento do mandado de segurança coletivo impetrado por partidos políticos na defesa dos interesses de seus membros, o STJ passou a perfilar a tese de que a impetração por partido político tem que guardar correspondência com os valores que devam ser tutelados por ele, tudo conforme o *caput* do art. 17 da Constituição Federal e art. 1º da Lei Orgânica dos Partidos Políticos (Lei n. 9.096/95).

Conseqüentemente, os partidos políticos só podiam impetrar mandado de segurança coletivo, conforme entendimento jurisprudencial até então dominante, em temas relacionados aos direitos e garantias fundamentais e sistema representativo de governo, assuntos intimamente relacionados aos valores para os quais foram criadas as agremiações políticas.

Logo, não seria lícito ao partido político impetrar mandado de segurança coletivo em matéria tributária, que, ao menos para a maior parte da doutrina, não pode ser considerada garantia fundamental (STF, RE 196.184/MA, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 18-2-2005).

Consta do voto da Relatora do referido acórdão do STF que os partidos políticos podem se valer do mandado de segurança coletivo “para a defesa de todos os interesses ou direitos difusos e coletivos que afetem a sociedade, sendo inexigível o requisito da pertinência temática”. Contudo, “não pode substituir todos os cidadãos na defesa de interesses individuais a serem postulados em juízo por meio de ações próprias”. Tal conclusão, entretanto, acabou não vingando, pois os demais Ministros (à exceção do Ministro Marco Aurélio) fizeram ressalva no sentido de não aceitar a legitimação universal do partido político para a defesa de interesses outros que não o de seus filiados.

E, mesmo para assuntos relacionados às garantias fundamentais (v.g., reajuste periódico do salário mínimo, nos termos do art. 7º, IV, da

CF) – que ao menos em tese deveriam ser tutelados não apenas para os integrantes da agremiação –, a jurisprudência se firmara no sentido de que só os afiliados do partido poderiam ser beneficiados pela decisão no mandado de segurança coletivo (direitos coletivos *stricto sensu*), algo que, convenha-se, tornava praticamente inócua a tutela das garantias fundamentais.

Assim, sob este fundamento, o STJ expressamente indicou que os partidos políticos, além das questões políticas, só podem tutelar os direitos fundamentais de integrantes de sua coletividade (RMS 2.423, 6ª T., Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, j. 27-4-1993), negando, assim, a possibilidade de tutelar, via mandado de segurança coletivo ajuizado pelas agremiações políticas, o reajuste dos benefícios assistenciais (art. 203, V, da CF) ou das aposentadorias dos brasileiros (MS 197/DF e 1.252/DF).

Com a Lei n. 12.016/2009, lamentavelmente, consolida-se legalmente este entendimento jurisprudencial restritivo.

Mais do que isto: extirpa-se a possibilidade de os direitos fundamentais serem tutelados genericamente pelos partidos políticos, uma vez que o art. 21, *caput*, da lei é claro no sentido de que a legitimação é limitada à *defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes* (defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus filiados, no que pertinentes às suas finalidades: art. 1º da LOPP – garantias fundamentais) *ou à finalidade partidária* (regime democrático e sistema representativo).

Portanto, a impetração do mandado de segurança coletivo por partido político, no regime da nova LMS, ocorre: a) na defesa dos interesses legítimos relativos a seus integrantes (garantias fundamentais *dos filiados*); e b) nos assuntos relacionados à finalidade partidária.

Certamente haverá forte crítica da doutrina – se não até ajuizamento de ADI (art. 103 da CF) – contra a restrição estabelecida pelo art. 21, *caput*, da Lei n. 12.016/2009, quanto ao cabimento do mandado de segurança coletivo por partido político. Afinal, garantias

constitucionais não podem ser limitadas por força de legislação regulamentadora.

De qualquer forma, como não houve restrição no texto da Lei n. 12.016/2009, possível que vingue a interpretação de que a legitimidade para impetração da segurança por partido político se dê em todas as suas esferas. Em outras palavras, podem impetrar mandado de segurança coletivo os diretórios nacionais, estaduais e municipais das agremiações, no âmbito da sua respectiva representação.

4. Organização sindical, entidade de classe ou associação

Sindicato é órgão de representação das categorias profissionais (que tem natureza de associação, ainda que com prerrogativas especiais), competindo-lhe, nos termos da Carta Constitucional, a defesa dos interesses ou direitos coletivos ou individuais da categoria, inclusive nas questões administrativas ou judiciais (art. 8º, III, da CF). A sua constituição é feita da mesma forma que a da associação civil, mas com necessidade de posterior depósito de seus estatutos para registro no Ministério do Trabalho (art. 513 da CLT).

Já as entidades de classe ou associações são entes que, no seu âmbito, agregam pessoas com um propósito comum (profissionais ou não) e que, por isto mesmo, unem forças em prol de objetivos previamente eleitos nos estatutos sociais. Trata-se de um gênero, do qual os sindicatos são espécies.

A Constituição Federal e, agora, a Lei n. 12.016/2009 autorizam todos esses entes a impetrar mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX, da CF), mas condicionam, ao menos para as associações, o ajuizamento à prévia constituição ânua, restrição não imposta aos sindicatos.

O STF já decidiu desta forma, estabelecendo que, além da literalidade do dispositivo constitucional – que, em virtude da vírgula separadora, afasta o sindicato do condicionamento ora estudado –, há razões de ordem lógica para a exclusão: para a criação de um sindicato, há rigores inexistentes para criação de

uma associação ou entidade de classe, de modo que muito improvável a criação de sindicatos *ad hoc* simplesmente para a impetração de mandado de segurança coletivo (RE 198.919/DF, 1ª T., Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 15-6-1999).

A Nova Lei de Mandado de Segurança, entretanto, fez muito mais do que repetir a disposição constitucional pretérita. Na verdade, acabou ela por consolidar, à revelia de parte da doutrina especializada, uma visão restritiva que imperava quanto ao tema.

De fato, prevalecia na jurisprudência o entendimento de que, quanto aos sindicatos, eles só teriam legitimidade para a impetração coletiva se o direito defendido fosse peculiar à categoria representada, de modo a inviabilizar a tutela de qualquer outro interesse diverso da *finalidade principal* para o qual foram criados. Não se reconheceu, assim, legitimidade para o sindicato pleitear anulação de edital de concurso, uma vez que a pretensão seria alheia aos fins da entidade ou à pretensão dos sindicalizados (STF, RE 157.234/DF, 2ª T., Rel. Min. Marco Aurélio, j. 12-6-1995, DJ 22-9-1995; STJ, RMS 16.753/PA, 5ª T., Rel. Min. Félix Fischer, j. 7-3-2006).

No tocante às associações e entidades de classes, embora também se exigisse certa pertinência temática, o tema era tratado de forma um pouco mais flexível. Admitia-se a impetração fora dos limites estritos do objeto social, dos fins próprios da entidade ou classe. Mas exigia-se que o direito ou o interesse reclamado existisse em razão das atividades exercidas pelos associados, embora não particular, próprio da classe ou da categoria representada (STF, RE 193.382/SP, Pleno, Rel. Min. Carlos Veloso, j. 28-6-1996).

Assim, o objeto da impetração se pautaria nos direitos dos associados, e não especificamente nos fins próprios do ente legitimado.

A nova lei parece consolidar este último entendimento, qual seja, o de que o direito a ser defendido seja o dos membros ou associados, na forma dos seus estatutos, mas desde que pertinentes às suas finalidades. Ou seja, o objeto do *writ* não precisa estar diretamente atrelado ao objetivo institucional da entidade. Basta que tenha relação

com o móvel organizacional e pronto: os direitos dos filiados podem ser defendidos pelo mandado de segurança coletivo.

Assim, embora não se afaste a pertinência temática – como era sustentado por alguns, sob o fundamento de que o direito a ser tutelado era dos associados, independentemente dos fins da entidade –, admite-se que o mandado de segurança coletivo se preste para a tutela de direitos que não sejam próprios, característicos da categoria.

Por exemplo, tanto é possível a impetração de mandado de segurança coletivo por associação de advogados em favor de todos os seus filiados para que não sejam impedidos de fazer a conhecida *carga rápida* dos autos (interesse próprio da categoria), como também será possível mandado de segurança coletivo para tutelar direitos dos associados consumidores de produtos e serviços, mas, neste último exemplo, desde que tal finalidade – ainda que não principal – esteja prevista no estatuto social (interesse que é dos associados, mas não é próprio da categoria).

Só não seriam tuteláveis pelo mandado de segurança coletivo os direitos que não guardassem correspondência com os fins da entidade ou do móvel associativo, por exemplo, a impetração em favor de não associados ou em prol de tema não coberto pelos estatutos sociais (v.g., matéria ambiental).

Fácil ver, assim, que, quanto mais amplo for o objeto social da entidade ou associação, maior será a legitimidade para a impetração coletiva em favor dos associados.

Outra questão que merece reflexão é a seguinte: à luz da nova disposição – que não faz distinção de objeto da impetração quanto ao sindicato, entidade de classe e associações –, será afastada aquela visão mais restritiva que a jurisprudência tem no tocante ao sindicato?

Em outros termos, será possível ao sindicato impetrar mandado de segurança coletivo em favor de seus filiados, ainda que a questão não tenha relação com a finalidade para a qual fora criado (representação da categoria)? Seria possível, assim, a impetração em favor dos

sindicalizados em matéria consumerista, desde que os estatutos prevejam a defesa dos filiados em demandas desta natureza?

Temos a impressão de que, diante da norma regulamentadora, a resposta só pode ser positiva, de modo que, se por um lado manteve-se a visão restritiva da jurisprudência quanto ao cabimento do mandado de segurança coletivo pelas associações e entidades de classe, por outro, parece que houve ampliação interpretativa do cabimento do *writ* quando impetrado por sindicato.

5. Inexistência de outros legitimados

A maioria da doutrina entende que o rol do art. 5º, LXX, da CF, é taxativo, de modo a não admitir a impetração coletiva a não ser pelas pessoas lá indicadas.

O STF, inclusive, já apontou que o rol do art. 5º, LXX, da CF é fechado (STF, MS 21.059-1/RJ, Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 5-9-1990), de modo que Estados-membros, Ministério Público, ou qualquer outro ente legitimado para a ação civil pública (art. 5º da Lei n. 7.347/85), *não têm legitimidade* para impetrar mandado de segurança coletivo, devendo se valer das outras ações coletivas pertinentes – especialmente a ação civil pública – para a tutela das pretensões coletivas.

Há quem divirja, mas, diante da disposição regulamentadora em estudo – que não ampliou o rol dos legitimados –, dificilmente se pode indicar que tal tese vingará.

Há alguns julgados do STJ reconhecendo a legitimidade do Ministério Público para a impetração. Deles se extrai entendimento no sentido de que a nova ordem constitucional erigiu um autêntico concurso de ações entre os instrumentos de tutela dos interesses transindividuais e, *a fortiori*, legitimou o Ministério Público para o manejo deles, na forma do art. 129, III, da CF. Por isto, ponderam que, após a constatação da importância e dos inconvenientes da legitimação isolada do cidadão, não há mais lugar para o veto da *legitimatío ad causam* do MP para a ação popular, a ação civil pública ou o mandado de segurança coletivo, motivo pelo qual o

MP pode propor toda e qualquer demanda que vise à defesa dos interesses difusos e coletivos, sob o ângulo material (perdas e danos) ou imaterial (lesão à moralidade) (STJ, Resp 700.206/MG e Resp 637.322/RR, 1ª T., Rel. Min. Luiz Fux, j. 9-3-2010 e 24-11-2004).

Certamente se aventará que a disposição regulamentar infraconstitucional não pode limitar a impetração de mandado de segurança coletivo quando o sistema constitucional – globalmente considerado – autorize a impetração. É o que ocorre no caso do Ministério Público, legitimado para a tutela da ordem jurídica social e coletiva, nos termos dos arts. 127 e 129, III e IX, da CF.

Entretanto, convém destacar que, se mesmo antes da lei já prevalecia, na doutrina e jurisprudência superior, o entendimento pela negativa da legitimação de outros entes, agora, com a lei sendo expressa neste sentido, há mais razão, ainda, para reconhecer a prevalência da tese limitativa, sem prejuízo da crítica que pode ser feita ao legislador a respeito.

6. Natureza da legitimação

Pode-se indicar que existem três modelos de legitimação conhecidos pela doutrina:

- a) *legitimação ordinária*, que é o padrão do sistema, ao menos para o processo individual (a parte age em nome próprio na defesa de um direito ou interesse que também lhe é próprio);
- b) *legitimação extraordinária*, a qual depende de expressa autorização legal, nos termos do art. 6º do CPC (a parte age em nome próprio, mas na defesa de um direito ou interesse alheio ou que não lhe pertence exclusivamente);
- c) *legitimação autônoma* (para a condução do processo) ou *coletiva*, que seria um modelo de legitimação próprio do processo coletivo – em princípio, incompatível com as regras de legitimação do processo individual –, especialmente imaginada para a defesa dos interesses difusos, de titularidade indeterminada e incerta.

À luz destes três modelos de legitimação, pode-se indicar que a impetração do mandado de segurança coletivo por partido político ocorre:

- a) em *legitimação extraordinária* (art. 6º do CPC), na defesa dos interesses legítimos relativos a seus integrantes (garantias fundamentais dos filiados);
- b) em *legitimação ordinária*, nos assuntos relacionados à finalidade partidária.

Já no tocante aos sindicatos, associações e entidades de classe, cremos que *sempre atuarão em legitimação extraordinária*. Afinal, é da essência da impetração, nestas hipóteses, a tutela dos direitos ou interesses líquidos e certos dos filiados. Reforça tal tese a própria disposição do art. 22, *caput*, da Lei n. 12.016/2009, a indicar que a sentença fará coisa julgada limitadamente aos membros do grupo ou categoria *substituídos* pela impetrante.

Para nós, a *legitimação coletiva* ou *autônoma* é modelo reservado exclusivamente para a tutela dos interesses difusos, motivo pelo qual não é aplicável ao mandado de segurança coletivo, em virtude de não ser possível, ao menos no novo modelo da Lei n. 12.016/2009, a defesa de tais interesses ou direitos nesta via.

7. Desnecessidade de autorização dos membros e associados para a propositura

O art. 21, *in fine*, da Lei n. 12.016/2009, estabelece que a impetração do mandado de segurança coletivo não depende de autorização especial dos sindicalizados, filiados ou associados.

A lei nada mais fez, assim, do que incorporar ao texto legal o disposto na Súmula 629 do STF (“A impetração de mandado de segurança coletivo por entidade de classe em favor dos associados independe da autorização destes”) e afastar de vez a possibilidade de sustentar a aplicação analógica, ao mandado de segurança coletivo, do disposto no art. 2º-A, parágrafo único, da Lei n. 9.494/94 (com redação pela Medida Provisória 2.180-35, de 2001).

A desnecessidade de autorização dos filiados para a impetração do mandado de segurança coletivo em favor dos seus interesses decorre de uma circunstância de ordem lógica: a própria Constituição Federal autorizou os partidos políticos, os sindicatos, as associações e as entidades de classe a impetrar mandado de segurança coletivo em nome próprio, mas em favor dos seus filiados (*legitimação extraordinária*), de modo que, já havendo tal autorização – que, aliás, não é meramente legal, mas, sim, constitucional (art. 6º do CPC) –, não há sentido para exigir nova autorização dos filiados, como se a vontade deles pudesse suplantar a vontade do constituinte.

Ademais, de convir que, a partir do instante em que o indivíduo se filia a um partido político, sindicato, associação ou entidade de classe, automaticamente, já está aderindo às finalidades comuns da entidade, conseqüentemente, aceitando ser defendido por ela nos assuntos indicados nos seus estatutos.

A questão muda totalmente de foco se perquirirmos sobre a possibilidade de as associações, entidades de classe, sindicatos e partidos políticos (que, na origem, também são associações) ajuizarem outras medidas, diversas do mandado de segurança coletivo, em favor de seus filiados, agora à luz do disposto no art. 5º, XXI, da Constituição Federal (“as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente”).

Para estes casos, sem dúvida nenhuma, a autorização será necessária, até mesmo porque a própria Carta Constitucional expressamente prevê a necessidade de autorização.

Ademais, já não estaríamos diante de uma hipótese de *legitimação extraordinária* das associações e afins para a defesa de seus membros (como ocorre para o mandado de segurança coletivo), mas, sim, diante de típica hipótese de representação processual, em que alguém age em nome alheio (dos associados) na defesa de interesse que também é alheio (dos associados).

8. Possibilidade de defesa de interesse de apenas parcela da categoria

O art. 21, *caput*, da Lei n. 12.016/2009, também incorporou à disciplina legal do tema entendimento jurisprudencial até então dominante, constante da Súmula 630 do STF, no sentido de que sindicatos, associações e entidades de classe têm legitimidade para o *writ* coletivo, ainda quando a pretensão veiculada interesse apenas a uma parte do respectivo grupo ou categoria.

Nada mais razoável, ainda mais quando o parágrafo único do dispositivo passou a prever, de modo expresso, a tutela pela via do mandado de segurança coletivo dos interesses individuais homogêneos (art. 81, III, do CDC), que pela sua própria natureza são direitos ou interesses divisíveis, como tais, plenamente titularizáveis por apenas parcela do grupo ou categoria.

Portanto, o que define o cabimento do mandado de segurança coletivo é o seu objeto coletivo, pouco importando o número de pessoas beneficiadas dentro da própria classe ou categoria (todos, metade, alguns...) ou, ainda, que haja interesses divergentes dentro do próprio grupo interessado na impetração.

Isto não significa, entretanto, que seja possível aos sindicatos, associações ou entidades de classe impetrar mandado de segurança em favor de, apenas, um único membro da categoria. Neste caso, a legitimação constitucional para a impetração – que decorre de permissivo expresso e vinculado à tutela coletiva do direito (art. 5º, LXX, da CF) – cede espaço para o instituto da representação (art. 5º, XXI, da CF), de modo que deve haver prévia autorização do membro ou associado para tanto.

9. Impetração de mandado de segurança individual pelos legitimados para o mandado de segurança coletivo

Não é o fato de o mandado de segurança ser impetrado por partido político, associação, entidade sindical ou de classe que o torna coletivo. O que interessa ser determinado é o pedido e a causa de pedir da impetração, isto é, se a pretensão tem natureza coletiva.

Assim, possível que haja um mandado de segurança ajuizado por partido político, sindicato, associação ou entidade de classe cujo objeto seja direito individual, v.g., no caso de uma impetração para que seja possível o licenciamento do veículo próprio da entidade sem pagamento das multas eventualmente sofridas (direito individual da pessoa jurídica).

10. Objeto do mandado de segurança coletivo

Antes do advento da Lei n. 12.016/2009, havia na doutrina verdadeira celeuma sobre o objeto do mandado de segurança coletivo. Deixando de lado discussões paralelas (especialmente na relação do tema com a legitimidade para impetração), duas correntes se formaram a respeito do assunto.

Uma primeira corrente, ora reconhecida como *ampliativa*, entendia que o mandado de segurança coletivo poderia tutelar quaisquer dos direitos metaindividuais na forma do art. 81, parágrafo único, do CDC, ou seja, seria possível a impetração em favor de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. De acordo com os adeptos desta teoria, o termo “coletivo”, utilizado na CF, não seria designativo dos interesses coletivos *stricto sensu* (art. 81, parágrafo único, II, do CDC), mas, sim, de modo *lato*, isto é, abrangente de todas as classes de interesses metaindividuais. Não haveria, assim, sentido para falar em mandado de segurança difuso ou individual homogêneo. Por exemplo, seria possível a impetração de um mandado de segurança coletivo na defesa do meio ambiente, típico direito ou interesse difuso (v.g., obstar a concessão de uma licença ambiental irregular).

Já uma segunda corrente, ora tida como *restritiva*, advogava a tese de que o mandado de segurança coletivo poderia ser impetrado na defesa dos direitos ou interesses cujos titulares pudessem ser determinados, isto é, os interesses coletivos e individuais homogêneos (art. 81, parágrafo único, II e III, do CDC). Asseverava-se que o mandado de segurança, especialmente o ajuizado pelos legitimados do art. 5º, LXX, *b*, da CF (sindicatos e associações), foi talhado para a defesa de direitos individualizáveis, até mesmo porque a disposição constitucional é clara ao dispor sobre a defesa dos direitos líquidos e

certos dos membros da categoria ou grupo. Logo, o mandado de segurança coletivo protegeria, apenas, direitos individuais dimensionados coletivamente, mas jamais pretensões cujos titulares fossem indetermináveis (difusos). Para tanto (v.g., defesa do meio ambiente), os adeptos desta teoria indicavam o uso de outros instrumentos de tutela coletiva existentes no sistema (ação civil pública e ação popular).

Sem embargo de nosso entendimento pessoal pelo acerto da visão ampliativa, com o advento da Lei n. 12.016/2009, restou clara a opção do legislador – na esteira de jurisprudência dominante – no sentido de que o mandado de segurança coletivo só se presta à defesa de interesses cujos titulares sejam individualizáveis por grupos (coletivos) ou de per si (individuais homogêneos).

Tanto é assim, que o art. 21, parágrafo único, na esteira do art. 81, parágrafo único, II e III, do CDC, dispõe, de modo unívoco, que os direitos protegidos pelo mandado de segurança coletivo podem ser (a) *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; e (b) *individuais homogêneas*, 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.

Ou seja, o legislador afastou expressamente a possibilidade de impetração de mandado de segurança coletivo de modo genérico, em favor de titulares indetermináveis (direitos difusos), reforçando, assim, a ideia de pertinência temática para a impetração e necessidade de o *writ* tutelar, seja de que modo for, apenas os interesses legítimos, líquidos e certos, dos integrantes da pessoa jurídica autora.

Difícilmente, interpretação diversa, com base em disposições constitucionais, há de vingar, até porque, como asseverado anteriormente, a jurisprudência anterior à Lei n. 12.016/2009 já se inclinava pela negativa de cabimento do mandado de segurança coletivo em prol dos direitos difusos.

Parece-nos importante destacar, entretanto, que, apesar de haver esta limitação do cabimento do MS coletivo para a tutela dos direitos difusos, não é aplicável a ele o disposto no art. 1º, parágrafo único, da Lei n. 7.347/85. Além da necessidade de se interpretar estritamente a vedação legal de ajuizamento de ações civis públicas que veiculem pretensões referentes a tributos, contribuições previdenciárias, FGTS e outros fundos institucionais, a especialidade do regime jurídico do MSC afasta a aplicação do microssistema nesta questão. Assim, perfeitamente cabível MS Coletivo em matéria tributária, desde que para a tutela dos direitos coletivos da entidade legitimada ou para a defesa dos direitos e interesses individuais homogêneos de seus filiados.

11. A competência nos mandados de segurança coletivos

As regras de competência no mandado de segurança coletivo são as mesmas do mandado de segurança individual.

Funcionalmente, deverá ser verificado o *status* hierárquico da autoridade impetrada para definição da competência originária dos tribunais, conforme regras da Constituição Federal (autoridades federais) e das Constituições Estaduais (autoridades estaduais e municipais), especialmente as constantes dos arts. 102, I, *d*; 105, I, *b*, e 108, I, *c*, todos da CF.

Após, definida a competência material para a impetração (Justiça Federal ou Estadual) em primeiro grau – o ajuizamento do mandado de segurança coletivo se fará territorialmente na sede da autoridade coatora (isto é, onde ela exerça suas atividades), ainda que o ato acoimado de ilegal ou abusivo de direito tenha se dado em outro local.

Note-se, portanto, que a regra diverge da dantes trabalhada concernente às demais ações coletivas, ajuizadas conforme a extensão do dano. No *mandamus*, a ação é impetrada onde fica a sede (o escritório) da autoridade impetrada, o que tem manifesto propósito de permitir ao Poder Público ou àquele que faça seu papel a facilitação da defesa em juízo.

Aqui também, tanto quanto a regra do local do dano para as ações civis públicas e populares, a competência, embora calcada em critério territorial, é absoluta, pois fundada em interesse público (facilitação da defesa do Poder Público em juízo). Logo, eventuais impetrações conhecidas por juízo diverso da sede da autoridade coatora são nulas de pleno direito, sendo lícito o reconhecimento da incompetência de ofício.

12. Coisa julgada

A Nova Lei do Mandado de Segurança (Lei n. 12.016/2009) rompe com o modelo de coisa julgada nas ações coletivas, afastando, portanto, a aplicação do CDC nesta parte (arts. 103 e 104 do CDC).

Primeiro, pois não faz distinção, para efeitos de coisa julgada *secundum eventum litis*, entre os interesses coletivos ou individuais homogêneos, submetendo, com razão, ambos ao regime da coisa julgada *ultra partes*. De fato, o art. 22, *caput*, da Lei n. 12.016/2009 estabelece que “a sentença fará coisa julgada limitadamente aos membros do grupo ou categoria substituídos pelo impetrante”, de modo que não resta dúvida de que terceiros não integrantes da coletividade autora – ainda que com pretensão correspondente – possam ser beneficiados pela sentença proferida no *writ* coletivo (não podem!).

Segundo, pois substitui, no concernente à relação entre demandas coletivas (mandado de segurança coletivo) e individuais, o modelo da suspensão da ação individual pelo da desistência. Apesar de o art. 22, § 1º, da Lei n. 12.016/2009 ser expresso no sentido de que “o mandado de segurança coletivo não induz litispendência para as ações individuais”, para que o autor de mandado de segurança individual concomitante se beneficie da coisa julgada advinda da impetração coletiva, deverá requerer a desistência do seu mandado de segurança (e não mais a suspensão) no prazo de 30 dias a contar da ciência comprovada da impetração da segurança coletiva nos autos da impetração individual (dever de revelação, este, que é do impetrado), sob pena de não se beneficiar do ali decidido.

Para alguns autores, em que pese a prescrição legal que impõe a desistência do MS individual, o dispositivo tende a tornar-se letra morta, justamente por ser possível extrair de sua redação uma patente inconstitucionalidade circunstancial. É que, na hipótese de desistência do mandado de segurança individual, com o escopo de se aguardar o resultado do mandado de segurança coletivo para eventual transporte *in utilibus*, se não houver a concessão da ordem na órbita coletiva e já tiver escoado o prazo para se impetrar o mandado de segurança (120 dias), evidente que o autor do mandado de segurança individual sofrerá uma lesão irreparável à sua garantia constitucional de se utilizar do *writ*. A sistemática da tutela coletiva é clara ao prever que a solução dada ao caso coletivo não prejudicará nem obstará o ajuizamento de ações no plano individual. No entanto, a desistência do mandado de segurança individual em prol do coletivo pode trazer consigo evidente prejuízo na esfera individual, vez que pode inviabilizar a própria impetração, quanto mais a discussão do *merito causae*. Assim, haveria – para estes autores – prejuízo de ordem constitucional (art. 5º, LXIX, da CF), de modo que seria adequado considerar a suspensão do mandado de segurança individual, em homenagem à regra geral do microsistema, desconsiderando a regra da desistência para fins de adequá-la à norma constitucional, garantidora do mandado de segurança.

Assim, na sistemática da Lei n. 12.016/2009 (não obstante a crítica dantes tecida), tem-se que, a partir da opção do autor da impetração individual e do resultado do mandado de segurança coletivo, diversos quadros podem ser imaginados:

- a) caso haja desistência da impetração individual e a ação coletiva correspondente venha a ser acolhida, o indivíduo simplesmente se habilitará a bem da liquidação/execução da sentença coletiva, de modo que é possível afirmar que é mantido o regime da coisa julgada *in utilibus* no mandado de segurança coletivo;
- b) caso haja desistência da impetração individual e a impetração coletiva correspondente venha a ser desacolhida, nada impediria

que o indivíduo que não participou como assistente litisconsorcial da impetração (art. 94 do CDC) – que não pode ser prejudicado pela coisa julgada coletiva negativa (transporte *in utilibus*) – impetrasse novamente o mandado de segurança individual; entretanto, como o prazo para a impetração é exíguo (120 dias) e tem natureza decadencial (art. 23 da Lei n. 12.016/2009) – não se interrompendo ou se suspendendo pelo curso da ação coletiva –, só restará ao interessado o ajuizamento de ação cognitiva de procedimento comum para a tutela do seu interesse (crítica delineada anteriormente);

- c) caso o interessado, entretanto, opte por não desistir da sua impetração individual na pendência do mandado de segurança coletivo (e a lei lhe faculta isto), não haverá a mínima possibilidade de se beneficiar do que nele restar decidido, uma vez que o sistema preferiu a coisa julgada individual à coletiva.

É conveniente que se destaque que nada impedirá o indivíduo de, na pendência de mandado de segurança coletivo correspondente, impetrar mandado de segurança individual. Tal ato, que não é obstado pelo sistema (até pela inexistência de litispendência entre mandado de segurança coletivo e individual), simplesmente indica que o particular não tem interesse em se aproveitar do resultado do processo coletivo.

No mais, vale a nota de que, apesar da omissão do art. 22 da lei, impera no âmbito do mandado de segurança coletivo, até pela interpretação integrativa que se deve dar ao sistema processual coletivo (art. 103, II, do CDC), o regime da coisa julgada *secundum eventum probationis*, que autoriza novas impetrações coletivas, ao menos no âmbito do mandado de segurança coletivo para a tutela dos interesses coletivos *stricto sensu*, quando o primitivo mandado de segurança coletivo tiver sido desacolhido por falta de prova pré-constituída.

O grande problema prático que surge a partir desta afirmação é que será muito provável a ocorrência da decadência quando da repositura da impetração coletiva para a tutela dos interesses coletivos, ainda que fundada em prova nova e pré-constituída, uma vez

que o prazo decadencial de 120 dias, estabelecido no art. 23 da lei, provavelmente terá se esvaído.¹

Por fim, para os mandados de segurança coletivos que tutelam interesses individuais homogêneos, até pelo que consta do art. 103, III, do CDC, não se aplica o regime da coisa julgada *secundum eventum probationis*, de modo que a improcedência ou a carência da impetração coletiva (falta de prova pré-constituída) não permite mais a repositura da ação coletiva, preservadas, apenas, as pretensões individuais.

13. Inaplicabilidade do art. 2º-A da Lei n. 9.494/97 no mandado de segurança coletivo

O art. 2º-A da Lei n. 9.494/97 dispõe: “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”.

Tal regra não deve ser aplicada ao mandado de segurança coletivo.

Primeiro, porque a ação mandamental, por ser garantia constitucional, não pode sofrer uma tamanha limitação por legislação infraconstitucional.

E segundo porque tal regra é de duvidosa constitucionalidade, visto que a autorização constitucional para a substituição processual é exatamente para se coletivizarem, ao máximo possível, os litígios, evitando-se as múltiplas ações sobre o mesmo assunto.

Logo, uma limitação na abrangência da decisão em função do domicílio dos substituídos é inconcebível.

Imaginemos, como exemplo, um mandado de segurança coletivo promovido por associação dos fiscais de renda contra a fixação do teto estadual limitador de seus vencimentos. Concedida a liminar por juiz estadual, a decisão só atingiria os fiscais de renda com domicílio no Estado. Pela regra, a decisão não beneficiaria um fiscal de rendas, associado e aposentado, que tenha domicílio em outro Estado da Federação.

Também não se aplica ao mandado de segurança coletivo o disposto no parágrafo único do art. 2º-A da Lei n. 9.494/97: “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 exigência de juntada da relação nominal dos associados é prevista para determinar quais associados serão beneficiados pela decisão judicial. Contudo, o Supremo Tribunal Federal já sumulou a questão neste sentido (Súmula 629): “A impetração de mandado de segurança coletivo por entidade de classe em favor dos associados independe da autorização destes”.

A conclusão é óbvia: em relação ao mandado de segurança coletivo, se não há exigência sequer da autorização dos associados para a impetração, também não será preciso juntar a relação nominal, e, em consequência, a limitação da decisão judicial não ficará afeta aos associados “que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator”.

14. Impossibilidade de concessão *inaudita altera pars* contra o poder público

Antes do advento da Lei n. 12.016/2009, já previa o art. 2º da Lei n. 8.437/92 que, “No mandado de segurança coletivo e na ação civil pública, a liminar será concedida, quando cabível, após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de setenta e duas horas”.

A jurisprudência do STJ, de modo geral, vinha se pronunciando no sentido de que tal regra era compatível com a Constituição Federal e de observância obrigatória nas hipóteses de concessão de liminar contra o Poder Público, sob pena de nulidade da decisão concessiva da liminar (Resp 667.939/SC, 2ª T., Rel. Min. Eliana Calmon, j. 20-3-2007, *DJ* 13-8-2007, p. 355; Resp 220.082/GO, 2ª T., Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 17-5-2005, *DJ* 20-6-2005, p. 182; Resp 88.583/SP, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, *DJ* 18-11-1996, p.

44.847; AgRg no AgRg no Resp 303.206/RS, 1ª T., Rel. Min. Francisco Falcão, j. 28-82001, *DJ* 18-2-2002, p. 256).

Não obstante, o próprio STJ mitigava tal obrigação em hipóteses excepcionais, tal como nos casos em que a demora no cumprimento da obrigação legal de prévia oitiva da pessoa jurídica de direito público – o que acontece invariavelmente quando o ato depende de carta precatória – pudesse comprometer a própria eficácia do provimento, especialmente nos casos de risco de vida à pessoa humana ou de perturbação da ordem pública (Resp 860.840/MG, 1ª T., Rel. Min. Denise Arruda, j. 20-3-2007, *DJ* 23-4-2007, p. 237; e Resp 746.255/MG, 2ª T., Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 2-2-2006, *DJ* 20-32006, p. 254). Certamente, ao admitir a inflexibilidade da norma, estaríamos muito próximos da violação do art. 5º, XXV, da CF.

O novo art. 22, § 2º, da Lei do Mandado de Segurança simplesmente repete (de modo inútil e desnecessário) o enunciado do art. 2º da Lei n. 8.437/92, estabelecendo que, 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 se pronunciar no prazo de 72 (setenta e duas) horas”.

Três observações devem ser feitas a respeito do dispositivo.

Primeiro, nada leva a crer que a jurisprudência vá se orientar de maneira distinta do que já era consolidado para o art. 2º da Lei n. 8.437/92, de modo que certamente será mantida a interpretação quanto à obrigatoriedade da prévia oitiva, salvo nas hipóteses de extrema urgência anteriormente delineadas.

Segundo, só será essencial a prévia oitiva do Poder Público – aqui incluídas a administração direta, autarquias e fundações – quando houver possibilidade de concessão da liminar. Do contrário, a liminar pode ser indeferida independentemente de prévia oitiva do representante judicial do órgão estatal (no caso, as procuradorias).

E terceiro, mesmo nos casos em que não é observada a disposição, é mister que o Poder Público comprove a ocorrência de prejuízo pela sua não oitiva para que seja decretada a nulidade da decisão liminar.

De fato, o Código de Processo Civil, em seu art. 249, § 1º, assevera que não se repetirá o ato nem se lhe suprirá a falta quando não

prejudicar a parte, e, no art. 250, que o erro de forma acarreta unicamente a anulação dos atos que não possam ser aproveitados, devendo-se praticar os que forem necessários, a fim de se observarem, no que possível, as prescrições legais, acolhendo o princípio da instrumentalidade das formas e dos atos processuais.

Conforme já pontuado pelo STJ, não se apresenta razoável, sob o ponto de vista da utilidade prática do processo, desfazer o ato judicial baseado no poder geral de cautela, se não demonstrado prejuízo à defesa do ato administrativo pelo Poder Público por meio dos demais mecanismos processuais colocados à sua disposição pela legislação (agravo de instrumento e pedido de suspensão de execução de medida liminar – art. 4º da Lei n. 8.437/92), ainda mais quando se pode obter, via agravo de instrumento, o efeito suspensivo da liminar concedida ao arrepio da norma (Resp 1.018.614/PR, 2ª T., Rel. Min. Eliana Calmon, j. 17-6-2008, *DJe* 6-8-2008; Resp 295.656/RO, 2ª T., Rel. Min. Eliana Calmon, j. 8-10-2002, *DJ* 9-12-2002, p. 319; Resp 776.443/RS, 5ª T., Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 15-3-2007, *DJ* 23-4-2007, p. 297).

Portanto, preservado entendimento contrário, não se pode impor, automaticamente, a nulidade da liminar deferida *inaudita altera pars* no mandado de segurança coletivo contra o Poder Público. É necessária prova do prejuízo pela violação da norma.

15. Execução de sentença concessiva de mandado de segurança coletivo

15.1 Nas obrigações de fazer, não fazer e entregar

O art. 26 da Lei n. 12.016/2009 dispõe que “Constitui crime de desobediência, nos termos do art. 330 do Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940, o não cumprimento das decisões proferidas em mandado de segurança, sem prejuízo das sanções administrativas e da aplicação da Lei n. 1.079, de 10 de abril de 1950, quando cabíveis”.

Diante da natureza do provimento mandamental, entende-se que, mais do que a imposição de uma obrigação pelo Estado-Juiz, o ato aqui emanado é uma ordem estatal cogente.

Conseqüentemente, o não cumprimento gera não só a possibilidade de execução da sentença ou da decisão antecipatória proferida – que se fará nos termos dos arts. 84 do CDC e 461-A ou 730 do CPC (a depender da natureza da obrigação) –, mas a própria prática de crime pela autoridade responsável pelo cumprimento da decisão.

Antes da vigência do art. 26 da Lei n. 12.016/2009, havia discussão acadêmica – na inexistência de disposição correspondente na Lei n. 1.533/51 – a respeito do crime praticado pela autoridade ou equiparado que não cumpria decisão mandamental.

Alguns sustentavam que o não atendimento à ordem mandamental poderia configurar o crime de prevaricação (art. 319 do CP), se constatado que o não cumprimento da ordem se dava por questão de interesse ou sentimento pessoal, até mesmo porque não havia a prática de desobediência (art. 330 do CP), pelo fato de que tal conduta penal só pode ser praticada por particular.

Assim, “a recusa da autoridade coatora em cumprir a ordem judicial pode, por força de atipia relativa (se restar entendido, como dedução evidente, a satisfação de interesse ou sentimento pessoal), configurar, também, o delito de prevaricação (art. 319 do CP). Só a atipia absoluta, de plano detectável, é que ensejaria o reconhecimento da falta de justa causa” (STJ, RHC 13.964/SP, 5ª T., Rel. Min. Félix Fischer, j. 1º-4-2004).

Outros, entretanto, insistiam na prática da desobediência, principalmente nas hipóteses em que não havia vínculo funcional entre a autoridade ordenante e a ordenada.

O Superior Tribunal de Justiça, notadamente a Col. Quinta Turma, contrariando parte da doutrina, assentava o entendimento segundo o qual seria possível a prática do crime de desobediência por funcionário público, no exercício de suas funções (STJ, HC 30.390/AL, 5ª T., Rel. Min. Félix Fischer, j. 3-22004). Estabelecia, ainda, que “a autoridade coatora, mormente quando destinatária específica e de atuação necessária, que deixa de cumprir ordem judicial proveniente de mandado de segurança pode ser sujeito

ativo do delito de desobediência (art. 330 do C.P.). A determinação, aí, não guarda relação com a vinculação – interna – de cunho funcional-administrativo e o seu descumprimento ofende, de forma penalmente reprovável, o princípio da autoridade (objeto da tutela jurídica)” (RHC 12.780, 5ª T., Rel. Min. Félix Fischer, j. 27-5-2003).

Parece-nos que a nova disposição acaba em termos com esta discussão, na medida em que impõe, *ainda que por equiparação*, o descumprimento da decisão mandamental ao crime de desobediência, seja o destinatário da ordem funcionário público ou equiparado.

Algumas questões restam ainda abertas, e certamente poderão ser dirimidas pelos *expertos* em direito penal. Pode haver concurso de crime de desobediência e de prevaricação, quando a autoridade ordenada se nega a cumprir a decisão por sentimento ou interesse pessoal? Persiste o crime se o descumprimento se dá por impossibilidade fática ou financeira de se atender ao comando mandamental?

Seja como for, o fato é que, em se tratando de crime de pequeno potencial ofensivo (art. 61 da Lei n. 9.099/95 c.c. art. 2º, parágrafo único, da Lei n. 10.259/2001), não se imporá a prisão em flagrante do renitente destinatário da ordem se ele se comprometer a comparecer oportunamente perante os Juizados Especiais Criminais (art. 69, parágrafo único, da Lei n. 9.099/95).

Ou seja, o disposto no artigo ora comentado pouco amedronta aquele que, efetivamente, tenha por escopo descumprir a ordem judicial.

Teria sido bem mais interessante se o legislador tivesse criado um tipo específico para o descumprimento da decisão mandamental e, principalmente, que tivesse estipulado uma sanção – que poderia ser até não penal (afastamento temporário do cargo, multa pessoal etc.) – a qual não acabasse no pagamento de uma cesta básica (art. 72 da Lei n. 9.099/95) nos Juizados Especiais Cíveis ou Federais.

Dependendo da autoridade destinatária da ordem, o crime praticado pelo descumprimento da ordem mandamental pode ser distinto da desobediência. Na medida em que a Lei n. 12.016/2009 faz referência à Lei n. 1.079/50 – e é uma pena que não o tenha feito, de modo expresse, ao Decreto-lei n. 201/67 (para alcançar os prefeitos e vereadores) –, é possível que alguns agentes políticos (Presidente da República, Ministros de Estado, Governadores) cometam crime mais grave caso não obedeçam a uma ordem mandamental. O art. 12, 2, da Lei n. 1.079/50, é expresse no sentido de que é crime de responsabilidade deixar de cumprir as decisões do Poder Judiciário, o que, por óbvio, inclui a proferida em sede de mandado de segurança. A maior gravidade da conduta destes agentes advém do fato de que não são subalternos, mas, sim, chefes de poder e agentes políticos do alto escalão (como tais, não apenáveis administrativamente), de modo que devem zelar pela observância do princípio constitucional da independência dos poderes da República (art. 2º da CF).

Além da prática de desobediência, o agente público que não der cumprimento às decisões mandamentais fica sujeito a sanções de natureza administrativa, a serem aplicadas pelos superiores hierárquicos, especialmente quando o descumprimento tenha sido voluntário ou não submetido ao crivo da chefia imediata.

Obviamente, até por força de imperativo constitucional, no processo administrativo disciplinar, devem ser assegurados ao funcionário público o devido processo legal e todos os meios de defesa a ele inerentes.

É possível, ainda, que o descumpridor da decisão mandamental, ou mesmo aquele que cause embaraço ao seu cumprimento, sofra a sanção processual prevista no art. 14, V e parágrafo único, do CPC: multa fixada de acordo com a gravidade da conduta, no percentual de 20% do valor da causa.

Tal multa, a qual pode ser aplicada, inclusive, a terceiro que não seja parte da impetração, mas não ao advogado ou ao procurador do

ente público, caso não paga após o trânsito em julgado da impetração, será inscrita na dívida ativa para fins de execução fiscal.

Por fim, apesar da omissão legislativa, também nos parece ser possível que o descumprimento da decisão concessiva do MS Coletivo possa acarretar a responsabilização dos agentes públicos (ao menos dos sujeitos à Lei de Improbidade Administrativa) pela prática de improbidade, nos termos do art. 11, I, da Lei n. 8.429/92, com a aplicação das respectivas sanções previstas no art. 12 da citada lei.

A única ressalva ora feita é que, para a ocorrência da improbidade, é essencial uma conduta dolosa, dirigida imediatamente ao descumprimento voluntário da decisão. O descumprimento involuntário, advindo da impossibilidade fática de ser efetivada a prestação, não acarreta a responsabilização por improbidade (STJ, Resp 626.034/RS, 2ª T., Rel. Min. João Otávio Noronha, j. 28-3-2006).

15.2 Nas obrigações de pagar

O art. 14, § 4º, da Lei n. 12.016/2009 – que disciplina o mandado de segurança individual e coletivo – é claro no sentido de 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”.

A redação deste dispositivo veio na esteira do que já constava da Súmula 271 do STF: “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”.

Ambas as disposições indicam que, em sede de mandado de segurança coletivo, caso haja algum valor a ser pago em favor dos substituídos pelo impetrante (vítimas e sucessores), ele terá como marco inicial a impetração. Eventuais valores devidos referentes ao período anterior à impetração deverão ser objeto de demanda autônoma dos interessados, não podendo ser cobrados nos próprios autos do mandado de segurança.

Quer nos parecer que a disposição – que veio para substituir o antiquado regime dos arts. 1º e 3º da Lei n. 5.021/66 – autoriza que os pagamentos dos valores devidos no curso da impetração coletiva possam ser feitos independentemente da expedição de precatório (art. 100 da CF), por meio do lançamento dos créditos em folha de pagamento dos servidores substituídos pelo impetrante.

16. A Lei n. 12.016/2009 e as ADI 4.296 e 4.403

A novel legislação do mandado de segurança já é objeto de duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) no Supremo Tribunal Federal, ambas propostas pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

Na ADI 4.296, tiveram questionadas as suas presunções de constitucionalidade os dispositivos legais do art. 1º, § 2º, art. 7º, III e § 2º, art. 22, § 2º, arts. 23 e 25, sob o fundamento de que, ao disciplinar as hipóteses de cabimento do mandado de segurança, individual e coletivo, o legislador não preservou a amplitude da ação de natureza constitucional, tendo o ato normativo então impugnado, pois, violado a Constituição Federal, na medida em que a restringiu por razões meramente de proteção ao Poder Público e suas autoridades.

Já na ADI 4.403, o objeto de questionamento cingiu-se ao art. 14, § 2º, que veicula a extensão do direito de recorrer à parte coatora, cuja interpretação do dispositivo daria margem à real possibilidade de a autoridade coatora interpor, por si só, recurso de apelação, dispensando, conseqüentemente, a presença do advogado para tanto. Assim, a autora da ADI entende haver afronta ao art. 133, da CF, o qual estatui ser o advogado indispensável à administração da justiça, pleiteando, se não a declaração de inconstitucionalidade de tal artigo de lei, a interpretação conforme os termos da Constituição.

Como se trata de ações bastante recentes, que nem sequer concederam liminares à suspensão da eficácia dos dispositivos impugnados (houve pedido cautelar na ADI 4.296, negado pelo Ministro Relator Marco Aurélio), resta-nos aguardar com paciência a solução que será atribuída a esses casos pelo Supremo Tribunal Federal.

[1] Restaria imaginarmos, apenas, a ocorrência da repositura quando houvesse súbito indeferimento da petição inicial do mandado de segurança coletivo pela ausência de prova pré-constituída, de modo que nesta situação seria possível, ao menos em tese, nova impetração dentro do prazo decadencial de 120 dias.

◆ Referências

- ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática de sua interpretação e aplicação)*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- ALMEIDA, Gustavo Milaré. *Poderes investigatórios do Ministério Público nas ações coletivas*. São Paulo: Atlas, 2010.
- ALVES, Francisco Glauber Pessoa. Ação popular. In: GAJARDONI, Fernando da Fonseca; SILVA, Márcio Henrique Mendes da (Orgs.). *Manual dos procedimentos especiais cíveis de legislação extravagante*. São Paulo: Método, 2006.
- BASTOS, Lucília Isabel Candini. *Mandado de segurança coletivo: legitimidade ativa e objeto*. Curitiba: Juruá, 2007.
- BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: direito processual coletivo e direito processual público*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- CASTRO MENDES, Aluisio Gonçalves de. O anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos: visão geral e pontos sensíveis. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; CASTRO MENDES, Aluisio Gonçalves de; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- COSTA, Susana Henriques da. *O processo coletivo na tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa: ação de improbidade administrativa, ação civil pública e ação popular*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Class action e mandado de segurança coletivo*. São Paulo: Saraiva, 1990.
- DIDIER JR., Fredie. O controle jurisdicional da legitimação coletiva e as ações coletivas passivas. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (Coords.). *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- DIDIER JR., Fredie; ZANETTI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil*. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2010. v. 4.
- DINAMARCO, Pedro da Silva. A sentença e seus desdobramentos no mandado de segurança individual e coletivo. In: BUENO, Cássio Scarpinella et al (Coord.). *Aspectos polêmicos do mandado de segurança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

- FERRARESI, Eurico. *Ação popular; ação civil pública e mandado de segurança coletivo*. São Paulo: Método, 2009.
- FERRARESI, Eurico. *Inquérito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- FIGUEIREDO, Marcelo. Ação de improbidade administrativa, suas peculiaridades e inovações. In: BUENO, Cássio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (Coords.). *Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- FIGUEIREDO, Marcelo. *O controle da moralidade na Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2004.
- FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2004.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca. A competência nas ações coletivas em matéria ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 45, p. 107-128, 2007.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. São Paulo: Atlas, 2008.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca; MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Procedimentos cautelares e especiais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. v. 4.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca et al. *Comentários à Lei de Improbidade Administrativa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- GÓES, Gisele Santos Fernandes. O pedido de dano moral coletivo na ação civil pública do Ministério Público. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (Coords.). *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. *Ação popular: aspectos polêmicos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. *Curso de direito processual civil coletivo*. 2. ed. São Paulo: SRS, 2008.
- GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; FAVRETO, Rogério. Anotações sobre o projeto da nova lei da ação civil pública: principais inovações. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 34, v. 176, p. 174-194, out. 2009.
- GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel et al. *Comentário à nova Lei do Mandado de Segurança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Mandado de segurança coletivo: legitimação, objeto e coisa julgada. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 32, p. 11-26, dez. 1989.

- LEHFELD, Luca de Souza. Considerações sobre a legitimação ativa no mandado de segurança coletivo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 34, n. 171, p. 350, maio 2009.
- LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação popular*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- MARQUES, José Roberto. Ação civil pública. In: GAJARDONI, Fernando da Fonseca; SILVA, Márcio Henrique Mendes da (Orgs.). *Manual dos procedimentos especiais cíveis de legislação extravagante*. São Paulo: Método, 2006.
- MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *O limite da improbidade administrativa*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- MAZZILI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MAZZILI, Hugo Nigro. Notas sobre a mitigação da coisa julgada no processo coletivo. In: In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (Coords.). *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- MAZZILI, Hugo Nigro. Notas sobre o inquérito civil e o compromisso de ajustamento de conduta. In: MILARÉ, Édís (Coord.). *Ação civil pública após 25 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- RIBEIRO, Marcelo Navarro. *Mandado de segurança coletivo*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta*. Teoria e Prática. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha; FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. *O novo processo civil coletivo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- SALLES, Carlos Alberto de. *Execução judicial em matéria ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- SANTOS, Carlos Frederico Brito dos. *Improbidade administrativa: reflexões sobre a Lei n. 8.429/92*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- SHIMURA, Sérgio. *Tutela coletiva e sua efetividade*. São Paulo: Método, 2006.
- SILVA, Bruno Freire. A ineficácia da tentativa de limitação territorial dos efeitos da coisa julgada na ação civil pública. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (Coords.). *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- SILVA, Flávia Regina Ribeiro da. *Ação popular ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo*. São Paulo: Malheiros, 2007.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Tutela jurisdicional coletiva*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

VILLELA, Patrícia (Coord.). *Ministério Público e políticas públicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ZUFELATO, Camilo. *Coisa julgada coletiva*. São Paulo: Saraiva, 2011.