

Não houve, porém, esse voto, e, logo mais, discutiremos a questão em maior profundidade.<sup>39</sup> Adianto-se agora que, no projeto levado à sanção presidencial, havia por *duas vezes* referência ao litisconsórcio ministerial (arts. 82, § 2º, e 113) e ao compromisso de ajustamento (arts. 82, § 3º, e 113). Entretanto, o presidente da República só formalizou os vetos aos §§ 2º e 3º do art. 82 do CDC; faltou-lhe formalizar o voto ao art. 113 do CDC, e este dispositivo foi promulgado na íntegra, junto com os demais dispositivos sancionados da Lei n. 8.078/90. E, posteriormente, o § 1º do art. 27 da Lei n. 9.966/00 reportou-se ao § 5º do art. 5º da LACP, introduzido pelo art. 113 do CDC, dando-o, assim, como em plena vigência.

Os dispositivos em duplicata constantes do art. 113 do CDC tinham maior abrangência que os do art. 82, pois não diziam respeito apenas à defesa do consumidor, e sim à defesa de quaisquer interesses de que cuida a LACP, inclusive a defesa difusa ou coletiva de consumidores.

Dessa forma, *ao sancionar e promulgar o CDC, o presidente da República incluiu expressamente, dentre os dispositivos sancionados e promulgados o art. 113, na sua íntegra, ainda que o tenha feito apenas por inadvertência.*

Assim, por força do art. 113 do CDC, permite-se tanto o litisconsórcio entre Ministérios Públicos diversos como o compromisso de ajustamento. E, como a LACP é de aplicação conjugada com o CDC para a defesa de qualquer interesse difuso ou coletivo, o litisconsórcio e o compromisso de ajustamento passaram a ser aplicáveis ao próprio sistema do Código de Defesa do Consumidor...<sup>40</sup>

## CAPÍTULO 6

### OBJETO DA LEI N. 7.347/85

*SUMÁRIO:* 1. Campo de incidência. 2. O voto imposto à Lei n. 7.347/85. 3. A defesa de qualquer interesse transindividual. 4. Causa de pedir e natureza do pedido. 5. A defesa do patrimônio público e da probidade administrativa. 6. O controle do ato administrativo. 7. Os princípios da eficiência e da razoabilidade. 8. Ação civil pública e ação direta de inconstitucionalidade. 9. A defesa do contribuinte e de outros interesses análogos. 10. Os danos morais e patrimoniais. 11. Direito de resposta coletivo. 12. Distinção entre ação civil pública, ação popular e mandado de segurança coletivo.

#### 1. Campo de incidência

É bastante amplo o objeto da ação civil pública.

Segundo o art. 1º, *caput*, da LACP, regem-se pelas disposições da LACP, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:<sup>1</sup>

- I — ao meio ambiente;
- II — ao consumidor;
- III — a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, literário e paisagístico;
- IV — a qualquer outro interesse difuso ou coletivo;<sup>2</sup>
- V — por infração da ordem econômica e da economia popular;<sup>3</sup>

39. Sobre a questão do voto, *v. tb.*, os Caps. 18, n. 5, e 24, n. 1, c.

40. CDC, art. 90, e LACP, art. 21.

1. Redação dada ao *caput* pelo art. 88 da Lei n. 8.884, de 11-06-94.

2. Originariamente vetado, esse inciso foi acrescentado pelo art. 110 do CDC.

3. Cf. art. 88 da Lei n. 8.884/94 e Med. Prov. n. 2.180-35/01, art. 6º.

## VI — à ordem urbanística.<sup>4</sup>

Medidas provisórias introduziram um parágrafo único no art. 1º da IACP, com o fito de impedir a tutela coletiva na defesa de alguns interesses.<sup>5</sup> Para uma análise mais específica dessa restrição, reportamo-nos ao Cap. 52.

Uma apressada leitura do art. 1º da IACP poderia causar a impressão de que somente poderia ser objeto de ação civil pública a responsabilidade por *danos* materiais e morais a interesses transindividuais; entretanto, a ação civil pública também pode ter por objeto: a) pedido destinado a *evitar* os danos (IACP, art. 4º); b) pedido comunitário (IACP, art. 3º, segunda parte); c) qualquer outro pedido para eficaz tutela coletiva (IACP, art. 21, c.c. os arts. 83 e 90 do CDC).

Essa leitura superficial poderia ainda fazer crer que não pode ser objeto da ação civil pública a tutela de interesses individuais homogêneos. É que, ao contrário do CDC, a IACP só faz menção direta à defesa de interesses difusos e coletivos; nada diz sobre interesses individuais homogêneos. Por isso, em interpretação menos avisada, têm alguns procurado sustentar que a defesa de interesses individuais homogêneos por meio de ação civil pública só poderia ser feita em favor de grupos de *consumidores*, pois que o CDC, sim, alude à defesa coletiva de consumidores.<sup>6</sup> Esse entendimento é de todo equivocado, pois que, como a IACP e o CDC se integram no tocante à defesa coletiva de interesses transindividuais, também os interesses individuais homogêneos estariam alcançados pela proteção da ação civil pública da Lei n. 7.347/85, estrejam ou não relacionados com a defesa de grupos de consumidores.<sup>7</sup> Assim, pode ser objeto de ação civil pública ou coletiva a defesa de quaisquer interesses transindividuais, sejam difusos, coletivos ou individuais homogêneos, digam ou não respeito a consumidores.

A IACP cuida soniente da defesa coletiva de *interesses transindividuais*, isto é, seu objeto são somente os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, que reúnem grupos, classes ou categorias de pessoas. Assim, em que pese ter essa lei mencionado o cabimento da ação de responsabilidade por danos causados ao *consumidor* (art. 1º, II), é certo que, para fins de defesa coletiva de interesses, não se quer referir à proteção do consumidor considerado sob o ponto de vista estritamente individual, ou seja, como consumidor determina-

<sup>4</sup> Esse inciso foi acrescentado pelo art. 53 da Lei n. 10.257/01, como inc. III do art. 1º da IACP, renumerando-se os demais: por força do art. 6º da Med. Prov. n. 2.180-35/01, passou a constar do rol do art. 1º da IACP como inc. VI, mantidos os demais; ourossim, o art. 21 da mesma medida provisória revogou o art. 53 da Lei n. 10.251/01. Sobre a ordem de numeração dos incisos do art. 1º da IACP, v. nota de rodapé n. 2, na p. 771.

<sup>5</sup> Med. Prov. ns. 2.102/26/00 e s. e 2.180-35/01 e s.

<sup>6</sup> CDC, art. 81, parágrafo único, III.

<sup>7</sup> IACP, art. 21, introduzido pelos arts. 117 e 90, do CDCC.

do quanto en quanto a lesão atinja uma coletividade ou um número significativo de pessoas. Isso significa que podem ser defendidos por meio de ação civil pública quaisquer grupos, classes ou categorias de pessoas singularizadas, indeterminadas ou até indetermináveis, desde que estes sejam constituídas por circunstâncias de fato comuns ou pela mesma relação social ou a básica. Esse raciocínio é tanto mais reforçado quando se vê que a norma de extensão contida no inc. IV do art. 1º<sup>8</sup> após enumerações de vários tipos de interesses que podem ser defendidos por meio da ação civil pública, a lei acrescenta que se permite a defesa de “qualquer novo interesse difuso ou coletivo”, o que evidencia estar toda ela semelhante a cuidar da defesa judicial de interesses transindividuais.

A ação civil pública ainda se presta para que o Ministério Públ-  
ico possa questionar políticas públicas, quando do exercício de suas funções no zelo para que os Poderes Públicos e os serviços de relevância pública observem os direitos assegurados na Constituição.<sup>9</sup> Com efeito, não poderá o Ministério Públco pedir ao Poder Judiciário admissibilidade no lugar do administrador; contudo, poderá cobrar em juízo a aplicação de princípios da Administração que possam estar sendo desrespeitados, e, com isso, restaurar a legalidade. Também não poderá o Ministério Públco estar movido por critérios político-partidários; entretanto, sua ação tem inequível caráter político, no sentido técnico da expressão, ou seja, a instituição ministerial pode legitimamente questionar atos de governo, que, entre outras hipóteses, firam o princípio da legalidade, configurem desvio ou abuso de poder, ou diviriam dos princípios da moralidade, eficiência ou razoabilidade, entre outros que devem informar a Administração.<sup>10</sup>

Contra ato jurisdicional não se admite ação civil pública. Aquela tem meios próprios de impugnação, ou seja, em regra, usam-se os recursos, antes do transito em julgado, e a ação rescisória, em caso contrário.<sup>11</sup>

## 2. O veto imposto à Lei n. 7.347/85

O anteprojeto oriundo do Ministério Públco paulista, que se converteu no Projeto do Executivo, tinha sido mais ambicioso que o texto final da Lei n. 7.347/85. Do projeto de lei — oriundo do Poder Executivo e aprovado nas duas Câmaras — tinha constado, na redação originária do inc. IV do art. 1º, uma norma de extensão ou de encerra-

<sup>8</sup> Con quanto devesse ser norma de encerramento, o inc. IV do art. 1º da IACP devia ser seguido por outros incisos, a denotar que o legislador teve absoluto desconhecimento de técnica legislativa...

<sup>9</sup> CR, art. 129, II.

<sup>10</sup> Sobre o controle do ato administrativo, v., neste Cap., o n. 6.

<sup>11</sup> Em hipótese análoga, o STF já entendeu não caber ação popular contra ato jurisdicional (Ag.RgPet n. 2.018-SP, 2º T. STF, j. 22-08-00, v.u., rel. Min. Celso de Mello, flf.: 16-02-01, p. 92).

mento, pela qual também encontrariam proteção coletiva outros interesses difusos, além daqueles ligados ao meio ambiente, ao consumidor e ao patrimônio cultural. Entretanto, essa norma de extensão — que já constava do próprio projeto encaminhado ao Congresso — acabou sendo vetada pelo então Presidente da República, sob a alegação de que surgiria insegurança jurídica diante de conceito muito amplo, ainda não sedimentado na doutrina. Segundo as razões do voto, o chefe do Executivo temeria a “insegurança jurídica” decorrente da “amplosíma e imprecisa abrangência da expressão *qualquer outro interesse difuso*”, a tornar inconveniente a sanção integral do texto já aprovado nas duas Casas Legislativas, e que ele próprio ao Congresso tinha antes encaminhado, quando presumivelmente entendera o contrário...

Parece-nos, porém, que o veto se deu não só em razão das pressões de grupos interessados, como também porque o Poder Executivo só então despertou para os riscos que iria enfrentar quando seus atos fossem questionados em ações civis públicas (riscos que mais tarde voltou a procurar elidir com o abuso de medidas provisórias, que tiravam com uma mão o que a LACP e o CDC tinham dado com outra).

Assim, já quando da sanção da LACP, o Poder Executivo não se animou em dar à sociedade um eficiente instrumento de defesa de interesses difusos ou coletivos em geral, que muitas vezes poderia voltar-se contra o governo. A coletividade poderia ver usada a ação civil pública, em seu proveito, como no caso do inconsistitucional bloqueio dos ativos financeiros pelo Plano Collor; nas excessivas retenções de imposto de renda na fonte e sua arbitrária devolução que o governante faz, quando bem quer; nos empréstimos compulsórios inconstitucionais; na arbitrariedade demora da restituição de outros impostos cobrados a maior; na cobrança indevida de tributos que não exijam contraprestações específicas; nos aumentos dos impostos prediais sem observância de princípios constitucionais; na defesa dos funcionários públicos e aposentados contra a demora ou até a ausência de pagamento de reposições salariais; na defesa dos trabalhadores contra a apropriação indébita de importâncias que lhes pertencem, por força de cálculos governamentais distorcidos, como no tocante aos valores depositados no Fundo de Garantia por Tempo de Serviço; na defesa dos funcionários e dos cidadãos em geral contra a ausência de reposição real do valor da moeda, nas obrigações do Estado, que só a aplica quando a correção monetária corra a seu favor; na defesa dos mutuários do Sistema Financeiro da Habitação contra aumentos indevidos de prestações; no insuficiente reajuste dos benefícios atinentes às aposentadorias previdenciárias; na defesa de interesses econômicos de categorias operárias; na defesa das vítimas dos grandes escândalos financeiros, sobretudo a lei n. 7.913/89 (v. Cap. 44).

Lembra lamentável o voto, por evidenciar quanto distante ainda estava o País de garantir efetivamente acesso coletivo à jurisdição, foi ele que, por motivos superado, pois o próprio Poder Constituinte originário não pôde conferir ao Ministério Público a norma residual que passou a garantir-lhe a defesa de quaisquer interesses difusos ou coletivos;<sup>13</sup> e que, por outro lado, com as alterações depois introduzidas no art. 1º da LACP e CDC, perdeu toda a importância o voto que esse dispositivo significava, sofrendo a um de seus incisos, pois passou a caber a defesa de *qualquer interesse difuso ou coletivo* pelos legitimados ativos à ação pública ou coletiva.<sup>14</sup>

Verdade é que algumas medidas provisórias posteriores tentaram regular o acesso coletivo à jurisdição em matérias que não interessavam ao governo; contudo, como é garantia fundamental o acesso à jurisdição tanto sob forma individual como sob forma coletiva, a ordem constitucional não pode impunemente obstar-l-o.<sup>15</sup>

### A defesa de qualquer interesse transindividual

Quanto à defesa de outros interesses transindividuais por meio de ações civis públicas ou coletivas, reportamo-nos aos capítulos específicos onde analisamos os temas: meio ambiente, Cap. 7; consumidor, Cap. 8; patrimônio cultural, Cap. 9; patrimônio público e social, Cap. 10; pessoas com deficiência, Cap. 43; investidores, Cap. 44; crianças e adolescentes, Cap. 45; ordem econômica e economia popular, Cap. 46; cultura urbanística, Cap. 47; pessoas idosas, Cap. 48; grupos étnicos e minorias, Cap. 49; mulheres, Cap. 50; contribuintes, Cap. 51; qualquer outro interesse transindividual, Cap. 52.

#### 4 Causa de pedir e natureza do pedido

Dentre os elementos identificadores da ação (*partes, causa de pedir e pedido*), neste Capítulo ora nos cabe tecer algumas considerações sobre dois deles.

*Causa de pedir* são os fundamentos de fato e de direito em que se bascia a ação (respectivamente causa de pedir próxima e remota), os quais devem vir expostos na petição inicial.<sup>16</sup> *Causa de pedir remota* são os fundamentos jurídicos do pedido (o direito que embasa o pedido do autor), e *causa de pedir próxima* são seus fundamentos de fato

<sup>13</sup> CR, art. 1.29, III.

<sup>14</sup> LACP, art. 1.10; LACP, art. 1º, IV, com a redação que lhe deu o CDC. Sobre a edição de numeração dos incisos do art. 1º da LACP, v., ainda, a nota de rodapé n. 2, na p. 127.

<sup>15</sup> As Med. Prov. ns. 2.102-26/00 e s., e 2.180-35/01 e s., introduziram um parágrafo único ao art. 1º da LACP, tentando impedir o acesso coletivo à jurisdição nos casos de interesse do governo.

<sup>16</sup> CPC, art. 282, III.

(a violação do direito). Ora, a causa de pedir não é coberta pela coisa julgada, salvo se a respeito da declaração de sua existência houver pedido expresso, ainda que incidental.<sup>17</sup>

*Pedido* é o objeto da ação, ou seja, é o bem da vida pretendido pelo autor, a ser devidamente explicitado na petição inicial.<sup>18</sup> Em regra, deve o pedido ser certo ou determinado;<sup>19</sup> será, entretanto, genérico quando não seja possível determinar na petição inicial, de modo definitivo, as consequências do ato ou do fato ilícito.<sup>20</sup>

Ao responder ao pedido do autor, a sentença deve ser certa,<sup>21</sup> ou seja, o objeto da condenação deve ser determinado ou, pelo menos, determinável, o que significa que deve dispor precisamente sobre "aquele a quem condene o réu".<sup>22</sup> Assim, a sentença deve "tornar indubitável aquilo a que condena o réu (sentença condenatória) ou o que declara (sentença declaratória) ou o que constitui ou desconstitui (sentença constitutiva)".<sup>23</sup>

Em matéria de ações civis públicas ou coletivas, por exceção,<sup>24</sup> a lei admite condenações genéricas. Assim, "em caso de procedência do pedido, a condenação será genérica, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados".<sup>25</sup> Como anota Ada Pellegrini Grinover, "a condenação versará sobre o resarcimento dos danos *causados* e não dos prejuízos *sofridos*. Isso significa, no campo do Direito Processual, que, antes das liquidações e execuções individuais, o bem jurídico objeto de tutela ainda é tratado de forma indivisível, aplicando-se a toda a coletividade, de maneira uniforme, a sentença de procedência ou improcedência".<sup>26</sup>

O fato de a condenação ser genérica não lhe retira, porém, o caráter de certezza e liquidez (existência e determinação do objeto).

A ação civil pública e a ação coletiva estão sujeitas ao princípio da *cognição* ou da *correlação*, ou seja, o juiz deve decidir a lide dentro dos limites do pedido.<sup>27</sup> Assim, se o autor quer que a sentença também forme título executivo em favor de lesados individuais homó-

<sup>17.</sup> CPC, arts. 469 e 470. V., ainda, o Cap. 37, ns. 1 e 9.

<sup>18.</sup> CPC, art. 282, IV.

<sup>19.</sup> CPC, art. 286.

<sup>20.</sup> CPC, art. 286, II.

<sup>21.</sup> CPC, art. 460, parágrafo único.

<sup>22.</sup> Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, notas do art. 461, v. V, p. 96, Forense, 1974.

<sup>23.</sup> Moacyr Amaral Santos, *Comentários ao Código de Processo Civil*, notas do art. 461, v. IV, p. 443, Forense, 1977.

<sup>24.</sup> CDC, art. 95.

<sup>25.</sup> *Código brasileiro de defesa do consumidor*, cit., notas do art. 95.

<sup>26.</sup> CPC, art. 460.

gências<sup>18</sup>, deverá formular pedido correspondente, sob pena de não se prender a aproveitar o *decisum* em ações individuais.<sup>27</sup>

Suponhamos que um ente legitimado ajuíze ação civil pública, pretendendo que, como uma fábrica polui (causa de pedir), seja ela própria (pedido). Eventual procedência permitirá apenas que a fábrica seja multada; mas isso não importará dizer que o réu já esteja condenado, *ipso facto*, a pagar os danos individuais homogêneos decorrentes da julgada, os quais, no caso, sequer foram objeto da ação. Para que a fábrica nalguma possa ser executada pelos lesados individuais, é indispensável que a réu seja multada a reparação a danos individuais homogêneos, só dessa maneira se viabilizará que o réu exerça a ampla defesa, que é o devido processo legal. Em nome do mero aproveitamento *in extremis* do julgado coletivo, não se pode pura e simplesmente impor que a *decisum* coletivo para as ações individuais, sem que no processo correspondente havid pedido correspondente.<sup>28</sup>

Em outras palavras, a imutabilidade *erga omnes* ou *ultra partes* da sentença (IACP, art. 16; CDC, art. 103) corresponderá aos limites do formulado na ação civil pública ou coletiva.<sup>29</sup>

Em matéria de tutela coletiva, cabem hoje não só ações coletivas, mas de qualquer natureza.<sup>30</sup>

Na mesma ação civil pública ou coletiva, é possível pedir a tutela de um tipo de interesse transindividuais, bem como nela é ainda possível acumular pedidos, desde que compatíveis.<sup>31</sup>

Diz o art. 3º da LACP: "A ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigações inadmitido que a parte querer". Daí, têm alguns precedentes jurisprudenciais inadmitido que a parte impede, entre tanto, que se condene o réu a pagar a indenização pelos danos já causados, e, ao mesmo tempo, a cumprir uma obrigação de fazer, como pôr um filtro numa chaminé de fábrica, para prevenir danos futuros; ou ainda, nada impede que se condene o réu a cumprir

<sup>27.</sup> A propósito da liquidação e do cumprimento da sentença promovidos pelos lesados individuais a partir de título formado em processo coletivo, *v. Cap. 36.*

<sup>28.</sup> V. tb. Cap. 12, n. 5, 35, n. 1, e 36, n. 1.

<sup>29.</sup> V. Cap. 37, n. 5.

<sup>30.</sup> A propósito da tutela similitânea de diversos tipos de interesses transindividuais, por meio de uma única ação civil pública, *v. tb.*, o Cap. 1, n. 7.

<sup>31.</sup> A propósito da tutela similitânea de diversos tipos de interesses transindividuais, por meio de uma única ação civil pública, *v. STJ*, 1ª T. STJ, j. 28-03-00, v.u., rel. Min. Garcia Vieira,

*32. Vg.*, REsp n. 247.162-SP, 1ª T. STJ, j. 08-05-00, p. 73.

uma obrigação de fazer e a pagar a multa fixada na forma do art. 11 da LACP.<sup>33</sup>

Somente à primeira vista poderia parecer, de forma simplista que a alternativa do art. 3º da LACP é ou a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer, jamais as duas coisas ao mesmo tempo. Não é isso o que pretende a lei.

Sob o aspecto gramatical, nem sempre a conjunção *ou* importa exclusão. Haverá exclusão se eu disser que Maria se casará com João ou José (ou bem ela se casa com um, ou bem se casa com o outro, nunca com ambos ao mesmo tempo); mas tem sentido aditivo, se eu disser que João ou José são bem-vindos em minha casa (um e outro são bem-vindos, quer sozinhos, quer juntos).

O que o art. 3º da LACP quer, isso sim, é impedir, p. ex., que numa ação civil pública, se peça a condenação do réu a pagar indenização reparatória porque causou o dano e, ainda, a reparar esse mesmo dano. Numa situação assim, haveria mesmo um inaceitável *bis in idem*. Mas nada impede que se condene o réu a pagar indenização pelo dano causado e ainda a suportar obrigação de fazer para serem evitados danos futuros; também pode ser condendado a reflorestar uma área ambiental, sem prejuízo de arcar com indenização pelo dano à coletividade, correspondente ao tempo que esta terá de aguardar até que advenha o resultado prático do cumprimento da obrigação de fazer. Enfim, o que não pode, apenas, é ser o réu condenado a restaurar o meio ambiente lesado e, também, a pagar na íntegra o custo do projeto de sua recuperação, já incluído na primeira sanção.<sup>34</sup>

É possível haver cumulação de pedidos no processo coletivo: a) se a ação é movida contra vários réus, caso em que será necessária a conexão ou a continência (CPC, art. 105); b) se a ação é movida contra um só réu, caso em que se dispensará a conexão, mas se exigirá a presença dos demais requisitos legais de admissibilidade (CPC, art. 292).<sup>35</sup>

Como vimos, o fato de caber, em rese, qualquer pedido em ação civil pública não quer dizer que possam, pois, ser cumulados pedidos simultâneos eventualmente incompatíveis.<sup>36</sup>

<sup>33</sup> RESP n. 405.982-SP, 1ª T. STJ, j. 1º-06-06, v.u., rel. Min. Denise Arruda, DJU, 22-06-06, p. 177; RESP n. 1.181.820-MG, 3ª T. STJ, j. 07-10-10, v.u., rel. Min. Nancy Andrighi, DJe, 20-10-10; RESP n. 1.173.272-MG, 3ª T. STJ, j. 26-10-10, v.u., rel. Min. Nancy Andrighi, DJe, 02-02-11.

<sup>34</sup> RESP n. 247.162-SP, 1ª T. STJ, j. 28-03-00, v.u., rel. Min. Garcia Vieira, DJU, 08-05-00, p. 73, v. tb., REsp n. 94.298-RS, RSU, 12-1-86. No mesmo sentido, Rodolfo de Camargo Manecuso, *Jurisdição coletiva e coixa julgada*, cit., p. 427.

<sup>35</sup> RESP n. 243.674-PE, 2ª T. STJ, j. 28-10-03, v.u., rel. Min. João Otávio de Noronha, DJU, 24-11-03, p. 238; AGR no REsp n. 953.731-SP, 2ª T. STJ, v.u., rel. Min. Herman Benjamin, DJe, 19-02-08; REsp n. 1.068.702-SP, 2ª T. STJ, v.u., j. 24-03-09, rel. Min. Herman Benjamin, DJe, 20-04-09.

<sup>36</sup> CPC, art. 292, § 1º, I.

Em suma, as razões sócio-jurídicas que levaram à eclosão da defesaativa dos interesses transindividuais justificam que, em benefício da expressiva parcela da população destinatária dessa tutela, o direito processual seja interpretado com largueza, em proveito da questão social, pois, em matéria de interesses transindividuais de alta complexidade social, “há uma singular mobilidade para o intérprete, possivelmente ao jurista buscar uma efetiva tutela para a comunidade”.<sup>37</sup>

## A defesa do patrimônio público e da probidade administrativa

A defesa do patrimônio público e social e o combate à improbidade administrativa serão analisados no Cap. 10.

### O controle do ato administrativo

A pretensão de conceder tutela a interesses transindividuais, não obstante o Poder Judiciário administrar em lugar do administrador ou ao Poder Executivo diretrizes de oportunidade e conveniência, não a este incumbe considerar.<sup>38</sup> Isso afasta, em princípio, a possibilidade de autorização de ações civis públicas ou coletivas em matérias administrativas.<sup>39</sup> Juiz, diretor ou administrador que estritamente ao administrador (o chamado *mérito* do ato administrativo discricionário).

Entretanto, como bem observa Celso Antônio Bandeira de Melo:<sup>40</sup> “ao disertar sobre os atos da Administração, ‘não há *ato propria-mente discricionário*, mas apenas discricionariedade por ocasião da prática de certos atos. Isto porque nenhum ato é totalmente discricionário’, dado que conforme afirma a doutrina prevalente sempre será tanto o ato administrativo comissivo como o omissivo,<sup>41</sup> nas seguintes hipóteses: a) o ato administrativo vinculado ou discricionário, sem os aspectos de competência e legalidade; b) o ato administrativo vinculado, na sua fundamentação; c) o ato administrativo vinculado ou discricionário, quando tenha havido imoralidade, desvio de poder ou finalidade, ou evidente desvio de eficiência ou de razoabilidade; d) o ato administrativo discricionário, no mérito, quando a administração o viola motivado, embora não fosse obrigada a fazê-lo, e assim fica vinculado.”

<sup>37</sup> Luiz Renato Topan, Do controle prévio e abstrato dos contratos de adesão ao Ministério Público, *RT*, 686-46.

<sup>38</sup> *IJU*, 145-25; *RT*, 685-85.

<sup>39</sup> *Curso de Direito Administrativo*, 7ª ed., p. 245-246. Malheiros, 1995.

<sup>40</sup> RE n. 254.764-SP, 1ª T. STF, j. 24-08-10, v.u., rel. Min. Marco Aurélio, *Informativo STF*, 597.

culada a seus motivos determinantes; e) o ato administrativo de reação impositiva.

Esta última hipótese diz respeito a uma espécie de ato administrativo vinculado. Por *ato administrativo de reação impositiva*, queremos significar o dever que tem a administração pública de *reagir*, por meio de seus agentes, “em detectando infração à lei ou em cuidando de fatos já ocorridos ou por ocorrer. Deve interditar o imóvel em ruína; deve coibir o uso dos bens públicos; deve embargar a obra feita em desacordo com as posturas municipais; deve impedir a comercialização de alimentos deteriorados; deve impedir a prática de crime de que tenha notícia. Não há discricionariedade; sua conduta é obrigatoria e decorre do simples fato da infração”.<sup>41</sup> Em todos esses casos, portanto, a reação do administrador será sempre obrigatória e vinculada: no momento em que descobre a infração à lei, deve agir.<sup>42</sup>

O ato omissivo do administrador sujeita-se a controle judicial? Ao zelar para que os Poderes Públicos e os serviços de relevância pública se desincumbam de seus mistérios, não está impeditido o Ministério Público de investigar, em tese, até mesmo a omissão do administrador, principalmente à vista do princípio da reação impositiva.

Com acerto anotou Celso Antônio Bandeira de Mello: “Não é logicamente repugnante a hipótese de desvio de poder por omissão. Com efeito, bem o disse Afonso Rodrigues Queiroz: ‘não agir é também agir’ (não autorizar é decidir não autorizar). Ou pelo menos assim o será em inúmeros casos. Tem-se, pois, que o agente administrativo pode decidir abster-se de praticar um ato que deveria expedir para correto atendimento do interesse público, animado por inuitos de perseguição, favoritismo ou, de todo modo, objetivando finalidade alheia à da regra de competência que o habilitava.”<sup>43</sup>

Nesses casos, caberá a ação do Ministério Público.

Nada impede, pois, que, em tese, se proponha ação civil pública ou coletiva contra o Estado, com pedido de obrigação de fazer.<sup>44</sup> Nesse sentido, o CDC ainda que isso envolva gastos orçamentários.<sup>45</sup>

<sup>41</sup> AC n. 85.5945/0 — S. Paulo, 8ª Câm. Dir. Pub. T.JSP, rel. Des. Torres de Carvalho (DOE, Seq. I, 09-02-00, p. 20).

<sup>42</sup> REsp n. 292.846-SP, 1ª T. STJ, j. 07-03-02, v.u., rel. Min. Humberto Barroso, DJU, 15-04-02, p. 172.

<sup>43</sup> *Discretionalidade e controle jurisdicional*, 2ª ed., p. 75, Malheiros, 2001; no mesmo sentido, Wallace Paiva Martins Júnior, *Despoluição das águas*, em *CADERNO de Doutrina e Jurisprudência* n. 33, p. 24, APMP, 1995.

<sup>44</sup> Cf. o art. 3º da LACP. No mesmo sentido, cf. REsp n. 963.939-RS, 2ª T. STJ, j. 27-05-08, v.u., rel. Min. Castro Meira, DJe, 06-06-08.

<sup>45</sup> REsp n. 1.185.474-SC, 2ª T. STJ, j. 20-04-10, v.u., rel. Min. Humberto Marques, DJe, 29-04-10 (ação civil pública visando a impor ao município o fornecimento de

“exemplo de ação coletiva de obrigação de fazer ao administrador, visando a compelir o Poder Público competente a proibir, em seu território nacional, a produção, divulgação ou comércio de produto, cuja exposição ou consumo regular se revele perigoso à saúde pública e à incolumidade pessoal.”<sup>46</sup> Outro exemplo é a ação civil pública movida contra o Município para que este faça, em sua lei orçamentária o percentual necessário para a manutenção do desenvolvimento do ensino.<sup>47</sup>

Em síntese, não cabe ao Poder Judiciário impor diretrizes, criticar ou prioridades de ação ao administrador: este é que escolhe as medidas que vai fiscalizar ou as obras que vai fazer, as que vai implementar de imediato e as que vai postergar para momento que considere mais oportuno. Mas, se um particular invade uma área pública, se um funcionário praticamente adulterado é colocado no mercado, se um funcionário que não se há de admitir, porém, é o uso da ação civil pública é a única forma de impor a reação do administrador contra as violações à lei.

Por esse e pelos demais fundamentos, não se pode, exemplificadamente, afastar do exame do Judiciário o pedido em ação civil pública para compelir o administrador a dar vagas a crianças em escolas que investem no ensino,<sup>48</sup> a assegurar condições condignas e suficientes para o cumprimento das penas pelos sentenciados, a propiciar atendimento adequado nos postos públicos de saúde, a garantir condições de saneamento básico ou segurança pública no Município ou no Estado.<sup>49</sup> O que não se há de admitir, porém, é o uso da ação civil pública como aliciadora para que o juiz administre em lugar do governante.

É possível valer-se do chamado *litígio estratégico* no campo das ações civis públicas ou coletivas? Dentro do amplo espectro dessas ações,<sup>50</sup> é possível delas se valer para influenciar políticas de governo,<sup>51</sup> com a certeza que os legitimados ativos escolherão um bom caso paradigmático para esse fim.<sup>52</sup>

<sup>46</sup> Lei n. 254.764-SP, 1ª T. STF, j. 24-08-10, v.u., rel. Min. Marco Aurélio, Informe, DJU, 15-07-597 (ação civil pública visando a impor a município o tratamento de esgoto).

<sup>47</sup> RE n. 190.938-MG, 2ª T. STF, j. 14-03-06, v.u., rel. Min. Carlos Velloso, Informe, DJU, 4-09-02.

<sup>48</sup> *JU, 155-58.*

<sup>49</sup> *JU, 157-205*. A propósito, v., de Rodolfo de Camargo Mancuso, *A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas*, em *Revista Cefil Pública — Lei 7.347/85 — 15 anos*. Revista dos Tribunais, 2001.

<sup>50</sup> REsp n. 1.041.197-MS, 2ª T. STJ, j. 25-08-09, v.u., rel. Min. Humberto Marques, DJe, 16-09-09.

<sup>51</sup> Evorah Lusci Costa Cardoso, *Litígio estratégico ou paradigmático, palestra* (2001), citada em 25-05-09 na Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, s.d.p.

Cautela que se há de ter de maneira muito especial é na formulação técnica do pedido em ação civil pública ou coletiva. Com efeito, há casos em que não é possível obrigar o Estado a fazer uma obra determinada, como, p. ex., construir um novo aterro sanitário em tal qual lugar, matéria que supõe decisão discricionária do administrador, mas, se o uso do aterro já existente vem comprometendo o meio ambiente, será perfeitamente possível condenar o Município a *não continuar a praticar um ato ilícito* (ou seja, vedando-lhe prosseguir na atividade poluente de continuar a usar um depósito de lixo já saturado ou inadequado).<sup>52</sup>

## 7. Os princípios da eficiência e da razoabilidade

Como a Emenda Constitucional n. 19/98 incluiu a *eficiência* entre os princípios da Administração Pública,<sup>53</sup> se houver desvio dessa meta, sujeita-se o administrador a controle até mesmo jurisdicional de suas ações ou omissões.

Com efeito, como já se tem afirmado, “a Administração Pública não pode se afastar dos princípios expressos e implícitos da Constituição Federal, com ênfase aos previstos no seu art. 37: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Resulta de tais princípios, em especial com a inclusão, através da EC n. 19/98, do princípio da eficiência, o dever jurídico de boa gestão administrativa (princípio constitucional implícito). O dever jurídico de boa gestão administrativa consiste na obrigação do agente público, observando os princípios constitucionais que regem a sua atuação, direcionar sua ação para a medida mais adequada e eficiente para atender o interesse público. A discretionariedade implica na liberdade de atuação do agente público, conferida pela lei ou em face de conceitos jurídicos indeterminados de valor (de significado impreciso), em certas situações, mas sempre vinculada ao dever de boa gestão. A atuação discricionária está limitada, externamente, à lei, e, internamente, ao dever jurídico de boa gestão administrativa. Os princípios constitucionais expressos e implícitos que regem a Administração Pública constituem o limite interno da atuação discricionária do agente público e sua violação pode constituir ato de improbidade administrativa”,<sup>54</sup>

<sup>52</sup> Sobre o cabimento da ação civil pública com pedido de simples cessação de atividade ilícita, v. RESP n. 813.222-RS, 2ª I, SJ, j. 08-09-09, v.u., rel. Min. Herman Benjamin, *Informativo SJ*, 406.

<sup>53</sup> CR art. 37, *caput*, com a redação da EC n. 19/98.

<sup>54</sup> Conclusão do 1º Encontro promovido pelo Colegio de Diretores das Escolas Superiores e Centros de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional dos Ministérios Públicos dos Estados e do Distrito Federal (*DOE*, Seç. I, 1º-12-98, p. 25).

Além do princípio da *eficiência*, a nortear a Administração Pública, a doutrina também aponta o princípio implícito da *razoabilidade*, ou seja, aqueles princípios da legalidade e da finalidade. Caso os atos administrativos, vinculados ou discricionários, se afastem desses parâmetros, poderão ser questionados no Poder Judiciário. Tem razão Celso Bandeira de Mello: “Não haverá nisto invasão do *mérito* do Estado, isto é, do campo da discricionariedade administrativa, pois discrime-se a margem de liberdade para atender o sentido da lei e em seu sentido lato.”<sup>55</sup>

## Ação civil pública e ação direta de inconstitucionalidade

Já vimos neste Capítulo a distinção entre causa de pedir próximas: a causa de pedir remota (item n. 4).

Obra, é possível que, tanto numa ação civil pública como numa ação direta de inconstitucionalidade, a causa de pedir remota seja a mesma. Entretanto, essas ações não se confundem: nesta última (onde se busca o *controle concentrado* de constitucionalidade), o pedido visa a superintimir a eficácia da lei em todo o território nacional, enquanto na ação civil pública o pedido visa à tutela de interesses transindividuais de um grupo, classe ou categoria de pessoas.

Numa ação civil qualquer (exceto na ação direta de inconstitucionalidade), é feito o *controle de constitucionalidade caso a caso*. A inconstitucionalidade da lei continua a ser causa de pedir remota (fundamento jurídico do pedido), mas a declaração judicial ficará limitada às partes (com a exceção das ações populares e das ações civis públicas coletivas, nas quais a imutabilidade do *decisum* pode ultrapassar as partes formais do processo).

Sabemos que, nas ações civis públicas ou coletivas, a inconstitucionalidade de uma lei poderá ser causa de pedir remota. Nelas, a inconstitucionalidade de procedência será imutável para todos os integrantes do grupo, classe ou categoria de pessoas. Em tese, isso poderia gerar o risco de que a sentença proferida por juiz singular pudesse suprimir essa eficiência *erga omnes* de uma lei — mas isso seria inadmissível, pois tal efeito só pode ser obtido em nosso sistema por meio de uma ação direta de inconstitucionalidade. Para evitar esse risco, os tribunais não admitem que aquelas ações sejam usadas como succêncio da ação direta de inconstitucionalidade. Assim, se numa ação civil

<sup>55</sup> CR, art. 37, *caput*.

<sup>56</sup> *Curso de Direito Administrativo*, 7ª ed., p. 36 e 63, Malheiros, 1995. Afirmando expressamente o princípio da razoabilidade na Administração, v. a Constituição Paulista, art. 111.

pública ou coletiva o pedido visa, por vias transversas, a obter, em proveito da coletividade, a supressão de todos os efeitos pretéritos, atuais e futuros de uma lei (lei no sentido material, e não apenas formal), essas ações estariam servindo de indevido sucedâneo à ação direta de inconstitucionalidade.

Por isso, a jurisprudência tem recusado o uso de ação civil pública ou coletiva destinada a *atacar leis em tese*. A razão desse entendimento é que, se elas pudessem ter esse objeto, tornar-se-iam indevidos sucedâneos da ação direta de inconstitucionalidade ou da ação intervintiva, que são privativas dos tribunais, enquanto as ações de caráter coletivo são processadas originariamente junto aos juízes de primeiro grau. Ora, pelo sistema constitucional em vigor, somente por meio de ação direta de inconstitucionalidade ou ação intervintiva é que os tribunais podem retirar *erga omnes* a eficácia das leis; aos juízes singulares só se admite proclamar a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos com imutabilidade *inter partes*, de maneira que não se podem valer dos processos coletivos para suprimir, em face de toda a sociedade, a eficácia de uma norma legal abstrata.<sup>57</sup>

Com efeito, assim como ocorre em ações populares e mandados de segurança, ou em qualquer outra ação cível, a inconstitucionalidade de um ato normativo pode ser *causa de pedir* (não o próprio *pedido*) de uma ação civil pública ou coletiva.<sup>58</sup> Até aí, não há problema algum. Nesse sentido, aliás, o Supremo Tribunal Federal corretamente já tem admitido a possibilidade de controle difuso de inconstitucionalidade mesmo em sede de ação civil pública da Lei n. 7.347/85.<sup>59</sup> Na mesma esteira, nessa ação também é possível a declaração incidental de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos do Poder Público, desde que a controvérsia constitucional não figure como pedido, mas sim como causa de pedir, fundamento ou simples questão preju-dicial, indispensável à resolução do litígio principal.<sup>60</sup>

<sup>57</sup> Nesse sentido, *v. AgRAGF n. 189.601-GO, 1<sup>a</sup> T. STF, j. 26-08-97, v.u., DJU, 03-10-97, p. 49-231; v. tb. Alexandre de Moraes, *Direito constitucional*, p. 495, Atlas, 1998.*

<sup>58</sup> As ações diretas de inconstitucionalidade propostas pelo Ministério Público, também são, doutrinariamente, *ações civis públicas* (*v. Cap. 3*); seu objeto consiste em atacar diretamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. No texto acima, porém, só estamos a nos referir às ações civis públicas de que cuida a Lei n. 7.347/85.

<sup>59</sup> V. RE n. 227.159-GO, Recl. n. 1.503-DF e Recl. n. 600-SP, em *Informativo STF, 260, 261 e 332*. No mesmo sentido, RESP n. 419.781-DF, 1<sup>a</sup> T. STJ, j. 19-11-02, v.u., rel. Min. Luiz Fux, DJU, 19-12-02, p. 339.

<sup>60</sup> RE n. 227.159-GO, 2<sup>a</sup> T. STF, j. 12-03-02, v.u., rel. Min. Néri da Silveira, DJU, 17-05-02, p. 73; ERESP n. 439.359-DF, 1<sup>a</sup> Seg. STJ, j. 06-10-03, v.u., rel. Min. Eliana Calmon, DJU, 28-10-03, p. 186; ERESP n. 305.150-DF, 1<sup>a</sup> Seg. STJ, j. 11-05-05, v.u., rel. Min. Eliana Calmon, DJU, 30-05-05, p. 201.

<sup>59</sup> Nesse sentido, igualmente, o uso de ação civil pública para ar-  
gumentar uma lei que crie cargos públicos ao arrepio da Constituição.  
<sup>60</sup> Nada obsta, ainda, ao uso de ação civil pública que vise à ob-  
rigação de bem jurídico concreto, transindividual e perfeitamente defi-  
nido, de ordem patrimonial, sob o fundamento de ser inconstitucional  
e dispositivo legal que estaria impedindo seu gozo.<sup>62</sup> Assim, p. ex., em  
caso de aumento indevido de mensalidades escolares, fundado em lei  
inconstitucional, nada impede que o Ministério Público ou outros cole-  
giados peçam tutela coletiva para buscar a repetição do indébito,  
que é benefício do grupo, classe ou categoria de pessoas lesadas, mesmo  
que a causa de pedir, necessariamente, seja a inconstitucionalidade de  
uma lei. Ou ainda, supondo tenha sido lançado, cobrado e arrecadado  
um imposto inconstitucional, da mesma forma, nada deve impedir o  
ajustamento de ação civil pública ou coletiva contra o Estado, em favor  
do correspondente grupo de pessoas, para buscar a devolução do que  
deveria ter sido pago indevidamente, tendo como causa de pedir a inconsti-  
tucionalidade da norma tributária.<sup>63</sup>

O que não se tem admitido, porém, é que se use a ação civil pública ou coletiva para atacar, em abstrato, os efeitos *erga omnes*, atuais e futuros, de uma norma supostamente inconstitucional. Com isso, em última análise, estaria o juiz a invadir atribuição constitucional dos tribunais, aos quais compete, com exclusividade, declarar a inconstitucionalidade em tese de lei ou ato normativo, para, a seguir, ser pro-  
vocada a suspensão de sua eficácia *erga omnes*.<sup>64</sup> Com efeito, se numa ação civil pública um juiz singular pudesse cassar os efeitos pretéritos e ainda impedir todos os efeitos atuais e futuros de uma lei, porque in-  
stitucional, estaria na prática retirando-lhe toda a eficácia *erga omnes*. O que nosso sistema constitucional só admite possa ser feito origi-

<sup>61</sup> Em oposição a uma *norma em tese*, que regula fatos abstratos, a *lei de efeitos concretos* é considerada um ato administrativo revestido da forma de lei, que traz consigo mesma um resultado específico (MS n. 20.993-3-DF, STF Pleno, j. 07-08-92, v.u., min. Carlos Madeira, DJU, 05-05-89, p. 7.560).

<sup>62</sup> Rec. n. 602-6, STF Pleno, j. 03-09-97, m.v., rel. Min. Ilmar Galvão; RE n. 1.59-GO, 2<sup>a</sup> T. STF, j. 12-03-02, v.u., rel. Min. Néri da Silveira, DJU, 17-05-02, p. 73.

<sup>63</sup> O STF e os tribunais, entretanto, têm tido entendimento majoritário restri-  
tivo quanto à possibilidade de utilização da ação civil pública para defesa do contribui-  
nte, por sua vez, a Med. Prov. n. 2.102-26/00, revigorada pela Med. Prov. n. 2.180-55-01,  
estabelecendo parágrafo único no art. 1º da LACP, vedando o uso de ação civil pública para  
a tutela coletiva de contribuintes. A propósito, *v.* neste Cap., o tópico seguinte.

<sup>64</sup> CR, arts. 52, X, 102, f., *a. e* 125, § 2º. Nesse sentido, *v.* Recl. em MS n. 1.753-SP, decidido pelo Min. Celso de Mello, do STF, de 24-12-00, DJU 1-24/00, p. 103;  
RE n. 175.222-SP, 2<sup>a</sup> T. STJ, j. 09-03-02, v.u., rel. Min. Franculli Neto, DJU, 24-06-02,  
p. 230; REP n. 404.044-DF, 2<sup>a</sup> T. STJ, j. 09-04-02, v.u., rel. Min. Franculli Neto, DJU,  
09-08-02, p. 298.

nariamente pelos tribunais em sede de ação direta de inconstitucionalidade ou, em alguns casos, em sede de ação intervventiva.

Em outras palavras, como a jurisprudência da mais alta Corte não tem admitido seja usada a ação civil pública ou a ação coletiva como sucedâneos ou meios substitutivos da ação direta de inconstitucionalidade, qualquer pedido que, em ação civil pública ou coletiva, visasse a retirar toda e qualquer eficácia abstrata de uma lei no seio social, equivaleria em termos práticos ao resultado de uma ação direta de inconstitucionalidade ou de uma ação intervventiva. Então, para que se possa usar com êxito a ação civil pública ou coletiva, é necessário que nestas não se faça pedido que equivalha à ineficácia total da lei, nem mesmo de um único dispositivo dessa lei.

Vamos a mais alguns exemplos para reforço de compreensão.

Como já anotamos, é perfeitamente possível reconhecer-se incidentalmente a inconstitucionalidade de uma lei, como questão pre-judicial, numa ação civil pública destinada a atacar atos de natureza concreta, que não deem margem a controle concentrado de constitucionalidade. Assim, suponhamos que, ferindo a Constituição, lei local crie cargos comissionados. Por falta de generalidade e abstração da lei, descabrá controlé concentrado da constitucionalidade; entretanto, nada impede seja ajuizada ação popular ou ação civil pública para atacar os efeitos concretos desse ato normativo, e, no bojo dessas ações, eventual ofensa à Constituição poderá ser apreciada como simples questão prejudicial, indispensável à resolução do litígio principal.<sup>65</sup>

Tomemos outra hipótese em que é cabível a ação civil pública.

Suponhamos que uma associação civil ajuíze ação civil pública ou coletiva visando ao reconhecimento de um benefício em proveito apenas de seus associados, tendo como causa de pedir a inconstitucionalidade de uma lei. A eventual procedência do pedido não equivaleria ao objeto de uma ação direta de inconstitucionalidade, pois o pedido, nessa ação, estaria limitado ao grupo, classe ou categoria de pessoas atingidas.

Um derradeiro exemplo em que é possível admitir o uso da ação civil pública. Suponhamos que, de forma inconstitucional, uma Câmara Municipal edite resolução para aumentar a remuneração dos vereadores. Sera perfeitamente cabível a ação civil pública para obrigá-los a devolver o que receberam indevidamente.

Ao contrário, consideremos agora um caso em que não será possível o uso da ação civil pública.

Suponhamos que um colegitimado à ação civil pública, embora incluir formalmente no pedido a decretação de inconstitucionalidade de uma lei, assim mesmo invoke a inconstitucionalidade como causa de pedir, e requeira: a) seja a Fazenda condenada a abster-se de praticar atos com base nessa lei; b) sejam invalidados todos os atos até então já praticados com base na mesma lei. Na verdade, o pedido estava atacando a própria eficácia *erga omnes* da norma legal — e isso não seria lícito fazer em ação civil pública fundada na Lei n. 7.347/85. Mas, se o autor da ação civil pública formular pedido que ataque apenas *alguns* dos efeitos da norma (e não todo e qualquer efeito preferito, atual e futuro), e se o seu pedido equivaler, p. ex., ao que se poderia fazer em ação popular (como o de anular efetivações feitas sem constitucionalidade), ou de condenar o administrador responsável a pagar os prejuízos aos cofres públicos com as contratações ou as efetivações sem constitucionalidade, a inconstitucionalidade da norma passaria a ser mera causa de justiça, e o pedido seria possível, porque não se confundiria com aquele que só poderia ser feito em ação direta de inconstitucionalidade.

Enfim, o que não se admite é que, em sede de ação civil pública coletiva, se busque um controle concentrado de constitucionalidade, com imutabilidade *erga omnes* do *decisum*. Mas, se o pedido formulado numa dessas ações não consistir na retirada total de eficácia da norma abstrata e genérica, então será perfeitamente possível ajuizar a ação de caráter coletivo, quer tenha ela por objeto a defesa de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, pouco importa. Nesse caso, não se estará incidiendo na objeção de que essa ação estaria incompativelmente a fazer as vezes de ação direta de inconstitucionalidade em efeitos *erga omnes*, o que a Constituição reservou apenas aos tribunais, e não aos juízes singulares.

#### 10. A defesa do contribuinte e de outros interesses análogos

A propósito da defesa coletiva do contribuinte, reportamo-nos ao Cap. 51, onde a questão será tratada de maneira específica.

#### 10. Os danos morais e patrimoniais

A Constituição admite a indemnização por danos morais em diversas hipóteses.<sup>66</sup> Por sua vez, o Código Civil afirma, de forma expressa:<sup>67</sup> “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusiva-

<sup>65</sup> Nesse sentido, *v. Recl. n. 602-6, STF Pleno, j. 03-09-97, flv., rel. Min. Ilmar Galvão; RE n. 227.159-GO, 2<sup>a</sup> T. STF, j. 12-03-02, v.u., rel. Min. Neri da Silveira, DJU, 17-05-02, p. 73; RESP n. 494.044-DF, 2<sup>a</sup> T. STJ, j. 09-04-02, v.u., rel. Min. Franciulli Neto, DJU, 05-08-02, p. 298. Ainda no sentido do texto, mas agora se referindo apenas à ação popular, mas com argumentos em tudo aplicáveis à ação civil pública da Lei n. 7.347/85, *v. Recl. ns. 664-RJ e 1.733-SP, STF, Informativo STF, 269 e 212*, respectivamente.*

<sup>66</sup> CR, art. 5º, V, X, XLIX e LXXIII; 37 (com a redação da EC n. 19/98) e 114, introduzido pela EC n. 45/04.

mente moral comete ato ilícito.<sup>67</sup> Dispõe a Súm. n. 37, do Superior Tribunal de Justiça, que são cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato. E, nos termos de sua Súm. n. 227, a pessoa jurídica também pode sofrer dano moral.

O ato ilícito pode, pois, causar danos geradores de efeitos patrimoniais ou extrapatrimoniais. A indenização por danos patrimoniais corresponde à recomposição do valor correspondente ao prejuízo econômico que o lesado sofreu em razão do ato ilícito (danos emergentes e lucro cessante). Entretanto, o ato ilícito também pode produzir efeitos extrapatrimoniais, entre os quais os danos morais, que constituem uma ofensa a valores da personalidade, como a liberdade e a honra, ou ainda outros danos, como os estéticos e os biológicos, que, apesar de também não terem caráter patrimonial, nem por isso deixam de ser suscetíveis de valorização econômica para efeitos indenizatórios.

Seriam aplicáveis as regras de responsabilidade patrimonial e extrapatrimonial à tutela coletiva?

Sem dúvida, inúmeros interesses transindividuais têm caráter diretamente patrimonial, como os interesses individuais homogêneos; outros constituem direitos fundamentais da coletividade, e, posto não sejam direitos patrimoniais, admitem valorização para fins indenizatórios (como o meio ambiente, o patrimônio cultural). Assim, seria possível admitir indenizações por danos morais a lesados individuais homogêneos (p. ex., nas relações de consumo), ou, mais ainda, por danos morais a interesses difusos (p. ex., no meio ambiente)?

Originariamente, o objeto da LACP consistia na disciplina da ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor e a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. Como já vimos, a legislação subsequente ampliou de maneira gradual o objeto da ação civil pública.

Diane, porém, das inevitáveis discussões doutrinárias e jurisprudenciais sobre se a ação civil pública também alcançaria os danos morais, o legislador resolveu posicionar-se expressamente. Primeiro, a Lei n. 8.078/90 (CDC) reconheceu, como direito básico do consumidor, a proteção e a reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos.<sup>68</sup> A seguir, a Lei n. 8.429/92 (LIA) não sancionou apenas os atos de enriquecimento ilícito dos agentes públicos ou os atos que causarem prejuízo ao erário; sancionou também danos morais à coletividade, como aqueles que atentem contra os princípios da Administração pública, ou seja, qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições.<sup>69</sup> Por sua vez, a Lei n. 8.884/94 conferiu à coletividade

<sup>67</sup> Art. 4º. Tolerância dos direitos à liberdade de iniciativa, à livre concorrência, à função social da propriedade, à defesa dos consumidores e à proteção ao abuso do poder econômico (art. 1º). De maneira coerentemente, essa lei introduziu uma alteração na LACP, segundo a qual a ação civil pública passou a objetivar, de maneira expressa, a responsabilidade *por danos morais e patrimoniais* causados a quaisquer dos interesses transindividuais de que cuida essa mesma lei.<sup>70</sup>

<sup>70</sup> Com toda a razão, portanto, já se admittiu: “Legítima-se o Ministério Públ[ico] a toda e qualquer demanda que vise à defesa do patrimônio público (nesta inserido o histórico, cultural, urbanístico, ambiental etc.), sobre o ângulo material (perdas e danos) ou imaterial (lesão à moralidade), bem como à defesa da ordem econômica, consoante dispõe o parágrafo único do art. 1º da Lei 8.884/94.”<sup>71</sup> Assim, é possível recorrer à presença de dano moral, mesmo que não haja dano patrimonial, como nos casos do art. 11 da Lei n. 8.429/92.<sup>72</sup> A ação civil pública, ao cobrir dano moral ou patrimonial, presta-se à censura a ato de improbidade, mesmo que não haja lesão aos cofres públicos.<sup>73</sup>

<sup>71</sup> Não se justifica o argumento de que não pode existir dano moral coletivo uma vez que o dano moral estaria vinculado à noção de dor física ou dano psíquico individual.<sup>74</sup> De um lado, os danos transindividuais, nada mais são do que um feixe de lesões individuais; de outro, é fato que se recusasse o caráter de soma de lesões individuais para o dano moral coletivo, seria necessário lembrar que hoje também se adquire uma função punitiva na responsabilidade civil, o que confere caráter extrapatrimonial ao dano moral coletivo.<sup>75</sup> Assim, p. ex., quando se

<sup>70</sup> LACP, art. 1º, *caput*, com a redação dada pelo art. 88 da Lei n. 8.884/94.  
<sup>71</sup> Resp. n. 677.585-RS, 1ª T. STJ, j. 06-12-05, v.u., rel. Min. Luiz Fux. *DJU*, 13-07-06, p. 6739.

<sup>72</sup> Resp. n. 695.718-SP, 1ª T. STJ, j. 16-08-05, v.u., rel. Min. José Delgado. *DJU*, 13-09-05, p. 254.

<sup>73</sup> Nesse sentido, *v. Resp. n. 261.691-MG*, 2ª T. STJ, j. 28-05-02, v.u., rel. Min. Eliana Calmon. *DJU*, 05-08-02, p. 230. Em sentido contrário, entendendo que o dano moral coletivo não é indemnizável, “salvo comprovação de efeito prejuízo”, *u. Resp. n. 1189-1-88*, 1ª T. STJ, j. 08-04-08 v.u., rel. Min. Luiz Fux. *Dje*, 12-05-08.

<sup>74</sup> Nesse sentido, por maioria de um só voto, *v. Resp. n. 598.281-MG*, 1ª T. STJ, j. 02-05-06, m.v., rel. Min. Teori Zavascki. *DJU*, 1º-06-06, p. 147; agora já por unanimidade, e reportando-se a esse precedente, *v. Resp. n. 821.891-RS*, 1ª T. STJ, j. 08-04-08 v.u., rel. Min. Luiz Fux. *Dje*, 12-05-08. Em sentido contrário, admindo em tese o dano moral coletivo em matéria de interesses difusos, *v. Resp. n. 797.963-GO*, 3ª T. STJ, 1º-07-02-08, v.u., rel. Min. Nancy Andrighi. *DJU*, 05-03-08, p. 1. *Resp. n. 1.057.274-RS*, 2ª T. STJ, j. 1º-12-09, v.u., rel. Min. Eliana Calmon. *Informativo STJ*, 418. Admitindo o dano moral coletivo como “injusta lesão da esfera moral de uma dada comunidade”, *u. Coleto* também pode ser vítima de dano moral, de Carlos Alberto Bittar Filho, em <http://conjunt.estadao.com.br/static/text/447.1> (acesso em 15-03-08).

<sup>75</sup> Nesse sentido, *v. Leonardo Roscoe Bessa*, Dano moral coletivo, em *Metro ambiente e acesso à justiça*: flora, reserva legal e APP, p. 175, Imprensa Oficial do Esta-

<sup>67</sup> CC, art. 186.

<sup>68</sup> CDC, art. 6º, VI e VII.

<sup>69</sup> Lei n. 8.429/92, art. 11.

lesa o meio ambiente, quando se divulga uma propaganda enganosa ou quando um laboratório põe em circulação medicamentos fraudulentamente desprovidos do princípio ativo, há mais que cogitar que apenas prejuízos patrimoniais.

### 11. Direito de resposta coletivo

Existe direito de resposta coletivo?

No art. 5º da Constituição — que dispõe sobre os direitos e deveres *individuais e coletivos* — seu inc. V assegura “o direito de resposta, proporcional ao agravio, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”.

Na esfera infraconstitucional, a Lei de Imprensa reconhecia o direito de resposta ou retificação a toda pessoa, natural ou jurídica, órgão ou entidade pública, que tivesse sido acusado ou ofendido em publicação feita em jornal ou periódico, ou em transmissão de radiodifusão, ou a cujo respeito os meios de informação e divulgação tivessem veiculado fato inverídico ou errônneo (Lei n. 5.250/67, art. 29). Posto tenha o Supremo Tribunal Federal declarado essa lei incompatível com a nova ordem constitucional, isso não obstou ao reconhecimento do direito de resposta.<sup>76</sup>

Assim, se a lesão mais que individual, for transindividual, o direito à resposta ou à retificação passa, *ipso facto*, a ser coletivo.

Não só os direitos individuais, mas também os coletivos são objeto de proteção jurídica, inclusive para fim de resposta coletiva (CR, arts. 5º, XXXV, e 221).<sup>77</sup>

### 12. Distinção entre ação civil pública, ação popular e mandado de segurança coletivo

Como já anotamos no Cap. 3, a ação civil pública de que cuida a Lei n. 7.347/85 é aquela proposta por vários legitimados (como o Ministério Público, os entes públicos e as associações), para a defesa de

do, 2007; Celso A. Pacheco Fiorillo, *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*, p. 38, 6ª ed., Saráva, 2005.

76. ADPF n. 130-DF, STF Pleno, j. 30-04-09, m.v. rel. Min. Carlos Britto, DJe, 06-11-09.

77. Em ação civil pública com objeto então inédito (direito de resposta coletivo), promovida em 2004 pela Procuradora da República Eugênia Augusta Gonçaga Fayer e pelo Advogado Hélio Sítra Júnior, em 2005 a juiza federal Marisa Cláudia Gonçalves Cucio concedeu liminar, confirmada pelo TRF 3º R. (5ª Vara Federal, São Paulo, Proc. n. 2004.61.100.034549-6). Nesse sentido, v. artigo de Sérgio Gardenghi Suaima, A voz do dono e o dono da voz: o direito de resposta coletivo nos meios de comunicação social, em *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Pùblico da União*, 5.107, ESMPU, 2002.

transindividuais como o meio ambiente, o consumidor, o patrimônio cultural e outros interesses semelhantes. Não se confundem a ação popular, a ação civil pública e o mandado de segurança coletivo, embora haja pontos de contato entre elas.<sup>78</sup> (São considerados, em sentido lato, como ações coletivas, porque assumem a defesa do meio ambiente e valores culturais, nas suas principais hipóteses, ou a defesa de interesses de classes, nos dois últimos casos.)

Distinguem-se ação popular e ação civil pública:

a) *legitimação ativa* — na primeira, legitimado ativo é o cidadão, nessa, há vários legitimados ativos, como o Ministério Público, as pessoas jurídicas de direito público interno, as entidades da administração indireta, as fundações, as associações civis etc.;<sup>79</sup>

b) *legitimação passiva* — a ação civil pública não deverá necessariamente ser proposta contra os mesmos legitimados passivos da ação popular;<sup>80</sup>

c) *objeto* — enquanto o objeto da ação popular é mais limitado, maior gama de interesses pode ser tutelada na ação civil pública;<sup>81</sup>

d) *pedido* — consequentemente, na ação civil pública, o pedido pode ser mais amplo, pois não se limita à anulação de ato lesivo ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente ou ao patrimônio cultural;<sup>81</sup>

e) *coisa julgada* — embora o sistema da coisa julgada na ação civil pública e na ação coletiva tenha se inspirado no sistema da LAP, a jurisprudência do *decisum* nessas últimas ações pode estar relacionada com a maior ou menor abrangência do grupo lesado.<sup>82</sup>

Entre outros aspectos, também se distinguem o mandado de segurança coletivo e a ação civil pública:

a) *legitimação ativa* — no primeiro, legitimado ativo é partido judicial com representação no Congresso Nacional, 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;<sup>83</sup> já na ação civil pública, há vários coletivos ativos, como o Ministério Público, as pessoas jurídicas de direito público interno, as entidades da administração indireta, as fundações, as associações civis etc. Por outro lado, as regras para o litiscônsorcio

78. V. Cap. 17.

79. Lei n. 4.717/65, art. 6º.

80. V. Cap. 6.

81. CR, art. 5º, LXXII, V. Caps. 12 e 14.

82. V. Cap. 37.

83. CR, art. 5º, LXX; Lei n. 12.016/09, art. 21.

ativo nas ações coletivas são as mesmas do CPC, enquanto no mandado de segurança coletivo não se admite o ingresso de litisconsorte ativo após o despacho da petição inicial.<sup>84</sup>

*b) legitimacia passiva* — o mandado de segurança é impetrado contra a autoridade coatora (a que praticou o ato impugnado de direito público interestadada, a ação civil pública pode ser ajuizada em face de qualquer pessoa;

*c) objeto* — o objeto do mandado de segurança, ainda que coletivo, versa sempre um direito líquido e certo,<sup>85</sup> não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder seja autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público,<sup>86</sup> o objeto da ação civil pública é mais amplo, podendo ser proposta em face de qualquer legitimado passivo, independente da existência de prova pré-constituída, que pode ser feita em instrução regular. Por outro lado, a LACP e o CDC admitem o uso da ação civil pública e da ação coletiva para a defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos; entretanto, a LMS só faz referência expressa à tutela de direitos coletivos e individuais homogêneos por via do mandado de segurança coletivo.<sup>87</sup> Deverá prevalecer a interpretação extensiva, pois que o mandado de segurança coletivo não raro poderá ser impetrado para a defesa de interesses difusos (como o meio ambiente do trabalho, quando defendido por organização sindical etc.). Entretanto, ao contrário dos partidos políticos, o sindicato ou a associação não podem utilizar o mandado de segurança coletivo para a defesa de *toda* a coletividade, e sim apenas de seus membros ou associados.<sup>88</sup>

*d) pedido* — em razão de quanto se expôs no item anterior, o pedido formulado em ação civil pública pode ser mais amplo que o do mandado de segurança coletivo. Contudo, é basicamente o mesmo o

84. Lei n. 12.016/09, art. 10, § 2º.

85. No mandado de segurança, a pretensão deve fundar-se em fatos incontroversos, com prova pré-constituída. *Direito líquido e certo* não quer dizer simplicidade da *questão jurídica* e sim desnecessidade de especial dilação probatória, pois a prova do fato que embase o pedido há de ser pré-constituída. Direito líquido e certo, para a doutrina do mandado de segurança, é o que se funda em fatos provados na sua existência, incontroversos na sua ocorrência. Desde que para a prova dos fatos em que se funde a impetratio não seja necessário fazer perícia, ouvir testemunhas, realizar audiência e certa, posto parêba a questão de *alta indagação* — teremos questão líquida e certa, posto parêba das mais intrincadas às partes e ao magistrado a matéria jurídica subjacente.

86. CR, art. 5º, IX.

87. Lei n. 12.016/09, art. 21, Parágrafo único; LACP, art. 1º, e CDC, art. 81, parágrafo único.

88. CR, art. 5º, LXX, *a* e *b*. Nesse sentido, MS n. 26.012-PA, STF, despacho do rel. Min. Dias Toffoli, de 23-03-11, *Dje*, 05-04-11.

concessão e cassação de liminares.<sup>89</sup> Em se tratando de mandado de cautela em geral, o juiz pode impor a prestação de caução, e não só implicitamente no mandado de segurança, o juiz pode exigir do requerente caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o cumprimento à pessoa jurídica impetrada;<sup>90</sup>

*c) competência* — na ação civil pública, a competência é fundamental com razão do local do dano, enquanto no mandado de segurança é relativo a competência é estabelecida em função da qualidade da pessoa jurídica impetrada;<sup>91</sup>

*d) recursos* — a apelação não impede, em regra, a execução da decisão proferida no mandado de segurança; na ação civil pública, o recurso poderá conceder efeito suspensivo a qualquer recurso.<sup>92</sup> Além disso, no mandado de segurança, estendeu-se à autoridade coatora o efeito de recorrer,<sup>93</sup> e haverá sempre duplo grau de jurisdição para as questões concessivas da segurança, enquanto na ação civil pública, em regra, não há reexame necessário.<sup>94</sup>

*e) coisa julgada* — nas ações civis públicas, a imutabilidade do direito é limitada;<sup>95</sup> no mandado de segurança coletivo, a sentença sempre será coisa julgada limitadamente aos membros do grupo ou categoria que instruídos pelo impetrante,<sup>96</sup> sendo aplicáveis analogicamente as regras da coisa julgada da ação civil pública e coletiva ao mandado de segurança coletivo.<sup>97</sup> Por outro lado, para que a pessoa, individualmente lesada, possa beneficiar-se do julgamento do processo coletivo, é preciso suspender sua ação individual; no sistema do mandado de segurança coletivo, deverá desistir da ação individual.<sup>98</sup>

89. V. Cap. 32.

90. CPC, art. 7º/9; Lei n. 12.016/09, art. 7º, III.

91. V. Cap. 16.

92. Lei n. 12.016/09, art. 14, § 3º; LACP, art. 14.

93. Lei n. 12.016/09, art. 14, § 2º.

94. Lei n. 12.016/09, art. 14, § 1º, *v. Cap. 32*, n. 6.

95. V. Cap. 37.

96. Lei n. 12.016/09, art. 22.

97. Nesse sentido, sustentando que o regime da coisa julgada coletiva é o resultado da ação civil pública e no mandado de segurança coletivo, *v. Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Nery, Constituição Federal comentada*, cit., notas ao art. 8º, LXX, da Constituição.

98. CDC, art. 104; Lei n. 12.016/09, art. 22, § 1º.