

Maria Sylvia Zanella

Di Pietro

DIREITO
ADMINISTRATIVO

29.^a revista,
atualizada
edição e ampliada



- A EDITORA FORENSE se responsabiliza pelos vícios do produto no que concerne à sua edição (impressão e apresentação a fim de possibilitar ao consumidor bem manuseá-lo e lê-lo). Nem a editora nem o autor assumem qualquer responsabilidade por eventuais danos ou perdas a pessoa ou bens, decorrentes do uso da presente obra.

Todos os direitos reservados. Nos termos da Lei que resguarda os direitos autorais, é proibida a reprodução total ou parcial de qualquer forma ou por qualquer meio, eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, fotocópia e gravação, sem permissão por escrito do autor e do editor.

Impresso no Brasil – *Printed in Brazil*

- Direitos exclusivos para o Brasil na língua portuguesa

Copyright © 2016 by

EDITORA FORENSE LTDA.

Uma editora integrante do GEN | Grupo Editorial Nacional

Travessa do Ouvidor, 11 – Térreo e 6º andar – 20040-040 – Rio de Janeiro – RJ

Tel.: (0XX21) 3543-0770 – Fax: (0XX21) 3543-0896

faleconosco@grupogen.com.br | www.grupogen.com.br

- O titular cuja obra seja fraudulentamente reproduzida, divulgada ou de qualquer forma utilizada poderá requerer a apreensão dos exemplares reproduzidos ou a suspensão da divulgação, sem prejuízo da indenização cabível (art. 102 da Lei n. 9.610, de 19.02.1998).

Quem vender, expuser à venda, ocultar, adquirir, distribuir, tiver em depósito ou utilizar obra ou fonograma reproduzidos com fraude, com a finalidade de vender, obter ganho, vantagem, proveito, lucro direto ou indireto, para si ou para outrem, será solidariamente responsável com o contrafator, nos termos dos artigos precedentes, respondendo como contrafatores o importador e o distribuidor em caso de reprodução no exterior (art. 104 da Lei n. 9.610/98).

- Esta obra passou a ser publicada pela Editora Forense a partir da 29.ª edição.
- Capa: Danilo Oliveira

- Fechamento desta edição: 15.02.2016

- CIP – Brasil. Catalogação na fonte.
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

C35m

Di Pietro, Maria Sylvia Zanella

Direito administrativo / Maria Sylvia Zanella Di Pietro. – 29.ed. Rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

1088 p.; 24cm

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-309-6876-2

1. Direito administrativo - Brasil. I. Título.

15-28985.

CDU: 342.9

CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

17.1 CONCEITO E ABRANGÊNCIA

No exercício de suas funções, a Administração Pública sujeita-se a controle por parte dos Poderes Legislativo e Judiciário, além de exercer, ela mesma, o controle sobre os próprios atos.

Esse controle abrange não só os órgãos do Poder Executivo, incluindo a administração direta e a indireta, mas também os dos demais Poderes, quando exerçam função tipicamente administrativa; em outras palavras, abrange a Administração Pública considerada em sentido amplo.

A finalidade do controle é a de assegurar que a Administração atue em consonância com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico, como os da legalidade, moralidade, finalidade pública, publicidade, motivação, impessoalidade; em determinadas circunstâncias, abrange também o controle chamado de mérito e que diz respeito aos aspectos discricionários da atuação administrativa.

Embora o controle seja atribuição estatal, o administrado participa dele à medida que pode e deve provocar o procedimento de controle, não apenas na defesa de seus interesses individuais, mas também na proteção do interesse coletivo. A Constituição outorga ao particular determinados instrumentos de ação a serem utilizados com essa finalidade. É esse, provavelmente, o mais eficaz meio de controle da Administração Pública: o controle popular.

A Emenda Constitucional nº 19/98 inseriu o § 3º no artigo 37 prevendo lei que discipline as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: I – as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços; II – o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no artigo 5º, X e XXXIII; III – a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na

Administração Pública. O dispositivo foi parcialmente disciplinado pela chamada Lei de Acesso a Informações (Lei nº 12.527, de 18-11-11, regulamentada pelo Decreto nº 7.724, de 16-5-12).

Essa lei constitui-se em importante instrumento de controle por parte do cidadão.¹

Atualmente, uma instituição que desempenha importante papel no controle da Administração Pública é o Ministério Público, em decorrência das funções que lhe foram atribuídas pelo artigo 129 da Constituição. Além da tradicional função de denunciar autoridades públicas por crimes no exercício de suas funções, ainda atua como autor na ação civil pública, seja para defesa de interesses difusos e coletivos, seja para repressão à improbidade administrativa. Embora outras entidades disponham de legitimidade ativa para a propositura da ação civil pública, a independência do Ministério Público e os instrumentos que lhe foram outorgados pelo referido dispositivo constitucional (competência para realizar o inquérito civil, expedir notificações, requisitar informações e documentos, requisitar diligências investigatórias) fazem dele o órgão mais bem estruturado e mais apto para o controle da Administração Pública.

O controle constitui poder-dever dos órgãos a que a lei atribui essa função, precisamente pela sua finalidade corretiva; ele não pode ser renunciado nem retardado, sob pena de responsabilidade de quem se omitiu.

Ele abrange a fiscalização e a correção dos atos ilegais e, em certa medida, dos inconvenientes ou inoportunos.

Com base nesses elementos, pode-se definir o controle da Administração Pública como o poder de fiscalização e correção que sobre ela exercem os órgãos dos Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo, com o objetivo de garantir a conformidade de sua atuação com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico.

17.2 ESPÉCIES

Vários critérios existem para classificar as modalidades de controle.

Quanto ao **órgão** que o exerce, o controle pode ser **administrativo**, **legislativo** ou **judicial**.

Quanto ao **momento** em que se efetua, pode ser **prévio**, **concomitante** ou **posterior**. Exemplos de controle prévio (*a priori*) existem inúmeros na própria Constituição Federal, quando sujeita à autorização ou aprovação prévia do Con-

¹ V. item 3.3.10, com maiores comentários sobre o direito à informação, como uma das manifestações do princípio da publicidade. No Estado de São Paulo, já existe lei disposta sobre proteção e defesa do usuário do serviço público; trata-se da Lei nº 10.294, de 20-4-99, que define como direitos básicos do usuário a informação, a qualidade na prestação do serviço e o controle adequado do serviço público.

gresso Nacional ou de uma de suas Casas determinados atos do Poder Executivo (cf. arts. 49, II, III, XV, XVI e XVII, e 52, III, IV e V); é um controle **preventivo**, porque visa impedir que seja praticado ato ilegal ou contrário ao interesse público.

O controle **concomitante**, como o próprio nome diz, acompanha a atuação administrativa no momento mesmo em que ela se verifica; é o que acontece com o acompanhamento da execução orçamentária pelo sistema de auditoria; ainda, com a fiscalização que se exerce sobre as escolas, hospitais e outros órgãos públicos prestadores de serviços à coletividade. O controle **posterior** tem por objetivo rever os atos já praticados, para corrigi-los, desfazê-los ou apenas confirmá-los; abrange atos como os de aprovação, homologação, anulação, revogação, convalidação.

O controle ainda pode ser **interno** ou **externo**, consoante decorra de órgão integrante ou não da própria estrutura em que se insere o órgão controlado. É interno o controle que cada um dos Poderes exerce sobre seus próprios atos e agentes. É externo o controle exercido por um dos Poderes sobre o outro; como também o controle da Administração Direta sobre a Indireta.

A Constituição Federal, no capítulo concernente à fiscalização contábil, financeira e orçamentária, prevê o **controle externo**, a cargo do Congresso Nacional, com o auxílio do Tribunal de Contas (art. 71) e o **controle interno** que cada Poder exercerá sobre seus próprios atos (arts. 70 e 74). Esse controle interno é feito, normalmente, pelo sistema de auditoria, que acompanha a execução do orçamento, verifica a legalidade na aplicação do dinheiro público e auxilia o Tribunal de Contas no exercício de sua missão institucional.

O artigo 74 da Constituição inova de várias maneiras: primeiro, ao deixar claro que cada um dos Poderes terá um sistema de controle interno; segundo, ao prever que esse sistema se exercerá de forma integrada entre os três Poderes; terceiro, ao estabelecer a responsabilidade solidária dos responsáveis pelo controle quando, ao tomarem conhecimento de irregularidade, deixarem de dar ciência ao Tribunal de Contas (§ 1º); finalmente, ao colocar o Tribunal de Contas como uma espécie de ouvidor-geral a quem os cidadãos, partidos políticos, associações ou sindicatos podem denunciar irregularidades ou ilegalidades (§ 2º).

O controle ainda pode ser de **legalidade** ou de **mérito**, conforme o aspecto da atividade administrativa a ser controlada. O primeiro pode ser exercido pelos três Poderes; o segundo cabe à própria Administração e, com limitações, ao Poder Legislativo.

17.3 CONTROLE ADMINISTRATIVO

17.3.1 CONCEITO E ALCANCE

Controle administrativo é o poder de fiscalização e correção que a Administração Pública (em sentido amplo) exerce sobre sua própria atuação, sob os aspectos

de legalidade e mérito, por iniciativa própria ou mediante provocação. Na esfera federal, esse controle é denominado de **supervisão ministerial** pelo Decreto-lei nº 200, de 25-2-67.

Abrange os órgãos da Administração Direta ou centralizada e as pessoas jurídicas que integram a Administração Indireta ou descentralizada.

O controle sobre os órgãos da Administração Direta é um controle interno e decorre do **poder de autotutela** que permite à Administração Pública rever os próprios atos quando ilegais, inoportunos ou inconvenientes. Esse poder é amplamente reconhecido pelo Poder Judiciário em cujo âmbito foram formuladas as Súmulas nºs 346 e 473, pelo STF; nos termos da primeira, “a Administração Pública pode declarar a nulidade de seus próprios atos”; e, em conformidade com a segunda, “a Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”.

O poder de autotutela encontra fundamento nos princípios a que se submete a Administração Pública, em especial o da legalidade e o da predominância do interesse público, dos quais decorrem todos os demais. Com efeito, se a Administração está sujeita à observância da lei e à consecução do interesse público, não há por que negar-lhe o controle sobre os próprios atos para assegurar a observância daqueles princípios, mesmo porque, não o fazendo, sujeita-se ao controle pelos demais Poderes, aumentando os ônus do Estado na missão suprema de tutela do direito.

Esse controle sobre os próprios atos pode ser exercido *ex officio*, quando a autoridade competente constatar a ilegalidade de seu próprio ato ou de ato de seus subordinados; e pode ser provocado pelos administrados por meio dos recursos administrativos.

O controle sobre as entidades da Administração Indireta, também chamado de **tutela**, é um controle externo que só pode ser exercido nos limites estabelecidos em lei, sob pena de ofender a autonomia que lhes é assegurada pela lei que as instituiu. Esses limites dizem respeito aos **órgãos** encarregados do controle, aos **atos** de controle possíveis e aos **aspectos** sujeitos ao controle. Este tema não será aqui tratado, porque já analisado no Capítulo 10, concernente à Administração Indireta.

17.3.2 RECURSOS ADMINISTRATIVOS

17.3.2.1 CONCEITO, EFEITOS E FUNDAMENTO

Recursos administrativos são todos os meios que podem utilizar os administrados para provocar o reexame do ato pela Administração Pública.

Eles podem ter efeito **suspensivo** ou **devolutivo**; este último é o efeito normal de todos os recursos, independentemente de norma legal; ele **devolve** o exame da ma-

téria à autoridade competente para decidir. O efeito **suspensivo**, como o próprio nome diz, suspende os efeitos do ato até a decisão do recurso; ele só existe quando a lei o preveja expressamente. Por outras palavras, no silêncio da lei, o recurso tem apenas efeito devolutivo.

Segundo Hely Lopes Meirelles (2003:646), o **recurso administrativo com efeito suspensivo** produz de imediato duas consequências fundamentais: o impedimento da fluência do prazo prescricional e a impossibilidade jurídica de utilização das vias judiciárias para ataque ao ato pendente de decisão administrativa.

Com efeito, quando a lei prevê recurso com efeito suspensivo, o ato não produz efeito e, portanto, não causa lesão, enquanto não decidido o recurso interposto no prazo legal. Não havendo lesão, faltará interesse de agir para a propositura da ação. Ocorre, no entanto, que ninguém é obrigado a recorrer às vias administrativas de modo que, querendo, pode o interessado deixar exaurir o prazo para recorrer e propor ação judicial, isto porque, exaurido aquele prazo, o ato já começa a causar lesão. A partir daí, começa a correr a prescrição judicial e surge o interesse de agir para ingresso em juízo.

A Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 1, de 1969, no artigo 153, § 4º, previa a possibilidade de a lei instituir a exaustão das vias administrativas como condição para propositura de ação. Essa exigência não chegou a ser disciplinada e não foi repetida na Constituição de 1988. O que se exige é apenas a ocorrência de **lesão** ou **ameaça** a direito, com base no artigo 5º, XXXV, da Constituição, segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

No recurso sem efeito suspensivo, o ato, ainda que possa vir a ser corrigido pela própria autoridade administrativa, produz lesão a partir do momento em que se torna exequível; a prescrição começa a correr e o interessado pode propor ação judicial independentemente da propositura ou não de recurso administrativo.

Os recursos administrativos têm duplo fundamento constitucional: artigo 5º, incisos XXXIV e LV.

Este último assegura aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, o **contraditório** e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

O inciso XXXIV, por sua vez, na alínea *a*, garante a todos, independentemente do pagamento de taxas, “o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder”.

O direito de petição (*right of petition*) teve origem na Inglaterra, durante a Idade Média. Ele serve de fundamento a pretensões dirigidas a qualquer dos Poderes do Estado, por pessoa física ou jurídica, brasileira ou estrangeira, na defesa de direitos individuais ou interesses coletivos.

Conforme ensinamento de José Afonso da Silva (2003:442), “é importante frisar que o **direito de petição** não pode ser destituído de eficácia. Não pode a autoridade

a quem é dirigido escusar pronunciar-se sobre a petição, quer para acolhê-la quer para desacolhê-la com a devida motivação”. Acrescenta que “a Constituição não prevê sanção à falta de resposta e pronunciamento da autoridade, mas parece-nos certo que ela pode ser constrangida a isso por via do mandado de segurança, quer quando se nega expressamente a pronunciar-se quer quando se omite; para tanto, é preciso que fique bem claro que o peticionário esteja utilizando efetivamente do direito de petição, o que se caracteriza com maior certeza se for invocado o artigo 5º, XXXIV, *a*. Cabe, contudo, o processo de responsabilidade administrativa, civil e penal, quando a petição visar corrigir abuso conforme disposto na Lei nº 4.898/65”.

Como a Constituição assegura o direito de petição independentemente do pagamento de taxas, não mais têm fundamento as normas legais que exigiam a chamada “garantia de instância” para interposição de recursos administrativos, ou seja, o depósito de quantias em dinheiro como condição para decisão do recurso.

O Superior Tribunal de Justiça, pela Súmula nº 373, fixou o entendimento de que “é ilegítima a exigência de depósito prévio para admissibilidade de recurso administrativo” (Súmula nº 373).

Esse também tem sido o entendimento do Supremo Tribunal Federal (noticiado no *Boletim* 462/07, do STF), ao considerar inconstitucionais o § 2º do Decreto nº 70.235/72 (RE-388359/PE, Rel. Ministro Marco Aurélio, 2-4-07), os §§ 1º e 2º do artigo 126 da Lei nº 8.213/91, com alterações posteriores (RE-389383/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio, 2-4-07) e o artigo 250 do Decreto-lei nº 5/75, com as redações dadas pela Lei nº 3.188/99 e pela Lei nº 3.344/99, do Rio de Janeiro (AI-398933 e AI-408914, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, 2-4-07). Tal entendimento ficou consagrado na Súmula Vinculante nº 21: “É inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévio de dinheiros ou bens para admissibilidade de recurso administrativo.”²

17.3.2.2 MODALIDADES

Dentro do direito de petição estão agasalhadas inúmeras modalidades de recursos administrativos, disciplinadas por legislação esparsa, que estabelece normas concernentes a prazo, procedimento, competência e outros requisitos a serem observados pelos peticionários. É o caso da **representação**, da **reclamação administrativa**, do **pedido de reconsideração**, dos **recursos hierárquicos próprios e impróprios** e da **revisão**. Como a legislação administrativa é esparsa, as normas sobre recursos têm que ser encontradas conforme o assunto de que se trate. Mas a inexistência de normas específicas sobre determinada matéria não impede seja dirigida pretensão à Administração Pública, sempre com base no direito de petição assegurado entre os direitos e garantias fundamentais do homem.

² O mesmo entendimento é adotado para propositura de ação judicial, conforme Súmula Vinculante nº 28: “É inconstitucional a exigência de depósito prévio como requisito de admissibilidade de ação judicial na qual se pretenda discutir a exigibilidade de crédito tributário.”

A representação é a denúncia de irregularidades feita perante a própria Administração Pública ou a entes de controle, como o Ministério Público, o Tribunal de Contas ou outros órgãos que funcionem como ouvidoria.

Está disciplinada pela Lei nº 4.898, de 9-12-65, quando se tratar de representação contra **abuso de autoridade**, definido pelos seus artigos 3º e 4º. Nesse caso, a representação é dirigida à autoridade superior que tiver competência para aplicar ao culpado a respectiva sanção, bem como ao órgão do Ministério Público que tiver competência para iniciar processo-crime contra a autoridade culpada. A primeira determinará a instauração de inquérito para apurar o fato (art. 7º) e o segundo denunciará o réu, no prazo de 48 horas, desde que o fato constitua abuso de autoridade (art. 13); não o fazendo nesse prazo, será admitida ação privada (art. 16).

Quando se tratar de abuso de autoridade praticado no âmbito do Poder Judiciário e do Ministério Público, a competência para a representação é do Conselho Nacional da Magistratura ou do Conselho Nacional do Ministério Público, conforme o caso (art. 103-B, § 4º, III, e art. 130-A, § 2º, III, da Constituição, introduzidos pela Emenda Constitucional nº 45/2004).

A Constituição Federal prevê um caso específico de representação perante o Tribunal de Contas. O artigo 74, § 2º, estabelece que “qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União”. A Constituição do Estado de São Paulo contém norma semelhante, estendendo a possibilidade de a representação ser feita à Assembleia Legislativa (art. 35, § 2º).

Ainda na Constituição do Estado de São Paulo foi prevista representação dirigida ao Ministério Público. O artigo 97, inciso III, inclui entre as suas funções a de “receber petições, reclamações, representações ou queixas de qualquer pessoa ou entidade representativa de classe, por desrespeito aos direitos assegurados na Constituição Federal e nesta Constituição, as quais serão encaminhadas a quem de direito, e respondidas no prazo improrrogável de trinta dias”.

Entende-se que caberá ao Ministério Público adotar a medida cabível, desde que seja de sua competência, o que abrange as atribuições previstas no artigo 129 da Constituição Federal, como a de promover a ação penal pública, 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, promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações.

Não sendo matéria de sua competência, deverá o Ministério Público encaminhar a representação à autoridade competente para apreciá-la.

Não assiste razão a Hely Lopes Meirelles (2003:648) quando afirma que “a representação vale como informação de ilegalidades, a serem conhecidas e corrigidas pelos meios que a Administração reputar convenientes”. A afirmação vale para as representações manifestamente infundadas, feitas por capricho ou de forma teme-

rária. Mas a regra é que a Administração determine a apuração da irregularidade sob pena de condescendência criminosa, definida no artigo 320 do Código Penal.

Essa ideia é reforçada, agora, pelo artigo 74, § 1º, da Constituição Federal, segundo o qual “os responsáveis pelo controle interno, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária”. Infere-se que a irregularidade, nesse caso, deve referir-se a aspectos pertinentes à fiscalização contábil, financeira e orçamentária a cargo do Tribunal de Contas. A própria norma do artigo 97, inciso III, da Constituição do Estado, já referida, leva à mesma conclusão.

Não pode ser deixada à discricionariedade da Administração a decisão sobre apurar ou não a irregularidade denunciada. Ela tem o **poder-dever** de averiguar e punir os responsáveis em decorrência da sua sujeição ao princípio da legalidade, ao qual não pode fazer sobrepor simples razões de oportunidade e conveniência. Os artigos 7º, 13 e 16 da Lei nº 4.898/65, já mencionada, não deixam qualquer margem à dúvida.

A **reclamação administrativa** está prevista no Decreto nº 20.910, de 6-1-32, que dispõe sobre **prescrição**, nas esferas administrativa e judicial, em favor da Administração Pública. Ele não especifica as hipóteses em que é cabível, razão pela qual se pode dizer que a reclamação tem um sentido amplo que abrange as várias modalidades de recursos administrativos que tenham por objeto as dívidas passivas da União, Estados e Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, seja qual for a sua natureza (art. 1º).

A análise desse dispositivo permite concluir que ele não teve por objetivo disciplinar as hipóteses em que cabe a reclamação ou mesmo o seu procedimento, mas apenas estabelecer normas sobre “prescrição administrativa” e sua interrupção e suspensão. Por isso, pode-se dar à reclamação um conceito amplo, abrangente, não excludente de outras modalidades de recurso: **reclamação administrativa** é o ato pelo qual o administrado, seja particular ou servidor público, deduz uma pretensão perante a Administração Pública, visando obter o reconhecimento de um direito ou a correção de um ato que lhe cause lesão ou ameaça de lesão.

Nos termos do artigo 6º do Decreto nº 20.910, a reclamação deve ser feita no prazo de um ano, se outro não estiver estabelecido em lei. Vale dizer que, quando houver previsão legal de determinado recurso sem estipulação de prazo, ou quando a lei não previr recurso nenhum específico, poderá o interessado valer-se da reclamação administrativa para pleitear seus direitos perante a Administração, devendo fazê-lo no prazo de um ano.

Quando feita no prazo, a reclamação **suspende** a prescrição a partir da entrada do requerimento do titular do direito ou do credor nos livros ou protocolos (art. 4º).

O artigo 103-A, § 3º, da Constituição Federal, acrescentado pela Emenda Constitucional nº 45/04 e regulamentado pela Lei nº 11.417, de 19-12-06, prevê modalidade de **reclamação administrativa** que pode ser proposta, perante o Supremo

Tribunal Federal, depois de esgotadas as vias administrativas, quando a decisão proferida pela Administração Pública contrariar o enunciado de súmula vinculante. Se a reclamação for julgada procedente, a decisão do Supremo Tribunal Federal é de cumprimento obrigatório para a autoridade administrativa que praticou o ato contrário à súmula, bem como para a autoridade competente para decidir o recurso administrativo. De acordo com o dispositivo constitucional, se a reclamação for julgada procedente, o Supremo Tribunal Federal anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial impugnada determinando que outra seja proferida com ou sem aplicação da súmula, conforme o caso. De forma um pouco diferente, o artigo 64-B da Lei nº 9.784, acrescentado pela Lei nº 11.417, determina que, “acolhida pelo Supremo Tribunal Federal a reclamação fundada em violação de enunciado da súmula vinculante, dar-se-á ciência à autoridade prolatora e ao órgão competente para o julgamento do recurso, que deverão adequar as futuras decisões administrativas em casos semelhantes, sob pena de responsabilização pessoal nas esferas cível, administrativa e penal”. Conjugando os dois dispositivos, tem-se que entender que, se o Supremo Tribunal Federal julgar procedente a reclamação, ele anulará o ato e dará ciência à autoridade prolatora da decisão e ao órgão competente para julgar o recurso, os quais, nas futuras decisões, deverão obedecer à súmula sob pena de responsabilidade civil, administrativa e penal.

Pedido de reconsideração é aquele pelo qual o interessado requer o reexame do ato à própria autoridade que o emitiu. Está previsto no artigo 106 da Lei nº 8.112/90 e no artigo 240 do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de São Paulo (Lei nº 10.261, de 28-10-68, com a redação dada pela Lei Complementar nº 942/03); em ambas as esferas, o prazo para decisão é de 30 dias, não podendo ser renovado; só é cabível se contiver novos argumentos; caso contrário, caberá recurso à autoridade superior.

Recurso hierárquico é o pedido de reexame do ato dirigido à autoridade superior à que proferiu o ato. Pode ser **próprio** ou **impróprio**.

O recurso hierárquico próprio é dirigido à autoridade imediatamente superior, dentro do mesmo órgão em que o ato foi praticado. Ele é uma decorrência da hierarquia e, por isso mesmo, independe de previsão legal.

A Lei nº 9.784, de 29-1-99, que estabelece normas sobre o processo administrativo federal, contém algumas normas referentes ao recurso hierárquico, que assim se resumem:

1. o recurso pode ser interposto por razões de legalidade ou de mérito (art. 56);
2. é dirigido à autoridade que proferiu a decisão, a qual, se não a reconsiderar no prazo de cinco dias, o encaminhará à autoridade superior (art. 56, § 1º); com isto, se elimina a necessidade de entrar previamente com pedido de reconsideração; o mesmo recurso, antes de ser dirigido à autoridade

- superior, já é examinado pela autoridade que praticou o ato recorrido, com possibilidade de reconsideração de sua decisão;
3. a interposição de recurso administrativo independe de caução, salvo exigência legal expressa (art. 56, § 2º);
 4. o recurso administrativo tramita até o máximo de três instâncias administrativas, salvo disposição legal diversa (art. 57);
 5. têm titularidade para recorrer: I – os titulares de direitos e interesses que forem parte no processo; II – aqueles cujos direitos ou interesses forem indiretamente afetados pela decisão recorrida; III – as organizações e associações representativas, no tocante a direitos e interesses coletivos; IV – os cidadãos ou associações, quanto a direitos ou interesses difusos (art. 58);
 6. salvo disposição legal específica, o prazo para recorrer é, em regra, de dez dias, contado a partir da ciência ou divulgação oficial da decisão recorrida (art. 59);
 7. quando a lei não fixar prazo diferente, o recurso administrativo deverá ser decidido no prazo máximo de trinta dias, a partir do recebimento dos autos pelo órgão competente (art. 59, § 1º), podendo esse prazo ser prorrogado por igual período, ante justificativa explícita (§ 2º); apesar da fixação desse prazo, tem-se que entender que, mesmo que descumprido, a decisão tem que ser proferida, até porque o artigo 48 da mesma lei estabelece que a Administração tem o dever de explicitamente emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência; portanto, não há como conceber a hipótese de deixar a matéria sem decisão apenas por esta não ter sido proferida no prazo legal; no entanto, é evidente que a omissão da autoridade poderá sujeitá-la à responsabilidade administrativa, civil e criminal;
 8. como regra geral, o recurso não tem efeito suspensivo, salvo nos casos em que a lei expressamente o estipular (art. 61); no entanto, o parágrafo único do dispositivo permite que, mesmo não sendo previsto o efeito suspensivo, a autoridade administrativa poderá outorgá-lo a determinado recurso, quando haja justo receio de prejuízo de difícil ou incerta reparação decorrente da execução;
 9. interposto o recurso, o órgão competente para dele conhecer deverá intimar os demais interessados para que, no prazo de cinco dias úteis, apresentem alegações (art. 62); trata-se de aplicação do princípio do contraditório;
 10. o recurso não será conhecido quando interposto: I – fora do prazo; II – perante órgão incompetente; III – por quem não seja legitimado; IV – após exaurida a esfera administrativa (art. 63); na hipótese do inciso II, será indicada a autoridade competente, sendo devolvido o prazo para recurso (§ 1º); em qualquer hipótese de não conhecimento do recurso,

não fica a autoridade administrativa impedida de rever o ato de ofício, desde que não ocorrida preclusão administrativa (§ 2º);

11. o órgão competente para decidir o recurso poderá confirmar, modificar, anular ou revogar, total ou parcialmente, a decisão recorrida, se a matéria for de sua competência (art. 64);
12. se da decisão resultar gravame à situação do recorrente, este deverá ser cientificado para que formule suas alegações antes da decisão (art. 64, parágrafo único);
13. se o recorrente alegar que a decisão administrativa é contrária a enunciado de súmula vinculante editada pelo Supremo Tribunal Federal, com fundamento no artigo 103-A da Constituição, caberá à autoridade prolatora da decisão impugnada, se não a reconsiderar, explicitar, antes de encaminhar o recurso à autoridade superior, as razões da aplicabilidade ou inaplicabilidade da súmula, conforme o caso (§ 3º do art. 56, acrescentado na Lei nº 9.784 pela Lei nº 11.417, de 19-12-06, que disciplina a súmula vinculante);
14. a mesma obrigação de explicitar as razões da aplicabilidade ou não da súmula vinculante incumbe ao órgão competente para o julgamento do recurso (art. 64-A da Lei nº 9.784, acrescentado pela Lei nº 11.417/06).

O recurso hierárquico impróprio é dirigido a autoridade de outro órgão não integrado na mesma hierarquia daquele que proferiu o ato. Precisamente por isso é chamado **impróprio**. Não decorrendo da hierarquia, ele só é cabível se previsto expressamente em lei. A hipótese mais comum é a de recurso contra ato praticado por dirigente de autarquia, interposto perante o Ministério a que a mesma se acha vinculada ou perante o Chefe do Poder Executivo, dependendo do que estabeleça a lei. É o caso também de recursos interpostos perante tribunais administrativos, como o Tribunal de Impostos e Taxas ou o Conselho de Contribuintes.

Revisão é o recurso de que se utiliza o servidor público, punido pela Administração, para reexame da decisão, em caso de surgirem fatos novos suscetíveis de demonstrar a sua inocência.

Está prevista nos artigos 174 a 182 da Lei nº 8.112/90 e nos artigos 312 a 321 do Estatuto Paulista (Lei nº 10.261, de 28-10-68). Este último define as hipóteses em que é cabível:

- I – quando a decisão for contrária a texto expresso de lei e à evidência dos autos;
- II – quando a decisão se fundar em depoimento, exames ou documentos comprovadamente falsos ou errados; e
- III – quando, após a decisão, se descobrirem novas provas da inocência do punido ou de circunstância que autorize pena mais branda.”

A revisão pode ser requerida, a qualquer tempo, pelo próprio interessado, por seu procurador ou por terceiros, conforme dispuser a lei estatutária. No entanto, pela formulação nº 35, o DASP fixou o entendimento de que a revisão está sujeita à prescrição quinquenal, o que destoa inteiramente da natureza *sui generis* do instituto que, previsto também na órbita penal, tem por fim corrigir um erro no julgamento. Note-se que ela é admissível até mesmo depois de falecido o interessado, pois o seu objetivo é reabilitar o acusado, o que não pode ser limitado no tempo.

Na legislação estatutária federal e estadual, está expresso que a revisão não autoriza a agravação da pena, devendo concluir, se julgada procedente, pela redução ou cancelamento da pena. A Lei nº 9.784/99 repete a mesma ideia no artigo 65, parágrafo único, ao estabelecer que “*da revisão do processo não poderá resultar agravamento da sanção*”.

17.3.2.3 COISA JULGADA ADMINISTRATIVA

As expressões **coisa julgada administrativa** e **prescrição administrativa**, criticadas por muitos autores, por entenderem que se trata de institutos típicos do direito processual, civil e penal, foram transpostas para o direito administrativo por influência de doutrinadores que não veem diferença de fundo, mas apenas de forma, entre a administração ativa e a jurisdição; em ambos os casos há a aplicação da lei ao caso concreto.³

No entanto, há que se ter em conta que, sendo muito diversas as funções jurisdicional e administrativa, pela forma como nelas atua o Estado, não se pode simplesmente transpor uma noção, como a de coisa julgada, de um ramo, onde tem pleno fundamento, para outro, em que não se justifica. Na função jurisdicional, o Poder Judiciário atua como terceiro estranho à lide; a relação é trilateral, porque compreende autor, réu e juiz, não sendo este **parte** na relação que vai decidir. Por isso mesmo, a função é **imparcial** e, como tal, torna-se definitiva, pondo fim ao conflito; por outras palavras, ela produz coisa julgada.

Na função administrativa, a Administração Pública é **parte** na relação que aprecia; por isso mesmo se diz que a **função é parcial** e, partindo do princípio de que ninguém é juiz e parte ao mesmo tempo, a decisão não se torna definitiva, podendo sempre ser apreciada pelo Poder Judiciário, se causar lesão ou ameaça de lesão.

No processo judicial, existe a coisa julgada formal (imutabilidade da sentença no mesmo processo em que foi proferida, por não caber mais recurso) e a coisa julgada material (imutabilidade mesmo fora do processo, porque a decisão transitada em julgado faz lei entre as partes, nos termos do art. 468 do CPC e art. 503 do novo

³ Sobre o assunto, v. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Limites da utilização de princípios do processo judicial no processo administrativo. In: *Fórum Administrativo*, Belo Horizonte: Fórum, ano 13, nº 147, maio 2013. p. 44-60.

CPC). No processo administrativo, só existe a coisa julgada formal; não existe coisa julgada material, porque a decisão proferida na esfera administrativa é passível de apreciação pelo Poder Judiciário.

Portanto, a expressão **coisa julgada**, no Direito Administrativo, não tem o mesmo sentido que no Direito Judiciário. Ela significa apenas que a decisão se tornou **irretratável pela própria Administração**.

Embora se faça referência apenas à hipótese em que se exauriu a via administrativa, não cabendo mais qualquer recurso, existem outras possibilidades: (a) a decisão não mais pode ser revogada por razões de mérito; (b) a Administração perdeu o prazo para rever os atos ilegais previsto no artigo 54 da Lei nº 9.784/99; (c) ocorreu a prescrição judicial; (d) já foi proferida decisão judicial transitada em julgado.

No Capítulo 7, item 7.11.3, referente à revogação, foram apontadas as limitações à revogação dos atos administrativos: não podem ser revogados os atos vinculados, os que exauriram os seus efeitos, os meros atos administrativos, os que geraram direitos subjetivos. Não podendo ser revogados, tornam-se irretratáveis pela própria Administração, fazendo **coisa julgada administrativa**.

17.3.2.4 PRESCRIÇÃO ADMINISTRATIVA

Em diferentes sentidos costuma-se falar em prescrição administrativa: ela designa, de um lado, a perda do prazo para recorrer de decisão administrativa; de outro, significa a perda do prazo para que a Administração reveja os próprios atos; finalmente, indica a perda do prazo para aplicação de penalidades administrativas.

Quanto ao primeiro aspecto, encontram-se em leis esparsas normas estabelecendo prazos para que os interessados recorram de decisões administrativas. Os servidores públicos federais, por exemplo, têm o prazo de cinco anos para pleitear na esfera administrativa quanto aos atos de que decorreram demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade, e 120 dias nos demais casos (art. 110 da Lei nº 8.112/90).

Na ausência de lei específica estabelecendo prazo para recorrer, aplica-se, na esfera federal, a Lei nº 9.784, de 29-1-99, que disciplina o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. O artigo 59 estabelece que *“salvo disposição legal específica, é de dez dias o prazo para interposição de recurso administrativo, contado a partir da ciência ou divulgação oficial da decisão recorrida”*.

Nesses casos, como em outros semelhantes, em que o prazo é estabelecido em benefício da própria Administração, para bom andamento dos serviços públicos, nada impede que ela conheça de recursos extemporâneos, desde que constate assistir razão ao interessado; isto porque, no exercício da função de tutela da legalidade, a Administração pode e deve, mesmo sem provocação do administrado, rever os seus atos ilegais, até com o objetivo de evitar demandas judiciais inúteis, que poderão terminar com decisão a ela favorável. Na Lei nº 9.784, embora se estabeleça que o recurso não será conhecido quando interposto fora do prazo (art. 63, I), admite-se

que, nesse caso, a Administração possa rever de ofício o ato ilegal, desde que não ocorrida preclusão administrativa.

Também em caso de ter ocorrido prescrição judicial desaparece o poder de rever o ato de ofício porque, nesse caso, a revisão constituiria ofensa à estabilidade das relações jurídicas que o legislador quis proteger com a fixação de prazo prescricional. O reconhecimento de um direito, nessas circunstâncias, significaria liberalidade da Administração em face de um interesse público do qual ela não pode dispor.

Pela mesma razão, no silêncio da lei, o prazo para que a Administração reveja os próprios atos, com o objetivo de corrigi-los ou invalidá-los, é o mesmo em que se dá a prescrição judicial. Reconhecemos que a matéria é controvertida, no que diz respeito a esse prazo.

Interessante é a colocação feita por Régis Fernandes de Oliveira (1978:122); segundo seu modo de ver, não há, com relação ao Poder Público, prazo para que se reconheça a invalidação de qualquer ato, pouco importando se nulo ou anulável; para ele, “ao administrador sempre cabe reconhecer a nulidade de algum ato, desde que praticado com vício, bem como decretar-lhe a nulidade, já que qualquer deles é incompatível com a indisponibilidade do interesse público”. Será diante do caso concreto que a Administração deve decidir se a anulação do ato, apesar do decurso do tempo, deve ou não ser feita; a decisão se pautará pelo que seja melhor para o interesse público.

Ficamos com a posição dos que, como Hely Lopes Meirelles (2003:653), entendem que, no silêncio da lei, a prescrição administrativa ocorre em cinco anos, nos termos do Decreto nº 20.910/32. Quando se trata de direito oponível à Administração, não se aplicam os prazos do direito comum, mas esse prazo específico aplicável à Fazenda Pública; apenas em se tratando de direitos de natureza real é que prevalecem os prazos previstos no Código Civil, conforme entendimento da jurisprudência.

Desse modo, prescrita a ação na esfera judicial, não pode mais a Administração rever os próprios atos, quer por iniciativa própria, quer mediante provocação, sob pena de infringência ao interesse público na estabilidade das relações jurídicas.

Na esfera federal, a questão ficou pacificada com a Lei nº 9.784/99, cujo artigo 54 veio estabelecer que “o direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo se comprovada má-fé”. Pela norma do § 1º do mesmo dispositivo, “no caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo de decadência contar-se-á da percepção do primeiro pagamento”.

Com relação aos prazos para punir, que são estabelecidos em favor do administrado, são fatais para a Administração.⁴ Na esfera federal, prescreve em 180 dias a

⁴ V. item 3.3.15.4, sobre aplicação dos princípios da segurança jurídica, boa-fé e proteção à confiança na fixação de prazo para anulação de atos administrativos.

pena de advertência, em dois anos a de suspensão e em cinco anos as de demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e destituição de cargo em comissão (art. 142 da Lei nº 8.112/90). No Estado de São Paulo, os prazos são de dois e cinco anos, respectivamente (art. 261 do Estatuto). Nas duas leis, a falta também prevista em lei como crime prescreverá juntamente com este.

Quando se trata de punição decorrente do exercício do **poder de polícia**, a Lei nº 9.873, de 23-11-99, estabelece prazo de prescrição de cinco anos para a ação punitiva da Administração Pública Federal, Direta e Indireta, contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado. Em caso de paralisação do procedimento administrativo de apuração de infração, por período superior a três anos, também incide a prescrição, sem prejuízo da apuração da responsabilidade funcional decorrente da paralisação. Se ao fato objeto da ação punitiva da Administração corresponder crime, a prescrição reger-se-á pelo prazo previsto na lei penal.

A mesma lei, nos artigos 2º e 3º, indica, respectivamente, os casos de interrupção e suspensão da prescrição.

Essa lei somente se aplica na esfera federal.

17.4 CONTROLE LEGISLATIVO

17.4.1 ALCANCE

O controle que o Poder Legislativo exerce sobre a Administração Pública tem que se limitar às hipóteses previstas na Constituição Federal, uma vez que implica interferência de um Poder nas atribuições dos outros dois; alcança os órgãos do Poder Executivo, as entidades da Administração Indireta e o próprio Poder Judiciário, quando executa função administrativa. Não podem as legislações complementar ou ordinária e as Constituições estaduais prever outras modalidades de controle que não as constantes da Constituição Federal, sob pena de ofensa ao princípio da separação de Poderes; o controle constitui exceção a esse princípio, não podendo ser ampliado fora do âmbito constitucional.

Basicamente, são dois os tipos de controle: o **político** e o **financeiro**.

17.4.2 CONTROLE POLÍTICO

O controle abrange aspectos ora de legalidade, ora de mérito, apresentando-se, por isso mesmo, como de natureza **política**, já que vai apreciar as decisões administrativas sob o aspecto inclusive da discricionariedade, ou seja, da oportunidade e conveniência diante do interesse público.

São hipóteses de controle:

1. a competência exclusiva do Congresso Nacional e do Senado para apreciar *a priori* ou *a posteriori* os atos do Poder Executivo (arts. 49, incisos I, II, III, IV, XII, XIV, XVI, XVII, e 52, incisos III, IV, V e XI); a decisão, nesses casos, expressa-se por meio de autorização ou aprovação contida em decreto-legislativo ou resolução;
2. a convocação de Ministro de Estado ou quaisquer titulares de órgãos diretamente subordinados à Presidência da República, pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado, bem como por qualquer de suas comissões, para prestar, pessoalmente, informações sobre assunto previamente determinado, importando crime de responsabilidade a ausência, sem justificção adequada (art. 50, alterado pela Emenda Constitucional de Revisão nº 2/94);
3. o encaminhamento de pedidos escritos de informação, pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado, dirigidos aos Ministros de Estado ou a quaisquer titulares de órgãos diretamente subordinados à Presidência da República, que deverão responder no prazo de trinta dias, sob pena de crime de responsabilidade (art. 50, § 2º, alterado pela Emenda Constitucional de Revisão nº 2/94).
4. a apuração de irregularidades pelas Comissões Parlamentares de Inquérito, as quais têm poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos Regimentos das Casas do Congresso; as suas conclusões, se for o caso, serão encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores (art. 58, § 3º); as Comissões não têm poder sancionatório; elas se limitam a **investigar** a irregularidade e a encaminhar as suas conclusões, acompanhadas dos elementos comprobatórios, ao Ministério Público;
5. a competência do Senado Federal para processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles; a competência para processar e julgar os Ministros do STF, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade (art. 52, incisos I e II); nesses casos, funciona como Presidente o do STF, limitando-se a condenação, que somente poderá ser proferida por 2/3 dos votos do Senado, à perda do cargo, com inabilitação, por oito anos, para o exercício da função pública, sem prejuízo das sanções judiciais cabíveis (art. 52, parágrafo único);
6. a competência do Senado para fixar, por proposta do Presidente da República, limites globais para o montante da dívida consolidada da União, dos

Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; para dispor sobre limites globais e condições para as operações de crédito externo e interno da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, de suas autarquias e demais entidades controladas pelo Poder Público Federal; para dispor sobre limites e condições para a concessão de garantia da União em operações de crédito externo e interno (art. 52, incisos VI, VII e VIII);

7. a competência do Congresso Nacional para sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa; essa atribuição, prevista no artigo 49, inciso V, constitui inovação da Constituição de 1988, da maior relevância, porque permitirá ao Poder Legislativo controlar, mediante provocação ou por iniciativa própria, a legalidade dos atos normativos do Poder Executivo, suspendendo os seus efeitos independentemente de prévia manifestação do Poder Judiciário.

A Constituição do Estado de São Paulo prevê também atos de controle da Assembleia Legislativa sobre o Poder Executivo no artigo 20, incisos VII, VIII, IX, X, XII, XIV, XV, XVI, XIX, XXI, XXIV e XXV. Essas atribuições encontram paralelo na Constituição Federal, ressalvada a do inciso XXIV, que atribui à Assembleia Legislativa o poder de “solicitar ao Governador, na forma do Regimento Interno, informações sobre atos de sua competência privativa”; a norma é inconstitucional por ofender o princípio da separação de Poderes, à medida que prevê hipótese de controle não agasalhada pela Constituição Federal.

8. controle financeiro, exercido com o auxílio do Tribunal de Contas.

17.4.3 CONTROLE FINANCEIRO

A Constituição Federal disciplina, nos artigos 70 a 75, a fiscalização contábil, financeira e orçamentária, determinando, no último dispositivo, que essas normas se aplicam, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios.

O artigo 70 permite inferir algumas normas básicas:

1. quanto à **atividade** controlada, a fiscalização abrange a contábil, a financeira, a orçamentária, a operacional e a patrimonial; isto permite a verificação da contabilidade, das receitas e despesas, da execução do orçamento, dos resultados e dos acréscimos e diminuições patrimoniais;
2. quanto aos **aspectos** controlados, compreende:
 - “I – **controle de legalidade dos atos** de que resultem a arrecadação da receita ou a realização da despesa, o nascimento ou a extinção de direitos e obrigações;

- II – **controle de legitimidade**, que a Constituição tem como diverso da legalidade, de sorte que parece assim admitir exame de mérito a fim de verificar se determinada despesa, embora não ilegal, fora legítima, tal como atender a ordem de prioridade, estabelecida no plano plurianual;
 - III – **controle de economicidade**, que envolve também questão de mérito, para verificar se o órgão procedeu, na aplicação da despesa pública, de modo mais econômico, atendendo, por exemplo, uma adequada relação **custo-benefício**;
 - IV – **controle de fidelidade funcional** dos agentes da administração responsáveis por bens e valores públicos;
 - V – **controle de resultados de cumprimento de programas de trabalho e de metas**, expresso em termos monetários e em termos de realização de obras e prestação de serviços” (cf. José Afonso da Silva, 2003:727);
3. quanto às **peças** controladas, abrange União, Estados, Municípios, Distrito Federal e entidades da Administração Direta e Indireta, bem como qualquer pessoa física ou entidade pública, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária;
 4. a fiscalização compreende os sistemas de **controle externo**, que compete ao Poder Legislativo, com auxílio do Tribunal de Contas, e de **controle interno** exercido por cada um dos Poderes.

O controle externo foi consideravelmente ampliado na atual Constituição, conforme se verifica por seu artigo 71. Compreende as funções de:

1. **fiscalização financeira** propriamente dita, quando faz ou recusa o registro de atos de admissão de pessoal (excetuadas as nomeações para cargo em comissão) ou de concessão inicial de aposentadoria, reforma ou pensão; quando faz inquéritos, inspeções e auditorias; quando fiscaliza a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União, mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município;
2. de **consulta**, quando emite parecer prévio sobre as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República;
3. de **informação**, quando as presta ao Congresso Nacional, a qualquer de suas Casas, ou a qualquer das respectivas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas;

4. de **juízo**, quando “julga” as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos e as contas daqueles que derem causa à perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao Erário Público; embora o dispositivo fale em “julgar” (inciso II do art. 71), não se trata de função jurisdicional, porque o Tribunal apenas examina as **contas**, tecnicamente, e não aprecia a responsabilidade do agente público, que é de competência exclusiva do Poder Judiciário; por isso se diz que o julgamento das contas é uma questão prévia, preliminar, de competência do Tribunal de Contas, que antecede o julgamento do responsável pelo Poder Judiciário;
5. **sancionatórias**, quando aplica aos responsáveis, nos casos de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;
6. **corretivas**, quando assina prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade; e quando susta, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal; nos termos do § 1º do artigo 71, no caso de contrato, o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo, as medidas cabíveis; pelo § 2º, se o Congresso ou o Poder Executivo, no prazo de 90 dias, não efetivar as medidas previstas no parágrafo anterior, o Tribunal decidirá a respeito; isto constitui inovação da Constituição de 1988, já que, na anterior, a decisão final, de natureza puramente política, ficava com o Congresso Nacional;
7. de **ouvidor**, quando recebe denúncia de irregularidades ou ilegalidades, feita pelos responsáveis pelo controle interno ou por qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato, nos termos do artigo 74, §§ 1º e 2º.

Nos âmbitos estadual e municipal, as normas sobre fiscalização contábil, financeira e orçamentária aplicam-se aos respectivos Tribunais e Conselhos de Contas, conforme artigo 75.

Com relação aos Municípios, o artigo 31 da Constituição prevê o controle externo da Câmara Municipal, com o auxílio dos Tribunais de Contas dos Estados ou do Município ou dos Conselhos ou Tribunais de Contas, onde houver. Pelo § 2º, o parecer prévio emitido pelo órgão competente sobre as contas anuais do Prefeito só deixará de prevalecer por decisão de 2/3 dos membros da Câmara Municipal. E o § 3º contém uma inovação, ao determinar que as contas dos Municípios ficarão, durante 60 dias, anualmente, à disposição de qualquer contribuinte, para exame e apreciação, o qual poderá questionar-lhes a legitimidade, nos termos da lei. É mais uma hipótese de **participação popular** no controle da Administração.

17.5 CONTROLE JUDICIAL

17.5.1 SISTEMA DE UNIDADE DE JURISDIÇÃO

O controle judicial constitui, juntamente com o princípio da legalidade, um dos fundamentos em que repousa o Estado de Direito. De nada adiantaria sujeitar-se a Administração Pública à lei se seus atos não pudessem ser controlados por um órgão dotado de garantias de imparcialidade que permitam apreciar e invalidar os atos ilícitos por ela praticados.

O direito brasileiro adotou o sistema da **jurisdição una**, pelo qual o Poder Judiciário tem o monopólio da função jurisdicional, ou seja, do poder de apreciar, com força de coisa julgada, a lesão ou ameaça de lesão a direitos individuais e coletivos. Afastou, portanto, o sistema da dualidade de jurisdição em que, paralelamente ao Poder Judiciário, existem os órgãos do Contencioso Administrativo que exercem, como aquele, função jurisdicional sobre lides de que a Administração Pública seja parte interessada.

O fundamento Constitucional do sistema da unidade de jurisdição é o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, que proíbe a lei de excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Qualquer que seja o autor da lesão, mesmo o poder público, poderá o prejudicado ir às vias judiciais.

17.5.2 LIMITES

O Poder Judiciário pode examinar os atos da Administração Pública, de qualquer natureza, sejam gerais ou individuais, unilaterais ou bilaterais, vinculados ou discricionários, mas sempre sob o aspecto da **legalidade** e, agora, pela Constituição, também sob o aspecto da **moralidade** (arts. 5º, inciso LXXIII, e 37).

Quanto aos atos discricionários, sujeitam-se à apreciação judicial, desde que não se invadam os aspectos reservados à apreciação subjetiva da Administração Pública, conhecidos sob a denominação de **mérito** (oportunidade e conveniência). Sobre o assunto, remetemos o leitor ao Capítulo 7, item 7.8.5.

Não há invasão do mérito quando o Judiciário aprecia os **motivos**, ou seja, os **fatos** que precedem a elaboração do ato; a ausência ou falsidade do motivo caracteriza ilegalidade, suscetível de invalidação pelo Poder Judiciário.

Os atos normativos do Poder Executivo, como Regulamentos, Resoluções, Portarias, não podem ser invalidados pelo Poder Judiciário a não ser por via de ação direta de inconstitucionalidade e ação direta de constitucionalidade (previstas no art. 102, II, *a*, da Constituição Federal e disciplinadas pela Lei nº 9.868, de 10-11-99) ou por arguição de descumprimento de preceito fundamental (prevista no art. 102, § 1º, da Constituição e disciplinada pela Lei nº 9.882, de 3-2-99). O julgamento de todas elas é de competência do STF, ressalvada a competência dos Tribunais de Justiça estaduais quando se tratar de ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato

normativo estadual ou municipal que contrarie a Constituição do Estado (art. 125, § 2º, da Constituição Federal, e art. 74, VI, da Constituição Paulista).

Nos casos concretos, poderá o Poder Judiciário apreciar a legalidade ou constitucionalidade dos atos normativos do Poder Executivo, mas a decisão produzirá efeitos apenas entre as partes, devendo ser observada a norma do artigo 97 da Constituição Federal, que exige maioria absoluta dos membros dos Tribunais para a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

O artigo 103-A da Constituição Federal, introduzido pela Emenda Constitucional nº 45/04 e regulamentado pela Lei nº 11.417, de 19-12-06, criou novo instrumento de controle do Poder Judiciário sobre os atos da Administração Pública. Trata-se da **reclamação administrativa** contra decisão que contrarie ou aplique indevidamente uma súmula vinculante editada pelo Supremo Tribunal Federal. Nesse caso, independentemente de ação judicial, o Supremo Tribunal Federal, se acolher a reclamação, **anulará** o ato administrativo e determinará que outro seja praticado (v. item 17.3.2.2).

Com relação aos **atos políticos**, é possível também a sua apreciação pelo Poder Judiciário, desde que causem lesão a direitos individuais ou coletivos. Houve um período no direito brasileiro, na vigência da Constituição de 1937, em que os atos políticos eram insuscetíveis de apreciação judicial, por força de seu artigo 94. Essa norma ligava-se à concepção do ato político como sendo aquele que diz respeito a interesses superiores da nação, não afetando direitos individuais; como o exercício do direito de ação estava condicionado à existência de um **direito individual** lesado, não ocorrendo essa lesão, faltava o interesse de agir para o recurso às vias judiciais.

Essa concepção, que persistiu mesmo após a referida Constituição, foi aos poucos sendo superada; inicialmente, pelo reconhecimento de que o ato político pode, em determinados casos, causar lesão a direitos individuais, como ocorre na promoção de juízes e na intervenção federal; disso resultou uma distinção entre **atos exclusivamente políticos** (que não afetam direitos individuais) e **atos quase políticos** ou **não exclusivamente políticos** (que, embora dizendo respeito a interesses superiores do Estado, da nação, da sociedade, afetam também direitos individuais); os primeiros não podiam e os segundos podiam ser submetidos ao Poder Judiciário.

Pela atual Constituição, existe mais uma razão para admitir-se o controle judicial dos atos políticos; é que o artigo 5º, inciso XXXV, proíbe seja excluída da apreciação judicial a lesão ou ameaça a **direito**, sem distinguir se ele é individual ou coletivo; previu, ainda, além da ação popular, outras medidas judiciais cabíveis para defesa dos direitos e interesses coletivos, como a ação civil pública e o mandado de segurança coletivo. Com isso, ampliou também a possibilidade de apreciação judicial dos atos exclusivamente políticos.

Quanto aos **atos interna corporis** (Regimentos dos atos colegiados), em regra não são apreciados pelo Poder Judiciário, porque se limitam a estabelecer normas sobre o funcionamento interno dos órgãos; no entanto, se exorbitarem em seu conteúdo, ferindo direitos individuais e coletivos, poderão também ser apreciados pelo Poder Judiciário.

17.5.3 CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

17.5.3.1 CONCEITO DE POLÍTICAS PÚBLICAS E COMPETÊNCIA PARA SUA DEFINIÇÃO E EXECUÇÃO

Políticas públicas são metas e instrumentos de ação que o Poder Público define para a consecução de interesses públicos que lhe incumbe proteger.

O tema, que despertou a atenção dos juristas a partir principalmente do início do século XXI, vem suscitando controvérsias nos âmbitos doutrinário e jurisprudencial. Isso porque coloca em xeque a discricionariedade dos Poderes Legislativo e Executivo na definição e implementação das políticas públicas, bem como a complexa questão dos limites do seu controle pelo Poder Judiciário.

A definição das políticas públicas implica opções a serem feitas pelo Poder Público. Essas opções são externadas por variados instrumentos, como a Constituição, as emendas à Constituição, os atos normativos do Poder Legislativo, do Poder Executivo e de órgãos e entidades da Administração Pública. Como são vários os instrumentos, pode-se fazer uma gradação levando em conta a própria hierarquia dos atos estatais. Existem metas fixadas, em sentido muito amplo, pela própria Constituição, já a partir de seu preâmbulo. Inúmeros exemplos extraem-se de seu texto. É o caso do artigo 170, que coloca como meta da ordem econômica “a existência digna, conforme os ditames da justiça social” e já indica os princípios de observância obrigatória para esse fim. O artigo 194 estabelece como meta da seguridade social a garantia dos “direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”. O artigo 196 impõe políticas sociais e econômicas na área da saúde que visem “à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”. O artigo 205 coloca como meta da educação o “pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”. Esses são apenas alguns exemplos de metas definidas pela Constituição e dirigidas a todos os entes da federação e aos três Poderes do Estado.

Em muitos casos, a Constituição até já indica os instrumentos hábeis para a consecução das metas. É o caso, por exemplo, do artigo 182, § 4º, que prevê, como instrumentos hábeis para garantir a função social da propriedade urbana, o parcelamento ou edificação compulsórios, o IPTU progressivo no tempo e a desapropriação com pagamento em títulos da dívida pública; do mesmo modo, o artigo 184, que prevê a desapropriação, também com pagamento em títulos da dívida pública, como o instrumento adequado para cumprimento da função social da propriedade. O artigo 201 indica os eventos a serem cobertos pelos planos de previdência. Do mesmo modo, o artigo 208 prevê os instrumentos hábeis para garantir o dever do Estado com a educação.

Outras vezes, a Constituição distribui entre as três esferas de Governo a competência para definir as políticas públicas, como se verifica pelo artigo 21, que outorga à União, entre outras, a competência para elaborar e executar planos nacionais e

regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social (inciso IX), planejar e promover a defesa permanente contra as calamidades públicas, especialmente as secas e as inundações (inciso XVIII), instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos (inciso XX), estabelecer princípios e diretrizes para o sistema nacional de viação (inciso XXI). Já o artigo 23 define as competências comuns da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, algumas das quais envolvendo a construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico (inciso IX), estabelecer e implantar política de educação para a segurança do trânsito (inciso XII).

Diretrizes também são definidas, no Título da Ordem Social (artigo 193 e seguintes) com relação à assistência social, ao ensino, à cultura, à família, à criança, ao adolescente, ao idoso, à proteção do meio ambiente, aos índios. Em grande parte dos dispositivos constitucionais, aparecem como **deveres do Estado e direitos dos cidadãos** as atividades voltadas para a ordem social.

Paralelamente, o artigo 6º da Constituição indica o rol dos direitos sociais: educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, assistência aos desamparados, “na forma desta Constituição”.

O próprio rol dos direitos sociais e a contrapartida dos deveres a serem assumidos pelo Estado na garantia dos direitos já leva a uma conclusão: constitui utopia achar que o Estado brasileiro possui condições de cumprir todas as metas constitucionais e satisfazer a todos os “direitos” dos cidadãos. Por isso mesmo, tais normas sempre foram consideradas programáticas, já que dependem de leis e medidas administrativas para serem concretizadas. Daí a necessidade e importância das políticas públicas: dentre tantas metas postas pela Constituição, as políticas públicas definem as que devem ser atendidas prioritariamente.

O cumprimento das metas exige planejamento e recursos orçamentários; estes são finitos; não existem em montante suficiente para atender a todas as aspirações individuais e a satisfazer a todos os direitos sociais.

O artigo 165 prevê três importantes instrumentos de definição de metas, a serem estabelecidos por meio de leis de iniciativa do Poder Executivo: o Plano Plurianual, as diretrizes orçamentárias e os orçamentos anuais. Algumas diretrizes podem ser vinculantes e têm que, obrigatoriamente, ser incluídas nas leis orçamentárias, como a exigência de percentual mínimo de gastos com a educação e a saúde (arts. 212 e 198, respectivamente).

Postas as metas, em termos genéricos, pela Constituição, cabe ao legislador, em segundo plano, discipliná-las de modo a garantir o seu atendimento, por meio dos atos legislativos previstos no artigo 59. Além do Plano Plurianual e da Lei de Diretrizes Orçamentárias, já referidos, outras leis vão sendo promulgadas para áreas específicas. É o caso da Lei nº 10.257, de 10-7-01 (Estatuto da Cidade), que regulamenta os artigos 182 e 183 da Constituição Federal e estabelece diretrizes gerais

da política urbana. É o que consta da Lei nº 6.983, de 31-8-81, que define a Política Nacional do Meio Ambiente, da Lei nº 9.433, de 8-1-97, que define a Política Nacional de Recursos Hídricos, da Lei nº 9.478, de 6-8-97, que dispõe sobre a Política Energética Nacional e as Atividades Relativas ao Monopólio do Petróleo. Por sua vez, na área da saúde, os princípios e diretrizes constam da Lei nº 8.080, de 19-9-90.

Muitas dessas leis deixam ao Poder Executivo e a órgãos e entidades da Administração Direta e Indireta, especialmente as agências reguladoras, a competência para complementar a definição das políticas públicas, além da atribuição de colocá-las em prática. Nenhuma atribuição nessa área foi outorgada ao Poder Judiciário.

17.5.3.2 CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS PELO PODER JUDICIÁRIO

Rigorosamente, diante da distribuição constitucional de competências entre os três Poderes do Estado, pode-se afirmar que as políticas públicas são definidas pelo legislador e executadas pelo Executivo. Nenhuma atribuição é outorgada ao Poder Judiciário para a definição ou implementação de políticas públicas, sendo o seu papel o de controlador da constitucionalidade das leis e legalidade dos atos administrativos pertinentes às políticas públicas, inclusive no que diz respeito às omissões antijurídicas.

No entanto, o Judiciário vem, direta ou indiretamente, interferindo nas políticas públicas definidas pelos poderes competentes. Parte da doutrina defende essa possibilidade, colocando em xeque a forma de aplicação do princípio tradicional da separação de poderes.

Isto ocorre porque as políticas públicas são vistas como o instrumento adequado para concretizar os direitos fundamentais previstos na Constituição, especialmente na área social. Como o modelo do Estado Social é pródigo na proteção dos direitos fundamentais e na previsão de inúmeros serviços sociais como deveres do Estado, a consequência inevitável é a de que acabam por se colocar em confronto, de um lado, o *dever* constitucional de atender às imposições constitucionais, que correspondem a *direitos* do cidadão (essenciais para garantir a dignidade da pessoa humana), e, de outro lado, a escassez dos recursos públicos para atender a todos esses direitos. Daí o *princípio da reserva do possível*, oriundo do direito alemão: os deveres estatais, impostos pelo ordenamento jurídico, devem ser cumpridos na medida em que o permitam os recursos públicos disponíveis.

Surge então o difícil problema de tentar estabelecer critérios para a definição de políticas públicas: quais as prioridades a serem atendidas? Quais as escolhas que melhor atendem às metas constitucionais? Pode o Poder Judiciário (ou outro órgão de controle) interferir nas escolhas feitas pelo legislador ao definir as metas no Plano Plurianual e distribuir recursos nas leis orçamentárias? Pode o Poder Judiciário interferir nas escolhas feitas pela Administração Pública?

Rigorosamente, não pode o Judiciário interferir em políticas públicas, naquilo que a sua definição envolver aspectos de discricionariedade legislativa ou administrativa. O cumprimento das metas constitucionais exige planejamento e exige destinação orçamentária de recursos públicos. Estes são finitos. Não existem em quantidade suficiente para atender a todos os direitos nas áreas social e econômica. Essa definição está fora das atribuições constitucionais do Poder Judiciário. Este pode corrigir ilegalidades e inconstitucionalidades, quando acionado pelas medidas judiciais previstas no ordenamento jurídico, mas não pode substituir as escolhas feitas pelos poderes competentes.

No entanto, o que se verifica é que, por diferentes formas, o Judiciário vem interferindo, direta ou indiretamente, na formulação de políticas públicas. É a chamada **judicialização das políticas públicas**. Existem diferentes fatores que vêm contribuindo para isso. De um lado, a inércia do Poder Público, a sua ineficiência, a ausência ou deficiência no planejamento, a corrupção, os desvios de finalidade na definição de prioridades, os interesses subalternos protegidos, em detrimento de outros, especialmente relevantes para a garantia dos direitos fundamentais; de outro lado, a atuação do Ministério Público, que não mais se conforma com o seu papel de controlador da legalidade da atuação administrativa, mas quer participar das decisões de governo, utilizando, para esse fim, os termos de ajustamento de conduta e as ações civis públicas para substituir as decisões dos poderes competentes na definição das prioridades e dos meios de atuação.

A interferência do Judiciário vai ganhando adeptos, sob alguns argumentos pretensamente extraídos da Constituição: alega-se que, ao interferir em políticas públicas, o Judiciário não está invadindo matéria de competência dos outros Poderes do Estado, nem a discricionariedade que lhes é própria, porque está fazendo o seu papel de intérprete da Constituição. Ele está garantindo o **núcleo essencial dos direitos fundamentais** ou o **mínimo existencial** indispensável para a **dignidade da pessoa humana**. Tratando-se de mínimo existencial, alega-se que as normas constitucionais que o garantem não são meramente programáticas (como sempre se entendeu em relação aos dispositivos garantidores dos direitos sociais), mas, ao contrário, têm eficácia imediata, não dependendo de medidas legislativas ou administrativas para a sua implementação. Em decorrência disso, a omissão do Poder Público, afrontando metas constitucionais, pode ser corrigida pelo Poder Judiciário, quando provocado pelos interessados ou por órgãos de defesa de interesses coletivos, dentre os quais o Ministério Público. Em resumo, alega-se que o Judiciário não estaria analisando aspectos de discricionariedade, mas fazendo cumprir a Constituição.

Para defender que as normas garantidoras dos direitos sociais têm efetividade que decorre diretamente da Constituição, invoca-se, erroneamente, o artigo 5º, § 1º, da Constituição, pelo qual “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. O fundamento é errôneo, porque consta do artigo 5º. Os direitos sociais, ainda que possam doutrinariamente ser considerados

direitos fundamentais, estão previstos no artigo 6º, que os enumera, deixando claro que são garantidos “**na forma desta Constituição**”.

Veja-se, por exemplo, que o direito à saúde, que vem sendo indiscriminadamente garantido pelo Poder Judiciário pela imposição de obrigações de fazer à Administração Pública (consistentes em fornecer medicamentos, exames, cirurgias etc.), é assegurado no artigo 196 da Constituição, mediante “**políticas sociais e econômicas** que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao **acesso universal e igualitário** às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”. Se depende de políticas sociais e econômicas, não se pode afirmar que o direito à saúde tem efetividade que decorre diretamente da Constituição. Se tem que garantir acesso universal e igualitário, o direito à saúde não pode ser reconhecido em ações individuais que privilegiam alguns (nem sempre os que mais necessitam) em detrimento do interesse da coletividade. Essas ações individuais, que são propostas em grande quantidade, com fortes impactos orçamentários na área de saúde (e às vezes atingindo outras áreas), afrontam o dispositivo constitucional, porque não observam qualquer política social ou econômica e descumprem o princípio da isonomia.

A atuação do Judiciário não pode significar invasão na esfera de atribuições dos outros poderes. Se existe lei ou ato normativo baixado pelos órgãos legitimados para esse fim, o direito pode ser garantido judicialmente. Se existe omissão de lei ou de outro tipo de norma regulamentadora, o Judiciário só pode apreciá-la diante dos instrumentos previstos na Constituição para esse fim: a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção.

O fato é que vem ganhando força, embora com muitas contestações, a tese que defende o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. E vem crescendo o número de ações em que se pleiteia judicialmente a imposição de prestações positivas para o Estado, com o objetivo de garantir o atendimento de direitos sociais.

Diferentes tipos de ações vêm sendo propostas, como as **individuais**, principalmente nas áreas da saúde e da educação, e as **coletivas**, para obtenção de prestações positivas a toda uma coletividade de pessoas que estão na mesma situação; ou para obtenção de provimento em que se determine a prestação de um serviço público (como saneamento, por exemplo), ou execução de uma obra pública (rodovia), ou a adoção de determinada política pública, muitas vezes em substituição à adotada pela Administração Pública e até com interferência na distribuição de recursos públicos constante de lei orçamentária.

Trata-se de hipóteses variadas em que o Judiciário não se limita a decretar a invalidade de um ato da Administração Pública ou a inconstitucionalidade de uma lei ou de uma omissão, mas vai além, impondo prestações positivas, diante da inércia do Legislativo ou do Executivo.

No caso das ações individuais, não há interferência direta nas políticas públicas, porque o que se objetiva é a garantia de um direito subjetivo individual. É o caso das

ações em que se pleiteiam medicamentos, exames ou tratamentos médicos, vagas em creches ou escolas. Embora não haja interferência direta com as políticas públicas, na prática se verifica uma interferência indireta, provocada pela grande quantidade de ações desse tipo. O custo global das prestações positivas assim obtidas é de tal ordem que acaba por praticamente obrigar o administrador público a destinar, para esse fim, verbas que estariam previstas no orçamento para atender a outros objetivos. Por exemplo, a construção de hospitais ou postos de saúde (que podem atender ao mínimo existencial de toda uma coletividade) pode ficar frustrada pela necessidade de dar cumprimento às decisões judiciais proferidas em casos concretos. Como se verifica, corrige-se, parcialmente, uma omissão do Poder Público, beneficiando o cidadão que recorre ao Judiciário, mas se produz um mal maior para a coletividade, que fica privada da implementação de determinada política pública que viria em benefício de todos. Por outras palavras, garante-se o direito a uma parcela da população, porém afronta-se o princípio da isonomia, além de prejudicar (e não favorecer) o cumprimento de políticas públicas.

Em situações como essas, a Administração Pública, na qualidade de ré, costuma invocar o princípio da reserva do possível (inexistência de recursos orçamentários disponíveis para atender ao pedido), nem sempre aceito pelo Poder Judiciário, já que este entende estar diante de direito fundamental, analisado no caso concreto, sendo possível a alocação de verba orçamentária para esse fim.

No caso das ações coletivas que tenham também o objetivo de obter prestações positivas, por exemplo, medicamentos a todos os portadores de determinada doença ou prestação do serviço de saneamento em determinado município, dois tipos de observação são relevantes: (1) é inteiramente inconcebível que o Judiciário interfira nas opções feitas licitamente pelos demais Poderes, substituindo-as pelas próprias opções; se as metas a serem cumpridas na área dos direitos sociais são em quantidade maior do que é possível atender com os recursos financeiros disponíveis, cabe ao Legislativo e ao Executivo, dentro de suas competências constitucionais, definir aquelas que consideram prioritárias; não há fundamento constitucional para que o Judiciário determine a observância de outras prioridades, substituindo-se ao legislador; (2) no caso de ações coletivas, é mais difícil afastar o princípio da reserva do possível, pois inúmeros fatores têm que ser analisados, como a impossibilidade de dispensar tratamento igual a situações diferentes, com afronta aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, sem falar que a inexistência de recursos orçamentários pode apresentar-se como uma deficiência difícil ou impossível de ser superada com base em simples ordem judicial. A dificuldade é fácil de ser constatada em Municípios com poucos recursos financeiros.

Na realidade, a interferência do Poder Judiciário em políticas públicas não pode transformar-se em regra e não pode implicar substituição da discricionariedade administrativa e da própria discricionariedade do legislador pela discricionariedade do juiz. Para atuação judicial, ainda que com o objetivo de

obter prestações positivas, é necessária a demonstração de que a omissão é antijurídica e de que a invocação do princípio da reserva do possível não é feita, ilicitamente, com desvio de poder, para fugir ao cumprimento do dever. Isso não quer dizer que o Judiciário não possa analisar a política pública; ele pode fazê-lo; mas, se verificar que as escolhas do Poder Público são razoáveis à vista das metas impostas constitucionalmente, ele não pode alterá-las ou determinar a sua alteração.

É relevante observar que, quando o Judiciário analisa políticas públicas fixadas e implementadas pelos demais Poderes, ele caminha em areias movediças. Todos os fundamentos em que se baseiam os defensores do controle judicial decorrem de *conceitos jurídicos indeterminados*, como dignidade da pessoa humana, núcleo essencial dos direitos fundamentais, mínimo existencial, razoabilidade, proporcionalidade. Não há critérios objetivos que permitam definir, com precisão, o que é essencial para que se garanta a dignidade da pessoa humana, ou em que consiste o núcleo essencial dos direitos fundamentais ou o mínimo existencial. E mesmo esse mínimo pode estar fora do alcance do Poder Público, pela limitação dos recursos financeiros. Não é por outra razão que o cumprimento das metas constitucionais exige planejamento. Também não é por outra razão que não se pode fugir inteiramente ao caráter programático das normas constitucionais inseridas no capítulo da ordem social e econômica.

Por isso mesmo, o tratamento da matéria deve ser o mesmo que se adota com relação aos conceitos jurídicos indeterminados: *o Judiciário somente pode atuar em zonas de certeza positiva ou negativa*. E deve analisar com muita cautela os pedidos formulados, seja quanto à matéria de fato em que se fundamentam, seja quanto à razoabilidade em relação ao fim que se pretende alcançar. A observância do princípio da razoabilidade, inclusive quanto ao aspecto da proporcionalidade, é obrigatória e impõe os seguintes questionamentos pelo magistrado: a medida solicitada é realmente necessária para o fim pretendido? Ela é adequada? Ela é proporcional? Não existem outros meios menos onerosos para os cofres públicos?

Em caso de omissão na definição de políticas públicas, os remédios judiciais cabíveis são a **ação direta de inconstitucionalidade por omissão**, prevista no artigo 103, parágrafo segundo da Constituição, e o **mandado de injunção**, previsto no artigo 5º, inciso LXXI, da Constituição, “sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”. Não há possibilidade de tais ações serem substituídas pela ação civil pública, com o objetivo de obter, junto ao Judiciário, a imposição de obrigações substitutivas da atuação do legislador. Do mesmo modo, não é possível ao Judiciário determinar à Administração a adoção de medidas que dependem de legislação, como não é possível determinar à Administração a inclusão de verbas no orçamento, desde que não previstas na lei orçamentária, nem na Lei de Diretrizes Orçamentárias ou no Plano Plurianual. Decisões judiciais desse tipo (que vêm sendo adotadas pelo Poder Judiciário, inclusive pelo Superior

Tribunal de Justiça⁵ e pelo Supremo Tribunal Federal⁶) institucionalizam o **ativismo judicial**, que significa interferência indevida nas atribuições dos demais Poderes do Estado e, em consequência, infringência ao princípio da separação de poderes. Isso sem falar na insegurança jurídica que essa atuação ilegítima acarreta.

O Judiciário não tem funções de planejamento, não tem competência em matéria de destinação de recursos orçamentários; ele não pode determinar à Administração que transfira recursos de uma dotação para outra, pois, se o fizer, estará se substituindo ao legislador. O Judiciário é intérprete e aplicador da lei e não pode decidir contra ela, a menos que declare a sua inconstitucionalidade.

É importante ponderar que a interferência do Poder Judiciário, mesmo quando lícita, não resolve o problema da afronta à dignidade da pessoa humana no Brasil. Não existem condições de garantir nem o mínimo do mínimo existencial. Se todas as pessoas que vivem em situação de miséria fossem pleitear, perante o Judiciário, um teto para morar, alimentos, vestimenta, saúde, educação, não haveria recursos financeiros suficientes para atender a todos. É essa a razão pela qual o cumprimento dos direitos sociais exige prévia definição de políticas públicas. A interferência indevida do Judiciário, além de não resolver o problema, agrava a situação de desigualdade social e afronta o princípio da separação de poderes.

17.5.4 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM JUÍZO

A Administração Pública, quando é parte em ação judicial, submete-se a regime jurídico diverso, sob alguns aspectos, daquele previsto para os particulares. Dispõe de algumas prerrogativas e privilégios e sujeita-se a restrições próprias do regime jurídico administrativo, que desigalam, muitas vezes, a situação das partes nas relações processuais, sem que ocorra infringência ao princípio da isonomia, tendo em vista a natureza pública dos interesses que tutela.

Serão a seguir analisadas algumas dessas peculiaridades:

1. **Juízo privativo.** Na esfera federal, é a Justiça Federal, compreendendo os Tribunais Regionais Federais e os Juízes Federais (arts. 106, 108, inciso

⁵ Veja-se acórdão proferido pelo STJ no REsp 429.570/GO, que impôs a realização de obras de recuperação do solo, para fins de proteção ambiental, e determinou a alocação de verba orçamentária para cumprimento específico de obrigação de fazer (2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon). Também o REsp 493.811/SP, em que se determinou a inclusão, no próximo orçamento, de verba necessária à implantação de serviço oficial de auxílio, orientação e tratamento de alcoólatras e toxicômanos (2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon). No primeiro acórdão, a decisão judicial acarretou a alteração de lei orçamentária. No segundo, o STJ participou do processo legislativo, substituindo o Poder Executivo em sua competência constitucional para a iniciativa das leis de orçamento (art. 165 da Constituição).

⁶ Veja-se decisão monocrática do Min. Celso de Mello, de 27-8-13, no AI 598.212/PR, determinando a instalação da Defensoria Pública no Estado do Paraná. Medida dessa natureza exige lei criando órgãos, cargos públicos, com os respectivos vencimentos e atribuições.

II, e 109, inciso I, da Constituição); excetuam-se apenas as causas referentes à falência e as de acidentes de trabalho (que são de competência da justiça comum) e as relativas à Justiça Eleitoral e Justiça do Trabalho. Esse juízo privativo beneficia a União, entidade autárquica ou empresa pública, excluídas as fundações governamentais de direito privado e as sociedades de economia mista, que atuarão na justiça comum (art. 109). Com relação às sociedades de economia mista federais, esse entendimento ficou consagrado pela Súmula nº 556 do STF.

No âmbito estadual, a matéria é disciplinada pelas Constituições e leis de organização judiciária. No Estado de São Paulo, as ações de que são parte o Estado, os Municípios ou as entidades paraestatais são de competência das Varas da Fazenda Pública (art. 36 do Código Judiciário aprovado pelo Decreto-lei Complementar nº 3, de 27-8-69). Nos Municípios onde não há Varas dessa natureza correm perante a Justiça comum a ação popular, o mandado de segurança, a execução fiscal, a desapropriação, as ações de discriminação de terras devolutas e outras relativas a bens imóveis. Na segunda instância, inexistente juízo privativo na esfera estadual.

No entanto, o Judiciário, no Estado de São Paulo, vem entendendo que os litígios que envolvem empresas estatais que prestem atividade econômica não são de competência das Varas da Fazenda Pública, visto que o artigo 173, § 1º, II, da Constituição determina a sujeição dessas entidades ao regime jurídico próprio das empresas privadas, o que afastaria qualquer privilégio, inclusive o do juízo privativo. Disso decorre que as empresas estatais passaram a ser distinguidas, para esse fim, em função do tipo de atividade que exercem: quando prestam **serviço público**, suas ações competem às Varas da Fazenda Pública; quando exercem **atividade econômica** a título de intervenção, a competência é das Varas Cíveis. O entendimento é equivocado porque dificilmente se pode chamar de juízo privativo a Vara da Fazenda Pública.

Merece referência o artigo 114, I, da Constituição Federal, que, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 45/04, atribui à Justiça do Trabalho competência “para processar e julgar as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da Administração Pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”.

Sendo a Justiça do Trabalho especializada em direito do trabalho, tem-se que entender que o objetivo do preceito foi o de conferir a ela a apreciação dos dissídios individuais e coletivos que envolvam servidores contratados sob o regime da legislação trabalhista; os demais continuam na competência da Justiça Federal e das Varas da Fazenda Pública estaduais, mesmo porque os servidores estatutários não participam de

dissídios coletivos, uma vez que as normas que regem os seus direitos e deveres decorrem de lei e não de contrato, não podendo ser alteradas por decisão judicial.

O STF, em decisão proferida pela 2ª Turma no Recurso Extraordinário nº 117.059-0, do Estado de São Paulo, decidiu que “a competência da Justiça do Trabalho da Nova Carta não alcançou os servidores estaduais e municipais sob o regime do Estatuto, cujas relações funcionais litigiosas deverão de persistir a cargo da Justiça comum estadual” (*DJ* 23-6-89, e *Boletim do Centro de Estudos da Procuradoria-Geral do Estado*, setembro de 1989, p. 477).

Essa decisão foi proferida na vigência da redação original do artigo 114. Após a alteração introduzida pela Emenda Constitucional nº 45/04, o Supremo Tribunal Federal, em 27-1-05, concedeu liminar, com efeito *ex tunc*, na ADIn nº 3.395-6, suspendendo, “ad referendum, toda e qualquer interpretação dada ao inciso I do art. 114 da CF, na redação determinada pela EC/45, que incluía, na competência da justiça do trabalho, a apreciação de causas que sejam instauradas entre o Poder Público e seus servidores, a ele vinculados por típica relação de ordem estatutária ou de caráter jurídico-administrativo”.⁷

Vale dizer que a competência da Justiça do Trabalho só alcança os servidores celetistas. Mesmo com relação aos servidores temporários, o entendimento do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que o seu regime de contratação não é necessariamente celetista, e, assim sendo, a competência é da Justiça Comum.⁸

2. **Prazos dilatados.** Pelo artigo 188 do CPC, a Fazenda Pública e o Ministério Público têm prazo em quádruplo para contestar e em dobro para recorrer. A Lei nº 9.469, de 10-7-97, no artigo 10, estendeu igual benefício às autarquias e fundações públicas. Pelo novo CPC, desaparecem os prazos em quádruplo. Os prazos passam a ser em dobro para a União, Estados, Distrito Federal, Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público (art. 183), para o Ministério Público (art. 180) e para a Defensoria Pública (art. 186).
3. **Duplo grau de jurisdição.** O artigo 475, incisos I e II, do Código de Processo Civil de 1973, com a redação dada pela Lei nº 10.352, de 26-12-01, determina que está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeitos senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município e as respectivas autarquias

⁷ Decisões do STF adotando esse entendimento: Recl. 4.785-MC-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, *DJE* de 14-3-08; ADIn 3.395-MC, Rel. Min. Cezar Peluzo, *DJ* de 10-11-06; e Recl. 4.990-MC-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, *DJE* de 14-3-08.

⁸ V. item 13.4.5.

e fundações de direito público, bem como a que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública.

Nos termos desse dispositivo, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, haja ou não apelação voluntária da parte vencida; não o fazendo, poderá o Tribunal avocá-los.

O objetivo é permitir que as ações de interesse da União, Estados e Municípios, por envolverem assuntos de interesse público, sejam reapreciadas em instância superior, ainda que não o requeiram as partes por meio de recursos voluntários.

Contudo, pelo artigo 12 da Medida Provisória nº 2.180-35, de 24-8-01, “não estão sujeitas ao duplo grau de jurisdição obrigatório as sentenças proferidas contra a União, suas autarquias e fundações públicas, quando a respeito da controvérsia o Advogado-Geral da União ou outro órgão administrativo competente houver editado súmula ou instrução normativa determinando a não interposição de recurso voluntário”.

O novo CPC prevê o duplo grau de jurisdição, no artigo 496, para a sentença: “I – proferida contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público; II – que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução fiscal”. Nessas hipóteses, se “não interposta apelação no prazo legal, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, e, se não o fizer, o presidente do respectivo tribunal avocá-los-á” (§ 1º).

Pelo § 3º do mesmo dispositivo, são indicadas hipóteses em que, pelo valor da causa, não existe a obrigatoriedade de duplo grau de jurisdição. Também não se aplica essa garantia, nos termos do § 4º, quando a sentença estiver fundada em: “I – súmula de tribunal superior; II – acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; III – entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; IV – entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa”.

4. **Processo especial de execução.** O artigo 100 da Constituição, com a redação dada pelas Emendas Constitucionais nºs 30, de 13-9-00, 37, de 12-6-02, e 62, de 11-11-09,⁹ prevê processo especial de execução contra a

⁹ O STF, nas ADIs 4.357 e 4.425, julgou inconstitucionais os §§ 9º, 10 e 15 do artigo 100 da Constituição, com a redação dada pela Emenda Constitucional 62/09, bem como o artigo 97 e seus parágrafos do ADCT, também com a redação dada por essa Emenda. No § 2º do artigo 100, considerou inconstitucional a expressão “na data da expedição do precatório”; e no § 12, as expressões “índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança” e “independentemente de sua natureza” (Portal do STF de 14-3-13).

Fazenda Federal, Estadual e Municipal, e que abrange todas as **entidades de direito público**, como decorre do § 5º do mesmo dispositivo. Esse processo de execução diz respeito aos pagamentos devidos pelas entidades de direito público, em virtude de sentença judicial, os quais deverão ser efetuados exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para esse fim.

Conforme decorre do dispositivo constitucional, o juiz expede ofício à entidade devedora requisitando o pagamento do débito; de acordo com o § 5º do artigo 100, a entidade devedora é obrigada a incluir no seu orçamento verba necessária ao pagamento dos débitos constantes dos precatórios judiciais apresentados até 1º de julho, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte, quando terão seus valores atualizados monetariamente. Segundo o § 12 (acrescentado ao art. 100 pela Emenda nº 62/09), a partir da promulgação da Emenda 62, a atualização dos valores de requisitórios, após sua expedição, será feita até o efetivo pagamento (não se aplicando, por inconstitucionalidade já reconhecida pelo STF, a correção monetária pelos índices oficiais da caderneta de poupança, prevista no § 12); para fins de compensação pela demora no pagamento, incidirão juros simples no mesmo percentual de juros incidentes sobre a caderneta de poupança, ficando excluída a incidência de juros compensatórios.

Pelo § 6º, as dotações orçamentárias e os créditos abertos serão consignados diretamente ao Poder Judiciário, cabendo ao Presidente do Tribunal que proferir a decisão exequenda determinar o pagamento integral e autorizar, a requerimento do credor e exclusivamente para os casos de preterimento de seu direito de precedência ou de não alocação orçamentária do valor necessário à satisfação do seu débito, o sequestro da quantia respectiva. Pelo § 7º, incorrerá em **crime de responsabilidade** o Presidente do Tribunal competente que, por ato comissivo ou omissivo, retardar ou tentar frustrar a liquidação regular de precatórios.

Conforme se verifica, o Presidente do Tribunal que proferiu a decisão exequenda expede o ofício requisitando o pagamento; a entidade devedora inclui no orçamento a importância dos precatórios expedidos até 1º de julho, para pagamento até o final do exercício seguinte; as dotações orçamentárias e os créditos abertos para esse fim serão consignados diretamente ao Poder Judiciário; o Presidente do Tribunal autoriza o pagamento requerido pelo credor, pela ordem cronológica, determinando o sequestro da quantia necessária à satisfação do débito em caso de preterimento do direito de precedência ou de não alocação orçamentária; na data do pagamento, o precatório tem o seu valor atualizado.

O processo de execução previsto no dispositivo constitucional somente não se aplica aos pagamentos de obrigações definidas em lei como de pequeno valor que as Fazendas referidas devem fazer em virtude de sentença judicial transitada em julgado (§ 3º). Como a norma já constava da redação anterior desse parágrafo, as leis antes promulgadas definindo o “pequeno valor” foram recepcionadas pela Emenda nº 62/09. No entanto, o § 4º permite que as entidades de direito público, por lei própria, definam o que se considera “pequeno valor”, segundo as diferentes capacidades econômicas, não podendo o mesmo ser inferior ao valor do maior benefício do regime geral de previdência social. Além disso, o § 8º proíbe, para fins de exclusão dos créditos de pequeno valor, a expedição de precatórios complementares ou suplementares de valor pago, bem como o fracionamento, repartição ou quebra do valor da execução para fins de enquadramento de parcela do total no pequeno valor referido no § 3º; cuida-se, com essa norma de evitar a burla praticada pelo devedor com o objetivo de ficar fora do processo dos precatórios.

Desde a entrada em vigor da Constituição, têm sido previstas medidas transitórias com o objetivo de tentar regularizar o pagamento dos precatórios, que vêm se acumulando em sucessivos atrasos.

O artigo 33 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias previu a possibilidade de ser o valor dos precatórios, pendentes de pagamento, parcelado em até oito prestações anuais, iguais e sucessivas, a partir de 1º-7-89, incluindo o remanescente de juros e correção monetária e excluindo os créditos de natureza alimentícia.

Posteriormente, o artigo 2º da Emenda Constitucional nº 30/00 acrescentou o artigo 78 ao Ato das Disposições Constitucionais transitórias, prevendo o **parcelamento, em até dez prestações** anuais, iguais e sucessivas, dos precatórios que decorram de ações ajuizadas até 31-12-99, permitindo ainda a **cessão dos créditos** respectivos. Foram excluídos os créditos definidos em lei como de pequeno valor, os de natureza alimentícia, os de que trata o artigo 33 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e os que já tiverem os seus respectivos recursos liberados ou depositados em juízo. Em caso de não pagamento das prestações anuais até o final do exercício a que se referem, o respectivo valor terá poder liberatório do pagamento de tributos da entidade devedora (§ 2º). O prazo de dez anos para pagamento das prestações é reduzido para dois anos, quando o precatório se referir a desapropriação de imóvel residencial do credor, desde que comprovadamente único à época da imissão na posse (§ 3º). Em caso de omissão no orçamento ou preterição ao direito de precedência, cabe ao Presidente do Tribunal, a requerimento do credor, requisitar ou determinar o sequestro de recursos financeiros da entidade executada, suficientes à satisfação da prestação (§ 4º).

Pela Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101, de 4-5-00), os precatórios judiciais não pagos durante a execução do orçamento em que houverem sido incluídos integram a dívida consolidada, para fins de aplicação dos limites (art. 30, § 7º). Sabe-se que, pelo artigo 52, inciso VI, da Constituição, é da competência do Senado, por proposta do Presidente da República, fixar limites globais para o montante da dívida consolidada da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Por sua vez, a Lei de Responsabilidade Fiscal, no artigo 29, I, define a dívida pública consolidada ou fundada como o “montante total, apurado sem duplicidade, das obrigações financeiras do ente da Federação, assumidas em virtude de leis, contratos, convênios ou tratados e da realização de operações de crédito, para amortização em prazo superior a doze meses”. Conjugando-se esse dispositivo com o artigo 30, § 7º, verifica-se que os precatórios não pagos de acordo com o previsto no orçamento serão incluídos no montante da dívida consolidada, podendo impedir que a entidade contraia novas dívidas, desde que, com isso, ultrapasse limite definido pelo Senado.

O intuito do legislador com as disposições transitórias e com as referidas normas da Lei de Responsabilidade Fiscal era o de moralizar o processo dos precatórios, em relação ao qual, de longa data, está institucionalizado o calote pelo poder público, sem qualquer punição, já que os pedidos de intervenção federal nos Estados e intervenção estadual nos Municípios, por descumprimento de ordem judicial, vêm sendo sistematicamente ignorados, com um duplo desrespeito ao Judiciário (não cumprimento dos precatórios e não decretação da intervenção) e com desrespeito também aos credores.

A Emenda Constitucional no 62/09 trouxe considerável alteração no processo de execução previsto no artigo 100 da Constituição e introduziu, mais uma vez, medidas transitórias com o intuito de facilitar a regularização no pagamento dos precatórios para as entidades públicas em atraso: (a) deixou de ressaltar, no *caput*, os créditos de natureza alimentícia, mas no § 1º previu que serão pagos com preferência sobre os demais débitos, exceto sobre aqueles criados no § 2º; (b) criou, no § 2º, preferência em favor dos créditos de natureza alimentícia, cujos titulares sejam pessoas com mais de 60 anos ou portadoras de doença grave; (c) permitiu, no § 11, a utilização dos créditos de precatórios para compra de imóveis públicos; (d) no § 13, permitiu ao credor a cessão de créditos, total ou parcial, a terceiros, independentemente da concordância do devedor; (e) no § 16, autorizou a União, a seu exclusivo critério, a assumir débitos oriundos de precatórios de Estados, Distrito Federal e Municípios, refinanciando-os diretamente.

Essa Emenda foi considerada parcialmente inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal na ADin nº 4.425/DF, em que foi Relator o

Ministro Carlos Ayres Britto (DJe 19-12-13). Considerou constitucional a sistemática de “superpreferência” a credores de verbas alimentícias quando idosos ou portadores de doença grave, porém julgou inconstitucional a limitação da preferência a idosos que completem 60 anos até a expedição do precatório (contida na expressão “na data de expedição do precatório”, do art. 100, § 2º, da Constituição, com a redação dada pela Emenda nº 62). Também considerou inconstitucional a sistemática de compensação de débitos inscritos ou não em dívida ativa e constituídos contra o credor original pela Fazenda Pública (prevista nos §§ 9º e 10 do art. 100), bem como a remuneração de poupança como critério de correção monetária (§ 12 do art. 100).

Com relação aos **créditos de natureza alimentícia**, que eram res-salvados no *caput* do artigo 100, houve sensível alteração. Foi mantida a sua conceituação como aqueles “decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou por invalidez, fundadas em responsabilidade civil, em virtude de sentença judicial transitada em julgado” (§ 1º). Porém, eles não mais ficam excluídos do processo dos precatórios; eles têm preferência sobre todos os demais créditos, salvo sobre os referidos no § 2º, ou seja, sobre os débitos de natureza alimentícia cujos titulares tenham 60 anos de idade ou mais na data de expedição do precatório, ou sejam portadores de doença grave, definida na forma da lei;¹⁰ essa preferência prevista no § 2º não se aplica a todo o montante devido, mas apenas à parcela não excedente do valor equivalente ao triplo do fixado em lei para os débitos de pequeno valor (referidos no § 3º), sendo o restante incluído na ordem cronológica de apresentação dos precatórios.

Com isso, a ordem cronológica vai sendo constantemente atrasada pela inclusão de novos créditos alimentícios preferenciais, observados os requisitos constantes do § 2º.

O § 11 faculta ao credor a **entrega de créditos em precatórios para compra de imóveis públicos** do respectivo ente federado: a medida não é autoaplicável, porque o dispositivo prevê lei da entidade federativa devedora, para disciplinar a matéria. É uma alternativa para pôr fim ao débito: o credor sai da fila dos precatórios, porque o seu crédito é utilizado para adquirir imóvel de propriedade da entidade devedora.

Ainda é prevista a **cessão de créditos em precatórios**, total ou parcialmente, em benefício de terceiros: a cessão independe da concordância da entidade pública mas somente produz efeito após a comunicação, por meio de petição protocolizada, ao tribunal de origem e à entidade

¹⁰ Nessa parte, relativa às doenças graves, o dispositivo não é autoaplicável, pois depende de lei que venha defini-las.

devedora (§§ 13 e 14). Nessa hipótese, não se aplica a preferência dos titulares de créditos com mais de 60 anos de idade ou portadores de doenças graves, nem a exclusão dos créditos de pequeno valor.

O § 15 permitia que a lei complementar estabelecesse regime especial para pagamento de crédito de precatórios de Estados, Distrito Federal e Municípios. E o artigo 97, inserido no ADCT, já definiu, em caráter transitório, o regime especial a ser utilizado até que fosse editada a lei complementar prevista no § 15. Mas ambos os dispositivos foram considerados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal nas ADIs 4.357 e 4.425, já referidas.

5. **Prescrição quinquenal.** Nos termos do artigo 1º do Decreto nº 20.910, de 6-1-32, “as dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originaram”.

A prescrição quinquenal abrange as dívidas passivas das autarquias ou entidades e órgãos paraestatais criados por lei e mantidos mediante impostos, taxas ou quaisquer contribuições, exigidas em virtude de lei federal, estadual ou municipal, bem como todo e qualquer direito e ação contra os mesmos (art. 2º do Decreto-lei nº 4.597, de 19-8-42).

Embora ambos os dispositivos falem em “todo e qualquer direito ou ação”, não se aplica a prescrição quinquenal quando se trata de ação real, porque, caso contrário, poderia a Administração vir a adquirir imóvel alheio no curto prazo de cinco anos; seria um usucapião especial em hipótese não prevista no ordenamento jurídico. Assim, em se tratando de ação real contra a Fazenda Pública, aplica-se a regra do artigo 205 do CC, ou seja, a prescrição ocorre em dez anos.

É o que se verifica, por exemplo, na ação de retrocessão, tenha ela por objeto a reivindicação do imóvel expropriado ou a indenização (cf. Capítulo 6, item 6.10.13).

Com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, tem sido levantada a questão da revogação parcial do Decreto nº 20.910/32, diante dos novos prazos de prescrição previstos no artigo 206, especialmente em seu § 3º, IV e V. Segundo esses dispositivos, prescreve em três anos “a pretensão de ressarcimento de enriquecimento sem causa” (inciso IV) e “a pretensão de reparação civil” (inciso V). Desse modo, quando a ação contra a Fazenda Pública tiver um desses objetos, aplicar-se-á o prazo de três anos, fixado pelo Código Civil, e não o prazo de cinco anos, previsto no Decreto nº 20.910/32.

Dentre outros argumentos, alega-se que o Código Civil disciplinou inteiramente a matéria de prescrição e que a prescrição quinquenal, que

era considerada um privilégio da Fazenda Pública, não mais se justifica diante do menor prazo estabelecido na legislação civil. Teria havido uma inversão: o particular é que foi privilegiado, enquanto a Fazenda Pública ficaria prejudicada com um prazo prescricional maior do que aquele que se aplica aos particulares.

Na jurisprudência, há acórdãos divergentes no âmbito do próprio Superior Tribunal de Justiça, às vezes dentro da mesma Turma.¹¹

Entendo que tem aplicação, no caso, a norma do artigo 2º, § 2º, da Lei de Introdução às Normas Gerais do Direito (antes chamada de Lei de Introdução ao Código Civil, conforme Decreto-lei nº 4.657, de 4-9-42), segundo a qual “a lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior”. Assim como o Decreto nº 20.910/32 não revogou qualquer dispositivo do Código Civil de 1916, referente a prescrição, o novo Código Civil também não afeta o Decreto nº 20.910, até porque, ao contrário do Código Civil, ele não disciplina a prescrição aplicável nas relações entre particulares, mas sim nas relações que envolvam a Fazenda Pública.

Toda a matéria de prescrição, com relação à Administração Pública, é disciplinada por normas de direito público e não pelo Código Civil. A prescrição quinquenal tem sido prevista em inúmeras leis que tratam de ações contra a Fazenda Pública: Lei nº 4.717, de 29-6-65, que rege a ação popular (art. 21); Lei nº 8.429, de 2-6-92, sobre improbidade administrativa (art. 23, I); Lei nº 9.873, de 23-11-99, que dispõe sobre prescrição de ação punitiva pela Administração Pública Federal (art. 1º); ação de cobrança do crédito tributário, prevista no artigo 174 do Código Tributário Nacional.

Se fosse aceitável o argumento de que o Código Civil, por regular inteiramente a matéria de prescrição, teria revogado o Decreto nº 20.910, inúmeras normas do direito público restariam também revogadas, sob o mesmo argumento. Muitas matérias tratadas no Código Civil, como a referente a obrigações, negócios jurídicos, contratos, propriedade, direitos reais, teriam o condão de revogar a legislação existente sobre a matéria, no âmbito do direito administrativo, o que seria um absurdo.

¹¹ Acórdãos que consideram aplicável o prazo prescricional de três anos do Código Civil: REsp 982.811/RR, Min. Francisco Falcão, 1ª Turma, 2-10-08, *DJe* 16-10-08; REsp 698.195/DF, Rel. Ministro Jorge Scartezini, 4ª Turma, 4-5-06, *DJ* de 29-5-06, p. 254; REsp 665783, Rel. Min. Aldir Passarinho, *DJe* 13-10-09; REsp 1137354-RJ, Rel. Min. Castro Meira, 2ª Turma, *DJe* 18-9-09. Acórdãos favoráveis ao prazo de 5 anos: REsp 534.671/CE, Rel. Min. José Delgado, 1ª Turma, 31-5-04, *DJ* de 31-5-04, p. 194; REsp 909.291/SE, Rel. Min. José Delgado, 1ª Turma, 12-2-08, *DJe* 12-3-08; REsp 820.768/RS, Min. Luiz Fux, 1ª Turma, 4-10-07, *DJ* 5-11-07, p. 227; REsp 1200764-AC, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, *DJe* 27-9-10.

O Decreto nº 20.910/32 estabelece normas específicas sobre a prescrição das ações contra a Fazenda Pública, sua suspensão e interrupção, não restando afetada pelas novas disposições do Código Civil. O que se reconhece como verdadeiro é que a prescrição quinquenal não mais pode ser vista como um privilégio da Fazenda Pública. De qualquer forma, mesmo que se admita a aplicação do prazo estabelecido pelo Código Civil, a revogação do referido Decreto será apenas parcial, porque o novo prazo somente se aplicará quando o objeto da ação enquadrar-se nas hipóteses dos incisos IV ou V do § 3º do artigo 206.

Em caso de prejuízo causado ao erário, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça vêm adotado a tese da imprescritibilidade, com fundamento no artigo 37, § 5º, da Constituição.¹²

A prescrição admite **interrupção e suspensão**; esta última ocorre pelos meios previstos no CPC, pelos recursos administrativos com efeito suspensivo e pela reclamação administrativa; segundo o artigo 4º do Decreto nº 20.910/32, “não corre a prescrição durante a demora que, no estudo, no reconhecimento ou no pagamento da dívida, considerada líquida, tiverem as repartições ou funcionários encarregados de estudar e apurá-la”; segundo o parágrafo único desse dispositivo, “a suspensão da prescrição, neste caso, verificar-se-á pela entrada do requerimento do titular do direito ou do credor nos livros ou protocolos das repartições públicas, com designação do dia, mês e ano”.

A **interrupção**, que se dá nos casos previstos no CPC, somente ocorre uma vez, recomeçando a correr o prazo, pela **metade**, da data do ato que a interrompeu, ou do último do processo para a interromper (art. 9º do Decreto nº 20.910/32).

Como o prazo recomeça a correr **pela metade** (dois anos e meio), poderia acontecer que a prescrição se desse em período total inferior a cinco anos, desde que a interrupção ocorresse na primeira metade do período. Para evitar essa possibilidade – em que a interrupção poderia prejudicar o titular do direito, ao invés de beneficiá-lo – o STF formulou a Súmula nº 383, em cujos termos “a prescrição em favor da Fazenda Pública recomeça a correr, por dois anos e meio, a partir do ato interruptivo, mas não fica reduzida aquém de cinco anos, embora o titular do direito a interrompa durante a primeira metade do prazo”.

6. **Pagamento das despesas judiciais.** Nos termos do artigo 27 do CPC, as despesas dos atos processuais efetuados a requerimento do Ministério Público ou da Fazenda serão pagas a final pelo vencido.

¹² No STF, acórdão proferido no MS 26210/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 4-9-08; e no STJ, acórdão proferido no REsp 1067561/AM, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe 27-2-09; também no REsp 1.187.297-RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, j. em 2-9-10; e REsp 909.446-RN, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 6-4-10.

O artigo 1º-A da Lei nº 9.494/97, acrescentado pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 24-8-01, determina que “estão dispensados de depósito prévio, para interposição de recurso, as pessoas jurídicas de direito público federais, estaduais, distritais e municipais”.

Pelo artigo 91 do novo CPC, “as despesas dos atos processuais praticados a requerimento da Fazenda Pública, do Ministério Público ou da Defensoria Pública serão pagas ao final pelo vencido”. Pelo § 1º, as perícias requeridas por esses órgãos “poderão ser realizadas por entidade pública ou, havendo previsão orçamentária, ter os valores adiantados por aquele que requerer a prova”. E, nos termos do § 2º, “não havendo previsão orçamentária no exercício financeiro para adiantamento dos honorários periciais, eles serão pagos no exercício seguinte ou ao final, pelo vencido, caso o processo se encerre antes do adiantamento a ser feito pelo ente público”.

7. **Restrições à concessão de liminar e à tutela antecipada.** A Lei nº 8.437, de 30-6-92, impede a concessão de medida liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em mandado de segurança, em virtude de vedação legal. Isto significa que a restrição existe nas hipóteses referidas na Lei nº 12.016, de 7-8-09, que disciplina o mandado de segurança individual e coletivo, cujo artigo 7º, § 2º, determina 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”.

Quanto à tutela antecipada, o § 5º do mesmo dispositivo legal estabelece que “as vedações relacionadas com a concessão de liminares previstas neste artigo se estendem à tutela antecipada a que se referem os arts. 273 e 661 da Lei nº 5.869, de 11-1-1973 – Código de Processo Civil”.

O intuito do legislador é evidente: o de evitar que, diante da vedação de liminar em mandado de segurança, o interessado se utilize do processo cautelar ou da tutela antecipada para obter o mesmo resultado.

Outro tipo de restrição é estabelecido quanto à concessão de liminar no mandado de segurança coletivo e na ação civil pública. A Lei nº 8.437/92, no artigo 2º, só permite a sua outorga “após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de 72 horas”.

Outra medida análoga à estabelecida para o mandado de segurança (art. 15 da Lei nº 12.016/09) é a prevista no artigo 4º da Lei nº 8.437/92, ao atribuir ao presidente do tribunal ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso competência para suspender, em despacho fundamen-

tado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

Pelo artigo 1.059 do novo CPC, “à tutela provisória requerida contra a Fazenda pública aplica-se o disposto nos arts. 1º a 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992, e o art. 7º, § 2º, da Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009”.

Há que se observar que todas essas restrições às medidas liminares ou acautelatórias são de valor relativo, pois não podem ser adotadas pelo Poder Judiciário quando coloquem em risco os direitos das pessoas, sob pena de ofensa ao artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, que impede seja excluída da apreciação judicial, não só a lesão, como também a ameaça a direito. Por outras palavras, se devidamente demonstrado o *periculum in mora*, não poderá ser negada a medida liminar para proteger o direito ameaçado, já que, entre a norma constitucional e a lei ordinária, a primeira tem que prevalecer.

8. **Restrições à execução provisória.** Em matéria de mandado de segurança, o artigo 14, § 3º, da Lei nº 12.016/09 veda a execução provisória nos casos em que for vedada a concessão da medida liminar, a saber, nas hipóteses previstas no artigo 7º, § 2º, já referidas no item anterior. Vale dizer que não é possível a execução provisória na pendência de recurso, mesmo este tendo efeito apenas devolutivo.

Restrição semelhante é prevista, em caráter genérico, para todas as sentenças contra a Fazenda Pública que tenham aquele objeto. Com efeito, o artigo 2º-B, acrescentado à Lei nº 9.494, de 10-9-97, pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 27-8-01, determina que “a sentença que tenha por objeto a liberação de recurso, inclusão em folha de pagamento, reclassificação, equiparação, concessão de aumento ou extensão de vantagens a servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive de suas autarquias e fundações, somente poderá ser executada após seu trânsito em julgado”. Nessas mesmas hipóteses, se proposta ação cautelar, a sentença “só poderá ter caráter satisfativo quando transitada em julgado a sentença proferida na ação principal”, conforme parágrafo único do mesmo artigo.

17.5.5 MEIOS DE CONTROLE

Com base no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição, que serve de fundamento para o direito de ação ou de exceção contra lesão ou ameaça a direito, o administrado pode utilizar dos vários tipos de ações previstos na legislação ordinária, para impugnar os atos da Administração; pode propor ações de indenização, possessórias,

reivindicatórias, de consignação em pagamento, cautelar etc. Mas a Constituição prevê ações específicas de controle da Administração Pública, às quais a doutrina se refere com a denominação de **remédios constitucionais**.

São assim chamadas porque têm a natureza de **garantias dos direitos fundamentais**; estão inseridas no Título II da Constituição, concernente aos “direitos e garantias fundamentais”: o seu objetivo é provocar a intervenção de autoridades, em geral a judiciária, para corrigir os atos da Administração lesivos de direitos individuais ou coletivos.

Têm, porém, a dupla natureza de **direitos** e de **garantias**. São **direitos** em sentido instrumental, da mesma forma que o é o direito de ação decorrente do inciso XXXV do artigo 5º, e são **garantias** porque reconhecidos com o objetivo de resguardar outros direitos fundamentais (em sentido material) previstos no artigo 5º.

São remédios constitucionais o *habeas corpus*, o *habeas data*, o mandado de segurança individual, o mandado de segurança coletivo, o mandado de injunção, a ação popular e o direito de petição; ressalvado este último, todos os demais são meios de provocar o controle jurisdicional de ato da Administração. Eventualmente, a ação civil pública, embora não prevista no artigo 5º da Constituição, serve à mesma finalidade, quando o ato lesivo seja praticado pela Administração.

O mandado de segurança individual, o *habeas data*, o *habeas corpus* e o mandado de injunção são garantias de direitos individuais; o mandado de segurança coletivo, a ação popular e a ação civil pública são garantias de interesses coletivos ou difusos, ainda que acessoriamente possam garantir também interesses individuais.

17.5.5.1 HABEAS CORPUS

O *habeas corpus* protege o direito de locomoção. A expressão foi tirada da parte inicial da frase latina: “Tomes o corpo de delito e venhas submeter ao Tribunal o homem e o caso”.

Apesar de ficar conhecido pela fórmula latina, sua origem encontra-se no direito inglês, mais precisamente na Magna Carta de 1215. Foi o primeiro remédio previsto para controle jurisdicional de ato da Administração.

No direito brasileiro apareceu, pela primeira vez, no Código de Processo Criminal do Império, de 1832, cujo artigo 340 determinava que “todo cidadão que entender que ele, ou outrem, sofre uma prisão ilegal ou constrangimento ilegal em sua liberdade tem direito de pedir uma ordem de *habeas corpus* em seu favor”.

A Constituição de 1891 foi a primeira que o estabeleceu. Seu artigo 72, § 22, determinava:

“Dar-se-á o *habeas corpus* sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação, por ilegalidade ou abuso de poder.”

Como a redação não fazia referência ao direito de locomoção, permitiu que fosse utilizado para proteção de outros direitos, segundo a teoria que ficou conhecida como doutrina brasileira do *habeas corpus*, acolhida em inúmeros julgados.

Segundo essa doutrina, definida especialmente por Rui Barbosa, “o *habeas corpus* hoje se estende a todos os casos em que um direito nosso, qualquer direito, estiver ameaçado, manietado, impossibilitado, no seu exercício, pela intervenção de um abuso de poder ou uma ilegalidade. Desde que a Constituição não particularizou os direitos que, com o *habeas corpus*, queria proteger, contra a coação ou contra a violência, claro está que o seu propósito era escudar contra a violência e a coação todo e qualquer direito que elas podiam tolher e lesar nas suas manifestações” (Cf. Seabra Fagundes, 1984:213).

A reforma constitucional de 1926 pôs fim a essa doutrina, com a nova redação dada ao artigo 72, § 22, que restringiu a aplicação do *habeas corpus* à proteção do direito de locomoção: “dar-se-á o *habeas corpus* sempre que alguém sofrer, ou se achar em iminente perigo de sofrer violência por meio de prisão ou constrangimento ilegal, em sua liberdade de locomoção”.

Na Constituição atual, está previsto no inciso LXVIII do artigo 5º: “conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”. Só não é cabível “em relação a punições disciplinares militares” (art. 142, § 2º).

Para torná-lo acessível a todos, o artigo 5º, inciso LXXVII, determina a sua **gratuidade**.

O *habeas corpus* pode ser impetrado por qualquer pessoa, nacional ou estrangeira, em benefício próprio ou de terceiro.

Os **pressupostos** para sua propositura são:

1. ilegalidade ou abuso de poder, seja por parte de autoridade pública, seja por parte de particular;
2. violência, coação ou ameaça à liberdade de locomoção.

17.5.5.2 HABEAS DATA

O *habeas data*, no direito brasileiro, constitui inovação introduzida pelo artigo 5º, inciso LXXII, da Constituição de 1988:

“Conceder-se-á *habeas data*:

- a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;
- b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo.”

O *habeas data* está hoje disciplinado pela Lei nº 9.507, de 12-11-97, que acrescentou mais uma hipótese de cabimento da medida, além das duas previstas na

Constituição: o artigo 7º, inciso III, contempla a hipótese de *habeas data* “para a anotação nos assentamentos do interessado, de contestação ou explicação sobre dado verdadeiro mas justificável e que esteja sob pendência judicial ou amigável”.

José Afonso da Silva (2003:451), citando a lição de Firmín Morales Prats, diz que o *habeas data* “é um remédio constitucional que tem por objeto proteger a esfera interna dos indivíduos contra:

- a) usos abusivos de registro de dados pessoais coletados por meios fraudulentos, desleais ou ilícitos;
- b) introdução nesses registros de dados sensíveis (assim chamados os de origem racial, opinião política, filosófica ou religiosa, filiação partidária e sindical, orientação sexual etc.);
- c) conservação de dados falsos ou com fins diversos dos autorizados em lei”.

Não se pode dizer que ele constitua garantia do direito à informação previsto no artigo 5º, inciso XXXIII, segundo o qual “todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”.

Embora o dispositivo assegure o direito à informação de **interesse particular** ou de **interesse coletivo**, ele não se confunde com a informação protegida pelo *habeas data*, que é sempre relativa à **pessoa** do impetrante, com a particularidade de constar de banco ou registro de dados. O direito à informação, que se exerce na via administrativa, é mais amplo e pode referir-se a assuntos dos mais variados, como o conteúdo de um parecer jurídico, de um laudo técnico, de uma informação constante do processo, de uma prova apresentada em concurso público, do depoimento de uma testemunha etc.; não se refere a dados sobre a própria **pessoa** do requerente; e pode ter por finalidade a defesa de um interesse particular, como, por exemplo, o exercício do direito de petição perante a própria Administração Pública, ou a defesa de um direito individual perante o Judiciário, ou de um interesse coletivo, como a defesa do patrimônio público.

Já o *habeas data* assegura o conhecimento de informações relativas à própria pessoa do impetrante; e o objetivo é sempre o de conhecer e retificar essas informações, quando errôneas, para evitar o seu uso indevido.

Dessa distinção decorrem importantes consequências:

1. o direito à informação de interesse particular ou coletivo (art. 5º, XXXIII), se negado pela Administração, deve ser protegido pela via judicial ordinária ou pelo mandado de segurança e não pelo *habeas data*;
2. o mesmo direito pode ser exercido de forma ampla, com ressalva para as informações “cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade

e do Estado”; essa restrição não se aplica no caso do *habeas data*, que protege a própria intimidade da pessoa. Essa conclusão decorre do fato de que o inciso LXXII do artigo 5º não contém a mesma restrição inserida na parte final do inciso XXXIII.

Como diz Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1989:282), ao comparar este último dispositivo com o referente ao *habeas data*, “as informações que se podem obter do Poder Público aqui tratadas são de caráter geral, concernentes às atividades múltiplas dos órgãos governamentais e, portanto, justificam a ressalva imposta. Trata-se do direito à informação tão somente. Aquelas que se pretendem obter mediante impetração de *habeas data* dizem respeito a dados relativos à pessoa do requerente que, obviamente, não admitem segredo com relação a ele”.

Esse é também o pensamento de Calmon Passos (1989:139): “no *habeas data* não se postula a certificação judicial do direito à informação. Esse direito, no tocante à própria pessoa do interessado, foi deferido constitucionalmente sem possibilidade de contestação ou restrição. Nenhuma exceção lhe foi posta, constitucionalmente. A respeito da própria pessoa, o direito à informação é livre de barreiras, inexistindo exceções que o limitem ou excluam”.

Infelizmente, outro foi o entendimento adotado pela Consultoria-Geral da República nos pareceres SR 13, de 17-10-86, e SR 71, de 6-10-88, publicados, respectivamente, na RDA 166/139 e no *Diário Oficial da União*, de 6-10-88, p. 19.804.

Outro obstáculo que pode dificultar a propositura do *habeas data* é o entendimento adotado pelo Tribunal Federal de Recursos, nos autos do HD 001-DF, no sentido da necessidade de prévio pedido administrativo para propositura da medida judicial; no caso, a falta desse pedido levou o Tribunal a julgar extinto o processo sem julgamento do mérito (DJU, de 2-5-89, p. 6.374). Merecia ter prevalecido a tese do Ministro Garcia Vieira, defendida em voto vencido; para ele “a exigência de prévio exaurimento da esfera administrativa significava a vedação do uso do *habeas data* e não se pode tirar essa conclusão do dispositivo constitucional que garante o seu uso por todos aqueles que pretendem conhecer as informações a seu respeito, existentes no SNI, para, posteriormente, retificá-las” (*Repertório IOB de Jurisprudência* – 1ª quinzena de junho de 1989, nº 11/89, p. 177).

O STJ consagrou esse entendimento pela Súmula nº 2: “Não cabe *habeas data* se não houver recusa por parte da autoridade administrativa.”

Não há fundamento constitucional para exigir o prévio recurso à via administrativa como condição para propositura do *habeas data*.

No entanto, a Lei nº 9.507/97 agasalhou a mesma restrição, ao exigir, no artigo 8º, parágrafo único, que a petição inicial seja instruída com prova: I – da recusa ao acesso às informações ou do decurso de mais de 10 dias sem decisão; II – da recusa em fazer-se a retificação ou do decurso de mais de 15 dias, sem decisão; ou III – da recusa em fazer-se a anotação a que se refere o § 2º do artigo 4º ou do decurso de mais de 15 dias sem decisão.

Sujeito ativo do *habeas data* é a pessoa, brasileira ou estrangeira, a que se refere a informação.

Sujeito passivo é a **entidade governamental** ou de **caráter público** que tenha registro ou banco de dados sobre a pessoa. A primeira expressão abrange qualquer órgão do Estado, seja ele do Judiciário, Legislativo ou Executivo, bem como as entidades da Administração Indireta; a segunda, que não pode ser sinônima da primeira (a menos que se queira atribuir ao constituinte o emprego de palavras inúteis) abrange entidades que, embora particulares, contenham dados sobre a pessoa, destinados ao conhecimento de terceiros. Não teria sentido proteger a pessoa contra o registro de dados falsos coletados pelo Poder Público e não conceder igual proteção quando esses dados sejam registrados por particulares para uso público. Calmon Passos (1989:141) cita o exemplo dos Serviços de Proteção ao Crédito, que armazenam dados para orientar terceiros, seus clientes.

O **objeto** pode ser a simples informação ou, se o impetrante já a conhecer, pode ser sua **retificação**; e, agora, pelo artigo 7º da Lei nº 9.507/97, o objeto pode ser também a **anotação** de esclarecimentos ou justificativas no registro de dados. Nada impede que, no mesmo processo, se pleiteie primeiro a informação e, sendo esta falsa, se pleiteie, a seguir, a retificação; ou, ainda, a anotação de esclarecimentos ou justificativas.

O **processo** estabelecido pela Lei nº 9.507/97 é muito semelhante ao estabelecido para o mandado de segurança pela Lei nº 12.016, de 7-8-09 (cf. item 17.5.4.4.4).

Vale dizer que o rito é sumaríssimo, compreendendo: despacho da inicial, notificação à autoridade coatora para prestar informações no prazo de 10 dias (art. 9º); com ou sem informações, será ouvido o Ministério Público no prazo de cinco dias, sendo a seguir os autos conclusos ao juiz para decisão a ser proferida em cinco dias.

A execução se faz por simples comunicação ao coator, pelo correio, com aviso de recebimento, ou por telegrama, radiograma ou telefonema, conforme o requerer o impetrante (art. 14). Por esse meio, o juiz marcará data e horário para que o coator apresente as informações ou faça a retificação de dados ou a anotação requerida.

Os **recursos** referidos na Lei nº 9.507/97 são:

- a) apelação contra o despacho de indeferimento (art. 10, parágrafo único);
- b) apelação da decisão de mérito, a qual terá apenas efeito devolutivo, se a decisão for concessiva do *habeas data*;
- c) agravo contra decisão do Presidente do Tribunal ao qual competir o conhecimento do recurso que suspender a execução da sentença (art. 16).

Pelo artigo 18 da lei, o pedido de *habeas data* poderá ser renovado se a decisão denegatória não lhe houver apreciado o mérito.

Os processos de *habeas data* têm prioridade sobre todos os demais, ressalva feita aos processos de *habeas corpus* e mandado de segurança (art. 19).

A Constituição Federal estabelece os órgãos judiciários competentes para julgamento nos artigos 102, I, *d*, II, *a*; 105, I, *b*; 108, I, *c*; 109, VIII; 114, IV (introduzido pela Emenda Constitucional nº 45/04); e 121, § 4º, V. A Constituição do Estado de São Paulo contém norma sobre competência do Tribunal de Justiça nessa matéria, no artigo 74, III.

Essa competência consta agora expressamente do artigo 20 da Lei nº 9.507/97.

No artigo 21, a lei, repetindo a norma do artigo 5º, LXXVII, da Constituição, estabelece a gratuidade do processo judicial de *habeas data*, assim como do procedimento administrativo para acesso a informações, retificação de dados ou inclusão de anotação.

17.5.5.3 MANDADO DE INJUNÇÃO

17.5.5.3.1 CONTROVÉRSIAS QUANTO À ORIGEM

O artigo 5º, inciso LXXI, prevê a “concessão de mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

De todos os remédios constitucionais introduzidos pela Constituição de 1988, esse é, provavelmente, o que mais tem suscitado controvérsias e que mais vem encontrando dificuldades na sua utilização. As controvérsias começam quanto à origem do instituto.

Segundo José Afonso da Silva (2003:446), “o **mandado de injunção** é um instituto que se originou na Inglaterra, no século XIV, como essencial remédio da *Equity*. Nasceu, pois, do **Juízo de Equidade**. Ou seja, é um remédio outorgado, mediante um juízo discricionário, quando **falta norma legal** (*statutes*) regulando a espécie, e quando a *Common Law* não oferece proteção suficiente. A equidade, no sentido inglês do termo (sistema de estimativa social para a formulação da regra jurídica para o caso concreto) assenta-se na valoração judicial dos elementos do caso e dos princípios de justiça material, segundo a pauta de valores sociais, e assim emite a decisão fundada não no justo legal mas no **justo natural**”. O mesmo autor acrescenta, no entanto, que “a fonte mais próxima do mandado de injunção é o *writ of injunction* do direito norte-americano, onde cada vez mais tem aplicação na proteção de direitos da pessoa humana para impedir, por exemplo, violações da liberdade de associação e de palavra, da liberdade religiosa e contra denegação de igual oportunidade de educação por razões puramente raciais”.

Calmon Passos (1989:104) nega essa origem do mandado de injunção e, repetindo entendimento de Sérgio Bermudes, diz que “o mandado de injunção do sistema do *common law* jamais teve o objetivo que definimos para a nossa injunção, nem desempenhava na nação norte-americana, o papel que pretendemos dar ao nosso remédio constitucional, nem foi pensado com o objetivo a que nos propo-

mos com nossa injunção, nem tem história vinculada à desse instituto”. Ele nega, peremptoriamente, qualquer semelhança com o juízo de equidade do direito inglês, pois, para ele, dar-se o poder de ditar normas segundo os valores que informam o senso ou sentido de equidade do julgador seria dar a esse homem um poder que se recusa, terminantemente, a todos os demais.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1989:275-276) acha que “não se pode identificar no Direito comparado a fonte de inspiração do legislador constituinte, embora medidas com o mesmo nome possam ser encontradas, por exemplo, no Direito inglês e no Direito italiano”. A semelhança estaria só na terminologia e não no conteúdo.

Também Ulderico Pires dos Santos (1988:33) diz que “o novo **mandado de injunção** e o dos países estrangeiros convergem, tão somente, no que respeita ao modo do devedor prestar o fato, porque todos eles permitem meios coativos para exigir-se a prestação do fato ou a abstenção de ato sob penas diversas, inclusive a que Chiovenda chama de meios de sub-rogação”. Esse autor indica as várias modalidades de mandado de injunção do direito norte-americano e francês, os quais têm sentido muito mais amplo do que o nosso, sendo utilizado para obter ordens judiciais que contêm determinações de não fazer destinadas a proteger liberdades públicas de variada natureza.

Na realidade, o objetivo do mandado de injunção instituído no direito brasileiro, ainda que sirva ao mesmo propósito de proteção de liberdades públicas, tem alcance mais restrito, porque somente cabível no caso em que a “falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”. Assim, o mandado de injunção de outros países pode ter servido, quando muito, de inspiração, mas não como modelo seguido fielmente pelo constituinte brasileiro.

17.5.5.3.2 CONTROVÉRSIAS QUANTO AO OBJETO

Outro aspecto sobre o qual dissentem os doutrinadores é o relativo à finalidade do mandado.

Para Ulderico Pires dos Santos (1988:34), a decisão judicial limitar-se-á a “marcar **prazo** para o poder regulamentador praticar o ato que lhe compete (regulamentar o que estiver dependendo de regulamentação), isto é, para dentro dele prestar sua declaração de vontade, sob pena de a ter por enunciada pela ordem judicial, caso em que esta servirá como título autêntico para investir o titular do direito no seu efetivo exercício, independentemente da regulamentação faltante”.

Segundo José Afonso da Silva (2003:448), “o mandado de injunção tem por finalidade realizar concretamente em favor do impetrante o direito, liberdade ou prerrogativa, sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o seu exercício. Não visa obter a regulamentação prevista na norma constitucional. Não é função do mandado de injunção pedir a expedição da norma regulamentadora, pois ele não é sucedâneo da ação de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º)”.

Semelhante é a posição de Ritinha Alzira Stevenson Georgakilas (1989: 107-108), para quem a ação de mandado de injunção pode visar, principalmente, a proteção de direitos ou liberdades individuais *in concreto*; mas ela entende que “os dispositivos constitucionais pertinentes, tal como estão redigidos, não excluiriam, tampouco, a interpretação no sentido da possibilidade de ajuizamento do mandado de injunção ‘em tese’, à semelhança do que ocorre com a ação direta, sua decisão favorável produzindo efeitos *erga omnes*, com a edição, pelo próprio órgão julgante, da norma ausente, necessária à integração da eficácia técnica da Lei Maior. Tal entendimento conferiria ao novo instituto processual um caráter híbrido, de instrumento abrangente e poderoso de controle de constitucionalidade, direto e indireto ao mesmo tempo. Mas inclinamo-nos por considerar que, no caso do controle ‘em tese’ aqui referido, o instrumento processual mais adequado (porque a norma seria produzida pelo Poder originariamente competente) seria a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, cuja titularidade e âmbito de aplicabilidade, porém, como visto, apresentam-se bem mais restritos do que aqueles do mandado de injunção”.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1989:277) entende que “o alcance do mandado de injunção é análogo ao da inconstitucionalidade por omissão. Sua concessão leva o Judiciário a dar ciência ao Poder competente da falta de norma sem a qual é inviável o exercício de direito fundamental. Não importa no estabelecimento pelo próprio órgão jurisdicional da norma regulamentadora necessária à viabilidade do direito”. A seu ver, essa regulamentação pelo Poder Judiciário ofenderia o princípio da separação de poderes. Esse foi o entendimento adotado pelo STF no MI nº 107-3-DF, publicado em Cadernos Liberais: 89/88 (do Instituto Tancredo Neves de Estudos Políticos e Sociais, Brasília).

Para Calmon Passos (1989:124), “os julgadores realizam, em verdade, decidindo o mandado de injunção, uma atividade em tudo correspondente à do legislador competente para a regulamentação do preceito constitucional. Submetidos aos princípios diretores da Constituição, imbuídos do seu espírito, fiéis aos valores cuja tutela o preceito busca assegurar e considerando a situação de fato na sua dimensão geral, entre as várias opções políticas compatíveis, decidem-se pela que lhes parece mais consentânea”.

Para ele, a decisão produz efeitos apenas no caso concreto, fazendo coisa julgada, de modo que, se editada posteriormente a norma regulamentadora pelo Poder competente, incidirá o preceito do artigo 5º, inciso XXXVI, segundo o qual “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Cabe lembrar que o STF já decidiu, em processos de mandado de injunção, que a omissão do Congresso Nacional em disciplinar a matéria do artigo 8º do ADCT dá ensejo a que os prejudicados obtenham reparação por perdas e danos (RTJ 135-03, p. 882; DJU, de 22-4-94, p. 8.925; e DJU de 1º-7-94, p. 17.495).

Mais um avanço deu o STF ao julgar três mandados de injunção (670-ES, 708-DF e 712-PA) impetrados, respectivamente, pelo Sindicato dos Servidores Policiais Civis do Espírito Santo (SINDIPOL), Sindicato dos Trabalhadores em Educação

do Município de João Pessoa (SINTEM) e pelo Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará (SINJEP), em que se pretendia fosse garantido aos seus associados o exercício do direito de greve previsto no artigo 37, inciso VII, da Constituição Federal. A decisão, para suprir a omissão legislativa, foi por maioria de votos, no sentido da aplicação da Lei nº 7.783/89, que dispõe sobre o exercício do direito de greve na iniciativa privada. Nos dois primeiros mandados prevaleceu o voto do Ministro Gilmar Mendes. Conforme consta do *Informativo* nº 485, de 31-10-07, do STF, “ressaltou-se que a Corte, afastando-se da orientação inicialmente perfilhada no sentido de estar limitada à declaração da existência de mora legislativa para a edição de norma regulamentadora específica, passou, sem assumir compromisso com o exercício de uma típica função legislativa, a aceitar a possibilidade de uma regulação provisória pelo próprio Judiciário”. A regulação é provisória, porque só se aplica enquanto não suprida, pelo legislador, a omissão no exercício da competência para legislar sobre o direito de greve, conforme previsto no artigo 37, inciso VII, da Constituição.

Ainda outra decisão que confirma o posicionamento do Supremo Tribunal Federal em relação ao mandado de injunção foi a proferida no MI 758, sendo Relator o Ministro Marco Aurélio (*DJE* de 26-9-08), em que, diante da inexistência de lei disciplinando a aposentadoria especial prevista para os servidores no artigo 40, § 4º, da Constituição, deve ser aplicada, via pronunciamento judicial, aquela prevista para os trabalhadores em geral (art. 57, § 1º, da Lei nº 8.213/91).

Esse posicionamento do Supremo Tribunal Federal parece aproximar-se daquele, já citado, defendido por Calmon Passos.

17.5.5.3.3 NOSSA OPINIÃO

O mandado de injunção tem, em comum com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, prevista no artigo 103, § 2º, da Constituição, o fato de ter por fundamento uma **inconstitucionalidade por omissão** que impede o exercício de determinados direitos constitucionais.

Mas há algumas diferenças que é preciso assinalar:

1. a ação direta tem alcance mais amplo, porque é cabível quando a omissão impeça a efetivação de norma constitucional, qualquer que seja ela; enquanto o mandado de injunção só é cabível quando haja omissão de norma regulamentadora necessária para tornar viável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania; deve-se entender a expressão *norma regulamentadora* em sentido amplo, de modo a abranger todos os atos normativos, emanados ou não do Poder Legislativo, sem os quais a norma constitucional não possa ser aplicada;

2. na ação direta, o julgamento é de competência exclusiva do STF, enquanto no mandado de injunção a competência é outorgada a Tribunais diversos, dependendo da autoridade que se omitiu;
3. a titularidade da ação direta cabe às pessoas e órgãos indicados no artigo 103 da Constituição; a do mandado de injunção, ao titular do direito que não pode ser exercido por falta de norma regulamentadora;
4. na ação direta, a omissão é apenas dos Poderes Legislativo e Executivo, enquanto no mandado de injunção pode ser de várias autoridades, órgãos colegiados e entidades indicados nos artigos 102, I, *q*, e 105, I, *h*, abrangendo órgãos do próprio Poder Judiciário e entidades da Administração Indireta.

Ainda que o fundamento das duas seja o mesmo – omissão de norma necessária para tornar efetivo o exercício de direito constitucional –, a finalidade é diversa, pois, caso contrário, não haveria necessidade de previsão das duas medidas na Constituição e não haveria normas diversas sobre a competência para o mandado de injunção.

Na ação direta, o artigo 103, § 2º, da Constituição determina que, declarada a inconstitucionalidade por omissão, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em 30 dias. O objetivo é conseguir, com efeito *erga omnes*, uma decisão do STF que reconheça a inconstitucionalidade por omissão; está claro no dispositivo que o Judiciário não emitirá a norma regulamentadora, mas dará ciência ao órgão competente para fazê-lo.

O mandado de injunção, como é interposto pelo próprio titular do direito, exige uma solução para o **caso concreto**, e não uma decisão com efeitos *erga omnes*. O Judiciário decidirá, dizendo o conteúdo da norma que se aplicará ao caso concreto e que fará **coisa julgada**, insuscetível de ser alterada por norma legal ou regulamentar posterior. Sem isso, o mandado de injunção seria medida absolutamente inócua como **garantia** de direito individual e estaria mal colocada no artigo 5º da Constituição. É o próprio Poder Judiciário que supre, no caso concreto, a omissão da norma regulamentadora. Não há fundamento constitucional para concluir que o Judiciário apenas **daria ciência** ao Poder que se omitiu, ou que **determinaria** a edição da norma regulamentadora, pois, aí sim, haveria interferência indevida de um Poder em outro em hipótese não expressamente prevista na Constituição, com ofensa ao princípio da separação de poderes.

17.5.5.3.4 PRESSUPOSTOS

O **pressuposto** do mandado é a omissão de norma regulamentadora que torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania, e à cidadania (art. 5º, LXXI, da Constituição).

A **norma regulamentadora** pode ser de natureza regulamentar ou legal e ser de competência de qualquer das autoridades, órgãos e pessoas jurídicas que compõem os três Poderes do Estado, inclusive da administração indireta. É o que se deduz dos artigos 102, I, *q*, e 105, I, *h*.

Só é cabível o mandado quando a omissão tornar inviável o exercício dos direitos e liberdades **constitucionais**, o que abrange os consagrados no Título II (direitos individuais, coletivos e sociais) ou em outros capítulos da Constituição, como o referente aos direitos dos servidores públicos, à seguridade social, à educação, à cultura, ao meio ambiente, aos índios.

Quanto às prerrogativas referentes à **nacionalidade**, à **soberania**, e à **cidadania**, estão previstas nos capítulos III e IV do Título II, abrangendo, dentre outras, as previstas nos artigos 12, § 3º, e 14.

17.5.5.3.5 COMPETÊNCIA

A competência para julgamento do mandado de injunção vem definida nos artigos 102, I, *q*, e II, *a*, e 105, I, *h*, da Constituição Federal e no artigo 74, V, da Constituição do Estado de São Paulo.

O primeiro dispositivo prevê a competência do STF para processar e julgar, originariamente, o mandado de injunção quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio STF (inciso I, *q*). E o inciso II, *a*, estabelece a competência do mesmo Tribunal para julgar, em **recurso ordinário**, o mandado de injunção decidido em única instância pelos Tribunais Superiores, se **denegatória a decisão**.

O artigo 105, I, *h*, atribui ao STJ a competência para processar e julgar, originariamente, o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da Administração Direta ou Indireta, excetuados os casos de competência do STF e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal.

Pelos dispositivos mencionados, verifica-se que toda a competência se concentra nos Tribunais, nada restando para a Justiça de primeira instância.

No âmbito estadual, essa competência é deferida apenas ao Tribunal de Justiça, conforme artigo 74, inciso V, da Constituição paulista.

17.5.5.4 MANDADO DE SEGURANÇA INDIVIDUAL

17.5.5.4.1 ORIGEM

O mandado de segurança foi previsto, pela primeira vez, na Constituição de 1934, desapareceu na Constituição de 1937 e voltou na Constituição de 1946.

Ele surgiu como decorrência do desenvolvimento da doutrina brasileira do *habeas corpus*. Quando a Emenda Constitucional de 1926 restringiu o uso dessa medida às hipóteses de ofensa ao direito de locomoção, os doutrinadores passaram a procurar outro instituto para proteger os demais direitos. Sob inspiração dos *writs* do direito norte-americano e do *juicio de amparo* do direito mexicano, instituiu-se o mandado de segurança.

Está hoje previsto no artigo 5º, LXIX, da Constituição e disciplinado pela Lei nº 12.016, de 7-8-09 (que revogou a anterior Lei nº 1.533, de 31-12-51, que regulava a matéria). A nova lei não trouxe modificações significativas, limitando-se, em grande parte, a repetir dispositivos da lei anterior, às vezes com pequenas mudanças de redação, ou a incorporar entendimentos já adotados pela doutrina e jurisprudência. Além disso, repetiu normas já constantes de leis anteriores, que foram expressamente revogadas pelo artigo 29. Veio criar controvérsia quanto à validade jurídico-constitucional da norma inserida no artigo 7º, inciso III, que prevê a possibilidade de ser exigida pelo juiz, ao despachar a inicial, “caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica”. A norma destoa da jurisprudência do Supremo Tribunal e do Superior Tribunal de Justiça, que considera inconstitucional a exigência de depósitos prévios à interposição de recursos administrativos, por cercear o direito de defesa constitucionalmente garantido pelo artigo 5º, LV, da Constituição Federal (conf. item 17.3.2.1). Do mesmo vício e pelos mesmos fundamentos padece a norma do artigo 7º, III, cujos efeitos podem ser reduzidos em sua aplicação, tendo em vista que a medida foi prevista com caráter facultativo.

17.5.5.4.2 CONCEITO E PRESSUPOSTOS

Mandado de segurança é a ação civil de rito sumaríssimo pela qual qualquer pessoa física ou jurídica pode provocar o controle jurisdicional quando sofrer lesão ou ameaça de lesão a direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* nem *habeas data*, em decorrência de ato de autoridade, praticado com ilegalidade ou abuso de poder.

Além dos pressupostos processuais e das condições da ação exigíveis em qualquer procedimento, são pressupostos específicos do mandado de segurança:

1. ato de autoridade;
2. ilegalidade ou abuso de poder;
3. lesão ou ameaça de lesão;
4. direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*.

Quanto ao primeiro requisito, considera-se **ato de autoridade** todo aquele que for praticado por pessoa investida de uma parcela de poder público. Esse ato pode

emanar do Estado, por meio de seus agentes e órgãos ou de pessoas jurídicas que exerçam funções delegadas. Isto quer dizer que abrange atos praticados pelos órgãos e agentes da administração direta e da indireta (autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, concessionárias e permissionárias de serviços públicos).¹³ E abrange também atos emanados de particulares que ajam por delegação do Poder Público. É o que decorre do próprio preceito constitucional, que fala em ilegalidade ou abuso de poder praticado por “autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público”.

Com relação às entidades particulares, cabe mandado de segurança quando atuem por **delegação** e nos limites da delegação; quando exerçam atividades que nada têm a ver com essa delegação, não cabe o mandado de segurança. Além disso, se exercerem atividades **autorizadas**, com base no poder de polícia do Estado, que não se inserem entre as atividades próprias do Poder Público, também não cabe essa medida. É o que ocorre com os serviços de táxi, hospitais particulares, estabelecimentos bancários, companhias de seguro.

O artigo 1º, § 1º, da Lei nº 12.016/09, equipara às autoridades “os representantes ou órgãos de partidos políticos e os administradores de entidades autárquicas, bem como os dirigentes de pessoas jurídicas ou as pessoas naturais no exercício de atribuições do poder público, somente no que disser respeito a essas atribuições”.

Por sua vez, no âmbito judicial, a necessidade de tratar-se de função **delegada** para cabimento da medida ficou expressa na Súmula nº 510, do STF:

“Praticado o ato por autoridade, no exercício de competência delegada, contra ela cabe o mandado de segurança ou medida judicial.”

A esse propósito, a jurisprudência tem admitido mandado de segurança contra agentes de:

1. **estabelecimentos particulares de ensino**, embora exerçam funções apenas **autorizadas** e não delegadas pelo Poder Público (acórdãos in RT 496/77, 497/69, 498/84, 502/55);
2. **sindicatos**, no que diz respeito à cobrança da contribuição sindical;
3. **agentes financeiros** que executam planos governamentais, sob as normas e a fiscalização do Poder Público, como ocorre com os agentes financeiros do Sistema Financeiro de Habitação;

¹³ O STJ decidiu que multa contratual aplicada no âmbito de contrato administrativo não é passível de mandado de segurança, por ser o contrato um ato de gestão e não ato de autoridade (REsp 1.078.342-PR, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 15-3-10. Não assiste razão ao E. Tribunal, tendo em vista que, nos contratos administrativos, o poder público, como contratante, é detentor de uma série de prerrogativas públicas, verdadeiros atos de autoridade, previstos nas chamadas cláusulas exorbitantes ou cláusulas de prerrogativas. São cláusulas que não são tipicamente contratuais; só têm essa natureza as cláusulas financeiras.

4. **serviços sociais autônomos** que, embora de natureza privada, recebem parcela da contribuição arrecadada pela Previdência Social, para, em troca, prestar assistência a determinadas categorias de trabalhadores; é o caso do SESI, SESC, SENAI, Legião Brasileira de Assistência e outras entidades congêneres.

Embora se trate de jurisprudência adotada na vigência da Lei nº 1.533/51, não há dúvida de que continua a aplicar-se, tendo em vista que o conceito de autoridade, para fins de mandado de segurança, alterou-se apenas na redação, permanecendo o sentido que já decorria da norma anterior e estava pacificado no âmbito doutrinário e jurisprudencial, inclusive pelo Supremo Tribunal Federal, conforme se verifica pelos termos da Súmula nº 510.

O § 2º do artigo 1º reforça a ideia, já defendida desde longa data pela doutrina e jurisprudência, de que, em se tratando de entes privados, o mandado de segurança somente cabe se os atos forem praticados no exercício de funções delegadas pelo Poder Público. Estabelece o dispositivo que “não cabe mandado de segurança contra os atos de gestão comercial praticados pelos administradores de empresas públicas, de sociedades de economia mista e de concessionárias de serviços públicos”.

É compatível com essa norma a Súmula nº 333, do Superior Tribunal de Justiça, pela qual “cabe mandado de segurança contra ato praticado em licitação promovida por sociedade de economia mista ou empresa pública”. Isto porque o procedimento licitatório envolve o exercício de atribuições, prerrogativas e regime jurídico próprios de autoridade pública.

É contra a autoridade responsável pelo ato – chamada autoridade coatora – que se impetra o mandado de segurança e não contra a pessoa jurídica. Nos termos do artigo 6º, § 3º, da Lei nº 12.016, “considera-se autoridade coatora aquela que tenha praticado o ato impugnado ou da qual emane a ordem para a sua prática”. Pelo artigo 2º, “considerar-se-á federal a autoridade coatora se as consequências de ordem patrimonial do ato contra o qual se requer o mandado houverem de ser suportadas pela União ou entidade por ela controlada”. Na hipótese de haver mais de uma autoridade, como no caso de atos complexos e compostos, todas elas devem ser citadas, uma vez que nesse tipo de ato, que só se aperfeiçoa com a manifestação de duas ou mais vontades, o desfazimento exigirá a mesma participação.

O mesmo não ocorre no caso do simples executor material do ato, que não participa da formação da vontade, quer para fazer, quer para desfazer o ato. Desse modo, autoridade coatora será aquela que determinou a execução do ato, uma vez que ela é que dispõe do poder decisório. O executor não é **autoridade**, para fins de mandado de segurança; mas, se cumpre ato **manifestamente ilegal**, responderá juntamente com o ordenador do ato, conforme decidiu o TFR em acórdão publicado na RDA 155/103.

Em caso de **omissão** do Poder Público, autoridade coatora é a que a lei indica como competente para praticar o ato.

Embora a regra seja a de que a autoridade coatora, mesmo no caso de ato comissivo, é a que dispõe de **competência** para corrigir o ato ilegal, na realidade nem sempre isso ocorre, pois, no mandado de segurança, legitimado passivo é o “**responsável pela ilegalidade ou abuso de poder**”, segundo expressão que consta do próprio dispositivo constitucional. Se o ato foi praticado por determinada autoridade, ainda que incompetente, contra ela cabe a impetração, já que é a responsável pela ilegalidade, cabendo-lhe a obrigação de desfazer o ato se o mandado for concedido.

Outro pressuposto do mandado de segurança é a **ilegalidade ou abuso de poder**. Bastaria a menção à ilegalidade, que o abuso de poder já estaria compreendido no vocábulo.

Os atos administrativos são ilegais por vícios quanto ao sujeito, ao objeto, ao motivo, à finalidade e à forma, valendo o que foi dito no Capítulo 7, concernente aos atos administrativos.

O terceiro pressuposto é a **lesão ou ameaça de lesão**, o que permite inferir que o mandado de segurança pode ser **repressivo**, quando a lesão já se concretizou, ou **preventivo** quando haja apenas ameaça de lesão.

O direito, além de líquido e certo, deve estar sendo lesado ou ameaçado de lesão por atos executórios e aptos a produzir efeitos, sem o que não se configura o interesse de agir. Por isso mesmo, não cabe mandado de segurança contra atos preparatórios de decisão posterior, contra projeto de lei em tramitação, contra pareceres; não contendo decisões exequíveis, são insuscetíveis de causar lesão ou ameaça de lesão. Mesmo no caso de mandado preventivo, a ameaça só é concreta, real, quando a decisão já foi emitida, embora ainda não executada.

Apenas em caso de omissão, a exigência perde sentido, uma vez que, nesse caso, o objetivo do mandado é precisamente o de provocar a edição do ato; é a omissão que causa lesão ou ameaça de lesão.

Finalmente, o último requisito é o que concerne ao **direito líquido e certo**. Originariamente, falava-se em direito certo e incontestável, o que levou ao entendimento de que a medida só era cabível quando a norma legal tivesse clareza suficiente que dispensasse maior trabalho de interpretação.

Hoje, está pacífico o entendimento de que a liquidez e certeza referem-se aos **fatos**; estando estes devidamente provados, as dificuldades com relação à interpretação do direito serão resolvidas pelo juiz. Esse entendimento ficou consagrado com a Súmula nº 625, do STF, segundo a qual “controvérsia sobre matéria de direito não impede concessão de mandado de segurança”.

Daí o conceito de direito líquido e certo como o **direito comprovado de plano**, ou seja, o direito comprovado juntamente com a petição inicial. No mandado de segurança, inexistente a fase de instrução, de modo que, havendo dúvidas quanto às provas produzidas na inicial, o juiz extinguirá o processo sem julgamento do mérito, por falta de um pressuposto básico, ou seja, a certeza e liquidez do direito.

Apenas se admite a ressalva contida no artigo 6º, § 1º, da Lei nº 12.016: “no caso em que o documento necessário à prova do alegado se ache em repartição ou estabelecimento público, ou em poder de autoridade que recuse fornecê-lo por certidão ou de terceiro, o juiz ordenará, preliminarmente, por ofício, a exibição desse documento em original ou em cópia autêntica e marcará, para o cumprimento da ordem, o prazo de 10 dias. Se a autoridade que tiver procedido dessa maneira for a própria autoridade coatora, a ordem far-se-á no próprio instrumento da notificação. O escrivão extrairá cópias do documento para juntá-las à segunda via da petição”.

Como se verifica pela redação do dispositivo (quando comparado com a norma correspondente da Lei nº 1.533/51), a nova lei está admitindo a exibição do documento, não só quando se encontre em repartição ou estabelecimento público ou em poder de autoridade que se recuse a fornecê-lo (como já previsto na lei anterior), mas também na hipótese em que esse documento esteja em posse de terceiro e seja necessário à prova dos fatos alegados na petição inicial.

Pelo § 2º do artigo 6º, se a autoridade que tiver procedido dessa maneira (ou seja, tiver se recusado a entregar o documento) for a própria autoridade coatora, a ordem judicial para que entregue o documento será dada no próprio instrumento da notificação. Trata-se, aí, da notificação referida no artigo 7º, I, dirigida à autoridade coatora para que preste informações no prazo de dez dias.

Também é aceitável, mesmo após o ajuizamento da inicial, a juntada de parecer jurídico, já que este não constitui prova, mas apenas reforça a tese jurídica defendida pelo impetrante.

O direito líquido e certo deve apresentar alguns requisitos, além da **certeza quanto aos fatos**:

1. **certeza jurídica**, no sentido de que o direito deve decorrer de norma legal expressa, não se reconhecendo como líquido e certo o direito fundamentado em analogia, equidade ou princípios gerais de direito, a menos que se trate de princípios implícitos na Constituição, em decorrência, especialmente, do artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”;
2. **direito subjetivo próprio do impetrante** no sentido de que o mandado somente é cabível para proteger **direito** e não simples **interesse** e esse direito deve pertencer ao próprio impetrante; ninguém pode reivindicar, em seu nome, direito alheio, conforme decisões unânimes do STF in *RTJ* 110/1026 e *RDA* 163/77. Não destoa desse entendimento a norma do artigo 1º, § 3º, da Lei nº 12.016/09, em consonância com a qual, “quando o direito ameaçado ou violado couber a várias pessoas, qualquer delas

poderá requerer o mandado de segurança”, porque, nesse caso, cada qual estará agindo na defesa de direito próprio.

Atualmente, a pessoa jurídica pode impetrar mandado de segurança para defender direito individual de seu associado, com base no artigo 5º, XXI, da Constituição; pode defender direito próprio da pessoa jurídica e, agora, **interesse coletivo** dos seus membros, por meio do mandado de segurança coletivo. Isto, no entanto, não permite utilizar o mandado de segurança em substituição à ação popular, conforme Súmula nº 101, do STF;

3. direito líquido e certo referido a **objeto determinado**, significando que o mandado de segurança não é medida adequada para pleitear prestações indeterminadas, genéricas, fungíveis ou alternativas; o que se objetiva com o mandado de segurança é o exercício de **um direito** determinado e não a sua reparação econômica; por isso mesmo, a Súmula nº 269, do STF, diz que “o mandado de segurança não é substitutivo da ação de cobrança”. Assim, o objeto do mandado de segurança pode ser: (a) a anulação do ato ilegal; (b) a prática de ato que a autoridade coatora omitiu; ou (c) a cessação de ameaça de lesão; se concedido o mandado, a execução se fará por ofício do juiz à autoridade com a determinação para que anule o ato, pratique o ato omitido ou cesse a ameaça de lesão; não cumprida a ordem, incidirá a autoridade no crime de desobediência. Não há processo de execução no mandado de segurança.

Existe uma única hipótese em que, com base em decisão proferida no mandado de segurança, é possível pleitear o pagamento de prestações pecuniárias por meio de processo de execução: é a hipótese prevista no artigo 14, § 4º, da Lei nº 12.016, segundo o qual “o pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias assegurados em 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”. É a mesma norma que se continha no artigo 1º da Lei nº 5.021, de 9-6-66 (revogada pelo art. 29 da Lei nº 12.016).

No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal já havia fixado o entendimento de que “concessão de mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais em relação a período pretérito, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria” (Súmula nº 271).

Apesar de permitida a impetração para efeitos pecuniários (art. 14, § 4º), o artigo 7º, § 2º, da Lei nº 12.016, expressamente veda a concessão de liminar para “a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza”. Além disso, a execução somente poderá ser feita de-

pois de transitada em julgado a sentença, tendo em vista que, nos termos do artigo 14, § 3º, a sentença não pode ser executada provisoriamente nos casos em que for vedada a concessão de liminar.

17.5.5.4.3 RESTRIÇÕES

Pelo exposto no item anterior, já se deduzem algumas hipóteses em que não cabe mandado de segurança, por ausência de algum de seus pressupostos. Mas, além disso, existem determinados casos em que, por força de lei ou de jurisprudência, não é cabível essa medida:

1. **para assegurar a liberdade de locomoção**, exclusão que decorre do próprio artigo 5º, inciso LXIX, da Constituição, quando prevê o mandado para proteger “direito líquido e certo **não amparado por *habeas corpus***”; como este é cabível para proteção do direito de locomoção (art. 5º, LXVIII), ele exclui o cabimento do mandado de segurança, salvo no caso de punições disciplinares militares, porque aqui não cabe *habeas corpus*, conforme artigo 142, § 2º, da Constituição. A exclusão do *habeas corpus* não impede a propositura de mandado de segurança, já que nenhuma lesão ou ameaça de direito pode ser subtraída à apreciação do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV);
2. para assegurar o conhecimento de **informações relativas à pessoa** do impetrante ou a **retificação de dados**, porque nesse caso cabe *habeas data* (art. 5º, LXXII); a exclusão do mandado de segurança decorre também do artigo 5º, LXIX, mas não impede o uso dessa medida para a garantia do direito à informação previsto no inciso XXXIII do mesmo dispositivo, ressalvado, nesse caso, o sigilo imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;
3. para corrigir lesão decorrente de **lei em tese**; pela Súmula nº 266, do STF, “não cabe mandado de segurança contra lei em tese”. O entendimento decorre do fato de que o mandado de segurança só é meio idôneo para impugnar atos da Administração que causem efeitos concretos; por meio dele, objetiva-se afastar a aplicação da lei no caso específico do impetrante; e, como a decisão produz efeitos apenas entre as partes, a lei continuará a ser aplicada às demais pessoas a que se dirige. Não se pode, por meio de mandado de segurança ou mesmo por ações ordinárias, pleitear a anulação de uma lei pelo Poder Judiciário; a única via possível é a ação direta de arguição de inconstitucionalidade, com base nos artigos 102, I, e 103, da Constituição.

No entanto, o rigor desse entendimento foi aos poucos abrandado pela jurisprudência, que passou a admitir o mandado de segurança contra a lei em duas hipóteses: na **lei de efeito concreto** e na **lei autoexecutória**, o que se aplica também aos **decretos** de efeito concreto e autoexecutórios.

Lei de efeito concreto é a emanada do Poder Legislativo, segundo o processo de elaboração das leis, mas sem o caráter de generalidade e abstração próprio dos atos normativos. Ela é lei em sentido **formal**, mas é ato administrativo, em sentido **material** (quanto ao conteúdo), já que atinge pessoas determinadas. Por exemplo, uma lei que desaproprie determinado imóvel ou que defina uma área como sendo sujeita a restrições para proteção do meio ambiente. Leis dessa natureza produzem efeitos no caso concreto, independentemente de edição de ato administrativo; na falta deste, o mandado deve ser impetrado diretamente contra a lei.

Lei autoexecutória é a que independe de ato administrativo para aplicar-se aos casos concretos. Além da própria lei de efeito concreto, que é autoexecutória, também o são as que encerram proibição.

Nesses casos, admite-se o mandado de segurança, que deve ser impetrado contra o Legislativo e contra o Chefe do Executivo que a sancionou, já que a lei é ato complexo, que resulta da manifestação de vontade dos dois órgãos.

Além disso, entendemos ser possível a impetração em caráter preventivo, não contra quem aprovou a lei, mas contra a autoridade administrativa que irá aplicá-la ao caso concreto. Em hipóteses como essa, a promulgação da lei traz uma ameaça certa de lesão, que pode ser afastada, preventivamente, por meio do mandado de segurança;

4. **contra ato do qual caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independente de caução** (art. 5º, I, da Lei nº 12.016/09); quando o recurso administrativo tem efeito suspensivo (o que só ocorre quando a lei o diz expressamente), o ato não produz efeitos e, portanto, não causa lesão, enquanto não decidido o recurso; a impetração de segurança na pendência dessa decisão configura falta de interesse de agir; a situação é diversa quando, para recorrer, a lei exige caução (garantia), hipótese em que o mandado pode ser desde logo impetrado.

Com base nesse dispositivo, alguns entendem que, sendo cabível recurso administrativo com efeito suspensivo, é necessária a prévia exaustão das vias administrativas para propositura do mandado. Houve julgados nesse sentido (STF, in Arquivo Judiciário, v. 112/63; Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, in *RF* 118/512).

Porém, a jurisprudência evoluiu para admitir o mandado de segurança, mesmo que seja cabível o recurso administrativo com efeito suspensivo, desde que o interessado tenha deixado escoar o prazo, sem recorrer. Nesse sentido, decisão publicada na *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo* 45/278; também acórdãos proferidos pelo TFR no AMS – 89.104-RJ, *DJU* 26-2-81, p. 1.272, e AMS – 108.005-RJ, *DJU* 24-10-85, p. 19070. Na realidade, a exaustão das vias administrativas ocorre quer na hipótese de propositura de todos os recursos cabíveis,

com a decisão final do último, quer na hipótese de perda do prazo para recorrer. Assim, se o interessado não quiser recorrer administrativamente, poderá deixar escoar o prazo ou renunciar ao recurso administrativo e impetrar a segurança; o que não pode é propor a ação enquanto pendente de decisão o recurso com efeito suspensivo.

Em se tratando de **omissão** do Poder Público, mesmo que caiba recurso, pode o interessado impetrar o mandado, conforme Súmula nº 429, do STF; isto por razões óbvias: se há omissão, não há como suspender os seus efeitos.

Se o recurso administrativo não tiver efeito suspensivo, nada impede a propositura concomitante do mandado, consoante decorre do artigo 5º, I, da Lei nº 12.016/09. No entanto, essa propositura concomitante gera determinada consequência: o recurso administrativo vai deslocar a competência para a correção do ato, pois, no momento em que é interposto, a matéria sai da competência da autoridade que o emitiu e passa a ser da competência daquela que decidirá o recurso; assim, muda a autoridade coatora e poderá, como consequência, mudar também a competência jurisdicional para decisão do mandado.

Partindo-se da tese de que o mandado deve ser impetrado contra a autoridade competente para corrigir o ato e de que deve ser julgado conforme proposto pelo impetrante, a conclusão lógica é a de que a propositura do mandado de segurança implica a desistência do recurso já apresentado na via administrativa;

5. **contra decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo** (art. 5º, II, da Lei nº 12.016);¹⁴ a jurisprudência admitia o mandado de segurança mesmo quando coubesse recurso, desde que este não tivesse efeito suspensivo e da decisão pudesse resultar dano irreparável; paralelamente ao mandado de segurança, deveria ser interposto o recurso. Contudo, essa jurisprudência ficou superada a partir do momento em que se passou a admitir a possibilidade de ser dado efeito suspensivo ao agravo de instrumento, conforme artigo 527, III, do CPC, com a redação dada pela Lei nº 10.352, de 26-12-01. O entendimento passou a ser no sentido de que esse artigo, conjugado com a norma do artigo 558, “torna

¹⁴ V. acórdão do STF no RMS 25.141, voto do Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 22-4-08, DJe de 30-5-08: “Com efeito, o Mandado de segurança impetrado contra decisão judicial só é admissível nas raras hipóteses em que ela não possa ser atacada por outro remédio processual, exigindo-se ademais, a presença de direito líquido e certo. (...) Em outras palavras, a pendência deduzida pela via do *mandamus* poderia ter sido solucionada por outro meio processual. Depois, porque a matéria veiculada na inicial envolve ato de governo, que se caracteriza pela ampla discricionariedade, praticado por altas autoridades da República, razão pela qual não se pode cogitar de direito líquido e certo no tocante ao ajuizamento de ação penal contra estas. Ademais, o questionado Acordo, nos termos do art. 49, II, da CF, somente passa a vigorar após a respectiva ratificação pelo Congresso Nacional.”

inviável, daqui por diante, a impetração de mandado de segurança com a finalidade de conseguir efeito suspensivo para o agravo de instrumento ou da apelação recebida apenas no efeito devolutivo” (*RSTJ* 90/68, *RT* 736/422, *RJTJERGS* 180/208, *Lex-JTA* 163/515, apud Theotonio Negrão. *Código de processo civil e legislação processual em vigor*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 559-560). Contudo, aceita-se ainda o mandado de segurança para imprimir efeito suspensivo à decisão judicial se o impetrante tiver indeferido o pedido de efeito suspensivo a que se refere o artigo 558 do CPC; por outras palavras, tendo sido interposto o agravo de instrumento, com pedido de seu recebimento com efeito suspensivo, se indeferido esse pedido, aí sim é cabível o mandado de segurança contra o despacho de indeferimento, objetivando o efeito suspensivo denegado.

Mas, no Código de Processo Civil anotado por Theotônio Negrão, está citada jurisprudência admitindo o mandado mesmo quando não interposto o recurso, ou porque impetrado contra decisão que, embora recorrível, era de natureza provisória ou, mais amplamente, contra decisão teratológica ou de flagrante ilegalidade, hipótese em que os Tribunais não aplicam nem a Súmula nº 267, nem a Súmula nº 268 (que afasta o cabimento do mandado de segurança contra decisão transitada em julgado).

No novo CPC, o artigo 1.015 indica, taxativamente, as hipóteses em que cabe agravo de instrumento, dentre elas as decisões interlocutórias que versarem sobre tutelas provisórias. E o artigo 1.019, inciso I, prevê a possibilidade de o relator, ao receber o agravo de instrumento, atribuir-lhe efeito suspensivo, se da imediata produção dos efeitos da decisão puder resultar risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, e ficar demonstrada a probabilidade de provimento do recurso (art. 995, parágrafo único). Se concedida a suspensão, o relator deve comunicar o fato ao juiz. Se denegada a suspensão, cabe agravo interno, dirigido ao órgão colegiado, contra a decisão interlocutória, com fundamento no artigo 1.021.

6. **contra decisão judicial transitada em julgado;** essa hipótese, inserida pela Lei nº 12.016/09, apenas traz para o direito positivo entendimento já consagrado na Súmula nº 268, do Supremo Tribunal Federal.

17.5.5.4.4 ANOTAÇÕES QUANTO AO PROCESSO

Não cabe nesta obra estudo aprofundado do processo judicial do mandado de segurança, o que não impede algumas anotações relevantes.

O rito é sumaríssimo, compreendendo, basicamente: despacho da inicial, com ou sem concessão de liminar e notificação à autoridade coatora para prestar informações no prazo de 10 dias; prestadas ou não as informações, será ouvido o

Ministério Público no prazo de dez dias (art. 12 da Lei nº 12.016) e, após, o juiz ou Tribunal proferirá a decisão, no prazo de 30 dias (art. 12, parágrafo único).

O artigo 4º, *caput*, da Lei nº 12.016/09, permite que, em caso de urgência, o mandado de segurança seja impetrado por telegrama, radiograma, fax ou outro meio eletrônico de autenticidade comprovada, hipótese em que o texto original da petição deverá ser apresentado nos cinco dias úteis seguintes (§ 2º). Também o juiz, em caso de urgência, poderá notificar a autoridade por telegrama, radiograma ou outro meio que assegure a autenticidade do documento e a imediata ciência pela autoridade (§ 1º).

No caso de utilização de meio eletrônico, o § 3º do artigo 4º determina que sejam observadas as regras de Chaves Públicas Brasileiras – ICP – Brasil.¹⁵

Nos termos do artigo 6º, “a petição inicial, que deverá preencher os requisitos estabelecidos pela lei processual, será apresentada em duas vias com os documentos que instruírem a primeira reproduzidos na segunda e indicará, além da autoridade coatora, a pessoa jurídica que esta integra, à qual se acha vinculada ou na qual exerce atribuições”. Se o documento estiver em poder de autoridade ou de terceiro que se recuse a entregá-lo, por certidão, o juiz ordenará de ofício a exibição desse documento, marcando o prazo de dez dias para cumprimento (art. 6º, § 1º). Se a autoridade que se recusar a fornecer o documento for a própria autoridade coatora, a ordem judicial far-se-á no próprio instrumento da notificação (art. 6º, § 2º).

Legitimado ativo é a pessoa, física ou jurídica, pública ou privada, órgão público ou universalidade patrimonial, titular de direito líquido e certo, lesado ou ameaçado de lesão. Pode ocorrer que o direito líquido e certo de uma pessoa seja decorrente de direito de terceiro; neste caso, estabelece o artigo 3º da Lei nº 12.016 que o titular do direito poderá impetrar mandado de segurança em favor do direito originário, se o seu titular não o fizer, no prazo de 30 dias, quando notificado judicialmente. A partir da notificação, conta-se o prazo de 120 dias para impetração da segurança (art. 3º, parágrafo único, combinado com o art. 23).

O ingresso de litisconsorte ativo não será admitido após o despacho da petição inicial (art. 10, § 2º).

Legitimado passivo é a pessoa jurídica de direito público ou a de direito privado que esteja no exercício de atribuições do Poder Público. A matéria é controvertida porque, para alguns, sujeito passivo é a **autoridade coatora**, já que ela é que presta as informações e cumpre o mandado; no entanto, esse entendimento deve ser afastado quando se observa que a fase recursal fica a cargo da pessoa jurídica e não do impetrado e que os efeitos decorrentes do mandado são suportados pela pessoa jurídica e não pela autoridade coatora.

¹⁵ V. Lei nº 11.419/06, que dispõe sobre a informatização do processo judicial.

O litisconsórcio é possível no mandado de segurança, conforme se deduz do artigo 24 da Lei nº 12.016. Quanto à assistência, o Supremo Tribunal Federal já consolidou o entendimento contrário à sua admissibilidade.¹⁶

Objeto do mandado é a anulação de ato ilegal ofensivo de direito líquido e certo ou a prática de ato omitido pela autoridade competente ou ordem de não fazer (mandado de segurança preventivo).

A **causa de pedir** é a ilegalidade ou abuso de poder e a lesão ou ameaça de lesão a direito líquido e certo.

A autoridade coatora é **notificada** (e não citada) para prestar **informações** (e não contestação) no prazo de 10 dias; essas informações são prestadas pela própria autoridade coatora e não por meio de procurador e, como correspondem à contestação da pessoa jurídica, devem conter todas as defesas possíveis, quanto à preliminar e quanto ao mérito.

Admite-se a informação fora do prazo, desde que o atraso seja justificável, e ainda seja oportuna a sua apreciação, conforme artigo 105, § 3º, do Regimento Interno do STF.

A **sentença** é mandamental, porque contém uma ordem dirigida à autoridade coatora, e é de execução imediata, cumprindo-se por ofício do juiz, transmitido por oficial de justiça ou pelo Correio, conforme artigo 13 da Lei nº 12.016/09. Apenas no caso de pagamento de vantagens pecuniárias ao servidor público, com base no artigo 14, § 4º, da Lei nº 12.016, o mandado de segurança comporta liquidação por cálculo do contador. Em caso de urgência, poderá o juiz observar o disposto no artigo 4º, ou seja, expedir a sentença por meio de telegrama, radiograma, fax ou outro meio eletrônico de autenticidade certificada (art. 13, parágrafo único).

Os recursos devem ser endereçados não à autoridade coatora, mas ao representante da pessoa jurídica responsável pelo ato impugnado.¹⁷

Os **recursos** cabíveis são:

1. **apelação** contra a sentença que negue ou conceda a segurança (art. 14 da Lei nº 12.016/09), ou que indefira desde logo o pedido (art. 10); a

¹⁶ A esse respeito, v. acórdão proferido em SS 3.272-AgR, julgamento em 16-4-08, *DJe* de 20-6-08, no qual o Relator faz referência a “consolidação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de não ser admissível assistência em mandado de segurança, porquanto o art. 19 da Lei 1.533/51, na redação dada pela Lei 6.071/74, restringiu a intervenção de terceiros no procedimento do *writ* ao instituto do litisconsórcio”. O art 19, da Lei 1.533, aí referido, corresponde ao art. 24, da Lei nº 12.016, com redação um pouco diversa, mas com o mesmo conteúdo.

¹⁷ Nesse sentido, Acórdão do STJ, in REsp 1.186.726-MG, Rel. Min. Eliana Calmon, *DJe* de 21-6-10: “Em sede de mandado de segurança, a partir da sentença a intimação dos atos processuais deve ser endereçada à pessoa jurídica de direito público a quem está vinculada a autoridade impetrada, tendo início, assim, o prazo recursal após intimado pessoalmente o representante da pessoa jurídica de direito público...”

apelação tem efeito apenas devolutivo, podendo a sentença ser executada provisoriamente, conforme artigo 14, § 3º, salvo nas hipóteses previstas no artigo 7º, § 2º, em que é vedada a concessão de liminar;

2. **recurso de ofício** da sentença que conceder o mandado; ele decorre do artigo 14, § 1º, da Lei nº 12.016, segundo o qual, “concedida a segurança, a sentença estará sujeita obrigatoriamente ao duplo grau de jurisdição”;
3. **agravo de instrumento** da decisão do juiz de 1º grau que conceder ou denegar a liminar (art. 7º, § 1º);
4. **agravo** de decisão do relator que conceder ou denegar a medida liminar, dirigido ao órgão competente do Tribunal que integre (art. 16, parágrafo único);¹⁸
5. **agravo** da decisão do Presidente do Tribunal que **suspender** a execução da sentença ou da liminar, a requerimento da pessoa jurídica de direito público interessada ou do próprio Ministério Público, para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública; o agravo não tem efeito suspensivo e deve ser apresentado no prazo de 5 dias, devendo ser levado a julgamento na sessão seguinte à sua interposição (art. 15 da Lei nº 12.016); na vigência da legislação anterior, norma semelhante constava do artigo 4º da Lei nº 4.348/64 e artigo 297 do Regimento Interno do STF; pela Súmula nº 506, esse agravo cabia somente do despacho do Presidente do STF que **deferisse** a suspensão da liminar, não do que a denegasse. No entanto, essa súmula foi revogada pelo Supremo Tribunal Federal,¹⁹ que passou a defender a extensão da disciplina prevista na Lei nº 8.437, de 30-6-92 (que dispõe sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público) à hipótese de indeferimento do pedido de suspensão de segurança. Em decorrência da revogação da referida súmula, passou-se a admitir o agravo nas hipóteses de deferimento e de denegação da suspensão da liminar; tal entendimento é compatível com a nova lei, que praticamente repete a norma do artigo 4º da Lei nº 4.348/64 (revogada pelo art. 29 da Lei nº 12.016);

¹⁸ Pela Súmula nº 622, o STF fixou o entendimento de que “não cabe agravo regimental contra decisão do relator que concede ou indefere liminar em mandado de segurança”.

¹⁹ SS 1.945-AgR-QO, Rel. para o acórdão Min. Gilmar Mendes, julgamento em 19-12-02, DJ de 1º-8-03): “Completa reformulação da legislação, quanto à suspensão das liminares nos diversos processos, até mesmo na ação civil pública e na ação popular. Disciplina assimétrica na legislação do mandado de segurança. Recorribilidade, tão somente, da decisão que nega o pedido de suspensão em mandado de segurança. Súmula 506. Configuração de lacuna de regulação superveniente. Necessidade de sua colmatação. Extensão da disciplina prevista na Lei nº 8.437/92, à hipótese de indeferimento do pedido de suspensão em mandado de segurança. Admissibilidade do agravo nas decisões que deferem ou indeferem a suspensão da segurança (...). Revogação da Súmula 506.”

6. **recurso especial e extraordinário** nas hipóteses previstas, respectivamente, nos artigos 105, III, e 102, III, da Constituição (art. 18 da Lei nº 12.016);
7. **recurso ordinário** ao STF contra decisão denegatória, em única instância, dos Tribunais Superiores, nos termos do artigo 102, inciso II, *a*, da Constituição.

Com relação aos embargos infringentes, muita discussão se lavrou em face do artigo 20 da Lei nº 1.533/51, que revogou os dispositivos do CPC de 1930 sobre mandado de segurança; dentre esses dispositivos estava o artigo 833, que admitia embargos contra acórdãos não unânimes proferidos em grau de **apelação**, em **ação rescisória** e em **mandado de segurança**. Depois de alguma hesitação, acabou por prevalecer o entendimento de que esse dispositivo, na parte relativa ao mandado de segurança, estava revogado, dando origem à Súmula nº 597, do STF, segundo a qual “não cabem embargos infringentes de acórdão que, em mandado de segurança, decidiu, por maioria de votos, a apelação”.

A regra é a de que cabem no mandado de segurança aqueles recursos que sejam possíveis em qualquer espécie de processo; mas a regra do artigo 833 do anterior CPC, que admitia os embargos apenas para determinadas ações, foi considerada revogada, quanto ao mandado de segurança, porque não repetida na Lei nº 1.533/51.

Quando entrou em vigor a Lei nº 6.014, de 27-12-73, adaptando a Lei nº 1.533/51 ao novo CPC, reabriu-se a dúvida, porque se deu nova redação ao artigo 12 dessa lei, para substituir o agravo de petição pela apelação. Mas o STF, em decisão proferida no RE 83.246, por maioria de votos, entendeu não cabíveis os embargos, porque o procedimento do mandado de segurança é inteiramente regulado por lei especial, não se lhe aplicando o CPC a não ser que haja norma expressa, como a do artigo 19 da Lei nº 1.533/51; além disso, a propositura de embargos seria incompatível com a celeridade que se exige no processo do mandado de segurança (in *RTJ* 80/185). O argumento se reforçou com a Constituição de 1988, que, com a previsão de recurso ordinário ao STF, em caso de decisão denegatória, dá ao impetrante a possibilidade de ver reapreciada a decisão que lhe é desfavorável. Finalmente, a Lei nº 12.016/09, seguindo a tendência já definida anteriormente à sua vigência, expressamente veda a interposição de embargos de infringência no processo de mandado de segurança (art. 25).

A **legitimidade para recorrer**, no mandado de segurança, era da pessoa jurídica e não da autoridade coatora, conforme entendimento consagrado na vigência da Lei nº 1.533/51 (*RTJ* 105/404, 114/1225; *RDA* 155/100, 150/162; *RT* 600/243). No entanto, a Lei nº 12.016/09 estende à autoridade coatora o direito de recorrer (art. 14, § 2º).

Também pode recorrer o terceiro prejudicado, com base no artigo 499 do CPC (art. 996 do novo CPC).

Pela Súmula nº 392, do STF, “o prazo para recorrer de acórdão concessivo de segurança conta-se da publicação oficial de suas conclusões, e não da anterior ciência à autoridade para cumprimento da decisão”. Para a pessoa jurídica de direito público aplica-se a regra do artigo 188 do CPC, que lhe confere prazo em dobro (art. 183 do novo CPC).

Com relação à **coisa julgada**, o artigo 6º, § 6º, da Lei nº 1.533/51 determina que “o pedido de mandado de segurança poderá ser renovado dentro do prazo decadencial, se a decisão denegatória não lhe houver apreciado o mérito”. E a Súmula nº 304, do STF, fixou o entendimento de que “decisão denegatória de mandado de segurança, não fazendo coisa julgada contra o impetrante, não impede o uso de ação própria”; vale dizer que, se a denegação se deu quanto ao mérito, por ter entendido o juiz que o impetrante não faz jus ao direito pleiteado, a decisão transita em julgado, impedindo que o mesmo direito seja pleiteado por ação ordinária. Se não houve julgamento de mérito, tendo sido extinto o processo por falta de pressupostos para sua impetração, pode ser proposta ação ordinária, visando à proteção do mesmo direito, ou outro mandado de segurança, desde que não exaurido o prazo de 120 dias.

A Lei nº 12.016/09 prevê a concessão de **liminar** no mandado de segurança, o que deverá ser feito pelo juiz ao despachar a inicial (art. 7º, III); são requisitos para sua concessão: que seja relevante o fundamento e do ato impugnado possa resultar a ineficácia da medida, caso seja deferida. O mesmo dispositivo permite ao juiz exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica. Essa exigência destoa da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, que entende não ser possível exigência de depósito prévio para recorrer na esfera administrativa (v. item 17.3.2.1). Com muito mais razão, não se justifica a exigência de garantia para outorga de liminar, quando o objetivo desta é exatamente o de evitar o perecimento do direito. A exigência infringe o artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, que protege as pessoas, não só contra as lesões já concretizadas, mas também contra as ameaças de lesão.

A concessão da liminar não cabe quando tiver por objeto “a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza” (art. 7º, § 2º, da Lei nº 12.016). Nesses casos, não se admite a execução provisória (art. 14, § 3º). Além disso, nos casos em que não cabe liminar também não cabe tutela antecipada (art. 7º, § 5º).

De acordo com o artigo 7º, § 3º, “os efeitos da medida liminar, salvo se revogada ou cassada, persistirão até a prolação da sentença”.

Pelo artigo 15 da mesma lei, a liminar e a sentença podem ser suspensas a pedido da pessoa jurídica de direito público interessada, para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública; dessa decisão cabe agravo, sem efeito suspensivo, no prazo de 10 dias contados da publicação do ato. Também cabe pedido de suspensão quando negado provimento a agravo de instrumento interposto

contra a liminar. O pedido pode ser recebido com efeito suspensivo se o Presidente do Tribunal constatar, em juízo prévio, a plausibilidade do direito invocado e a urgência na concessão da medida (art. 15, § 4º).

O § 5º do artigo 15 trata da hipótese em que haja pedido de suspensão de várias liminares, com idêntico objeto; e determina a possibilidade de todas serem suspensas pelo Presidente do Tribunal em decisão única, cujos efeitos podem alcançar inclusive liminares concedidas posteriormente.

Se o pedido de suspensão feito com base no artigo 15 for indeferido ou se for provido o agravo, cabe novo pedido de suspensão ao Presidente do Tribunal competente para conhecer do eventual recurso especial ou extraordinário (art. 15, § 1º).

Nos termos do § 3º do artigo 15, “a interposição de agravo de instrumento contra liminar concedida nas ações movidas contra o Poder Público e seus agentes não prejudica nem condiciona o julgamento do pedido de suspensão a que se refere este artigo”. Vale dizer que, mesmo que interposto o agravo de instrumento contra a concessão de liminar, pode ser feito o pedido de suspensão previsto no *caput* do mesmo dispositivo.

Nos termos da Súmula nº 626, do STF, “a suspensão da liminar em mandado de segurança, salvo determinação em contrário da decisão que a deferir, vigorará até o trânsito em julgado da decisão definitiva de concessão da segurança ou, havendo recurso, até a sua manutenção pelo Supremo Tribunal Federal, desde que o objeto da liminar deferida coincida, total ou parcialmente, com o da impetração”.

Por sua vez, o artigo 8º da Lei nº 12.016 prevê a perempção ou caducidade da medida liminar, *ex officio* ou a requerimento do Ministério Público, quando, concedida a medida, o impetrante criar obstáculo ao normal andamento do processo ou deixar de promover, por mais de três dias úteis, os atos e diligências que lhe cumprirem.

Admite-se, ainda, com base no artigo 807 do CPC (art. 296 do novo Código), que o juiz revogue a liminar quando se convencer, após a sua concessão, de que ela não se justificava; essa hipótese é tanto mais defensável quando se considera que o juiz tem que decidir sobre a liminar ao despachar a petição inicial e, portanto, sem ouvir a autoridade coatora, de modo que é possível, após as informações por esta prestadas, convencer-se do não cabimento da liminar.

A **competência** para julgar os mandados de segurança é definida em razão da autoridade que praticou o ato e da sede funcional; pela Constituição Federal, cabe:

1. ao STF:

- a) processar e julgar, originariamente, o mandado de segurança contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio STF (art. 102, I, *d*); sobre a matéria, existem duas súmulas do STF: a de nº 623 fixa o

entendimento de que “não gera por si só a competência originária do Supremo Tribunal Federal para conhecer do mandado de segurança com base no art. 102, I, *n*, da Constituição, dirigir-se o pedido contra deliberação administrativa do tribunal de origem, da qual haja participado a maioria ou a totalidade de seus membros”; a de nº 624 estabelece que “não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer originariamente de mandado de segurança contra atos de outros tribunais”.

- b) julgar, em recurso ordinário, o mandado de segurança decidido em única instância pelos Tribunais Superiores, se **denegatória a decisão**; essa competência, que era prevista na Constituição de 1946 e extinta na de 1967, é agora restabelecida (art. 102, II, *a*);
2. ao STJ:
- a) processar e julgar, originariamente, os mandados de segurança contra ato de Ministro do Estado, dos comandantes da Marinha, Exército ou Aeronáutica ou do próprio Tribunal (art. 105, I, *b*);
 - b) julgar, em recurso ordinário, os mandados de segurança decididos em única instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, **quando denegatória a decisão** (art. 105, II, *b*);
3. aos Tribunais Regionais Federais: processar e julgar, originariamente, os mandados de segurança contra ato do próprio Tribunal ou de Juiz Federal (art. 108, I, *c*);
4. aos Juízes Federais: processar e julgar os mandados de segurança contra ato de autoridade federal, excetuados os casos de competência dos Tribunais Federais (art. 109, VIII);
5. à Justiça do Trabalho: processar e julgar os mandados de segurança, quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição (art. 114, IV, introduzido pela Emenda Constitucional nº 45/2004).

Os artigos 111, § 3º, 121 e 124, parágrafo único, remetem à lei a fixação de competência dos Tribunais do Trabalho, Eleitorais e Militares.

A Constituição do Estado de São Paulo atribui competência ao Tribunal de Justiça, para processar e julgar originariamente os mandados de segurança contra atos do Governador, da Mesa e da Presidência da Assembleia, do próprio Tribunal ou de algum de seus membros, dos Presidentes dos Tribunais de Contas do Estado e do Município de São Paulo, do Procurador-Geral de Justiça, do Prefeito e do Presidente da Câmara Municipal da Capital (art. 74, III).

Quanto às demais autoridades estaduais e municipais, prevalece a competência das Varas da Fazenda Pública e, nas comarcas onde estas não existirem, a competência da justiça comum.

17.5.5.4.5 PRAZO

O artigo 23 da Lei nº 12.016/09 estabelece que “o direito de requerer mandado de segurança extingue-se-á decorridos 120 dias, contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado”. Na vigência da lei anterior, chegou a formar-se o entendimento de que esse prazo era inconstitucional, por cercear o direito ao uso do mandado de segurança, previsto pelo artigo 5º, LXIX, da Constituição. No entanto, esse entendimento foi afastado pela Súmula nº 632, do STF, segundo a qual “é constitucional lei que fixa o prazo de decadência para a impetração de mandado de segurança”.

Trata-se de prazo de **decadência**, que não admite interrupção nem suspensão. Quanto ao início do prazo (*dies a quo*), é preciso distinguir:

1. se o mandado é interposto contra **ato lesivo já praticado**, o prazo começa a correr a partir da ciência do ato; nenhuma consequência terá a interposição de recurso administrativo **sem efeito suspensivo**, porque o ato já está causando lesão e, em consequência, o prazo de decadência já está correndo; mas se o recurso tem efeito suspensivo, o prazo começa a correr quando decidido o último recurso ou quando se esgotar o prazo para recorrer administrativamente;
2. se o mandado é interposto contra **omissão**, duas hipóteses devem ser distinguidas: se a Administração está sujeita a prazo para praticar o ato, esgotado esse prazo, começam a correr os 120 dias para impetração da segurança, conforme decisão do STF, in *RTJ* 53/637; se a Administração não está sujeita a prazo legal para a prática do ato, não se cogita de decadência para o mandado de segurança, por inexistência de um termo *a quo*; enquanto persistir a omissão, é cabível o mandado;
3. se o mandado é interposto preventivamente, quando haja **ameaça** de lesão, também não se cogita de decadência, porque, enquanto persistir a ameaça, há a possibilidade de impetração.

17.5.5.5 MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO

O mandado de segurança coletivo constitui mais uma inovação da Constituição de 1988, cujo artigo 5º, inciso LXX, determina:

“LXX – 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 1 (um) ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.”

Até a promulgação da Lei nº 12.016/09, não havia qualquer norma infraconstitucional dispendo sobre mandado de segurança coletivo. Nessa lei foi introduzido um único dispositivo sobre a matéria, definindo os interesses coletivos que podem ser protegidos com esse remédio constitucional e dispendo sobre os efeitos da coisa julgada, a litispendência e a concessão de liminar.

Um primeiro dado que salta aos olhos é o fato de que o dispositivo constitucional não indicou os pressupostos da medida, como o fez em relação aos outros remédios constitucionais. Isto permite uma primeira conclusão: os pressupostos são os mesmos previstos no inciso LXIX para o mandado de segurança individual, a saber, **ato de autoridade, ilegalidade ou abuso de poder** e lesão ou ameaça de lesão a **direito líquido e certo**.

Essa é a conclusão a que se chega pela leitura do dispositivo, uma vez que, não tendo o constituinte definido a medida, é porque ela já estava delimitada, quanto aos seus pressupostos, no inciso anterior. Ficou sendo o mandado de segurança o gênero que comporta duas espécies: o individual e o coletivo. No entanto, José Afonso da Silva (2005:164), depois de esclarecer que a referência a direito líquido e certo constava da proposta inicial do projeto e foi retirada nas sucessivas alterações da redação, acrescenta que “a alínea “b” do inciso LXX do art. 5º fala em “interesses”, e não em “direitos”. Um pouco além, acrescenta: “Parece que a esse propósito poderemos tirar uma primeira conclusão: o requisito do direito líquido e certo será sempre exigido quando a entidade impetra o mandado de segurança coletivo na defesa de direito subjetivo individual. Quando o sindicato usá-lo na defesa de *interesse coletivo* de seus membros e quando os partidos políticos o impetrarem na defesa de interesse coletivo difuso, exigem-se ao menos a ilegalidade e a lesão do interesse que o fundamenta.”

É preciso ter presente, no entanto, que o processo do mandado de segurança coletivo é o mesmo do mandado de segurança individual, razão pela qual as provas todas devem acompanhar a inicial, sob pena de extinção do processo sem julgamento do mérito.

Outra observação que decorre de interpretação literal é quanto ao fato de ter o dispositivo separado em duas alíneas diversas, de um lado, o partido político e, de outro, a 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.

Qualquer dessas entidades pode ser sujeito ativo do mandado de segurança coletivo, mas, enquanto as indicadas na alínea *b* só podem agir “em defesa dos interesses de seus membros ou associados”, o partido político, em relação ao qual não se fez a mesma restrição, poderá agir na defesa de interesses que extrapolam aos dos seus membros ou associados; caso contrário, não haveria razão para mencioná-lo, separadamente, na alínea *a*. Pelo artigo 21 da Lei nº 12.016, deduz-se que o mandado de segurança coletivo impetrado por partido político somente pode proteger os “interesses legítimos relativos a seus integrantes” e as “finalidades partidárias”,

praticamente excluindo a possibilidade de defender interesses da coletividade, o que é inaceitável e conflita com a amplitude maior do dispositivo constitucional. Por isso, o artigo 21 da Lei nº 12.016 tem que ser interpretado de forma que não conflite com o artigo 5º, LXX, da Constituição, sob pena de inconstitucionalidade.²⁰

Isto porque o partido político defende interesses de uma coletividade muito maior do que os interesses a cargo das demais entidades legitimadas para o mandado de segurança coletivo.

Consoante artigo 1º da Lei nº 9.096, de 19-9-95, “o partido político, pessoa jurídica de direito privado, destina-se a assegurar, no interesse do regime democrático, a **autenticidade do sistema representativo** e a defender os **direitos humanos fundamentais**, definidos na Constituição Federal”.

Com base nesse dispositivo, que define os objetivos dos partidos políticos, Lúcia Valle Figueiredo (1989a:22) conclui, com razão, que “tudo que atina aos direitos humanos fundamentais, à autenticidade do sistema representativo pode ser objeto de mandado de segurança coletivo”. E cita vários exemplos extraídos da Constituição Federal: o desrespeito ao artigo 5º, XLIX, que assegura ao preso o respeito à integridade física e moral; o descumprimento do artigo 58, § 4º, que exige, durante o recesso parlamentar, a presença de comissão representativa do Congresso Nacional com composição proporcional, tanto quanto possível; discriminações entre brasileiros natos e naturalizados em hipóteses não previstas na Constituição; prática do racismo.

Já com relação ao sindicato, entidade de classe ou associação, referidas na alínea *b* do inciso LXX, o interesse que elas podem defender é mais restrito, porque há de se referir à classe ou categoria de pessoas que congregam, conforme decorre da redação do texto constitucional.

O sindicato só pode agir no interesse da categoria profissional que o compõe; a entidade de classe só pode defender interesses de seus associados, relacionados com os objetivos sociais. Com relação à associação, há a exigência de que esteja constituída legalmente há pelo menos um ano; o objetivo é claro: quer-se evitar a impetração de mandados de segurança coletivos por entidades constituídas aleatória e transitoriamente apenas com esse objetivo.

Outro aspecto que suscita dúvidas é o referente à natureza do interesse defendido: seria o individual, de cada um dos membros componentes da pessoa jurídica, ou será o coletivo, pertinente a toda a classe ou categoria que congrega a entidade? Outra dúvida diz respeito à exigência ou não de autorização expressa para essa representação.

Quanto à primeira questão, a Lei nº 12.016, no artigo 21, parágrafo único, veio esclarecer o tipo de interesse que pode ser protegido pelo mandado de segurança

²⁰ Esse o entendimento da Segunda Turma do STF no RE 196.184/AM, rel. Min. Sepúlveda Pertence. É também o posicionamento de Alexandre de Moraes, em artigo sobre a inconstitucionalidade parcial do *caput* do art. 21 da Lei de Mandado de Segurança (Lei nº 12.016/09), in *RDA* 252, p. 11-14.

coletivo, abrangendo os **coletivos** e os **individuais homogêneos**. Os primeiros são 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”; os segundos são “os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante”.

Quanto à segunda questão, ela tem gerado muita controvérsia, a nosso ver, pela precipitada e indevida conjugação do dispositivo concernente ao mandado de segurança coletivo com a norma do artigo 5º, XXI, da Constituição, que atribui às entidades associativas, “quando expressamente autorizadas”, legitimidade para representar os seus filiados judicial ou extrajudicialmente.

Esse preceito deve ser interpretado nos seus devidos termos. Ele veio trazer uma inovação que não constava do regime anterior, ao autorizar as entidades associativas a representarem seus membros em juízo ou fora dele.

Essa norma veio pôr fim a uma controvérsia que gravitava especialmente em torno do mandado de segurança, sobre a possibilidade de a pessoa jurídica propor a ação na defesa de direito dos seus associados; a tese que prevalecia era a contrária a essa possibilidade. Hoje, não mais se justifica a controvérsia, porque o inciso XXI do artigo 5º previu a representação sem outras restrições que não a de expressa autorização do representado.

Isto não permite a conclusão de que, nesse caso, haverá mandado de segurança coletivo, mesmo que a entidade represente, em um só mandado, vários de seus associados. Haverá mandado de segurança individual, em que a entidade, devidamente autorizada por cada um dos interessados, agirá como substituto processual, defendendo direito alheio.

A mesma conclusão é possível com referência ao artigo 8º, III, da Constituição, que atribui ao sindicato “a defesa dos **direitos e interesses coletivos ou individuais** da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas”.

Uma hipótese é a defesa de **direitos individuais**, que exige representação devidamente autorizada e que dá margem ao mandado de segurança individual. Outra hipótese é a defesa dos direitos coletivos de toda a categoria ou de parte dela, o que se fará pelo mandado de segurança coletivo, independentemente de autorização expressa. Pela Súmula nº 629 do STF, ficou definido que “a impetração do mandado de segurança coletivo por entidade de classe em favor dos associados independe da autorização destes”. O artigo 21 da Lei nº 12.016, na parte final, também tornou expressa a dispensa de autorização especial.

Com efeito, se a associação de classe só pode defender interesses pertinentes aos membros que a integram, esses interesses já estão definidos nos objetivos sociais da entidade, independentemente de autorização expressa essa defesa; se os interesses não estão incluídos nos objetivos sociais da entidade, esta não poderá defendê-los por via do mandado de segurança coletivo, a menos que seja feita alteração estatutária pelos meios legais.

Preciso é, a esse respeito, o pensamento de Calmon Passos (1989:15): “se o interesse é individual, exclusivo, ou específico, só o seu titular está autorizado a defendê-lo via *mandamus*. Nada obsta que esse seu interesse, mesmo quando exclusivo ou específico, receba o apoio de entidade na qual ele se insere. Para isso, deve autorizá-la a representá-la em juízo, recebendo, na defesa de seu direito, o apoio da força social ou política da entidade a que se filia. Mas se o interesse é também compartilhado por outros, que têm interesse de igual natureza, assim como poderiam esses sujeitos titulares de interesses semelhantes associar-se, como litisconsortes, em um só *mandamus*, podem ser defendidos, ter os seus interesses patrocinados ou postulados pela entidade em que se associam, justamente por força da afinidade que esse interesse (compartilhado) guarda com o interesse ou função, ou fim básico da entidade. Aqui a aquiescência é irrelevante. Não pode o associado impedir uma atuação que é de benefício comum. Faltar-lhe-ia qualidade para tanto”.

Vale dizer que o mandado de segurança coletivo é instrumento utilizável apenas para a defesa do **interesse coletivo** da categoria (ou de parte dela) integrante da entidade de classe ou do sindicato, devendo entender-se por interesse coletivo não a soma dos interesses individuais, mas aquele que pertence ao todo, que é despersonalizado e que se torna, em geral, indisponível, por colocar-se acima dos direitos individuais.

Poder-se-ia argumentar que é irrelevante concluir que, para defender os associados em juízo, o instrumento adequado é o mandado de segurança individual ou o coletivo. Mas assim não é, pois os efeitos da decisão serão diversos em um e outro caso; no individual, a decisão produzirá efeitos apenas em relação aos titulares de direitos devidamente representados; no coletivo, a decisão terá efeitos para toda a categoria (ou parte da categoria) integrante da entidade ou do sindicato.

Lúcia Valle Figueiredo (1989a:36) defende a tese de que, em sendo desfavorável a decisão, ela não fará coisa julgada, pois não impedirá a interposição de mandado de segurança individual.

Quanto aos partidos políticos, a decisão produzirá efeitos em relação a todos os atingidos pelo ato lesivo impugnado por via do mandado de segurança coletivo.

Quanto ao **processo**, deve ser observado o mesmo estabelecido para o mandado de segurança individual, pela Lei nº 12.016/09.

A **competência** vem definida nos mesmos dispositivos concernentes ao mandado de segurança individual, uma vez que os dispositivos não distinguem entre o individual e o coletivo.

17.5.5.6 AÇÃO POPULAR

17.5.5.6.1 EVOLUÇÃO

A ação popular já existia no Direito Romano, com características muito semelhantes ao instituto previsto no direito positivo brasileiro, pois, por meio da *actio*

popularis, qualquer pessoa do povo (*populus*) podia dela fazer uso para a defesa de interesses da coletividade.

No direito brasileiro ela foi prevista, pela primeira vez, na Constituição de 1934, abolida na de 1937 e instituída novamente na de 1946, embora em nenhuma delas aparecesse a expressão **ação popular**. Apenas com a Lei nº 4.717, de 29-6-65, ainda em vigor, utilizou-se a expressão no direito positivo. É curioso observar que desde a sua instituição, pela Constituição de 1946, o instituto começou a ser utilizado, embora a lei regulamentadora só tivesse sido promulgada 19 anos depois; entendeu-se ser autoaplicável o dispositivo.

Pela Constituição de 1967, “qualquer cidadão será parte legítima para propor ação popular que vise a anular atos lesivos ao patrimônio de entidades públicas” (art. 150, § 31, da redação original, e 153, § 31, após a Emenda nº 1, de 1969). Só era, portanto, cabível, para a proteção do patrimônio público.

A Constituição de 1988 ampliou consideravelmente as hipóteses de cabimento de ação popular, ao estabelecer, no artigo 5º, LXXIII, que “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”.

No entanto, prevalecem as duas características básicas: o fato de que a sua titularidade cabe a qualquer cidadão e o de que este age na defesa do interesse público e não de interesse individual.

Ampliaram-se os seus fundamentos, para admitir-se a sua propositura em quatro hipóteses: lesão ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.

A ação popular foi a primeira que surgiu no direito brasileiro com características que a distinguem das demais ações judiciais; nestas, o autor pede a prestação jurisdicional para a defesa de um direito subjetivo próprio, sob pena de ser julgado carecedor da ação, por falta de interesse de agir. Na ação popular, o autor pede a prestação jurisdicional para defender o interesse público, razão pela qual tem sido considerado como um direito de natureza política, já que implica controle do cidadão sobre atos lesivos aos interesses que a Constituição quis proteger.

Hoje, existem outros remédios que refogem também às características tradicionais do processo judicial, pela possibilidade de sua interposição na defesa de direitos ou interesses coletivos. Trata-se do mandado de segurança coletivo e da ação civil pública.

17.5.5.6.2 CONCEITO E PRESSUPOSTOS

Ação popular é a ação civil pela qual qualquer cidadão pode pleitear a invalidação de atos praticados pelo poder público ou entidades de que participe, lesivos

ao patrimônio público, ao meio ambiente, à moralidade administrativa ou ao patrimônio histórico e cultural, bem como a condenação por perdas e danos dos responsáveis pela lesão.

Além das condições da ação em geral – interesse de agir, possibilidade jurídica e legitimação para agir –, são pressupostos da ação popular:

1. qualidade de cidadão no sujeito ativo;
2. ilegalidade ou imoralidade praticada pelo Poder Público ou entidade de que ele participe;
3. lesão ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.

Cidadão é o brasileiro, nato ou naturalizado, que está no gozo dos direitos políticos, ou seja, dos direitos de votar e ser votado. A rigor, basta a qualidade de **eleitor**, uma vez que o artigo 1º, § 3º, da Lei nº 4.717/65 exige que a prova da cidadania, para ingresso em juízo, seja feita com o título eleitoral, ou com documento que a ele corresponda.

Seabra Fagundes (1984:316) ensina que, não obstante a discriminação que se faz doutrinariamente entre cidadania ativa e passiva e apesar de a Constituição empregar o vocábulo **cidadão**, sem qualquer qualificativo, “deve entender-se que essa palavra, no que concerne ao direito de agir judicialmente, se refere ao titular da cidadania ativa, ou seja, ao eleitor”. E acrescenta que, se ao instituir o direito de petição a Constituição (de 1967) o defere a qualquer pessoa (hoje o defere a “todos”, pelo art. 5º, XXXIV), e ao instituir o direito à propositura da ação popular o atribui ao “cidadão”, é porque aqui a titularidade é mais restrita, o que se confirma pela já citada norma do artigo 1º, § 3º, da Lei nº 4.717/65.

Quanto ao segundo pressuposto da ação, **ilegalidade** ou **imoralidade**, muito se tem discutido, quer quanto à exigência de ilegalidade como causa de pedir, ao lado da lesividade, quer quanto à possibilidade de a simples imoralidade constituir-se em fundamento da ação.

A Constituição de 1946, no artigo 141, § 38, dizia que “qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a **anulação** ou **declaração de nulidade** de atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados, dos Municípios, das entidades autárquicas e das sociedades de economia mista”.

A redação do dispositivo, com as expressões “anulação ou declaração de nulidade”, deu margem a grandes controvérsias; a tese que acabou predominando foi a da necessidade de conjugação dos dois fundamentos – ilegalidade e lesividade – como requisito para a propositura da ação popular. Esse entendimento foi defendido por Frederico Marques, em 1948, antes, portanto, da Lei nº 4.717/65, em decisão judicial proferida em ação popular movida por um partido político contra o Governo do Estado de São Paulo, em decorrência da aquisição e posterior alienação, aos antigos

proprietários, do jornal *O Estado de S. Paulo* (in *RT* 181/826). Nessa decisão, que ficou sendo o *leading case* sobre a questão, Frederico Marques deixou de examinar o mérito, por entender que faltavam dois dos pressupostos da ação, que eram a qualidade de cidadão no autor popular e a **ilegalidade** do ato.

A Lei nº 4.717/65, embora definindo os **atos nulos** (art. 2º) e os **atos anuláveis** (art. 3º), dando a impressão de que exige demonstração de ilegalidade, no artigo 4º faz uma indicação casuística de hipóteses em que considera **nulos** determinados atos e contratos, sem que haja qualquer ilegalidade, como, por exemplo, no caso de compra de bens por valor superior ao corrente no mercado, ou a venda por preço inferior ao corrente no mercado. Trata-se de hipóteses em que pode haver imoralidade, mas não ilegalidade propriamente dita.

Para fins de ação popular, são **nulos** os atos lesivos nos casos de incompetência, vício de forma, ilegalidade do objeto, inexistência dos motivos e desvio de finalidade (art. 2º); cada um desses vícios é definido nas cinco alíneas do parágrafo único do mesmo dispositivo.

São **anuláveis**, nos termos do artigo 3º, os atos lesivos cujos vícios não se compreendam nas especificações do artigo anterior; o objetivo foi o de incluir entre os casos de ilegalidade não só os referidos no artigo 2º, concernentes aos elementos do ato administrativo, como também qualquer outro tipo de vício, ainda que estruturado nos termos do Código Civil, como os vícios referentes à capacidade e à manifestação de vontade (erro, dolo, coação, simulação e fraude).

Quanto à imoralidade, sempre houve os que a defendiam como fundamento suficiente para a ação popular. Hoje, a ideia se reforça pela norma do artigo 37, *caput*, da Constituição, que inclui a moralidade como um dos princípios a que a Administração Pública está sujeita. Tornar-se-ia letra morta o dispositivo se a prática de ato imoral não gerasse a nulidade do ato da Administração. Além disso, o próprio dispositivo concernente à ação popular permite concluir que a imoralidade se constitui em fundamento autônomo para propositura da ação popular, independentemente de demonstração de ilegalidade, ao permitir que ela tenha por objeto anular ato lesivo à **moralidade administrativa**.²¹

O terceiro requisito é a lesão ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.

Quanto ao **patrimônio público**, abrange, nos termos do artigo 1º da Lei nº 4.717/65, o da União, Distrito Federal, Estados, Municípios, entidades autárquicas, sociedades de economia mista, sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, empresas públicas, serviços sociais autônomos, instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja con-

²¹ Nesse sentido, acórdão do STJ, entendendo: "... Âmbito da ação popular que não está limitada ao desfalque do patrimônio material. O desfalque pode ser do patrimônio paisagístico, ambiental etc., ou do patrimônio moral. 3. Moralidade administrativa que pode ser resguardada via ação popular" (REsp 260821-SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, DJ de 19-5-03, p. 158).

corrido ou concorra **com mais de 50%** do patrimônio ou da receita anual, empresas incorporadas ao patrimônio da União, Distrito Federal, Estados e Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos.

Essa lei ampliou consideravelmente o conceito de patrimônio público em relação ao que estava disposto no artigo 141, § 38, da Constituição de 1946, que permitia a ação popular em caso de lesão ao patrimônio da União, Estados, Municípios, entidades autárquicas e sociedades de economia mista. A Constituição de 1967, no artigo 150, § 31 (art. 153, § 31, com a Emenda nº 1, de 1969), falava em atos lesivos ao patrimônio das **entidades públicas**. E o artigo 5º, LXXIII, da atual Constituição fala em ato lesivo ao **patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe**. Basta que o Estado participe da entidade, majoritariamente ou minoritariamente, que o seu patrimônio poderá ser protegido por via de ação popular; não mais vigora a exigência constante do dispositivo da Lei nº 4.717/65, que previa participação com mais de 50%.

Além disso, o artigo 1º, § 1º, da Lei nº 4.717/65, com a redação dada pela Lei nº 6.513, de 20-12-77, considera patrimônio público “os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico”.

Já estava, pois, prevista nessa lei a possibilidade de ação popular para defesa do **patrimônio histórico e cultural**, hoje inserida expressamente no dispositivo constitucional.

Com relação ao uso da ação popular para a proteção do patrimônio público e para defesa do meio ambiente, há uma superposição de medidas, já que a ação civil pública serve à mesma finalidade, consoante decorre do artigo 129, III, da Constituição, e da Lei nº 7.347, de 24-7-85. A diferença básica está na legitimidade ativa e passiva: na ação popular, sujeito ativo é o cidadão e passivo a entidade pública ou privada detentora do patrimônio público tal como definido no artigo 1º da Lei nº 4.717/65; na ação civil pública, sujeito ativo é o poder público (eventualmente associação particular) e, passivo, qualquer pessoa, física ou jurídica, pública ou privada, que cause lesão ao interesse difuso protegido. Poderá até ocorrer a hipótese de cabimento das duas ações, quando o ato lesivo for praticado por uma das pessoas definidas no artigo 1º da Lei nº 4.717/65.

Aspecto que se discute quanto ao requisito da lesividade diz respeito à possibilidade ou não de propositura da **ação popular preventiva**, à semelhança do mandado de segurança preventivo. Se comparados os dispositivos legais referentes às duas medidas, a interpretação literal levará à conclusão de que não será possível a ação popular sem que se demonstre a lesão já ocorrida, pois a Lei nº 4.717/65, a ela pertinente, não faz expressa menção à “violação ou justo receio de sofrê-la”, que consta do artigo 1º da Lei nº 12.016, de 7-8-09. Se a interpretação podia ser justificada ao tempo em que o patrimônio público protegido pela ação popular era considerado apenas em sentido econômico, porque o prejuízo, assim considerado, é, em regra, passível de ser indenizado, o mesmo não ocorre quando se amplia o conceito de patrimônio público, para nele incluir valores como o histórico, o cultural, o artístico,

o moral, o concernente ao meio ambiente; nesses casos, é indefensável a tese da exigência de lesão concreta, efetiva, já ocorrida, sob pena de a ação tornar-se inócua para os fins pretendidos. Nessas hipóteses, ela é muito mais útil e necessária como medida preventiva, para evitar um dano que pode tornar-se irreparável, do que como medida repressiva, que poderá, no mais das vezes, resultar em compensação pecuniária, nem sempre suscetível de reparar danos dessa natureza.

É de ressaltar que o § 4º do artigo 5º da Lei nº 4.717/65, introduzido pela Lei nº 6.513, de 20-12-77, prevê que “na defesa do patrimônio público caberá a suspensão liminar do ato lesivo impugnado”. Ora, seria inviável, até mesmo **de fato**, a concessão de liminar se a lesão já se tivesse concretizado; a própria previsão de liminar na ação popular está a indicar que ela pode ser proposta preventivamente para evitar que o dano se concretize.

A lesão ou ameaça de lesão pode resultar de **ato** ou **omissão**, desde que produza efeitos concretos; o que não se admite é a ação popular contra a lei em tese, a não ser que esta seja autoaplicável ou de efeitos concretos, conforme assinalado com relação ao mandado de segurança. O ato ou omissão deve ser imputável a qualquer uma das entidades referidas no artigo 1º da Lei nº 4.717/65. Contra ato judicial não é cabível ação popular; se o ato não é definitivo, deve ser impugnado pelos recursos previstos na lei processual, ou, na falta deles, por mandado de segurança; se já se tornou definitivo, pelo trânsito em julgado, não permite ação popular porque traz em si uma presunção de legitimidade, impossível de ser contrastada por outra via que não a ação rescisória.

17.5.5.6.3 SUJEITO ATIVO E PASSIVO

Sujeito ativo já se viu que é o cidadão, assim considerado, para fins de ação popular, o eleitor. É perfeitamente possível o **litisconsórcio ativo**, que será facultativo, uma vez que é dado a qualquer cidadão habilitar-se como litisconsorte ou assistente do autor da ação popular, nos expressos termos do artigo 6º, § 5º, da Lei nº 4.717/65. E também é possível a **sucessão**, ou seja, a qualquer cidadão e também ao Ministério Público é dado promover o prosseguimento da ação, se “o autor desistir ou der motivo à absolvição da instância”, conforme consta do artigo 9º da Lei. Os casos de absolvição de instância eram previstos no artigo 201 do CPC de 1939; significa a extinção do processo, sem julgamento do mérito, em decorrência de inobservância, por parte do autor, de ônus processuais impostos por lei. O CPC de 1973 não emprega mais essa expressão, mas continua a prever a extinção do processo, sem julgamento do mérito, em hipóteses semelhantes, como as do artigo 267, II e III. O novo CPC, no artigo 485, elenca hipóteses em que o juiz não resolverá o mérito, entre elas: quando o processo ficar parado durante mais de 1 (um) ano por negligência das partes (inciso II); quando por não promover os atos e as diligências que lhe incumbir, o autor abandonar a causa por mais de 30 (trinta) dias (inciso III); quando homologar a desistência da ação (inciso VIII). Em todas essas hipóteses, é possível a sucessão pelo Ministério Público ou por qualquer cidadão.

O **sujeito passivo** vem definido no artigo 6º da Lei nº 4.717/65, abrangendo três categorias de pessoas:

1. as pessoas jurídicas, públicas ou privadas, de que emanou o ato, o que abrange as entidades referidas no artigo 1º da Lei; embora a ação popular seja meio de controle da Administração Pública, na realidade esse conceito ficou consideravelmente ampliado, porque foram consideradas como tal todas as entidades, de direito público ou privado, de que o Poder Público participe (art. 5º, LXXIII, da Constituição);
2. as autoridades, funcionários ou administradores, que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado ou que, por omissão, tiverem dado oportunidade à lesão;
3. os beneficiários diretos do mesmo, se houver.

Existe, portanto, um litisconsórcio passivo necessário na ação popular, de vez que várias pessoas têm necessariamente que ser citadas.

Há, no entanto, uma peculiaridade com relação à pessoa jurídica. Embora deva ser necessariamente citada, como sujeito passivo, ela pode adotar três atitudes possíveis, com base no artigo 6º, § 3º:

1. **contestar a ação**, continuando na posição de sujeito passivo;
2. **abster-se de contestar**;
3. **atuar ao lado do autor**, desde que isso se afigure útil ao interesse público, a juízo do respectivo representante legal ou dirigente. Justifica-se essa possibilidade, em decorrência do objetivo da ação popular, que é a defesa do interesse público; como é o autor que assume essa defesa, poderá a pessoa jurídica, desde que isto se afigure útil, passar a atuar do lado dele, na qualidade de assistente, com o que estará reforçando a posição do sujeito ativo. Esse tipo de procedimento não é muito comum, porque dificilmente o representante da pessoa jurídica, em geral servidor da confiança do Chefe do Executivo, irá passar para o lado do autor; é mais possível tal decisão quando a ação popular vise impugnar ato do Governo anterior. O Superior Tribunal de Justiça já admitiu que a pessoa jurídica citada participe, de forma simultânea, como autor e réu da mesma ação popular, quando haja mais de um pedido.²²

²² “... A ação civil pública e a ação popular compõem um microsistema de defesa do patrimônio público na acepção mais ampla do termo, por isso que regulam a *legitimatio ad causam* de forma especialíssima. 3. Nesse seguimento, ao Poder Público, muito embora legitimado passivo para a ação civil pública, nos termos do § 2º, do art. 5º, da Lei 7.347/85, fica facultado habilitar-se como litisconsorte de qualquer das partes. 4. O art. 6º da Lei de Ação Popular, por seu turno, dispõe que, muito embora a ação possa ser proposta contra as pessoas públicas ou privadas e as entidades referidas no art. 1º,

17.5.5.6.4 POSIÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

A Lei nº 4.717/65 atribuiu várias funções ao Ministério Público na **ação popular**, algumas delas obrigatórias e, outras, facultativas.

São funções obrigatórias:

1. acompanhar a ação e apressar a produção da prova (art. 6º, § 4º);
2. promover a responsabilidade, civil ou criminal, dos que nela incidirem (art. 6º, § 4º), hipótese em que atuará como autor;
3. providenciar para que as requisições de documentos e informações previstas no artigo 7º, I, *b*, sejam atendidas dentro dos prazos fixados pelo juiz (art. 7º, § 1º);
4. promover a execução da sentença condenatória quando o autor não o fizer; nos termos do artigo 16, “caso decorridos 60 dias de publicação da sentença condenatória de segunda instância, sem que o autor ou terceiro promova a respectiva execução, o representante do Ministério Público a promoverá nos 30 dias seguintes, sob pena de falta grave”.

São funções facultativas:

1. dar continuidade ao processo em caso de desistência ou de absolvição de instância (extinção do processo, sem julgamento do mérito, por falta de providências a cargo do autor); é o que decorre do artigo 9º, que dá essa possibilidade a qualquer cidadão ou ao representante do Ministério Público;
2. recorrer de decisões contrárias ao autor (artigo 19, § 2º), o que também pode ser feito por qualquer cidadão.

O que não pode o Ministério Público, porque está vedado pelo artigo 6º, § 4º, é “assumir a defesa do ato impugnado ou dos seus autores”.

Apesar dessa restrição e ressalvadas as hipóteses em que o Ministério Público atua como autor ou como sucessor (em caso de desistência e absolvição da instân-

bem como 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 contra os beneficiários diretos do mesmo, ressalva no parágrafo 3º do mesmo dispositivo que, *verbis*: § 3º – A pessoa jurídica de direito público ou de direito privado, cujo ato seja objeto de impugnação, poderá abster-se de contestar o pedido, ou poderá atuar ao lado do autor, desde que isso se afigure útil ao interesse público, a juízo do respectivo representante legal ou dirigente. 5. Essas singularidades no âmbito da legitimação para agir, além de conjurar as soluções ortodoxas, implicam a decomposição dos pedidos formulados, por isso que o poder público pode assumir as posturas acima indicadas em relação a um dos pedidos cumulados e manter-se no polo passivo em relação aos demais..... 8. Recurso especial desprovido para manter a União em ambos os polos em relação aos pedidos distintos em face da mesma formulados” (REsp 791042/PR, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 9-11-06, p. 261).

cia), pode-se dizer que a sua função, na ação popular, é de fiscal da lei, podendo opinar pela procedência ou improcedência da ação.

17.5.5.6.5 OBJETO

Pela ação popular, o que se pleiteia do órgão jurisdicional é:

1. a anulação do ato lesivo;
2. a condenação dos responsáveis ao pagamento de perdas e danos ou à restituição de bens ou valores, conforme artigo 14, § 4º, da Lei nº 4.717/65.

Daí a dupla natureza da ação, que é, ao mesmo tempo, constitutiva e condenatória.

No caso de dano ao patrimônio público, a condenação incidirá sobre as autoridades responsáveis pelo ato e sobre os beneficiários, cabendo, ainda, ação regressiva contra funcionários não chamados ao processo, desde que tenham agido com culpa (art. 11). A pessoa jurídica não responde pela condenação, ainda que conteste a ação, uma vez que o valor fixado na sentença se destina precisamente a recompor o seu patrimônio.

Já a hipótese de lesão ao patrimônio histórico ou cultural e ao meio ambiente, introduzida pela nova Constituição como fundamento da ação popular, exige solução diversa, não cogitada na Lei nº 4.717/65; a solução deverá ser a mesma prevista para a ação civil pública: o valor da indenização poderá ser destinado ao Fundo para Reconstituição de Bens Lesados, instituído pelo Decreto nº 92.302, de 16-1-86, com base no artigo 13 da Lei nº 7.347, de 24-7-85, que disciplina aquela ação.

No Estado de São Paulo, a Lei nº 6.536, de 13-11-89, autorizou o Poder Executivo a criar o Fundo Especial de Despesa de Reparação de Interesses Difusos Lesados, que integrará a estrutura organizacional do Ministério Público do Estado. Sua receita será constituída basicamente por indenizações decorrentes de condenações por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, no território do Estado (art. 3º); e será aplicada prioritariamente no próprio local onde o dano ocorreu ou possa vir a ocorrer (art. 6º, I). Pelos termos em que a lei está redigida, sem qualquer referência à ação civil pública, nenhum impedimento existe para que as indenizações decorrentes de condenação em ação popular tenham a mesma destinação.

17.5.5.6.6 ANOTAÇÕES QUANTO AO PROCESSO

Pelo artigo 7º da Lei nº 4.717/65, a ação popular obedecerá ao procedimento ordinário, mas com as alterações previstas nesse dispositivo, das quais as mais importantes são as seguintes:

1. O Juiz, ao despachar a inicial, determinará a citação de todos os réus, a qual será feita pessoalmente, ressalvada a possibilidade de citação, por

edital, dos beneficiários, a pedido do autor (art. 7º, II); determinará ainda a intimação do representante do Ministério Público; decidirá sobre a suspensão liminar, se solicitada; e requisitará os documentos indicados pelo autor, na inicial, e outros que lhe pareçam necessários, fixando um prazo de 15 a 30 dias para atendimento. A rigor, os documentos devem ser juntados na inicial, pelo autor, que pode solicitar informações e certidões às entidades públicas, as quais têm o prazo de 15 dias para atender (art. 1º, § 5º), ressalvada a hipótese de sigilo, quando, então, o juiz requisitará os documentos e o processo correrá em segredo de justiça, que cessará com o trânsito em julgado da sentença condenatória; apenas em razão de segurança nacional, pode ser desatendida a requisição feita pelo juiz (art. 1º, §§ 6º e 7º). O desatendimento do pedido de certidão e informação, bem como de requisição judicial sujeita a autoridade à pena de desobediência, salvo motivo justo devidamente comprovado (art. 8º).

2. A **defesa** será feita no prazo de 20 dias, igual para todos os réus, podendo ser prorrogado por mais 20 dias a requerimento do interessado, se for particularmente difícil a produção da prova documental. As pessoas jurídicas citadas, conforme assinalado, podem defender-se, abster-se de contestar ou passar para o lado do autor.
3. Para **instrução** do processo são admissíveis todos os tipos de provas, obtidas pela forma já indicada; as provas testemunhais e periciais devem ser solicitadas antes do saneamento do processo, para definir o rito a ser seguido (art. 7º, V); se não requeridas, o juiz dará vista às partes, por 10 dias, para alegações, sendo-lhe os autos conclusos, para sentença, 48 horas após a expiração desse prazo; se requeridas, o processo seguirá o rito ordinário.
4. A **sentença** deve ser prolatada na audiência ou no prazo de 15 dias do recebimento dos autos, sob pena de perda, na promoção por antiguidade, de tantos dias quantos forem os do retardamento (art. 7º, VI, e parágrafo único).
5. A **liminar** está prevista no artigo 5º, § 4º, tendo sido introduzida nesse dispositivo pela Lei nº 6.513, de 20-12-77. Não há qualquer norma relativa a prazo ou a recursos cabíveis em caso de concessão ou indeferimento, o que não impede o agravo de instrumento; como este não tem efeito suspensivo, poderá ser impetrado mandado de segurança para assegurar esse efeito, desde que se trate de decisão da qual possa resultar dano irreparável.

A sentença, na ação popular, produz efeitos *erga omnes*, exceto se tiver sido a ação julgada improcedente por deficiência de prova, hipótese em que outra ação poderá ser intentada por qualquer cidadão, com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova (art. 18).

6. Com relação aos **recursos**, cabe **apelação**, quanto às decisões de mérito; a decisão **denegatória** fica sujeita ao duplo grau de jurisdição, o que

significa que o juiz deverá recorrer de ofício; além disso, dessa decisão podem recorrer qualquer cidadão e também o Ministério Público, conforme artigo 19 da Lei nº 4.717/65.

A **competência** define-se em razão da pessoa, conforme artigo 5º da lei; para esse fim, equiparam-se aos da União, Estados, Municípios e Distrito Federal os atos das pessoas criadas ou mantidas por essas entidades, bem como os atos das sociedades de que elas sejam acionistas e os das pessoas ou entidades por elas subvencionadas ou em relação às quais tenham interesse patrimonial.

Se houver várias pessoas jurídicas interessadas, prevalece o juízo da entidade maior.

Com relação às **custas judiciais**, ficou revogado o artigo 10 da Lei nº 4.717/65, que previa o pagamento a final, pois o artigo 5º, LXXIII, da Constituição isenta o autor de custas e do ônus da sucumbência, salvo comprovada má-fé.

A **prescrição** ocorre no prazo de cinco anos, nos termos do artigo 21 da Lei nº 4.717/65, salvo quanto à reparação de danos, que é imprescritível, nos termos do artigo 37, § 5º, da Constituição.

17.5.5.7 AÇÃO CIVIL PÚBLICA

17.5.5.7.1 ORIGEM E EVOLUÇÃO

A ação civil pública não constitui, a rigor, meio específico de controle da Administração Pública, razão pela qual pode causar estranheza a sua inclusão neste capítulo. Contudo, como ela tem como legitimado passivo todo aquele que causar dano a algum interesse difuso, poderá eventualmente ser proposta contra o próprio Poder Público quando ele for o responsável pelo dano.

Foi ela referida, a nível legislativo, pela primeira vez, na Lei Complementar Federal nº 40, de 14-12-81 (Lei Orgânica do Ministério Público), que incluiu entre as funções institucionais do Ministério Público a promoção da ação civil pública, nos termos da lei (art. 3º, III), sem, no entanto, defini-la. Na Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de São Paulo (Lei Complementar nº 304, de 28-12-82), a ação civil pública foi apenas mencionada entre as atribuições do Promotor de Justiça Curador Judicial de Ausentes e Incapazes (art. 41, I), também sem qualquer definição. Exemplo típico de ação civil pública, embora não empregada a denominação, encontra-se no artigo 14, § 1º, da Lei nº 6.938, de 31-8-81, que definiu a política nacional do meio ambiente e concedeu legitimação ao Ministério Público para a ação de responsabilidade civil por danos ao meio ambiente.

Sua disciplina legal só foi feita pela Lei nº 7.347, de 24-7-85, para designar a ação de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados ao meio am-

biente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. Essa lei teve alguns dispositivos alterados pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11-9-90), pela Lei nº 8.884, de 11-6-94, pela Lei nº 9.494, de 10-9-97, pela Lei nº 10.257, de 10-7-01 (Estatuto da Cidade), pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 24-8-01, pela Lei nº 12.288, de 20-7-10 (Estatuto da Igualdade Racial) e pela Lei nº 12.529, de 30-11-11.

A denominação justifica-se quer pela titularidade da ação (que compete ao Ministério Público, a pessoas jurídicas de direito público e às de direito privado que integram a Administração Indireta e, excepcionalmente, a entidades particulares) quer pelo seu objeto, que é sempre a defesa de interesse público ou, mais especificamente, de interesses difusos.

Surgiu na legislação ordinária, mas erigiu-se a nível constitucional, não no título concernente aos direitos e garantias individuais e coletivos, à semelhança da ação popular e do mandado de segurança coletivo, mas apenas mencionada na seção referente ao Ministério Público, entre as suas funções institucionais. O artigo 129, III, da Constituição de 1988 inclui entre essas funções 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”. Pelo § 1º do mesmo dispositivo, “a legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei”.

Isto quer dizer que foi ampliado o âmbito dos interesses protegidos por meio dessa ação, com o emprego da expressão *e de outros interesses difusos e coletivos*. A enumeração deixou de ser taxativa, como era na Lei nº 7.347/85, e passou a ser apenas exemplificativa. O Código de Defesa do Consumidor, no artigo 111, introduziu alterações na Lei nº 7.347/85, para adaptá-la ao artigo 129, III, da Constituição Federal.

Outra alteração foi introduzida pela Lei nº 8.884, de 11-6-94, para prever o cabimento da ação em caso de infração à ordem econômica. Agora, com a alteração introduzida pelo artigo 53 do Estatuto da Cidade e pelo artigo 6º da Medida Provisória nº 2.180-35, passaram a se reger pelas disposições da Lei nº 7.347 as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causadas: I – ao meio ambiente; II – ao consumidor; III – a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico e paisagístico; IV – a qualquer outro interesse difuso ou coletivo; V – por infração da ordem econômica e da economia popular; VI – à ordem urbanística.

A titularidade continua a ser a mesma prevista na Lei nº 7.347/85, que é perfeitamente compatível com o preceito constitucional.

Note-se que o rito da Lei nº 7.347/85 também é utilizado nas ações de responsabilização judicial das pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, conforme artigo 21 da Lei nº 12.846, de 1º-8-13. E também nas ações de improbidade administrativa.

17.5.5.7.2 COMPARAÇÃO COM AÇÃO POPULAR E MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO

Da mesma forma que a ação popular e o mandado de segurança coletivo, a ação civil pública foge aos esquemas tradicionais do direito de ação, estruturado para proteger o direito subjetivo, o direito individual. Nas três hipóteses, o que se protege são os interesses metaindividuais, os chamados **interesses públicos**, que abrangem várias modalidades: o **interesse geral**, afeto a toda a sociedade; o **interesse difuso**, pertinente a um grupo de pessoas caracterizadas pela indeterminação e indivisibilidade; e os **interesses coletivos**, que dizem respeito a um grupo de pessoas determinadas ou determináveis.

A proteção do patrimônio público (considerado em sentido amplo, para abranger o econômico, o turístico, o estético, o paisagístico) pode ser do interesse geral ou pode ser de um grupo apenas e se faz por meio da ação popular ou da **ação civil pública**, nitidamente distinguíveis pela legitimidade ativa e passiva (cf. item 17.5.4.6.2).

A proteção do interesse coletivo, pertinente a uma coletividade determinada, é feita por meio do mandado de segurança coletivo.

17.5.5.7.3 PRESSUPOSTOS E CONCEITO

Constitui pressuposto da ação civil pública o dano ou a ameaça de dano a interesse difuso ou coletivo, abrangidos por essa expressão o dano ao patrimônio público e social, entendida a expressão no seu sentido mais amplo, de modo a abranger o dano material e o dano moral.

Com a expressão *interesse difuso ou coletivo*, constante do artigo 129, III, da Constituição, foram abrangidos os interesses públicos concernentes a grupos indeterminados de pessoas (interesse difuso) ou a toda a sociedade (interesse geral); a expressão *interesse coletivo* não está empregada, aí, em sentido restrito, para designar o interesse de uma coletividade de pessoas determinada, como ocorre com o mandado de segurança coletivo, mas em sentido amplo, como sinônimo de interesse público ou geral.

Abrange, especialmente, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, ao patrimônio histórico ou cultural, à ordem econômica, à ordem urbanística ou a qualquer interesse que possa enquadrar-se como difuso ou coletivo. Contudo, a Medida Provisória nº 2.180-35, de 24-8-01, introduziu um parágrafo único ao artigo 1º da Lei nº 7.347/85, para estabelecer que não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados. A norma, a toda evidência, não pode prevalecer nas situações em que estejam presentes os requisitos constitucionais para propositura da ação, previstos no artigo 129, inciso III, da Constituição.

O **meio ambiente** está hoje definido pelo artigo 225 da Constituição como um “bem de uso comum 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”. A responsabilidade, nesse caso, é **objetiva**, ou seja, independe da demonstração de culpa, conforme decorre do artigo 14, § 1º, da Lei nº 6.938, de 31-8-81. Basta demonstrar o nexo de causa e efeito entre a ação ou omissão danosa e a lesão ao meio ambiente.

A **defesa do consumidor** é inserida entre os princípios da ordem econômica e financeira, voltada para o atendimento da justiça social, consoante artigo 170, V, da Constituição Federal, e atribuída ao Estado dentro do dispositivo concernente aos direitos e garantias individuais e coletivos (art. 5º, XXXII). Sempre que a atividade econômica for exercida com prejuízo injustificável ao consumidor, enseja **ação civil pública**.

O **patrimônio histórico e artístico nacional** está definido no artigo 1º do Decreto-lei nº 25, de 30-11-37, como “o conjunto dos bens móveis e imóveis existentes no país e cuja conservação seja do interesse público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico”.

Além da proteção administrativa, por meio do tombamento, disciplinado por esse Decreto-lei, o patrimônio histórico ou artístico pode ser defendido por meio da ação popular ou da ação civil pública. Não é exigível o prévio tombamento como condição da ação; aliás, são precisamente os bens ainda não tombados os que mais necessitam de proteção. É curioso que, se em juízo ficar reconhecido o valor patrimonial do bem, para fins de proteção, ter-se-á um caso típico de **tombamento resultante de decisão judicial**.

Quanto ao uso da ação civil pública para proteção do patrimônio público, a Súmula nº 329, de 10-8-06, do Superior Tribunal de Justiça, fixou o entendimento de que “o Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública em defesa do patrimônio público”.

Cabe assinalar também que hoje a ação civil pública é utilizada como meio judicial cabível para punir os responsáveis por atos de improbidade administrativa, nos termos do artigo 37, § 4º, da Constituição. A matéria está disciplinada pela Lei nº 8.429, de 2-6-92, que, pela sua amplitude, relevância e atualidade, será objeto de análise no Capítulo 18. Por meio dela, protege-se basicamente a **honestidade, a moralidade, a lisura** na Administração Pública, não escapando, portanto, aos objetivos previstos no artigo 129, III, da Constituição. Com isso, é possível enquadrá-la como ação civil pública, regida pela Lei nº 7.347/85, no que couber e não contrariar a legislação específica.

Pelo exposto, pode-se definir a ação civil pública como o meio processual de que se podem valer o Ministério Público e as pessoas jurídicas indicadas em lei para proteção de interesses difusos e gerais.

17.5.5.7.4 SUJEITO ATIVO E PASSIVO

Pela interpretação conjunta do artigo 129, § 1º, da Constituição, e artigo 5º da Lei nº 7.347/85 (com a redação alterada pela Lei nº 11.448, de 15-1-07), conclui-se que **sujeito ativo** pode ser o Ministério Público, a Defensoria Pública, a União, os Estados, os Municípios, as autarquias, empresas públicas, fundações, sociedades de economia mista, bem como associações que estejam constituídas há pelo menos um ano, nos termos da lei civil, e incluam, entre as suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico ou de qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

Conforme art. 2º-A, acrescentado à Lei nº 9.494, de 10-9-97, pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 2001, no caso de ação coletiva proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, a sentença abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator.

O parágrafo único do mesmo dispositivo exige, para esse fim, que a petição inicial, nessas ações, quando propostas contra entidades da Administração Direta, Autárquica e Fundacional da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, seja obrigatoriamente instruída com a ata da assembleia da entidade associativa que a autorizou, acompanhada da relação nominal dos seus associados e indicação dos respectivos endereços.

Sujeito passivo é qualquer pessoa, física ou jurídica, pública ou privada, responsável por dano ou ameaça de dano a interesse difuso ou geral. No caso da ação judicial proposta com fundamento na Lei nº 12.846, de 1º-8-13, sujeito passivo é a pessoa jurídica que cause dano à Administração Pública nacional ou estrangeira (v. Capítulo 19). E na ação judicial proposta com fundamento na Lei nº 8.429, de 2-6-92, sujeito passivo é o agente público ou terceiro que induza ou concorra para a prática de ato de improbidade administrativa ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta (v. Capítulo 18).

17.5.5.7.5 FUNÇÕES DO MINISTÉRIO PÚBLICO

O Ministério Público desempenha importantes funções na ação civil pública:

1. pode atuar como autor;
2. se não tiver essa posição, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei (art. 5º, § 1º, da Lei nº 7.347/85);
3. deve promover a execução, se o autor não o fizer no prazo de 60 dias do trânsito em julgado da sentença condenatória (art. 15);

4. em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, ele ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa (art. 112 do Código de Defesa do Consumidor);
5. deve realizar o inquérito civil previsto no artigo 8º, § 1º, da Lei nº 7.347/85, e no artigo 129, III, da Constituição Federal. Esse procedimento constitui a única modalidade de inquérito civil prevista no direito positivo brasileiro e é de competência exclusiva do Ministério Público. Seu objetivo é o de buscar elementos que permitam a instauração de ação civil pública; ele não é obrigatório, uma vez que, se os elementos forem suficientes, torna-se desnecessário. O inquérito pode ser arquivado, mas o ato de arquivamento deve ser homologado pelo Conselho Superior do Ministério Público. Enquanto não ocorrer essa homologação, as associações legitimadas poderão apresentar razões escritas ou documentos (art. 9º, § 2º).

Para instrução da ação, o Ministério Público pode requisitar de qualquer organismo, público ou privado, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, o qual não poderá ser inferior a 10 dias úteis (art. 8º, § 1º); a recusa só é possível em caso de sigilo, hipótese em que cabe ao juiz requisitá-los. Fora dessa hipótese, o desatendimento constitui crime punido com pena de reclusão de um a três anos e multa (art. 10).

O Ministério Público pode agir de ofício ou mediante provocação feita por qualquer pessoa ou por servidor público, nos termos do artigo 6º.

17.5.5.7.6 OBJETO

A ação civil pública pode ser proposta em caso de lesão ou ameaça de lesão. Daí a lei falar em **ação principal** e **cautelar** (arts. 4º e 5º).

Ela pode ter por objeto:

1. a condenação do réu em perdas e danos, hipótese em que o valor da indenização será destinado ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos, regulamentado pelo Decreto nº 1.306, de 9-11-94, com base no artigo 13 da Lei nº 7.347/85, alterada pela Lei nº 12.288, de 20-7-10; enquanto o fundo não for regulamentado, o dinheiro ficará depositado em estabelecimento oficial de crédito, em conta com correção monetária (art. 13, § 1º); no caso de dano causado por discriminação étnica, a prestação em dinheiro reverterá ao referido Fundo e será utilizada para ações de promoção da igualdade étnica, conforme definido pelo Conselho Nacional de Promoção da Igualdade Racial, na hipótese de extensão nacional, ou dos Conselhos de Promoção da Igualdade Racial, estaduais ou locais, nas hipóteses de danos com extensão regional ou local, respectivamente

(art. 13, § 2º); no Estado de São Paulo, a matéria está disciplinada pela Lei nº 6.536, de 13-11-89; a receita do fundo será gerida por um Conselho do qual participarão membros do Ministério Público e representantes da comunidade, e será destinada à restauração dos bens lesados;

2. cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer (art. 3º), hipótese em que o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor (art. 11). Essa multa diária só será exigível do réu após o trânsito em julgado da decisão favorável ao autor, mas será devida desde o dia em que se houver configurado o descumprimento (art. 12, § 2º).

17.5.5.7.7 ANOTAÇÕES QUANTO AO PROCESSO

O processo é, em regra, o ordinário, podendo ser sumário na hipótese do artigo 275, I, do CPC (hipótese em que o valor das causas não exceda a 60 vezes o valor do salário mínimo). O novo CPC não fala mais em processo sumário. No artigo 318 prevê a utilização do procedimento comum a todas as causas, “salvo disposição em contrário deste Código ou de lei”. No parágrafo único, determina que “o procedimento comum aplica-se subsidiariamente aos demais procedimentos especiais e ao processo de execução”. Desse modo, mesmo que a ação civil pública esteja submetida às normas da Lei nº 7.347/85, aplicam-se subsidiariamente as normas do procedimento comum estabelecidas no novo CPC.

Em qualquer caso, seja na ação principal, seja na cautelar, o juiz pode conceder mandado liminar, com ou sem justificação prévia, em decisão sujeita a agravo.

No caso de concessão, cabe agravo de instrumento (art. 12). Além disso, a requerimento da pessoa jurídica de direito público interessada, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, poderá o Presidente do Tribunal a que competir o conhecimento do recurso, suspender a execução da liminar, em decisão fundamentada, da qual caberá agravo para uma das turmas julgadoras, no prazo de cinco dias a partir da publicação do ato (art. 12, § 1º).

Embora os agravos tenham efeito apenas devolutivo, o artigo 14 da Lei nº 7.347/85 permite que o juiz confira efeito suspensivo para evitar dano irreparável à parte.

A sentença produz efeitos *erga omnes*, exceto se a ação for julgada improcedente por deficiência de prova, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova (art. 16, com a redação dada pela Lei nº 9.494, de 10-9-97).

Com relação às custas e honorários, a lei procura estimular o exercício da ação, liberando os autores do pagamento prévio das custas e quaisquer despesas processuais (art. 18), salvo comprovada má-fé.

Além disso, o artigo 17, com a redação dada pela Lei nº 8.078, de 11-9-90 (Código de Defesa do Consumidor) e retificada no *DOU* de 10-1-07, estabelece que “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 o décuplo das custas, sem prejuízo da responsabilidade por perdas e danos”.

A Lei nº 7.347/85 silencia quanto ao prazo prescricional para propositura da ação. Entende-se, no entanto, que tem aplicação a regra do artigo 37, § 5º, da Constituição, que considera imprescritíveis as ações de ressarcimento de danos ao erário, provocados por atos ilícitos praticados por qualquer agente público, seja ou não servidor.²³

²³ Nesse sentido, acórdão do STF no MS 26210/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 4-9-08; e do STJ, acórdão proferido no REsp 1067561/AM, Rel. Min. Eliana Calmon, *DJE* 27-2-09.