

**Fredie Didier Jr.**  
Organizador

**Introdução – Reflexões Sobre as Ações  
Constitucionais e sua Efetividade**  
*Theresa Arruda Alvim Wambier*

**habeas Corpus**  
*Famil Föppel e Rafael Santana*

**habeas Data**  
*Cassio Scarpinella Bueno*

**Mandado de Segurança**  
*Eduardo Sodré*

**Mandado de Segurança Coletivo**  
*Hermes Zaneti Jr.*

**Mandado de Injunção**  
*Rodrigo Mazzei*

**Ação Popular**  
*Geisa de Assis Rodrigues*

**Ação Civil Pública**  
*Marcelo Abelha Rodrigues*

**Aspectos Processuais da ADIN  
(Ação Direta de Inconstitucionalidade)  
e da ADC (Ação Declaratória  
de Constitucionalidade)**  
*Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga  
e Rafael Alexandria de Oliveira*

**Ação Direta de Inconstitucionalidade  
por Omissão (ADInO)**  
*Juliano Taveira Bernardes*

**Arguição de Descumprimento de  
Preceito Fundamental**  
*Dirley da Cunha Júnior*

**Reclamação Constitucional**  
*Gisele Santos Fernandes Góes*

**Anotações sobre a Ação de Impugnação  
ao Mandato Eletivo (AIME)**  
*Edmilson Barbosa*

**Fredie Didier Jr.**  
Organizador

CASSIO SCARPINELLA BUENO

DIRLEY DA CUNHA JÚNIOR

EDMILSON BARBOSA

EDUARDO SODRÉ

GAMIL FÖPPEL

GEISA DE ASSIS RODRIGUES

GISELE SANTOS FERNANDES GÓES

HERMES ZANETI JR

JULIANO TAVEIRA BERNARDES

MARCELO ABELHA RODRIGUES

PAULA SARNO BRAGA

RAFAEL ALEXANDRIA DE OLIVEIRA

RAFAEL SANTANA

RODRIGO MAZZEI

# Ações Constitucionais

6ª edição

Revista, ampliada e atualizada

2012



EDITORA  
JusPODIVM

# Sumário

<b>Introdução</b>	
<b>REFLEXÕES SOBRE AS AÇÕES CONSTITUCIONAIS E SUA EFETIVIDADE</b> .....	19
<i>Teresa Arruda Alvim Wambier</i>	
<b>Capítulo I</b>	
<b>HABEAS CORPUS</b> .....	23
<i>Gamil Föppel e Rafael Santana</i>	
1. Introdução .....	23
2. Breves notas acerca da origem e evolução histórica do instituto .....	25
2.1. Na Inglaterra .....	25
2.2. Nos Estados Unidos da América .....	27
2.3. No Brasil .....	28
2.3.1. Surgimento do instituto (Brasil-Império) .....	28
2.3.2. A Constituição Republicana de 1891 e a “doutrina brasileira do habeas corpus” .....	29
2.3.3. A reforma constitucional de 1926 e as Constituições posteriores.....	30
3. Natureza jurídica do <i>habeas corpus</i> .....	31
4. Espécies .....	33
5. Condições da ação de <i>habeas corpus</i> .....	34
5.1. Possibilidade jurídica do pedido .....	35
5.2. Interesse de agir .....	36
5.3. Legitimidade <i>ad causam</i> .....	37
5.3.1. Legitimidade ativa: impetrante e paciente .....	37
5.3.2. Legitimidade passiva: coator.....	40
6. Hipóteses legais de impetração .....	43
6.1. “Quando não houver justa causa” (art. 648, I).....	44
6.2. “Quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei” (art. 648, II).....	45
6.3. “Quando quem ordenar a coação não tiver competência para fazê-lo” (art. 648, III) .....	47
6.4. “Quando houver cessado o motivo que autorizou a coação” (art. 648, IV).....	47
6.5. “Quando não for alguém admitido a prestar fiança, nos casos em que a lei autoriza” (art. 648, V).....	48

 EDITORA  
JusPODIVM

www.editorajuspodivm.com.br

Rua Mato Grosso, 175 – Pituba, CEP: 41830-151 – Salvador – Bahia Tel: (71) 3363-8617 / Fax: (71) 3363-5050 • E-mail: fale@editorajuspodivm.com.br

**Conselho Editorial:** Dirley da Cunha Jr., Leonardo de Medeiros Garcia, Freddie Didier Jr., José Henrique Mouta, José Marcelo Vigliar, Marcos Ehrhardt Júnior, Nestor Távora, Robério Nunes Filho, Roberval Rocha Ferreira Filho, Rodolfo Pamplona Filho, Rodrigo Reis Mazzei e Rogério Sanches Cunha.

**Capa:** Rene Bueno e Daniela Jardim ([www.buenojardim.com.br](http://www.buenojardim.com.br))

**Diagramação:** Caetê Coelho ([caete1984@gmail.com](mailto:caete1984@gmail.com))

Todos os direitos desta edição reservados à Edições JusPODIVM.

**Copyright:** Edições JusPODIVM

É terminantemente proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio ou processo, sem a expressa autorização do autor e da Edições JusPODIVM. A violação dos direitos autorais caracteriza crime descrito na legislação em vigor, sem prejuízo das sanções civis cabíveis.

## CAPÍTULO VII

# Ação Civil Pública

Marcelo Abelha Rodrigues<sup>1</sup>

**Sumário** • 1. Introdução - 2. Princípios aplicáveis aos processos coletivos: 2.1. Mudança de Paradigma: do Estado Liberal para o Estado Social; 2.2. O juiz nos processos coletivos; 2.3. O incremento da tutela específica; 2.4. A prova no processo coletivo; 2.5. A instrumentalidade das formas; 2.6. Declínio da ação e valorização da jurisdição; 2.7. A diferença dos princípios processuais sob a ótica individual e a ótica coletiva; 2.8. Ressalvas ao caráter coletivo dos princípios processuais nas ações de improbidade administrativa - 3. Ação civil pública: ação ou conjunto de regras processuais?: 3.1. Aplicação subsidiária do processo coletivo nas Ações Eleitorais - 4. Origens da ação civil pública - 5. Ação civil pública e Título III do CDC: uma ligação visceral - 6. A Lei 7.347/85 é uma lei de natureza processual - 7. Ação popular e ação civil pública - 8. As constantes alterações da lei de ação civil pública - 9. O pedido na ação civil pública: 9.1. A ação civil pública pode ser utilizada para debelar todos os tipos de crises jurídicas (pedido declaratório, constitutivo ou que impõe uma prestação); 9.2. A ação civil pública e a tutela específica; 9.3. Tutela específica: tutela específica propriamente dita e o resultado prático equivalente; 9.4. Resultado prático equivalente e fungibilidade (de ofício) do pedido imediato; 9.5. Tutela específica e tutela de urgência; 9.6. Tutela específica, reparação in natura (específica) e reparação pecuniária: possibilidade de cumulação; 9.7. As faces da tutela específica (preventiva e repressiva) - 10. Ação civil pública para tutela de danos morais e patrimoniais - 11. Os interesses coletivos lato sensu: 11.1. Interesse e direito; 11.2. Art. 81, parágrafo único, I, II e III do CDC: definição no direito brasileiro do conceito de interesses coletivos; 11.3. O critério usado pelo legislador para especificar os interesses coletivos: interesses essencialmente coletivos e os acidentalmente coletivos: 11.3.1. Essencialmente coletivos: a transindividualidade dos titulares e a indivisibilidade do objeto; 11.3.2. Os interesses acidentalmente coletivos (individuais homogêneos). 11.4. Interesses difusos e interesse público; 11.5. Ação civil pública, discricionariedade administrativa e políticas públicas - 12. Ação civil pública para a revisão de Políticas Públicas: Discricionariedade administrativa - 13. Legitimidade para agir (arts. 5º da LACP e 82 do CDC): 13.1. A escolha do rol previsto no art. 5º e art. 82 do CDC - a opção pelos entes coletivos; 13.2. A verificação in abstrato dos legitimados; 13.3. Art. 5º da LACP e art. 82 do CDC, qual rol deve-se seguir?; 13.4. A legitimidade para agir é apenas para o polo ativo; 13.5. A legitimidade dos entes coletivos é do tipo ordinária ou extraordinária?; 13.6. Outras classificações da legitimidade para agir na tutela jurisdicional dos interesses supraindividuais: legitimidade coletiva, taxativa e exclusiva (não complexa); 13.7. Legitimidade do Ministério Público para a tutela dos interesses supraindividuais; 13.8. A legitimidade da Defensoria Pública; 13.9. A legitimidade para agir dos sindicatos e das associações; 13.10. Litisconsórcio e assistência nas demandas difusas e coletivas; 13.11. Litisconsórcio de Ministérios Públicos - 14. O rito a ser seguido pela ação civil pública - 15. Desistência e abandono da ação civil pública - 16. Competência, Prevenção, Conexão e Litispendência na ação civil pública: 16.1. O critério é funcional ou territorial?; 16.2. O uso da expressão local do dano; 16.3. Art. 2º e art. 16 da LACP: necessidade de uma interpretação conjunta e incidência do art. 93 do CDC; 16.4. Art. 2º e art. 109, §3º, da CF/88; 16.5. A regra de prevenção no CPC e na LACP; 16.6. Duplicidade de litispêndências de demandas coletivas em comarcas diversas quando o dano se estende a mais de uma comarca; 16.7. Duplicidade de litispêndências de demandas coletivas na mesma comarca, com base no mesmo procedimento (LACP + CDC); 16.8. Duplicidade de litispêndências de

1. Mestre e Doutor pela PUC/SP. Advogado/ES.

demandas coletivas na mesma comarca, com base em procedimentos diversos (LACP + CDC e LAP) – 17. A prova na ação civil pública: 17.1. Documentos necessários à propositura da demanda; 17.2. Ônus da prova: artigo 333 do CPC e artigo 6º, VIII do CDC; 17.3. Requisições e inquérito civil; 17.4. Inquérito civil: previsão legislativa; 17.5. Natureza jurídica, conceito e características do inquérito civil; 17.6. Objeto do inquérito civil; 17.7. Inquérito civil e competência – 18. Tutela de urgência na ação civil pública – 19. Sistema recursal na ação civil pública: a eficácia imediata das decisões – 20. Tutela executiva na ação civil pública – 21. Coisa julgada na ação civil pública: 21.1. Dispositivos regentes da coisa julgada nas demandas coletivas propostas com base na LACP; 21.2. Coisa julgada e autoridade da coisa julgada; 21.3. Relativização da autoridade da coisa julgada; 21.4. Coisa julgada e representatividade adequada in abstracto da LACP; 21.5. O alcance do termo insuficiência de provas: material e processual; 21.6. O conceito de nova prova para fins de repropositura da demanda coletiva; 21.7. Nova prova e documento novo (art. 485, VII); 21.8. Momento de demonstração da nova prova; 21.9. Coisa julgada *secundum eventum litis* – efeito *in utilibus*; 21.10. Críticas à limitação territorial da coisa julgada – 22. Litigância de má-fé na ação civil pública – 23. Despesas processuais na ação civil pública: 23.1. Não condenação da associação autora; 23.2. Ações de improbidade pelo parquet e a utilização do art. 17 e 18 da LACP – 24. O fundo criado pelo art. 13 da LACP: 24.1. A estrutura do fundo federal para a defesa dos direitos difusos – 25. Referências bibliográficas.

## 1. INTRODUÇÃO

A ação civil pública constitui um dos remédios mais importantes do Direito brasileiro. O papel que este instrumento exerce no ordenamento jurídico transcende qualquer função meramente jurídica. Tal como ocorreu com o mandado de segurança, com as liminares, com o *habeas corpus*, entre outros institutos, a ação civil pública faz parte do cotidiano do brasileiro, que já a reconhece como o instrumento típico de proteção jurisdicional dos interesses coletivos (em sentido lato). Enfim, a ação civil pública é um instituto jurídico bastante popular. Sem dúvida que esta fama e respeitabilidade foi conquistada por causa da publicização jornalística das inúmeras ações civis públicas ajuizadas com o fim de proteger o meio ambiente, o consumidor, a moralidade administrativa, enfim, bens e valores que são caros à coletividade, mas que até o seu aparecimento, não eram tratados judicialmente com a adequação que o tema exigia.

Como se disse, fazendo uma comparação simplista, pode-se dizer que a ação civil pública está para a coletividade como o mandado de segurança está para o indivíduo. Ambos constituem as mais potentes armas cíveis previstas no ordenamento jurídico brasileiro. Se no mandado de segurança tradicional é o indivíduo o portador da arma, na ação civil pública quem exerce rotineiramente o papel de herói e portador (em prol da coletividade) é o Ministério Público.

Não é necessário muito esforço e nem mesmo conhecimento sociológico para entender o porquê de a ação civil pública ser um remédio tão festejado e ter alcançado um patamar de respeitabilidade tão elevado na sociedade. É que, por ser um remédio propício à tutela de direitos de uma coletividade que

raramente era assistida pelo Estado (direitos estes relacionados ao cotidiano de todos nós, tais como problemas ambientais, políticos corruptos, lides de consumo), era de se esperar que a ação civil pública realmente assumisse o papel de remédio mais importante de resgate da justiça social. É certo também que, embora com alguns excessos aqui e acolá (que precisam ser punidos e coibidos), o Ministério Público tem tido um papel imprescindível – corajoso e competente – no uso desta arma tão poderosa.

Como se verá nas p. seguintes, a ação civil pública tem índole constitucional, e representa um dos mais legítimos instrumentos processuais do ordenamento jurídico brasileiro, destinados à efetivação da justiça social. Mais do que um conjunto de técnicas processuais, a Lei 7.347/85 consagra o resgate e esperança de uma justiça mais digna, mais próximo possível dos anseios da população brasileira.

## 2. PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AOS PROCESSOS COLETIVOS

Conquanto as demandas coletivas (ação popular, mandado de segurança coletivo, ação de improbidade, ação civil pública, ação direta de inconstitucionalidade etc.) sejam de natureza *cível* (*não penais*) não se pode afirmar que o Código de Processo Civil a elas se aplique diretamente. Quando se lê no art. 19 da LACP que só se aplica o CPC “naquilo que não contrariar as suas disposições”, deve-se ler aí uma regra de altíssima importância. É que os princípios regentes do processo individual não são adequados para resolver as lides coletivas. Deve haver uma mudança de mentalidade, quase uma releitura dos institutos processuais clássicos, e, por isso mesmo, mister se faz uma enorme cautela por parte do operador do direito quando aplica o CPC e os institutos clássicos às demandas coletivas. Se é verdade que o próprio processo individual exige uma revisão e atualização de institutos, com muito maior razão, isso deve acontecer nas lides coletivas, que, como o nome já diz, cuida de processos com repercussão coletiva e todas as implicações que daí decorre. A mudança de paradigma do Estado, de Liberal para Social, obrigou e obriga a uma nova postura em relação ao processo civil, que exemplificadamente, se passa a demonstrar.

### 2.1. Mudança de Paradigma: do Estado Liberal para o Estado Social

Numa visão absolutamente simplista, as normas jurídicas se bipartem em normas que regulam comportamentos sociais (hipotéticas) e normas de organização (que fixam atribuições, categóricas). Tomando de objeto as primeiras, tem-se que de toda e qualquer norma deste tipo pode-se extrair dois aspectos fundamentais: a) todas elas reproduzem um recorte abstrato de uma situação de fato extraída da experiência social; b) há sobre esse recorte abstrato do fato previsto, a influência dos valores que o legislador quer proteger por via da referida

norma. Assim, considerando que boa parte das normas jurídicas abstratas do direito processual civil regulam situações jurídicas subjetivas (normas de comportamento) que se desenvolvem no curso de uma relação jurídica processual em movimento, é certo que todas estas regras jurídicas abstratas são informadas e formadas por princípios vigentes e adotadas pelo sistema jurídico como um todo. Um importante detalhe é que tais normas refletem os princípios e valores da época em que foram feitas.

À época em que foi feito o CPC, houve confessada adoção do modelo liberalista extraído dos diplomas processuais europeus (vide a exposição de motivos do CPC/73, capítulo III), notadamente o austríaco e o alemão que foram construídos sob as luzes políticas da metade do Século XIX. Isso fez com que o CPC brasileiro tivesse um assumido e inconfundível perfil típico de um Estado Liberal. Bem se sabe que adotar uma política estatal não intervencionista significa a adoção de um papel inverso àquele que caracterizava o Estado Absolutista. Por isso, o Estado Liberal foi construído em pilares ideologicamente contrários ao precedente, para atender aos reclames da nova ordem social e econômica que causou o fim do absolutismo. Impulsionados pela necessidade de valorizar a propriedade e a liberdade dos cidadãos, e a partir daí a igualdade e o acúmulo de riquezas.

Como se disse, o temor de um “retorno” absolutista, do esbulho público (confisco) da propriedade e do cerceamento da liberdade, praticamente obrigaram a implementação de política não intervencionista do estado Liberal. Do ponto de vista das ciências jurídicas, é mais do que evidente essa postura adotada pelo legislador, especialmente quando se toma de análise os grandes códigos que marcaram esta época. Focando agora o nosso Código de Processo Civil de 1973, em sua redação originária, é de se ressaltar as seguintes manifestações do Estado Liberal no direito processual civil brasileiro: a) a postura neutra e distante do juiz que só atuava se fosse provocado na forma e modos legais (art. 2º, princípio dispositivo), que assim imaginava estar sendo imparcial e mantendo uma falsa isonomia entre os litigantes; b) a supremacia das técnicas de segurança em detrimento das técnicas de efetividade; c) o apego exagerado à forma dos atos processuais; d) a execução vinculada a provimentos exaurientes e transitados em julgado; e) o mito e o dogma da coisa julgada material; f) a supervalorização do direito de agir, vista como exercício de proteção do direito material aviltado; g) o afastamento do processo com o direito material causado pela necessidade de sedimentar o processo civil como ciência autônoma; h) o isolamento (estanque) das tutelas processuais através de processos de função específica (cognição, execução e cautelar); i) a prova vista sob uma ótica privada; j) valorização da tutela ressarcitória em detrimento da tutela específica para respeitar o dogma da intangibilidade da vontade humana (preservação da liberdade); l) tipicidade das técnicas executivas; m) valorização do direito de propriedade e reflexo desse aspecto nas diversas limitações da técnica expropriatória.

Pode-se, portanto, constatar que no Estado Liberal a participação deste ente supremo deve se dar por abstenção (omissão), como um dever negativo, qual seja, não podendo interferir na liberdade individual (direitos individuais). Em outros termos, podemos dizer que caberia ao Estado, como ente soberano, evitar que as liberdades individuais fossem cerceadas. A esfera de proteção era o indivíduo egoisticamente considerado e tudo se dava em função disso.

Sob esse matiz fica muito clara a divisão estanque entre público e privado a partir da ideia de que aquilo que não fosse privado seria público. Certamente que diante desse quadro nem se poderia pensar em direitos coletivos (organizados ou não) situados nesse hiato (público/privado) porque, primeiro, qualquer modalidade de organização seria vista como afronta à liberdade individual e isonomia entre os homens, e segundo porque o interesse público só existia em função da asseguaração da liberdade individual.

A transformação do Estado Liberal em Estado Social deve-se a uma série de mudanças de comportamento, inclusive, do próprio sistema capitalista, que passou a ser refém da necessidade de proteger em certa dose o trabalho humano que explorava (o lado social), porque em última análise dele dependia para a formação da riqueza e manutenção do *status quo*.

Como consequência natural do capitalismo e exploração do trabalho, além da necessidade de se criar um Estado Intervencionista, que passasse a dar uma isonomia real, saindo da imobilidade assassina do liberalismo, é claríssimo nesse período o desenvolvimento de corpos sociais intermediários, cuja finalidade seria atuar resguardando uma coletividade, em prol de interesses comuns, e, mais ainda, servindo como freio e contrapeso nas negociações e discussões com o detentor da produção. Também aqui, na seara trabalhista e previdenciária, tem-se a fonte dos direitos coletivos tutelados de forma organizada pelos corpos representativos de grupos e categorias. Aqui já se fala em interesses e direitos que ultrapassam a esfera egoística e individual de cada membro do grupo, e que recaem sobre um grupo, categoria ou classe, vistos em sua unidade.

Portanto, resumindo, tem-se que o novo papel do Estado, atuante em prol de uma igualdade de direitos e garantias sociais, obrigou-o a intervir em todos os setores da sociedade ao mesmo tempo que estes mesmos setores – que exigiam tais direitos – passaram a agir em grupos e categorias. O dever estatal de dar e prestar tais direitos – então exigidos pela coletividade – fez com que todos os setores da sociedade fossem afetados pela intervenção estatal.

Obviamente que todos estes novos aspectos dos institutos processuais passaram a ser experimentados em direitos que tenham um apelo maior no Estado Social, quais sejam, os ligados aos direitos sociais, à qualidade de vida, e, principalmente, que tenham um cunho coletivo, em razão das próprias dimensões

qualitativas e quantitativas que possuem. Por isso, o processo do trabalho e o processo coletivo são os nichos onde vão se encontrar, em larga quantidade, todas estas modificações mencionadas.

Este novo modelo – intervenção estatal em prol da realização de direitos para garantir uma igualdade real – reflete-se em todos os setores da sociedade, e, especialmente, em tudo que o Estado participa, ou seja, na função legislativa, executiva e judiciária. Do ponto de vista processual, que é o que nos interessa, todos os institutos que eram marcados pelo liberalismo têm sofrido diversas transformações. Assim, apontam-se algumas mudanças evidentes trazidas pelo Estado social: a) a postura ativa do juiz, que intervém e atua de forma a dar jurisdição, porque este é um dos deveres do Estado, com franca valorização do princípio inquisitivo; b) o reconhecimento que é necessário o estado-juiz intervir para igualar as partes e permitir o devido processo legal; c) a supremacia das técnicas de efetividade em detrimento das técnicas de segurança; d) o total desapego à forma dos atos processuais, valorizando-se a instrumentalidade das formas; e) a execução com base em provimentos prováveis e a valorização do juízo de verossimilhança; f) a revisitação do mito e o dogma da coisa julgada material em prol das soluções justas; g) a superdesvalorização do direito de agir em troca da valorização da jurisdição (entrega da tutela jurisdicional); h) a aproximação do binômio direito e processo como meio de se alcançar uma eficácia social da tutela jurisdicional; i) o agrupamento das tutelas processuais num só processo (cognição, execução e cautelar); j) a prova passa a ser vista sob uma ótica pública; k) valorização da tutela específica em detrimento da tutela ressarcitória; l) a atipicidade das técnicas executivas, permitindo ao juiz a escolha do meio executivo para cada caso em concreto; m) simplificação da técnica executiva.

## 2.2. O juiz nos processos coletivos

O princípio matriz dos processos com repercussão coletiva é o inquisitivo, ao contrário do CPC (art. 2º). Isso implica dizer que uma vez proposta a demanda, o juiz atuará, normalmente, mesmo sem ser provocado, bastando a provocação inicial. A concessão de tutelas de urgência pode ser de ofício, em razão da importância qualitativa e quantitativa da tutela coletiva, que em muitos casos cuida de direitos indisponíveis da sociedade (meio ambiente, saúde etc.). O juiz neutro não tem lugar nos processos coletivos, e a neutralidade pode ser sinônimo de parcialidade. O juiz deve ser participativo e ativista tendo por rumo a entrega da justa tutela jurisdicional. Deve observar, sempre, o devido processo legal e não fazer desta participação, obviamente, uma ofensa ao contraditório e ampla defesa. A busca da economia processual e instrumentalidade das formas, obriga a uma postura menos rigorosa com as formas processuais, evitando ao máximo o desperdício de tutela jurisdicional.

Com muita perspicácia coloca Américo Bedê Freire Júnior:<sup>2</sup>

No processo coletivo, além dessa necessidade de uma intensa participação do juiz na colheita de provas (adoção, *in totum*, do princípio inquisitório), é preciso ir além e entender ser possível ao magistrado utilizar todos os meios necessários para a preservação do interesse difuso ou coletivo posto na causa. Essa conclusão, inclusive, pode ser extraída sistematicamente de nosso ordenamento jurídico. Há de ser feita, portanto, uma mitigação ao princípio da correlação entre o pedido e a sentença, para fornecer ao juiz a maleabilidade necessária para produzir uma solução materialmente adequada à lide posta em suas mãos.

Desta forma, no processo civil individual, o papel do juiz na condução do processo é mais limitado do que nas coletivas. Vige, no processo coletivo, o que o direito americano denomina de “*defining function*”, ou seja, as “*atividades de controle do litígio, por exemplo, desmembrando o processo coletivo, certificando a ação coletiva, flexibilizando a técnica processual na interpretação do pedido etc.*”.

Esse ativismo advém das dificuldades enfrentadas pelo legitimado para a propositura da demanda coletiva, tendo em vista a natureza abstrata da mesma, em relação a seus sujeitos e a seu objeto, o que acarreta na dificuldade de demonstração do nexo causal e de especificação dos fatos, autorizando, assim, a descrição mais genérica da causa de pedir e, via reflexa, uma interpretação mais ampla dos pedidos. Ademais, o fato da sentença que julgar a ação coletiva por falta de provas não fazer coisa julgada, permitindo, assim, a rediscussão do processo em outro momento, autoriza essa ampliação dos poderes do magistrado a fim de evitar desgaste desnecessário de tempo e verba pública.<sup>4</sup>

## 2.3. O incremento da tutela específica

Uma característica marcante dos direitos coletivos é a sua prestação *in natura*, mediante a realização dos deveres de fazer e não fazer. À coletividade não interessa a obtenção de tutela ressarcitória dos direitos coletivos (meio ambiente, saúde, consumo, ordem econômica etc.), mas exatamente o próprio bem a que teria direito, caso tivesse sido cumprido espontaneamente o dever jurídico

2. FREIRE JR., Américo Bedê. O controle judicial de políticas públicas. São Paulo: RT, 2005, p. 101.
3. BROCCO, Carolina Romano. A ação de improbidade e o microsistema das ações coletivas. In ABELHA, Marcelo; JORGE, Flávio Cheim. Direito Processual e Administração Pública. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010. p. 119 – 120.
4. *Ibidem*, p. 120. Há tempos temos sustentado a causa de pedir “móvel” e “aberta”, bem como a “fungibilidade” do pedido no processo civil ambiental em razão das peculiaridades impostas pelo bem ambiental (direito material ambiental). Sobre o tema ver o nosso *Processo civil ambiental*. 2ª edição. São Paulo: RT, 2009.

inadimplido. Nesse passo, mostra-se comum a utilização da ação civil pública para a obtenção da tutela específica ou o resultado prático equivalente. Por isso, as técnicas processuais voltadas a este desiderato são bastante potentes e receberam atenção especial do legislador. Observe-se que a ação popular, cujo diploma processual é da década de 60 e, portanto, ainda sob forte influência liberal, privilegia a tutela ressarcitória, e, este é também um dos motivos de sua desvantagem em relação a ação civil pública.

No entanto, cumpre ressaltar que, apesar desse desinteresse em relação à tutela ressarcitória, é de entendimento pacífico dos tribunais superiores a sua possibilidade, ou seja, a possibilidade de cumular na ação civil pública o pedido ressarcitório. Nesse sentido, o informativo nº. 450 do STJ (outubro de 2010), assinalou que ser o mecanismo processual da Ação Civil Pública o adequado para que se pleiteiem, cumulativamente, a reparação pecuniária do dano causado e o cumprimento de obrigação de fazer tendente à recuperação da área atingida pelo desmatamento, e determinou ser possível, em sede ação civil pública, a cumulação de pedidos de condenação à obrigação de fazer e indenização pecuniária pelo dano causado<sup>5</sup>.

#### 2.4. A prova no processo coletivo

O processo coletivo contenta-se com juízo de probabilidades. A urgência é insita à necessidade de resolver os conflitos desta natureza, e por isso não há

5. Informativo 450/STJ: "Na origem, o MP estadual, ora recorrente, ajuizou ação civil pública (ACP) em desfavor do ora recorrido. Argumenta o MP que o recorrido desmatou área de um hectare de mata nativa de cerrado. Em função disso, pleiteia a sua condenação a pagar indenização, a reflorestar a área danificada, não mais proceder à intervenção da área e averbar a reserva legal na propriedade. A sentença julgou parcialmente procedentes os pedidos; não determinou, contudo, a indenização pecuniária pelo dano causado, o que também foi negado em sede de apelação. Daí, a questão dirimida no REsp estava em saber se é possível cumular ordem para que o responsável promova a recuperação de área desmatada e seja condenado a reparar, em dinheiro, o dano causado ao meio ambiente. Inicialmente, observou a Min. Relatora ser a Segunda Seção deste Superior Tribunal competente para processar e julgar causas nas quais se discute responsabilidade civil, salvo a do Estado. Desse modo, entendeu ser possível, em ACP ambiental, a cumulação de pedidos de condenação à obrigação de fazer (reflorestamento de área) e de pagamento pelo dano material causado. Assinalou que o mecanismo processual da ACP é adequado para que se pleiteiem, cumulativamente, a reparação pecuniária do dano causado e o cumprimento de obrigação de fazer tendente à recuperação da área atingida pelo desmatamento. Assim, tanto pelo ponto de vista do Direito processual, como do Direito material, entendeu ser cabível a reforma do acórdão recorrido. Diante disso, a Turma conheceu parcialmente do recurso e, na parte conhecida, deu-lhe provimento. Precedentes citados: REsp 625.249-PR, DJ 31/8/2006; REsp 605.323-MG, DJ 17/10/2005, e REsp 115.599-RS, DJ 2/9/2002. REsp 1.181.820-MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 7/10/2010"

como conciliar o longo tempo de uma tutela exauriente com a necessidade de uma tutela rápida e efetiva. Os riscos de uma tutela provável existem, é claro, mas são admitidos em razão do fato de que o prejuízo coletivo pela não concessão de uma tutela imediata é ainda maior e mais insuportável. A prova, portanto, deve ser destinada, pelo menos, às convicções prováveis. Ainda, a prova é vista sob o caráter público, como meio ou instrumento de obtenção da verdade, e não como arma que a parte pode sonegar ao magistrado. Por isso, o juiz tem ampla liberdade em matéria de prova, aplicando-se em absoluto a regra do art. 130 do CPC e permitindo de ofício a expedição de medidas destinadas à coleta de material probatório. Inspeção judicial, antecipações de prova e exibição de documentos dentro do processo instaurado, podem e devem ser tomadas de ofício pelo juiz se assim entender necessário para a sua convicção.

Também sobre a prova refletem-se as técnicas de distribuição e de inversão do ônus da prova<sup>6</sup>. Em matéria de direito coletivo, o legislador pode estabelecer presunções ou ficções em favor da coletividade, cujo efeito será a diminuição da sobrecarga probatória para a sociedade (representada pelo legitimado coletivo). O sistema coletivo também permite a inversão do ônus da prova para os casos em que, iniciado o processo e verificada a hipossuficiência (técnica, científica ou econômica) do representante coletivo, pode o juiz mudar as regras do jogo, trocando o ônus sobre todos ou alguns fatos controvertidos na fase de saneamento do processo. Técnicas de distribuição e de inversão do ônus não se confundem, embora na prática sejam objeto de confusão.

#### 2.5. A instrumentalidade das formas

No processo coletivo o juiz deve sempre levar em consideração o fato de que o direito tutelado pertence a uma coletividade e que o legitimado ativo

6. Vide informativo n. 404 do STJ: "Trata-se da inversão do ônus probatório em ação civil pública (ACP) que objetiva a reparação de dano ambiental. A Turma entendeu que, nas ações civis ambientais, o caráter público e coletivo do bem jurídico tutelado – e não eventual hipossuficiência do autor da demanda em relação ao réu – conduz à conclusão de que alguns direitos do consumidor também devem ser estendidos ao autor daquelas ações, pois essas buscam resguardar (e muitas vezes reparar) o patrimônio público coletivo consubstanciado no meio ambiente. A essas regras, soma-se o princípio da precaução. Esse preceito que o meio ambiente deve ter em seu favor o benefício da dúvida no caso de incerteza (por falta de provas cientificamente relevantes) sobre o nexo causal entre determinada atividade e um efeito ambiental nocivo. Assim, ao interpretar o art. 6º, VIII, da Lei n. 8.078/1990 c/c o art. 21 da Lei n. 7.347/1985, conjugado com o princípio da precaução, justifica-se a inversão do ônus da prova, transferindo para o empreendedor da atividade potencialmente lesiva o ônus de demonstrar a segurança do empreendimento. Precedente citado: REsp 1.049.822-RS, DJe 18/5/2009. REsp 972.902-RS, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 25/8/2009"

é apenas um impulsionador da tutela. Impulsionador que não foi diretamente escolhido pela sociedade, senão pelo legislador em abstrato. Por isso, o rigor da forma deve ser bastante atenuado em prol da economia processual e também em razão do fato de que é a coletividade que será prejudicada por causa de uma decisão terminativa. Só em último caso, não sendo possível o aproveitamento dos atos processuais e, havendo prejuízo para o devido processo legal e alguma das partes, é que o juiz deve terminar o processo sem apreciação do mérito. Neste passo, o sistema de nulidades processuais deve ser comandado pela máxima de que não há nulidade sem prejuízo (processual ou material), devendo-se aproveitar o máximo possível de atividade jurisdicional<sup>7</sup>. Assim, v.g., petições iniciais com defeito na causa de pedir, pedido sem correta especificação, podem e devem ser corrigidos a qualquer tempo antes do despacho saneador, permitindo-se ao adversário o contraditório e ampla defesa.

## 2.6. Declínio da ação e valorização da jurisdição

Numa sociedade que **deve** dar direitos de forma justa e efetiva a ação é vista como uma porta de entrada – e nada mais que isso – à obtenção da tutela jurisdicional. Nesta sociedade, o Estado Social deve estimular e facilitar o acesso à justiça, de tal forma que as regras limitadoras devem ser interpretadas restritivamente. Por isso, institutos como a litispendência (duplicidade de lides pendentes), condições da ação etc., que inegavelmente fecham portas, devem ser aplicadas sem os rigores e efeitos do processo individualista. Por outro lado, o eixo deixa de ser a ação e passa a ser a jurisdição (direito à tutela) e, por isso, potencializa-se as técnicas de efetivação de resultados, ou seja, que tornem a tutela imediata e eficaz. Tão importante quanto entrar, é sair do processo em tempo razoável, com justiça e eficácia social. Não é por acaso, portanto, que as técnicas de execução sejam mais firmes e lépidas, ganhando força e terreno à técnica direta e simplificadora da execução *lato sensu* e mandamental. Em matéria de direito coletivo o uso destas é essencial.

## 2.7. A diferença dos princípios processuais sob a ótica individual e a ótica coletiva

Os princípios – postulados externos e legitimadores do sistema processual – são comuns a todos os ramos do direito, embasando-se todos em uma sede

7. A interpretação rigorosa da técnica processual, presente no processo civil individual, acaba por acarretar em um grande número de processos que não tem seu mérito julgado em virtude de questões processuais. Para evitar a ineficácia do processo coletivo, instrumento social de elevada importância, as normas que o regem, ao contrário, devem ser sempre interpretadas de forma flexível, devendo o juiz conduzi-lo de forma menos formalista, mas atendendo as peculiaridades da causa, acaso não haja prejuízo

comum que permite a elaboração de uma teoria geral do processo. Esses, no entanto, terão aplicação e amplitude diversa dependendo do escopo do processo em que forem aplicados (recorde-se, sempre, que o processo é ferramenta a serviço do direito material; este, acima de tudo, é que impõe essa diferença interpretativa).

Além dos princípios supramencionados, cumpre ressaltar alguns, não menos importantes, com feições extremamente distintas nos processos individuais e coletivos. Tal distinção reside no fato de que, enquanto o processo individual ainda é fundado na segurança jurídica e igualdade formal, o processo coletivo possui escopo social e político, que ultrapassa a simples esfera individual, ganhando, portanto, relevos distintos.

A importância dessa diferenciação reside no fato de que, se aplicarmos os princípios da forma que exaustivamente estudamos para o processo individual, nos processos coletivos, esvaziar-se-á sua efetividade, legitimidade e utilidade e, conseqüentemente, a sua importância.

Primeiramente, conforme já identificamos e iremos identificar (quando falarmos de legitimidade), cumpre discorrer sobre o princípio do acesso à justiça, de valor inexorável aos processualistas e ao devido processo legal, por ir ao encontro da dignidade da pessoa humana ao instrumentalizar a tutela efetiva dos direitos violados ou ameaçados. Tal princípio ganha ótica ainda mais relevante no processo coletivo. Este, que no processo individual tutela precipuamente o cidadão lesado ou o risco de lesão, limitado às controvérsias relativas aos interesses do mesmo, possui esquemas rígidos de legitimação, uma vez que, conforme art. 6º do CPC, ninguém pode ir a juízo pretendendo direito alheio (salvo as exceções legais), assume no processo coletivo uma ótica pluralista, passando a princípio de interesse público e, conseqüentemente, possibilitando a legitimação ampla para as ações coletivas, no intuito de que promova a ação aquele que possuir melhores condições de conduzi-la, chamado de representatividade adequada.<sup>8</sup>

No tocante ao princípio da participação, o qual é inerente a todos os processos, também possui características diferentes em relação aos processos individuais e coletivos. Enquanto no processo individual este se perfaz através da participação no processo, por meio do direito – constitucional – ao contraditório, verifica-se que no processo coletivo a participação, além de se dar pelo contraditório da parte – representante da coletividade – também ocorre pelo processo,

8. Representatividade adequada é o princípio que, inexistente no processo individual, é identificador do coletivo, pois a legitimação neste processo deve ser por aquele que apresente as necessárias condições para a resolução da lide, uma vez que este é quem será o sujeito do contraditório.



ou seja, o processo em si é instrumento de participação, tendo como exemplo dessa afirmação a previsão inovadora de audiências públicas.

Já em relação à causa de pedir e pedido, a diferença é nítida e fundamental. A princípio, não se pode confundir causa de pedir e pedido, no entanto, estes estão intimamente ligados, uma vez que a causa de pedir constitui a descrição dos fatos e fundamentos jurídicos que embasarão o pedido – art. 282, III do CPC –, os quais, em conjunto com o pedido, fixam os limites de sua atuação do órgão jurisdicional<sup>9</sup>. Nas ações individuais, pelos princípios que as baseiam serem a segurança jurídica e igualdade formal, a interpretação pelo juiz da causa de pedir e pedido é restrita, devendo o juiz se ater, ainda, aos princípios da substanciação (cada vez mais abandonado pela jurisprudência!) – a efetiva narrativa dos fatos- e ao princípio da adstrição do pedido na sentença. Nas ações coletivas, por sua vez, existe a atenuação da teoria da substanciação, havendo uma permissão de narrativas menos detalhadas dos fatos, pelas dificuldades que se apresentam ao legitimado para tanto, caso contrário, haveria muitas vezes a inviabilização das ações coletivas<sup>10</sup>. Consequentemente, mitiga-se o princípio da adstrição da sentença, permitindo ao magistrado se desvincular em parte dos fatos alegados, flexibilizando-se a estabilização da demanda e possibilitando ao juiz maior liberdade no campo probatório<sup>11</sup>. Verifica-se, portanto, que nas ações coletivas, genérica a causa de pedir, possibilitando que seus pedidos sejam interpretados extensivamente pelo magistrado.<sup>12-13</sup>

9. TUCCI, José Rogério Cruz. *A causa petendi no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 24.
10. CABRAL, Antonio do Passo. *A causa de pedir nas ações coletivas*. In DIDIER JR, Fredie; MOUTA, José Henrique. *Tutela Jurisdicional Coletiva*. Salvador: Editora JusPodvím, 2009. p. 71.
11. Vide informativo do STJ n. 445/2010: “ACP. DANO. MEIO AMBIENTE. PEDIDO. Não ocorre violação ao princípio da congruência quando o MP não veicula expressamente pedido de suspensão de atividades ou demolição de obra em ACP ambiental mas o provimento jurisdicional os abrange. Esses provimentos são condição sine qua non do resultado almejado pela ACP. O STJ entende que o pedido não deve ser extraído apenas do capítulo da petição reservado aos requerimentos, mas da interpretação lógico-sistemática das questões apresentadas pela parte ao longo da petição (sobretudo quando se trata de ACP)”. Mais adiante, no mesmo informativo: “ACP AMBIENTAL. JULGAMENTO EXTRA E ULTRA PETITA. A tutela ambiental é de natureza fungível, de modo que a área objeto da agressão ambiental pode ser de extensão maior do que a referida na inicial. Assim, se a inicial se refere a degradação de uma área de 100 m e a sentença reconhece que esse área é de 500 m, não há julgamento ultra ou extra petita”.
12. BRÖCCO, Carolina Romano. *Ação de improbidade e o microsistema das ações coletivas*. In ABELHA, Marcelo; JORGE, Flávio Cheim. *Direito Processual e Administração Pública*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010. P 117.
13. Como dito anteriormente, tal síntese conclusiva fica evidente nas ações coletivas ambientais em razão das peculiaridades impostas pelo bem ambiental (equilíbrio ecológico) que é protegido constitucionalmente (art. 225 da CF/88). O bem ambiental exige que o instrumento processual tenha um papel de ferramenta adequada à sua tutela, sob pena de ser inútil a proteção jurisdicional. Há muito tempo temos sustentando a mitigação da adstrição do pedido, a causa de pedir móvel e aberta, a relativização da coisa julgada, a fungibilidade do pedido, entre tantos outros

Nesse sentido, jurisprudência do STJ:

*A causa petendi*, na Ação Civil Pública, firma-se na descrição dos fatos, e não na qualificação jurídica dos fatos. Por isso mesmo, é irrelevante, na petição inicial, eventual capitulação legal imprecisa, ou até completamente equivocada, desde que haja suficiente correlação entre causa de pedir e pedido (...) (STJ – Resp 817557 – Segunda Turma – Rel. Ministro Herman Benjamin – DJ 10/02/2010)

Por fim, no tocante ao sistema de preclusões, evidencia-se que no sistema processual civil individual, esse é extremamente rígido, elaborado no intuito de conduzir o procedimento ao seu resultado final, devendo as partes terem consciência em seus atitudes processuais, evitando-se a balburdia no processo. Todavia, em relação ao processo coletivo, apesar de vigente o sistema de preclusões, há uma mitigação das mesmas, devendo estas serem pautadas em ausência de prejuízo e efetividade da causa, uma vez que se persegue, com muito mais ênfase, o resultado útil do processo.

## 2.8. Ressalvas ao caráter coletivo dos princípios processuais nas ações de improbidade administrativa

Conforme já lecionamos<sup>14</sup>, sendo a ação coletiva aquela em que o ente legitimado ativo é um ente coletivo, que intenta a demanda visando à proteção de interesses supra-individuais<sup>15</sup>, resta incontestável que a ação de improbidade é uma ação coletiva, tendo em vista que é proposta por um ente coletivo – Ministério Público ou pessoa jurídica de direito público – objetivando a defesa de um direito coletivo – a probidade administrativa e o patrimônio público<sup>16</sup>.

- aspectos relacionados aos institutos fundamentais do processo civil. Dentre as ações coletivas em geral, a que visa a tutela do meio ambiente é uma excelente vitrine das mudanças aqui comentadas. (Marcelo Abelha Rodrigues. *Processo civil ambiental*. 2ª edição. São Paulo: RT, 2009.)
14. ABELHA, Marcelo. *Ação Civil Pública*. In: FARIAS, Cristiano Chaves de; DIDIER JR, Fredie.(coord). *Procedimentos Especiais Cíveis: legislação extravagante*. São Paulo: Editora Saraiva, 2003. p. 382
  15. “A Ação de Improbidade Administrativa. Explicitação do cânone do art. 37, § 4º da Constituição Federal. A Ação de Improbidade tem como escopo impor sanções aos agentes públicos que pratiquem atos de improbidade nos casos em que: a) importem em enriquecimento ilícito (art. 9º); b) que causem prejuízo ao erário público (art. 10); c) que atentem contra os princípios da Administração Pública (art. 11), aqui também compreendida a lesão à moralidade administrativa (...)” (STJ – Resp 439280 – Primeira Turma – Rel. Ministro Luiz Fux – DJ 16/03/2003)
  16. Reconhecendo a Ação de Improbidade Administrativa como Ação Coletiva, no caso, Ação Civil Pública, o STJ: “Discute-se nos autos a competência para processar e julgar ação civil pública de improbidade administrativa ajuizada pelo Ministério Público Federal contra servidores públicos e particulares envolvidos na prática de crimes de descaminho de cigarros oriundos do Paraguai e destinados ao Estado de Sergipe. 2. Não há na Lei 8.429/92 regramento específico acerca da competência territorial para processar e julgar as ações de improbidade. Diante de tal omissão, tem-se aplicado, por analogia, o art. 2º da Lei 7.347/85, ante a relação de mútua complementariedade entre os feitos exercitáveis em âmbito coletivo, autorizando-se

No entanto, apesar de ser indubitavelmente uma ação coletiva, a ação de improbidade administrativa possui suas características peculiares, se identificando muitas vezes, mais com os institutos processuais individuais do que com as características afetas às ações coletivas, não se inserindo, inclusive, no microsistema coletivo. No entanto, vale ressaltar que isso não retira a natureza coletiva da mesma.

Conforme supramencionado, as ações individuais, ao contrário das coletivas, são pautadas nos princípios da segurança jurídica e igualdade formal, desta feita, há uma maior restrição na interpretação dos pedidos e da causa de pedir, o que, por sua vez, também é verificado na ação de improbidade administrativa. Isso porque, sendo as sanções cominadas pela Lei de Improbidade Administrativa com natureza grave, atingindo diretamente direitos fundamentais do cidadão, como a perda da função pública exercida e a suspensão dos direitos políticos, a segurança jurídica é um valor de altíssima importância<sup>17</sup>, tanto que no procedimento da mesma tem-se a previsão de defesa prévia (art. 17, §7º), e a eficácia da sentença ocorre apenas após o trânsito em julgado da ação (art. 20, *caput*).

Ademais, tendo a Lei de Improbidade Administrativa estabelecido no §6º do artigo 17 que a inicial deve ser instruída com documentos ou justificação que contenham indícios suficientes da existência do ato de improbidade ou com razões fundamentadas da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas, verifica-se que é obrigatória a delimitação da causa de pedir e dos pedidos<sup>18</sup>. Aliás, conforme leciona Flávio Cheim Jorge, clara é a aproximação do rito da Lei 8.429/92 com o do CPC<sup>19</sup>, e não com o do microsistema<sup>20</sup>

que a norma de integração seja obtida no âmbito do microsistema processual da tutela coletiva. 3. A ratio legis da utilização do local do dano como critério definidor da competência nas ações coletivas é proporcionar maior celeridade no processamento, na instrução e, por conseguinte, no julgamento do feito, dado que é muito mais fácil apurar o dano e suas provas no juízo em que os fatos ocorreram (...)” STJ – CONFLITO DE COMPETÊNCIA 97351 – Primeira Seção – Ministro Castro Meira – DJ 10/06/2009)

17. Vide STJ, REsp 1106657: “PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC. INCIDÊNCIA ANALÓGICA DA SÚMULA N. 284 DO STF. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONDUTA TAMBÉM TIPIFICADA COMO CRIME. PRESCRIÇÃO. ART. 109 DO CP. PENA ABSTRATAMENTE COMINADA. INDEPENDÊNCIA PROCESSUAL ENTRE AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E AÇÃO PENAL. RESGUARDO DO VETOR SEGURANÇA JURÍDICA”. (DJ 20/09/2010)
18. BROCCO, Carolina Romano. A ação de improbidade e o microsistema das ações coletivas. In ABELHA, Marcelo; JORGE, Flávio Cheim. *Direito Processual e Administração Pública*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010. P 116.
19. A redação do §6º do artigo 17 da LIA apenas repete ideias já expressamente contidas no Código de Processo Civil, em seus artigos 16 a 18, 283, 396 e 397.
20. JORGE, Flávio Cheim. A improbidade administrativa (lei 8.429/92). In FARIAS, Cristiano Chaves de; DIDIER JR., Fredie (coord) *Procedimentos especiais cíveis: legislação extravagante*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 1174.

Consequentemente, pelo fato de a interpretação da causa de pedir e dos pedidos<sup>21</sup> ocorrer de forma limitada nas ações de improbidade administrativa, em relação ao ativismo judicial, nestas não há a extensão dos poderes do magistrado nos mesmos moldes das demais ações coletivas.

No tocante à coisa julgada, conforme explicitaremos adiante, enquanto nas ações coletivas, o Código de Defesa do Consumidor, que integra o microsistema coletivo, prevê em seus artigos 103 e 104 que essa se operará de forma *erga omnes* ou *ultra partes*, *secundum eventum litis* (nas ações metaindividuais), ou *secundum eventum probationis*, na ação de improbidade, tal qual o estabelecido pelo CPC – a coisa julgada apenas se opera entre as partes, sendo *pro et contra* – vez que somente a pessoa jurídica que sofreu o ato ímprobo, bem como o agente que o cometeu, é que sofrerão os efeitos da coisa julgada. Observa-se, ainda, que esta, nas ações de improbidade administrativa se operará em qualquer caso, não apenas nos casos em que o ente coletivo seja beneficiado, tendo a decisão eficácia em todo o território nacional, não só na circunscrição do órgão prolator.<sup>22-23</sup>

Por todo o exposto, observa-se que, quando fazemos a distinção entre os institutos processuais das ações individuais e os institutos processuais das ações coletivas, tem-se que excluir as ações de improbidade administrativa desse entendimento, uma vez que, apesar de possuírem natureza eminentemente coletiva, tem seus institutos similares aos previstos para os processos individuais – CPC- pois, tendo em vista a relevância do postulado de segurança jurídica para as mesmas.

### 3. AÇÃO CIVIL PÚBLICA: AÇÃO OU CONJUNTO DE REGRAS PROCESSUAIS?

O que é a ação civil pública? Uma ação ou uma lei processual que congrega um conjunto de regras e técnicas processuais? A indagação é pertinente porque no meio jurídico em geral ora se fala em ação civil pública como demanda típica,

21. Na ação de improbidade existe uma fase “prévia” em que o réu é notificado para apresentar defesa prévia. Recebida a manifestação, o juiz deverá proferir decisão fundamentada, recebendo ou rejeitando a ação, inclusive analisando o mérito da demanda (§8º do art. 17 da LIA). Por isso, a peça de ingresso deve trazer os fatos de forma muito bem delimitada, para que não haja a rejeição precoce. Destarte, observa-se que a própria Lei de Improbidade Administrativa traz mecanismos que indicam que a causa de pedir deve ser bem delimitada, o que se assemelha ao regime do CPC, justamente porque é nele que o processo de improbidade se baseia. (In: BROCCO, Carolina Romano. A ação de improbidade e o microsistema das ações coletivas. In ABELHA, Marcelo; JORGE, Flávio Cheim. *Direito Processual e Administração Pública*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010. P 117)
22. O artigo 16 da Lei 7.347/85 estabelece que “a sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator”.
23. BROCCO, Carolina Romano. A ação de improbidade e o microsistema das ações coletivas. In ABELHA, Marcelo; JORGE, Flávio Cheim. *Direito Processual e Administração Pública*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010. P 118.

ora se fala como sendo a Lei Federal 7.347/85 com o seu conjunto de regras processuais atinentes ao processo coletivo. Bem, podemos dizer que a ação civil pública é uma expressão que designa ambos os fenômenos.

Uma simples leitura do Código de Processo Civil (art. 890 e ss.) ou uma rápida investigação nos protocolos forenses, permitirá identificar uma realidade há muito existente no nosso ordenamento. A realidade mostra que continuamos dando nome às ações. É ação ordinária, ação sumária, ação de despejo, ação reivindicatória, ação condenatória, constitutiva, ação coletiva, ação individual, ação popular etc. Verifica-se, assim, que usamos todos os tipos de predicados para nominar as demandas ajuizadas. Tem servido para adjetivar a ação, o pedido mediato, o imediato, o procedimento, a legitimidade, o tipo de interesse etc. Não há nenhum mal nisso, ou seja, não há nenhum problema em se nominar a ação, atribuir-lhe nomes ou apelidos e isso, na verdade, só vem demonstrar o apego à cultura *romano germânica* que ainda é bem presente no nosso ordenamento. Mal haveria se pensássemos que todas as ações são típicas e se não compreendêssemos que a ação é apenas uma porta de entrada para o poder judiciário, isto é, um direito constitucional que se exercita, quando se pretende obter a formulação ou realização de uma norma jurídica concreta de um direito lesado ou ameaçado. Assim, em sentido vulgar ou comum é bastante comum nominar as ações e esse vício foi cometido pelo próprio legislador, inclusive constitucional, como pode se ver no *mandado de segurança na ação civil pública, ação direta de inconstitucionalidade, ação popular* etc.

Nesse sentido, não há nenhum erro em falar “ação civil pública” para designar ou qualificar a demanda coletiva que tutela os direitos coletivos *lato sensu*. Entretanto, em sentido técnico e com algum rigor processual, verifica-se que a ação é apenas um direito constitucional de postular ao Poder Judiciário a tutela de um direito lesado ou ameaçado. Nesse compasso, correto seria dizer que a Lei 7.347/85 congrega um conjunto de regras e técnicas processuais (processo e procedimento) que são utilizados para a tutela dos interesses coletivos em sentido lato, ou seja, a tutela coletiva dos direitos é provocada pelo exercício do direito de agir e, as técnicas e regras a serem desenvolvidas no processo coletivo seguirão, regra geral, a Lei de Ação Civil Pública, excluídas hipóteses de leis específicas para outros direitos coletivos, tais como ação popular, ação de improbidade etc., onde a aplicação da lei 7.347/85 é apenas subsidiária.

### 3.1. Aplicação subsidiária do processo coletivo nas Ações Eleitorais

O Direito Eleitoral é o ramo do direito público interno – cujos objetos são os institutos, as normas e os procedimentos regularizadores dos direitos políticos<sup>24</sup>

24. Leciona José Jairo Gomes que os Direitos Políticos ou Cívicos se conceituam como as prerrogativas e os deveres inerentes à cidadania e englobam o direito de participar direta ou

– que normatiza o exercício do sufrágio com vistas à concretização da soberania popular, sendo o sufrágio justificado pelo próprio regime democrático, uma vez que as democracias contemporâneas assentam sua legitimidade na soberania popular<sup>25</sup>. Desse modo, ao mesmo tempo em que o povo integra e fundamenta o Estado Democrático de Direito, é também objeto de suas emanções<sup>26</sup>, e, por esse motivo, inserem-se os direitos políticos no rol dos direitos fundamentais.

Os interesses inerentes aos sistemas de proteção eleitoral contenciosa não possuem caráter privado, uma vez que o bem protegido é a democracia-constitucional – o “direito à verdade eleitoral, o direito à lisura do processo eleitoral, o direito à adequada formação do princípio representativo”<sup>27</sup> – que possui caráter supra-individual, não se restringindo, portanto, à concepção subjetiva dos sujeitos do processo eleitoral, individualmente considerados.<sup>28</sup> Por esse motivo, o contencioso eleitoral é inerente à própria constitucionalidade, na medida em que garante à adequação jurídico constitucional dos mandatos políticos e a incorruptibilidade de dimensões consideráveis dos direitos políticos<sup>29</sup>. Portanto sua natureza é eminentemente pública, tutelando, assim, um direito difuso que pertence a toda coletividade, devendo, desse modo, ser-lhe aplicado os princípios e regras do processo coletivo.

Após um minucioso estudo das ações eleitorais, chega-se a conclusão que: i) todas as demandas são propostas por entes coletivos, e, regra geral em legitimação concorrente e disjuntiva (partidos políticos, coligações e ministério público); ii) todas as demandas tutelam um interesse supra-individual, e, de forma mediata ou imediata o sufrágio popular (proteger a liberdade de escolha do eleitor, a isonomia, a normalidade e legitimidade do pleito eleitoral, a proibidade administrativa).

Destarte, analisando uma por uma as principais demandas eleitorais se verifica que todas elas podem ser enquadradas como ações coletivas, não apenas

indiretamente do governo, da organização e do funcionamento do Estado (In: *Direito Eleitoral*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey 2009. p. 3). Do mesmo modo, Pereira ensina que os direitos políticos são “aquelas prerrogativas que permitem ao cidadão participar na formação e comando de governo”, aduzindo que esses estão previstos na Constituição Federal, a qual estabelece um conjunto sistemático de normas respeitantes à atuação da soberania popular, e que é pelos direitos políticos que as pessoas – individual ou coletivamente – intervêm e participam do governo. (In: GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey 2009. p. 15-16).

25. Segundo Fábio Konder Comparato é aí que se encontram compreendidos os principais direitos humanos referentes à participação do cidadão no governo do seu país. É a afirmação do direito à democracia como direito humano. (In: COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Editora Saraiva, 2005. p. 317)

26. GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey 2009. p. 3/ 15-16

27. *Ibidem*. p. 129.

28. *Ibidem*, p. 129-130.

29. *Ibidem*, p. 130.

pelo fato de que a legalidade e idoneidade do processo eletivo se caracterizam como direitos difusos, mas porque analisando seus institutos – por exemplo, a legitimação ativa extraordinária das mesmas – bem como o procedimento extremamente célere das mesmas, observa-se que elas foram concebidas como tais. Sendo o bem tutelado metaindividual, e o legitimado para postular a sua tutela sendo um ente coletivo, aplica-se, subsidiariamente a elas, então, o sistema processual coletivo<sup>30</sup>.

As demandas eleitorais são, portanto, demandas coletivas que possuem procedimentos específicos, próprios da legislação eleitoral, sendo subsidiariamente informadas e tuteladas pelos princípios e regras do processo coletivo. Só depois, naquilo que não contrariar o espírito coletivo da demanda, é que se aplicaria o Código de Processo Civil.

A importância dessa caracterização reside no fato de que ao se aceitar as ações eleitorais como demandas coletivas, ser-lhes-ão aplicados os postulados do processo coletivo, devendo ser revisitado vários institutos fundamentais de direito processual civil para que a tutela jurisdicional seja adequada e eficiente com vistas a garantir a proteção da democracia.

#### 4. ORIGENS DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Basta uma rápida leitura da exposição de motivos da Lei de Ação Civil Pública para identificar as suas fontes. Lá, verifica-se que importou-se do sistema norte americano anterior à modificação de 1966, o modelo a ser seguido pela ação civil pública. Uma rápida folheada na Regra 23 da Legislação Federal Processual Civil americana denunciará com precisão a fonte do legislador brasileiro. Inicialmente, trouxemos de lá os dois primeiros modelos existentes na *class action* norte-americana (Regra 23, B (1) e B (2)), o que, *grosso modo*, corresponderia à tutela dos direitos difusos e coletivos. Com a maturidade e experiência alcançados ao longo de 5 anos de exercício da LACP, verificou-se que a terceira modalidade de *class*

30. A jurisprudência ainda é muito tímida em afirmar a natureza coletiva do processo eleitoral, muitas vezes confundindo os institutos individuais e coletivos. No entanto, existem (raros) julgados nesse sentido: “PROCESSUAL. ELEITORAL. RECURSO. AGRAVO. RECLAMAÇÃO. PROPAGANDA ELEITORAL IRREGULAR. AÇÃO DE NATUREZA COLETIVA. CONFIGURAÇÃO DE COISA JULGADA. EXTINÇÃO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO. Sendo a reclamação por descumprimento da Lei nº 9.504/97 **ação de natureza coletiva, na qual os legitimados a ajuizá-la atuam na qualidade de substitutos processuais da coletividade**, a simples coincidência entre as partes autoras não impede o reconhecimento da ocorrência da coisa julgada quando, do cotejo do processo apreciado com outro já julgado pela Corte, verifica-se identidade entre causa de pedir, pedidos e parte ré.” (TER BA – RECL – RECLAMAÇÃO nº 14 – serrinha/BA – Relator(a) JOSÉ ALFREDO CERQUEIRA DA SILVA – DJ 17/07/2002).

*action* do direito norte-americano já poderia ser introduzida no nosso país (Regra 23, B (3)) e aí, por via do CDC (art. 91 ao 100), inclui-se no ordenamento jurídico brasileiro a tutela dos direitos individuais homogêneos. É de se notar que o legislador brasileiro optou por inspirar-se no modelo americano anterior à reforma de 1966, quando então se dividia a *class action* de acordo com o tipo de interesse tutelado. Entretanto, lá nos EUA perceberam que a referida classificação mais confundia que esclarecia e por isso, em 1966, sofreu reformulação para acabar com a tripartição anterior. Diga-se que há uma tendência aqui no Brasil – retratada no anteprojeto de processo coletivo – em acabar com a distinção teórica entre os “tipos de interesses” atribuindo um tom mais prático e pragmático à demanda coletiva, à semelhança do que fez o legislador americano em 1966.

Importante observar que a legislação estrangeira serviu apenas como inspiração, pois o legislador teve a cautela e técnica necessárias para reconhecer que a realidade deles não poderia ser simplesmente transferida para nós. Assim, certos institutos como a coisa julgada e a legitimidade são bastante diferentes do sistema americano, porque tiveram que ser adaptados à nossa realidade. Mesmo assim, repita-se, há uma tendência em fazer com que a aproximação seja ainda maior e, v.g., um dos institutos a serem modificados é o da representação adequada, que deve ser muito semelhante ao sistema norte americano.

Sob o ponto de vista legislativo, pode-se dizer que a LACP teve origem ligada à Política Nacional do Meio Ambiente, mais precisamente à necessidade de regulamentar o art. 14, §1º da Lei 6938/81. Nomeada uma comissão para elaborar o anteprojeto (Grinover, Watanabe, Mariz de Oliveira Jr. e Dinamarco), este foi apresentado em Congresso Nacional de Direito Processual em Porto Alegre, tendo recebido sugestões de José Carlos Barbosa Moreira, Galeno Lacerda, entre outros. Aprovado à unanimidade, foi entregue ao Congresso Nacional. Todavia, paralelamente, membros do *parquet* paulista (Nelson Nery Jr., Edis Milaré e Antônio Augusto Mello de Camargo Ferraz) tomaram este projeto como ponto de partida e aprimoraram-lhe bastante, introduzindo nova sistemática para a legitimidade, regra de competência, inquérito civil etc. Esse trabalho desenvolvido foi também entregue ao Congresso Nacional, só que por Mensagem de Governo, cujo trâmite era mais rápido que o anterior. Por isso, o projeto original foi a este anexado e o segundo foi aprovado como sendo a Lei 7.347/85.

#### 5. AÇÃO CIVIL PÚBLICA E TÍTULO III DO CDC: UMA LIGAÇÃO VISCERAL

Não há como se estudar a ação civil pública munido apenas da Lei 7.347/85. Seria como andar numa perna só. Como se pôde verificar na evolução legislativa narrada no tópico anterior, a Lei 7.347/85 possui uma ligação visceral com o Título III do CDC, de forma que não se consegue estudar um sem o outro, e, não raramente, dispositivos de um são completados pelo outro e vice-versa. Não fosse

visceral esta ligação, poderia se dizer até que haveria uma certa promiscuidade na relação entre os textos legais.

Como se sabe o CDC veio cinco anos depois da LACP, e a sua parte processual (Título III) foi confeccionada por juristas que participaram da feitura da LACP. Nenhuma surpresa, portanto, da ligação entre os institutos. O interessante disso tudo é que o Título III do CDC – a despeito de estar na Lei de Proteção ao Consumidor – não cuidou apenas da tutela coletiva dos consumidores, justamente porque nas disposições finais e transitórias, mais precisamente no art. 117, o legislador fez questão de incluir um artigo na LACP – art. 21, estabelecendo a simbiose mencionada. Aliás, o que se vê nessas disposições finais e transitórias da lei de proteção ao consumidor é uma criação seriada de dispositivos na LACP, incluindo regras que haviam sido vetadas originalmente em 1985, ou ainda que passaram a ser importantes a partir da experiência adquirida em cinco anos de utilização da LACP. Portanto, diante dessa simbiose pode-se fazer, salvo uma exceção aqui e ali<sup>31</sup>, o seguinte apontamento didático: a tutela dos direitos difusos e coletivos se faz de modo direto pela LACP; a dos direitos individuais homogêneos pelos arts. 91 a 100 do CDC. As demais normas processuais do Título III do CDC (arts. 81-90 e arts. 103 e 104) se aplicam, regra geral, para as três modalidades de interesses.

#### 6. A LEI 7-347/85 É UMA LEI DE NATUREZA PROCESSUAL

Uma leitura desprezenciosa e superficial da LACP dirá claramente que esta é uma lei processual. Não contém regras de conduta ou comportamento de pessoas, senão apenas técnicas e posições jurídicas a serem assumidas num processo coletivo, salvo exceções bem específicas<sup>32</sup>. Ao dizer que a LACP é um diploma processual, é sinal de que ali estão inseridas normas processuais e normas procedimentais que devem ser utilizadas como ferramentas adequadas à revelação e execução de uma norma jurídica concreta de repercussão coletiva. As técnicas processuais que possui servem como ferramentas para impor soluções que devem estar previstas no direito material, motivo pelo qual a LACP apenas aplica a legislação material protetora do meio ambiente, consumidor, ordem econômica etc. Observe-se, portanto, que a LACP não é uma lei genérica de direito processual aplicável a toda e qualquer lide. A Lei de Ação Civil Pública restringe-se a servir de ferramenta processual à proteção de interesses ou direitos supra-individuais. Nesse sentido apenas é que funciona como norma processual geral, ou

31. Por exemplo, o art. 100, parágrafo único, cuida de liquidação e execução de interesse essencialmente coletivo (difuso e coletivo). Ou ainda, o art. 93 que se presta tanto para regular a competência das demandas individuais homogêneas, como difusas e coletivas.

32. Como no caso do art. 13, que prevê a existência do fundo federal de defesa dos direitos difusos e coletivos e do art. 10, em que há tipificação penal de condutas.

seja, apenas para todo e qualquer direito supra-individual que seja ameaçado ou lesado. Ainda assim, é possível que a LACP tenha aplicação subsidiária, sempre que determinado direito supra-individual tenha tratamento processual específico, como no caso da ação popular, da improbidade administrativa, do controle concentrado de inconstitucionalidade etc.

#### 7. AÇÃO POPULAR E AÇÃO CIVIL PÚBLICA

A própria ementa da LACP menciona que a ação civil pública não prejudica a ação popular, porque ambas são via de acesso à justiça e como tal deve ser interpretado o manuseio destas técnicas processuais. Isso quer dizer que não obstante o objeto de uma ou outra demanda (popular e ação civil pública) podem, em algum momento, estar superpostos, como por exemplo na anulação de ato lesivo ao meio ambiente, é sabido que a legitimidade ativa na ação popular é feita pelo cidadão e na ação civil pública é feita por um dos entes coletivos previstos no rol do art. 5º da referida lei. Como as referidas leis são impulsionadas pelo princípio do acesso à justiça e ambas têm o papel de democratizá-lo, servindo até mesmo de instrumento de participação política, não seria nem justo e nem lógico que ao abrir uma porta a outra tivesse que ser fechada. Desse modo, havendo litispendência (duplicidade de litispendência) entre uma ação popular e uma ação civil pública, a solução não deve ser concedida pelo direito processual tradicional, que é individualista. Neste caso, a solução é a utilização da técnica da reunião das demandas, que normalmente se aplica ao instituto da conexão (art. 105 do CPC).

#### 8. AS CONSTANTES ALTERAÇÕES DA LEI DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA

O desenvolvimento e concretização do Estado Social que foi emoldurado na CF/88 impôs ao Estado uma tomada de posição em relação aos direitos sociais, ou seja, devia assumir uma postura atuante em prol da realização de direitos da coletividade, tais com meio ambiente, lazer, cultura, trabalho, desporto, saúde, segurança etc. Entretanto, em razão da instabilidade política, social e econômica do país, o que se assiste ontem e hoje é um verdadeiro descaso por parte do poder Público em relação a concretização da políticas públicas que lhes foram impostas pela CF/88. Nesse passo, apenas após os idos de 1990 (pós CF/88 e CDC) que se percebeu que o principal alvo da ação civil pública acabaria sendo o próprio Estado, em razão da ineficiência em prestar as políticas públicas. Assim, v.g., o maior poluidor, o principal fornecedor, enfim, o maior responsável pelas demandas de massa seria sem dúvida o Estado, e quando isso foi percebido houve uma tentativa de frear a sua utilização. Diante desta constatação, e para evitar ser o principal réu das ações coletivas, esta lei foi radicalmente combatida pelo poder político, que via a sua nascente como instrumento de controle político

e remédio de proteção eficaz em favor dos direitos da maioria. Dois dos bens jurídicos que visava a proteger (consumidor e meio ambiente) são diretamente controlados pela pequena fatia que compõe o poder, e, não bastasse isso, os entes públicos seriam os principais poluidores, fornecedores inadimplentes e agressores dos direitos difusos, motivo pelo qual a lei mostrava-se como uma arma letal à manutenção do *status quo*. Por isso, nem bem acabara de nascer a LACP já havia sido mutilada, por lhe ter sido vetado o texto original do inciso IV do art. 1º da redação original do projeto de lei que deu origem à lei 7.347/85, que permitia a aplicação da lei para a tutela de qualquer direito difuso ou coletivo. Assim, podem-se distinguir as alterações da lei de ação civil pública (cuja quantidade causa enorme perplexidade de alterações) em alterações políticas e funcionais. As alterações funcionais, são benéficas e voltadas a suprir lacunas e corrigir falhas no diploma, tais como as que foram feitas pela Lei Antitruste (8.884/94) e pelo CDC. Já as alterações políticas foram e estão sendo feitas para anular a ação civil pública e normalmente são antecedidas por medidas provisórias criadas pelo Poder Público, que legisla para si mesmo. São exemplos teratológicos de alterações políticas as do art. 16 (Lei 9.494, antes feita pela MP 1570) e do art. 1º, parágrafo único da LACP.

## 9. O PEDIDO NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

### 9.1. A ação civil pública pode ser utilizada para debelar todos os tipos de crises jurídicas (pedido declaratório, constitutivo ou que impõe uma prestação)

Não obstante destinar-se originariamente para a responsabilização pelos danos causados aos meio ambiente e consumidor, a LACP tem hoje um espectro de abrangência material e processual bastante alargado. Isso porque não se presta apenas para resolver crises de adimplemento (fazer e não fazer, entregar coisa e pagar quantia), mas também é instrumento servível à resolução de crises jurídicas de certeza e de situação jurídica, que reclamam, respectivamente, um provimento declaratório e constitutivo. Isso quer dizer que o direito a ser tutelado pela ação civil pública pode ser *qualquer interesse supraindividual*, excluído deste rol a expressa exceção prevista no parágrafo único do art. 1º da lei 7.347/85, que veda a sua utilização para lides previdenciárias. Assim, a ação civil pública pode veicular pretensão que imponha uma prestação ou um provimento constitutivo ou ainda um provimento declaratório<sup>33</sup>. A ementa da Lei não reflete mais o seu

33. Informativo 0453 STJ (25 a 29 de outubro de 2010): "Na ação civil pública ambiental, é possível cumular os pedidos de obrigação de fazer (reflorestar a área degradada) e de pagamento de indenização pecuniária em razão do dano material causado. As questões de direito

espectro de abrangência, e bastaria o inciso IV do art. 1º para se reconhecer que qualquer interesse supraindividual em conflito pode ser objeto (pedido mediato) de sua tutela.

A ação civil pública, portanto, pode ser proposta para a tutela de qualquer direito difuso, coletivo ou individual homogêneo (tendo este último procedimento precipuamente regulado pelo art. 91 e ss. do CDC). É o pedido mediato que permite identificar qual o tipo de direito ou interesse que está sendo diretamente tutelado pela ação civil pública ajuizada. Isso porque há casos em que um mesmo fato pode incidir, ao mesmo tempo, em mais de uma norma abstrata, seja ela difusa ou individual. Assim, v.g., o lançamento de efluentes no rio (poluição) pode causar danos ao meio ambiente (difuso), a bens que pertençam a uma coletividade determinada (sede de uma associação) e também a um sujeito (propriedade ribeirinha) ou milhares deles individualmente considerados (intoxicação individual pela água). Assim, é possível pensar, pelo menos em tese, em demandas coletivas para a tutela dos direitos difusos, coletivos e também individuais homogêneos (no exemplo da intoxicação).

### 9.2. A ação civil pública e a tutela específica

Como já foi dito no item 2 deste ensaio, o ambiente, o habitat natural da ação civil pública é a obtenção da tutela específica, e isso decorre do próprio direito material coletivo, que impõe a realização de comportamentos positivos e negativos.

Nesse passo, analisando a ação civil pública, tem-se que o artigo 11 da LACP tem patente inspiração no modelo B (2) da Regra 23 norte-americana. Para a sua época, 1985, pode-se dizer que foi bastante avançado. Uma leitura nua e crua do dispositivo, sem se fazer essa observação temporal, poderia levar a crer que o dispositivo é bastante tímido se comparado às regras de direito individual. A observação temporal não tem finalidade apenas para justificar a aparentemente tímida redação deste dispositivo, senão porque com o tempo, o dispositivo foi revogado e assim absorvido pelos que o sucederam. Assim, esse primeiro fenômeno se deu com o advento do art. 84 do CDC, que, aplicável à LACP por intermédio do art. 21 que lhe foi acrescentado pelo art. 117 do CDC, expressamente passava a ser o dispositivo aplicável às obrigações de fazer e não fazer. Entretanto, com

ambiental são usualmente resolvidas nas Turmas que compõem a Primeira Seção deste Superior Tribunal. Contudo, quando a discussão limita-se à responsabilidade civil do particular pela reparação do dano ambiental, a competência para julgamento é das Turmas integrantes da Segunda Seção (art. 9º, § 2º, III, do RISTJ). Precedente citado: REsp 1.181.820-MG, DJe 20/10/2010. REsp 1.173.272-MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 26/10/2010 (ver Informativo n. 450)".

as recentes reformas no CPC, especialmente pela Lei 10.444, o art. 84 do CDC, que antes servira de molde para o art. 461 do CPC, foi por este absorvido em razão das modificações que este último sofreu, tornando-se mais ágil e eficiente.

Assim, os “melhores dispositivos” que cuidam da tutela específica são os que se encontram nos arts. 287, 461 e 461-A com a nova redação que lhes foi dada pela Lei 10.444/02, de forma que, por expressa determinação do art. 19 deste diploma (LACP), devem ser aplicados subsidiariamente. Ainda que não houvesse remissão expressa, o CPC poderia e deveria ser aplicável naquilo que não contrariasse os princípios e regras da LACP, justamente porque se trata de norma fundamental do direito processual não penal brasileiro.

Outrossim, possuindo o CPC uma regra mais efetiva que o art. 11 e o art. 84 mencionados, deve ser aplicável sem dúvidas. Um dos aspectos que faz com que o art. 11 tenha sido superado é que tal dispositivo não prevê a tutela inibitória pura, qual seja, aquela que é voltada contra a ocorrência do ilícito. Perceba-se que o dispositivo fala em cessação da atividade nociva ou prestação da atividade devida, pressupondo no mínimo a ocorrência do ilícito e no máximo o impedimento de sua repetição. O art. 461 abraça todas as formas de tutela específica, inclusive a inibitória pura (prevenção do ilícito), que é inexoravelmente importante para a tutela dos direitos supra-individuais, considerando que em matéria de direitos supra-individuais é melhor prevenir contra os riscos e não simplesmente contra o dano. A melhor forma de se obter dita prevenção é com a inibição do ilícito, seja impondo-se um comportamento positivo ou negativo.

### 9.3. Tutela específica: tutela específica propriamente dita e o resultado prático equivalente

Obter a tutela específica significa conseguir a mesma situação jurídica final que se teria caso o adimplemento fosse cumprido espontaneamente (prestação do fazer ou não fazer ou a entrega da coisa devida). Tendo em vista as peculiaridades dos deveres e dos comportamentos previstos no âmbito do direito material relativamente às crises de adimplemento, as ferramentas técnicas do direito processual são múltiplas, devendo ser utilizadas de modo a atender e impor de modo mais rápido e efetivo a tutela almejada.

O resultado prático correspondente ou equivalente previsto no art. 461 do CPC e aplicável à LACP nada mais é que a mesma situação jurídica final que se teria com o adimplemento espontâneo. Todavia, a diferença para a tutela específica propriamente dita é justamente que nesta não só o resultado é o mesmo, mas também os meios para se obtê-lo. No resultado prático equivalente, conquanto o resultado seja o mesmo, os meios de se obtê-lo são diversos. Se houvesse alteração do pedido mediato a tutela deixaria de ser específica para ser *reparatória in natura*, desnaturando a finalidade do dispositivo.

### 9.4. Resultado prático equivalente e fungibilidade (de ofício) do pedido imediato

O pedido mediato é o próprio bem da vida e o pedido imediato é o provimento ou prestação jurisdicional solicitada que será apta, ao menos em tese, para obter a tutela desejada e assim espantar a crise jurídica. Considerando que o resultado prático equivalente é na verdade a mesma situação jurídica final e que difere da tutela específica propriamente dita apenas pelos meios de se obtê-la, pode-se afirmar que poderá ocorrer, sem requerimento da parte (como alude o art. 461), a variação de meios (técnicas) que permitirá alcançar o mesmo resultado.

Essa variação de meios, como o nome mesmo já diz, não altera o pedido mediato, e por isso mesmo é que o resultado prático equivalente é tomado como modalidade de tutela específica. Os meios referem-se às técnicas e ferramentas que poderão ser utilizadas para se obter o resultado específico. O artigo 461, §5º aumenta os poderes do juiz e lhe dá condições para eleger, de ofício, quais as melhores medidas (coercitivas e/ou subrogatórias) para se obter a tutela específica (atipicidade de meios). Os exemplos contidos na norma em questão são, como se diz, rol exemplificativo, lembrando que só excepcionalmente deve-se requisitar força policial, como diz a redação do art. 461, e podendo a eventual multa coercitiva aplicada ter o fator temporal (v.g. segundos, minutos, horas, dias, semanas, quinzenas etc.) variável segundo as peculiaridades do dever a ser cumprido, tal como determina a nova redação do §6º.

### 9.5. Tutela específica e tutela de urgência

A obtenção da tutela específica não se limita aos casos de urgência, ou seja, para se utilizar da técnica do art. 287 c/c art. 461 do CPC não é necessário que a situação reclamada seja urgente. O que se verifica no dispositivo é exatamente o contrário, qual seja, a tutela específica pode ser prestada nos casos de urgência ou sem urgência. A tutela de urgência específica poderá ser prestada em provimento final ou em provimento interlocutório (liminar ou antecipado). Em ambos os casos, ao eventual recurso a ser interposto o juiz não deverá atribuir efeito suspensivo, permitindo a eficácia imediata da decisão (art. 14 da LACP).

### 9.6. Tutela específica, reparação in natura (específica) e reparação pecuniária: possibilidade de cumulação

Já ressaltamos que a ordem de preferência da tutela a ser prestada pela LACP, pelas vantagens que oferece ao titular do direito material, é a seguinte: tutela específica, reparação específica e reparação genérica. Entretanto, isso não afasta a possibilidade de se requerer num mesmo processo, ainda que não seja

por pedido subsidiário<sup>34</sup>, a prestação da tutela específica, somada à reparação *in natura* e à reparação pecuniária. Principalmente em sede de meio ambiente, um dos bens mais tutelados pela LACP, é muito comum que a atividade nociva que está sendo praticada seja cessada (tutela específica inibitória) e que os prejuízos sejam reparados. Como os prejuízos podem ser patrimoniais e extra-patrimoniais, não será demasiado solicitar a reparação *in natura* da vegetação desmatada com espécies nativas e, em relação ao dano social causado pelo desequilíbrio ecológico e privação do uso comum dos benefícios da área desmatada, a reparação em pecúnia.

Deve-se advertir e sugerir, entretanto, que tais pedidos sejam feitos em demandas separadas, pois inexistindo julgamento parcial da lide (embora seja possível a antecipação da tutela parcial nos casos de urgência, art. 273, §6º), é bem possível que a reparação *in natura* e a reparação específica, que demandam a comprovação de inúmeras questões de fato, prolonguem de tal forma a prestação da tutela jurisdicional que isso possa vir a atrapalhar a obtenção do resultado específico, normalmente vinculado à questão de direito (inibitória do ilícito) e quase sempre urgente. Deve restar claro que isso não significa dizer que o 273, §6º exija a urgência para que seja concedida a antecipação parcial da tutela, mas apenas que o cúmulo de pedidos (reparação do dano e inibição do ilícito) poderá oportunizar ao demandante uma situação não tão satisfatória sob o ponto de vista do resultado da tutela jurisdicional. Isso porque, uma vez inadmitido o julgamento antecipado parcial do mérito, o cúmulo de demandas oportunizará no máximo uma antecipação da tutela da parte da demanda cumulada que puder ser resolvida mediante mera análise de questão de direito (inibição do ilícito), ao passo que se as demandas fossem propostas em separado, certamente que poderia haver o próprio julgamento antecipado do mérito de uma delas (daquela que versasse apenas sob questão de direito).

### 9.7. As faces da tutela específica (preventiva e repressiva)

A tutela específica se manifesta na obtenção do mesmo resultado que se teria caso fosse espontaneamente cumprida a obrigação que, por seu inadimplemento, gerou uma crise. Num sentido bem largo, essa coincidência pode recair até mesmo sobre obrigações de dar, na qual se incluiria a obrigação de pagar. Assim, a obtenção da pecúnia nos casos em que o adimplemento original correspondesse a um pagamento em dinheiro não deixaria de ser também tutela específica e como tal, não poderia ser eventualmente descartada a utilização da técnica do art. 461

34. Pedir subsidiariamente a tutela genérica para o caso de impossibilidade de tutela específica é desnecessário porque esta é a consequência natural da impossibilidade de obtenção do resultado específico.

e 461-A do CPC, embora tal situação ainda não seja vista com bons olhos pela doutrina e nem pela jurisprudência, que insistem em associar tutela pecuniária com tutela genérica, quando na verdade existem obrigações pecuniárias que desde a sua origem correspondem a uma obrigação de pagar quantia.

De qualquer forma, a tutela específica é normalmente associada à obtenção, por via do processo, do mesmo resultado que se teria caso a obrigação não tivesse entrado em crise e fosse espontaneamente cumprida, e desde que essa tutela não se refira à obrigação de pagar quantia. Considerando os bens difusos e coletivos e que a LACP tem o desiderato de protegê-los, é certo que a maior parte das crises de adimplemento recairão sobre deveres de fazer e não fazer. Partindo dessa premissa, mas sem descartar outras modalidades de crises de adimplemento, a tutela específica será satisfeita então a partir da obtenção de um comportamento negativo ou positivo daquele sobre o qual recai o dever. Esses comportamentos negativos (tolerar ou abster) ou positivos (fazer) nem sempre são estanques e nem sempre se esgotam numa só conduta, permitindo, e às vezes até exigindo, uma cumulação de tutelas (preventiva ou repressiva).

Denomina-se de tutela preventiva a que vem antes de alguma coisa, e de repressiva a que reprime o ocorrido. A primeira está numa visão prospectiva e a segunda numa visão retrospectiva. Há a possibilidade de tutela específica (o mesmo resultado que se teria caso houvesse o cumprimento espontâneo do dever) tanto sob a ótica preventiva como repressiva. Para isso deve-se isolar o momento de ocorrência do ilícito do momento de ocorrência do dano<sup>35</sup>, afinal de contas nem sempre a antijuridicidade praticada é acompanhada do dano que dela poderá ou não advir, assim como nem sempre o dano advém uma conduta antijurídica, nem por isso deixando de ser tutelado.

Assim, pode-se imaginar a tutela específica preventiva para: a) evitar o ilícito (como inibitória pura) ou a sua perpetuação, tal como impedir que determinada empresa coloque no mercado de consumo produto nocivo ao consumidor ou ainda para inibir que um empreendimento imobiliário seja aprovado nos órgãos públicos, se não foi requerida a licença do órgão ambiental competente; b) evitar o dano ou a sua perpetuação mesmo já tendo ocorrido o ilícito ou até quando a atividade seja lícita, como nos casos em que a empresa, com ou sem licença do órgão ambiental, começou a se instalar em área de relevante interesse ecológico, mas que ainda não tenha sido declarada como tal pelo poder público. Nos exemplos dados, pretende-se prevenir contra o ilícito e/ou dano. Para se obter a prevenção nesses dois casos, pode-se exigir um comportamento negativo ou positivo, podendo-se chamar tais demandas de preventivas positivas ou negativas.

35. Aderimos à observação do genial Luiz Guilherme Marinoni. *Tutela inibitória*, p. 27.



Haverá também tutela específica, só que repressiva, quando a finalidade seja apenas reprimir o ilícito, exigindo um fazer ou não fazer, nos casos em que não tenha havido o dano, ou seja, praticado o ilícito mas ainda não ocorrido o dano, ainda seja possível obter o mesmo resultado caso fosse espontaneamente cumprida a obrigação. Uma vez ocorrido o dano nascerá a necessidade de uma tutela ressarcitória específica ou genérica (com privilégio da primeira), que normalmente não dispensará a utilização de uma tutela específica, tendo em vista que o ilícito e o dano, em sede de direitos difusos e coletivos, não são instantâneos, posto que se perpetuam no tempo.

Para a obtenção da tutela específica deve-se utilizar dos meios sub-rogatórios e coercitivos (provimentos executivos *lato sensu* e mandamentais). Isso não descarta a possibilidade de se utilizarem os mesmos meios para se obter a tutela reparatória específica (em relação ao dano já ocorrido), pois a expressão *execução específica* engloba tanto a reparação específica quanto a tutela específica (preventiva do ilícito e do dano e repressiva do ilícito).

## 10. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA TUTELA DE DANOS MORAIS E PATRIMONIAIS

A Lei 8.884 alterou a ementa da ação civil pública para nela incluir que dito remédio prestar-se-ia não só para a responsabilidade civil por danos materiais, fazendo expressa a possibilidade de reparação pelos danos morais eventualmente sofridos. Quando se lê na ementa da Lei 7.347/85 a possibilidade de reparação pelos danos morais deve-se entender que ali quis o legislador, até com certo ar didático, dizer que a tutela dos direitos difusos e coletivos envolve a possibilidade de reparação pelos danos de efeitos patrimoniais e extrapatrimoniais. Portanto, o termo *moral* ali empregado refere-se aos efeitos do dano causado e não propriamente aos direitos de personalidade (honra e moral).

## 11. OS INTERESSES COLETIVOS LATO SENSU

Como foi dito, a ação civil pública se presta à tutela dos interesses coletivos *lato sensu*. A correta identificação do que seja interesse coletivo foi preocupação corrente dos processualistas brasileiros nas décadas de 70 e 80. O nosso ordenamento jurídico, no entanto, depois da lei da ação civil pública (art. 1º) e da própria Constituição Federal (art. 129) terem usado a expressão *interesses difusos e coletivos*, decidiu pôr uma pá de cal no assunto, definindo o conteúdo dos interesses coletivos. E fê-lo por intermédio do art. 81, parágrafo único da Lei 8.078/90, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor, que embora seja voltado para a defesa do consumidor, tem a sua parte processual (Título III) aplicável à defesa de todo e qualquer direito coletivo *lato sensu* (regra propositadamente inserida pelo legislador), tal como determina o art. 117 das disposições finais e transitórias. Assim, qualquer definição dos direitos coletivos *lato sensu* será de *lege ferenda*,

uma vez que *lege lata* há expressa previsão conceitual no direito positivo. Segundo o art. 81, parágrafo único, temos:

A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

- I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;
- II – interesses ou direitos coletivos, assim entendidos para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;
- III – Interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

### 11.1. Interesse e direito

Certamente que **direito** não é a mesma coisa que **interesse** e isso fica evidente no próprio texto legal. Aliás, diz-se, normalmente, que direito é o interesse juridicamente protegido. Entretanto, por ficção jurídica, o legislador fez com que os interesses ali discriminados fossem equiparados a direitos, permitindo a sua tutela. Essa equiparação tem raízes fincadas na dificuldade de se definir e separar um instituto do outro; para aumentar o rol de interesses juridicamente tuteláveis; para concretizar a existência de direitos que não são apenas normas instituidoras de programas na nossa constituição, tais como o direito do ambiente, o direito ao desporto, o direito à saúde, o direito à informação, entre outros direitos sociais que apresentam espectro difuso (público propriamente dito). É de se notar que a antiga distinção entre interesse e direito parte de uma noção individualista, portanto, privatista de todo o Estado, onde este último tinha por função precípua

não violar direitos e garantias individuais. Hoje, a sua função é menos negativa e mais positiva, na medida em que deve prestar, implementar e executar políticas públicas que indiquem os interesses sociais a serem perseguidos.

### 11.2. Art. 81, parágrafo único, I, II e III do CDC: definição no direito brasileiro do conceito de interesses coletivos

Como já foi dito anteriormente, o fato de tal dispositivo estar topograficamente inserido no Título III do Código de Defesa do Consumidor não elide a sua aplicabilidade a todo e qualquer direito coletivo *lato sensu* do ordenamento jurídico brasileiro, seja ele de natureza comercial, trabalhista, civil etc. A imperatividade dessa afirmação decorre de regra claríssima prevista no art. 117 deste mesmo diploma, que não permite outro entendimento. Ademais, cumpre destacar que, muito embora o Título III do CDC seja voltado para cuidar das regras processuais atinentes à defesa do consumidor, tal como estipula o rótulo do referido Título III, a verdade é que ali não estão previstas apenas regras processuais,

e o maior exemplo disso é justamente esse parágrafo único do art. 81, já que conceituou o próprio objeto de tutela (direito material), qual seja, os interesses (direitos) coletivos *lato sensu*.

Também cumpre destacar que o uso da expressão direitos coletivos *lato sensu*, gênero do qual os difusos, os coletivos e os individuais homogêneos são espécies, pode ser bem facilmente extraído não só pela redação do caput do parágrafo único do art. 81, mas, antes disso do próprio texto constitucional, que ao cuidar dos direitos fundamentais os rotulou de *garantias individuais e coletivas*, sem se preocupar em dizer quais os “tipos” de direitos coletivos que estariam sendo tratados no Capítulo I, Título II da CF/88. Bem pelo contrário, deixou esta tarefa para o legislador infra-constitucional, exatamente o que fizeram os responsáveis pela lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor.

### 11.3. O critério usado pelo legislador para especificar os interesses coletivos: interesses essencialmente coletivos e os acidentalmente coletivos

Seguindo a lógica do que foi exposto antes, vemos que o legislador tinha a opção de definir os direitos coletivos a partir de seu aspecto objetivo (objeto) ou pelo seu aspecto subjetivo (sujeito). Preferiu mesclar a utilização de ambos os critérios. Vejamos separadamente os dois grupos.

#### 11.3.1. Essencialmente coletivos: a transindividualidade dos titulares e a indivisibilidade do objeto

É muito importante assinalar, até para facilitar a compreensão da distinção dos tipos de interesses (difusos, coletivos e individuais homogêneos), que um mesmo fato pode dar vida e se encaixar numa norma abstrata que tutela direito difuso, coletivo ou individual. Assim, v.g., a poluição emitida pela fábrica – o fato poderá ser abraçado por uma norma substancial abstrata difusa (proteção do meio ambiente – equilíbrio ecológico); uma norma abstrata coletiva (proteção do meio ambiente do trabalho de uma fábrica) e até mesmo uma norma abstrata substancial individual, sendo todas derivadas de um mesmo fato, e sem que aí exista qualquer *bis in idem*. Cada situação exemplificada protege um direito diverso que tem em comum uma mesma origem fática.

No art. 81, parágrafo único, pode-se identificar os direitos ou interesses essencialmente coletivos e os acidentalmente coletivos<sup>36</sup>. São denominados de

36. Expressão consagrada por José Carlos Barbosa Moreira. *Temas de Direito processual*. 3ª série, p. 197.

essencialmente coletivos porque têm em comum o traço da transindividualidade de seus titulares e a indivisibilidade de seu objeto. Levando-se em consideração a definição dos interesses essencialmente coletivos, percebe-se que o nosso legislador teve grande inclinação pelo critério objetivo. Pelo critério objetivo (a indivisibilidade do bem) o legislador fez crer que a necessidade individual de cada um dos titulares é irrelevante na fruição e proteção desse mesmo bem. Se o bem é indivisível, pode-se dizer que, independentemente do vínculo que possa existir entre os sujeitos titulares, o fato é que a satisfação de um implica na de todos eles.

Em outros termos, significa afirmar que a indivisibilidade do bem faz com que todos os seus titulares se encontrem em posição idêntica sobre o objeto do interesse. O caráter transindividual dos direitos essencialmente coletivos não é a pedra de toque que nos permite distinguir os difusos dos coletivos propriamente ditos, já que nenhum deles pertence ao indivíduo egoisticamente falando, segundo o legislador. No caso dos coletivos, pertencem ao sujeito enquanto partícipe de um grupo, categoria ou classe de pessoas bem definida por uma relação jurídica base. Já para o caso dos difusos, também definidos como transindividuais pelo legislador, tais

interesses não encontram apoio em uma relação-base bem definida, reduzindo-se o vínculo entre as pessoas a fatores conjunturais ou extremamente genéricos, a dados de fato frequentemente acidentais e mutáveis: habitar a mesma região, consumir o mesmo produto, viver sob determinadas condições sócio-econômicas, sujeitar-se a determinados empreendimentos, etc.<sup>37</sup>

Pode-se concluir pela rasa leitura dos incisos I e II do art. 81, parágrafo único do CDC que o divisor de águas entre o interesse difuso e o interesse coletivo é o aspecto subjetivo. Assim, se o critério objetivo foi o determinante para os colocar na vala comum dos *interesses essencialmente coletivos*, foi o critério subjetivo que o legislador adotou para diferenciar um do outro.

#### 11.3.1.1. O interesse difuso

Segundo o Código, a distinção entre interesse difuso e o coletivo se faz por intermédio da *determinabilidade* dos titulares do interesse. Enquanto neste são determináveis, naquele são indetermináveis. Entretanto, esta não nos parece ser a única distinção entre um e outro. A diferença entre o interesse difuso e o

37. GRINOVER, Ada Pellegrini. *A tutela dos interesses difusos*, *Op. cit.*, p. 30; no mesmo sentido BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados interesses difusos*. In: *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 111-2.

interesse coletivo é *ontológica*, porque enquanto o interesse coletivo está diretamente ligado ao atendimento de um interesse privado de uma coletividade, exclusivo e egoísta dessa mesma coletividade, que quase sempre se organiza para atender às suas exigências e pretensões (caráter egoísta em prol da coletividade), o interesse difuso possui uma veia pública, não exclusiva, heterogênea (por causa da dispersão) e plural.

Nesse ponto, o critério da exclusividade do interesse também merece destaque e, de certa forma, decorre dessa dispersão do aspecto subjetivo que distancia um do outro. Ora, se no interesse coletivo os titulares são determináveis, então é sinal de que existe o caráter exclusivo de fruição desse interesse por parte da categoria a qual o interesse pertença. É exatamente esse aspecto que se pode dizer caracterizar um interesse egoísta (em prol apenas daquela coletividade determinada) e visando a atender aos interesses concretos de cada um de seus membros.

Já no interesse difuso, pelo grau de dispersão e indeterminabilidade de seus titulares, não se pode atribuir qualquer tipo de exclusividade na fruição do objeto do interesse. Tanto isso é verdade que o vínculo que une os titulares desse direito é apenas *uma circunstância de fato*, tal como determina o CDC, art. 81, parágrafo único, I, e endossa o exposto na regra da coisa julgada (art. 103, I), quando diz que a mesma tem eficácia *erga omnes*. Não há dúvidas de que exista uma limitação dos titulares de um interesse difuso, entretanto torna-se impossível a demarcação desse limite, simplesmente porque não se pode identificar cada um dos titulares e, mais ainda, porque o elo de ligação entre tais sujeitos é uma circunstância de fato, caracterizando-se, pois, por um estado de fluidez completo, instável e contemporâneo. Também é clara e indubitosa a possibilidade de conflituosidade interna entre os titulares, até mais acentuada do que no interesse coletivo, já que no interesse difuso a ligação entre os membros titulares são circunstâncias de fato.

Ainda precisa ser dito que o interesse difuso é heterogêneo e isso decorre do fato de que o vínculo que une os seus titulares é circunstancial (habitantes de uma mesma região, consumidores de um mesmo produto etc.), ao passo em que o interesse coletivo é homogêneo na medida em que a coletividade persegue interesses previsivelmente queridos pelos seus membros. Aliás, é justamente o vínculo organizacional e corporativista de uma categoria que prevalece no interesse coletivo, resultando daí a homogeneidade mencionada.

Também se assevera que se os interesses difusos possuem uma “veia pública” porque a indeterminabilidade de seus sujeitos pressupõe o raciocínio de que o interesse em jogo é disperso de tal maneira que atinge um número ilimitado de pessoas, dando-lhe uma conotação publicista. Já os interesses coletivos são

coletivos seja para dez, vinte, trinta ou mil pessoas, porém sempre determináveis. Visam ao benefício de cada uma dessas pessoas enquanto partícipes dessa coletividade e mais ninguém que não seja titular desse interesse. Exatamente por isso é que se diz possuir uma veia privatística (da categoria).

Não nos olvidemos de que, muito embora o Código tenha utilizado a expressão *transindividual* tanto para o interesse coletivo quanto para o interesse difuso, não nos parece que essa transcendência do indivíduo possa ser vista da mesma forma para ambos os casos. Isso porque o interesse coletivo refere-se a categorias determinadas de pessoas, daí se excluindo qualquer outra, ou seja, há um cunho egoístico inexistente nos direitos difusos. O interesse é do grupo, mas que em última análise visam beneficiar os próprios titulares desse grupo.

Em contrapartida, o interesse difuso não é um direito que pertença a uma categoria que possua fins próprios e se organize para atender às necessidades de uma categoria. Pelo contrário, o interesse difuso é assim entendido porque, objetivamente, é algo que pertence a todos e a cada um, sem poder de exclusão de quem quer que seja.

#### 11.3.1.2. Os coletivos propriamente ditos

A redação do inciso II (interesses coletivos) do art. 81, parágrafo único do CDC faz crer que o titular é um grupo, categoria ou classe de pessoas. O vínculo que permite identificar (*rectius* = determinar) vem descrito da seguinte forma na norma em comento: *ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base*. Significa dizer que o grupo, a categoria ou a classe de pessoas estão ligadas entre si (relação institucional como uma associação, um sindicato, uma federação etc.) ou, alternativamente, é possível que esse vínculo jurídico emane da própria relação jurídica existente com a parte contrária. A relação “entre si” a que alude o legislador, pode-se dar antes de um ilícito ou ser derivada de um ilícito comum. Certamente que no primeiro caso existe uma maior coesão e, portanto, menor conflituosidade interna.

A preocupação do legislador em estender a proteção ao grupo de pessoas que não possuam vínculo entre si, mas sim com a parte contrária, decorre do fato de que não sendo obrigatório o associativismo (liberdade pública) é possível que mesmo a pessoa não sendo associada a uma categoria, ainda assim seja titular de um direito coletivo, pelo simples fato de que possui, como o associado, uma relação jurídica base com a parte contrária.

Pensamos que a utilização da expressão *parte contrária* pelo legislador não se deu por acaso porque muitas vezes a relação base terá sua gênese num ilícito transformado em lide. Enfim não será pré-existente à lide, mas existente na lide deduzida em juízo.

Assim, por exemplo, será titular de direito coletivo e portanto atingido pela coisa julgada, tanto aquele que seja quanto o que não seja sindicalizado, numa demanda proposta pelo sindicato para obrigar o patrão a colocar filtro sonoro no interior da fábrica.

Portanto, não é o vínculo associativista (necessidades comuns traduzidas num ente representativo) que faz com que o direito seja coletivo, mas sim o seu objeto, como foi dito alhures. Exatamente por isso parece ser a crítica de Vigoritti à definição proposta por Gianninni quando fala que os interesses coletivos possuem um portador adequado ao qual denominou de *ente esponenziale*. Segundo Vigoritti, também os interesses coletivos que não possuíssem ente portador adequado mereceriam dita tutela. Segundo pensamos a crítica é pertinente e a sua razão reside no fato de que o interesse coletivo (organizado entre si ou não) será coletivo por causa do seu objeto indivisível que pertença a um número determinável de titulares, tal como expusemos no texto. Este parece ter sido o motivo de se ter dito no art. 81, parágrafo único, II do CDC que o titular é o grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base. Nesta hipótese, o nível de organização do interesse coletivo existiria pelo aspecto objetivo (objeto indivisível).

Se o objeto é indivisível, a sua tutela implicará em sujeitar todos os seus titulares aos limites da coisa julgada, independentemente destes mesmos titulares serem ou não pertencentes a uma mesma associação, sindicato etc. As expressões *grupo, categoria ou classe* de pessoas deve ser compreendido como classe de pessoas que sejam titulares (enquanto coletividade) de um objeto indivisível. Aliás, a regra da coisa julgada prevista no art. 103, II é correspondente ao art. 81, parágrafo único II, e confirma o que foi afirmado no texto. Tanto que fala em coisa julgada *ultra partes, mas limitada ao grupo, categoria ou classe*, expondo claramente que a coisa julgada neste caso não se aplica somente ao ente coletivo impulsionador da demanda, mas àquelas pessoas que estejam a ele filiadas ou não, enfim, àquelas pessoas que sejam titulares do objeto tutelado.

### 11.3.2. Os interesses acidentalmente coletivos (individuais homogêneos)

Já em relação à terceira categoria de *interesses coletivos lato sensu*, os individuais homogêneos, previstos no art. 81, parágrafo único, III do CDC, percebe-se que o legislador foi econômico em definições, tendo referido apenas que são aqueles de origem comum. O precursor da expressão *individuais homogêneos* foi Barbosa Moreira, expoente maior do direito processual brasileiro, que ao fazer uma análise sobre a *class action for damages* do direito norteamericano referiu-se a estes direitos como *um feixe de interesses individuais homogêneos e paralelos*. Como bem disse tal jurista, tais direitos são *acidentalmente coletivos*, porque ontologicamente, na sua raiz, não guardam uma natureza coletiva. Com isso se

quer dizer que apenas por ficção jurídica o legislador permitiu que em casos específicos de interesse social, “assumida a natureza divisível do objeto, ou, a rigor, a multiplicidade de objetos, que pertencem a cada um dos interessados”<sup>38</sup> (indeterminados num primeiro momento), fossem tais direitos tratados de modo coletivo, ou seja, permitindo que se lhes aplicasse também todas as regras de direito processual coletivo contidas no próprio CDC ou na ação civil pública, seja para dar maior efetividade ao direito material invocado, seja por economia processual. Trata-se, pois, de uma técnica legislativa de dar tratamento molecular a direitos individuais que guardem entre si uma relação de parentesco quanto ao fato que os originou, sendo que na hipótese seria inviável o uso do litisconsórcio.

Embora esta modalidade de interesse não constitua objeto de nosso estudo, é importante salientar que a sua tutela representa um *plus* para o jurisdicionado na defesa dos interesses individuais. Assim, precipuamente para os casos em que exista uma relevância social, seja inviável a formação do litisconsórcio e sejam comuns as questões de fato e de direito.

Depreende-se a exigência da relevância social para a sua tutela, pelo sistema processual coletivo, pela simples leitura dos dispositivos que cuidam mais diretamente desta modalidade de interesse. Assim, o art. 94 fala em publicação de edital para conhecimento dos interessados (e bem se sabe que as regras que justificam um edital residem no fato de ser desconhecido ou incerto o réu ou interessado). Mas não é só, já que também o art. 95 prevê que a sua sentença seja condenatória genérica, admitindo que o pedido, portanto, seja também genérico (não identificado o titular e nem apurado ainda o prejuízo deste mesmo titular). Já o art. 100, parágrafo único, dá ensanchas à compreensão de que o interesse que justifica ser tratado como individual homogêneo é justamente aquele que, pela relevância e extensão, não há como se determinar seus titulares individuais e nem mesmo os prejuízos sofridos por cada um, deixando essas duas tarefas para a ação liquidatória. Exatamente por isso, podemos dizer, com relação aos interesses individuais homogêneos, que, como bem diz Ada Pellegrini Grinover,<sup>39</sup>

a ação indenizatória, num primeiro momento, terá natureza indivisível, porque só vai dizer respeito à existência do dano e condenar ao dever genérico de indenizar; mas, num segundo momento, vai se desdobrar nas pretensões individuais, de modo que cada beneficiário se habilitará para ter a sua indenização.

Corroborar essa afirmação o fato de que a coisa julgada nessa modalidade de interesse é erga omnes, para atingir aqueles (que não se sabe ainda) que

38. SILVA F., Luiz Paulo Araujo da. *Op. cit.*, p. 15.

39. A coisa julgada perante a Constituição, a Lei de Ação Civil Pública, O Estatuto da Criança e Adolescente e o Código de Defesa do Consumidor. Livro de estudos jurídicos, n. 5, p. 412).

pertençam à situação tutelada. A identificação prévia das pessoas que seriam tuteladas (cada um dos supostos titulares do interesse individual já na propositura da demanda) desnaturaria qualquer tentativa de taxá-lo como *interesse individual homogêneo*, nos moldes tratados pelo sistema processual coletivo, visto que estaríamos diante de uma substituição processual tradicional, cujas regras seriam inaplicáveis.

#### 11.4. Interesses difusos e interesse público

A dicotomia entre o Público e o Privado surgiu do liberalismo, onde entendia-se por público tudo que não fosse particular, dada a supervalorização do individual e quase nenhuma participação ou intervencionismo estatal. Foi somente com o Estado Social que o Estado passou a ter uma atuação mais presente, positiva, tendo por incumbência o dever de dar ao cidadão as garantias sociais. É daí que surgem as normas programáticas, que encerram direitos do povo e deveres do Estado. Nesse diapasão, é perceptível que o modelo **público/privado** já não servia mais para atender à filosofia e princípios exigidos pelo Estado social. Assim, fazia-se necessária uma revisitação do conceito de interesse público, não mais visto apenas como algo residual ao interesse particular, ou então, para se manter a conceituação já existente, seria mister enxergar uma nova ordem de direitos situados no hiato da referida dicotomia do Estado liberal: os direitos difusos.

Com esse introito estamos aproximando sensivelmente o interesse público do interesse difuso. A distinção é tormentosa e não há posicionamento sedimentado a respeito do assunto. A doutrina limita-se a fazer referência sobre um e outro interesse sem se preocupar em definir onde um começa e onde o outro termina.

Há, sem dúvida, uma insuficiência jurídica em precisar quais seriam os interesses públicos, criando-se uma identificação que fosse perene e servisse para todas as situações de fato. Dizer simplesmente que o interesse público é o interesse geral, o bem-estar, que são as necessidades coletivas, etc., é ser demasiadamente abstrato e permanecer numa zona grisea e indefinida.<sup>40</sup>

Dada a existência de vários interesses dispersos na sociedade (v.g. o interesse dos moradores de um bairro pode não ser o mesmo do restante dos municípios) torna-se inviável e impossível, para ser mais exagerado,

40. Exatamente por isso temos que uma coisa "é a estrutura do interesse público, e outra é o próprio delineamento, no sistema normativo, de qual ou tal interesse que, perante esse mesmo sistema, seria reconhecido como dispondo dessa qualidade". (MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Op. cit.*, p. 65-6).

a formulação de um conceito suficientemente genérico (do interesse público) para abranger um número muito grande de situações, envolvendo opções entre uma pluralidade de interesses dispersos pela sociedade, na maior parte dos casos excludentes.<sup>41</sup>

Aliás, é justamente por isso que Gianninni<sup>42</sup> fala em *interesses públicos heterogêneos* e que Pizzorusso<sup>43</sup> fala em *interesses públicos concretos* e *interesses heterogêneos*. O conflito existente na descoberta de qual seria o conteúdo concreto do interesse público, segundo pensamos, deve ser visto, também, pela mudança do papel do Estado no pós-guerra (superação do Estado Liberal), pelo fato de que, atualmente, num Estado Democrático de Direito, o referido ente possui o dever de prestar (*facere* - obrigação positiva) aos cidadãos os direitos "sociais" de modo concreto, permitindo e entregando, realisticamente, a qualidade de vida aos membros que representa.

Se antes o interesse público limitava-se a ser um coadjuvante da liberdade individual, assegurando a sua plenitude, hoje a regra é bem diferente e o papel principal assumido pelo Estado não é omissivo (obrigação negativa), senão, pelo contrário, o de dar aos cidadãos os direitos sociais que possuem. Isso significa atender, primariamente, ao interesse público.

Essa revisitação do interesse público torna menos embaçado o seu conteúdo, ao mesmo tempo que faz com que os seus titulares possam conhecê-lo porque o enxergam melhor, e assim possam exigir do Estado a conduta positiva que dele se espera. É assim com o direito ao meio ambiente, direito à segurança pública, direito ao desporto, direito ao lazer, direito à saúde, direito à informação, entre tantos outros interesses que, antes escondidos no ideal liberal individualista, só a partir da metade do século passado puderam ser içados à categoria autônoma de direitos exigíveis do Estado, que, em contrapartida, tem o dever de prestá-los aos membros que representa.

Esses interesses públicos, vistos como objetivos a serem atendidos pelo Estado Social, não devem estar adormecidos sob o manto de meros programas a serem cumpridos, porque são direitos e não meras expectativas do povo, que possui instrumentos de tutela jurisdicional aptos para a efetivação de sua realização. Outrossim, considerando a regra de que o Estado é encarregado da realização de interesses públicos deve-se tomar cuidado para não presumir que toda atividade que realiza seja, sempre ela, para atender a um interesse público.

41. SALLES, Carlos Alberto de. *Execução judicial em matéria ambiental*. São Paulo: RT, 1999, p. 19-20.

42. GIANNINNI, Massimo Severo. *Diritto amministrativo*. *Op. cit.*, p. 109-110.

43. PIZZORUSSO, Alessandro. Interesse pubblico e interesse pubblici. *Rivista trim. dir. e proc. civ.*, 1972, p. 68 e ss.

Isso porque existem interesses privados do Estado que não se confundem com os denominados interesses públicos.

Admitindo-se, pois, que a República Federativa do Brasil é um Estado Democrático de Direito e que o poder que possui emana do povo, por intermédio de seus representantes, e considerando-se ainda que o Estado atua por intermédio de funções legislativa, executiva e judiciária, certamente, então, teremos que o conteúdo do que é interesse público deve estar inserido no texto constitucional brasileiro, e, portanto, a sua persecução pode ser feita por intermédio dos três poderes que o Estado atua.

Vê-se, assim, que a expressão "interesse público" invoca a presença do Estado Legislador,<sup>44</sup> ou do Estado-administrador, como salienta Mancuso.<sup>45</sup>

É, pois, na seara do direito administrativo que a presença do interesse público, sua definição e seu conteúdo se veem mais presentes, mais nítidos, já que pela atuação do princípio da legalidade e da supremacia do interesse público sobre o interesse privado não pode haver um só ato administrativo que não seja motivado pelo interesse público, com raiz mediata sempre na Constituição Federal. Embora a atuação do legislativo devesse ser mais clara ainda na identificação do interesse público, não é o que ocorre, justamente porque as leis têm sido criadas e manipuladas para atender a uma minoria. Em última análise todos os poderes devem atender ao interesse público nas funções que exercem.

À afirmação do notável jurista haveria de se incluir, também, o próprio Poder Judiciário, por exemplo, quando se vê diante da "adjudicação de interesses difusos (...)” no dizer de Salles<sup>46</sup>. Prossegue o autor:

Na verdade, qualquer decisão social, produzida ou não através dos vários mecanismos estatais, incorpora opções por um entre vários interesses relevantes, traduzindo uma dada avaliação sobre qual deles, em uma determinada alocação de recursos públicos (bens ou serviços), melhor atende ao objetivo social que se quer alcançar por meio de uma determinada ação. A essência de qualquer política pública, levada adiante pelo executivo, legislativo ou judiciário, é distinguir e diferenciar, realizando a distribuição dos recursos disponíveis na sociedade.<sup>47</sup>

Pelo que foi exposto, portanto, o Estado, nas três esferas de poder (legislativo, executivo e judiciário), realiza o interesse público em cada momento

44. Quando cria uma lei, certamente que o Estado está comprometido com o interesse público. Neste momento terá optado pela proteção deste ou daquele interesse disperso na sociedade. Para Giannini a concretização do interesse público se dá com a lei ou com a jurisprudência. (*Diritto amministrativo*, p. 110).

45. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Op. cit.*, p. 30.

46. SALLES, Carlos Alberto de. *Op. cit.*, p. 62.

47. *Idem, ibidem*.

específico que exercita a sua função típica, levando em consideração as regras basilares da Constituição Federal.

Tendo em vista o que foi exposto, o conteúdo do interesse público é definido em cada caso concreto no exercício das funções por cada ente político competente para tal. Exatamente por isso, colocamos em xeque a existência de um interesse público geral que não seja o abstrato (bem-estar, harmonia da sociedade, ordem pública etc.), porque quando se pretende exercê-lo na prática certamente que diversos interesses serão excluídos da noção de interesse público por 'opção' do ente político no exercício de sua função.

Diante disso, preferimos dizer que o acerto está com Colaço Antunes<sup>48</sup>, para quem os interesses públicos "são finalidades concretas, que os órgãos e entes públicos devem realizar, e que num ordenamento de base pluralista há tantos interesses públicos como comunidades existentes no âmbito do mesmo". Nesse ponto concordamos com o referido autor lusitano, porque, após o surgimento do Estado Social, e com o "surgimento" do interesse difuso, este nada mais é do que

uma *specie do genus* interesse público, isto quer dizer que o interesse público como entidade única não existe mais, ou melhor, existe só em abstrato, existindo na realidade, como consequência dos confrontos e dos conflitos entre particulares, públicos e coletivos, o interesse público concreto.<sup>49</sup>

Em conclusão ao que foi exposto, podemos dizer que com a transformação do Estado de liberal para social, o interesse público deixou de ser *aquilo que não era individual* para ser *aquilo que é do povo*. Essa mudança de postura estatal (de omissiva a comissiva) fez com que diversos direitos relativos à entrega de qualidade de vida passassem a ser exigidos pela sociedade, impondo-se um dever ao Estado de prestá-los. Nesse ponto, o papel do Estado passou a ser o de efetivar os interesses públicos primários (cujo titular é o povo), separando-os daqueles que correspondem ao seu interesse privado (secundário) e que só podem ser perseguidos quando não confrontem com o interesse primário. O conteúdo desses interesses primários, numa sociedade pluralista como a nossa, só se define no caso concreto pela proteção desta ou daquela situação pelo ente político competente no exercício de sua função. O fim almejado na adoção desta ou daquela posição pelo Estado deve ter por norte as regras e princípios constitucionais abstratamente considerados. Os direitos difusos seriam, portanto, esses interesses protegidos pelo Estado em cada caso concreto. Isso permite-nos antever a existência de "choques" de interesses difusos dentro de uma mesma comunidade, cabendo ao Estado, no exercício da função, proteger este ou aquele segundo os ditames constitucionais. Estes choques serão resolvidos pelo uso do

48. ANTUNES, Luis Filipe Colaço. *Op. cit.*, p. 38.

49. *Idem, ibidem*.

princípio da proporcionalidade, que permite sobrepor, usando a máxima do sopesamento (mal maior e mal menor no caso concreto) qual deve ser o princípio utilizado pelo operador do direito, e, portanto, qual o interesse tutelado.

Aliás, a maior prova disso pode ser verificada com a leitura de dispositivos da ação popular e da lei de improbidade administrativa, especialmente o art. 6º, §3º, da Lei de Ação Popular (Lei 4717/65) e art. 17, §3º, da Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/94). Como estas duas normas visam a proteção do patrimônio público, é obrigatória a citação do ente político correspondente (União, Estado ou Município). Embora citado, poderá aderir ao polo ativo como litisconsorte do autor ou atuar na condição de réu. Ora, a decisão de aderir ao polo ativo ou passivo é motivada pelo interesse público, ou seja, o ente político assume a posição de réu ou de autor de acordo com o seu *juízo* de que é lá ou aqui que se defende o interesse público. Trata-se de uma decisão que manifesta-se inexoravelmente em qual polo atuar. Quando atua como réu, por exemplo, contestando uma ação popular ajuizada para anular ato lesivo ao patrimônio público, é porque adota a posição de que o ato não foi lesivo e que o interesse público está no ato que foi objeto da demanda popular. Em última análise, quem determinará aonde se encontra o interesse público é o Poder Judiciário, se considerar existente ou não a lesividade mencionada. A posição do juiz, certamente, poderá ser em favor do autor popular (interesse público), contrariando a expectativa do ente político de que estaria defendendo o interesse público. A pergunta que poderia ser feita é a seguinte: que interesse então teria defendido o ente político? Interesse "privado-secundário" ou interesse de uma comunidade menos extensa do que a tutelada pelo judiciário?

### 11.5. Ação civil pública, discricionariedade administrativa e políticas públicas

Como já foi dito anteriormente, em muitos casos a ação civil pública tem feito o papel de algoz do Poder Público, na medida em que lhe impõe a realização de condutas e ressarcimento de prejuízos causados pela má execução das políticas públicas. De outra parte, tem se discutido bastante a possibilidade de se obter, pela via judicial da ação civil pública, não apenas o controle da política pública, mas, precisamente, a sua escolha. Neste caso, se permitida a sua utilização para tais hipóteses, a ação civil pública representará um limitador natural aos atos políticos, reduzindo a pó o fenômeno da discricionariedade (já cambaleado pelo princípio constitucional da eficiência), e, permitindo que o Poder Judiciário adentre em terreno da Administração Pública. Neste caso, funcionará como meio judicial de controle de um tipo de ato administrativo que há algum tempo era intocável pelo Poder Judiciário.

A permissão de utilização da ação civil pública como forma de controle na escolha da política pública pode ser sem dúvida um importantíssimo instrumento de prevenção de improbidades e desperdício de dinheiro público, mas por outro

lado, pode acabar interferindo num dos poucos e residuais campos ainda existentes da discricionariedade administrativa.

A ação civil pública, em casos tais, se utilizada, não pode servir, jamais, como um meio de permitir ao Judiciário exercer a função administrativa, sob pena de se ferir o princípio constitucional da tripartição de poderes.

Tal celeuma, condizente exatamente ao âmbito de atuação do Poder Judiciário no que tange a função administrativa, e também a legislativa, não é fenômeno atual, estando presente desde o momento em que se apercebeu que aquele antigo modelo positivista, já comentado, em que o Judiciário se colocava como mero repetidor da lei (esta, geral e abstrata, além de ser perfeita e completa dentro de um sistema de direito positivo), não mais era suficiente para garantir o bem-estar da população e, pior, a pretensa isonomia, que se pretendia resguardar, havia se transformado, diante do sistema positivista, em um campo em que as desigualdades eram ainda mais flagrantes. Não se igualavam os cidadãos, mas, pelo contrário, as desigualdades eram ainda mais claras.

Diante deste quadro, com o surgimento do Estado Social, clara se tornou a necessidade de que o Estado interferisse na esfera particular dos cidadãos, para que um nível mínimo de proteção permitisse o bem-estar dos cidadãos, garantindo, aí sim, condições de igualdade de oportunidades entre eles. O grande responsável, neste momento inicial, pela implementação dessas garantias, foi, sem dúvida alguma, o Poder Executivo, a quem cabia o planejamento e criação de políticas que permitissem tal equalização social.

A Constituição Federal de 1988 é pródiga no que diz respeito a proteção de direitos mínimos ao cidadão, os quais se colocam, inclusive, como inafastáveis, qualquer que seja a orientação política que esteja no poder.

O que se percebeu, porém, foi a inoperância da Administração, desde seu surgimento, em operacionalizar e viabilizar tais direitos, enquanto que matérias supérfluas recebiam atenção soberana por parte dos governantes. Qual deveria ser, então, a posição a ser tomada pelo Poder Judiciário? Deveria ficar de mãos atadas, como mero "expectador", tal como o Juiz "Pilatos" da era positivista? Ou deveria ser ativo, controlando, inclusive, as políticas públicas adotadas pelos governantes?

Em trabalho de grande profundidade sobre o tema, Américo Bedê Freire Júnior<sup>50</sup> aborda as posições pela resposta positiva e negativa à questão.

A doutrina mais tradicional, conservadora, opõe, basicamente, três críticas à possibilidade. Basicamente, são elas: falta de legitimidade (vez que, no caso do

50. FREIRE JR., Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: RT, 2005.

Brasil, os magistrados não teriam sido eleitos pelo voto popular, o que, via de consequência, retiraria a legitimidade desta intervenção, caracterizando invasão na esfera de competência do Executivo); admitir essa intervenção judicial significaria colocar o Judiciário como um superpoder, visto que poderia sempre controlar, mesmo que por razões não tão confessáveis, os atos dos demais poderes (mais uma vez, acarretaria quebra na separação de poderes); essa quebra de parcialidade, por fim, traria consequências maléficas no que tange a imparcialidade dos juízes, tendo em vista que o jogo político é incompatível com posições neutras e imparciais.<sup>51</sup>

Para aqueles que aceitam tal controle judicial (corrente à qual nos filiamos), tais argumentos não resistem a uma análise um pouco mais aprofundada. Argumento irrefutável diz respeito à atribuição de um caráter absoluto ao princípio da representatividade, o qual não pode ser aceito, especialmente quando temos em mente que não há direitos absolutos na Constituição Federal, nem mesmo os fundamentais.

Como bem coloca Américo Bedê,

há muito já foi dito que a eleição não corresponde a um cheque em branco e que, portanto, a atuação parlamentar deve respeito à Constituição, devendo o magistrado ter sensibilidade para permitir que a Constituição seja respeitada pelas forças políticas.<sup>52</sup>

No mesmo sentido, em artigo recentemente publicado na Revista de Direito Administrativo, José Joaquim Gomes Canotilho, ao afirmar o dever do Poder Judiciário de não se curvar a políticas públicas que limitem direitos constitucionais, tendo em vista que os direitos constitucionais devem ser postos acima das políticas, determinadas pelas contingências do período histórico vivido (cita, especificamente, em seu artigo, exemplo das políticas anti-terroristas, as quais, claramente, limitam direitos de liberdade dos cidadãos), assim se manifesta, ao comentar decisão da Corte Constitucional Alemã, a qual foi contra extradição de cidadão por crime de terrorismo:

Não deixaram – os juízes que votaram o acórdão por maioria – de ser acusados (desde logo por alguns dos colegas dissidentes) de demonstrarem pouca sensibilidade no combate ao terrorismo. A mensagem, porém, foi clara: *não peçam a um tribunal de garantias para se transmutar numa instância administrativa de execução das políticas de combate ao terrorismo. O terrorismo não causou terror aos juízes, embora deva ser levado a sério.*<sup>53</sup> (grifo nosso)

51. FREIRE JR., Américo Bedê. *Op. cit.*, p. 51-53.

52. *Idem.* p. 61.

53. CANOTILHO, J. J. Gomes. Um olhar jurídico constitucional sobre a judicialização da política. *Revista de Direito Administrativo*, n. 245, mai./ago. 2007, p. 87-95. São Paulo: Atlas, 2007.

Concluindo com maestria, bem resume Américo Bedê: “A regra da maioria não pode ser absoluta sob pena de superarmos a ditadura de um tirano e criarmos a ditadura da maioria (mil tiranos)”<sup>54</sup>. Assim, acima das políticas escolhidas pela Administração, posta-se a Constituição Federal e seus direitos fundamentais, direitos estes cujo conteúdo mínimo deve ser colocado acima da vontade do político, via de consequência, acima de qualquer política pública que se choque contra essa previsão constitucional.

Como bem já colocado, esta é celeuma ainda bastante viva no Poder Judiciário, não sendo raras as posições conservadoras, as quais ainda mantêm um posicionamento afastado da realidade e “inerte”, diante das escolhas políticas da Administração.

Não obstante, vale citar que o Superior Tribunal de Justiça, bem como o Supremo Tribunal Federal, já vêm se manifestando de forma diversa, como se apercebe do seguinte julgado, cujas passagens mais importantes são ressaltadas:<sup>55</sup>

ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. ART. 127 DA CF/88. ART. 7. DA LEI Nº 8.069/90. DIREITO AO ENSINO FUNDAMENTAL AOS MENORES DE SEIS ANOS “INCOMPLETOS”. NORMA CONSTITUCIONAL REPRODUZIDA NO ART. 54 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. NORMA DEFINIDORA DE DIREITOS NÃO PROGRAMÁTICA. EXIGIBILIDADE EM JUÍZO. INTERESSE TRANSINDIVIDUAL ATINENTE ÀS CRIANÇAS SITUADAS NESSA FAIXA ETÁRIA. CABIMENTO E PROCEDÊNCIA.

1. O direito à educação, insculpido na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente, é direito indisponível, em função do bem comum, maior a proteger, derivado da própria força impositiva dos preceitos de ordem pública que regulam a matéria.

2. O direito constitucional ao ensino fundamental aos menores de seis anos incompletos é consagrado em norma constitucional reproduzida no art. 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90):

Art. 54. É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente:

(...) V – acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um; (omissis)

(...)

5. Releva notar que uma Constituição Federal é fruto da vontade política nacional, erigida mediante consulta das expectativas e das possibilidades do que se vai consagrar, por isso que cogentes e eficazes suas promessas, sob pena de restarem vãs e frias enquanto letras mortas no papel. Ressoa inconcebível que

54. FREIRE JR., Américo Bedê. *Op. cit.* p. 128.

55. Recurso Especial 753565/MS, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, Julg. 27.03.2007, Pub. 28.05.2007, DJ p. 290.



direitos consagrados em normas menores como Circulares, Portarias, Medidas Provisórias, Leis Ordinárias tenham eficácia imediata e os direitos consagrados constitucionalmente, inspirados nos mais altos valores éticos e morais da nação sejam relegados a segundo plano. Prometendo o Estado o direito à creche, cumpre adimpli-lo, porquanto a vontade política e constitucional, para utilizarmos a expressão de Konrad Hesse, foi no sentido da erradicação da miséria intelectual que assola o país.

O direito à creche é consagrado em regra com normatividade mais do que suficiente, porquanto se define pelo dever, indicando o sujeito passivo, *in casu*, o Estado.

6. Consagrado por um lado o dever do Estado, revela-se, pelo outro ângulo, o direito subjetivo da criança. Conseqüentemente, em função do princípio da inafastabilidade da jurisdição consagrado constitucionalmente, a todo direito corresponde uma **ação** que o assegura, sendo certo que todas as crianças nas condições estipuladas pela lei encartam-se na esfera desse direito e podem exigi-lo em juízo. A homogeneidade e transindividualidade do direito em foco enseja a propositura da **ação civil pública**.

7. A determinação judicial desse dever pelo Estado, não encerra suposta ingerência do judiciário na esfera da administração.

Deveras, não há discricionariedade do administrador frente aos direitos consagrados, quicá constitucionalmente. Nesse campo a atividade é vinculada sem admissão de qualquer exegese que vise afastar a garantia pética.

8. Um país cujo preâmbulo constitucional promete a disseminação das desigualdades e a proteção à dignidade humana, alçadas ao mesmo patamar da defesa da Federação e da República, não pode relegar o direito à educação das crianças a um plano diverso daquele que o coloca, como uma das mais belas e justas garantias constitucionais.

9. Afastada a tese descabida da discricionariedade, a única dúvida que se poderia suscitar resvalaria na natureza da norma ora sob enfoque, se programática ou definidora de direitos. Muito embora a matéria seja, somente nesse particular, constitucional, porém sem importância revela-se essa categorização, tendo em vista a explicitude do ECA, inequívoca se revela a normatividade suficiente à promessa constitucional, a ensejar a acionabilidade do direito consagrado no preceito educacional.

10. As meras diretrizes traçadas pelas políticas públicas não são ainda direitos senão promessas de *lege ferenda*, encartando-se na esfera insindicável pelo Poder Judiciário, qual a da oportunidade de sua implementação.

11. Diversa é a hipótese segundo a qual a Constituição Federal consagra um direito e a norma infraconstitucional o explicita, impondo-se ao judiciário torná-lo realidade, ainda que para isso, resulte obrigação de fazer, com repercussão na esfera orçamentária.

12. Ressoa evidente que toda imposição jurisdicional à Fazenda Pública implica em dispêndio e atuar, sem que isso infrinja a harmonia dos poderes, porquanto no regime democrático e no estado de direito o Estado soberano submete-se

à própria justiça que instituiu. Afastada, assim, a ingerência entre os poderes, o judiciário, alegado o malferimento da lei, nada mais fez do que cumpri-la ao determinar a realização prática da promessa constitucional.

(...)

16. Recurso especial não conhecido.

Não se olvide que a ação popular será um dos principais meios pelos quais a população poderá atuar, interferindo também na implementação de políticas públicas pela Administração, de modo que o Judiciário possa resguardar o conteúdo essencial dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Finalizamos com a advertência de Américo Bedê, posto que, especialmente em um país como o Brasil, em que a população não atingiu um nível de maturidade que lhe permita a escolha imparcial e desvinculada de interesses econômicos (muitas vezes até mesmo por questões de extrema necessidade), não há como se afirmar a discricionariedade absoluta da Administração na implementação de políticas públicas.<sup>56</sup> Diante deste quadro, como já afirmamos, deve a ação civil pública ser importante responsável pelo controle da correta garantia dos direitos fundamentais previstos na Constituição, para que estes não sejam postos de lado, enquanto o administrador aplica o orçamento público em questões menores, deixando de lado a preservação do conteúdo essencial garantido pela Constituição.

## 12. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA A REVISÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS: DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

Conforme mencionado, com o advento da Constituição Federal de 1988, a ação civil pública foi elevada em sede constitucional, sendo ampliados os direitos difusos passíveis de tutela pela mesma, havendo, desse modo, uma ampliação da cláusula pertinente ao objeto da ação civil pública de modo a abranger o patrimônio público e social, bem como outros interesses difusos e coletivos<sup>57</sup>. Informa a Carta Constitucional que tais direitos e interesses serão promovidos pela Administração Pública através das Políticas Públicas.

Consagrada a premissa – e não poderia ser diferente – que os objetivos previstos na CF/88 (por exemplo, os do art. 3º que orienta todo o funcionamento

56. *Op. cit.*, p. 98. Afirma o autor, com absoluta razão: “A propositura de ações pelo Ministério Público, no controle de políticas públicas, é ainda mais relevante quando se percebe que, no Brasil, a sociedade civil ainda não conseguiu se organizar a ponto de reivindicar a atuação dos representantes eleitos pelo povo”.

57. FRONTINI, Paulo Salvador. Ação Civil Pública e separação dos poderes do Estado. In: MILARE, Edis. Ação Civil Pública – Lei 7.347/1985- 15 anos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 672.

do Estado e a organização da sociedade; art. 124 que trata da política nacional de educação; art. 170 que trata do emprego; art. 196 que dispõe sobre a saúde; entre outros dispersos no corpo Constitucional) são juridicamente vinculantes para todos os órgãos do Estado, e para os detentores do Poder Econômico fora do Estado, torna-se imperiosa e inafastável o controle judicial das políticas públicas.

Apesar desta previsão constitucional, do manejo da ação civil pública para a proteção e efetivação desses objetivos, muito se discutia acerca da viabilidade do controle jurisdicional das políticas públicas por causa do princípio da tripartição de poderes, também previsto constitucionalmente dentre cláusulas pétreas. Desse modo, entendia-se que tal controle apenas seria possível nos casos em que a atividade da administração fosse vinculada pela lei, excluindo tal hipótese quando a atividade administrativa fosse discricionária, ou seja, quando a lei permite ao administrador escolher dentre as várias possibilidades de acordo com a oportunidade e conveniência da administração.

No entanto, o princípio da separação de poderes sofreu uma releitura, conforme salienta o Ministro Humberto Martins em seu voto proferido no REsp 1.041.197:<sup>58</sup>

Entendo que, a partir da consolidação constitucional dos direitos sociais, a função estatal foi profundamente modificada, deixando de ser eminentemente legisladora em prol das liberdades públicas, para se tornar mais ativa com a missão de concretizar políticas de transformação da realidade social. Com isso, não só o Poder Executivo, mas também o Poder Judiciário sofreram alterações em sua estrutura funcional, de modo a possibilitar a efetividade dos direitos sociais. Se, de um lado, a administração pública recebeu a incumbência de criar e implementar políticas públicas necessárias à satisfação dos fins constitucionalmente delineados, de outro, o Poder Judiciário teve sua margem de atuação ampliada, como forma de fiscalizar e velar pelo fiel cumprimento dos direitos sociais constitucionalmente garantidos. A ilicitude gerada pelo não-cumprimento injustificado do dever da administração pública em implementar políticas de governo acarreta a desarmonia da ordem jurídica, o que faz merecer correção judicial, sob pena de transformar em letra morta os direitos sociais. Assim, pode-se dizer que o princípio da separação dos Poderes – inicialmente formulado em sentido forte, até porque assim o exigiam as circunstâncias históricas – nos dias atuais, para ser compreendido de modo constitucionalmente adequado, exige temperamentos e ajustes à luz de diferentes realidades constitucionais.

Nesse sentido, decisão recente do STF, nos autos da ADPF-45, que pode ser considerada como um marco para uma nova interpretação do princípio da separação dos Poderes:

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário – e nas desta Suprema Corte em especial – a atribuição

58. STJ – REsp. 1.041.197/MS – Rel. Ministro Humberto Martins – 16/09/2009.

de formular e implementar políticas públicas, pois nesse domínio, o encargo reside, primeiramente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência no entanto, embora em bases excepcionas, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. (STF. ADPF – 45 MC/DF. Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 29.4.2004, DJ 4.5.2004.)

Como se não bastasse, conforme fora mencionado, esta discricionariedade possui um campo reduzido pela finalidade administrativa e pelos princípios e objetivos constitucionais. Destarte, a discricionariedade administrativa, geralmente invocada como forma de legitimar ações contrárias à finalidade do ato ou omissões do Poder Público no caso concreto, este último que via oblíqua, inviabiliza o exercício dos direitos e a concretização da implementação das políticas, necessita de critérios objetivos para ser auferida. Nesse sentido, leciona Maria Sylvia de Pietro:

O poder de ação administrativa, embora discricionário, não é totalmente livre, porque, sob alguns aspectos, em especial a competência, a forma e a finalidade, a lei impõe limitações. Daí porque se diz que a discricionariedade implica liberdade de atuação nos limites traçados pela lei; se a Administração ultrapassa esses limites, a sua decisão passa a ser arbitrária, ou seja, contrária à lei.<sup>59</sup>

Portanto, estabeleceu-se na doutrina e jurisprudência pátria a equilibrada e razoável tese de que o Poder Judiciário possui o poder-dever (dever-poder), com base nos princípios e objetivos previstos na Constituição Federal e tendo em vista a assegurar do que se convencionou denominar de “*mínimo necessário*” – de delimitar a margem de discricionariedade dos administradores. Portanto, tem-se na doutrina e jurisprudência brasileira que é legítima a intervenção do poder judiciário em tema de implementação de políticas públicas quando configura a hipótese de injustificável inércia ou de abuso governamental para proteção desse mínimo necessário à proteção da dignidade da coletividade.<sup>60</sup>

No tocante ao confronto entre mínimo existencial e reserva do possível<sup>61</sup>, entende-se que a reserva do possível não pode ser oposta à efetivação dos direitos fundamentais, já que não é admissível que o administrador preterir tais

59. DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 8ª ed., São Paulo: Atlas, 1997. p. 176.

60. Vide informativo 579 do STF.

61. Informa a doutrina especializada que, de acordo com a jurisprudência da Corte Constitucional alemã, os direitos sociais prestacionais estão sujeitos à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade (Krell. Andreas J. Controle judicial dos serviços públicos na base dos direitos fundamentais sociais in SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *A Constituição Concretizada – Construindo Pontes entre o Público e o Privado*. 2000, p. 41).

direitos essenciais à conservação ou asseguuração da dignidade da pessoa. Não cabe juízo de discricionariedade quanto à implementação ou não dos direitos fundamentais. Aqueles direitos que são intimamente ligados à Dignidade da Pessoa Humana não podem ser limitados em razão da escassez de recursos financeiros quando o administrador opta por alocar os recursos escassos em outros empreendimentos. Portanto, a reserva do possível não é oponível à realização do mínimo existencial.<sup>62</sup>

Nesse sentido, cita-se o seguinte precedente do STJ, publicado no informativo n. 404:

Trata-se, na origem, de ação civil pública (ACP) em que o MP pleiteia do Estado o fornecimento de equipamento e materiais faltantes para hospital universitário. A Turma entendeu que os direitos sociais não podem ficar condicionados à mera vontade do administrador, sendo imprescindível que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa. **Haveria uma distorção se se pensasse que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido para garantir os direitos fundamentais, pudesse ser utilizado como empecilho à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais.** Uma correta interpretação daquele princípio, em matéria de políticas públicas, deve ser apenas no sentido de utilizá-lo quando a Administração atua dentro dos limites concedidos pela lei. Quando a Administração extrapola os limites de sua competência e age sem sentido ou foge da finalidade à qual estava vinculada, não se deve aplicar o referido princípio. Nesse caso, encontra-se o Poder Judiciário autorizado a reconhecer que o Executivo não cumpriu sua obrigação legal quando agrediu direitos difusos e coletivos, bem como a corrigir tal distorção restaurando a ordem jurídica violada. Assim, a atuação do Poder Judiciário no controle das políticas públicas não se faz de forma discriminada, pois violaria o princípio da separação dos poderes. A interferência do Judiciário é legítima quando a Administração Pública, de maneira clara e indubitável, viola direitos fundamentais por meio da execução ou falta injustificada de programa de governo. Quanto ao princípio da reserva do possível, ele não pode ser oposto ao princípio do mínimo existencial. Somente depois de atingido o mínimo existencial é que se pode cogitar da efetivação de outros gastos. Logo, se não há comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário ordene a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político. A omissão injustificada da Administração em efetivar as políticas públicas essenciais para a promoção de dignidade humana não deve ser assistida passivamente pelo Poder Judiciário, pois esse não é mero departamento do Poder Executivo, mas sim poder que detém parcela de soberania nacional. Assim, a Turma conheceu em parte do recurso e, nessa parte, negou-lhe provimento. Precedentes citados do STF: MC na ADPF 45-DF, DJ 4/5/2004; AgRg no RE 595.595-SC, DJE 29/5/2009; do STJ: REsp 575.998-MG, DJ 16/11/2004, e REsp 429.570-GO, DJ 22/3/2004. REsp 1.041.197-MS, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 25/8/2009. (Grifo nosso)

62. Vide informativo 431 do STJ.

Desta feita, para o efetivo controle das políticas públicas, a fim de efetivar os direitos fundamentais e a Dignidade da Pessoa Humana, autoriza-se a utilização da ação civil pública, seja nos casos de omissão ou para correção da política pública, sendo esta um importantíssimo instrumento para garantir os princípios e objetivos previstos constitucionalmente.

### 13. LEGITIMIDADE PARA AGIR (ARTS. 5º DA LACP E 82 DO CDC)

#### 13.1. A escolha do rol previsto no art. 5º e art. 82 do CDC – a opção pelos entes coletivos

A legitimidade para agir constitui um dos temas centrais da tutela jurisdicional dos interesses coletivos *lato sensu*. Isso porque será o legitimado que impulsionará a demanda de repercussão coletiva. Por isso mesmo, o tema é em si mesmo importantíssimo. A importância do tema foi previamente sentida pelo legislador processual, que dispunha, das seguintes opções: a) permitir que qualquer legitimado pudesse ajuizar a demanda, à semelhança da ação popular; b) permitir que apenas entes coletivos, em tese representativos da coletividade a ser defendida, e selecionados pela lei, pudessem impulsionar a demanda; c) permitir que ambos (indivíduo e entes coletivos) pudessem propor a demanda. O legislador escolheu a segunda opção, permitindo que apenas entes coletivos pudessem propor a demanda coletiva com base na LACP e CDC. Preferiu o legislador não manter a experiência da ação popular, por entender, naquele momento, que a ação civil pública não poderia ter a sua função desviada para um papel político participativo do cidadão, e, mais ainda, porque a ACP não teria sido criada para controlar atos da administração pública. (como vimos, trata-se de posição ultrapassada, a qual deve ceder espaço a uma maior aplicabilidade dos princípios constitucionais). Destarte, diga-se ainda que a escolha feita pelo legislador levou em consideração aspecto muito importante do devido processo legal, qual seja, a legitimidade para agir deveria ser escolhida ou determinada pelas melhores chances de exercício do devido processo legal processual. Isso significa que os entes coletivos escolhidos pelo legislador seriam, pelo menos em tese, adversários muito mais difíceis de serem batidos pelos fortes oponentes que certamente ocupariam a posição de réu num processo coletivo. O ente coletivo em juízo seria uma forma de por as partes em igualdade real no processo. Isso significava dizer que a escolha do rol de legitimados levou em consideração a legitimidade em função do *contraditório* e do *procedimento*, ou seja, os escolhidos – independentemente de a quem pertencesse a titularidade do direito material – teriam maiores e melhores condições de proteger o direito coletivo – mais até do que um dos próprios titulares do direito, caso, por exemplo, o cidadão pudesse ajuizar a demanda. Essa escolha feita pelo legislador dá bem a noção da superação dos dogmas do privatismo que permeava o direito processual civil, pois a

preocupação da escolha recaiu sobre os entes que melhor pudessem alcançar um resultado justo e efetivo.

### 13.2. A verificação in abstracto dos legitimados

Na opção feita pelo legislador em colocar como legitimados à propositura da demanda supraindividual os entes coletivos, afastando o indivíduo desta possibilidade, o legislador seguiu caminho diverso do existente no diploma americano, que lhe serviu de inspiração. Lá, tanto o cidadão, quanto entes coletivos podem ser legítimos para a propositura de uma *class action*. É que o sistema americano transfere, do legislador para o juiz, a verificação das condições e requisitos para exercício adequado da ação coletiva, deixando o magistrado livre para investigar se naquele caso concreto o portador dos interesses coletivos representa adequadamente a coletividade. Essa representação adequada não diz respeito apenas à representatividade que o mesmo possui em relação aos que serão atingidos pela decisão, mas também se tal **portador** tem condições de representar em juízo – com reais chances de contraditório e participação processual – aqueles que ele representa.

Aqui no Brasil, como se viu, a escolha dos entes foi feita pelo legislador, que abstratamente previu que aqueles que figuram no rol de legitimados é que possuem, pelo menos em tese, a legitimidade para agir. Nesse passo, aqui no nosso sistema, o papel do juiz no controle da legitimidade é quase nenhum,<sup>63</sup> porque foi a lei que escolheu quem poderia e quem não poderia portar a tutela dos interesses coletivos. Por conta disso, e antevendo a possibilidade de que a sua escolha pode não ter sido a melhor, e considerando que o juiz é refém da regra *ope legis* da legitimidade, o próprio legislador criou um antídoto para o caso de o legitimado não representar adequadamente e assim trazer prejuízo à coletividade. O que fez? Bem, criou a regra da coisa julgada eventual, ou seja, dependendo do direito tutelado, ou só faz coisa julgada material para beneficiar os indivíduos se for precedente (direitos individuais homogêneos), ou ainda, não faz coisa julgada material se a demanda coletiva (difusa e coletiva) for julgada por insuficiência de provas.<sup>64</sup>

63. Salvo na hipótese que dispensa o requisito da pré-constituição das associações, quando exista uma situação relevante que justifique a dispensa (art. 5º, §4º, da LACP e art. 82, §1º, do CDC). Nesse caso específico, a permissão dada pelo juiz não se dá propriamente em razão da ligação da associação com o bem jurídico a ser tutelado (pois quanto a este aspecto incide a regra do art. 5º, II), mas sim em razão da necessidade de se proteger o bem supra-individual de relevante importância em face do potencial e iminente risco de dano. Isso faz com que nesse caso só excepcionalmente seja negada a legitimidade da associação para defesa do direito ou interesse supra-individual. É de se notar que o tempo previsto nos dispositivos pode ser suprido no curso da demanda (prazo de um ano), tornando inócua qualquer discussão de descabimento eventualmente feito no início da demanda.

64. Pretender comparar a legitimidade do art. 5º da LACP (art. 82 do CDC) com a representatividade adequada do sistema norte-americano, que lhe dá o rótulo de ordinária, é um grave equívoco,

Ora, isso mostra, no mínimo, a fragilidade do sistema da legitimidade *ope legis*, porque o próprio legislador reconhece que a sua escolha – a opção daqueles legitimados – poderá não refletir *in concreto* a representação da coletividade. O antídoto desenvolvido é válido e inteligente, mas certamente não afasta os riscos de uma representação inadequada e divergente das perspectivas do grupo representado. Bem por isso, no anteprojeto que prevê a criação do sistema processual coletivo, adota-se mecanismo semelhante ao americano, outorgando ao juiz o controle e verificação *in concreto* da legitimidade para agir.

### 13.3. Art. 5º da LACP e art. 82 do CDC, qual rol deve-se seguir?

A simbiose entre os dois sistemas (LACP, art. 21 e CDC, arts. 90 e 117) formam o sistema processual coletivo. Nesse passo, por ser mais antigo, o rol do art. 5º foi inicialmente absorvido pelo art. 82 do CDC, que regulava de modo mais completo o tema da legitimidade ativa para propositura das demandas coletivas. O art. 82 do CDC, durante um período, passou a ser mais amplo e, por isso, absorveu o art. 5º, até que com as alterações sofridas pelo artigo 5º, com a inclusão da Defensoria Pública (que era o órgão que mais personificava a previsão de entes despersonalizados), não se deve interpretar um dispositivo como continente do outro, mas sim como dispositivos que se completam.

Salvo na hipótese que dispensa o requisito da pré-constituição das associações, quando exista uma situação relevante que justifique a dispensa (art. 5º, §4º, da LACP e art. 82, §1º, do CDC). Nesse caso específico, a permissão dada pelo juiz não se dá propriamente em razão da ligação da associação com o bem jurídico a ser tutelado (pois quanto a este aspecto incide a regra do art. 5º, V, alínea b), mas sim em razão da necessidade de se proteger o bem supra-individual de relevante importância em face do potencial e iminente risco de dano. Isso faz com que nesse caso só excepcionalmente seja negada a legitimidade da associação para defesa do direito ou interesse supra-individual. É de se notar que o tempo

já que lá a dita representação é feita em concreto pelo magistrado, com amplos poderes nessa investigação. Ademais, a possibilidade da pessoa física que se diz titular do direito ajuizar ou ter transformada a sua demanda em ação de classe é justificada porque no direito norte-americano quanto mais envolvido for o sujeito, mais terá condições de ter deferida a representação adequada (porque pelo menos em tese participaria e brigaria mais pelo direito), dentre outros aspectos que são analisados em concreto. Outrossim, a “representação” aqui é abstrata, sem controle judicial, e o fruto dessa abstração se vê em diversos dispositivos, sendo que o mais claro de todos eles é a regra da coisa julgada *secundum eventum probationes* (art. 103, I e II, do CDC e art. 16 da LACP) e *secundum eventum litis* (art. 103, III, do CDC) que só vem demonstrar uma certa desconfiança e receio do legislador de que o legitimado possa prejudicar o direito supra-individual. Lá no sistema da *common law*, a representação adequada admite a vinculação de todos à coisa julgada.

previsto nos dispositivos pode ser suprido no curso da demanda (prazo de um ano), tornando inócua qualquer discussão de descabimento eventualmente feito no início da demanda.

Pretender comparar a legitimidade do art. 5º da LACP (art. 82 do CDC) com a *representatividade adequada* do sistema norte-americano, que lhe dá o rótulo de ordinária, é um grave equívoco, já que lá a dita representação é feita em concreto pelo magistrado, com amplos poderes nessa investigação. Ademais, a possibilidade da pessoa física que se diz titular do direito ajuizar ou ter transformada a sua demanda em ação de classe é justificada porque, no direito norte-americano, quanto mais envolvido for o sujeito, mais terá condições de ter deferida a representação adequada (porque pelo menos em tese participaria e brigaria mais pelo direito), dentre outros aspectos que são analisados em concreto. Outrossim, a “representação” aqui é abstrata, sem controle judicial, e o fruto dessa abstração se vê em diversos dispositivos, sendo que o mais claro de todos eles é a regra da coisa julgada *secundum eventum probationes* (art. 103, I e II, do CDC e art. 16 da LACP) e *secundum eventum litis* (art. 103, III, do CDC) que só vem demonstrar uma certa desconfiança e receio do legislador de que o legitimado possa prejudicar o direito supra-individual. Lá no sistema da *common law*, a representação adequada admite a vinculação de todos à coisa julgada.

#### 13.4. A legitimidade para agir é apenas para o polo ativo

A questão de se saber se a legitimidade conferida no art. 82 do CDC e art. 5º da LACP é para o polo ativo ou passivo não é de fácil desate. Parece-nos, contudo, que a legitimidade conferida aos entes coletivos arrolados no dispositivo (inclusive CDC 82) é apenas para figurar no polo ativo, qual seja, para *propor* a demanda coletiva, como, aliás, expressamente enuncia o art. 5º. Ao contrário do sistema norte-americano, de onde se inspirou o legislador para elaborar a LACP, aqui não pode o indivíduo propor a ação civil pública e nem figurar no polo passivo. Mais que isso, nem mesmo os entes coletivos são autorizados a atuar no polo passivo na defesa dos direitos difusos.

#### 13.5. A legitimidade dos entes coletivos é do tipo ordinária ou extraordinária?

Há posições nos dois sentidos. A menor corrente entende que seria ordinária, porque os entes estariam perseguindo seus fins institucionais, e a maior corrente entende que seria extraordinária em decorrência da descoincidência entre o portador da legitimidade e a titularidade do direito tutelado em juízo. Entretanto, pensamos, particularmente, seguindo uma terceira corrente minoritária, que a dicotomia clássica é inservível para classificar o tipo de legitimidade

existente na tutela jurisdicional dos interesses supraindividuais. A razão disso é que o pêndulo da discussão – ao contrário da dicotomia clássica – não recai sobre o problema de saber se o legitimado é ou não é titular do direito postulado em juízo, já que o móvel deste modelo de legitimidade gira em torno de saber quem é, pelo menos em tese, o portador que poderá exercer com melhor rendimento o contraditório e o devido processo legal, enfim, uma legitimidade ditada pelo procedimento e pelo contraditório.

Nunca é demais lembrar que dentro do conceito clássico, estuda-se a legitimidade em função dos limites subjetivos da coisa julgada. Se pretendêssemos classificar a legitimidade para as demandas coletivas (supra-individuais) em ordinária e extraordinária teríamos enorme dificuldade. Imaginemos uma demanda coletiva para proteção do meio ambiente. Se disséssemos que a legitimidade do Ministério Público seria ordinária, como aceitar o alcance e extensão dos limites da coisa julgada para aqueles que não foram parte? Por outro lado, para admitirmos que seria extraordinária, caberia sempre a irrespondível pergunta: em que hipótese seria ordinária, se é impossível a presença de todos os titulares em juízo?

Isso tudo só vem demonstrar a insuficiência da dicotomia clássica, presa ao direito material, para designar o tipo de legitimidade nas demandas coletivas. Exatamente por isso pugnamos a tese de que haveria aí uma terceira categoria de legitimidade, toda vez que a demanda coletiva tutelasse direito supra-individual. Aceitar a legitimidade como ordinária, dizendo, por exemplo, que o Ministério Público estaria perseguindo seus interesses institucionais, é criar uma nova visão do tema, já que estaria sendo olvidada a extensão dos efeitos da coisa julgada para aqueles que não teriam sido parte. Destarte, caso fosse necessário aproximar a modalidade autônoma de legitimidade a uma das duas já existentes, então a aproximaríamos da legitimidade extraordinária, afinal de contas uma coisa é certa: o titular do direito supra-individual não é aquele que é legitimado ativo para demandar.

Após as alterações trazidas ao artigo 5º, pela Lei 11.448/07, com a legitimação da Defensoria Pública para propositura de demandas coletivas, parece-nos que a situação permanece a mesma, ou seja, trata-se de uma espécie autônoma de legitimidade. Seguindo esta mesma corrente, com acerto, colocam-se Wambier, Wambier e Garcia Medina<sup>65</sup>, para quem, após afirmar a incongruência de se sustentar tanto a posição pela legitimação ordinária, quanto a extraordinária:

65. WAMBIER, Luiz Rodrigues [et al.]. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*. v. 3. São Paulo: RT, 2007, p. 316.

Em nosso entender a situação é mesmo daquelas em que não se pode buscar apoio nos conceitos aplicáveis ao processo civil tradicional. Rigorosamente se trata de buscar um novo "modelo" de legitimação, sendo pertinente, a nosso ver, sua caracterização como legitimação autônoma. O mesmo se há de dizer da legitimação da Defensoria Pública, cuja legitimação é institucional, decorrendo da incumbência que lhe foi conferida pela Constituição Federal (art. 134).

### 13.6. Outras classificações da legitimidade para agir na tutela jurisdicional dos interesses supraindividuais: legitimidade coletiva, taxativa e exclusiva (não complexa)

A legitimidade do art. 5º (art. 82 do CDC) é normalmente classificada como *concorrente e disjuntiva*, para designar o fenômeno de que existem vários legitimados para a propositura da demanda coletiva e que um não precisa da anuência do outro para propor a referida demanda. Preferimos outra terminologia para designar o mesmo significado, por entendermos ser mais correta denominá-la de legitimidade *coletiva e exclusiva (não complexa)*, já que, seguindo a esteira do insuperável monografista do tema, Donaldo Armelin, temos que a legitimidade exclusiva "resulta de uma atribuição do sistema autorizadora da prática do ato, independentemente da participação de qualquer outro agente".

Já a legitimidade complexa, em contraposição à exclusiva, significa que "para a sua corporificação, necessita-se do concurso de mais de um colegitimado". E, ao final, arremata o autor para dizer que

não se confunde tal classificação com aquela que prevê a legitimidade singular e a legitimidade coletiva, pois, nestes tipos de legitimidade, cada colegitimado tem o poder de, isoladamente, praticar validamente determinado ato, esteja ou não a possibilidade da prática do ato centrada em um único sujeito de direito ou distribuída entre dezenas e centenas. Na legitimidade complexa mister se faz, para a perfeição e eficácia do ato, a conjugação das vontades dos colegitimados.<sup>66</sup>

Trocando em miúdos, a legitimidade prevista é do tipo *coletiva*, porque vários entes a possuem (especificamente previstos na norma); do tipo *exclusiva* porque não precisam de anuência um do outro para proporem a demanda; e por fim *taxativa*, porque só os entes arrolados na lei é que receberam a atribuição de *representantes adequados* para a tutela dos interesses coletivos *lato sensu*.

### 13.7. Legitimidade do Ministério Público para a tutela dos interesses supraindividuais

A legitimidade do Ministério Público para a tutela dos interesses essencialmente coletivos (difusos e coletivos) decorre de expressa previsão infraconstitucional.

66. ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir*. São Paulo: RT, 1979, p. 28.

a saber, da Lei de Ação Civil Pública (art. 5º) e da Lei 8.078/90 – Título III do CDC (art. 82). Destarte, igualmente, a CF/88 (art. 129, §1º, III) prevê que o *parquet* tem legitimidade para a propositura de demandas que visem a tutela do patrimônio público, meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos. Essa legitimidade não lhe é exclusiva, podendo a lei estendê-la a outros legitimados. Assim o fizeram a Lei 7.347/85 (recepcionada pela CF/88) e o art. 82 do CDC. Aplica-se o art. 127 e 129, §1º, da CF/88 para legitimar a atuação do *parquet* na defesa dos direitos difusos e coletivos. Tratando-se de interesse público secundário, pertencente à pessoa jurídica de direito público interessada, é vedada a representação judicial do Ministério Público por expressa previsão do art. 129, IX, da própria Constituição Federal. Quando o MP não atuar como parte na demanda coletiva, necessariamente deve figurar como fiscal da lei, já que se trata de tutela de direito supra-individual, onde o interesse público é *in re ipsa*.<sup>67</sup> Já para a propositura de ação coletiva para a defesa de direitos individuais homogêneos é necessário que a situação tutelada refira-se a interesses indisponíveis ou de repercussão social, o que poderá se dar pela dimensão qualitativa (direitos sociais, art. 6º da CF/88) ou quantitativa do direito tutelado (ainda que patrimonial e disponível a situação tutelada tenha enorme repercussão social (art. 127 da CF/88)).<sup>68</sup>

Em se tratando de tutela de direitos essencialmente coletivos (difusos e coletivos), a eventual ação de liquidação poderá ser proposta por qualquer um dos legitimados do art. 5º da LACP ou 82 do CDC. Não obstante a imprecisão técnica do art. 15 da LACP, os legitimados já mencionados têm legitimidade para propor a ação executiva. Mesmo aqueles legitimados que não participaram do processo de declaração formador do título executivo poderão promover a execução coletiva. O prazo de 60 dias a que alude o artigo não é nem decadencial e nem prescricional, de modo que refere-se apenas ao período (60 dias contados do trânsito em julgado) em que os legitimados que não participaram da demanda cognitiva deverão esperar para propor a ação executiva.

67. Observe-se, com cuidado, que a expressão *interesses difusos e coletivos* foi usada na CF/88 antes da definição trazida pelo art. 81, § único, do CDC, que lhe foi posterior. Por isso mesmo, após o surgimento da definição legal, há que se ter cuidado para dizer que o *parquet* é legitimado para qualquer interesse coletivo em sentido estrito. Isso porque esta modalidade de interesse (art. 81, § único, II) tem índole privada, porque restrito a uma coletividade determinada. Por isso, só se admite que o *parquet* tenha legitimidade para postular a tutela de interesses coletivos propriamente ditos, se estes tiverem alguma repercussão ou interesse social, pois do contrário, por exemplo, pode-se estar autorizando a tutela de interesses coletivos (patrimoniais e disponíveis) privados de um grupo, categoria ou classe de pessoas, o que seria absolutamente inconcebível com os fins institucionais do próprio órgão.

68. O que não se admite é que o *parquet* possa promover a liquidação e execução dos direitos individuais patrimoniais e disponíveis, ainda que, pela amplitude da repercussão social tenham sido objeto de proteção por ação coletiva para a defesa de direitos individuais homogêneos nos termos do art. 95 do CDC.

A propositura da ação executiva é mera faculdade das associações civis, sendo ao contrário um dever do Ministério Público. Esse dever existe porque, havendo decisão transitada em julgado tornando certo o dever de indenizar, o Ministério Público não pode furtar-se a atender ao interesse público. Lembre-se, contudo, que esse dever está atrelado à execução definitiva (trânsito em julgado) ou quando se fizer necessária a propositura da ação de liquidação, porque não há possibilidade de alteração do julgado.

Não obstante a regra do art. 100 do CDC estar topograficamente inserida dentro do capítulo referente às regras de tutela dos direitos individuais homogêneos, tal dispositivo prevê hipótese de liquidação e execução subsidiária coletiva que em nada se compara à hipótese prevista no parágrafo anterior, que cuida de liquidação e execução de direito individual. Na hipótese do art. 100 do CDC, o que se vê é uma situação excepcional e de rara ocorrência no nosso ordenamento. Incide a regra do artigo 100 do CDC para os casos em que, obtida sentença condenatória genérica nos casos de demandas coletivas para defesa de direitos individuais homogêneos e decorrido um ano sem que o número de liquidações e execuções sejam compatíveis com a gravidade do dano e dos prejuízos causados, então poderão os legitimados do art. 82 propor ação de liquidação e respectiva execução com a finalidade de fazer com que o produto daí obtido seja destinado ao fundo a que alude o art. 13 da LACP.

Trata-se, sem dúvida, de execução coletiva, até porque o produto será destinado ao fundo de defesa dos interesses difusos e, por isso mesmo, todos os legitimados possuem a referida legitimidade. Aqui parece, à semelhança do art. 15 da LACP, que existe dever do MP na propositura da referida demanda. A presente execução coletiva tem caráter punitivo e, portanto, não se confunde – nem há *bis in idem* – com as eventuais execuções individuais.

### 13.8. A legitimidade da Defensoria Pública

A Defensoria Pública, apesar de seu relevantíssimo papel social, ficou durante anos muito relegada a um injustificado ostracismo legal, sem que o legislador se lhe outorgasse todas as possibilidades de atuação jurisdicional, tendo esse espectro sido alterado apenas com a CF/88. No que tange ao Processo Coletivo, antes da Lei nº 11.448/2007 – que primeiro previu expressamente a legitimidade da Defensoria Pública – não havia qualquer previsão de legitimidade da Defensoria Pública para a propositura da Ação Civil Pública, sendo que esta sempre fora muito questionada<sup>69</sup>.

69. Contrários a essa legitimidade, alguns juristas, pautados na Constituição Federal, art. 134 – que relaciona a atuação da Defensoria Pública aos hipossuficientes – e no art. 5º, LXXIV – que

Antes da Lei nº 11.448/2007, a legitimidade desse instituto se pautava outros diplomas legais, tais como, o Código de Defesa do Consumidor (art. 82, III, CDC), a Lei Complementar nº 80/94, a qual dispõe sobre as Defensorias Públicas da União e Territórios, bem como em entendimentos jurisprudenciais. Nesse sentido, informativo n. 0295 do STJ (25 de agosto a 08 de setembro de 2006):

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE. DEFENSORIA PÚBLICA. INTERESSE. CONSUMIDORES. A Turma, por maioria, entendeu que a defensoria pública tem legitimidade para propor ação civil pública na defesa do interesse de consumidores. Na espécie, o Nudcon, órgão vinculado à defensoria pública do Estado do Rio de Janeiro, por ser órgão especializado que compõe a administração pública direta do Estado, perfaz a condição expressa no art. 82, III, do CDC. Precedente citado: REsp 181.580-SP, DJ 22/3/2004. REsp 555.111-RJ, Rel. Min. Castro Filho, julgado em 5/9/2006

Desse modo, verifica-se que a Defensoria Pública já podia propor ações civis públicas ou coletivas, mesmo antes da Lei n. 11.448/07, à vista do permissivo contido no art. 82, III, CDC, uma vez que é órgão público destinado a exercer a defesa dos necessitados. Entretanto, para evitar maiores controvérsias acadêmicas ou jurisprudenciais, o legislador acertadamente reconheceu, por expresse, a legitimidade ativa da Defensoria Pública. Por sua vez, Ada Pellegrini Grinover, defendendo a legitimidade ampla e irrestrita da Defensoria Pública, sem a vincular aos necessitados, aduzia que:

O art. 134 da CF/88 não coloca limites às atribuições da Defensoria Pública. O legislador constitucional não usou o termo exclusivamente, como fez, por exemplo, quando atribuiu ao Ministério Público a função institucional de ‘promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da Lei’ (art. 129, I). Desse modo, as atribuições da Defensoria Pública são ampliadas por lei (...)”<sup>70-71</sup>

determina ser instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados – entendiam que a Defensoria Pública só poderia propor Ação Civil Pública aos que não possuíssem recursos financeiros. Desse modo, segundo essa corrente, este instituto não poderia atuar na defesa dos direitos difusos, uma vez que tais não possuem titulares determinados, o que não permitiria a análise financeira dos mesmos. Entretanto, esse raciocínio não prospera. Realmente, a defesa dos economicamente necessitados é a função precípua da Defensoria Pública, no entanto, não é a única. Cabe à Defensoria zelar pela viabilização do acesso à justiça, de modo que tal encargo poderá ser alcançado, não só por ações de interesse individual, mas também por demandas coletivas.

70. GRINOVER, Ada Pellegrini. Legitimidade da Defensoria Pública para Ação Civil Pública. Revista de Processo, n. 165, Nov. 2008. p. 307-308.

71. Um relevante paradigma fora produzido pelo STF no julgamento da ADIn 558 (J. 16/08/1991). O Plenário referendando o voto do Relator Sepúlveda Pertence, consagrou a interpretação ampla do art. 134 da CF/88: “A Constituição Federal impõe, sim, que os Estados prestem assistência judiciária aos necessitados. Daí decorre a atribuição mínima compulsória da Defensoria Pública. Não, porém, o impedimento de que seus serviços se estendam ao patrocínio de outras iniciativas processuais em que se vislumbre interesse social que justifique esse subsídio”.

Apesar da legitimidade da Defensoria Pública ser defendida, e inclusive exercida sem previsão legal, o legislador a previu expressamente na Lei nº 11.448/07<sup>72</sup>, que altera o art. 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, que disciplina a ação civil pública, legitimando Defensoria Pública para sua propositura das ações coletivas. No entanto, após a promulgação da Lei 11.448 em 15 de janeiro de 2007, a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP – ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, questionando a constitucionalidade da inclusão da Defensoria no artigo 5º, na Lei da Ação Civil Pública, Lei nº 7.347/85, alegando, dentre outros, que a legitimidade da Defensoria Pública para o ajuizamento das ações coletivas afetaria diretamente as funções do Ministério Público.<sup>73</sup> Observa-se, entretanto, que a tese do Ministério Público não prospera, uma vez que a legitimação para as ações coletivas é plúrima, a fim de alcançar a efetividade desses direitos fundamentais.

Como se não bastasse a improcedência da ADIn anteriormente mencionada, a legitimidade da Defensoria Pública foi calorosamente discutida pelos membros do Ministério Público no Projeto de reforma da Lei Complementar 80/94 (Lei Orgânica da Defensoria Pública), que se tornou Lei Complementar 132 de 07 de

72. “Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: (...) II – a Defensoria Pública;”

73. Nesse sentido, verifica-se a posição da Associação Nacional de Defensores Públicos – ANADep, nas razões apresentadas na ADI nº 3943/2007 movida pela Associação Nacional dos membros do Ministério Público – CONAMP: “O acesso à justiça não se limita à tutela jurisdicional individual. O direito de ingressar no sistema jurisdicional compreende ter à disposição todos os mecanismos modernos de tutela, especialmente aqueles destinados à proteção de direitos coletivos. A análise da adequação constitucional da norma ora questionada exige uma visão perspectiva da evolução histórica dos modelos de proteção dos direitos coletivos no Brasil, e sua tendência de ampliação progressiva, tanto em relação a seu objeto quanto aos agentes legitimados a utilizá-los.”. Contrário a essa sustentação, Fredie Didier Jr. discorre em seu Editorial 35, que: “Finalmente, não há qualquer sentido na alegação da CONAMP de que a Lei n. 11.448/2007 é inconstitucional. A legitimação para a tutela coletiva é conferida para a proteção dos interesses da coletividade, e não para dar mais prestígio a essa ou aquela instituição. A ampliação dos legitimados à tutela coletiva é uma tendência no direito brasileiro, que se iniciou em 1985, com a permissão de que associações pudessem promover ações coletivas, e terminará com a aprovação do projeto de codificação da legislação coletiva, que prevê a legitimação do cidadão. Por outro lado, a tese clássica de Mauro Cappelletti é no sentido da legitimação plúrima como forma mais coerente de fortalecer a efetividade dos “novos direitos” pela jurisprudência. Esta tese foi aprovada e referendada pelo constituinte no § 1º do art. 129, que trata das funções institucionais do Ministério Público, dispondo expressamente: “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”. Incide, no caso, o princípio da proibição de retrocesso toda vez que a lei legitime mais de um representante adequado para o ajuizamento da ação coletiva. Esta é a vontade da Constituição, esta é a sua direção. Inconstitucional, ao contrário, é a interpretação que restringe a legitimação conferida de maneira adequada. Vale aqui, para finalizar, o brocardo latino que determina ser na teoria dos direitos fundamentais odiosa restringenda, favorabilia amplianda.”

Outubro de 2009, a qual, alterando o art. 4º da LC 80/94, coloca como atribuição institucional da Defensoria:

promover ação civil pública e todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos quando o resultado da demanda puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes.<sup>74-75</sup>

Todavia, a legitimidade da Defensoria Pública se encontra estabelecida em lei, reconhecida e exercida pelos nossos tribunais. Tendo em vista a previsão da Lei nº 11.448/07 e da Lei Complementar 132/2009, verifica-se que a tendência atual é mitigar o modelo clássico, individualista e subjetivista, centrado na legitimidade ordinária, previsto no art. 6º do CPC, sob a faceta de *pertinência subjetiva da ação*. Essa ainda possui espaço considerável, porém, divide espaço com outro modelo, pautado no solidarismo jurídico<sup>76</sup>, o modelo objetivista.

Desta feita, no contexto da nova Lei da Ação Civil Pública é a instrumentalidade máxima que vai presidir qualquer discussão acerca da legitimidade. Isso porque, tendo em vista a natureza desses direitos – direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos – não interessa quem pleiteia perante o Poder Judiciário, mas sim o que se pleiteia, observando que uma supervalorização da questão subjetiva da legitimidade nas ações coletivas acarretaria em resultados extremamente frustrantes<sup>77</sup>. Destarte, evidencia-se que a legitimidade

74. Tal dispositivo traz alguma limitação a legitimidade da Defensoria em relação a Lei n. 11.448/2007, que a previu completamente irrestrita.

75. Analisando esse fato, sustenta José Augusto Garcia de Souza: “A legitimidade da Defensoria Pública para a Ação Civil Pública tem efeitos os mais relevantes, assim como a do Ministério Público. O que não se mostra nem um pouco transcendente é a disputa de legitimidade, quase uma disputa de territórios, ou feudos. Esse, sim, é um assunto menor, embora compreensível dentro da cultura jurídica brasileira. (...)”. Coloca, com muita propriedade, em relação a legitimidade: “Ocorre que a legitimidade traduz em uma questão política. Falar em legitimidade é falar no acesso a um dos poderes estatais, a uma função inegavelmente política, inserida no espaço público. Isso vale tanto para a tutela individual quanto para a tutela coletiva, mas é neste, não obstante, que a densidade política da questão faísca. Quem possuir a legitimidade poderá influenciar a Poder Judiciário na tomada de decisões de grande impacto para a sociedade. Assim, a legitimação coletiva evoca a participação e poder, valores eminentemente políticos.” (SOUSA, José Augusto Garcia de. In: Defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover. Organizadores Maria Clara Gozzoli, Mirna Cianci, Petrónio Calmon, Rita Quartieri. São Paulo: Saraiva, 2010, 290).

76. Trata-se de objetivo fundamental da República, art. 3º, I, da CF/88. Segundo Castro Farias: “o discurso do direito de solidariedade representa (...) a tentativa de se passar do estado subjetivo, no qual o direito havia se fechado, à fase objetiva” (In: FARIAS, Caio. A Origem do Direito de Solidariedade. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 85)

77. A lei da Ação Civil Pública, prevendo expressamente em seu art. 3º os princípios do amplo acesso à justiça e participação social (inciso I), da publicidade e divulgação ampla dos atos processuais



ativa da Defensoria Pública nas ações coletivas é inerente ao próprio objetivo da instituição, qual seja o de propiciar o acesso à justiça daqueles que não possuem métodos adequados para alcançá-la.<sup>78</sup>

### 13.9. A legitimidade para agir dos sindicatos e das associações

A legitimidade para a tutela de direitos individuais dos sindicalizados e/ou associados decorre de expressa autorização do art. 8º, III e art. 5º, XX, da CF/88 (este dispositivo fala impropriamente em representação, que deve ser entendida em sentido lato). Todavia, no tocante aos direitos supra-individuais da própria coletividade considerada no seu conjunto, a legitimidade é conferida pelo art. 129, §1º, da CF/88, combinado com os arts. 5º da LACP e 82 do CDC. Por isso não se pode confundir os casos típicos de substituição processual em que o sindicato ou associação atuem em juízo na defesa de seus associados, trazendo em juízo situação particular de cada um, pois nesses casos estar-se-á se tratando de uma demanda individual com apenas uma aparência de coletiva. Nesses casos, conquanto não exista o litisconsórcio, já que há apenas um ente representando os associados, deve o juiz aplicar a regra do art. 46, parágrafo único do CPC, pois torna-se igualmente difícil o exercício do contraditório pelo réu. A legitimidade extraordinária nesses casos de ações pseudocoletivas seria apenas uma forma de driblar o litisconsórcio, mas no seu âmago terá um cúmulo objetivo de pretensões. Registre-se, portanto, que para ser coletiva a demanda, o direito deve recair sobre um objeto indivisível, sendo o seu titular o grupo, a categoria ou uma classe de pessoas vistas em seu conjunto. É de se dizer que tais entes devem preencher os requisitos do art. 5º, V, alíneas a e b da Lei de Ação Civil Pública.

que interessem à comunidade (inciso VI), e do dever de colaboração de todos (inciso VII); além de alargar a legitimação ativa e inovar ao prever a possibilidade de audiência pública no art. 45, §2º, incrementou o caráter participativo e pluralista da tutela coletiva. (Segundo Ada Pellegrini Grinover, o alargamento da legitimação ativa consiste em uma tendência global (Grinover, Kazuo Watanabe, Linda Mullenix. Os Processos Coletivos nos Países de Civil Law e Common Law: uma análise do direito comparado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 237-238).

78. Nesse sentido, verificam-se as anotações dos doutrinadores Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery, in Código de Processo Civil anotado e legislação extravagante em vigor, 10ª Ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, p. 181: "Defensoria Pública. ACP. A LACP 5º, II (com redação dada pela L 11448, de 15.1.2007-DOU 16.1.2007) legitima a Defensoria Pública para o ajuizamento da ACP na defesa dos direitos metaindividuais (difusos, coletivos e individuais homogêneos). A legitimidade da Defensoria Pública para ajuizar ação na ação na defesa de direitos metaindividuais dos necessitados já estava prevista na CF 134 LDP 4º. A LACP 5º II conferiu legitimidade ativa à Defensoria Pública, independentemente do direito material posto em causa (legitimação autônoma para a condução do processo - *selbständige Professungsbefugnisse*). Na defesa dos direitos metaindividuais dos necessitados, pode a Defensoria Pública ajuizar ação coletiva, na qualidade de substituta processual com legitimação extraordinária para agir."

### 13.10. Litisconsórcio e assistência nas demandas difusas e coletivas

Por se tratar de legitimidade coletiva facultativa e não complexa, é possível que os legitimados da LACP atuem em conjunto ou isoladamente. Se estiverem em conjunto, ter-se-á um cúmulo subjetivo. Esse cúmulo pode se dar desde a propositura da ação no curso dela. Quando se tratar de cúmulo subjetivo desde o início, estar-se-á diante de um litisconsórcio inicial. Se formado no curso, terá ocorrido intervenção litisconsorcial voluntária sem ampliação do objeto, e devendo ser respeitadas as regras do art. 264 e 294 do Código de Processo Civil, referentes à modificação e aditamento do pedido.

Ainda sobre o litisconsórcio previsto no art. 5º da LACP e no art. 82 do CDC, é comum classificá-lo (segundo o resultado) no tipo unitário, já que a decisão seria, sempre, uniforme para todos. Entretanto, mais uma vez, não pensamos que o fenômeno da unitariedade deva ser entendido da mesma forma existente para as lides individuais, já que a uniformidade que caracteriza a *unitariedade* se dá em razão da mesma sorte da decisão no plano *processual* e *material*. No presente caso, defendendo direitos supra-individuais, a mesma sorte é apenas no plano processual, e apenas sob tal aspecto é que deve ser entendida a unitariedade do litisconsórcio. Transitada em julgado por decisão de mérito a lide coletiva, e, não tendo sido caso de *coisa julgada secundum eventum probationes* (difusos e coletivos), não poderá nenhum legitimado repropor a mesma demanda coletiva. Isso em nada prejudica, obviamente, os direitos individuais decorrentes do mesmo fato causador da violação da norma material difusa e coletiva.

Portanto, é de se ressaltar que o eventual ingresso de um dos legitimados do art. 82 do CDC ou do art. 5º da LACP não se trata de assistência, nem simples e nem litisconsorcial. Quanto à primeira modalidade, porque a assistência simples é modalidade atípica de intervenção de terceiro de índole individual (sentença proferida reconhecendo o direito do assistido beneficia o direito do assistente). Quanto à segunda modalidade, não é litisconsorcial porque esta refere-se àqueles (assistentes) que não poderiam figurar como partes desde o início da demanda, mas possuem relação jurídica de direito material com o adversário do assistido, tendo a decisão ali proferida o condão de influenciar essa relação (art. 54 do CPC). Vê-se, pois, que também está atrelada à concepção privatista, que não está em jogo quando se pensa em representantes adequados na propositura das ações coletivas. Há, sim, como se viu, a possibilidade de intervenção litisconsorcial.

A figura da assistência simples foi criada para atender aos reclames do direito individual, e, por isso, a sua estirpe não é consentânea com as lides coletivas supraindividuais. Assim, mesmo no caso da coisa julgada *in utilibus*, em que a coisa julgada coletiva pode beneficiar o direito individual de terceiro, nem

nesse caso poderia se falar em permissão da assistência simples, porque a rigor, o benefício *in utilibus* criado pelo CDC (art. 103, §3º, *usque* do CDC) não espelha nenhuma relação de conexão entre o direito coletivo (difuso ou coletivo) e o direito individual. Trata-se de uma regra que é fruto de técnica processual legislativa que potencializa a tutela (economia e efetividade) de direitos diversos (v.g., direito individual e direito difuso) que nasçam de uma mesma situação de fato.

Não obstante as observações impeditivas no tocante à possibilidade de o particular intervir na demanda coletiva ou difusa, às quais ainda se soma a vontade do legislador de que o indivíduo não tivesse legitimidade para propositura de demanda coletiva, entendendo como *adequados representantes abstratos* apenas os entes coletivos que arrolou nos arts. 5º da LACP e 82 do CDC, há situação excepcional que deve ser interpretada de forma diversa.<sup>79</sup>

Assim, é cediço que existe experiência no direito processual brasileiro, e que não causou nenhum alvoroço ou problema no ordenamento como um todo, de legitimidade para agir outorgada a um dos membros do *populus* (cidadão) para a tutela do patrimônio público. Trata-se da ação popular, cujo nome é dado em homenagem ao seu titular ativo. Tem entendido a doutrina, com acerto, que nos casos em que as demandas coletivas propostas pelos entes coletivos (art. 5º da LACP + 82 do CDC) tenham objetivo coincidente (art. 83 do CDC – qualquer tipo de tutela) com o da demanda popular (anular ato lesivo ao patrimônio público, à moralidade administrativa ao meio ambiente etc.), será possível que o cidadão ingresse na condição de algo que se aproxima da figura do “assistente litisconsorcial”, muito embora o termo não seja de todo apropriado, posto que não poderia o indivíduo ter proposto a demanda coletiva pelo sistema processual coletivo, mas certamente que poderia ter ajuizado ação popular que seria em tudo idêntica à demanda coletiva, excepcionando a nomeação da parte no polo ativo, em típico caso de duplicidade de litispendências que obrigaria a reunião das demandas iguais.

### 13.11. Litisconsórcio de Ministérios Públicos

O art. 128 da CF/88 biparte o Ministério Público em *Ministério Público dos Estados e Ministério Público da União*, neste compreendidos o *Federal*, o *do Trabalho*, o *Militar*, o *do Distrito Federal e Territórios*. Ainda seguindo no art. 128, o parágrafo quinto assevera que “Leis complementares da União e dos Estados, cuja iniciativa

79. O rol de legitimados autônomos (extraordinários) é exclusivo e por razões axiomáticas de ordem lógica, política, econômica e até jurídica não é possível ao indivíduo propor demandas coletivas, muito embora seja possível que o seu direito, enquanto membro da coletividade titular do direito, seja atingido pela decisão.

é facultada aos respectivos Procuradores Gerais, estabelecerão a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público (...)”. Por causa dessa divisão estabelecida pelo texto constitucional, visando a um melhor atendimento e rendimento das funções do *parquet* (à semelhança do que fez com os poderes do poder público), procurou fazer respeitar a regra do princípio federativo, levando a crer que cabe ao Ministério Público da União a defesa dos interesses nesse âmbito, atendendo às funções específicas de cada uma de suas subdivisões, fazendo esse mesmo raciocínio para o *parquet* estadual.

Diante disso, não seria lícito, por exemplo, admitir a propositura de ação coletiva pelo *parquet* estadual na Justiça Federal, salvo se se aplicasse na hipótese a regra do art. 109, §3º da CF/88, como será comentado adiante. Haveria de ser declarada em hipóteses como aquelas (propositura de ação coletiva pelo *parquet* estadual na Justiça Federal) a ilegitimidade para agir por absoluta incidência do art. 128 da CF/88. Nesse sentido, parece-nos que a regra litisconsorcial que permite o cúmulo de esforços não encontra guarida no texto constitucional.

### 14. O RITO A SER SEGUIDO PELA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

O procedimento – forma como se desenvolve a relação jurídica processual – é uma regra de ordem pública, que, não pode ser escolhido pelas partes e muito menos inobservado pelo juiz. É a lei que define o rito e como tal deve ser cumprido. Não obstante ser de ordem pública, o descumprimento do rito procedimental não implica necessariamente em nulidade absoluta, se e somente se a conversão ou adaptação do rito não implicar em prejuízos para as partes ou ofensa ao contraditório e ampla a defesa.

A ação civil pública é uma demanda civil utilizada para a proteção de direitos supraindividuais, e, por isso mesmo, segue uma disciplina própria que é a que resulta da combinação da LACP com o Título III do CDC. É possível que existam ações coletivas que se utilizem de diplomas processuais especiais, tais como a ação de improbidade, a ação popular, a ação direta de inconstitucionalidade etc. Todavia, é de se restar claro que não havendo norma processual coletiva específica, o regime jurídico processual/procedimental a ser utilizado precipua-mente é o *sistema processual coletivo* formado pelos dois diplomas já citados. Se houver lacuna ou conflito neste sistema, a solução deverá ser buscada no Código de Processo Civil, observando-se uma interpretação dos dispositivos que sejam atinentes à tutela coletiva (efetividade e instrumentalidade).

### 15. DESISTÊNCIA E ABANDONO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

O tema relativo à desistência e abandono de uma demanda é bastante simplificado quando se está diante de uma lide individual, patrimonial e disponível,

onde aquele que propõe e aquele que responde a demanda (exercita a ação) são exatamente as mesmas pessoas que se encontram envolvidas no referido conflito. Isso porque ninguém está obrigado a abrir a porta da tutela jurisdicional, ou seja, a decisão de propor ou não uma demanda (exercitar o direito de ação) é um poder que fica sujeito ao juízo de valoração do suposto titular do direito. Por isso, a Constituição Federal assegura o livre acesso à justiça por via do direito de ação, insculpido no artigo 5º, XXXV. Tal direito é público e diretamente relacionado com o interesse secundário do jurisdicionado em assegurar ou reparar o seu interesse primário ameaçado ou aviltado. Assim, não se confundem o direito de acionar o judiciário e o direito conflitado que se afirma ter. Por isso que quando se desiste da ação, apenas está se abrindo mão do direito processual de ação e não do direito material que na ação se afirma ter. Exatamente por isso, quando se desiste do direito de ação, o interesse primário permanece intacto, de modo que a sentença que extingui o processo em que houve desistência da ação não terá julgado o mérito (lide, pedido, objeto litigioso, pretensão, direito afirmado pelo autor), tal qual determina o artigo 267, VIII, do CPC e, por isso, jamais será acobertada pela autoridade da coisa julgada material (protegida pelo artigo 5º, XXXVI, da CF/88), podendo-se repropor a mesma demanda.

Todavia, tal princípio, como todos os demais, não pode ser absolutamente analisado, já que sofre limites impostos pelo próprio CPC. Essa limitação relaciona-se com o direito à tutela de mérito sob a cisão do réu, ou seja, uma vez demandado, passa o réu a ter tutela jurisdicional (improcedência do pedido do autor) sobre a lide levada ao poder judiciário por iniciativa do autor. Portanto, quando o artigo 267, §4º do CPC diz que depois de decorrido o prazo de resposta, o autor não poderá, sem o consentimento do réu, desistir da ação,<sup>80</sup> significa dizer que a expressão “decorrido o prazo de resposta” deve ser entendida como sendo “precluído o prazo de resposta” já que, caso o réu ofereça contestação no 4º dia do quinquídio previsto no artigo 297 do CPC, estará consumada a resposta e não existirá mais prazo para o autor desistir. Há que se lembrar ainda que nos casos de litisconsórcio necessário (pluralidade subjetiva no polo passivo da lide) não será admitida a desistência, por apenas um dos autores, ou contra apenas um dos réus, já que a eficácia da sentença depende da presença de todos os litisconsortes no processo.

Transpondo essa regra da desistência do CPC para a LACP, poder-se-ia pensar num primeiro momento que a desistência da LACP não seria possível pelos entes

80. Mesmo ocorrendo a desistência em conformidade com o referido prazo, são devidos os honorários advocatícios se o réu, ignorando a desistência feita antes da citação, e, só tomando ciência posterior da referida desistência, contrata advogado e oferece impugnação. (STJ, AG 50017-8-SC, rel. Min. Nilson Naves, j. 1º.02.1995, DJU 03.01.1995, p. 1.128)

legitimados, especialmente o . Nada disso: a legitimidade coletiva e facultativa permite que os entes legitimados possam propor ou desistir da ação proposta sem o consentimento da outra parte. Isso porque a via coletiva não fica trancada, tendo em vista o extenso rol de legitimados para a propositura da demanda coletiva. Entretanto, como o direito (difuso e coletivo) envolvido é de caráter supra-individual, e portanto de inegável aspecto social, existe um quid que diferencia o instituto da desistência no CPC e na LACP. É que neste caso a desistência tem que ser fundada. Esses motivos da desistência são analisados pelo quando qualquer outro legitimado desiste da demanda, justamente para que possa sair da condição de fiscal da lei para autor da demanda coletiva. Quando a desistência for pelo próprio , deve também ser fundada, só que o controle poderá ser eventualmente feito *interna corporis*, pela Procuradoria de Justiça competente.

É de se dizer que a possibilidade de desistência pelo MP ou o controle para determinar se se realiza a sucessão processual só ocorre no âmbito da atividade cognitiva, já que, em se tratando de processo (ou fase) de execução ou atividade executiva, o tem que assumir o processo e/ou dele não poderá desistir. No tocante à assunção da titularidade ativa pelo nos casos de abandono, entendemos que ela é obrigatória na demanda cognitiva ou executiva. Depois de assumir a titularidade ativa, o dá prosseguimento à execução em respeito ao princípio da obrigatoriedade. Todavia, tratando-se de demanda em fase cognitiva, depois de assumir, o avalia se deve ou não desistir da demanda, aplicando-se a partir daí o que foi dito para o instituto da desistência. A obrigatoriedade na assunção para os casos de abandono justifica-se pelo fato de que dessa forma não poderá incidir a regra da preempção, não obstante tal instituto ser nitidamente ligado ao conceito privatista de ação e vinculado a uma pena ao autor contumaz.

## 16. COMPETÊNCIA, PREVENÇÃO, CONEXÃO E LITISPENDÊNCIA NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

### 16.1. O critério é funcional ou territorial?

São diversos os critérios que podem ser utilizados pelo legislador para estabelecer as regras de determinação da competência. O valor da causa, a matéria envolvida, a pessoa que litiga, o local etc. Os critérios previstos pelo legislador podem regidos pelo interesse público ou admitem disposição pelas partes e, por isso mesmo, diz-se que determinado critério é de ordem pública ou de índole dispositiva. Comumente, o critério em razão da matéria é absoluto e o ditado em função do território é relativo (arts. 111 e 113 do CPC).

No caso da ação civil pública, o dispositivo (art. 2º) fala em propositura da ação no foro do local do dano, que terá competência funcional para processar e julgar a causa. Verificando-se o dispositivo, aparentemente há uma contradição, pois se é do local do dano, como poderia ser competência do tipo *funcional*?

A competência territorial leva em consideração critério geográfico e tem por finalidade precípua aumentar o contato do juiz com os fatos da causa. Já a competência funcional está relacionada com o exercício de uma função. Trata-se de função que será exercida por juízos diversos num mesmo processo ou em processos diferentes, tal como no caso da competência originária e derivada (recursal) e nos casos de penhora de bem localizado em outra comarca, respectivamente.

Como se vê no art. 2º da LACP, disse o legislador que a competência é do juízo do *local do dano*, mostrando, pois, que o *espaço geográfico*, ou seja, o *lugar* é determinante para se descobrir o juízo competente.<sup>81</sup> À primeira vista, como se trata de competência *ratione loci*, não haveria dúvidas em se admitir que estaríamos diante de uma competência territorial.

Entretanto, o texto legal não perde tempo e nem deixa que se tenha esse devaneio, esclarecendo que se trata de competência do tipo *funcional*. Na verdade, pensamos, o texto legal foi incisivo ao dizer “do tipo absoluta”, para rechaçar expressamente qualquer tentativa de interpretação que dissesse ser a competência da ACP territorial e, com isso, de natureza relativa. Na verdade, pensamos que mal nenhum teria em se dizer ser a competência *territorial*, mas com regime jurídico de cogência, de ordem pública, que não admite disposição. Seria uma exceção à regra da competência territorial, que normalmente tem regime jurídico dispositivo. A mesma exceção prevista no art. 95 do CPC que inclui a competência do *foro rei sitae* no capítulo referente à competência territorial, e, segundo pensamos, também no que diz respeito à competência quando da declaração de nulidade da cláusula de eleição de foro, em contrato de adesão, tal como previsto pela Lei 11.280/06, que alterou a redação dos artigos 112, § único, 114, § único, e 305 do CPC. Portanto, bastaria o legislador ter dito, como no art. 209 do ECA (Lei 8.069/90), que a competência é do local do dano, só que de natureza absoluta.<sup>82</sup>

81. Não fica imune de críticas o legislador ao referir-se a “local do dano” como sendo o critério determinante da competência. Isso porque a ACP não é remédio apenas reparatório, senão também preventivo, e muito menos pressupõe apenas pretensão condenatória como poderia indicar a terminologia empregada. Também criticável é a adoção de critério que depende de comprovação fática, e no presente caso, pior ainda, porque atrela tal situação, “local do dano”, às questões de mérito da própria demanda. Assim, é estranha a situação, mas será possível que ocorra de uma ação civil pública ser julgada improcedente porque não houve o pretendo dano que se queria ressarcir. Nesse caso, o juízo do “local do dano” julgou improcedente a ACP porque não havia dano a ser ressarcido! Ainda sobre a expressão, deve ser esclarecido que o texto fala em *local do dano* e não em *origem do dano*. Também não faz qualquer restrição sobre *extensão do dano*, motivo pelo qual qualquer local em que tenha ocorrido o referido dano, ou em que este esteja para ocorrer, é igualmente idôneo para receber a propositura da ação civil pública ou da cautelar que a acesore.

82. Interessante citar a lição de Rodolfo Camargo Mancuso em relação à competência nas ações civis públicas: “É preciso ter presente que nesse campo se está lidando com a jurisdição coletiva, de sorte que os critérios e parâmetros provindos do processo civil clássico – vocacionado

## 16.2. O uso da expressão local do dano

A expressão *local do dano* é imprópria na medida em que a ação civil pública não se presta apenas para a tutela repressiva, e, muito pelo contrário, a sua finalidade é justamente oposta, serve para inibir o dano ou o ilícito. Ainda, o pedido na ação civil pública pode ser declaratório ou constitutivo e por isso é impróprio falar em *local do dano*. Ademais, não parece adequada a vinculação ao *local do dano*, justamente porque há casos em que a discussão neste tipo de demanda é justamente se existiu ou não o dano, e, aí neste caso, se uma demanda fosse improcedente porque não houve dano, então nem sequer teria havido a competência, o que é totalmente absurdo. É preciso dar uma correta e adequada interpretação ao dispositivo. Por *local do dano* deve-se entender o local onde se localiza o tipo de direito tutelado, o que se torna tarefa muito difícil, especialmente quando se está diante de um bem difuso, com titulares indetermináveis.

## 16.3. Art. 2º e art. 16 da LACP: necessidade de uma interpretação conjunta e incidência do art. 93 do CDC

A tentativa de se alterar politicamente a LACP, fragmentando a sua utilização para diminuir-lhe a força social, fez com que o poder executivo lançasse mensalmente medidas provisórias (posteriormente convertidas em lei) que atacaram a LACP basicamente em dois flancos: coisa julgada e legitimidade. Assim, na tentativa de fragmentar a coisa julgada nas demandas coletivas propostas com base na LACP, o legislador acrescentou a expressão “nos limites da competência territorial do órgão prolator” ao art. 16, como forma de dizer que a coisa julgada ficaria adstrita aos limites da competência territorial do juiz, independentemente da natureza indivisível do objeto e dos limites subjetivos da coisa julgada. A regra que aparentemente causou rebuliço no meio processual foi adequadamente interpretada sob o ponto de vista da competência. É que tal dispositivo – o art. 16 da LACP – fez com que a competência territorial passasse a ser fixada de acordo com o alcance do dano (melhor seria falar em predominância espacial do interesse tutelado), ou seja, não é o limite objetivo do julgado que é limitado pela competência territorial, mas simplesmente o contrário, qual seja, esta é

à tutela individuais, no plano da jurisdição singular – devem aí ser recepcionados com a devida cautela e mediante as necessárias adaptações. As diretrizes da instrumentalidade e da efetividade do processo devem aí ser particularmente implementadas, de sorte a se priorizar o foro do local do dano, seja pela proximidade física com os fatos ocorridos ou temidos, seja pela facilitação na colheita da prova, seja pela imediação entre o juízo e os sujeitos concernentes ao interesse metaindividual de que se trata” (MANCUSO. Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores (Lei 7.347/85 e legislação complementar*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1.999. p. 69).

fixada, em maior ou menor alcance, de acordo com o alcance do objeto que será tutelado, de forma que, tal como preconiza o art. 93 do CDC,

ressalvada a competência da justiça federal, é competente para a causa, a justiça local: I – no foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local; II – no Foro da Capital do Estado ou no do Distrito Federal, para os danos de âmbito nacional ou regional, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente.

Essa interpretação do dispositivo 16 da LACP não só afasta a limitação territorial da coisa julgada, resolvendo o problema no seu nascedouro – na medida em que atribui a competência de acordo com a abrangência do bem tutelado – mas também porque põe no mesmo trilho as regras de competência da LACP (art. 2º) e do CDC (art. 93) para as demandas coletivas *lato sensu* (difusos, coletivos e individuais homogêneos). Portanto, agora prevalece a regra do art. 93 do CDC para qualquer demanda coletiva supra-individual proposta com base no CDC ou na LACP, e, assim, não há risco de se fragmentar a coisa julgada.

#### 16.4. Art. 2º e art. 109, §3º, da CF/88

Não obstante existir interesse da União Federal ou de algumas de suas entidades (autarquias e empresas públicas federais) na demanda coletiva proposta, a competência será a do foro do local onde ocorreu ou deva ocorrer o dano. Prevalece o art. 2º da LACP, por expressa permissão do artigo 109, §3º, da CF. Obviamente que os eventuais recursos das decisões do juiz estadual com “função federal” serão endereçados para o Tribunal Regional Federal da respectiva região, tal como determina o art. 109, §4º, da CF/88.

#### 16.5. A regra de prevenção no CPC e na LACP

Prevenção designa “*vir antes (prae + venire)*”, e, como tal, é critério para fixação de competência do juízo competente dentre vários que abstratamente teriam competência para apreciar a causa. O critério para identificar o juízo que veio antes é variável e é escolhido por critérios vinculados aos atos do processo. Assim, pode-se escolher a distribuição (v.g., assim o é em relação ao autor, no art. 263 do CPC), a citação válida (art. 219 em relação ao réu), entre outros. Sendo critério de fixação de competência, serve para identificar o juízo competente para os casos de reunião de demandas conexas e até para se fixar o juízo competente no caso de duplicidade de litispendências.

Seguindo a esteira da Lei de Ação Popular, o legislador estabeleceu que, em sede de demandas coletivas, a *propositura da ação prevenirá a jurisdição do juízo para todas as ações posteriormente intentadas que possuam a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto*. Portanto, a prevenção – neste caso do parágrafo único

do art. 2º da LACP – é estabelecida na propositura da ação (art. 263 do CPC), mas o mais interessante é que mesmo que a demanda venha a terminar, há uma vinculação das demandas conexas (mesmo objeto ou causa de pedir) com o primeiro juízo prevento. O dispositivo que foi acrescentado depois da redação original e por medida provisória de duvidosa constitucionalidade peca em dois sentidos. Primeiro porque não se compatibiliza com o art. 16 da LACP que inutilmente pretendeu limitar a coisa julgada aos limites da competência territorial. Ora, se os “limites subjetivos do julgado” ficam adstritos aos limites da competência territorial do juiz, como então admitir que a prevenção provoque a atração das demandas? Se a demanda “atraída” for de outras comarca, então torna-se letra morta o art. 16. O segundo aspecto contraditório do art. 2º, parágrafo único é que de nada adianta falar que tem natureza absoluta a competência na LACP se a qualquer tempo puder ocorrer a modificação da competência. A natureza absoluta, como se sabe, impede a modificação ou prorrogação legal da competência.

#### 16.6. Duplicidade de litispendências de demandas coletivas em comarcas diversas quando o dano se estende a mais de uma comarca

Interessante notar que, não se admitindo a regra exegética comentada sobre o artigo 2º em paralelo com o art. 16 da LACP, ter-se-á que admitir a possibilidade de existência de mais de um foro competente para demandas coletivas quando o local do dano se estenda por mais de uma comarca. Nessas hipóteses haverá demandas coletivas idênticas propostas pelo mesmo legitimado contra a mesma pessoa e com mesmo pedido e mesma causa de pedir. A diferença será que em razão da limitação territorial da coisa julgada, cada órgão proferirá decisão que recubra apenas o seu território. Isso levou ao absurdo de admitir-se duas ações civis públicas literalmente idênticas, diferenciadas pela competência territorial. Não haverá nem extinção, nem reunião, afinal de contas, v.g., a decisão prolatada pelo juízo do foro A não atingiria a área recoberta pelo juízo do foro B. Como a extensão do dano recobriu as duas áreas, serão necessárias duas demandas coletivas literalmente idênticas, e, neste caso, admitir-se-á que tramitem concomitantemente. Tudo por causa da intenção (dolosa) do pretense legislador em fragmentar a coisa julgada das demandas difusas e coletivas. Nesse caso, é de se observar que serão demandas idênticas (partes, pedido e causa de pedir), mesmo procedimento, mas mesmo assim, não se pode pensar em reunião ou extinção de uma delas, simplesmente porque cada uma servirá para prestar tutela a uma determinada região específica, qual seja, a região relativa à competência territorial do órgão prolator da decisão. Percebe-se que nem que se quisesse seria possível aplicar o art. 16 da LACP (nos limites da competência territorial) ou o parágrafo único do art. 2º da LACP. As normas se autorepelem e por isso a competência na ação civil pública fica melhor acomodada no art. 93 do CDC.

### 16.7. Duplicidade de litispendências de demandas coletivas na mesma comarca, com base no mesmo procedimento (LACP + CDC)

Considerada a identidade de pedidos, causas de pedir, e de legitimados ativo e passivo (aqui considerados as partes não pelos seus nomes, mas pela qualidade jurídica com que litigam) de demandas coletivas propostas na mesma comarca, e desconsiderando o eventual nome que a elas (às demandas) possam ser atribuídos e ainda por cima havendo identidade de procedimento adotado (LACP com CDC), o caminho natural será a extinção de uma das demandas propostas, aplicando-se aí a regra da prevenção como critério fixador do juízo que veio antes (propositura da ação). Havendo conexão, e, sendo, portanto, na mesma comarca, aplica-se a regra do art. 103 c/c 105 do CPC, estabelecendo como critério a regra da propositura da ação, tal como determina o dispositivo 107 do CPC. O parágrafo único do art. 2º da LACP determina a prevenção e estimula a reunião ou fixa a competência do respectivo juízo, mesmo sabendo que se trata de competência funcional e absoluta (!). Tratando-se de comarcas diversas, repita-se, pouco importa haver identidade ou conexão, pois a regra do art. 16 da LACP, torna o juiz de outra comarca, ainda que o dano tenha sido extenso, sem competência para proferir decisão em área não coberta pela sua competência.

### 16.8. Duplicidade de litispendências de demandas coletivas na mesma comarca, com base em procedimentos diversos (LACP + CDC e LAP)

Quando as demandas forem nominalmente diferentes (ação popular e ação civil pública) e o procedimento de cada uma for realmente diverso, embora os elementos da demanda sejam idênticos, haverá sim duplicidade de litispendências, mas não se aplicará a regra da extinção do processo (art. 267, V, do CPC), pois em sede de direitos supra-individuais a regra é a de permitir ao máximo o acesso à justiça, abrindo-se portas para os jurisdicionados. Nesse caso, entende-se dever haver a reunião das demandas com duplicidade de litispendência.

## 17. A PROVA NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Afora o que já foi dito sobre a teoria geral da prova na ação civil pública (poderes do juiz, ônus da prova etc.) no item 2 deste artigo, deve ser analisado os arts. 7º, 8º e 9º da LACP.

### 17.1. Documentos necessários à propositura da demanda

Seguindo a mesma linha da ação popular (art. 1º, §§4º, 5º, 6º e 7º da Lei 4.717/65), o legislador da LACP criou a regra do art. 8º, que permite a propositura da ação civil pública sem estar acompanhada de documento essencial à petição inicial (art. 283 do CPC), não podendo, e tal fato não poderá, levar ao

indeferimento da exordial<sup>83</sup>. Entretanto, só é possível a utilização da prerrogativa do parágrafo 2º do art. 8º, se, uma vez solicitados os documentos, não tiverem sido entregues ao interessado no prazo de 15 dias. A única justificativa admitida pelo legislador para o caso de negativa de oferta dos documentos é a existência de sigilo imposto por lei. Do contrário, a negativa permite a propositura da demanda com solicitação de requisição da documentação por parte do magistrado. O dispositivo que serviu de inspiração, base inspiratória previsto na Lei de ação popular, é melhor redigido que este. Lá a solicitação do interessado deve ter a sua finalidade explicitada, que é instruir a inicial da ação popular. Há também vedação de utilização dos documentos para qualquer outra finalidade, o que torna o documento uma prova ilícita caso seja usada para outro fim que não seja servir de elementos necessários à instrução (prova) da ação popular.

Nos casos em que a lei impuser sigilo, e, portanto a entrega do documento for negada no prazo assinalado, caberá ao magistrado requisitá-los. Nesse caso o processo correrá em segredo de justiça. Não se aplica a vedação do sigilo ao Ministério Público. As requisições do *parquet*, mesmo nos casos de sigilo, são permitidas pelo art. 129, VI e VIII, da CF/88, além do art. 26, I da Lei Orgânica do Ministério Público de 93, que exclui o *parquet* da regra do art. 8º, §2º, da LACP. Segundo o dispositivo 26, §2º, da Lei Orgânica do Ministério Público, o *parquet* assume a responsabilidade pelos uso indevido das informações sigilosas e de segurança nacional. Em nosso sentir, e nesse sentido é a recente posição do STF, as situações que exigem sigilo (fiscal, telefônico, bancário) só podem ser quebradas por ordem judicial, podendo o órgão público recusar-se a requisição do *parquet*, porque estão protegidos pelo sigilo.

Não sendo concedidas as informações solicitadas pelo interessado, este deve propor a demanda coletiva desacompanhada dos documentos, não sendo necessário que promova *habeas data* para obter ditas informações. Como os documentos não juntados são essenciais à propositura da demanda (art. 283 do CPC), constituem condições específicas ao exercício da ação, e, por isso, poderá de ofício ser requisitados pelo magistrado, que não precisa ser provocado para isso. Outrossim, deve haver em tópico próprio na petição inicial a explicação e comprovação do exercício do direito de petição injustamente negado, sob pena

83. Eis o entendimento do STJ nesse sentido: "(...) Não se pode confundir "documento essencial à propositura da ação" com "ônus da prova do fato constitutivo do direito". Ao autor cumpre provar os fatos que dão sustento ao direito afirmado na petição inicial, mas isso não significa dizer que deve fazê-lo mediante apresentação de prova pré-constituída e já por ocasião do ajuizamento da demanda. Nada impede que o faça na instrução processual e pelos meios de prova regulares (...)" (STJ – REsp 487202 – PRIMEIRA TURMA – Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI – DJ 24/05/2004).

de o próprio juiz estar *averiguando a documentação necessária* à propositura da demanda. O não cumprimento da solicitação prévia ou o não esgotamento do prazo é condição impeditiva para a propositura da demanda, quando tais documentos sejam essenciais à sua propositura.

### 17.2. Ônus da prova: artigo 333 do CPC e artigo 6º, VIII do CDC

Primeiramente, insta ressaltar, que o CPC acolheu em seu art. 333 a teoria estática do ônus probante, com a prévia e abstrata distribuição do encargo probatório, incumbindo ao autor a prova dos fatos constitutivos do seu direito e ao réu os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor.

Assim, nos termos do art. 333<sup>84</sup> do CPC, cabe ao autor demonstrar a veracidade dos fatos constitutivos de seu direito (inciso I) e ao réu, invocar circunstância capaz de alterar ou eliminar as consequências jurídicas do fato aduzido pelo demandante (inciso II). Contudo, se porventura o réu apresenta defesa indireta do direito da parte autora, a regra inverte-se; pois, ao aduzir fato impeditivo, o réu implicitamente admite como verídica a afirmação básica da petição inicial, que, posteriormente, veio a sofrer as consequências do evento superveniente levantado em contestação. Por conseguinte, as alegações trazidas pelo autor tornam-se incontroversas, dispensando, por isso, a respectiva prova (art. 334, II, do CPC).

Entretanto, a adoção desta regra acarreta por vezes injustiças e, principalmente nas ações coletivas, causa encargo excessivo ao autor que por diversas vezes se deparará com a impossibilidade de produzir as provas necessárias, em face da abstração dos objetos tutelados e da dificuldade natural de prova do nexo causal nesses casos. Dessa forma, a aplicação do art. 333 às demandas coletivas estimula posições de inércia e sonegação de provas para o interesse do processo.<sup>85</sup> De qualquer forma, a inversão do ônus da prova é exceção a regra pré-estabelecida – para as demandas individuais – pelo CPC. Isso porque, tal previsão é pautada nos valores liberais de segurança jurídica e igualdade formal, valores relegados à segundo plano nos processos coletivos.<sup>86</sup>

84. Art. 333. O ônus da prova incumbe: I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando: I – recair sobre direito indisponível da parte II – tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

85. RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ação Civil Pública e meio ambiente*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. p. 206-207

86. Vale ressaltar que jurisprudencialmente vem sendo construído o entendimento para aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, de acordo com a qual o ônus da prova deve ser atribuído a quem, no caso concreto, puder se desincumbir dele.

Entretanto, o legislador, atento a tais dificuldades, previu expressamente, no âmbito dos interesses supraindividuais, a inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor, art. 6º, inciso VIII. Assim, entre os direitos básicos do consumidor está a facilidade de defesa, consubstanciado na

facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.

Evidencia-se, portanto, o legislador que o ônus da prova deve ser tratado de acordo com as necessidades do direito material<sup>87</sup>.

Instaura-se, assim, no âmbito das ações consumeristas o embrião do que vem a ser a regra da distribuição dinâmica do ônus da prova, segundo a qual, o ônus da prova incumbe a quem, a luz do caso concreto, possui melhores condições de produzi-las. Tendo em vista a integração dos diplomas consumerista e civil público – que compõem o microsistema coletivo – afirma-se que a inversão do ônus da prova é também aplicada nas ações coletivas (difusas, coletivas stricto sensu e individuais homogêneas). Nesse sentido, o STJ no informativo n. 0404 de 2009:

Trata-se da inversão do ônus probatório em ação civil pública (ACP) que objetiva a reparação de dano ambiental. A Turma entendeu que, nas ações civis ambientais, o caráter público e coletivo do bem jurídico tutelado – e não eventual hipossuficiência do autor da demanda em relação ao réu – conduz à conclusão de que alguns direitos do consumidor também devem ser estendidos ao autor daquelas ações, pois essas buscam resguardar (e muitas vezes reparar) o patrimônio público coletivo consubstanciado no meio ambiente. A essas regras, soma-se o princípio da precaução. **Esse preceito que o meio ambiente deve ter em seu favor o benefício da dúvida no caso de incerteza (por falta de provas científicamente relevantes) sobre o nexo causal entre determinada atividade e um efeito ambiental nocivo.** Assim, ao interpretar o art. 6º, VIII, da Lei n. 8.078/1990 c/c o art. 21 da Lei n. 7.347/1985, conjugado com o princípio da precaução, justifica-se a inversão do ônus da prova, transferindo para o empreendedor da atividade potencialmente lesiva o ônus de demonstrar a segurança do empreendimento. Precedente citado: REsp 1.049.822-RS, DJe 18/5/2009. REsp 972.902-RS, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 25/8/2009 (Grifo nosso)

Vale dizer, ainda, que recai sobre a defesa do meio ambiente a observância do princípio da responsabilidade objetiva, conforme artigo 14, §1º, da Lei 6.938/81<sup>88</sup>.

87. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. P 297.

88. “Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.”

Compartilha deste entendimento o Ministério Público do Estado de São Paulo, cujo Conselho Superior editou a Súmula 18, segundo a qual: em matéria de dano ambiental, a Lei 6.938/81 estabelece a responsabilidade objetiva, o que afasta a investigação e a discussão da culpa, mas não se prescinde do nexa causal entre o dano havido e ação ou omissão de quem cause o dano. Se o nexa não é estabelecido, é caso de arquivamento do inquérito civil ou das peças de informação.<sup>89</sup>

Cumpra verificar, portanto a preocupação do legislador em possibilitar o julgamento da demanda, com os instrumentos necessários para tanto, como a amplitude do rol de legitimados e o ônus probante para as ações coletivas. Neste sentido, o STJ entendeu por bem utilizar da teoria da inversão do ônus da prova no âmbito da Ação Civil Pública, por meio do disposto no artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor.

Em síntese, no tocante à prova, verifica-se que o CDC previu a citada inversão em dois momentos: i) no artigo 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor, que prevê como meio de facilitação da defesa do consumidor; ii) na adoção da regra da Responsabilidade Objetiva, acolhendo, somente excepcionalmente, a Teoria Subjetiva (parágrafo 4º do art. 14). Conforme mencionado, sendo o CDC, junto com a Lei da Ação Civil Pública, o microsistema de processo coletivo, tem-se que seus dispositivos são aplicados a mesma, naquilo que não lhe for contrário e vice-versa.

Ante ao exposto, verifica-se que a inversão do ônus da prova, prevista legalmente pelo Código de Defesa do Consumidor e aplicada no âmbito do direito ambiental é instrumento de grande importância, indo ao encontro de todos os preceitos constitucionais que visam proteger o meio ambiente, e o patrimônio público de um modo geral.

### 17.3. Requisições e inquérito civil

O uso do poder requisitório do *parquet* não precisa ser feito em inquérito civil. Não se confundem os dois institutos. O dispositivo (art. 8º, §1º, da LACP) é

89. Em relação à proteção do meio ambiente nas ações de responsabilidade civil por danos ambientais é um dado a mais a ser levado em consideração que normalmente não é estudado no âmbito da técnica processual pro ambiente. É que o art. 170, VI da CF/88 cria a regra da presunção legal em favor do meio ambiente, de forma que, a rigor, nestas demandas de responsabilização civil ambiental – bem como nos processos administrativos ambientais – incumbe àquele que exerce a atividade econômica derrubar ou contestar ou demonstrar que a presunção constitucional de que a atividade econômica não seria impactante do ambiente. Temos sustentado (Processo Civil Ambiental. São Paulo: RT) que a constituição federal estabeleceu no art. 170, VI uma presunção relativa de que toda atividade econômica é impactante do meio ambiente (incidindo portanto o art. 334, III do CPC), cabendo, pois ao empreendedor a prova de que tal presunção não se aplica no caso concreto. Aqui não é regra de inversão do ônus da prova, mas regra de distribuição, constitucional, de presunção em favor do meio ambiente.

claro ao distinguir as duas figuras. A requisição até poderá ser feita dentro de um inquérito civil, mas este não precisa ser instaurado para se requisitar documentos, perícias, informações etc. Pode-se dizer que a requisição serve aos casos em que não há necessidade de uma investigação concatenada e completa para a colheita do material probatório. Na requisição o alvo é determinado porque se julga que determinado documento ou certidão que se sabe existir será essencial à propositura da demanda coletiva. No inquérito há investigação e colheita de todo material investigado para a formação da convicção do *parquet*.

### 17.4. Inquérito civil: previsão legislativa

Mesmo tendo diferenças substanciais em relação ao inquérito penal, o inquérito civil (IC) tem a sua origem na inspiração do procedimento investigativo da área penal. Isso se justifica porque o próprio nome “ação civil pública” nasceu para identificar um contraste à ação penal pública, que também era de legitimidade exclusiva do *parquet*. O nome não obedeceu à intenção de suas origens, já que a legitimidade para a propositura da demanda civil pública é coletiva e não exclusiva do Ministério Público, muito embora na prática a grande parte das demandas coletivas propostas sejam impulsionadas pelo *parquet*.

Conquanto a ação civil pública não seja de promoção exclusiva do *parquet*, o mesmo não se diz do inquérito civil, que só pode ser instaurado pelo Ministério Público, colocando-o numa posição de vantagem em relação à obtenção de informações e elementos que servirão de convencimento para a propositura responsável de ação proposta com base na LACP.

O inquérito civil, tal como é compreendido hoje, nasceu, legislativamente, com a Lei 7.347/85, tendo por finalidade a investigação e apuração pelo *parquet* de elementos de convicção que permitam fornecer-lhe suporte para a propositura de demanda coletiva (supra-individual). Sua criação foi tão festejada que o próprio legislador constituinte, em 1988, curvou-se à inovação, resolvendo ratificar a sua utilização em sede constitucional e inserindo tal instituto no art. 129, III, portanto, dentro das funções institucionais e instrumentos do Ministério Público. Após a CF/88 o instituto foi espalhado para o CDC, por intermédio da aplicação subsidiária do art. 90 do CDC, para a lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), para a Lei Orgânica do Ministério Público (art. 25, IV, da Lei 8.635/93) e ainda para a Lei Orgânica do Ministério Público da União (art. 7º, I).

### 17.5. Natureza jurídica, conceito e características do inquérito civil

O inquérito civil é uma ferramenta, um instrumento (sem um fim em si mesmo) não jurisdicional (administrativo), que pode ser conceituado como sendo um procedimento exclusivamente à disposição do *parquet*, voltado à coleta de elementos



para formação de convicção deste órgão com vistas a eventual propositura de ação civil para defesa de direitos supra-individuais.<sup>90</sup> Portanto, resumindo, dois aspectos mostram-se evidentes em relação à sua natureza jurídica: a) a natureza não jurisdicional e b) a fisionomia procedimental. O fato de ser um procedimento e não um processo não permite que seja modificado por lei estadual, já que esta só pode legislar suplementarmente, sem contrariar as regras estabelecidas na lei federal (art. 24, XI, §§1º e ss. da CF/88).

São características do inquérito civil (IC) a *instrumentalidade*, a *exclusividade*, a *dispensabilidade*, a *formalidade*, a *publicidade* e a *participação*.

A instrumentalidade decorre do fato de que o IC não constitui um fim em si mesmo, afinal de contas existe para servir. É de importância fundamental, pois, porquanto seja formador de elementos de convicção para a propositura responsável da ação civil pública, poderá constituir-se como elemento de convicção do magistrado no julgamento da demanda (terá que ser postulado, admitido e produzido como prova com amplo debate entre os litigantes). Considerando a possibilidade de obtenção de provimento de urgência sem audiência da parte contrária, que não é tão incomum nas demandas coletivas com base na LACP, tais elementos são determinantes (decisivos) para formação de um juízo de probabilidade.

O inquérito civil é procedimento exclusivo do *parquet* e de nenhum outro legitimado para a propositura de demandas coletivas com base na LACP. Isso coloca o Ministério Público numa posição de destaque, que lhe impõe respeitabilidade e reconhecimento legal de tutor natural dos direitos supra-individuais. Por outro lado, traz também para a instituição uma enorme responsabilidade no uso deste mecanismo. A possibilidade de instauração de um inquérito civil reduz as possibilidades de uma demanda temerária proposta pelo *parquet*. A improcedência de uma demanda coletiva por parte do *parquet* não pode isentá-lo da condenação nas despesas processuais e honorários advocatícios, pois só ele tem condições de formar um instrumento investigativo que poderá lhe servir de convicção na decisão de propor ou não a demanda coletiva. O benefício da exclusividade do inquérito civil é um dos elementos que não permite a sua inclusão na isenção do art. 18 (condenação em despesas e honorários) que é destinado apenas às associações civis.

90. No tocante ao prazo, entende-se que não existe prazo para o Inquérito Civil, informativo STJ n. 445/2010: "PRAZO. INQUÉRITO CIVIL PÚBLICO. O IC tem natureza administrativa e é autônomo em relação a esfera criminal. Não há legislação que fixe um prazo para a conclusão do inquérito civil público, contudo a Res. n. 23/2007 do Conselho Nacional do Ministério Público (Conamp), em seu art. 9º, prevê que o inquérito civil deve ser concluído em um ano, prorrogável pelo mesmo prazo, quantas vezes forem necessárias. Assim, cabe ao investigado demonstrar que a dilação do prazo causa-lhe prejuízo, do contrário, inexistindo este, não há dano ou nulidade."

Ser exclusivo não significa dizer que será obrigatório. A decisão de instaurar ou não o inquérito civil é do próprio Ministério Público, que poderá dispensar a sua formação se já tiver elementos de prova suficientes. Assim, pode ou não instaurá-lo; pode ou não arquivá-lo, devendo as duas situações ser feitas por decisão fundamentada. A exclusividade aludida e a dispensabilidade não fazem com que as informações ali contidas sejam privativas do *parquet*. Exclusividade para instaurar não significa ser possuidor privativo das informações ali contidas, podendo ser emprestadas aos interessados, salvo as de segredo e segurança nacional, devendo o empréstimo ser feito sob cautela e procedimento próprio, para não criar obstáculos e assim prejudicar a referida investigação.

A publicidade do inquérito civil pressupõe atendimento ao princípio da publicidade dos atos da administração pública previsto no art. 37 da CF/88. É direito do inquirido obter todas as informações necessárias a seu respeito ou que possam vir ajudar a sua eventual defesa na ação civil pública. Deve ter o direito de conhecer as informações que poderão servir de base à formação da convicção do *parquet* na eventual propositura da demanda contra si. Fere a isonomia e o Estado Democrático de Direito a criação de obstáculos na obtenção e publicização das informações ao inquirido, que deverá se valer dos remédios constitucionais para ter o direito reclamado. A sonegação da publicidade das informações ao inquirido e a vedação de acesso completo e irrestrito ao conteúdo do inquérito de forma injustificada é ato de improbidade administrativa nos termos do art. 13 da Lei 8.429/92.

O IC é procedimento administrativo *solene*. A formalidade comentada não serve à criação de obstáculos ou burocracias. Ser *solene* não implica ser algo conturbado por incidentes, nem burocrático ou que vise atrapalhar a investigação e coleta dos elementos de prova. A solenidade e o cumprimento de formas específicas, tal como o atendimento a regras específicas de instauração e arquivamento, constituem-se em verdadeiras garantias do Estado Democrático de Direito, fim perseguido pelo *parquet*, e de certeza e legitimidade de que as provas a serem utilizadas na eventual ação civil foram carreadas de modo lícito e legítimo. São formas de se garantir a segurança jurídica almejada pelo sistema e pela sociedade, sem a qual não há desenvolvimento social que se sustente.

A característica da *participatividade* é ao mais importante do inquérito civil. A *participação* está ligada à ideia de que a livre convicção do MP deve ser feita por meio de elementos que atestem uma situação o mais próximo da verdade, evitando um desperdício de atividade jurisdicional, uma litispendência injusta e mais ainda uma ação civil temerária. Quanto mais informações, certamente que mais completa e mais fundamentada será a decisão de arquivar o IC ou promover a ação civil responsável. Não seria lógico que qualquer um do povo, pessoa física ou jurídica, pudesse representar ao *parquet* para que este apurasse uma

determinada situação e, uma vez instaurado um inquérito, não pudesse fornecer elementos ou dados à formação da sua convicção. Nos artigos da LACP que cuidam do tema, especialmente o art. 9º, que trata do arquivamento, há regra expressa permitindo essa participação.

É de se lembrar que o *parquet* deve atuar sempre se pautando no Estado Democrático de Direito, e democracia exige participação. Sob o ponto de vista do inquirido, a doutrina **recomenda** o contraditório, mas ao mesmo tempo “teme” o uso indiscriminado desse princípio, que se utilizado de forma desregrada, poderia ser um elemento impeditivo dos fins perseguidos pelo inquérito civil. O assunto é delicado e exige um posicionamento que, confesso, acaba sendo influenciado pela experiência que angariamos no foro, na condição de advogado. Aqueles que pensam que a instauração de um inquérito civil não restringe direitos, não aplica sanções e que por isso não é uma relação jurídica processual, nem mesmo administrativa, e que por isso mesmo é regido pelo princípio inquisitivo, utilizando-se dessa argumentação para justificar a desnecessidade de um contraditório por parte do inquirido, só vê o problema por um lado, ou, quiçá, apenas pelo lado literal.

O primeiro aspecto que queremos lembrar é que em nosso país – e esse é um dado que não pode ser olvidado – há uma sede por notícias sensacionalistas, pelo só fato de que estas “vendem”, e se vendem, nada mais lógico que nos jornais de grande circulação seja comum a formatação de notícias destacadas de que *foi instaurado um inquérito civil* contra esta ou aquela pessoa, por este ou aquele fato. É de se dizer ainda que tal instrumento volta-se especialmente para apurar fatos relacionados à lesão a direitos supra-individuais, portanto de interesse público, motivo pelo qual, o interesse sobre ditas informações é tão abrangente quanto o fato lesante do direito que se pretende apurar.

Também não pode ser desconhecido pelo leitor que a quase totalidade da população brasileira é indiferente aos termos *intimado*, *inquirido*, *indiciado*, *acusado*, *réu* etc. porque está absolutamente à margem da justiça. E os poucos que reconhecem os termos não sabem distingui-los. Para a “grandessíssima” maioria, estar perante uma autoridade policial, ou o *parquet* ou o juiz, representa, sempre, uma situação absolutamente incômoda, de repressão psíquica e social, seja pelos vizinhos, pela rua, pelo quarteirão, pelo bairro, dependendo do espraiamento dessa vergonha e repressão social, da notoriedade do fato ou do acusado, inquirido, indiciado, intimado.

Assim, é muito comum entre os inquiridos civilmente, mormente se não estiverem relacionados ao fato que se apura, uma necessidade quase instintiva de “querer falar”, querer explicar que tudo aquilo não é assim ou assado.

Pior do que a repressão estatal é a repressão social. Esta não tem cura e deixa cicatrizes morais insanáveis. Isso sem falar em feridas financeiras insuperáveis,

já que não será invulgar que os inquéritos civis estejam relacionados a lesões de consumidores e ambientais, que são temas conaturais aos direitos difusos e coletivos, conaturais aos direitos supra-individuais. É claro que o *parquet* não pode se responsabilizar pelo só fato de abrir um IC para apuração, muito embora deva avaliar que tipo de provocação pode ser justificadora desse procedimento.

Mas o fato é que se o IC importa nas consequências mencionadas sobre a esfera pessoal dos inquiridos, e paralelamente a participação é meio de se obter a verdade, ora, não há justificativa lógica, legal e legítima para que a mesma seja impedida ou mutilada. Nesses casos, v.g., a só notícia de um inquérito que apura contaminação deste ou daquele alimento, deste ou daquele derramamento, desta ou daquela lesão aos cofres públicos mexe com o que há de mais importante para esses sujeitos: a imagem, a moral, a reputação; e que, em virtude da ausência de contraditório, ficariam impossibilitados de fornecer seus elementos de convicção, enfim, suas razões.

#### 17.6. Objeto do inquérito civil

Aspecto importante relativamente ao objeto do inquérito civil diz respeito ao tipo de fato que pode ser apurado e investigado. Certamente que o fato de o inquérito civil estar atrelado à convicção para a propositura de ação civil pública faz com que se limite a esfera e abrigo dos fatos que podem ser investigados pelo instrumento administrativo do *parquet*.

Não haveria razão lógica para investigar-se fatos que não se comprimem dentro de molduras jurídicas que acarretem pretensões a serem defendidas pelo MP. Logo, além de buscar a investigação de fatos determinados (não necessariamente típicos, já que vigora o princípio da atipicidade no processo civil) é necessário que estejam relacionados a futuras demandas coletivas (supra-individuais) ou àquelas individuais indisponíveis cuja instauração seja atribuição do *parquet* por imperativo constitucional. O desbordamento desse limite de investigação importará em ato ilegal sujeito ao controle jurisdicional.

#### 17.7. Inquérito civil e competência

A competência para a instauração do inquérito civil está intimamente ligada à competência para a propositura da demanda coletiva proposta com base na LACP. Acolhendo o que foi dito no tópico da competência acerca da divisão estabelecida pelo texto constitucional (art. 128 da CF/88), pode-se dizer que só será possível a instauração de inquérito civil pelo *parquet* que tiver competência para propor a ação civil pública correspondente. Ora, se o IC destina-se à convicção do Ministério Público para propor ou não a demanda coletiva, nada mais lógico que se o referido órgão não possui legitimidade para propor sozinho dita demanda,

também não poderá fazê-lo em relação ao IC. Se não pode o principal, com maior razão ao que lhe é acessório.

## 18. TUTELA DE URGÊNCIA NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

As situações de urgência não têm hora e nem lugar para acontecer. O processo, por ser instrumento de realização de direitos, deve estar equipado com técnicas que consigam inibir os efeitos deletérios destas situações impiedosas. O direito coletivo tem urgência *in res ipsa* pelo só fato de que o prejuízo (lesão ou ameaça) numa dimensão coletiva é por si só irreparável. Situações que não sejam urgentes no plano individual, podem ser no plano coletivo, apenas por causa da dimensão coletiva do interesse. Isso mesmo! O prejuízo coletivo exige urgência na solução – mesmo o prejuízo consumado. Mesmo a tutela ressarcitória! Por isso, as técnicas processuais coletivas devem ser todas elas voltadas a tutelas rápidas, porque além de servir de antídoto para situações que sejam urgentes em qualquer plano (individual ou coletivo), devem ser prestadas de forma rápida para evitar prejuízo ainda maior a um número ilimitado de pessoas.

Assim, a despeito de a tutela coletiva dever ser necessariamente prestada com urgência, é mister ainda que o sistema disponha de técnicas que inibam os prejuízos que possam ser causados por situações de urgência específicas (risco de poluição iminente, produto que exponha consumidores ao risco etc.). A ação civil pública dispõe das seguintes técnicas processuais voltadas para inibir situações de urgência específica: a) a tutela antecipada do art. 12 da LACP, que pode ser concedida de ofício pelo juiz no curso do processo (mesmo que não tenha sido expressamente requerida pelo representante da coletiva), desde que exista fundamento relevante e perigo de prejuízo irreparável ou de difícil reparação. O art. 273 do CPC só se aplica, subsidiariamente, à Ação Civil Pública para beneficiar, e, nunca para prejudicar, por isso é aplicável o inciso II do art. 273, o parágrafo sexto, o parágrafo sétimo, mas se exclui o parágrafo segundo, bem como as exigências do *caput*; b) a tutela cautelar que pode ser concedida de forma autônoma (antecedente) ou incidental (art. 273, § 7º); c) a tutela cautelar satisfativa, que nada mais é do que uma ação civil pública sumária, tal como se lê no art. 4º da LACP; d) a fungibilidade livre (formal e material), de duas vias, entre a tutela antecipada e a tutela cautelar, já que os requisitos de uma e outra são os mesmos, diferenciado-se apenas no resultado imediato (satisfativo ou assecuratório); e) o requisito negativo para a concessão da tutela de urgência (irreversibilidade do provimento antecipado, art. 273, § 2º) não se aplica em qualquer caso, porque a irreversibilidade para a coletividade é sempre mais insuportável. Exceção a esta regra ocorre com a suspensão de segurança, que poderá ser requerida pelo Poder Público para sustar a eficácia de tutela coletiva urgente nos termos do art. 12, § 1º da LACP e art. 4º, § 1º da Lei 8.437/92; f) eficácia imediata de todo

provimento (interlocutório ou não) proferido na ação civil pública, já que todos os recursos são desprovidos de efeito suspensivo (art. 14).

Não se aplica também na ação civil pública a distinção entre a antecipação da tutela específica (obrigações ou deveres específicos) e a antecipação da tutela genérica (obrigações ou deveres de pagar e para os efeitos da tutela declaratória e tutela constitutiva) porque os requisitos para concessão de um ou outro provimento antecipado não se diferem. Ademais, como não é possível prever o momento que seja necessária a tutela com urgência específica, esta poderá ser concedida, de ofício, a qualquer momento do processo, seja por decisão interlocutória ou como um capítulo na sentença ou no acórdão.

## 19. SISTEMA RECURSAL NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA: A EFICÁCIA IMEDIATA DAS DECISÕES

Considerando a natureza do direito envolvido de caráter supraindividual e a sua típica indisponibilidade, o legislador estabeleceu que a regra recursal na LACP é a de que toda e qualquer decisão, até segunda ordem, tem eficácia imediata, podendo ser efetivada imediatamente, seja por execução direta ou indireta, específica ou genérica, lato sensu ou stricto sensu, própria ou imprópria. Portanto, para impedir a eficácia imediata das decisões poderá o juiz “conferir efeito suspensivo aos recursos para evitar dano irreparável à parte”. O vocábulo recurso no plural demonstra bem que toda decisão tem eficácia imediata independentemente do recurso que irá desafiar-la. O dano irreparável deve ser visto tanto sob a ótica do autor quanto do réu e a decisão do juiz deve ser fundamentada. Ainda, é de se dizer que como o efeito suspensivo do recurso é na verdade efeito da recorribilidade, ao nosso sentir será possível o magistrado, até mesmo de ofício e em qualquer hipótese de dano irreparável à parte recorrente, impedir a eficácia imediata da decisão prolatada, que ficará condicionada à interposição e admissão do recurso interposto.

## 20. TUTELA EXECUTIVA NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

A Lei 7.347/85 reservou apenas três artigos (arts. 11, 13 e 15) para cuidar da execução na ação civil pública. Muito pouco para um tema tão importante e decisivo para a efetividade da tutela coletiva. Assim, para a compreensão do tema na medida exata, é necessário saber que a execução coletiva é informada por postulados fundamentais que determinarão o seu regime jurídico.

São quatro os postulados fundamentais que impulsionam a compreensão e exegese da tutela executiva no sistema processual coletivo: a) o primeiro de que o sistema privilegia a tutela específica, mais consentânea e adequada à prestação de direitos coletivos à sociedade; b) o segundo de que existe uma urgência

*in re ipsa* na tutela coletiva, dado o fato de que se presta a resolver conflitos de massa; c) o terceiro de que a execução deve ser efetiva, ou seja, que o resultado da execução possa ser fruído pelos titulares do direito; d) o quarto de que toda execução é imediata, já que os recursos na ação civil pública são desprovidos de efeito suspensivo.

Tratando-se de títulos executivos judiciais (provisórios ou definitivos) pode-se ter uma execução específica ou uma execução para pagamento de quantia.

Para o caso de execução específica (fazer ou não fazer e entrega de coisa), seja ela fundada em provimento definitivo ou não, segue-se o regime executivo previsto no art. 461 e 461-A do CPC. A regra, portanto é da execução imediata, com atipicidade dos meios executivos e do procedimento executivo, dando-se ao juiz liberdade para manusear as técnicas executivas subrogatórias e coercitivas segundo as necessidades do caso concreto. Tais provimentos que impõem uma prestação específica serão efetivados mediante a aplicação das técnicas de subrogação (execução *lato sensu*) e coerção (mandamental) isoladas ou em conjunto, quando a situação assim o exigir. O juiz deve ter o exato controle e proporcionalidade na aplicação das mesmas. Nem o art. 11 da LACP, nem o artigo 84 do CDC cuidam a contento da execução específica, aplicando-se o art. 461 e 461-A do CPC como já fora mencionado retro.

Para o caso de execução para pagamento de quantia, há que se distinguir os casos em que o produto será destinado ao fundo do art. 13 e os casos em que será destinado à corrigir o prejuízo sofrido (o dinheiro tem destino específico de recuperação do bem, por exemplo o meio ambiente). Nesses casos em que o produto pecuniário fica em conta específica e com destinação específica para realização de algum ato reparatório do bem lesado, então o regime executivo será, seja ele provisório ou definitivo, a utilização das técnicas do art. 273, parágrafo terceiro, do CPC, justamente porque ínsita estará a urgência. Todavia, para os demais casos de execução por expropriação, em que o dinheiro destinar-se-á ao fundo do art. 13 da LACP, aí o regime jurídico será o estabelecido pelo Código de Processo Civil, que ainda exige processo autônomo para a sua realização. Este é o único caso, portanto, que ainda existe a possibilidade de oferecer embargos à execução nos termos do art. 736 do CPC. Nas demais hipóteses, o regime da atipicidade dos meios, da execução imediata, da utilização das técnicas de subrogação e coerção, só permite que se impugne os atos executivos mediante recurso de agravo de instrumento, que de regra não tem efeito suspensivo.

Tratando-se de títulos executivos extrajudiciais, a execução por desapossamento, transformação e expropriação segue o mesmo regime jurídico anterior, aplicando-se os dispositivos 461, 461-A e 273, § 3º, subsidiariamente com base no art. 598 do CPC. Certamente que é possível obter uma tutela de urgência durante

a execução fundada em título extrajudicial, afinal de contas, como neste modelo extrajudicial ainda são possíveis os embargos do executado, e, como esta impugnação tem efeito suspensivo, então é possível haver a concessão de tutela urgente – imediatamente executável – dentro da própria execução (art. 615, III<sup>91</sup>) do CPC.

Especificamente sobre os dispositivos da LACP que cuidam do instituto da execução, especialmente o art. 15, pode-se dizer que tal dispositivo serve para as situações residuais em que a demanda coletiva utilizada para debelar crises de adimplemento forma título executivo judicial de obrigação de pagar. Dissemos residuais porque a regra é a da tutela específica (preventiva ou repressiva) ou da reparação *in natura*. Como a maior parte das demandas difusas e coletivas é utilizada para a obtenção da tutela específica, por expressa determinação do direito material (pense-se no meio ambiente e os comportamentos de fazer e não fazer em relação à manutenção do equilíbrio ecológico), e para estes casos a tutela jurisdicional cognitiva e executiva são prestadas numa só relação jurídica processual, por intermédio de técnicas mandamentais e executivas *lato sensu*, é certo que o dispositivo será utilizado em caráter excepcional e subsidiário, quando não seja possível a obtenção da tutela específica.

Conquanto a norma fale em trânsito em julgado, é certo e lógico que muitas vezes será necessária a prévia liquidação da sentença condenatória (de mérito), pois normalmente a quantificação dos danos difusos e coletivos é deixada para ser fixada em demanda liquidatória. Não obstante fale-se em “trânsito em julgado”, nada impede que possa existir a execução provisória quando a liquidação prévia não seja necessária e o recurso oferecido pela parte seja recebido apenas no efeito devolutivo (art. 14 da LACP).

Tratando-se de ação civil pública para defesa de direito individual homogêneo, a tutela coletiva termina na sentença condenatória genérica que não identifica nem o beneficiário e nem o prejuízo que sofreu, limitando-se a fixar a responsabilidade do réu pelos danos causados que serão, pelo sistema individual, apurados em liquidação de sentença. Excetua-se a possibilidade de execução coletiva oriunda de tutela de direito individual homogêneo, na hipótese do art. 100 do CDC.

O prazo de 60 dias do art. 15 da LACP refere-se apenas ao parquet e apenas para os casos de trânsito em julgado da decisão. A regra no dispositivo é a de que se já existe a norma concreta formulada em caráter definitivo, o Ministério Público deve, enquanto os demais legitimados podem, promover a execução

91. O dispositivo fala em medida acatelaatória urgente, mas deve ser lido como medida urgente, aí incluindo-se as satisfativas e as assecuratórias.

coletiva (difusa e coletiva), quando o legitimado primário permanecer inerte pelo prazo fixado na norma. Havendo por acaso duas execuções, ter-se-á duplicidade de demandas executivas visando a satisfação do mesmo direito declarado, certamente que uma delas deverá ser extinta, devendo-se utilizar o critério da prevenção.

## 21. COISA JULGADA NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

### 21.1. Dispositivos regentes da coisa julgada nas demandas coletivas propostas com base na LACP

Com o advento do CDC e formação do sistema processual coletivo já explicado alhures, a regra da coisa julgada nas demandas coletivas supra-individuais (difusas, coletivas e individuais homogêneas) passou a ser regulada pelos arts. 103 e 104 do CDC, que revogaram o primitivo art. 16 da LACP. Posteriormente, sobreveio medida provisória, visando a atender interesses políticos casuísticos e modificou o art. 16 até então revogado, para lhe acrescer uma expressão descabida e com nítido propósito de retirar a força das demandas coletivas. Assim, conquanto a doutrina especializada identifique que a mudança foi absolutamente nula, é preciso apontar os porquês que justificam a adoção da tese da inocuidade da alteração do art. 16.

### 21.2. Coisa julgada e autoridade da coisa julgada

A *coisa julgada* ou *res judicata* representava no direito romano a coisa (bem juridicamente protegido) que já havia sido julgada. Portanto, a expressão em si, de cunho eminentemente materialista (não processual), denominava o fenômeno em contraposição à *res in iudicium deducta* (coisa = bem juridicamente protegido – deduzido em juízo)<sup>92</sup>. Entretanto, tanto

na locução *res iudicium deducta*, como na outra, *res iudicata*, o elemento que ressaltava era uma substância, algo que se punha como o objeto da atividade cognitiva judicial – visto ali, de um ângulo anterior, e aqui de um ângulo posterior à prolação da sentença.<sup>93</sup>

Se a noção de coisa julgada no direito romano dava destaque ao aspecto material, qual seja, a coisa (o bem juridicamente protegido), essa não tem sido a

92. Como bem observou Chiovenda “A *res iudicata* outra coisa não é para os romanos do que a *res in iudicium deducta* depois que foi *iudicata*. Podemos igualmente asseverar que a coisa julgada não é outra coisa senão o bem julgado, o bem conhecido ou desconhecido pelo juiz (...)”. *Instituições de direito processual civil*, v. I, p. 446-447.

93. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ainda sobre a coisa julgada. In: *Direito processual civil*. Rio: Borsoi, 1971, p. 134.

orientação do direito processual, que diante da “processualização” dos institutos durante a fase autonomista do direito processual civil, procurou dar mais ênfase ao outro elemento da expressão *res judicata*. Assim, atualmente, é sobre o *participio* “julgado” que se tem associado o fenômeno da *coisa julgada*.

Na verdade, pensamos, para sermos fiéis ao conteúdo do que a expressão indica, deve-se distinguir a *coisa julgada* da *autoridade que lhe é emprestada*, por critérios políticos, pelo legislador. Assim, pode-se dizer que é perfeitamente possível que exista a coisa julgada (material), mas que essa não seja dotada da peculiar autoridade que normalmente possui.

### 21.3. Relativização da autoridade da coisa julgada

Como a autoridade (imutabilidade) da coisa julgada é um fenômeno político, é possível que o legislador atribua ou não este fenômeno a decisões judiciais. Tem-se aí o que se denomina de relativização<sup>94</sup> da coisa julgada. Destarte, trata-se de fenômeno que atua sobre a sua autoridade, e por isso melhor seria que se denominasse de *relativização da autoridade da coisa julgada*, que tanto pode se dar em relação aos limites objetivos ou subjetivos. Foi exatamente isso que fez o legislador em relação à ação popular (art. 18 da Lei 4717/65) julgada improcedente por insuficiência de provas (*secundum eventum probationes*), cuja regra foi repetida nos arts. 103, I e II, do CDC. Também ocorre a *relativização* da autoridade da coisa julgada prevista no art. 103, III, do CDC (Lei 8.078/90).

Por ser a *autoridade* da coisa julgada um fenômeno de ordem política (com consequências jurídicas), é certo que o conteúdo da sentença que ficará imutável pela coisa julgada pode ser desprezado pelo legislador, ou seja, falando mais claramente: pode o legislador fazer com que a *autoridade* do julgado recaia sobre uma decisão de mérito ou não. Bem por isso, pode relativizar a autoridade de uma sentença de mérito, como pode atribuir autoridade a uma sentença que não aprecia o mérito<sup>94</sup>. Aliás, quanto ao primeiro caso, vê-se que o legislador assim o fez nos exemplos citados no parágrafo anterior. Exemplo da segunda hipótese vê-se na regra do art. 267, V, c/c o art. 268, *caput*, do CPC, onde expressamente veda-se que uma sentença que extinga o processo sem julgamento do mérito

94. Com relação às condições da ação, pensamos que se trata de categoria que deveria estar mais próxima do mérito do que de um conteúdo processual. O CPC fez a opção de colocá-lo no art. 267, VI, do CPC. No nosso sentir, melhor seria que o legislador, conquanto se lhe tenha emprestado a possibilidade de vir a ser acobertado pela coisa julgada formal, tivesse-lhe ao menos imprimido a *autoridade* que é típica da coisa julgada material. De outra parte, seria ilógico admitir que se pudesse exigir a repropositura de demanda extinta por falta de possibilidade jurídica do pedido, se a situação permanece exatamente a mesma.

pelo acolhimento de objeção de duplicidade de litispendência, de coisa julgada ou alegação de perempção, possa ser reproposta.

Isso tem particular relevo diante do fenômeno da ação rescisória. Isso porque essa modalidade de demanda tem por finalidade apenas rescindir, e normalmente rejudgar, demandas que já tenham sido julgadas e sobre as quais já pesa a *autoritas rei iudicata*. Ora, se já foi julgada, mas não tem essa autoridade por conveniência do legislador, certamente que não será possível ajuizar uma ação rescisória, justamente porque a própria demanda poderia ser reproposta. *Contrario sensu* se diga para os casos em que se impõe-se a autoridade de coisa julgada às sentenças que não apreciam o mérito, como nos casos do art. 267, V, do CPC. Nesses casos, justifica-se a ação rescisória, tendo em vista o fato de que, existindo as hipóteses de cabimento para essa ação impugnativa (taxativamente previstos pelo legislador), será viável a sua utilização, porque se põe como o único meio processual para extirpar do mundo jurídico a autoridade da coisa julgada.

#### 21.4. Coisa julgada e representatividade adequada in abstracto da LACP

O legislador da Lei de Ação Civil Pública não se preocupou em esconder seus medos e receios em relação ao representante adequado que impulsionaria a tutela jurisdicional dos interesses difusos e coletivos. Tanto isso é verdade que fez questão de dizer na exposição de motivos que adotava a regra do art. 18 da Lei de Ação Popular justamente porque temia que um eventual conluio entre as partes pudesse resultar num grave prejuízo aos titulares dos interesses difusos e coletivos.

Exatamente por isso que o legislador adotou a regra da relativização da autoridade da coisa julgada *secundum eventum probationes*, ou seja, conquanto possa ter havido julgamento do mérito da demanda coletiva, se tal julgamento se deu em razão de insuficiência de provas, sobre tal decisão não recairá a autoridade da coisa julgada, caso se deseje repropor a mesma demanda com base em nova prova.

#### 21.5. O alcance do termo insuficiência de provas: material e processual

A insuficiência de provas pode ser analisada sob um aspecto material e outro processual e não precisa ser expressamente declarada pelo juiz ao julgar a demanda coletiva improcedente. O primeiro caso (aspecto material) dirige-se às situações em que não existia ou era impossível a obtenção de prova suficiente para influir no resultado e na convicção do magistrado. A segunda hipótese existe quando a insuficiência decorre da ausência de material probatório nos autos que pudesse levar à formação da convicção do magistrado favoravelmente ao demandante. Não deve ser tomado como insuficiência de provas o não convencimento do magistrado pela deficiência na argumentação e demonstração da

verdade exposta nos autos pelo demandante, porque, a rigor, toda decisão de improcedência se dá: a) porque o autor não conseguiu demonstrar que possuía o direito afirmado; b) porque o réu trouxe prova suficiente para convencer que o autor não possuía razão. Neste caso (b) não há que se falar em insuficiência de provas, pois a prova apresentada aos autos foi suficiente para levar à improcedência da demanda.

#### 21.6. O conceito de nova prova para fins de repositura da demanda coletiva

A nova prova não é necessariamente a que surge após o trânsito em julgado do processo anterior, sendo, pois, a prova que não foi produzida na ação anterior, o que leva a crer que já poderia existir desde à época da demanda anterior. Mais que isso, a prova pode ter sido até mesmo postulada e não admitida a sua produção no processo anterior. Se assim é, nada mais lógico que admitir que o conceito englobe também as provas que não existiam à época do processo ou aquelas que embora existentes, eram desconhecidas ou tinham o seu uso impossibilitado. É muito comum em matéria ambiental, nas ações de responsabilidade civil por danos causados ao meio ambiente, que apenas depois de muito tempo seja possível obter comprovações de danos ocorridos ou que venham a ocorrer em momento posterior ao trâmite da demanda. É que os danos ambientais variam no tempo e no espaço, e às vezes não existe desenvolvimento científico e técnico que consiga provar a sua existência. Caso isso venha a ser obtido depois, não seria justo negar o uso desta prova nova para se obter o convencimento de que houve o dano ambiental e de que este precisa ser ressarcido.

Destarte, a nova prova não precisa ser, sozinha, responsável por proporcionar melhor sorte à mesma demanda coletiva. Obviamente que não, já que se se trata da mesma demanda que será repetida não há porque negar a utilização da prova anteriormente produzida. Nem se trata aqui de prova emprestada, porque se trata de utilizar as provas já produzidas sobre fatos relativos à mesma lide. Não há razão para se desprezar toda a prova colhida anteriormente e que foi objeto de discussão, até porque certos elementos de prova, depois de tanto tempo, não poderão mais ser obtidos com a mesma flagrância dos que foram obtidos na demanda anterior. A insuficiência da prova está atrelada à falta de convencimento do magistrado, e, portanto, não há razão para que todo o material anteriormente produzido seja desprezado.

#### 21.7. Nova prova e documento novo (art. 485, VII)

Não há superposição de campos entre a demanda rescisória e a demanda que se repropõe, e podem ser apontadas semelhanças e dessemelhanças entre

as figuras. Quanto às dessemelhanças, não só aspectos de competência e procedimento diferem uma da outra, mas também, especialmente, o fato da ação coletiva ser reproposta (a mesma) com base em nova prova e a demanda rescisória ser outra demanda com cúmulo de pedido, sendo que o primeiro pedido é o de que seja deferida a rescisão da coisa julgada.

Ora, o pressuposto da demanda coletiva reproposta é não ter ocorrido a coisa julgada material, motivo pelo qual não se poderia falar em ação rescisória. Outrossim, o conceito de documento novo é menos extenso que o conceito de nova prova, e enquanto esta não precisa ser contemporânea do processo findo, o documento novo é aquele que existia à época, mas que não pôde ser usado. Outrossim, vale dizer que dentro do conceito de “nova prova” engloba-se qualquer tipo de prova, enquanto o inciso VII do art. 485 do CPC trata apenas de prova documental. Quanto às semelhanças, pode-se dizer que em ambos os casos é comum o fato de que servem de embasamento à pretensão de revisão do julgado, embora não se possa dizer que o juiz tenha errado nos seus julgamentos, já que, num ou noutro caso, não teve acesso à prova nova ou ao documento novo que será utilizado na nova demanda. Ainda em comum o fato de que tanto o documento novo como a nova prova podem, pelo menos num juízo de probabilidade, ser tidos como idôneos ou capazes de assegurar uma melhor sorte na reanálise da lide. Não pode ser olvidado, é claro, o fato de que se o “documento novo” é menos do que “nova prova” e não haverá necessidade concreta em se propor a demanda rescisória coletiva em tal hipótese, justamente porque será possível obter, com menos custo e tempo, a repropositura da demanda coletiva utilizando-se da nova prova, sabendo-se que adotamos o critério substancial da insuficiência de provas.

### 21.8. Momento de demonstração da nova prova

Ao que parece, a “nova prova” deve ser explicitada no corpo da petição inicial e a falta de sua indicação acarreta a falta de interesse processual. É, portanto, um critério de admissibilidade da demanda coletiva. É de se notar que não se poderia exigir do autor da demanda coletiva outra coisa que não fosse uma demonstração razoável de que a nova prova tenha o condão de modificar o resultado, ainda que isso se dê pela adição das provas anteriores. Quanto ao juiz, deve fazer um juízo provável, pois a certeza desse aspecto só virá com a produção da prova propriamente dita, cujo momento é preso à fase instrutória, salvo se se tratar de prova documental (art. 284 do CPC).

### 21.9. Coisa julgada *secundum eventum litis* - efeito *in utilibus*

Por intermédio dessa engenhosa construção legislativa (à semelhança do que já ocorre e ocorria com a técnica processual que atribui à sentença penal

condenatória a eficácia de título executivo judicial no cível), a coisa julgada produzida nas demandas essencialmente coletivas (difusas e coletivas) pode ser aproveitada para as lides individuais derivadas da mesma causa de pedir (art. 103, §3º, do CDC). Isso será possível, portanto, quando uma mesma situação de fato seja geradora de tutela de direitos difusos e coletivos e de direitos individuais. Nos casos em que tanto os prejuízos individuais quanto os prejuízos difusos (v.g., desequilíbrio ecológico) sejam causados pela mesma atitude do mesmo demandado. Assim, proposta uma demanda coletiva para tutela do ambiente, em que se demonstre a responsabilidade de tal pessoa por tal ato e que este foi capaz de causar a poluição degradadora do ambiente, certamente que haverá um ponto comum, coincidente com as demandas individualmente propostas, para reclamar os prejuízos advindos da mesma poluição (intoxicaram, perderam rebanhos, plantações etc.). Esse elo de intersecção é justamente o mesmo ato ou fato jurídico que deu origem ou contribuiu a um só tempo para a geração de danos essencialmente coletivos e também individuais.

Na verdade, tem-se aí um eventual efeito secundário existente no caso de procedência das demandas coletivas, consistente numa extensão dos limites da coisa julgada para fins de ações individuais fincadas em elementos comuns da causa de pedir difusa ou coletiva, ou seja: proferida uma decisão para a defesa de direito difusos, além da autoridade da coisa julgada sobre o objeto difuso, que alcançará todos os seus titulares, também existirá dita autoridade sobre os motivos da decisão apenas para beneficiar os indivíduos que venham propor demandas individuais com fulcro no mesmo fato gerador que deu origem à demanda difusa. Restará ao indivíduo beneficiado demonstrar o nexo da poluição com seus prejuízos, bem como o seu *quantum*. Mais uma vez o legislador teve a cautela de expressar que tal técnica da coisa julgada *in utilibus* só existe para beneficiar os indivíduos, de forma que a improcedência nas demandas coletivas não traz, pelo menos em tese, qualquer prejuízo para a tutela individual que se baseie no mesmo fato ou ato jurídico.

Entretanto, o efeito *in utilibus* não autoriza ao cidadão intervir nas demandas coletivas e difusas, sob o argumento de que se procedente a demanda, poderá fazer uso da regra do art. 103, §3º segunda parte, do CDC, tal como explicou-se no tópico relativo à intervenção de terceiros.

Outrossim, importante dizer que se eventualmente for improcedente uma demanda coletiva para a defesa de direito individual homogêneo, apenas esta porta estará trancada, permitindo-se que sejam ajuizadas ações individuais que não são prejudicadas, nos termos do art. 103, III, do CDC. Por outro lado, nada impede que o indivíduo se utilize da coisa julgada *in utilibus* obtida de uma condenação difusa ou coletiva, ainda que uma ação individual homogênea, calcada no mesmo fato, tenha sido julgada improcedente, nos termos do art. 103, §3º, do CDC.

## 21.10. Críticas à limitação territorial da coisa julgada

Admitindo como inofensiva a modificação introduzida no art. 16 da LACP pela Lei 9.494, que foi fruto de edições e reedições de medidas provisórias oportunistas, seja porque teria modificado um dispositivo já revogado, seja porque o dispositivo teria apenas reformulado o sistema da competência dos direitos difusos e coletivos, que por obra do art. 16 passava a ter o mesmo regramento do art. 93 do CDC (ver nosso comentário ao art. 2º da LACP), a verdade é que as críticas à mudança do dispositivo são até desnecessárias, já que são irresponsáveis pela própria pequenez das modificações.

Da forma como foi redigida, pretende o legislador limitar o objeto difuso e coletivo, que são indivisíveis. Pretende estabelecer que os limites da competência delimitem igualmente os limites objetivos e subjetivos do julgado. Esquece-se o legislador que nem todos os bens difusos e coletivos são indivisíveis na sua essência por escolha ou vontade do ser humano. Se pensarmos no meio ambiente, veremos que é simplesmente impossível limitar a tutela de um objeto que é essencialmente indivisível e ubíquo, independentemente do querer humano. Mais que isso, a incongruência limita-se à sentença civil não impedindo a tutela penal que secundariamente formaria título executivo (art. 103, §4º, do CDC). Ademais, permite inferir que a cada degrau de jurisdição que se suba por intermédio de recursos se aumente a área coberta pela decisão. Enfim um absurdo sem tamanho!

## 22. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Os casos de litigância de má-fé são tipificados nos arts. 14 e ss. do CPC, que tipificam as condutas ímprobas e prescrevem o conteúdo do princípio da lealdade processual. A litigância de má-fé constitui um dos males mais sérios e nefastos do direito processual, pois, sendo o processo quase que o único caminho de tutela dos conflitos, e com ampla possibilidade de exercício do contraditório, torna-se o campo de ambiência para a prática de ilícitos e abusos processuais.

Conquanto a norma fale em associação autora, aplica-se a todo e qualquer legitimado à propositura de demanda coletiva com base na LACP, por razões de isonomia. Obviamente que antes de alguém ser condenado deve-se-lhe abrir chance para defesa, afinal de contas trata-se de apenamento que exige aplicação do princípio do contraditório. A litigância de má-fé é sancionada com a pena pecuniária correspondente ao décuplo das custas. O décuplo das custas é apenas uma medida de valor, que nem precisaria ter sido estabelecida, tendo em vista que muitas demandas são propostas com valor extremamente baixo, valor inestimável, tendo custas também bastante diminutas. Há casos em que a pena prevista não causa nenhum desestímulo ao demandante, e por isso devem ser aplicados, concomitantemente, os arts. 14 e ss, do CPC.

É certo que o valor da pena pecuniária é sanção por se ter praticado o ilícito processual e isso nada tem a ver com o eventual prejuízo decorrente da prática do ilícito, motivo pelo qual o dispositivo acaba falando na aplicação da multa sem prejuízo das perdas e danos, que poderão ser apuradas nos autos do próprio processo. A solidariedade entre a pessoa jurídica e as pessoas físicas (diretores responsáveis) é extremamente importante para se evitar o uso indevido da legitimidade do ente coletivo. A solidariedade diz respeito não só à pena pecuniária, mas aos honorários e à responsabilidade por perdas e danos.

O dispositivo ainda retira o benefício da isenção de honorários prevista no artigo seguinte, no caso existir condenação por má-fé. A condenação poderá se dar por sentença ou por decisão interlocutória no curso do processo.

O que se percebe no dispositivo é uma preocupação do legislador em por um freio nas facilidades e estímulos ao acesso impertinente e abusivo à justiça e vem demonstrar mais uma vez o seu temor com a representatividade adequada *in abstracto*, especialmente com as associações. Há sensível preocupação no dispositivo de conter eventuais excessos praticados por abuso do exercício de ação civil pública, pois, pela leitura do artigo seguinte, se verá que o risco para se ajuizar a perder uma ação civil pública é zero. A linha divisória entre a natureza social e o fim político é muito tênue, devendo se ter enorme cuidado para que as facilidades para se ajuizar uma ação civil pública não transformem esse remédio heroico em joguete de perseguição política e abuso de direitos. Na prática tem-se assistido isso com frequência vulgar e inesperada.

## 23. DESPESAS PROCESSUAIS NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Despesas processuais constituem gênero do qual as custas, os emolumentos, as diárias de testemunhas, os honorários de perito são espécies. Para todas as despesas processuais não haverá o adiantamento, o que não elide o pagamento ao final da demanda pelo vencido, seja ele o demandante ou o demandado. Exceção do pagamento posterior é feita às associações autoras, na segunda parte do dispositivo, que não serão sequer condenadas em verbas de sucumbência (em honorários e despesas), salvo comprovada má-fé.

### 23.1. Não condenação da associação autora

Apenas em caso de má-fé processual é que a associação autora (inclui-se o sindicato que tem natureza de associação civil) será condenada nas verbas de sucumbência (despesas e honorários advocatícios). A regra é excepcional e como tal deve ser interpretada. Todos os demais autores da LACP não possuem o mesmo benefício, salvo o sindicato. Logo, todos os demais legitimados não são contemplados com o benefício da isenção da condenação, devendo arcar com honorários e demais despesas não adiantadas, caso saiam vencidos na demanda.



### 23.2. Ações de improbidade pelo parquet e a utilização do art. 17 e 18 da LACP

Tornou-se prática comum do Ministério Público a solicitação, no corpo da petição inicial da demanda de improbidade administrativa, do benefício do art. 18 da LACP. Com relação ao benefício de não adiantamento das despesas processuais, poder-se-ia ao menos em tese aproveitar a regra do art. 27 c/c art. 20, §2º, do CPC, deferindo-lhe o benefício. Todavia, não se pode em hipótese alguma estender ao Ministério Público a regra excepcionalmente prevista para as associações legitimadas à propositura da LACP.

Isso porque a lei de improbidade segue o procedimento ordinário por expressa determinação legal (art. 17 da Lei 8429) e a justificativa em se adotar dito procedimento é que se trata de lei com graves sanções aos direitos políticos do cidadão, e por isso mesmo melhor que se desenvolva num procedimento com amplas chances de debate e defesas, tudo visando a privilegiar a tutela da segurança e a cognição exauriente, evitando-se ao máximo decisões injustas.

Não há porque isentar o Ministério Público da condenação de honorários e despesas se for vencido na demanda de improbidade ou de ação civil pública, justamente porque tem a seu favor o instrumento exclusivo do inquérito civil, que lhe permite sopesar *interna corporis* a viabilidade da demanda a ser ajuizada, diminuindo sensivelmente os riscos de derrota. O “risco zero” ao Ministério Público na propositura das demandas coletivas, especialmente as de improbidade, que parasitam dessa regra, é um desfavor que se presta à sociedade e à própria instituição, que tem sido manipulada, especialmente nas demandas de improbidade, para utilizar as demandas com fins pessoais e de perseguição política. A obediência orçamentária, os vínculos políticos que estreitam o relacionamento entre os chefes de poder, o uso promocional e abusivo dos veículos de comunicação estão fazendo com que o Ministério Público venha aos poucos invertendo seu papel de herói para vilão da sociedade. Ao não aplicar a isenção, que é indevida ao *parquet*, o juiz estará prestando um serviço à própria instituição e à sociedade.

### 24. O FUNDO CRIADO PELO ART. 13 DA LACP

A primeira e rápida leitura do art. 13 da LACP já demonstra que o dispositivo cuida de uma situação subsidiária. A precípua finalidade da LACP não é fornecer uma tutela que condene o demandado a pagar uma quantia em dinheiro e isso pode ser evidenciado por todo movimento legislativo em torno da tutela específica, especialmente a tutela inibitória com incremento dos poderes do juiz e exercício conjunto de meios de coerção e sub-rogação.

Em sede de direitos difusos e coletivos o dano deve ser sempre evitado e esses esforços devem ser concentrados na finalidade de uma tutela preventiva que seja efetiva. A impossibilidade da tutela específica, e depois dela, de um ressarcimento específico, relega a tutela reparatória em dinheiro como o último degrau a ser percorrido na solução das crises de inadimplemento.

Da forma como quer crer o dispositivo, até parece que a sentença condenatória terá cunho satisfativo. Da maneira como diz o dispositivo até parece que a sentença condenatória dará alguma satisfatividade ao jurisdicionado, pois segundo o legislador “*havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo (...)*”. Ora, pura ilusão. Tomemos por exemplo o meio ambiente, que é o campo de ambiência natural das demandas coletivas da LACP. Depois de ocorrido o dano ambiental, surgem algumas dúvidas nem sempre tão fáceis de serem respondidas: a) quem foi o poluidor? b) a poluição espalhou-se no tempo e no espaço só vindo a ser descoberta muito depois de sua ocorrência? c) há nexos entre o dano e a atividade do agente? d) qual o valor do dano patrimonial e social? Como liquidá-lo? e) uma vez liquidado o dano, tem o poluidor patrimônio suficiente?

Só depois de todo esse périplo recheado de obstáculos quase invencíveis é que o jurisdicionado conseguirá obter a execução frutífera, e o valor arrecadado será então revertido para o fundo de que trata a LACP.

É de se notar que depois de percorrido todo esse caminho o dinheiro ainda não foi empregado na recuperação do bem lesado, e que depois de tanto tempo talvez seja até irre recuperável ou inviável a sua recuperação. Estamos falando de anos e mais anos, talvez décadas. Como se trata de dinheiro “público”, então deverá haver uma competição para saber qual dos candidatos tem o melhor preço e técnica para desenvolver o serviço de recuperação dos bens lesados. Mais burocracia, mandados de segurança, recurso etc., e o bem continua sem ser reparado. Afinal, será que é justificável a tutela reparatória em pecúnia?

É claro que a ideia do fundo é nobre e deve ser louvada, mas não pode ser tomada com muito êxtase por quem quer se seja. O dinheiro que é destinado a uma reparação difusa acaba sendo derramado em projetos fantasmas, desvios, atos de improbidade etc. Por tudo isso vemos com enorme descrença a tutela reparatória em pecúnia.

Se a intenção do legislador foi inspirar-se no modelo da *fluid recovery* norte-americano, verifica-se que tudo não passou de uma inspiração. No modelo norte-americano o fundo tem legitimidade para consertar o dano e reparar o prejuízo com o dinheiro que possui e depois cobrar uma indenização do responsável que venha a ser futuramente identificado. Ademais, a reparação fluida é oriunda de um resíduo que normalmente não é reclamado pelas pessoas que tiveram

prejuízos. Essa verba aqui no Brasil é oriunda do art. 100, parágrafo único da Lei 8.078/90 e não propriamente da condenação em pecúnia pelo dano causado.

Os fundos podem ser federais ou estaduais e os produtos da indenização na LACP variarão o destino para um ou outro caso dependendo se tratar de demanda coletiva proposta na justiça federal ou estadual.

#### 24.1. A estrutura do fundo federal para a defesa dos direitos difusos

Logo quando foi criado o FDDD pelo art. 13 da LACP, havia o parágrafo único deste mesmo dispositivo que determinava que enquanto o fundo não fosse regulamentado todo o dinheiro arrecadado pela ACP ficaria depositado em estabelecimento oficial de crédito, em conta com correção monetária. Isso de fato ocorreu até que o fundo foi inicialmente regulamentado pelo decreto 93.302/86, tendo sido posteriormente alterado pelo decreto 96.617/88.

Em seguida surgiu um novo decreto, de nº 407/91, que revogou os anteriores e passou então a regulamentar o FDDD. Novamente uma alteração ocorreu, desta vez em 21 de março de 1995, por intermédio da Lei Federal 9.008, que criou, na estrutura organizacional do Ministério da Justiça, o Conselho Federal de que trata o art. 13 da lei 7.347/85 (LACP), ainda fazendo alterações no próprio texto do CDC (arts. 4º, 39, 82, 91 e 98). Posteriormente, a Lei 9.240, de 22 de dezembro de 1995, ratificou o FDDD.

Seguindo a orientação da LACP art. 13, a Lei 9.008/95 criou no art. 1º o Conselho Federal de Gestão do Fundo criado pela LACP. Quanto à origem dos recursos que compõem o fundo, vê-se que houve um alargamento da proposta inicialmente prevista pelo art. 13 da LACP, pois não só as condenações judiciais em ACP serão destinadas ao FDDD.

Segundo o art. 2º, constituem recursos do FDDD o produto da arrecadação: I – das condenações judiciais de que tratam os artigos 12 e 13 da LACP, desde que não destinadas à reparação de danos a interesse individual (individuais homogêneos do art. 100, parágrafo único, CDC); II – das multas e indenizações decorrentes da aplicação da Lei 7.853/89, desde que não destinadas à reparação de danos a interesses individuais; III – dos valores destinados à União em virtude da aplicação da multa prevista no artigo 57 e seu parágrafo único e do produto da indenização prevista no art. 100, § único do CDC; IV – das condenações judiciais de que trata o §2º do artigo 2º da Lei 7.913/89; V – das multas referidas no artigo 84 da Lei 8.884/94; VI – dos rendimentos auferidos com a aplicação dos recursos do fundo; VII – de outras receitas que vierem a ser destinadas ao fundo; VIII – de doações de pessoas físicas ou jurídicas nacionais ou estrangeiras.

Quanto à destinação do dinheiro arrecadado ao fundo, há uma preocupação primária de que as verbas resultantes da condenação em ACP devam ser

destinadas e estar vinculadas à recuperação do dano causado e reconhecido pelo Poder Judiciário. Isso significa, por exemplo, que obtida a satisfação da condenação em dinheiro de um poluidor, a verba deve destinar-se primariamente à recuperação do dano causado ao meio ambiente.

Caso isso seja impossível ou inviável para a hipótese (porque o meio já teria sido recuperado pelo Poder Público ou tenha sido naturalmente restaurado pelo meio ambiente; ou ainda por não ser renovável para aquela hipótese; ou a verba refira-se a dano extrapatrimonial ambiental e o dano tenha sido especificamente recuperado; ou a verba refira-se a multa arrecadada nas astreintes (execução indireta descumprida) e o dano já tenha sido recuperado) é que se promoverão, então, as finalidades subsidiárias a que se refere o plano.

A expressa previsão do art. 1º, §1º e §3º, da Lei 9.008/95, não deixa margem de dúvidas de que a finalidade ontológica e primacial do FDDD é ser utilizado para recuperar o bem difuso lesado e tutelado por via da ACP. Outras finalidades devem entrar em fila de espera e somente poderão ser desenvolvidas se e quando o bem difuso lesado tenha sido plenamente recuperado.

Segundo os dispositivos citados, o §1º do art. 1º da Lei 9.008/95 assevera que o FDDD tem por finalidade a reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico, por infração à ordem econômica e a outros interesses difusos e coletivos. Já o §3º do art. 1º da Lei 9.008/95 determina que os recursos arrecadados pelo FDD serão aplicados na recuperação de bens, na promoção de eventos educativos, científicos e na edição de material informativo especificamente relacionado com a natureza da infração ou do dano causado, bem como na modernização administrativa dos órgãos públicos responsáveis pela execução das políticas relativas às áreas mencionadas no § 1º deste artigo. Aqui é extremamente criticável esta última finalidade referente à *modernização administrativa*, já que não se coaduna com a gênese do fundo criado pelo art. 13 da LACP.

Pela visão prospectiva prioritária que envolve o FDDD (*backing looking* e não *forward looking*), e também em razão de as verbas que o compõem serem oriundas, na sua maioria, de recursos financeiros alcançados pela satisfação de uma condenação em ACP, portanto frutos de uma expropriação do executado, verifica-se que há enormes limitações de ordem processual para que esse dinheiro entre no caixa do fundo e assim o meio possa ser recuperado. Isso sem contar com a burocracia normal que envolve a realização dos projetos e recuperação do meio ambiente para os casos em que o dinheiro arrecadado possa ser empregado.

Melhor seria que o dinheiro arrecadado ao fundo já pudesse ser utilizado na recuperação de outros bens difusos de igual natureza, v.g. quando um bem ambiental fosse lesado, o produto arrecadado em ACP anterior já poderia ser

empregado na sua recuperação imediata. O Fundo teria autonomia para tomar esta atitude e depois teria personalidade judiciária para cobrar regressivamente o que foi gasto. Os bens difusos precisam de uma tutela urgente, mesmo depois de ocorrido o dano, de forma que ter que aguardar o fim de um processo de declaração e depois um processo de execução seria perpetrar e tornar definitivamente irreversível o dano consumado. Esse modo de atuação, semelhante ao *superfund* norte americano, traria um enorme benefício para o meio ambiente e para coletividade, que não seria vitimada duas vezes.

Como já se disse, o FDDD não fica adstrito a uma visão meramente reparatória, muito embora essa seja a sua gênese e finalidade principal. Pela leitura do art. 3º da Lei 9.008/95, vê-se que dentro da competência do Conselho Federal de Gestão do FDDD, formado por representantes públicos e privados, existem diversas atividades cuja finalidade é atuar preventivamente em prol dos bens protegidos pela LACP.

Assim, muito embora na prática os números indiquem uma total inoperância do FDDD quanto às verbas arrecadadas, o que pode ser verificado em simples consulta ao site [www.camara.gov.br/orcament/](http://www.camara.gov.br/orcament/), é competência do Conselho Federal:

- I – zelar pela aplicação dos recursos na consecução dos objetivos previstos nas Leis nos 7.347, de 1985, 7.853, de 1989, 7.913, de 1989, 8.078, de 1990, e 8.884, de 1994, no âmbito do disposto no § 1º do art. 1º desta Lei;
- II – aprovar e firmar convênios e contratos objetivando atender ao disposto no inciso I deste artigo;
- III – examinar e aprovar projetos de reconstituição de bens lesados, inclusive os de caráter científico e de pesquisa;
- IV – promover, por meio de órgãos da administração pública e de entidades civis interessadas, eventos educativos ou científicos;
- V – fazer editar, inclusive em colaboração com órgãos oficiais, material informativo sobre as matérias mencionadas no § 1º do art. 1º desta Lei;
- VI – promover atividades e eventos que contribuam para a difusão da cultura, da proteção ao meio ambiente, do consumidor, da livre concorrência, do patrimônio histórico, artístico, estético, turístico, paisagístico e de outros interesses difusos e coletivos;
- VII – examinar e aprovar os projetos de modernização administrativa a que se refere o § 3º do art. 1º desta Lei.

## 25. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABELHA RODRIGUES, Marcelo. Elementos de direito ambiental: parte geral. São Paulo: RT, 2. ed., 2005.
- Ação civil pública e meio ambiente. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2. ed., 2004.
- ANDRADE NERY, Rosa Maria et al. *Direito processual ambiental brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.
- ANTUNES, Paulo de Bessa. *Dano ambiental: uma abordagem conceitual*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2000.

- \_\_\_\_\_. O inquérito civil (considerações críticas). In: *Ação civil pública*. São Paulo: RT, 2001.
- ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. *Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- ARMELIN, Donald. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: RT, 1979.
- \_\_\_\_\_. Tutela jurisdicional diferenciada. In: *O processo civil contemporâneo*. Curitiba: Juruá, 1994.
- ARRUDA ALVIM, José Manuel de et al. *CDC comentado*. São Paulo: RT, 1990.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados “interesses difusos”. *Revista de processo*, n. 28. São Paulo: RT, 1982.
- \_\_\_\_\_. A ação popular no direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados interesses difusos. In: *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1977.
- \_\_\_\_\_. A legitimação para a defesa dos interesses difusos no direito brasileiro. In: *Temas de direito processual*, 3ª série. São Paulo: Saraiva, 1984.
- \_\_\_\_\_. A tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. (Coord.) *A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984.
- \_\_\_\_\_. *Ações Coletivas na Constituição Federal de 1988*. Repro, 61/190. São Paulo: RT.
- \_\_\_\_\_. Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária. In: *Direito processual civil*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970.
- \_\_\_\_\_. Coisa julgada e declaração. In: *Temas de direito processual*, 1ª série, São Paulo: Saraiva, 1977.
- BENJAMIN, Antonio Herman Vasconcellos e. A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico – Apontamentos sobre opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor. In: *Ação civil pública – Lei 7.347/85 – Reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação*. São Paulo: RT, 1995.
- BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal para o Estado Social*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1972.
- BUENO, Cássio Scarpinella. As ações coletivas contra o Poder Público. In: QUEIROZ, Raphael Augusto Sofiati de (Coord.). *Acesso à justiça*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- \_\_\_\_\_. As *class actions* norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta. *Revista de Processo*, n. 82, São Paulo: RT, 1996; \_\_\_\_\_. Réquiem à ação civil pública. Disponível em: [www.sbdp.gov.br](http://www.sbdp.gov.br).
- CALMON DE PASSOS, J.J. *Direito, poder, justiça e processo: julgando o que nos julgam*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- CAPPELLETTI, Mauro.
- GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1988.
- \_\_\_\_\_. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. *Revista de processo*, n. 5. São Paulo: RT, 1977.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, v. I. São Paulo: Saraiva, 1969.

- COLAÇO ANTUNES, Luís Filipe. Poluição industrial e dano ambiental: as novas afinidades eletivas da responsabilidade civil. *Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra*, v. 67, 1991.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 1986.
- \_\_\_\_\_. As três figuras da liquidação de sentença. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos (Coord.). *Estudos de direito processual em memória de Luiz Machado Guimarães*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação civil pública*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- FAZZALARI, Elio. *Instituzioni di diritto processuale*. Pádua: Cedam, 1989.
- FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo, MILARÉ, Edis; NERY JR., Nelson. *A ação civil pública e a tutela jurisdicional dos interesses difusos*, Saraiva: São Paulo, 1984.
- GIDI, Antônio. *Coisa julgada e litispendência nas ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. A aparente restrição da coisa julgada na ação civil pública: ineficácia da modificação do artigo 16 pela Lei 9494/97. In: FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de (Coord.). *Temas de direito ambiental e urbanístico*. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- \_\_\_\_\_. A coisa julgada perante a Constituição, a Lei de Ação Civil Pública, O Estatuto da Criança e Adolescente e o Código de Defesa do Consumidor. In: *Livro de estudos jurídicos*, n. 5.
- \_\_\_\_\_. Ações coletivas. Identidade total ou parcial. Conexão, continência e litispendência. A aparente diversidade no polo ativo. Conflito positivo de competência. Reunião dos processos perante o juízo prevento. In: *O processo em marcha*. São Paulo: Forense Universitária, 2000.
- LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.
- LEITE, José Rubens Morato. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. São Paulo: RT, 2000.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Ação civil pública (ambiente, consumidor, patrimônio cultural) e tombamento*. 2. ed. São Paulo: RT, 1987.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores (lei 7.437/85 e legislação complementar)*. São Paulo: RT, 1997.
- \_\_\_\_\_. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 3. ed. São Paulo: RT, 1994.
- MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. Iniciativa probatória do juiz e princípio do contraditório no processo civil. In OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (Coord.). *Prova cível*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 5. ed. São Paulo: RT, 1993.
- \_\_\_\_\_. Ação civil pública. *Revista dos Tribunais*, n. 682/26.
- \_\_\_\_\_. *O inquérito civil - investigações do Ministério Público, compromissos de ajustamento e audiências públicas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- \_\_\_\_\_. Pontos controvertidos sobre o inquérito civil. In: MILARÉ, Edis (Coord.). *Ação civil pública*. São Paulo: RT, 2001.
- NERY JR., Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal* São Paulo: RT, 1992.

- OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Problemas atuais da livre apreciação da prova. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de (Coord.). *Prova cível*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- OLIVEIRA JR., Waldemar Mariz de. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos. In: *Estudos sobre o amanhã*, Caderno 2, São Paulo, 1978.
- PAZZAGLINI FILHO, Maríno; ROSA, Márcio Fernando Elias; FAZZIO JR., Waldo. *Improbidade administrativa*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense.
- \_\_\_\_\_. *Prova judiciária no cível e no comercial. Parte geral*. v. 1. São Paulo: Max Limonad, 1966.
- SILVA, Ovídio Baptista da. *Jurisdição e execução*, São Paulo: RT, 1996.
- TALAMINI, Eduardo. *Tutela dos deveres de fazer e não fazer*. São Paulo: RT, 2000.
- VENTURI, Elton *Execução coletiva*. São Paulo: RT, 2000.
- VIGLIAR, José Marcelo Menezes. Ação civil pública ou ação coletiva? In: MILARÉ, Edis (Coord.). *Ação civil pública*. São Paulo: RT, 2001.
- \_\_\_\_\_. *Tutela jurisdicional coletiva*. São Paulo: Atlas, 1998.
- VIGORITI, Vincenzo. *Interessi collettivi e processo - la legittimazione ad agire*. Milano: Giuffrè, 1979.
- YARSELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 1998.
- \_\_\_\_\_. *Tutela Jurisdicional Específica Nas Obrigações de Declaração de Vontade* São Paulo: Malheiros, 1993.