

DANIEL AMORIM
ASSUMPCÃO
NEVES

2023

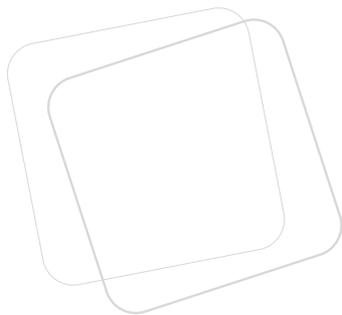
 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

MANUAL DE

PROCESSO COLETIVO

volume único

6^a | revista
edição | atualizada
ampliada



LEGISLAÇÃO VIGENTE

Sumário: 3.1. Introdução – 3.2. Lei das Pessoas Portadoras de Deficiência (Lei 7.853/1989) – 3.3. Lei de defesa dos investidores do mercado de valores mobiliários (Lei 7.913/1989) – 3.4. Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990) – 3.5. Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/1992) – 3.6. Estatuto do Torcedor (Lei 10.671/2003) – 3.7. Estatuto da Pessoa Idosa (Lei 10.741/2003) – 3.8. Lei do Mandado de Segurança (Lei 12.016/2009) – 3.9. Lei de defesa da ordem econômica (Lei 12.529/2011) – 3.10. Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013) – 3.11. Lei do Mandado de Injunção (Lei 13.300/2016).

3.1. INTRODUÇÃO

Conforme analisado no Capítulo 2, item 2.4, as Leis 4.717/1965 (Ação Popular), 7.347/1985 (Ação Civil Pública), 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor) e a Constituição Federal de 1988 podem ser consideradas como genuínos marcos legislativos no desenvolvimento legal da tutela coletiva no Brasil. O microssistema coletivo, entretanto, contém outras leis que também têm sua relevância para o estudo da tutela coletiva. Ainda que não sejam tão significativas quanto as já comentadas no plano do processo coletivo, reservando sua maior relevância para o plano do direito material coletivo e individual, é importante uma breve análise a seu respeito, em especial naquilo que trazem de novo e diferente ao microssistema.

3.2. LEI DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA (LEI 7.853/1989)

Antes de efetivamente passar aos comentários a respeito das normas que tratam de tutela coletiva previstas na Lei 7.853/1989, é preciso justificar a nomenclatura adotada no título e que será utilizada durante todo o capítulo. Apesar da preferência de alguns pela expressão “pessoa com necessidades ou direitos especiais”, adotei a expressão consagrada em lei, por não entendê-

la inadequada e, principalmente, por não acreditar que firulas linguísticas e alterações de nomenclaturas sejam hábeis a efetivamente tutelar as pessoas portadoras de deficiência¹.

Na Lei 7.853/1989, a previsão de tutela jurisdicional coletiva se resume a três artigos, com algumas previsões que repetem – ora totalmente, ora parcialmente –, regras já previstas na Lei 7.347/1985. O art. 7º, inclusive, prevê aplicação, naquilo que couber, das regras presentes na Lei de Ação Civil Pública. O grande mérito dessa lei foi tutelar coletivamente uma espécie de direito que à época de sua promulgação não era tutelado, dado que a previsão de tutela de toda e qualquer espécie de direito difuso ou coletivo só veio um ano mais tarde, com a Lei 8.078/1990².

No art. 3º, *caput*, encontra-se a previsão da legitimidade ativa para a propositura de ações civis públicas destinadas à proteção de interesses coletivos difusos, individuais homogêneos e individuais indisponíveis da pessoa com deficiência: Ministério Público, Defensoria Pública, União, Estados, Municípios, Distrito Federal, associação constituída há mais de um ano, nos termos da lei civil, autarquia, empresa pública e fundação ou sociedade de economia mista que inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção dos interesses e a promoção de direitos da pessoa com deficiência.

Nos §§ 1º a 4º do art. 3º da Lei 7.853/1989 há regras mais detalhadas da requisição prévia que os autores da ação coletiva podem fazer às autoridades competentes para a obtenção de certidões e informações que julgarem necessárias à instrução da petição inicial, prevista no art. 8º, *caput* e § 2º, da Lei 7.347/1985. Na realidade, as normas presentes na LACP são mais bem organizadas, conseguindo dizer de forma resumida exatamente o que se encontra previsto na Lei 7.853/1989. Apesar da omissão legislativa, as regras sobre o inquérito civil, previstas no art. 8º da LACP, são aplicáveis às ações coletivas voltadas à tutela de pessoas portadoras de deficiência.

O art. 3º, § 5º, da Lei 7.853/1989, que prevê a possibilidade de litisconsorte ulterior a ser formado pelos legitimados que não ingressaram com a ação coletiva, repete a regra prevista no art. 5º, § 2º, da LACP, e o art. 3º, § 6º, da Lei 7.853/1989, que regulamenta o abandono e desistência do processo, repetida pelo art. 5º, § 3º, da LACP.

O art. 4º, *caput*, da Lei 7.853/1989 prevê a *coisa julgada secundum eventum probationis*, que já se encontra disposta no art. 16 da LACP, apenas com duas diferenças: na primeira lei não existe previsão da limitação territorial presente na segunda e na primeira há menção a “deficiência de prova”, enquanto na segunda há referência a “insuficiência da prova”. Por mais infeliz que seja a regra da limitação territorial, conforme amplamente analisado no item 14.4, uma vez

¹ Mazzilli, A defesa, p. 685.

² Leonel, Manual, n. 4.3, p. 127.

aplicável o dispositivo legal, também valerá para as ações coletivas na defesa de portadores de deficiência.

No § 1º do art. 4º da Lei 7.853/1989 existe regra processual não presente na LACP, prevendo que a sentença que concluir pela carência (na realidade qualquer sentença terminativa) ou pela improcedência da ação ficará sujeita ao duplo grau de jurisdição obrigatório, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal. O dispositivo legal repete o art. 19, *caput*, da LAP, sendo o tema do reexame necessário objeto de análise no item 13.6.

O § 2º do art. 4º da Lei 7.853/1989 prevê a legitimidade recursal, não havendo correspondente na LACP. O que poderia parecer uma inovação, ou, ainda, uma particularidade da lei ora comentada, na realidade apenas consagra a regra geral de legitimidade recursal prevista no art. 996 do Novo CPC. Se algum mérito tem o dispositivo legal, é a expressa previsão de legitimidade de qualquer legitimado, compreendendo inclusive aqueles que não participavam do processo até a prolação da decisão. Ainda que seja possível defender sua legitimidade como de terceiro prejudicado, o tema é polêmico, sendo nesse sentido pacificadora a norma legal ora comentada.

Por fim, o art. 5º da Lei 7.853/1989 prevê a obrigatória intervenção do Ministério Público, repetindo, ao menos no tocante à tutela coletiva, o art. 5º, § 1º, da LACP.

3.3. LEI DE DEFESA DOS INVESTIDORES DO MERCADO DE VALORES MOBILIÁRIOS (LEI 7.913/1989)

Exatamente como ocorreu com a Lei 7.853/1989, o grande mérito da Lei 7.913/1989 foi se antecipar ao Código de Defesa do Consumidor, que passou a regular a tutela de todas as espécies de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no âmbito coletivo. Em uma época em que o rol existente na Lei 7.347/1985 ainda era exemplificativo, a Lei 7.853/1989 teve o mérito de ampliá-lo, mesmo pontualmente, para a defesa dos investidores do mercado de valores mobiliários³.

Nos termos do art. 1º, *caput*, da lei ora comentada fica clara a natureza do direito que será defendido coletivamente: direito individual homogêneo dos titulares de valores mobiliários e aos investidores do mercado. Tal conclusão decorre de dois fatores: (i) a norma não impede a ação individual do prejudicado, e (ii) menciona expressamente que o objetivo da ação coletiva nesse caso será evitar prejuízos ou obter ressarcimento de danos causados a indivíduos que sejam titulares de valores mobiliários ou investidores do mercado. Se alguma dúvida ainda houvesse, é definitivamente afastada pelo art. 2º da lei, que expressamente

³ Leonel, *Manual*, n. 4.4, p. 129.

prevê como destinatários das importâncias obtidas em eventual condenação os investidores lesados, na proporção de seus prejuízos.

Quanto à legitimidade ativa para a propositura da ação civil pública, nos termos da Lei 7.913/1989, art. 1º, *caput*, há previsão tão somente do Ministério Público, mas, como aponta a melhor doutrina, os demais legitimados coletivos previstos no art. 82 do CDC e art. 5º da LACP também são legitimados ativos⁴. Por outro lado, tratando-se de direito individual homogêneo, parece ser aplicável a limitação geral à atuação do Ministério Público analisada no item 8.2.2⁵.

No tocante à execução, parece existir uma interessante particularidade em razão das regras consagradas nos parágrafos do art. 2º da lei ora comentada. Segundo o § 1º, as importâncias obtidas em virtude da ação coletiva ficarão depositadas em conta remunerada, à disposição do juízo, até que o investidor, convocado mediante edital, habilite-se ao recebimento da parcela que lhe couber. Como o dispositivo legal trata de importâncias depositadas em conta remunerada, tudo leva a crer que o legitimado ativo à ação coletiva poderá atuar tanto na fase de conhecimento como na de execução, diferente do que ocorre, em regra, na execução de sentença fundada em direito individual homogêneo.

Conforme amplamente analisado no item 16.4, as execuções da sentença fundada em violação a direito individual homogêneo são, ao menos em regra, individuais. Cabe aos indivíduos se habilitarem no processo coletivo para liquidarem e executarem a sentença em seu favor. Como o art. 2º, § 1º da Lei 7.913/1989 prevê uma habilitação do indivíduo apenas para levantar o dinheiro que já terá sido obtido judicialmente, tudo leva a crer que a execução já fora promovida pelo legitimado coletivo. Trata-se, portanto, de execução em favor de interesses individuais promovida por um legitimado coletivo.

Outra especialidade interessante da Lei 7.913/1989 diz respeito à decadência ao direito à habilitação do interessado. A partir da publicação do edital, que deve ocorrer após a execução se mostrar positiva e o dinheiro devido estar em uma conta remunerada, os indivíduos terão o prazo de dois anos para se habilitarem a receber os valores de seus danos, sendo que o valor não reclamado nesse prazo será revertido aos cofres da União. Diferente da natureza meramente processual do prazo consagrado no art. 100 do CDC, o prazo previsto pelo art. 2º, § 2º da Lei 7.913/1989, em razão de expressa previsão legal, tem natureza decadencial.

3.4. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (LEI 8.069/1990)

O Título VI da Lei 8.069/1990 é “Do acesso à Justiça”, sendo no Capítulo VII tratada a proteção judicial dos interesses individuais, difusos e coletivos, tudo levando a crer que os “interesses individuais” referidos em lei sejam os interes-

⁴ Mazzilli, A defesa, p. 702; Leonel, *Manual*, pp. 130-131.

⁵ Mazzilli, A defesa, p. 701.

ses individuais homogêneos. O art. 224 da lei ora comentada prevê a aplicação subsidiária das regras consagradas na Lei 7.347/1985.

O art. 208 da lei sob comento prevê, em seus nove incisos, algumas espécies de direitos que poderão ser tutelados pela ação coletiva. O que poderia parecer uma indevida restrição na utilização da tutela coletiva em prol de crianças e adolescentes desaparece diante da previsão do § 1º do mesmo dispositivo legal, segundo o qual, as hipóteses previstas expressamente não excluem de proteção judicial todos os demais direitos difusos, coletivos e individuais próprios da infância e da adolescência, protegidos pela Constituição e pela Lei⁶.

O art. 209 do ECA tem regra específica de competência, apontando como foro competente aquele onde ocorreu ou deva ocorrer a ação ou omissão, regra essa diferente da tradicional para as ações coletivas (art. 2º da LACP – foro do local do dano) e que prevalece sobre ela. O tema é tratado com maior profundidade no item 7.6.3.

Em previsão que repete o art. 83 do CDC, o art. 212, *caput*, do ECA dispõe que todas as espécies de ação são admissíveis, inclusive o mandado de segurança quando presentes seus requisitos, conforme previsão do § 2º do dispositivo ora analisado.

O art. 213 do ECA, ao tratar das ações que tenham por objeto o cumprimento de uma obrigação de fazer e não fazer, é redigido parcialmente como o art. 84 do CDC, mas tem uma importante previsão a respeito das *astreintes*. O § 3º do dispositivo ora comentado é um daqueles que condiciona a executabilidade da decisão que aplica a multa ao trânsito em julgado da sentença favorável ao autor. Já o art. 214 prevê que os valores obtidos em razão da multa serão revertidos a um fundo gerido pelo Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente do respectivo município, sendo mantidos os valores depositados em estabelecimento oficial de crédito, enquanto não for criado tal fundo (art. 214, § 2º). Também é interessante a previsão do art. 214, § 1º, do ECA, que determina que, não sendo executada a multa fixada a título de *astreintes* no prazo de 30 dias do trânsito em julgado, qualquer legitimado coletivo poderá dar início à execução, enquanto o Ministério Público deverá fazê-lo.

Conforme analisado no item 19.3, a condenação do autor da ação coletiva ao pagamento das verbas de sucumbência depende da demonstração de que a demanda foi proposta com má-fé. O art. 218 do ECA parece tratar do tema de forma um pouco diferente. Segundo o *caput* do dispositivo, basta o reconhecimento de ser a pretensão manifestamente infundada para que o autor seja condenado ao pagamento dos honorários advocatícios. Por outro lado, o parágrafo único do dispositivo prevê que, sendo comprovada a má-fé do autor, a associação autora e os direitos responsáveis pela propositura da ação serão solidariamente condenados ao décuplo das custas.

⁶ Assagra, Manual, p. 461.

3.5. LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA (LEI 8.429/1992)

A Lei 8.429/1992, conhecida como Lei da Improbidade Administrativa, não resultou da primeira preocupação legislativa com os atos de improbidade. A preocupação com tais atos, na realidade, já estava presente na Constituição Federal de 1988, mais precisamente no art. 37, § 4º, do texto constitucional⁷. De qualquer forma, é inegável a relevância da Lei 8.429/1992 para a tutela do patrimônio público e moralidade administrativa diante de atos de improbidade administrativa.

Importante registrar que, por conta da Lei 14.230/2021, não é incorreto afirmar-se que atualmente temos uma nova lei de ação civil pública, tal foi a alteração de seu conteúdo, tanto no aspecto material como processual.

Nos três primeiros artigos da lei há previsões que qualificam o sujeito que poderá praticar o ato de improbidade administrativa. Os arts. 9º, 10 e 11 tipificam três diferentes espécies de improbidade administrativa: o art. 9º prevê os atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito; o art. 10 prevê os atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário e o art. 11 determinados atos ou omissões, devidamente tipificados em lei, que atentam contra os princípios da administração pública ou que violem os deveres de honestidade, de imparcialidade e de legalidade.

Antes propriamente de se passar à análise dos dispositivos processuais da Lei 8.429/1992, é importante ressaltar que o patrimônio público já se encontrava tutelado no plano processual pela Lei de Ação Popular e pela Lei de Ação Civil Pública. E o ideal, conforme defendido no Capítulo 2.6., é que fosse tutelado somente por essas duas espécies de ações puramente coletivas. A LIA, entretanto, embora contraditória, ao proibir a utilização da ação de improbidade para a tutela do patrimônio público em seu art. 17-D, mas prever uma série de outros dispositivos que a permite, faz com que tal ação possa ser utilizada, ainda que parcialmente, também com essa finalidade. Dessa forma, cada qual com sua especialidade, tanto a ação popular, a ação civil pública, como a ação de improbidade administrativa devem coexistir no microsistema coletivo.

A distinção mais essencial, entretanto, é de que na ação popular e na ação civil pública o microsistema coletivo sempre será aplicado, até porque os únicos pedidos formuláveis serão de tutela do patrimônio público, enquanto que, na ação de improbidade administrativa, tais pedidos sempre virão acompanhados de pedidos de natureza sancionatória, previstos no art. 12 da Lei 8.429/1992.. São sanções de natureza civil que jamais poderiam ser pedidas pelo cidadão na ação popular ou por qualquer legitimado coletivo em uma ação civil pública⁸.

⁷ “Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.”

⁸ Leonel, *Manual*, p. 128.

A perda dos bens e valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio⁹, bem como o ressarcimento integral do dano, não têm aspecto sancionatório, sendo formas de reparação do erário que podem perfeitamente ser objeto de pedido em ações populares, civil-públicas e de improbidade administrativa. Já a perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, pagamento de multa civil e a proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, são claramente medidas de sanção civil que só podem ser objeto de uma ação coletiva de improbidade administrativa.

Como se pode concluir da leitura do art. 12, *caput*, da Lei de Improbidade Administrativa, não é obrigatório que o juiz, ao julgar o pedido procedente, condene o réu em todas as sanções previstas em lei, até porque o dispositivo indicado prevê que as cominações podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato¹⁰. Na condenação o juiz deve se valer dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade¹¹, de forma que o cabimento de cada uma das penas no caso concreto dependa da análise das circunstâncias concretas do ato de improbidade, passando pela intensidade e consciência da conduta do réu, bem como a seriedade e extensão de sua conduta perante a administração pública.

Diante de tal circunstância, conforme já defendido no Capítulo 2.6., nunca será aplicado a tais pedidos sancionatórios o microsistema coletivo e, eventualmente, nem mesmo aos pedidos de tutela do patrimônio público. Para tanto, basta que não seja possível a autonomia casuística entre eles, de forma a ser necessário no caso concreto a aplicação a todos os pedidos formulados do microsistema do processo sancionatório.

Daí minha conclusão no sentido de ser a ação de improbidade administrativa uma ação eventualmente coletiva. Primeiro porque o autor não está obrigado a fazer pedido de natureza não sancionatória (na verdade é até mais adequado que não o faça); segundo porque mesmo que o autor opte pela cumulação de pedidos sancionatórios e de natureza coletiva, é possível que pela sua necessária interrelação tenha-se que aplicar a todos o microsistema do processo acusatório.

3.6. ESTATUTO DO TORCEDOR (LEI 10.671/2003)

Pela simples leitura dos *caputs* dos arts. 2º e 3º da Lei 8.078/1990 (CDC), resta evidenciada a relação consumerista entre os torcedores e os órgãos, pú-

⁹ Santos, Improbidade, 3.1.2, p. 150; Ferraresi, Improbidade, p. 139; Garcia-Alves, Improbidade, p. 441. Contra, entendendo tratar-se de sanção: Oliveira, Improbidade, 9.4, p. 307; Carvalho Filho, Manual, p. 1.003.

¹⁰ STJ, 2ª Turma, REsp 1.416.406/CE, rel. Min. Humberto Martins, j. 14/10/2014, DJe 24/10/2014; STJ, 1ª Turma, REsp 980.706/RS, rel. Min. Luiz Fux, j. 03/02/2011, DJe 23/02/2011.

¹¹ STJ, 1ª Turma, AgRg no AREsp 390.129/SC, rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 05/11/2015, DJe 17/11/2015; STJ, 2ª Turma, REsp 1.376.481/RN, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 15/10/2015, DJe 22/10/2015; Gomes Junior-Favreto, Comentários, p. 188; Zavascki, Processo coletivo, pp. 120-121; Pazzagliani Filho, Lei, pp. 148-149; Marques, Improbidade, 1.8.4, p. 141.

blicos ou privados, que organizam competições desportivas. Corrobora esse entendimento o previsto no art. 3º da Lei 10.671/2003: “Para todos os efeitos legais, equiparam-se a fornecedor, nos termos da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, a entidade responsável pela organização da competição, bem como a entidade de prática desportiva detentora do mando de jogo”.

Segundo o art. 40 do Estatuto do Torcedor, “a defesa dos interesses e direitos dos torcedores em juízo observará, no que couber, a mesma disciplina da defesa dos consumidores em juízo de que trata o Título III da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990”.

Significa dizer que o torcedor é um consumidor do produto futebol e do serviço prestado pelos organizadores das competições, e justamente por isso a relação de direito material entre eles e o eventual processo judicial em razão de sua violação são tutelados pelo direito consumerista, conforme consolidado entendimento do Superior Tribunal de Justiça¹².

O referido art. 40 do Estatuto do Torcedor, além de consagrar de forma definitiva e clara a existência de uma relação consumerista entre torcedores e organizadores de competições desportivas, faz expressa referência ao Título III do CDC, cujo título é “Da defesa do consumidor em juízo”. Referida parte do CDC, nos termos do art. 81, *caput*, disciplina a defesa dos interesses e direitos dos consumidores a título individual e coletivo, o que já é o suficiente para legitimar o cabimento de ação civil pública na defesa dos direitos dos torcedores. E caso alguma dúvida pudesse ainda existir, certamente cederia diante do art. 90 do mesmo diploma ao prever que “aplicam-se às ações previstas neste título as normas do Código de Processo Civil e da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985 (...)”.

Conclusivamente, na defesa de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos dos torcedores, pode qualquer dos legitimados coletivos previstos nos arts. 5º da LACP e 82 do CDC ingressar com ação civil pública. Ainda que a ação venha a beneficiar determinada agremiação esportiva e prejudicar outra, esse é apenas um reflexo inevitável da tutela de interesses protegidos por meio da tutela coletiva.

Por outro lado, é importante, para fins de cabimento de ações coletivas para a solução de conflitos referentes ao futebol, a previsão do art. 4º, § 2º, da Lei 9.615/1998 (Lei Pelé), que recebeu nova redação pela Lei 10.672/2003 e prevê que “a organização desportiva do País, fundada na liberdade de associação, integra o patrimônio cultural”.

¹² STJ, 3ª Turma, REsp 1.413.192/RJ, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 19.11.2013, DJe 29.11.2013; STJ, 4ª Turma, REsp 1.29.6944/RJ, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 07.05.2013, DJe 01.07.2013.

A norma legal veio a consagrar uma realidade: para o bem ou para o mal, o Brasil é o país do futebol, sendo tal esporte um importante componente do patrimônio cultural nacional, sendo nesse sentido, além da previsão legal, a doutrina¹³ e a jurisprudência¹⁴.

O patrimônio cultural é bem jurídico tutelável por meio da ação civil pública, nos termos do art. 1º, IV, da Lei 7.347/1985, sendo esse entendimento tranquilo na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça¹⁵. Dessa forma, é indiscutível o cabimento de ação civil pública para a tutela do futebol também como componente do patrimônio histórico-cultural brasileiro.

A previsão do art. 4º, § 2º, da Lei 9.615/1998 (Lei Pelé) é ainda mais importante para o cabimento da ação popular, considerando-se que a ação civil pública seria cabível de qualquer maneira em razão da qualificação do torcedor como consumidor. O cabimento da ação popular, entretanto, é mais estreito, devendo respeito ao art. 5º, LXXIII, da CF e ao art. 1º da Lei 4.717/1965. E como será devidamente analisado no Capítulo XX, o patrimônio cultural brasileiro é tutelável por tal espécie de ação coletiva, e o art. 4º, § 2º, da Lei Pelé, ao prever expressamente o futebol como componente desse patrimônio, por consequência permite o ingresso da ação popular.

3.7. ESTATUTO DA PESSOA IDOSA (LEI 10.741/2003)

O Título V da Lei 10.741/2003 é “Do acesso à Justiça”, havendo no Capítulo III as previsões que mais interessam no momento, referentes aos direitos individuais homogêneos, individuais indisponíveis, coletivos e difusos. O art. 93, que por erro de técnica legislativa ficou no Título dos “crimes”, prevê a aplicação subsidiária das disposições contidas na Lei 7.347/1985.

Interessante notar que o legislador incluiu em um mesmo Capítulo as três espécies de direitos tradicionalmente considerados como direitos coletivos *lato sensu* e o direito individual indisponível da pessoa idosa. Aparentemente, o legislador pretendeu que os direitos individuais indisponíveis da pessoa idosa pudessem ser tratados processualmente de forma coletiva.

A opção legislativa pode ser criticada, mas não há qualquer obstáculo prático a ser aplicado às regras do microssistema coletivo a direitos individuais, como, aliás, já ocorre tradicionalmente com o direito individual homogêneo. Tudo leva a crer que, em razão da especial tutela que se buscou criar em favor da pessoa idosa, tenha sido esse o objetivo do legislador.

¹³ Fiorilo, A tutela, p. 36.

¹⁴ STJ, 2ª Turma, REsp 1.041.765/MG, rel. Min. Eliana Calmon, j. 22.09.2009, DJe 06.10.2009.

¹⁵ STJ, 2ª Turma, REsp 1.351.760/PE, rel. Min. Humberto Martins, j. 26.11.2013, DJe 09.12.2013; STJ, 1ª Turma, REsp 851.090/SP, rel. Min. Luiz Fux, j. 18.12.2007, DJe 31.03.2008.

O art. 79 da Lei 10.741/2003 prevê, em seus quatro incisos, algumas espécies de direitos que poderão ser tutelados pela ação coletiva. O que poderia parecer uma indevida restrição na utilização da tutela coletiva em prol das pessoas idosas desaparece diante da previsão do parágrafo único do mesmo dispositivo legal. Segundo esse dispositivo legal, as hipóteses previstas expressamente não excluem de proteção judicial todos os demais direitos difusos, coletivos, individuais homogêneos e individuais indisponíveis protegidos em lei.

O art. 80 trata da competência, tema versado no item 7.6.3.

Apesar de já existirem duas previsões legais a versarem sobre a legitimidade ativa coletiva quando da promulgação do Estatuto da Pessoa Idosa, o art. 81 da Lei 10.741/2003 cria uma nova regra de legitimidade. O primeiro aspecto interessante decorre da previsão contida no *caput* do dispositivo, que expressamente inclui entre os direitos que poderão ser tutelados pelos legitimados coletivos o direito individual indisponível da pessoa idosa. Assim, o Ministério Público, a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios, a Ordem dos Advogados do Brasil e as associações legalmente constituídas há um ano, e respeitada a pertinência temática, terão legitimidade para promover ações coletivas em favor de pessoas idosas nos casos de direito difuso, coletivo, individual homogêneo e individual indisponível.

O § 2º do art. 81 do Estatuto da Pessoa Idosa deve ser analisado com cuidado. Em sua literalidade, cria um dever que não se compatibiliza com o art. 9º da LAP. Nos termos do art. 81, § 2º, do Estatuto da Pessoa Idosa, em caso de desistência ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado deverá assumir a titularidade ativa.

Conforme analisado amplamente no item 5.7, haverá na realidade uma faculdade de os legitimados ativos assumirem a ação diante de abandono ou desistência do autor original, não havendo qualquer sentido lógico ou jurídico em criar um dever para quem quer que seja no sentido de demandar como autor em uma ação coletiva sem fundamentação séria para prosperar. Não existe qualquer motivo para que o mesmo entendimento deixe de ser aplicado às ações coletivas envolvendo direitos de pessoas idosas, de forma que onde está escrito “deverá” deve-se compreender como “poderá”.

Em previsão que repete o Código de Defesa do Consumidor, o art. 82, *caput*, do Estatuto da Pessoa Idosa dispõe que todas as espécies de ação são admissíveis, inclusive o mandado de segurança, quando presentes seus requisitos, conforme previsão do parágrafo único do dispositivo ora analisado.

O art. 83 do Estatuto da Pessoa Idosa, ao tratar das ações que tenham por objeto o cumprimento de uma obrigação de fazer e não fazer, é redigido parcialmente como o art. 84 do CDC, mas tem uma importante previsão a respeito das *astreintes*. O § 3º do dispositivo ora comentado é um daqueles que condicionam a executabilidade da decisão que aplica a multa ao trânsito em julgado da sentença favorável ao autor.

Já o art. 84 prevê que os valores obtidos em razão da multa serão revertidos ao Fundo da Pessoa Idosa, onde houver, ou, na falta deste, ao Fundo Municipal de Assistência Social, ficando vinculado ao atendimento da pessoa idosa. Também é interessante a previsão do art. 84, parágrafo único, do Estatuto da Pessoa Idosa, que determina que, não sendo executada a multa fixada a título de *astreintes* no prazo de 30 dias do trânsito em julgado, qualquer legitimado coletivo poderá dar início à execução, enquanto o Ministério Público deverá fazê-lo. Como lembra a melhor doutrina, a preferência é sempre do autor da ação coletiva, atuando os demais legitimados somente em razão de sua inércia¹⁶.

Conforme analisado no item 19.3, existe certa divergência a respeito da possibilidade de se condenar o Ministério Público por verbas de sucumbência. O art. 88, parágrafo único, do Estatuto da Pessoa Idosa é expresso em prever que não se imporá sucumbência ao Ministério Público. Ocorre, entretanto, que, sendo demonstrada a má-fé na propositura da ação coletiva, não existe qualquer razão para deixar de se aplicarem ao Ministério Público as verbas sucumbenciais, exatamente como ocorre em qualquer outra ação coletiva que não verse sobre direitos de pessoas idosas¹⁷.

3.8. LEI DO MANDADO DE SEGURANÇA (LEI 12.016/2009)

O mandado de segurança coletivo está previsto no art. 5º, LXX, da CF, mas, até o advento da Lei 12.016/2009, não havia previsão infraconstitucional que o regulamentasse. Ainda que parcialmente, os arts. 21 e 22 da citada lei passaram a cumprir tal missão. Afirma-se que a lacuna foi preenchida apenas parcialmente, porque existem inúmeras regras do microsistema coletivo que continuarão a ser aplicadas subsidiariamente ao mandado de segurança coletivo.

O art. 21, *caput*, LMS prevê a legitimidade ativa, devidamente analisada no item 13.2.3, enquanto o parágrafo único exclui de tutela o direito difuso, o que é devidamente criticado no item 5.10. O art. 22, *caput*, prevê regra quanto à eficácia subjetiva da coisa julgada material, matéria enfrentada no item 14.6. O § 1º do dispositivo prevê peculiar regra que exige a extinção da ação individual para que seu autor possa se aproveitar da coisa julgada positiva do mandado de segurança coletivo. Em virtude da significativa diferença da regra com aquela prevista no art. 104 do CDC, o tema é adequadamente examinado no item 9.5. Há também a exigência de oitiva prévia do representante judicial da pessoa jurídica de direito público no prazo de 72 horas, como condição à concessão de liminar, tratada no item 17.3.2.

Como se pode notar, são poucas as regras procedimentais previstas nesses dois artigos, sendo aplicável ao mandado de segurança coletivo fundamental-

¹⁶ Godinho, A proteção, p. 204.

¹⁷ Godinho, A proteção, pp. 205-206.

mente o procedimento previsto para o mandado de segurança individual. Inclusive o prazo de 120 dias disposto no art. 23 da Lei 12.016/2009, que, segundo entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça¹⁸ e amplamente majoritário na doutrina¹⁹, tem natureza decadencial, não se suspendendo ou se interrompendo após seu início. Doutrina minoritária entende que o prazo não é decadencial, porque o direito material tutelável pelo mandado de segurança poderá ser objeto de pretensão jurisdicional por meio de ação pelo rito comum. Para essa corrente doutrinária, a natureza do prazo de 120 dias é processual, gerando tão somente preclusão²⁰.

Aplicam-se ao mandado de segurança, portanto, as regras procedimentais previstas nos arts. 6º a 20 da Lei 12.016/2009. Como não haverá qualquer especialidade procedimental na aplicação de tais dispositivos por ser a ação coletiva, acredito que a sua análise desviará o foco do presente livro. Dessa forma, indico texto específico sobre o tema²¹, totalmente aplicável ao mandado de segurança coletivo.

3.9. LEI DE DEFESA DA ORDEM ECONÔMICA (LEI 12.529/2011)

Segundo o art. 1º da Lei 12.529/2011, além de estruturar o Sistema Brasileiro de Concorrência (SBDC), a lei dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais da liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.

Desde a Lei 8.884/1994, era pacífico na doutrina que a defesa da ordem econômica e da economia popular tinha natureza difusa, considerando que tais bens jurídicos são de titularidade da coletividade²², entendimento mantido pela doutrina perante a nova ordem legislativa²³. Com a Lei 12.529/2011, a correta opinião doutrinária foi confirmada legislativamente, conforme expressa previsão do art. 1º, parágrafo único: “A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei”.

Essa característica, entretanto, não afasta o cabimento de ações individuais com fundamento nas violações previstas na lei, sempre que a conduta possa gerar danos individuais. Nesse sentido, inclusive, a previsão – ainda que consideravelmente defeituosa – do art. 47 da Lei 12.529/2011. À presente obra, en-

¹⁸ STJ, 1ª Turma, RMS 31.989/SC, rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 05.10.2010, DJE 13.10.2010.

¹⁹ Meirelles-Wald-Mendes, *Mandado*, p. 61; Menezes Direito, *Mandado*, p. 81; Almeida, *Manual*, p. 490.

²⁰ Marinoni-Arenhart, *Procedimento*, p. 240.

²¹ Neves, *Ações*, 6.6, pp. 146-165.

²² Leonel, *Manual*, 4.8, p. 129.

²³ Arbex, *Comentários*, p. 189.

tretanto, interessa apenas a tutela coletiva consagrada na lei ora analisada, sendo desinteressantes tanto os aspectos de direito material como da ação individual.

Acredito que a norma mais importante para fins de tutela coletiva da Lei 12.529/2011, e ao mesmo tempo mais problemática, seja justamente o art. 47, dispositivo único do Capítulo V sob o título “Do direito de ação”. Certamente, o maior mérito é deixar claro que, apesar das inúmeras providências administrativas previstas na lei, o direito de ação permanece intacto, sendo inclusive viável seu exercício sem ou durante procedimentos administrativos²⁴. Contudo, no conteúdo, a norma não merece elogios.

Segundo o dispositivo legal, os prejudicados, por si ou pelos legitimados coletivos previstos no art. 82 do CDC, poderão ingressar com ação judicial para a defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos para obter a cessação do ato ilícito infracional à ordem econômica, bem como para o recebimento de indenização por perdas e danos.

Acredito que tenha havido uma mistura indevida de legitimados e espécies de direitos tuteláveis no dispositivo legal ora comentado. É inegável que qualquer sujeito que tenha direito individual ofendido por ato tipificado como infração à ordem econômica tem direito de ação para evitar a continuação do ato (tutela inibitória) e para recompor seu patrimônio em razão dos danos já suportados (tutela reparatória). No entanto, essa ação nunca poderá ter como autor os sujeitos legitimados pelo art. 82 do CDC, porque essa legitimação só é justificável para a defesa em juízo de direitos coletivos *lato sensu*.

Por outro lado, os legitimados coletivos não se limitam a tutelar em juízo direitos individuais homogêneos, como sugere a interpretação literal do art. 47 da Lei 12.529/2011. Conforme já afirmado, o art. 1º, parágrafo único, da Lei ora analisada consagra a natureza difusa do direito à preservação da ordem econômica, de forma que ações coletivas nesse sentido terão como objeto um direito difuso, e não um individual homogêneo, como previsto. Até acredito que a ação possa ter como objeto direito individual homogêneo, mas a limitação legal não deve ser prestigiada, devendo ser afirmado que direitos coletivos e difusos também podem ser tutelados por ação judicial.

Lamenta-se, portanto, equívoco já presente no art. 29 da Lei 8.884/1994 e mantido pelo art. 47 da Lei 12.529/2011.

Segundo o art. 93 da Lei ora analisada, a decisão do Plenário do CADE cominando multa ou impondo obrigação de fazer e não fazer constitui título executivo extrajudicial. A competência para a execução é prevista pelo art. 97, que cria foros concorrentes, a escolha do exequente, da Justiça Federal do Distrito Federal ou da sede ou domicílio do executado.

²⁴ Taufick, *Nova Lei*, p. 293.

Nos termos do art. 94, caso a execução tenha como objeto exclusivamente a multa pecuniária, será feita de acordo com a Lei 6.830/1980, ou seja, tratar-se-á de execução fiscal. Segundo a melhor doutrina, a executividade nesse caso dependerá da inscrição do valor reconhecido como devido na Dívida Ativa²⁵.

Tendo a execução como objeto obrigação de fazer ou não fazer, o art. 95 prevê regra idêntica àquela existente no art. 497 do Novo CPC, permitindo que o juiz conceda a tutela específica ou determine providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. Interessante medida executiva por sub-rogação é a intervenção judicial quando necessária para permitir a execução específica, tratada no Capítulo II, dos arts. 102 a 111 da Lei 12.529/2011.

Todo o capítulo destinado à execução dá a entender que a legitimidade é do CADE, responsável pela formação do título executivo extrajudicial mencionado no art. 93 da Lei 12.529/2011²⁶. Ocorre, entretanto, que, sendo um direito coletivo *lato sensu* o fundamento da imposição de multa ou de obrigação de fazer e não fazer contida no título executivo, não somente o CADE terá legitimidade para executá-lo, mas também qualquer legitimado coletivo previsto pelos arts. 82 do CDC e 5º da LACP. Trata-se de uma legitimidade subsidiária, que só será considerada no caso concreto diante da inércia injustificada do CADE na execução do título extrajudicial.

Da mesma forma que o Ministério Público tem legitimidade para executar título executivo extrajudicial formado pelos tribunais de conta, também se deve reconhecer sua legitimidade ativa para executar a decisão do Plenário do CADE diante da inércia do órgão.

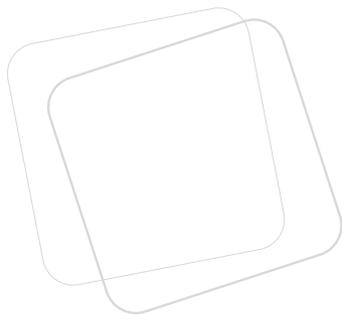
3.10. LEI ANTICORRUPÇÃO (LEI 12.846/2013)

Os aspectos processuais da Lei 12.846/2013 estão concentrados nos arts. 18 a 21 da referida Lei sob o título “Da responsabilização judicial”. É verdade que o legislador teria feito melhor se o título fosse “Do processo judicial” ou algo semelhante, como ocorre na Lei 8.429/1992, no entanto, naturalmente, o que mais importa é o conteúdo das normas e não o nome do capítulo sob o qual estão previstas.

O art. 18 da Lei 12.846/2013 deixa claro que eventual responsabilização da pessoa jurídica na esfera administrativa não afasta a possibilidade de sua responsabilização na esfera judicial. A Conclusão gerada pelo dispositivo é intuitiva porque são diferentes as sanções previstas pelo art. 6º, referentes ao processo administrativo, e aquelas previstas pelo art. 19, referentes ao processo judicial.

²⁵ Drago, Comentários, p. 308.

²⁶ Drago, Comentários, p. 307.



ESPÉCIES DE PROCESSO COLETIVO

Sumário: 4.1. Processo coletivo comum: 4.1.1. Introdução; 4.1.2. Ação popular; 4.1.3. Mandado de segurança coletivo; 4.1.4. Ação de improbidade administrativa; 4.1.5. Ação civil pública; 4.1.6. Mandado de injunção coletivo – 4.2. Processo coletivo especial: 4.2.1. Introdução; 4.2.2. Ação direta de inconstitucionalidade; 4.2.3. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão; 4.2.4. Ação declaratória de constitucionalidade; 4.2.5. Ação de descumprimento de preceito fundamental – 4.3. Processos pseudocoletivos (ações pseudocoletivas) – 4.4. Ações pseudoindividuais.

4.1. PROCESSO COLETIVO COMUM

4.1.1. Introdução

O processo coletivo comum é constituído de diferentes espécies de ações coletivas, com um ponto de coincidência: em todas elas se busca a tutela concreta de um direito material protegido pelo microssistema coletivo, seja em razão de sua violação ou de uma ameaça de violação. Há, portanto, processo coletivo preventivo e reparatório, mas sempre com a necessidade de existência de uma situação concreta a ser tutelada, resolvendo o processo um conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida ou uma ameaça de violação à norma de direito material tutelado pelo microssistema coletivo. Na elegante explicação doutrinária, o processo coletivo comum é destinado à tutela jurisdicional do direito subjetivo coletivo em sentido amplo¹.

Entendo que o processo coletivo comum pode ser estudado tomando-se por base quatro diferentes espécies de ação: (i) ação popular; (ii) ação civil pública; (iii) mandado de segurança coletivo; (iv) mandado de injunção coletivo. Estas,

¹ Almeida, Direito, 4.2, p. 140.

a meu ver, são espécies de ação coletiva pertencentes ao chamado “processo coletivo comum”².

Reconheço a divergência a respeito da nomenclatura “ação coletiva”, em especial quando comparada com “ação civil pública”. Para parcela doutrinária são expressões sinônimas, não existindo diferença entre elas, tampouco interesse prático na distinção³. Para outra parcela doutrinária há diferença entre as expressões, embora não haja concordância a respeito do parâmetro de diferenciação, sendo possível a indicação de três correntes:

- (a) Ação civil pública é a ação proposta pelo Ministério Público, enquanto a ação coletiva é ajuizada por outros legitimados coletivos⁴, entendimento fundado em razões históricas e na legitimação exclusiva do Ministério Público na propositura da ação pública, tanto penal como civil;
- (b) Ação civil pública é a que tutela direitos difusos e coletivos, únicos direitos previstos na Lei 7.347/1985, enquanto a ação coletiva se prestaria a tutelar os direitos individuais homogêneos, que encontram previsão somente no CDC⁵;
- (c) Ação civil pública é a regulamentada pela Lei 7.347/1985 e a ação coletiva, pela Lei 8.078/1990⁶.

Conforme ensina a melhor doutrina, a nomeação das ações é algo ultrapassado, condizente com uma época imanentista do Direito, na qual não se conseguia distinguir o direito material do direito processual⁷. Portanto, dividir o chamado “processo coletivo” em diferentes espécies de ações e entendê-las como espécies de ações coletivas tem como objetivo apenas uma melhor organização didática, em especial no tocante à indicação de importantes diferenças procedimentais existentes entre elas.

Esclareço, por fim, a alteração de posicionamento com relação à edição anterior, na qual indicava cinco espécies de ação coletiva, incluindo a ação de improbidade administrativa. Ainda que, conforme amplamente exposto no Capítulo 2.6., seja possível eventualmente se aplicar o microsistema, de forma parcial, na ação de improbidade administrativa, não me parece mais adequado a continuar a considerar tal ação uma espécie de ação coletiva.

De qualquer forma, e justamente porque ainda possível, para os pedidos que visam a tutela do patrimônio público, que continuam a poderem ser elaborados

² Com entendimento próximo: Shimura, Tutela, p. 43; Souza, Ação civil pública, pp. 39-40; Andrade-Masson-Andrade, Interesses, p. 43-44.

³ Scarpinella, Curso, p. 210; Leal, Ações coletivas, p. 188; Dinamarco, Ação civil pública, p. 17; Vigliar, Ação civil pública ou ação coletiva?, p. 453.

⁴ Mazzilli, A defesa, pp. 73-74.

⁵ Lopes, Aspectos, 1.3.2, p. 40; Zavascki, Processo coletivo, pp. 56-58.

⁶ Arruda Alvim, apud Leal, Ações, p. 188.

⁷ Vigliar, Ação civil pública ou ação coletiva?, pp. 441-443; Lenza, Teoria, 2.3, pp. 157-158.

em sede de ação de improbidade administrativa, a aplicação do microsistema coletivo, continuo a analisar nesse Capítulo o procedimento de referida demanda judicial.

4.1.2. Ação popular

4.1.2.1. Hipóteses de cabimento

As hipóteses de cabimento da ação popular encontram-se previstas no art. 5º, LXXIII, da CF, sendo possível dividi-las em três: (a) anulação de ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe; (b) anulação de ato lesivo à moralidade administrativa; (c) anulação de ato lesivo ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural. No art. 1º, *caput*, da Lei de Ação Popular, está consagrada a lesividade ao patrimônio público como fundamento para a ação popular, enquanto o § 1º do mesmo dispositivo conceitua o patrimônio público a ser protegido como bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico.

Já se pode adiantar a amplitude de tutela derivada da reunião dos dispositivos legais mencionados, sendo tranquilo o entendimento de que, por meio da ação popular, se tutelam tanto os bens materiais que compõem o patrimônio público como também os bens imateriais. Ao prever a tutela do meio ambiente e do patrimônio histórico, artístico, estético e cultural, o legislador passou a permitir, por meio da ação popular, a tutela de bens pertencentes não a uma pessoa jurídica de direito público específica, mas a toda a coletividade. Como bem ensina a doutrina, é tão lesiva ao patrimônio público a destruição de um prédio sem valor econômico, mas de grande relevância artística e/ou histórica, como a alienação de um imóvel por preço vil, realizada por favoritismo⁸.

Ainda que se admita e elogie a amplitude atual de tutela obtível por meio de ação popular, não se pode concordar com corrente doutrinária que defende seu cabimento para a tutela difusa do consumidor, como, por exemplo, a ação promovida contra a União, por meio do Ministério da Saúde, em razão de propaganda indevida de cigarro⁹. A tentativa vem sendo corretamente rejeitada pelo Superior Tribunal de Justiça¹⁰, que limita a ação popular à proteção dos valores constantes expressamente do texto constitucional, no qual não se inclui o direito difuso do consumidor.

Conforme ensinamentos da melhor doutrina, na ação popular são tuteláveis apenas direitos materiais difusos, sendo, nesse caso, mais restrita que a ação civil

⁸ Meirelles-Wald-Mendes, *Mandado*, p. 173.

⁹ Assagra, *Manual*, p. 359.

¹⁰ STJ, 1ª Turma, REsp 818.725/SP, rel. Min. Luiz Fux, j. 13.05.2008, DJE 16.06.2008.

pública, por meio da qual se pode tutelar todas as diferentes espécies de direito material protegidas pelo microsistema coletivo¹¹.

O art. 5º, LXXIII, da CF, ao mencionar expressamente a existência de um ato lesivo, pode passar a enganosa impressão de que as omissões que violam os valores tutelados pela ação popular não permitem o ingresso de tal ação. Não é esse, entretanto, o melhor entendimento, porque a lesão ao patrimônio público, moralidade administrativa, meio ambiente e patrimônio histórico e cultural também podem decorrer de omissão¹². Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de decidir que tanto o ato comissivo quanto o ato omissivo podem ser objeto de ação popular¹³.

Basta imaginar que a ausência de atuação do Poder Público ameace ou mesmo gere efetiva violação ao patrimônio público, ao meio ambiente, ao patrimônio histórico, artístico, estético e cultural. O desvio de verbas destinadas à adoção de medidas preventivas contra enchentes justifica o ingresso de ação popular quando a inundação afetar, por exemplo, o patrimônio histórico. Até mesmo a moralidade administrativa pode ser violada por ato omissivo, ainda que, na prática, seja mais raro de ocorrer.

Sendo uma omissão a conduta impugnada por meio da ação popular, não haverá sentido em o autor elaborar pedido anulatório, pois não existirá qualquer ato a ser anulado. O pedido, nesse caso, portanto, será de natureza meramente declaratória, limitando-se a buscar a certeza jurídica de que houve uma omissão ilícita violadora dos valores tutelados pela ação popular. É a demonstração definitiva de que a tutela meramente declaratória também pode ser obtida nessa espécie de ação coletiva.

Ainda em interpretação ao art. 5º, LXXIII, da CF, a literalidade do dispositivo dá a entender que só pode ser objeto de ação popular ato já praticado, pertencente ao passado, veiculando-se sempre pedido de tutela reparatória pelos danos suportados em razão de tal conduta. Como a melhor doutrina já teve a oportunidade de afirmar, esse entendimento não é compatível com o atual estágio processual¹⁴, no qual o princípio da inafastabilidade da jurisdição, consagrado no art. 5º, XXXV, da CF, é concretizado no ideal de um acesso à ordem jurídica justa, sendo para isso indispensável a existência de mecanismos processuais aptos não só a reparar lesão de atos já realizados, como também para evitar que atos ilícitos sejam praticados.

Significa que limitar a ação popular a pretensões reparatórias, voltadas à tutela de um direito já lesionado, não se coaduna com o atual estágio da ciência processual e indevidamente apequena tão importante ação constitucional.

¹¹ Gajardoni, *Direitos II*, p. 103.

¹² Silva, *Ação*, pp. 126-127; Meirelles-Wald-Mendes, *Mandado*, pp. 177-178; Gajardoni, *Direitos Difusos e coletivos II*, pp. 103-105.

¹³ STJ, 1ª Turma, REsp 295.604/MG, rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 07/10/2010, DJe 21/10/2010.

¹⁴ Abelha Rodrigues-Klippel, *Comentários*, p. 180.

Na busca de evitar a prática de um ato ilícito pelo agente público, atentatório aos valores protegidos pela ação popular, é inegável a viabilidade de uma ação coletiva preventiva, por meio da qual se busque a obtenção de tutela inibitória.

A tutela inibitória surge historicamente com o objetivo de tutelar direitos materiais que não encontravam na tutela reparatória uma proteção plena, ou, ainda pior, nenhuma proteção. Sendo promessa constitucional a inafastabilidade da tutela jurisdicional (art. 5.º, XXXV, da CF), notou-se a imprescindível necessidade de admitir uma tutela ampla e genérica capaz de proteger esses direitos materiais de forma efetiva. Direitos tais como o da integridade física, personalidade, saúde, meio ambiente, patrimônio histórico e cultural, entre outros, não encontram na tutela reparatória concretização da promessa constitucional de que nenhum direito agredido ou afrontado será excluído do Poder Judiciário. A fim de fazer valer a inafastabilidade da jurisdição, é aceita a ideia de uma tutela inibitória geral.

Naturalmente que, para a plena recomposição do erário, diferente da recomposição do meio ambiente ou do patrimônio histórico e cultural, a tutela reparatória é hábil meio de tutela de direitos, mas ainda assim a tutela inibitória poderá ser utilizada no caso concreto. É lição tranquila na doutrina que, mesmo tendo a tutela inibitória surgido para preencher um vácuo deixado pela tutela reparatória, estando voltada para determinados direitos materiais que necessitavam de uma proteção preventiva por meio da jurisdição, logo se notou que, mesmo naqueles casos em que é possível e eficaz a tutela reparatória, pode ser preferível a tutela inibitória. Aplica-se no âmbito jurídico um antigo e conhecido brocardo popular: “melhor prevenir do que remediar”. Não é correto falar de preferência de uma espécie de tutela, mas é indiscutível que mesmo naquelas situações em que cabível a tutela reparatória pode a parte, sempre que possível, optar pela tutela inibitória¹⁵.

A tese da tutela inibitória funda-se na exata definição de ato ilícito, cuja prática se pretende evitar. Durante muito tempo, condicionou-se a prestação de tutela jurisdicional à existência de um dano, o que até se justificava à época em que se imaginava ser a tutela reparatória a única existente. A dificuldade pode ser facilmente percebida pelo art. 186 do CC, que, ao conceituar o ato ilícito, indica a necessidade da presença de três elementos: contrariedade ao direito, culpa ou dolo e dano. A imprecisão do dispositivo é evidente, considerando-se que o ato ilícito é tão somente o ato contrário ao direito, sendo alheios ao seu conceito os elementos da culpa ou dolo e do dano. O art. 186 do CC não conceitua o ato ilícito, apenas descreve os elementos necessários para a obtenção da tutela reparatória.

Dessa forma, a tutela reparatória, sempre voltada para o passado, buscando a reparação do prejudicado, demanda ao menos dois elementos: *ato contrário ao*

¹⁵ Scarpinella Bueno, *Curso*, pp. 272-273.

direito e dano, considerando-se que, mesmo nessa espécie de tutela, a culpa ou o dolo podem ser dispensados na hipótese de responsabilidade objetiva, como ocorre, por exemplo, no direito ambiental. A tutela inibitória, sempre voltada para o futuro, buscando evitar a prática do ato ilícito, preocupa-se exclusivamente com o ato contrário ao direito, sendo-lhe irrelevante a culpa ou o dolo e o dano¹⁶.

Apesar da aceitação pacífica do cabimento da ação popular preventiva, nesse tocante ainda se pode notar na doutrina alguma confusão entre ato ilícito e dano, ainda mais no âmbito da ação popular, tradicionalmente associada ao binômio ilegalidade-lesividade. Dessa forma, é comum encontrar em lições doutrinárias que a ação popular preventiva está voltada a evitar os efeitos nocivos do ato ilícito, e não a prática do ato ilícito em si¹⁷.

Nessa concepção, melhor seria tratar a tutela como de remoção do ilícito, e não como tutela inibitória, ainda que ambas sejam espécies de tutela preventiva. Como ensina a melhor doutrina, existe uma diferença entre efeitos continuados do ato ilícito e a prática continuada do ilícito. Na hipótese de o ato ser continuado, é possível imaginar uma tutela que impeça sua continuação, sendo o caso de tutela inibitória. Por outro lado, é possível que o ato ilícito faça parte do passado, não mais existindo, o que não se pode afirmar quanto aos seus efeitos, que continuam a ser gerados. Nessa hipótese, não se pode falar em evitar a continuação do ato porque o ato ilícito já foi praticado na sua totalidade, por exemplo, no caso de um despejo de lixo tóxico em determinada área, que já foi realizado e continua a gerar seus efeitos. Será o caso de tutela de remoção do ilícito¹⁸. Segundo entendimento pacificado na doutrina e na jurisprudência, tanto os atos vinculados como os discricionários podem ser objeto de ação popular, sendo possível se valer, por analogia, das ideias de ilegalidade e abuso de poder constantes do art. 5º, LXIX, da CF, que regulamenta o cabimento do mandado de segurança. Significa que não somente se fará o controle do desvio do padrão legal, mas também da razoabilidade no exercício do poder discricionário estatal, que não pode ser exercido sem qualquer espécie de controle pelo Poder Judiciário. Além da exigência de motivação na prática de tais atos¹⁹, o próprio mérito do ato administrativo pode ser objeto de análise em sede de ação popular, já que a discricionariedade não permite a contrariedade ao ordenamento jurídico, tampouco o desatendimento ao interesse público específico do ato praticado²⁰. O tema da implementação de políticas públicas por meio de ação coletiva é desenvolvido no Capítulo 5, item 5.3.3.

Tradicionalmente, admite-se a ação popular contra atos administrativos em geral, havendo forte resistência em aceitar tal ação como meio de impugnação a

¹⁶ Marinoni, *Tutela*, 3.2-3.4, pp. 40-50.

¹⁷ Medauar, *Direito*, n. 18.7.9, p. 426; Meirelles-Wald-Mendes, *Mandado*, p. 177.

¹⁸ Marinoni, *Tutela*, 3.21, pp. 152-155.

¹⁹ STJ, 1ª Seção, MS 9.944/DF, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 25.05.2005, DJ 13.06.2005, p. 157.

²⁰ STF, Decisão monocrática, AO 772/MC/SP, rel. Min. Cezar Peluso, j. 26.04.2005, DJ 03.05.2005, p. 46.

atos jurisdicionais²¹. Parcela da doutrina ainda faz distinção entre ato jurisdicional, praticado pelo juiz no exercício da jurisdição, e ato judicial, praticado pelo juiz em atividade administrativa, como aqueles praticados em processos de jurisdição voluntária, tal como a expedição de alvará para alienação de bem em prejuízo do erário²². Como defendo a natureza jurisdicional da jurisdição voluntária, não me parece acertada a distinção sugerida.

A natureza jurisdicional da jurisdição voluntária não afasta, entretanto, a possibilidade de membros do Poder Judiciário praticarem atos de natureza administrativa, que, se ilegais e lesivos ao patrimônio público, poderão ser objeto de ação popular. Um ato administrativo do presidente do tribunal que determina a incineração de autos de processos que tenham valor histórico e/ou cultural, bem como um ato de aquisição de material sem a devida licitação e por preço maior que o de mercado são atuações administrativas do Poder Judiciário passíveis de impugnação por meio da ação popular.

O que não me parece legítimo é tratar a ação popular como um sucedâneo recursal externo, isto é, uma ação autônoma de impugnação de ato judicial, seja ele proferido em processo de jurisdição contenciosa ou voluntária. Registrem-se, entretanto, posições recentes adotadas pelo Superior Tribunal de Justiça que excepcionam a tese ora defendida. Primeiro, a existência de decisões que admitem a ação popular quando cabível a ação anulatória prevista pelo art. 966, § 4º, do CPC²³. Segundo, a existência de decisões que permitem a utilização de ação coletiva como meio instrumental para a relativização da coisa julgada injusta inconstitucional²⁴; ainda que as decisões tratem de ação civil pública, pelos fundamentos expostos não resta dúvida do cabimento também de ação popular.

Em tese, também não se admite o controle de lei por meio da ação popular, da mesma forma que ocorre com o mandado de segurança, para o qual existe, inclusive, entendimento sumulado²⁵. Admite-se, por outro lado, que o controle de lei inconstitucional em tese seja realizado de forma incidental na ação popular²⁶, desde que o pedido de declaração de inconstitucionalidade seja tão somente o fundamento da pretensão, e não a pretensão em si mesma, o que transformaria a ação popular em inadmissível sucedâneo da ação direta de inconstitucionalidade²⁷.

²¹ STF, Decisão monocrática, Pet 2.018/SP, rel. Min. Celso de Mello, j. 29.06.2000, *DJ* 01.08.2000, p. 37.

²² Silva, *Ação*, pp. 124-125.

²³ STJ, 2ª Turma, REsp 536.762/RS, rel. Min. Eliana Calmon, j. 21.06.2005, *DJ* 15.08.2005, p. 240; STJ, 1ª Turma, REsp 450.431/PR, rel. Min. Luiz Fux, j. 18.09.2003, *DJ* 20.10.2003, p. 185.

²⁴ Informativo 444/STJ, 2ª Turma, REsp 445.664/AC, rel. Min. Eliana Calmon, j. 24.08.2010; Informativo 425/STJ, 2ª Turma, REsp 1.015.133-MT, rel. Min. Eliana Calmon, rel. p/ acórdão Min. Castro Meira, j. 02.03.2010.

²⁵ Súmula 266/STF.

²⁶ STF, Tribunal Pleno, Rcl 664/RJ, rel. Min. Ellen Gracie, j. 22.05.2002, *DJ* 21.06.2002, p. 99.

²⁷ STF, Tribunal Pleno, Pet 5.859 AgR/DF, rel. Min. Celso de Mello, j. 25/11/2015, *DJe* 15/12/2015; STJ, 2ª Turma, REsp 1.081.968/SC, rel. Min. Castro Meira, j. 06.10.2009, *DJE* 15.10.2009.

4.1.2.2. *Ilegalidade e lesividade do ato administrativo*

Debate interessante no tocante ao cabimento da ação popular diz respeito à necessária existência do binômio “ilegalidade e lesividade” do ato impugnado. Ainda que atualmente seja indiscutível que estão abrangidos no objeto de tutela da ação coletiva os bens materiais e imateriais que compõem o patrimônio público, algumas questões ainda suscitam divergências. Adiante-se que o debate não atinge a ação popular preventiva, que busca tão somente evitar a prática de ato ilícito, não sendo requisito para sua concessão a existência ou potencial existência de lesão ou dano. A exigência ou não de lesividade, portanto, restará limitada às ações que tenham como objeto atos ou omissões já ocorridos.

Questiona-se, em especial no ato contrário à moralidade administrativa, se é cabível a ação popular, mesmo que desse ato não tenha decorrido qualquer lesão material ao patrimônio público. Não há dúvida de que o art. 5º, LXXIII, da CF prevê a lesividade, mas é controvertida a interpretação dada a esse termo no dispositivo constitucional. Acredito que uma leitura com maior atenção da norma legal pode ser a base para a solução do aparente impasse. O termo “ato lesivo” é utilizado somente uma vez, aplicando-se às três hipóteses de cabimento: patrimônio público; moralidade administrativa; meio ambiente e patrimônio histórico e cultural.

Na primeira hipótese de cabimento, entendo que se tem a ideia de proteção ao erário, vitimado pela prática de ato ou omissão ilegal ou cometida em abuso de poder. Nesse caso, portanto, parece indiscutível a necessidade de lesão aos cofres públicos para o ingresso da ação popular²⁸, ainda que o Superior Tribunal de Justiça adote tradicional entendimento doutrinário no sentido de que, nos atos previstos nos arts. 2º e 3º da LAP, há lesividade patrimonial efetiva, enquanto, nos atos previstos no art. 4º da mesma lei, há lesividade patrimonial presumida²⁹, como ocorre, por exemplo, na dispensa indevida de licitação³⁰, e mais recentemente venha entendendo por seu cabimento sem lesão no sentido pecuniário porque a ação popular também visa tutelar o patrimônio moral e cívico da administração³¹.

Essa questão da lesividade efetiva e presumida, entretanto, não é precisa quanto à terminologia empregada, devendo ser interpretada com extremo cuidado. Segundo lições da melhor doutrina, a presunção legal nesse caso atinge tão somente o pedido de anulação do ato administrativo, que será acolhido tão somente pela comprovação da situação descrita em lei, sem a necessidade de demonstração da nocividade do ato. Para o pedido de condenação dos réus à reparação do erário, entretanto, deve-se comprovar, em quaisquer casos, a efetiva existência de danos, ou seja, mesmo nos casos da chamada lesividade presumi-

²⁸ STJ, 1ª Turma, REsp 806.153/SP, rel. Min. Luiz Fux, j. 08.04.2008, DJE 14.05.2008; Peña de Moraes, Curso, p. 668.

²⁹ STJ, 2ª Turma, AgRg no REsp 1.378.477/SC, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 11/03/2014, DJe 17/03/2014.

³⁰ STJ, 1ª Seção, EREsp 1.192.563/SP, rel. Min. Herman Benjamin, j. 27/02/2019, DJe 01/08/2019.

³¹ STJ, 2ª Turma, REsp 1.252.697/RJ, rel. Min. Herman Benjamin, j. 27/11/2012, DJe 02/02/2015.

da, será indispensável a prova de lesividade do ato³². O ato ilegal que não gera danos, inclusive, já foi rejeitado pelo Superior Tribunal de Justiça como apto a gerar condenação do réu, sob o argumento de que eventual condenação levaria a um enriquecimento sem causa ao Estado³³.

Na segunda hipótese de cabimento, voltada à tutela do meio ambiente e do patrimônio histórico e cultural, ainda que se tutelem bens imateriais, também parece ser indispensável a existência de lesividade para o cabimento da ação popular.

Finalmente, no caso da moralidade administrativa, a lesividade não diz respeito ao patrimônio público material, daí ser irrazoável exigir algum tipo de dano ao erário, para se admitir a ação popular. Ao prever o ato lesivo à moralidade administrativa, como bem imaterial pertencente ao patrimônio público, o legislador constituinte entendeu que a proteção exclusivamente da moralidade administrativa, que exige da Administração Pública a adoção de padrões éticos e fundados em boa-fé, já é o suficiente para se obter a tutela por meio de ação popular³⁴. Não que se dispense a lesividade nesse caso, ou que seja ela presumida, como já decidiu erroneamente o Superior Tribunal de Justiça³⁵ e o Supremo Tribunal Federal³⁶. Simplesmente deve-se considerar a moralidade administrativa como bem imaterial integrante do patrimônio público, e, por consequência, a mera prática de ato ou omissão contrária à moralidade administrativa já gera a lesão exigida em lei³⁷.

Quanto ao tema, é imprescindível a menção a edição pelo Supremo Tribunal Federal do Tema 836 da sua jurisprudência afirmando: “Não é condição para o cabimento da ação popular a demonstração de prejuízo material aos cofres públicos, dado que o art. 5º, inciso LXXIII, da Constituição Federal estabelece que qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular e impugnar, ainda que separadamente, ato lesivo ao patrimônio material, moral, cultural ou histórico do Estado ou de entidade de que ele participe.”³⁸

Registre-se posicionamento consolidado no Superior Tribunal de Justiça pela negativa de reapreciação em sede de ação popular da decisão a respeito da existência ou não de lesividade ao patrimônio público em julgamento de recurso especial. Segundo o entendimento do tribunal, trata-se de matéria fática, e seu enfrentamento levaria necessariamente a um revolvimento da matéria probató-

³² Mancuso, *Ação*, p. 99-100, citando lições de José Ignácio Botelho de Mesquita e Eros Grau.

³³ STJ, 1ª Turma, REsp 1.447.237/MG, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 16/12/2014, DJe 09/03/2015; STJ, 1ª Turma, REsp 802.378/SP, rel. Min. Luiz Fux, j. 24.04.2007, DJ 04.06.2007, p. 312.

³⁴ STJ, 2ª Turma, AgRg no REsp 1.378.477/SC, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 11/03/2014, DJe 17/03/2014; STJ, 1ª Turma, AgRg no REsp 1.166.011/RJ, rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 21/02/2013, DJe 11/03/2013.

³⁵ STJ, 2ª Turma, AgRg no REsp 1.378.477/SC, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 11/03/2014, DJe 17/03/2014; STJ, 2ª Turma, REsp 1.252.697/RJ, rel. Min. Herman Benjamin, j. 27/11/2012, DJe 02/02/2015.

³⁶ STF, 2ª Turma, AI 561.622 AgR/SP, rel. Min. Ayres Britto, j. 14/12/2010, DJe 15/04/2011.

³⁷ STF, 1ª Turma, RE 170.768/SP, rel. Min. Ilmar Galvão, j. 26.03.1999, DJ 13.08.1999, p. 16.

³⁸ STF, 1ª Turma, 745.203 AgR/SP, rel. Min. Roberto Barroso, j. 23/06/2015, DJe 06/08/2015;

ria, o que é obstado pelo entendimento consagrado no enunciado da Súmula 7 desse tribunal³⁹.

No tocante à ilegalidade, também se nota uma forte tendência doutrinária e jurisprudencial⁴⁰ pela exigência de sua verificação no caso concreto, ainda que sob as mais diferentes formas, tais como desvio do padrão legal, abuso de poder, desvio de finalidade e ofensa à razoabilidade. Parcela da doutrina lamenta tal exigência na hipótese de ato lesivo ao meio ambiente, afirmando que, nesse caso, a responsabilidade do ofensor é objetiva, sendo dispensável a comprovação de culpa no ato ou omissão⁴¹. Entendo incorreta a tese porque, na responsabilidade objetiva, não se dispensa a ilicitude do ato, tão somente a culpa, notoriamente elementos distintos da responsabilidade civil, de modo que, embora seja caso de responsabilidade objetiva, será imprescindível para se veicular a pretensão, por meio de ação popular, a existência de alguma ilegalidade no ato ou omissão impugnada.

4.1.3. Mandado de segurança coletivo

4.1.3.1. Requisitos comuns de cabimento do mandado de segurança individual e coletivo

O mandado de segurança coletivo deve atender, para fins de sua admissibilidade no caso concreto, as hipóteses de cabimento dessa espécie de ação constitucional, que se aplicarão, ao menos em regra, de forma homogênea tanto ao mandado de segurança individual como ao coletivo. Afirma-se que essa é a regra por que alguns requisitos de cabimento só se justificam no mandado de segurança individual, como o previsto no art. 1º, *caput*, da Lei 12.016/2009, que preceitua o não cabimento do mandado de segurança quando cabível *habeas data* ou *habeas corpus*. Como essas duas ações voltam-se à tutela individual de acesso à informação e à sua correção e ao direito de ir e vir, seu cabimento não diz respeito à tutela coletiva de direitos.

No mesmo dispositivo legal, entretanto, encontram-se requisitos de cabimento aplicáveis ao mandado de segurança coletivo, como a exigência de a omissão ser praticada por autoridade, ou seja, por um agente público (Administração direta e indireta), bem como por particular no exercício de função pública em decorrência de delegação⁴². Além disso, tal ato ou omissão deve ser maculado por uma ilegalidade (atos vinculados que ofendem a lei) ou por abuso de poder (atos discricionários praticados por autoridade incompetente – excesso de poder – que ofendem o interesse público – desvio de poder ou de finalidade).

³⁹ STJ, 2ª Turma, AgRg no REsp 916.010/SP, rel. Min. Humberto Martins, j. 19.02.2008, DJE 02.04.2008; STJ, 1ª Turma, REsp 984.167/RS, rel. Min. Luiz Fux, j. 05.06.2008, DJE 16.06.2008.

⁴⁰ STJ, 2ª Turma, REsp 479.803/SP, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 22.08.2006, DJ 22.09.2006, p. 247.

⁴¹ Rodrigues, *Ação*, p. 286.

⁴² Súmula 510/STF.